

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Gabriel Martinato Quaresma

**A responsabilidade civil em blogs:
Colisão entre os direitos fundamentais de “liberdade de opinião”
e “inviolabilidade dos direitos morais da personalidade”**

Porto Alegre

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Gabriel Martinato Quaresma

**A responsabilidade civil em blogs:
Colisão entre os direitos fundamentais de “liberdade de opinião”
e “inviolabilidade dos direitos morais da personalidade”**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Marco Fridolin
Sommer dos Santos**

Porto Alegre
2010

*Para Cecília e Ana Lúcia, pelo apoio, carinho
e paciência.*

“Confesso que não tenho pela liberdade de imprensa esse amor completo e instantâneo que se concede às coisas soberanamente boas da natureza. Aprecio-a muito mais pelos males que ela impede do que pelos bens que ela faz”.¹

– Alexis de Tocqueville

“Se a liberdade significa algo, é, sobretudo, o direito de às pessoas aquilo que elas não querem ouvir”²

– George Orwell

1 TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 207

2 Tradução livre de “*If liberty means anything at all it means the right to tell people what they do not want to hear*”. cf. ORWELL, George **Animal Farm**. London: Penguin Classic, 2000.

RESUMO

O presente trabalho foi motivado pela percepção de que os aspectos jurídicos relacionados à internet em geral – especialmente no que tange às liberdades de opinião e aos direitos morais da personalidade – não estão sendo bem compreendidos. Devido à complexidade da estrutura e do funcionamento da internet, foi necessário delimitar o objeto de estudo aos blogs. Desta forma, são abordados primeiro os direitos fundamentais colidentes (liberdades de opinião e direitos morais da personalidade), de maneira individualizada, depois a internet em geral e os blogs especificamente e, por fim, é feita a interação de todos estes elementos utilizando a teoria dos princípios fundamentais de Robert Alexy, e a responsabilidade civil – na concepção de Fernando Noronha. As considerações finais indicam que é preciso atentar para as peculiares do ambiente dos blogs, de modo a garantir todos os direitos fundamentais envolvidos, como uma maior garantia aos direitos de resposta e o maior cuidado na remoção de conteúdos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Responsabilidade Civil, Liberdade de opinião, Direitos de personalidade, Internet.

ABSTRACT

This research had been motivated by the perception that the legal aspects related to the general Internet – and specifically in respect to the freedom of speech and to the moral rights of personality – haven't been well understood. Due to the complexity of the Internet's structure, it was necessary to delimit the study's object to blogs. So, first have been approached the conflicting fundamental rights (freedom of speech and the moral rights of personality) individually, then the general Internet and the blogs specifically. Finally, has been made the interaction of all of these elements, using the Theory of the Fundamental Principles, created by Robert Alexy, and the Civil Responsibility – in the Fernando Noronha's conception. The final considerations show that is necessary to attend to the peculiarity of the blogs's environment, to ensure all the fundamental rights envolved, like the right of reply's guarantees and more care on the content's removal.

Keywords: Fundamental Rights, Civil Responsibility, Freedom of Speech, Rights of Personality, Internet

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO.....	12
2.1 Os direitos de liberdade de opinião.....	14
2.1.1 <i>Liberdade de expressão.....</i>	<i>16</i>
2.1.2 <i>Liberdade informação e de comunicação.....</i>	<i>17</i>
2.2 Os direitos morais de personalidade.....	19
2.2.1 <i>A intimidade.....</i>	<i>22</i>
2.2.2 <i>A vida privada.....</i>	<i>23</i>
2.2.3 <i>A honra.....</i>	<i>24</i>
2.2.4 <i>A imagem.....</i>	<i>26</i>
3 A INTERNET E OS BLOGS.....	28
3.1 Breve histórico da Internet.....	28
3.2 Aspectos técnicos da Internet	29
3.3 Aspectos humanos da Internet.....	31
3.3 Os blogs.....	33
4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL.....	39
4.1 A ponderação e a máxima da proporcionalidade.....	39
4.2 A responsabilidade civil.....	41
4.2.1 <i>Pressupostos da responsabilidade civil em sentido estrito.....</i>	<i>42</i>
4.2.2 <i>As excludentes de responsabilidade civil.....</i>	<i>43</i>
4.2.3 <i>A prevenção e a satisfação do dano.....</i>	<i>44</i>
4.3 A responsabilidade civil de blogs diante da colisão de direitos fundamentais.....	45
4.3.1 <i>O âmbito de proteção.....</i>	<i>45</i>
4.3.1.1 <i>Na intimidade e na vida privada.....</i>	<i>46</i>
4.3.1.2 <i>Na honra e na imagem.....</i>	<i>47</i>
4.3.2 <i>Os excludentes de responsabilidade de blogueiros.....</i>	<i>48</i>
4.3.3 <i>A quantificação e satisfação dos danos.....</i>	<i>51</i>
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A comunicação em uma sociedade sempre teve caráter fundamental³, tanto que a cosmogonia cristã chega a considerar o verbo como o primeiro ato da criação. Nos cânones historiográficos, o marco divisório entre a pré-história e a história é, justamente, a invenção da escrita. Não obstante, a troca de informações entre as pessoas continuou restrita a algumas poucas: seja pela limitação das exposições orais, seja pelo enorme trabalho de escrever um texto, seja pela pequena possibilidade de que o texto escrito encontrasse alguém capaz de compreender seu conteúdo. Com a invenção da prensa de tipos móveis de Gutemberg, abriu-se a possibilidade de reprodução em maior escala, mas havia pelo menos dois empecilhos: primeiro, o público leitor era exíguo; segundo, a produção de livros ou jornais era relativamente cara e de difícil distribuição.

Já nos séculos XIX e XX, as máquinas dos grandes jornais e a rádio-difusão modificaram tal situação, criando a comunicação de massas, pois deram condições de que as informações produzidas por um pequeno número de pessoas alcançasse, potencialmente, qualquer outra pessoa (modelo de comunicação um-muitos). Esse quadro, no entanto, está passando por uma revolução derivada da internet: em tese, atualmente, qualquer pessoa com acesso a internet pode divulgar informações para quaisquer outras pessoas, sendo que essas outras podem ser tanto meia dúzia de amigos quanto milhares - ou milhões - de desconhecidos do divulgador da informação (modelo de comunicação muitos-muitos)⁴.

Tais possibilidades podem ser valoradas das mais diversas maneiras, os mais pessimistas⁵ reclamam da cacofonia, do mar de informações irrelevantes⁶ e do ambiente propício à liberação dos mais variados sentimentos⁷. Já para os mais otimistas, a internet tem potencial para tornar-se o espaço público por excelência, por meio do qual é possível

3 cf. BURKE, Peter; BRIGGS, Asa. **Uma história social da mídia**: de Gutenberg à internet. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 2004. Especialmente o Capítulo 1.

4 cf. CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p.139

5 Na comunicação, podemos citar, dentre outros: VIRILIO, Paul. **A bomba informática**, São Paulo: Estação Liberdade, 1999; WOLTON, Dominique. **Pensar a comunicação**, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2004; MARCONDES FILHO, Ciro. **Comunicação e jornalismo**: A saga dos cães perdidos, São Paulo: Hacker Editores, 2002. No direito, a opinião de SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2001.

6 “(...) O que simboliza o advento da liberdade individual designa, na realidade, uma rede (internet) e uma teia de aranha (*web*). Isto é, aquilo que todo mundo, intuitivamente quer se libertar (...)” Wolton, Dominique. *Pensar...*, p. 324-325

7 cf. SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral na...**, p. 74-75

uma democracia efetiva, fundada no debate crítico de todo o povo⁸.

Enquanto cientistas da computação, comunicadores, sociólogos, etc, travam discussões sobre o que é, como funciona e para onde nos levará a internet, a internet já está sendo utilizada pelas pessoas. Com isso, surgem diversos novos problemas, provocando conflitos que precisam ser solucionados pelos juristas, os quais – face a nova realidade – nem sempre estão aptos a tomar as decisões mais adequadas⁹.

O novo problema que motivou o presente trabalho é, na verdade, um antigo problema com um novo complicador: a violação de direitos morais de personalidade pela divulgação de informações, por meio de blogs. É um antigo problema porque as garantias de liberdade de opinião são um pré-requisito das sociedades democráticas¹⁰, assim como os direitos morais de personalidade (imagem, reputação, vida privada, honra). Por exemplo, na Inglaterra, a responsabilidade delitual por difamação existe pelo menos desde o século XIV, e desde o *Lord Campbell's libel Act* – de 1843 – há legislação definindo parâmetros para a responsabilização da imprensa por danos à honra e à reputação dos cidadãos¹¹. No decorrer destes últimos dois séculos, o problema continua vivo, como demonstram os frequentes casos em que políticos pleiteiam, no judiciário, que veículos da grande imprensa sejam proibidos de divulgar determinadas informações¹².

O novo complicador é, a internet, pois – como já referido – além de permitir amplo acesso e divulgação às mais variadas informações, ela causa diversos problemas no que tange a conceitos jurídicos básicos, como local do fato e autoria. Tais questões vem sendo enfrentadas em outros ordenamentos com a criação de legislação específica, por exemplo, nos Estados Unidos, com o *Digital Milenium Copyright Act* (a lei foi criada em 1998)¹³. Curiosamente as mesmas leis que visam identificar e punir os ofensores de

8 Na comunicação: LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo. Ed. 34, 1999, no Direito: Cf. LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. New York: The Penguin Press, 2004 ; LEMOS, R. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

9 Ficou famosa a decisão judicial que retirou do ar o site YOUTUBE, após usuários veicularem por meio do site, um vídeo amador mostrando a atriz em momentos íntimos, com seu namorado, em uma praia espanhola (TJSP Proc. nº 583.00.2006.204563-4). Outra decisão recente é condenação do site de buscas Google ao pagamento de R\$20 mil reais para cada resultado positivo em buscas envolvendo os termos “xuxa” e “pedofilia”, que, em geral, apontam para um filme realizado pela atriz e apresentadora no início dos anos 80 (TJRJ, Proc. nº 0024717-80.2010.8.19.0209).

10 DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009 ; HESSE, Konrad. **Elementos de direitos constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998; neste sentido ver também CHACAPUZ, Maria; FARIAS, Edilsom; BRANCO, Gonet etc.

11 PORTO, Sérgio José. **A responsabilidade civil por difamação no direito inglês**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 31 e 89

12 Dentre inúmeros exemplos, o caso ainda em tramitação envolvendo a Família Sarney que conseguiu uma decisão liminar proibindo que o jornal O Estado de São Paulo publicasse notícias relativas a um inquérito da Polícia Federal. A liminar foi mantida pelo STF (Rcl 9428/DF).

13 cf. LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. p. 31 e ss.

direitos alheios podem, elas próprias, permitir a total ofensa da privacidade de todos os usuários da internet¹⁴, tal qual ocorre no modelo Chinês¹⁵. De qualquer modo, diante da necessidade de uma adequação das normas, existem algumas propostas, como a encaminhada ao Congresso pela OAB, ainda em 1999¹⁶ ou, mais recentemente, os debates sobre o Marco Civil da Internet¹⁷.

A internet não é uma estrutura rígida, com um número fixo de recursos, mas uma ampla gama de ferramentas em constante mutação. Para ficar em ferramentas mais conhecidas, temos websites, fóruns de discussão, chats, blogs e as mais variadas redes sociais (ex. Orkut, Twitter, Facebook, Linked'In), além de plataformas de troca de arquivos como o extinto Napster e os atuais Torrents.

Dentre essas inúmeras ferramentas para divulgar informações, optamos por limitar o estudo aos blogs, por ser uma ferramenta que é mais acessível do que os *websites* normais, bastando, para criá-los e mantê-los, apenas algumas noções básicas de informática. Além disso, os blogs permitem a inserção de dados e conteúdos de modo mais autônomo (e até mesmo anônimo) do que as redes sociais. Diferentemente da imprensa tradicional, o conteúdo dos blogs não passa, necessariamente, pelo crivo de editores, chefes de redação ou mesmo diretores ou patrocinadores, como ocorre em empresas jornalísticas. Cabe mencionar, desde logo, que os blogs favorecem não apenas a divulgação de conteúdos originais, mas também a divulgação de conteúdos criados por terceiros, muitas vezes sem o conhecimento do autor original.

Diante disso, algumas questões se colocam: até onde a liberdade de expressão

14 Para exemplificar, o PLC 89/03, em uma de suas muitas redações, determinava “*Art. 22. O responsável pelo provimento de acesso a rede de computadores é obrigado a:*
I - manter em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de três anos, com o objetivo de provimento de investigação pública formalizada, os dados de endereçamento eletrônico da origem, hora, data e a referência GMT da conexão efetuada por meio de rede de computadores e por esta gerados, e fornecê-los exclusivamente à autoridade investigatória mediante prévia requisição judicial”. Uma proposta como esta seria mais ou menos como obrigar empresas de telefonia a gravarem todas as ligações de todos os usuários.

15 Segundo informações do Itamaraty, sobre a regulamentação da internet na China “*6. Em relação aos registros de acesso à internet, o artigo n. 14 do Decreto n.291 (Gestão de Serviços da Internet) e o artigo n.66 do Decreto n.292 (Regulamentação das Telecomunicações da República Popular da China), ambos datados de 2000, determinam que os provedores devem manter esses registros por até 60 dias e disponibilizá-los aos órgãos policiais e de segurança e à Procuradoria do Povo para fins de manutenção da segurança nacional e para investigação de delitos*”. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil/2010/07/11/regulamentacao-da-internet-na-china---contribuicao-do-itamaraty/> (Acessado em 24/10/2010)

16 LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia...**, p.33. Em outubro de 2010, pelo menos 5 projetos de lei propondo algum tipo de regulamentação na internet tramitam na câmara dos deputados (PL 3303/2000, 2196/2003, 3301/2004, 3758/2008 e 7131/2010).

17 Esse projeto foi fruto de uma parceria entre o Ministério da Justiça e a Escola de Direito do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas. O mais interessante desta proposta foi a sua elaboração em conjunto com usuários da internet, já que a primeira versão do ante-projeto foi disponibilizada para o debate com internautas, entre o final de 2009 e meados de 2010. Disponível em: <http://culturadigital.br/marcocivil>

pode avançar sobre os direitos da personalidade? Quem é responsável pelo que é divulgado? Como mensurar a magnitude de eventuais danos, e como repará-los?

O presente trabalho é uma tentativa de reflexão sobre essas questões. Na primeira parte, abordaremos individualmente os direitos colidentes: a liberdade de opinião e os direitos morais de personalidade. Após, analisaremos alguns dos aspectos da internet, como sua estrutura e funcionamento, assim como a estrutura dos blogs. Por fim, daremos um enfoque sobre a responsabilidade civil e a colisão de direitos fundamentais.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM COLISÃO

Antes de analisar cada um dos direitos envolvidos, faz-se necessária uma distinção terminológica relevante entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Os direitos humanos não são algo novo, mas não existe uma tese unívoca a respeito de suas características, origens ou evolução. A tese mais aceita é a do surgimento de tal conceito, ao menos no sentido moderno, como fruto das revoluções liberais contra o absolutismo¹⁸ e da dignidade da pessoa humana. Mas há também outras teses, que defendem o surgimento de tais direitos a partir das mais diversas fontes, como o *jus gentium* do Direito Romano¹⁹, o advento do Cristianismo²⁰, a *Magna Charta Libertatum*²¹, ou até mesmo, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado²².

O ponto de contato de todos esses conceitos é sua fundamentação moral²³. As dificuldades de aplicação dos direitos humanos, enquanto direitos morais, perpassam pela multiplicidade de conceitos morais existentes em uma mesma sociedade. Diante dessa pluralidade, no presente trabalho adotaremos a terminologia “direitos fundamentais”, como utilizada por Robert Alexy:

Entre direitos do Homem e direitos fundamentais existe uma relação estreita. Direitos do Homem são definidos por cinco características. Eles são (1) universais, (2) fundamentais, (3) preferenciais, (4) abstratos e (5) morais. Como direitos morais, eles têm um caráter suprapositivo. Rigorosamente isso distingue-os dos direitos fundamentais. Direitos fundamentais são direitos que foram acolhidos em uma constituição, com o intuito ou com a intenção de positivizar os direitos do homem. Essa tentativa de positivação dos direitos do homem pode, como cada tentativa, dar mais ou menos bom resultado. Isso vale não só para a positivação por uma constituição, mas também para a positivação por pactos de direitos do homem internacionais. A positivação não anula a validade moral dos direitos do homem. Ela acrescenta-lhe somente uma validade jurídica. Com isso estão, no conceito de direitos fundamentais, necessariamente, unidos direito e moral.²⁴ (grifo nosso) .

Tanto os direitos de opinião quanto os direitos morais de personalidade (imagem,

18 cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos...**

19 cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade...**

20 cf. SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral na...**, p. 75 e ss

21 cf. BREAY, Claire. **Magna Carta** . p 9.

22 cf. DA SILVA, José Afonso, **Curso de direito...**, p. 159-161

23 Não olvidamos que u dos traços característicos do direito seja a separação entre direito e moral. No entanto, diante dos direitos humanos, a moral serve como fundamento para a justificação destes.

24 cf. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo...**, p. 10-11

honra, vida privada e intimidade)²⁵ são positivados na nossa constituição. A tipologia de direitos fundamentais presente na doutrina majoritária²⁶, que define os direitos fundamentais com base no brocardo “*liberdade, igualdade, fraternidade*”, classifica tanto a liberdade de opinião como os direitos morais de personalidade como direitos de *primeira geração*, isto é, os direitos do cidadão de não ser molestado pelo Estado. Durante o século XX, houve grande controvérsia doutrinária face à aplicação de tais direitos não de um particular contra o Estado, mas entre particulares²⁷. Tal controvérsia foi pacificada após a aceitação de que a constituição vincula a todos de modo imediato, e não apenas os agentes estatais.

Ressaltamos que no presente trabalho adotamos como pressuposto a chamada “teoria externa”, no que diz respeito às limitações ou restrições de direitos fundamentais. Isto é, uma coisa é o direito fundamental, outra são as restrições a esse direito fundamental. Em outras palavras, as restrições de um direito fundamental não são intrínsecas a ele, mas decorrência de questões externas como, por exemplo, outras normas ou situações fáticas²⁸. Resumindo, as limitações aos direitos fundamentais só podem ser vistas diante de um caso concreto, onde seja possível colocar todas as normas envolvidas numa situação de concordância prática²⁹, por meio de postulados como a proporcionalidade e a ponderação³⁰.

Embora a proposta deste capítulo seja realizar uma análise individualizada de cada um dos direitos envolvidos, cabe o alerta de Hesse:

Uma sistematização exata, com isto, não é possível. Sem dúvida, a maioria dos direitos fundamentais deixam-se agrupar, histórica e materialmente, segundo determinados âmbitos de proteção; contudo, resultam, muitas vezes – por exemplo, nos afiançamentos da liberdade espiritual e política – cruzamentos tão amplos que cada esquema de classificação iria separar o homogêneo e mal servir a um esclarecimento.³¹

Com tal alerta em mente, passemos a analisá-los individualmente.

25 CFRB, art. 5º, IV, V, IX, X e XIV, e art. 220.

26 cf. BOBBIO, Norberto, *A era dos...*

27 CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e direito privado*. Coimbra: Edições Almeida, p. 36.

28 cf. a excelente análise destas questões em ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos...* p. 267 e ss.

29 cf. HESSE, Konrad. *Elementos...*

30 cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos...*

31 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional...* p. 289, nº de margem 362 (cf. Nº de margem 361).

2.1 Os direitos de liberdade de opinião

A relação entre liberdade de imprensa e liberdade de opinião foi – e para alguns continua sendo – quase uma sinédoque³², pois o instrumento utilizado para exercer a liberdade de opinião era, justamente, a imprensa³³. Essa aproximação justifica-se pelas origens históricas dos modernos direitos de opinião, que remontam ao movimento iluminista.

O iluminismo tentava colocar a racionalidade como valor supremo, o qual deveria se impor ao obscurantismo da igreja e à autoridade absoluta dos monarcas. Para tanto, era fundamental que os pensamentos e opiniões de qualquer pessoa pudessem ser externados, para que fossem objeto de crítica, a qual, por sua vez, também fosse objeto de outras críticas. Diante disso, a importância da imprensa era tão grande, que o presidente norte-americano Thomas Jefferson teria dito “*se tivesse que decidir entre um governo sem jornais, ou jornais sem governo, eu ficaria com a última hipótese*”³⁴. Tocqueville já percebia isso:

Quando se concede a cada qual um direito para governar a sociedade, cumpre reconhecer-lhe a capacidade de escolher entre as diferentes opiniões que agitam seus contemporâneos e apreciar os diferentes feitos cujo conhecimento pode guiá-lo.

A soberania de um povo e a liberdade de imprensa são, pois, duas coisas inteiramente correlativas(...)³⁵

A conceituação desta liberdade é bastante controversa. O próprio poder constituinte, ao positivizar essa liberdade, utilizou mais de um termo, em diversos dispositivos: “Manifestação do pensamento”³⁶, “liberdade de expressão”³⁷ e “liberdade de informação”³⁸. A constituição também une cada uma desses termos em um único

32 Aparentemente, isso se justifica devido ao reconhecimento de outras liberdades, como a liberdade religiosa e a liberdade de reunião. Até o final do século XX, apenas políticos profissionais ou líderes religiosos conseguiriam expressar-se de modo contundente sem o intermédio da imprensa.

33 cf. MARCONDES FILHO, Ciro. **Comunicação e jornalismo...**; TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na...**; BRIGGS, Asa e BURKE, Peter. **Uma história social...**

34 “The basis of our government being the opinion of the people, the very first object should be to keep that right; and were it left to me to decide whether we should have a government without newspapers, or newspapers without a government, I should not hesitate a moment to prefer the latter”.

JEFFERSON, T. **Letter to Colonel Edward Carrington** The Works of Thomas Jefferson, Federal Edition. New York and London. 1787

35 TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia...**, p.209.

36 “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.” CFRB, art. 5º, IV

37 “ É livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, independentemente de censura ou licença. CFRB, art.5º IX

38 “É assegurado a todos o acesso a informação, resguardado o sigilo de fonte, quando necessário ao exercício

dispositivo³⁹. Essas expressões (e mais algumas variantes), são utilizadas pela doutrina para se referir a um plexo de direitos que são, fundamentalmente, direitos de liberdade de pensamento.

De acordo com José Afonso da Silva⁴⁰, a liberdade de pensamento não poderia ser totalmente abarcada pelo direito, pois o que as pessoas pensam jamais vai ser juridicamente relevante enquanto permanecer apenas como pensamento, isto é, algo que existe tão somente na mente de um único indivíduo. Isto posto, ele propõe o termo “liberdade de opinião”, como sendo a matriz de inúmeros direitos individuais conexos, como as liberdades de comunicação, religião, expressão - artística, científica, intelectual ou cultural -, de informar ou ser informado⁴¹.

Também nesse sentido, Hesse, a partir do texto da Lei Fundamental de Bohn, entende que a liberdade de opinião é gênero do qual fazem parte as liberdades de livre manifestação, de informação e de imprensa⁴². Para outra parte da doutrina, como, por exemplo, Branco⁴³, Mendes⁴⁴ e Farias⁴⁵, haveria tão somente as liberdades de expressão e comunicação.

A comunicação (no sentido da Teoria da Comunicação), possui dois aspectos: um mais subjetivo (ou intersubjetivo) e outro mais objetivo. Nas palavras de Habermas: “uma pessoa entende-se *com* outra, *sobre* alguma coisa no mundo”⁴⁶. Optamos por utilizar o termo “liberdade de opinião” por ser mais amplo, abarcando, dentre outros, tanto a liberdade de expressão (que possui um caráter mais subjetivo) quanto as liberdades de informação e de comunicação (que possuem um caráter mais objetivo)⁴⁷. Ou seja, a liberdade de opinião inclui toda e qualquer opinião, comentário, convicção, julgamento, sentimento ou informação; sobre todo e qualquer assunto ou pessoa, não importando – a

profissional”. CFRB, art.5º XIV

39 “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição. §1º nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (CFRB, art. 220)

40 cf. DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. Pg 241 e ss

41 Para o referido autor, além das liberdades individuais, também existiria um direito coletivo à informação (cf. DA SILVA, José Afonso. **Curso...** p.259/250).

42 cf. HESSE, Konrad. **Elementos...** p. 302 e ss.

43 cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**, 4. ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

44 MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e comunicação e o direito a honra e a imagem**. In: Revista de informação Legislativa. Brasília, vol. 31. n. 122 (maio/jul 1994), p. 297-301.

45 FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos...** p.142 e ss.

46 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p.9

47 cf. LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 133. A autora, com base na jurisprudência espanhola, divide a liberdade de pensamento em liberdade de expressão (emissão de juízos e opiniões) e a liberdade de informação (enquanto manifestação de fatos).

priori – se estão corretos ou envolvem interesse público; manifestados de qualquer forma ou por qualquer meio.

Conforme já mencionado, a liberdade de opinião não é absoluta, e pode ser restringida, seja por expressa determinação constitucional (como a vedação do anonimato do art.5º, IV)⁴⁸, seja por outras normas constitucionais (como o direito à vida). Mas a amplitude dessas restrições só pode ser verificada diante de um caso concreto.

2.1.1 Liberdade de expressão

Potencialmente, qualquer ato pode trazer consigo um significado. Isso ocorre não apenas através da voz ou da escrita, mas também de sinais não verbais: mostrar uma imagem, gesticular, ficar em silêncio, sorrir, bocejar, até mesmo o ato de não fazer nada⁴⁹. Seja lá qual for a forma de expressão utilizada, *prima facie*, ela está protegida por esta liberdade. Segundo Branco:

A liberdade de expressão tutela (...) toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista.⁵⁰

Para a liberdade de expressão, não existe uma pretensão de verdade nem objetiva⁵¹, nem subjetiva. Por exemplo, exprimir satisfação ou rejeição diante de uma obra de arte não significa que a obra é, objetivamente, boa ou ruim. Da mesma forma, dizer “não gosto de fulano”, em princípio, também é uma manifestação válida. A expressão também é protegida sem ser subjetivamente verdadeira: alguém pode expressar um sentimento que, de modo algum, considera verdadeiro, como – por exemplo – manifestar simpatia por alguém que de quem não se gosta.

Os sujeitos de tais liberdades podem ser: pessoas naturais ou jurídicas.

48 É o que a doutrina entende por reserva legal qualificada, cf. MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito...**; ALEXY, Robert. **Teoria...**

49 O próprio direito reconhece comunicações não-verbais, como a aceitação tácita de um contrato, a revelia, etc.

50 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso...** p.403

51 Para algumas correntes da filosofia do conhecimento, a própria existência de uma verdade objetiva ou “real”, seria uma falácia, mesmo para a ciência. cf. POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2009.

Geralmente essa liberdade era vista como uma liberdade contra o Estado, mas, ainda que seja mais difícil, a liberdade de expressão também pode ser oposta a particulares⁵².

Por certo, a liberdade de expressão encontra algumas restrições, como já demonstrado. Além dos direitos morais de personalidade, há um sem número de possibilidades de restrição, todas elas extrínsecas à própria liberdade de expressão. Há alguns exemplos expressos normativamente como a vedação do anonimato (art.5º, IV), a proteção da família, da infância e juventude, e da saúde (art.220, §§ 3º e 4º). Podem surgir também outras restrições, as quais ficam mais claras apenas em casos concretos. Um exemplo bastante difundido na doutrina é o de restringir o âmbito de proteção desse direito para excluir tal liberdade de alguém que grita “FOGO!” sem motivo, em um teatro lotado, provocando tumulto. Alguns exemplos mais complexos podem ser a publicação de livros promovendo doutrinas racistas, como o nazismo⁵³, ou as limitações de obras de arte como representação de fatos⁵⁴.

2.1.2 Liberdade informação e de comunicação

A liberdade de informação e de comunicação possui um caráter mais objetivo. Farias, utilizando a doutrina de Ignacio Berdugo Torres, considera a liberdade de comunicação como sendo o direito de “comunicar e receber livremente informações sobre fatos”⁵⁵. Porém, entendemos que há também uma diferença entre liberdade de informação e liberdade de comunicação.

A liberdade de comunicação diria respeito aos instrumentos pelos quais a informação é divulgada, ou seja, afetaria os *meios* de comunicação, sendo aquilo que é

52 cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso...* p. 404, nota de rodapé 22, traz como exemplo decisões do STF impondo às empresas não apenas que tolerem a publicação de avisos sindicais, como também que criem quadros para que tais avisos sejam afixados.

53 cf. Caso Elwanger (cf. STF HC 82424/RS). Há, porém, um relativo perigo em ampliar demasiadamente essa restrição: tomando o nazismo como exemplo, é possível afirmar que o completo repúdio ao nazismo pode ser tão ou mais danoso quanto sua apologia. Enquanto este toma algo manifestamente ruim como sendo bom, o outro faz uma caricatura tão distorcida que torna impossível seu reconhecimento, tornando factível que um movimento nos mesmos moldes volte a ocorrer, como bem demonstrado no filme alemão “A Onda”, de 2008.

54 Nesse sentido, em 1971, o Tribunal Constitucional alemão, decidiu que o romance Mephisto, de Klaus Mann, claramente inspirado na vida do ator Gustaff Gründgens não poderia ser publicado. O fundamento utilizado é que o direito de expressão do autor não poderia sobrepor-se ao direito de personalidade do filho de Gründgens cf. *BVerfGE* 30, 173. Curiosamente, alguns anos depois da proibição da primeira publicação, outra editora publicou o romance, e ele também foi adaptado para o cinema (Mephisto, de 1981), mas não houve processo contra nenhum deles.

55 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos...*, p. 146.

protegido pela constituição ao vedar monopólio ou oligopólio de veículos de informação, garantir a imunidade tributária de publicações, etc. Já a liberdade de informação diria respeito à informação propriamente dita, isto é, ao *objeto informado*.

Alguns autores, como Castanho de Carvalho e José Afonso da Silva, também entendem que o direito à informação engloba dois direitos: um direito de liberdade – a liberdade de informar, e um direito coletivo ou difuso – o direito de ser corretamente informado⁵⁶. Prevalendo esta concepção, surgiria também um direito subjetivo público de exigir a publicação de “direito de resposta” mesmo que a informação errônea não cause dano a ninguém, ou que o ofendido não queira a retratação.

Assim sendo, sujeitos envolvidos na liberdade podem ser tanto particulares quanto o estado (especialmente no tocante à disponibilização e fiscalização da estrutura e infraestrutura das comunicações). A sujeição pode ser tanto passiva quanto ativa.

Com relação às restrições, a doutrina nacional é quase unânime em referir a liberdade de informação como tendo limites imanentes, adotando a teoria interna. Consoante o exposto anteriormente, adotamos a teoria externa, pela qual restrições a um direito são externas a ele próprio. As principais restrições mencionadas pela doutrina são as restrições de interesse público da informação, e da veracidade da mesma.

Também é importante salientar que há uma diferença entre o âmbito de proteção da liberdade de opinião e da liberdade de expressão e comunicação. Por serem mais objetivas, estas permitem uma análise a respeito de sua veracidade ou não. Farias entende que esta veracidade seria uma limitação interna, mas essa posição, para ser sustentável, implica na mitigação do conceito de veracidade para ao conceito de “verdade subjetiva”⁵⁷. Isto é, para permanecer no âmbito de proteção da liberdade de informação, o emissor tem o dever jurídico de diligenciar em busca da verdade, de maneira razoável⁵⁸.

O teor da informação também é apontado como relevante para verificar quais os limites da liberdade. Somente informações de interesse público estariam albergadas pela liberdade de informação. Tal conceito também é problemático, ao menos do ponto de vista interno, pois implicaria, necessariamente, que houvesse um conhecimento apriorístico do que seja interesse público.

56 cf. SILVA, José Afonso. **Curso de...** e GRANDINETTI, L. G.; CARVALHO, C. D. **Liberdade de...**

57 FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos...** pg. 167 e ss. Enquanto a verdade objetiva é extremamente controversa do ponto de vista da filosofia do conhecimento, e sempre é uma porta aberta para regimes totalitários, a verdade subjetiva seria a verdade *suficiente*, aquilo que o emissor da informação entende ser verdadeiro após diligenciar em busca da verdade.

58 Neste sentido, cf. LIMBERGER, Têmis. **O direito à...** e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de...**

2.2 Os direitos morais de personalidade

Entendemos que, por não se tratarem de direitos de liberdade ou de igualdade, é possível inferir que o inciso X diz respeito à proteção do direito à vida (CF, art.5º, caput). Não necessariamente à vida no sentido biológico, mas também no sentido social e psicológico, como decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Código Civil, regula o nome (CC, art.16 a 19), a imagem (CC, art.20) e a vida privada (CC, art.21) no mesmo capítulo em que são regulados os direitos sobre o próprio corpo⁵⁹. Essa conexão não é nova, como demonstra a evolução da *actio iniuriarum* do direito romano. Inicialmente, tal instituto era utilizado apenas contra lesões físicas, mas – com os editos pretorianos – foi paulatinamente modificando-se, e passou a ser uma ação não apenas contra ofensas físicas, mas contra ofensas à honra, ao nome, etc⁶⁰.

Na perspectiva do direito privado, os direitos morais de personalidade – como o próprio nome indica – tem o importantíssimo papel de elevar um ser vivo à condição de pessoa. Com a moderna constitucionalização da dignidade da pessoa humana, os direitos morais de personalidade mantiveram sua importância no direito privado, mas foram alçados à categoria de direitos fundamentais⁶¹. Os direitos da personalidade são:

(...) direitos que se formam a partir da tutela de determinadas características da pessoa, de modo a conservar-lhe a integridade. Pois, direitos necessários ao exercício de outros direitos, na medida em que destinados à conservação de características essenciais ao sujeito de direitos: a pessoa humana.⁶²

A Constituição Federal, no caput do art. 5º, garante os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No inciso X, está garantida a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem. A doutrina não é pacífica quanto à classificação e conceituação de tais direitos. Branco menciona os direitos à intimidade e à vida privada⁶³, Godoy identifica os direitos à honra, à intimidade e à imagem, e os relaciona aos direitos de imprensa⁶⁴. Entendemos que a classificação como *direitos*

59 No âmbito do direito penal, os direitos morais de personalidade também são tutelados, na previsão de crimes contra a honra (art.138 a 140) e do sigilo.

60 cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Liberdade de imprensa...**, p.7 e ss.; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos...**, p. 118 e ss.

61 cf. MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p 71 e ss

62 MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade...** p.99

63 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet **Curso...**

64 GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Liberdade...**

morais da personalidade é suficiente para caracterizar o gênero, do qual fazem parte as espécies imagem, honra, vida privada e intimidade⁶⁵. José Afonso da Silva traz uma definição bastante interessante, ressaltando que “direito à privacidade” deve ser lido como “direito moral da personalidade”:

De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas estas manifestações da esfera íntima, privada, e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera da inviolabilidade, assim, é ampla. Abrangendo o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos e, bem assim, origens e planos futuros do indivíduo⁶⁶.

Essa questão conceitual também é problemática em outros ordenamentos, geralmente confundindo-se com o conceito de intimidade. Nos Estados Unidos, o “*right to privacy*” (geralmente traduzido como direito à intimidade), já era reconhecido de forma esparsa pela jurisprudência⁶⁷, e consolidou-se a partir de 1890, com a publicação do artigo “*the right to privacy*”, dos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis⁶⁸. No entanto, a *privacy* seria muito mais ampla do que o mero direito à intimidade. Na sistematização do conceito, feita por William Prosser, existiriam quatro tipos de violações à *privacy*⁶⁹: 1) a intromissão na solidão ou em assuntos privados de alguém, 2) exposição pública de fatos privados, 3) a publicidade que retrata o indivíduo de modo a falsear a

65 Alguns autores também incluem nesse rol os direitos autorais pessoais e personalíssimos. Nesse sentido, cf. SEVERO, S. V. **Os danos extrapatrimoniais**. 1994. (Mestrado). Curso de Pós-Graduação Mestrado em Direito Privado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. pg.176 e ss. Não concordamos com essa classificação, pois entendemos que os direitos da personalidade são intrínsecos a todos os seres humanos, enquanto os direitos autorais dependem, também da condição de autor.

66 DA SILVA, José Afonso **Curso...**, p.205/206

67 Warren e Brandeis mencionam a expressão “the right to be let alone”, que teria sido utilizada, originalmente, pelo juiz Cooley, numa obra de 1873.

68 A motivação do artigo é bem interessante: Samuel Warren, à época um jovem e promissor jurista, casou-se com a filha de um importante senador. Após o casamento, a imprensa de Boston – local onde residia – passou a divulgar informações dando conta que Warren teria uma amante. Indignado com esta intromissão em seus assuntos particulares, Warren procurou seu amigo Brandeis – futuro membro da suprema corte – e juntos escreveram o artigo citado. No artigo, fundamentaram o reconhecimento de um direito geral da *privacy* pelo estudo de precedentes em casos de violação da propriedade, de quebra de confiança, de violação de direitos autorais e, também, de difamação. Sobre a importância doutrinária, cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet **Curso...**, p.423; LIMBERGER, Têmis. **O direito à...**, p.55 e ss; CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e...**, p.76 e ss; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de...**, p.125 e ss; CARVALHO, Castanho de. **Liberdade de...**, p.55 e ss. O artigo de Warren e Brandeis está disponível na internet, por exemplo, em:

http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr_fn.html#fn10

69 cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de...**, p. 423 e LIMBERGER, Têmis. **O direito à...**, p.57.

percepção do público, 4) a apropriação do nome ou da imagem de outrem, desde que traga alguma vantagem ao infrator⁷⁰.

Na Alemanha, segundo FARIAS, na busca por uma definição de intimidade:

A doutrina alemã(...) vislumbra a existência de três esferas: (a) “privatsphäre” (esfera da vida privada) – a mais ampla das esferas, abarcando todas as matérias relacionadas com as notícias e expressões que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros. Ex.: imagem física, comportamentos que mesmo situados fora do domicílio, só devem ser conhecidos por aqueles que travam regularmente contato com a pessoa; (b) “Vertrauenssphäre (esfera confidencial) – incluindo aquilo que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o público em geral e as pessoas pertencentes ao círculo da vida privada e familiar. Ex.: correspondência, memórias, etc; (c) “Geheimsphäre” (esfera do secreto) – compreendendo os assuntos que não devem chegar ao conhecimento dos outros, devido à natureza extremamente reservada dos mesmos⁷¹

Cabe aqui um alerta quantos aos conceitos de privacidade, intimidade e vida privada: de unânime, só a aceitação de que “privacidade” abarca tanto “intimidade” quanto “vida privada”. Parte da doutrina utiliza intimidade e vida privada como sinônimos⁷². Para outros, porém, *intimidade* seria gênero, do qual faria parte a espécie *vida privada*⁷³. Entendemos que, apesar da semelhança intrínseca, vida privada seria o aspecto mais externo da privacidade, enquanto a intimidade seria o mais interno.

Como forma de sistematização, entendemos que os direitos à personalidade podem ser vistos como círculos concêntricos. No centro, está a essência da personalidade, que vai irradiando-se na direção da vida pública: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Tal sequencia observaria a questão da visibilidade: menor em direção ao mais privado, maior em direção ao que é mais público⁷⁴. Aliás, seria justamente esse espaço privado (ou íntimo) que proporcionaria o espaço de reflexão do indivíduo consigo mesmo, que torna possível a vida pública. Tal dicotomia entre o que é público/social e o que é privado/individual é de grande valia para determinar os espaços onde um ou outro devem prevalecer⁷⁵.

70 Essa tipologia implica nos respectivos conceitos de intimidade, vida privada, honra e imagem. Possivelmente é o que levou o constituinte a optar pelos termos do art.5º, X da CF.

71 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de...**, p.126

72 Neste sentido, SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil**. São paulo: Saraiva, 1999, p. 18; CARVALHO, Castanho de. **Liberdade de informação...**, p. 54-55.

73 Nesse sentido, FARIAS, Têmis. **Colisão...**, p.131; MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade...**, p.122.

74 cf. CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e...**, p.287

75 Idem.

Com relação ao termo “inviolabilidade”, utilizado pela Constituição, é interessante mencionar que ele traz consigo, numa interpretação meramente literal, diversos problemas de aplicação. Estendida ao plano fático, a inviolabilidade dos direitos morais de personalidade obstará fatos corriqueiros, como o cadastro em bancos ou a solicitação de documentos por autoridade policial. Somente o entendimento de que tais direitos são invioláveis *a priori* é que torna-se possível dar conta de exigências sociais. Isto é, os direitos morais de personalidade são invioláveis, a menos que, numa dada situação concreta, existam argumentos fáticos e jurídicos que os afastem. Exemplificando: diante de fundadas suspeitas, é possível um mandado de busca e apreensão na casa de uma pessoa; diante do inadimplemento injustificado, é possível a inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes; a imagem de uma manifestação em local público pode ser publicada sem a autorização individual de cada um dos manifestantes.

Assim, a teoria externa da restrição de direitos fundamentais evidencia sua importância diante das tradicionais restrições a tais direitos elencadas pela doutrina, especialmente nas colisões com os direitos de opinião⁷⁶. Em geral, por sua estreita vinculação aos princípios democráticos, a liberdade de opinião goza do status de “*preferred position*”, ou situação preferencial⁷⁷. No entanto, a fundamentação dessa situação perpassa pela noção de interesse público legítimo e, em decorrência disso surge a necessidade de argumentação para alcançar a solução justa em casos controversos. Assim sendo, os direitos à intimidade e a vida privada de pessoas comuns tendem a ser mais protegidos do que os das pessoas públicas e notórias. Já os direitos à honra (especialmente à honra objetiva) e à imagem, tendem a ser mais fortes (ou pelo menos implicarem em uma indenização maior) no caso de pessoas públicas⁷⁸.

2.2.1 A intimidade

Na Antiguidade, “*a vida privada só era relevante quando implicasse na superação de necessidades concretas do próprio Estado*”⁷⁹. Já na Idade Média, o sistema feudal

76 cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de...**, p.69 e ss – com o enfoque no direito de imprensa – classifica os conflitos mais comuns em cinco categorias: (a) pessoas públicas e notórias; (b) pessoas comuns, acontecimentos da atualidade e a exposição em locais públicos; (c) Crimes e autoria; (d) Direito à crítica e (e) sátira, caricatura e humor.

77 cf. FARIAS, Têmis. **Colisão...**, p.149-150.

78 Nesse sentido: cf. WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis. **The right...**; SILVA, José Afonso da. **Curso de...**; LIMBERGER, Têmis. **O direito à...**; CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade e...**; CARVALHO, Castanho de. **Liberdade de...**; FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de...** etc.

79 cf. CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Intimidade...**, p. 55-59. A autora, citando Fustel de Coulanges, lembra que em

restringiu a dicotomia entre público e privado ao nível do *status* – este último ligado intimamente ao patrimônio⁸⁰. A privacidade como entendida atualmente só tornou-se juridicamente relevante com o crescimento dos núcleos urbanos, fruto da revolução industrial. Nessa situação:

Há um declínio na forma de expressão coletiva e uma busca incessante de referendar tudo o que diga respeito ao homem. Com isto, aquilo que é privado em contraposição ao que é público deixa de ser identificado por um enfoque político para ganhar força na oposição entre o social e o íntimo⁸¹.

Como bem lembra Santos⁸², a positivação da intimidade só começou a ocorrer em meados do séc. XX. Na Itália, o *diritto alla riservatezza* foi reconhecido em 1955. Em 1970, a intimidade também foi positivada no ordenamento francês, com a lei nº 70-643. Em Portugal, o Código Civil de 1966 reconheceu a intimidade, em seu art. 80. Já na Argentina, a intimidade só foi incluída no Código Civil em 1975. No Brasil, a intimidade só foi positivada com a Constituição de 1988, seguida pelo Código Civil de 2002.

Nesse sentido, a intimidade abrangeria sentimentos, emoções etc, justamente aquilo que torna o indivíduo, um indivíduo, bem como objetos conexos, como inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência e o segredo profissional⁸³. Posição diferente tem a doutrina italiana, que “*diferencia, na chamada zona privada, o direito à intimidade do direito ao segredo, sob fundamento de que este último exaspera o âmbito do privado*”⁸⁴. Entendemos que o âmbito do segredo faz parte da intimidade: é tão íntimo que a pessoa não dá a conhecer nem mesmo à pessoas mais próximas, como cônjuge ou filhos⁸⁵.

2.2.2 A vida privada

A vida privada é muito semelhante à intimidade, mas possui uma diferença de grau, que a torna mais ampla do que a intimidade. Enquanto a intimidade é restrita à própria pessoa, a qual, excepcionalmente, descortina esta intimidade para terceiros (parentes ou

Esparta, o celibato era proibido, pois a *polis* tinha a necessidade de mais soldados (p. 58).

80 cf. Idem, p.59-63

81 cf. Idem, p.67-68

82 SANTOS, Marco Fridolin Sommer, **A AIDS sob...**, p.15-16.

83 SILVA, José Afonso. **Curso de...**

84 FARIAS. Edilson Pereira de. **Colisão de...**, p. 127.

85 O *sigilo* – como o profissional, o bancário e o de telecomunicações - pode ser visto como inerente à vida privada.

amigos próximos), a vida privada pode ser conhecida por terceiros não tão íntimos. Em outras palavras: a vida privada engloba as relações que, em regra, não são apenas íntimas mas também não são de conhecimento do público em geral. Exemplificando: o valor do salário de uma pessoa faz parte de sua intimidade, já o local de seu trabalho, ou o cargo que exerce, faz parte da vida privada. Relacionamentos amorosos, enquanto namoro, dizem respeito apenas à intimidade dos enamorados; com o casamento, a relação passa para o âmbito da vida privada.

Em que pese a semelhança, é muito importante ter tal distinção em mente, especialmente no âmbito da responsabilidade civil por sua violação. Como veremos mais adiante, os argumentos aptos a tornarem lícita a vulneração da vida privada tendem a ser mais fracos do que aqueles que façam o mesmo com a intimidade. A diferença também é importante como forma de mensurar eventual dano e suas formas de reparação.

2.2.3 A honra

O instituto jurídico da honra é conhecido, no mínimo, desde o Direito Romano⁸⁶, mas possivelmente é mais antigo⁸⁷. Sua importância é tanta, que, no Direito Público – antes mesmo da existência de direitos fundamentais – já havia sua proteção por normas penais⁸⁸. A honra é um termo polissêmico, “*senal de prestígio, apreço e dignidade*”⁸⁹, o célebre jurista italiano Cesare Beccaria, já em 1793, dizia que “*a palavra honra é uma das que serviram para longos e brilhantes raciocínios, sem que estivesse associada a nenhuma ideia fixa ou estável*”⁹⁰. Farias, citando Adriano de Cupis define honra como sendo “*a dignidade pessoal refletida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa*”⁹¹. A definição dá conta de três aspectos: (1) a essência da pessoa - dignidade, (2) como ela é reconhecida pela sociedade – consideração de outrem e, (3) como a pessoa se sente em relação ao mundo.

86 Idem. p121.

87 Creemos que o sentimento de honra seja uma das primeiras manifestações da sociabilidade, tendo em vista a necessidade de confiança recíproca, é natural que a reputação seja importante. Em diversas mitologias – cronologicamente anteriores à existência de Roma, como a grega ou a nórdica, a honra é que dá sentido à diversas histórias.

88 No Brasil, o Código Penal possui um capítulo específico sobre “crimes contra a honra” (art.138 e ss), no qual são definidos três tipos penais: (a) a **calúnia** (art.148), atribuir a alguém a prática de fato definido como crime; (b) a difamação (art.139), imputar a alguém um fato danoso à reputação social da vítima; (c) a injúria (art.140) que é a ofensa aos sentimentos da própria vítima. cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p.657-680

89 MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade...**, p. 21

90 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.38

91 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão...**, p. 121.

A dignidade constitucionalmente protegida é a “dignidade da pessoa humana”, a que qualquer pessoa tem o direito justamente por ser pessoa. Diante disso, restam afastados os conceitos de honra, atrelados à dignidade em seu caráter medieval, ligado ao status eclesiástico ou aristocrático⁹².

A forma como alguém se sente em relação ao mundo, a “*dignidade da pessoa humana refletida no sentimento da própria pessoa*”⁹³ é o que a doutrina entende por “*honra subjetiva*”. Essa subjetividade acarreta diversos problemas⁹⁴:

Ramón Pizarro, em prestigioso estudo no direito argentino, sobre a sistemática dos danos morais, entende que a honra subjetiva representa o 'estado de consciência individual, de auto-estima razoavelmente justificado pelo homem, como ser feito à imagem e semelhança do seu criador'⁹⁵. Um conceito eminentemente subjetivo, de viés, inclusive, religioso, que demonstra a profunda dificuldade de determinação do conceito à luz de um critério geral. Em verdade, mais do que o conteúdo específico dos atributos valorados individual e socialmente, na prática terá importância ainda maior a associação entre situações de fato, reais ou ilusórias, e um determinado juízo que seja formulado com relação à mesma.⁹⁶

A titularidade da honra subjetiva também acarreta algumas dificuldades, especialmente com relação aos incapazes. Nesses casos, a lógica indica que se alguém não for capaz de perceber uma ofensa, não teria como sofrer o dano em sua auto-estima⁹⁷. Concordamos parcialmente com tal afirmação, o que importa é *perceber* a ofensa, não necessariamente entendê-la. Exemplo: Uma criança de colo que é ofendida com palavras e reage chorando, demonstra cabalmente que percebeu a ofensa, ainda que não tenha entendido o significado de nenhuma das palavras proferidas. Há também controvérsia quanto à possibilidade de que grupos – como a família – possuam uma honra comum, que seja protegida. Entendemos que, sendo a honra um direito de personalidade, ela não se estenderia a entidades sem personalidade própria⁹⁸.

Com relação à honra no âmbito do reconhecimento social, ela é denominada *honra objetiva*, isto é, inclui a fama ou reputação que alguém tem em determinado círculo social.

92 Neste sentido, cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 658-659.

93 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão...**, p.122.

94 No campo do direito penal, alguns autores defendem a inconstitucionalidade do crime de injúria, pela imprevisibilidade da tipicidade da honra subjetiva. Cf. PEREIRA, Eduardo Diniz Alves; LEITE, Fábio. **A vida privada da pessoa pública: reflexões sobre liberdade de expressão, crimes contra a honra e censura**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2009. Online.

95 PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral: prevención, reparación, punición, el daño moral em las diversas ramas del derecho**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000. p.406, apud MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade...**, p.147.

96 MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade...**, p.147

97 cf. SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral...**

98 Em sentido diverso, cf. SEVERO, Sergio Viana. **Danos...**, fl.177.

Dependendo da teoria adotada, a honra objetiva pode ser confundida com a imagem⁹⁹. A violação a esta honra não necessariamente afeta a auto-estima do lesado, mas suas relações sociais. Exemplificando: um cônjuge com a reputação de adúltero, ainda que não se considere um nem sofra qualquer crise de auto-estima por essa fama, pode ter sérias dificuldades no relacionamento com parentes do outro cônjuge. Em que pese o caráter eminentemente não-patrimonial dos direitos da personalidade, a influência nas relações sociais pode implicar em prejuízos econômicos¹⁰⁰.

2.2.4 A imagem

Seguindo a linha de raciocínio, de conceituação dos direitos morais de personalidade com base na dicotomia público/privado, os direitos de imagem são os mais afastados do âmbito privado, e mais próximos do público. Na linguagem comum, a imagem é uma representação de algo ou alguém. Pode ser uma foto, um filme, uma representação artística (de desenhos extremamente realistas até caricaturas ou obras mais abstratas). No entendimento de Farias,

(...) para a ordem jurídica, a idéia de imagem não é assegurada nesse sentido lato, restringe-se a reprodução dos traços físicos da figura humana sobre um suporte material qualquer. É relevante destacar, o direito à imagem, em linguagem jurídica, “compreende a faculdade que toda pessoa tem para dispor de sua aparência, autorizando ou não a captação e difusão dela.”¹⁰¹

Não concordamos plenamente com tal definição, pois ela exclui aspectos como a reprodução da voz, bem como casos de imitação ou representações artísticas que não utilizem traços físicos, mas que façam referência expressa à pessoa por meio de trejeitos ou adereços como um capacete, um óculos, etc. Uma definição mais completa deve englobar também os signos pelo qual uma pessoa é identificada socialmente, o que, nesse sentido, poderia ser o nome, a marca, a voz ou outros aspectos de cunho moral.

Essa interpretação lata do significado da imagem, especialmente com relação ao nome, parece mais conforme com a Constituição. Se o termo fosse interpretado

99 Alguns autores, e a própria jurisprudência, tendem a unir os conceitos de honra e imagem sob o conceito de *respeitabilidade*. Sobre isso, cf. MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade...**, p.138 e ss.

100Idem. pg.149

101FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão...**, p.133

restritivamente, implicaria no contra-senso de que apenas o nome das empresas seria um direito fundamental¹⁰².

Devido a sua natureza fundada no relacionamento social, doutrinadores como Pontes de Miranda entendiam que a imagem não seria um direito autônomo, pois sua violação sempre implicaria na violação da honra, já protegida no ordenamento jurídico¹⁰³. Esse entendimento, atualmente, está incorreto: é possível a violação do direito de imagem sem a violação da honra, ou, até mesmo, em situações em que a violação da imagem traria benefícios econômicos para a vítima¹⁰⁴.

É justamente esse traço econômico do direito que é utilizado para diferenciar o direito de imagem dos demais direitos morais de personalidade. Ainda que a imagem de alguém seja um direito personalíssimo, a comercialização da própria imagem é possível, como bem demonstra o mercado publicitário¹⁰⁵.

Tal vinculação do direito de imagem ao aspecto patrimonial não significa, no entanto, que esse aspecto patrimonial seja um elemento necessário. Uma pessoa pode permitir a utilização de sua imagem para o fim X, mas não para o fim Y, por outras questões, como, por exemplo, divergências ideológicas. Como forma de evitar divergências sobre a autorização ou não, a legislação civil determina que a autorização de uso da imagem (bem como do nome e direitos autorais) seja dada de forma expressa¹⁰⁶.

102A proteção ao nome só é expressa, em nossa consituição, no art.5º, XXIX, que diz o seguinte:

“a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País

103 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. v.7. Rio de Janeiro: Borsoi. 1970.

104Um caso interessante ocorreu entre o site de armazenamento de vídeos “Youtube” e a produtora de filmes Constantin Film, pela utilização de uma cena do filme alemão “A queda” – que retrata os últimos dias da vida de Hitler em seu *bunker* – em diversas montagens. A cena original retratava a reunião de vários generais com um Hitler enfurecido pela derrota iminente. O vídeo virou febre na internet: dada a dificuldade de entendimento da língua alemã, os usuários do site modificavam as legendas, e o desesperado e vociferante Hitler tornava-se algum político envolvido em denúncias de corrupção, um dirigente esportivo após a derrota em um clássico, ou até mesmo donos de empresas que lançaram produtos aquém do esperado. Em que pese a massiva propaganda gratuita, em uma cena cujo conhecimento não prejudicaria alguém que ainda não tivesse visto o filme, a produtora conseguiu, mediante acordo extra-judicial, que o site se comprometesse a remover o conteúdo contendo as imagens do filme, tão logo fossem descobertas enquanto tais. A notícia sobre o caso pode ser encontrada em <http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2010/04/produtora-alema-retira-parodias-do-filme-queda-no-youtube.html> (consultado pela última vez em 13/11/2010).

105 Eventualmente, a honra objetiva de alguém também é comercializada em propaganda, como no caso de artistas ou esportistas famosos, que, juntamente com a imagem, oferecem seu prestígio social em favor de determinado produto ou indústria. Mas a recíproca não é verdadeira, já que a maioria dos atores de filmes comerciais e de modelos fotográficos são desconhecidos do grande público, e, portanto, sua honra objetiva não está relacionada à propaganda da qual participa..

106 cf. art.15 a 20 do Código Civil de 2002.

3 A INTERNET E OS BLOGS

O objetivo deste capítulo é fornecer alguns dados sobre a internet, os blogs, e como funcionam. Esta é uma simples introdução a um tema vastíssimo, novo, e multidisciplinar: há o aspecto técnico das engenharias (de computação, telecomunicações), há o aspecto da comunicação social, há o aspecto da sociologia, entre outros. Portanto, além de um breve histórico, traremos apenas algumas noções básicas e ressaltaremos alguns pontos de interesse jurídico.

3.1 Breve histórico da Internet

As redes, no sentido de múltiplas vias ligadas por nós, não é algo exatamente novo, como bem demonstram os sistemas de comunicação dos impérios da antiguidade, como as estradas do Império Romano¹⁰⁷. Com relação a Rede, no sentido atual de rede mundial de computadores, seu surgimento é bastante pitoresco. Nas palavras de Manuel Castells: “*a internet nasceu da improvável intersecção da 'big science', da pesquisa militar e da cultura libertária*”¹⁰⁸.

Em 1958, o departamento de defesa norte-americano, percebendo que a tecnologia soviética estava mais avançada (em 1957, o Sputnik fora colocado em órbita), criou a ARPA – cuja sigla em inglês significa “agência de projetos de pesquisa avançada”¹⁰⁹. Essa agência tinha por objetivo investir na pesquisa universitária, ligando o conhecimento universitário às necessidades militares da guerra fria. Em 1968, surgiu o ARPANET, um programa que ligava vários computadores por meio da transmissão de dados por comutação de pacotes.

Essa comutação por pacotes havia sido desenvolvida anteriormente, como forma de proteção contra ataques nucleares: uma informação era fracionada dentro de “pacotes de dados”, os quais eram armazenados, replicados, e reencaminhados para os demais computadores da rede. Desta forma, as informações “circulariam” pela rede, e não desapareceriam mesmo que um ou mais computadores desaparecem.

Pois bem, a ARPANET, utilizando tal tecnologia, ligava diversos institutos de pesquisa de prestigiosas universidades norte-americanas, como as universidades da

107 cf. BRIGGS, Asa.; BURKE, Peter. **Uma história...**, p. 32

108 CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p.19

109 Em inglês: “*Advanced Research Projects Agency*.”

Califórnia e de Stanford. Até ai, não havia muita novidade, pois, na época, diversos projetos de redes de computadores estavam sendo implementados, tanto nos EUA quanto nos países europeus. O grande diferencial do projeto da ARPA, foi a possibilidade de torná-lo uma “rede de redes”¹¹⁰.

Com a decadência tecnológica da União Soviética, e o esfriamento da guerra fria, na década de 80, o exército dos EUA criou uma rede militar própria, e a rede de pesquisadores universitários recebeu o nome de ARPA-INTERNET. Ela ainda seria privatizada nos fim dos anos 80 e, finalmente, desativada em 1990, no alvorecer da internet comercial.

No início dos anos 90, muitos provedores de serviço da internet montaram suas próprias redes e estabeleceram suas próprias portas de comunicação em bases comerciais. A partir de então, a internet cresceu rapidamente como uma rede global de redes de computadores. O que tornou isso possível foi o projeto original da ARPANET, baseado numa arquitetura em múltiplas camadas, descentralizada, e protocolos de comunicação abertos. Nessas condições, a NET pôde se expandir pela adição de novos nós, e a reconfiguração infinita da rede para acomodar necessidades de comunicação¹¹¹.

Seguindo o conceito de Castells, a história da ARPANET caracteriza muito bem a intersecção entre a pesquisa pesada – a *big science* de financiamento estatal –, e os interesses militares. Mas a cultura libertária, talvez a principal responsável por transformar a internet naquilo que vemos hoje, aparece apenas nas entrelinhas. A arquitetura descentralizada e os protocolos de comunicação abertos são fruto direto do ambiente social das universidades, onde a ARPANET era utilizada, naquilo que pode ser definido como “tecno meritocracia”¹¹². Nesses grupos sociais, o progresso tecnológico (especificamente a programação de computadores em um ambiente de rede) é o valor supremo, e o método utilizado para alcançá-lo é a colaboração entre seus membros.

3.2 Aspectos técnicos da Internet

A linguagem computacional é baseada em um sistema binário, que pode ser entendido como “ligado/desligado” ou “zero/um”. Toda a informação digital é escrita nesse

110 cf. CASTELLS, Manuel. *A galáxia...*, p14.

111 cf. Idem., p. 15

112 cf. Idem., p.36

sistema, e decodificada em caracteres por meio do processamento de dados (Ex.: uma letra que surge na tela). Essa redução de tudo a dois elementos implica na necessidade de que estes sejam encadeados em longas sequências¹¹³.

As redes nada mais são do que conexões entre dois ou mais computadores, que trocam informações nessa linguagem binária, através de uma estrutura de conexão (cabos, fibra ótica, ondas de rádio, etc). Como mesmo as informações pequenas são uma longa sequência de impulsos elétricos (liga/desliga), é muito fácil que parte da informação transmitida seja perdida ao percorrer os meios físicos. Para superar esse problema, a forma mais utilizada para manter a comunicação é a união de dois protocolos, usados em conjunto: o TCP/IP.

O TCP (*transmission control protocol*) é um protocolo que organiza a transmissão dos pacotes de dados, definindo a sequência em que eles devem ser enviados/recebidos e verificando se não houve a perda de nenhum deles no trajeto. Para tanto o TCP estabelece uma via de mão dupla: em qualquer conexão, os dois polos enviam e recebem dados reciprocamente (ainda que seja apenas a confirmação do recebimento).

Já o IP (*internet protocol*) é um número que indica a localização de uma conexão, cuja notação é feita por meio de quatro sequências de até três dígitos, separados por ponto (o do site www.google.com, por exemplo, é 64.233.163.104)¹¹⁴. Vale lembrar que esse endereço não é, necessariamente o endereço do computador, mas da conexão, indicando apenas de onde as informações estão saindo ou para onde elas devem ir.

Existem ainda outros protocolos, na chamada “camada de aplicação”. São eles: o “http” para navegação na internet, POP3 e SMTP para recebimento e envio de correio eletrônico e FTP para transferência de dados.

Para a internet, além dos protocolos de conexão, existe um outro elemento na infraestrutura: os provedores. O termo “rede” indica algo que é uma multiplicidade de coisas interligadas. Embora não haja uma hierarquia entre as conexões, há os chamados provedores de infraestrutura, ou *backbones* (espinha dorsal, em português) que são computadores de alta capacidade, em geral ligados entre si por cabos de fibra ótica – alguns intercontinentais. É a eles que os demais provedores, os *provedores de acesso*, vão sendo conectados. Estes últimos, por sua vez, é que fazem a conexão com os *pontos de acesso*, como os computadores individuais dos usuários¹¹⁵.

113 O DNA, que rege o funcionamento dos organismos vivos, funciona de modo semelhante, porém tem quatro unidades básicas. A diferente sequência com que tais elementos são combinados resulta na diferença, por exemplo, entre uma célula de cérebro humano e uma célula da carapaça de um inseto.

114 Ao digitar-se o número do IP na barra de endereços do navegador, ele irá para a conexão representada.

115 Esses três elementos (backbone - provedor de acesso - ponto de acesso) não é um modelo estático. Em primeiro

Além dos provedores *backbone* e dos provedores de acesso, existem outros tipos de provedores: os provedores de e-mail, de hospedagem, de conteúdo e de informação. No excelente resumo de Zago:

O **provedor de e-mail** é uma pessoa jurídica fornecedora dos serviços de envio, armazenamento e acesso a e-mails (LEONARDI, 2007b). O provedor de e-mail deve, ainda, “permitir somente ao contratante do serviço o acesso ao sistema e às mensagens, mediante o uso de um nome de usuário e senha exclusivos” (LEONARDI, 2007b: 59).

O **provedor de hospedagem** é “o provedor que fica responsável pelo armazenamento de websites criados por terceiros” (SQUARCINI, 2004, online). Sua função é oferecer o suporte técnico para que sites de terceiros possam ser hospedados. Dessa forma, o provedor de hospedagem “tem acesso e registro do conteúdo, porém não o controla, sendo responsável pelo armazenamento de dados e pela visualização no ambiente da internet” (RIBEIRO, 2006:68).

Já os **provedores de conteúdo** são aqueles que fornecem o conteúdo do próprio site, como no caso dos portais de notícias (LOURENÇO, 2007). Um provedor de conteúdo não se confunde com um **provedor de informação**. Este “é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet, ou seja, o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo” (LEONARDI, 2007b:60). Leonardi (2007b) lembra ainda que há casos em que o provedor de informação e o provedor de conteúdo se confundem na mesma pessoa, como quando um indivíduo disponibiliza textos próprios em um site pessoal.¹¹⁶ (grifos nossos)

3.3 Aspectos humanos da Internet

Briggs e Burke¹¹⁷ trazem, do século XVI, o exemplo do moleiro e herege italiano Menocchio¹¹⁸, para afirmar que a forma como se lê é, possivelmente, mais importante do que aquilo que se lê. A internet proporcionou uma enorme mudança não apenas na forma de ler, mas na de comunicar-se em geral, com a difusão do hipertexto.

lugar, é possível que um provedor de acesso seja o *backbone* de outro provedor: “o provedor A depende do provedor B, que depende do provedor C e assim por diante. Além disso, um servidor de acesso A pode estar conectado simultaneamente à um backbone “A” e a um a um servidor de acesso “X”, que, por sua vez está conectado ao backbone “B”.

116 ZAGO, Gabriela da Silva. **A possibilidade de responsabilização civil de terceiros por comentários na internet**. In: Revista Anagrama – Revista Científica Interdisciplinar de Graduação, ano 4, 1. ed. Disponível em http://www.usp.br/anagrama/Zago_responsabilizacaocivil.pdf. Os livros citados são:

LEONARDI, M. **Internet: elementos fundamentais**. In: SILVA, R.B.; SANTOS, M.J. (orgs). Responsabilidade Civil na internet e nos demais meios de comunicação. São Paulo: Saraiva, 2007, p.55-69 e

LOURENÇO, S. P. **A Responsabilidade Civil Extracontratual dos Provedores pelos Danos Causados Através da Internet**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, Belo Horizonte, 2007. p. 487-503.

117 BRIGGS, Asa. e BURKE, Peter. **Uma história...**, p.72.

118 cf. GINZBURG, Carlo. **O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

O hipertexto é uma informação apresentada em múltiplas camadas, mediante inserção de “hiperlinks” – elos – que rompem a linearidade da informação original. De fato, essa importante função já podia ser identificada com as explicações textuais ao lado pinturas, os libretos de óperas, as anotações nas margens de impressos¹¹⁹ (nesse sentido é possível dizer que as glosas de Bartolo¹²⁰ são hipertexto). Mas o hipertexto da internet facilita sobremaneira essas interconexões: se num texto jurídico há uma referência à um artigo da constituição, com um “hiperlink” basta um simples apertar de botão para que o referido artigo se abra para o leitor. Possivelmente é desse mergulhar de texto em texto que surgiu o termo “navegar na internet”.

Além das possibilidades de hipertexto, a internet, como salientado pela sua própria história e estrutura, proporciona uma maior interatividade entre os emissores da informação e seus receptores. Como consequência disso, há uma aproximação de pessoas, sejam elas *outsiders*¹²¹ - como pedófilos ou amantes do cinema mudo – ou mesmo *estabelecidos* – como os leitores de grandes jornais ou fãs de telenovela. Essa aproximação entre pessoas, junto com o custo cada vez mais irrisório de copiar e armazenar informação, tem causado um movimento de *emergência*¹²² que trouxe pelo menos duas modificações econômicas: a primeira é a viabilidade econômica de empreendimentos voltados para pequenos nichos, no que o pesquisador norte-americano Chris Anderson denomina “teoria da cauda longa”¹²³. A segunda é o aspecto cada vez mais colaborativo da rede, no que vem sendo chamado de “Web 2.0”.

“Web 2.0” é um termo que indica uma “nova versão da internet”¹²⁴, mais dinâmica e colaborativa do que a anterior. Nas palavras de Alex Primo:

A web 2.0 é a segunda geração de serviços “on-line” e caracteriza-se por potencializar as formas de publicação, compartilhamento e organização de informações, além de ampliar os espaços para a interação entre os participantes do processo. A Web 2.0 refere-se não apenas a uma combinação de técnicas informáticas (serviços “web”, linguagem Ajax, “web syndication, etc.), mas também a um determinado período

119 cf. BRIGGS, Asa e BURKE, Peter. **Uma história...**, p.53.

120 Bártolo de Sassoferrato foi um célebre jurista medieval. Seus comentários sobre o *corpus juris civilis* eram fonte subsidiária do direito brasileiro até 1916.

121 cf. ELIAS, Norbert. **Os estabelecidos e os outsiders**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

122 Emergência, nesse sentido, diz respeito à imprevisibilidade das reações de um sistema complexo surgido de regras simples. cf. JOHNSON, S. **Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e softwares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

123 cf. ANDERSON, Chris. **A cauda longa: do mercado de massa para o mercado de nincho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

124 Essa “nova versão” não é assim tão nova, pois a colaboração e a dinâmica já estavam presentes na gênese da web. O que justifica o uso da expressão é a utilização em larguíssima escala destes dois conceitos.

tecnológico, a um conjunto de novas estratégias mercadológicas e a processos de comunicação mediada pelo computador.¹²⁵

Isso pode ser visto em diversas formas: o avanço do software livre¹²⁶ (por exemplo as variantes de programas como o sistema operacional Linux, ou o navegador Firefox), as crescentes possibilidades de interação, como a colocação de comentários diretamente na informação (adotadas por diversos sites), o crescimento das chamadas redes sociais. Talvez o melhor exemplo disso tudo sejam os sistemas “wiki”, como a enciclopédia Wikipédia (www.wikipedia.org)¹²⁷: nestes sistemas, os próprios usuários do site podem criar novas páginas ou modificar o conteúdo das já existentes, geralmente, sem qualquer tipo de interferência prévia de administradores ou moderadores¹²⁸. Mas a principal característica é que a força motriz disso tudo é o trabalho não remunerado de milhares de voluntários.

3.3 Os blogs

A palavra “blog” é a contração do termo “*web log*”, numa tradução livre, algo como “registro da rede” ou “diário de rede”. Para Raquel Recuero:

O weblog surgiu como uma ferramenta simples de criar conteúdo dinâmico em um website . É baseado principalmente em dois aspectos: microconteúdo, ou seja, pequenas porções de texto colocadas de cada vez, e atualização freqüente, quase sempre, diária. (...). A mais nova atualização vai sempre no topo do website , com data e hora. As atualizações são feitas em pequenas porções, chamados posts.¹²⁹

Em que pese o senso comum tratar os blogs apenas como diários pessoais virtuais – ou diários eletrônicos – essa conceituação é incompleta, pois existem também os blogs

125 PRIMO, Alex. O aspecto relacional das interações na Web 2.0. In: ANTOUN, H. (Ed.). **Web 2.0: participação e vigilância na era da comunicação distribuída**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008. p.101

126 O código fonte é o “genoma” de um programa, ele pode ser aberto ou fechado. Nos sistemas abertos, o programa pode ser modificado pelos próprios usuários, seja para dar novas funcionalidades, seja para corrigir eventuais “bugs” (os defeitos nos programas).

127 Em que pese as desconfianças, esse tipo de sistema vem demonstrando ser eficiente: Uma pesquisa da revista Nature, de 2005, comparando a Wikipédia e a Enciclopédia Britânica, constatou que ambas continham erros conceituais graves em igual número (cf. http://www.usatoday.com/tech/news/2005-12-14-nature-wiki_x.htm).

128 Em assuntos polêmicos e sujeitos a ataques, é possível a restrição de mudanças, como ocorreu nessas eleições, onde os verbetes sobre os então candidatos José Serra e Dilma Rousseff tiveram a modificação instantânea bloqueada. Notícia disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/poder/813277-wikipedia-restringe-alteracao-em-paginas-de-dilma-e-serra.shtml>)

129 RECUERO, Raquel da Cunha. **Weblog, webrings e comunidades virtuais**, 2003. Disponível em: <http://pontomidia.com.br/raquel/webrings.pdf>

do tipo “publicação eletrônica”. Nas palavras de Recuero: “São *weblogs* que se destinam principalmente à informação. Trazem, como revistas eletrônicas, notícias, dicas e comentários sobre um determinado assunto, em geral o escopo do blog. Comentários pessoais são evitados, embora algumas vezes apareçam.”¹³⁰. Haveria ainda os blogs do tipo misto, que são utilizados ora como diário, ora como publicação¹³¹. A totalidade dos blogs é também chamada de *blogosfera*.

Um dos aspectos que mais chama a atenção nos blogs é a capacidade de conexões entre os blogueiros (os autores dos blogs). Conquanto um dos recursos mais utilizados pelos blogs do tipo publicação eletrônica seja o *clipping*– uma coletânea de hiperlinks para notícias, *posts* de outros blogs ou websites – e que a estrutura da ferramenta costuma indicar, de forma fixa (geralmente na lateral da página) uma lista de *links* apontando para blogs “amigos”¹³². A mera colocação de links não chega a criar a conexão entre os blogueiros: o fundamental são os comentários recíprocos, que determinam o conceito de “webrings”:

Os blogs são linkados uns nos outros e formam um anel de interação diária, através da leitura e do comentário dos posts entre os vários indivíduos, que chegam a comentar os comentários uns dos outros ou mesmo deixar recados para terceiros nos blogs.

(...)

Essa perspectiva dialógica, de construção da comunicação entre os dois pólos comunicativos, é a chamada interação mútua, proposta por Primo (1998, online), em oposição à interação reativa, simplesmente uma ação e reação, geralmente observada na interação entre indivíduo e máquina. Utilizamos a noção de interação mútua como aquela que o suporte deve proporcionar para que os indivíduos possam construir relações sociais formadoras de uma comunidade virtual. Para que esta interação seja possível, é essencial o uso da ferramenta de comentários nos *weblogs*. (...)

(...)Deste modo, acreditamos poder definir os *webrings* (como aqui chamamos os círculos de blogueiros) como “virtual settlement”, uma vez que funcionam como um lugar (uma vizinhança) de blogueiros que interagem (através dos comentários e posts) e travam conhecimento e relações entre si. Os *webrings* são, portanto, compostos não apenas do blog, mas do círculo de blogueiros e seus comentários sobre o blog, do suporte tecnológico da comunidade virtual.¹³³

A forte interação social não é estanque, um mesmo blogueiro pode participar de vários *webrings*, (agindo como um nó entre redes diferentes). E é justamente essa

130 RECUERO, Raquel da Cunha. **Weblog...**, p.3

131 A tipologia utilizada segue a de RECUERO, Raquel da Cunha. *Idem*.

132 A quantidade de blogs *linkados* tende a ser um indicativo de capital social do blogueiro; diante disso, não chega a ser incomum ver blogueiros que linkam outros sem qualquer relação (tanto pessoal quanto temática), esperando que o link seja devolvido.

133 RECUERO, Raquel da Cunha. **Weblog...**, p.7 e 10

proximidade e interação entre diferentes redes que permite que um simples comentário tenha uma força avassaladora¹³⁴, se encontrar eco em outras opiniões, com o crescimento exponencial dos efeitos dessa opinião¹³⁵.

Outro aspecto importantíssimo deste tipo de comunicação é seu potencial para a perenidade: a rede tem uma memória digna de Funes¹³⁶. Uma vez disponibilizada na *web*, a informação é incontrollável, pois cada “acesso” implica, na verdade, em uma replicação da informação, a qual, por sua vez, pode ser armazenada e novamente divulgada. Simultaneamente, essa perenidade da informação implica também no crescente potencial de irrelevância de cada informação isolada, dado o grau cada vez maior de informação disponível.

Todo esse potencial comunicativo provocou o surgimento (ou, pelo menos, a maior visibilidade) de alguns fenômenos relevantes para a análise da colisão entre os princípios aqui estudados. São eles: a perda de poder da grande mídia; os chamados “*chilling effect*” e “*Streisend effect*”; e também a vulneração dos direitos morais de personalidade tanto pelos *trolls* quanto pelos próprios titulares.

Conforme visto no capítulo 2, a imprensa sempre teve o papel de ser “a voz do povo”, mas a internet permitiu que o povo tivesse voz própria. As críticas e comentários dos indivíduos a respeito das notícias – que antes ficavam restritas ao círculo pessoal ou, no máximo, ao exíguo espaço destinado às “cartas do leitor” – hoje são visíveis a todos, e, via de regra, ficam acessíveis por muito tempo. Isto criou uma legião de *ombudsmen*¹³⁷. Alguns comunicadores, percebendo a novidade, também criaram blogs, mas apenas aqueles que adaptaram sua forma de trabalho aos usos da nova tecnologia é que tiveram um relativo sucesso. Ainda assim, na prática, as grandes mídias continuam sendo importantíssimas para a divulgação de informações em larga escala, mas perderam o

134 HEWITT, buscando referências da ciência militar, define esse poder como uma força de infestação ou “*enxame*”: um movimento descentralizado que realiza um ataque multidirecional em algum (ou alguns) pontos específicos. Típicos das cavalaria muçulmanas do século VII ou dos mongóis do século XIII.

135 Um exemplo prático na vida política foi a completa perda de credibilidade de John Kerry, então candidato a presidência dos EUA. Kerry, um condecorado ex-combatente do Vietnã, alegava ter presenciado crimes de guerra e ter participado de determinadas ações militares. Os veículos tradicionais da mídia não deram muito crédito para um grupo de veteranos que desmentiam as afirmações do candidato, mas eles criaram blogs, e com as interações decorrentes, o desmentido ganhou força e Kerry sofreu uma derrota acachapante para o fraco George W. Bush.. cf. HEWITT, Hugh. **Blog...**, p.57 e ss

136 cf. BORGES, Jorge Luís. **Funes, o memorioso**. In: Ficções. São Paulo: Companhia das Letras, 2007 p.99 - 108. No brilhante conto de Borges, Funes é um paralítico que consegue lembrar de tudo aquilo que viu, ouviu ou percebeu, nos mínimos detalhes.

137 De acordo com o jornal Folha de São Paulo: “Ombudsman é uma palavra sueca que significa representante do cidadão. Designa, nos países escandinavos, o ouvidor-geral -função pública criada para canalizar problemas e reclamações da população. Na imprensa, o termo é utilizado para designar o representante dos leitores dentro de um jornal. A função de ombudsman de imprensa foi criada nos Estados Unidos nos anos 60” disponível no site <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ombudsman/cargo.shtml> (acessado em 19/11/2010).

oligopólio que tinham até então. No Brasil, isso é fundamental, dado a histórica promiscuidade de nossa imprensa com o poder¹³⁸.

O *chilling effect* (ou “efeito inibidor”, numa tradução livre) é um fenômeno, inicialmente identificado pela doutrina jurídica norte-americana, caracterizado pela “censura” decorrente da insegurança jurídica e da imprevisibilidade do montante de eventual indenização. Ele ocorre quando alguém, incomodado com a divulgação de algo, procura incutir uma autocensura no suposto ofensor, utilizando o judiciário como argumento, seja pela simples ameaça de processo, seja pelo seu efetivo ajuizamento. Ressalte-se que o objetivo não é ser vencedor do processo, mas fazer com que a outra parte sintam-se ameaçada e tenha perdas em decorrência dos custos do processo (a contratação de advogados, o tempo gasto em audiências, assim como a eventual condenação)¹³⁹.

A grande imprensa há muito tempo convive com esse fenômeno, mas sua força é mitigada tanto pelos processos internos do jornal – onde há uma estrutura hierárquica que dá o aval para as publicações – quanto pelos departamentos jurídicos. Já para os blogueiros, o impacto tende a ser muito maior. Em geral, os blogs não costumam dar qualquer retorno financeiro para seus autores, e a simples necessidade de gastar R\$200 reais¹⁴⁰ para saber se o processo tem algum fundamento já pode ser suficiente para inibi-los. Além disso, a prudência recomenda que mesmo informações aparentemente lícitas sejam removidas ou não divulgadas, diante da ausência de critérios claros sobre o que pode, ou não, ser divulgado, e que uma eventual condenação por danos morais facilmente ultrapassa os 3 salários mínimos.

O *Streisand effect*¹⁴¹ pode ser visto como uma resposta coletiva natural à censura judicial e ao *chilling effect*. Ocorre quando a tentativa de remover um conteúdo da internet

138 cf. MORAIS, Fernando. **Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994; WAINER, Samuel. **Minha razão de viver: memórias de um repórter**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2005

139 cf. SEVERO, Sergio Viana. **Os danos...**, fl.215, onde o autor aventa a hipótese de processos judiciais causarem danos extrapatrimoniais.

140 Segundo a tabela de honorários da OAB/RS, esse é o valor de uma consulta simples. Pela tabela, a defesa, no plano cível custaria, ao menos, R\$3.000,00. A defesa na esfera penal custaria, pelo menos, R\$ 6.000,00. Dados disponíveis em http://www.oabrs.org.br/tabela_honorarios.php (acessado em 18/11/2010).

141 Em 2003, fotos da casa da atriz e cantora norte-americana Barbra Streisand foram publicadas em um site, juntamente com milhares de outras fotos da costa da Califórnia. A atriz, alegando violação de privacidade, moveu um processo pedindo a remoção das fotos, mas a notícia do processo fez com que tanto o site quanto a foto ficassem extremamente populares na internet. Referências ao assunto, além da Wikipedia, podem ser encontradas em http://www.economist.com/research/articlesBySubject/displayStory.cfm?story_id=11622401&subjectID=348963&fsrc=nw1 e http://www.forbes.com/2007/05/10/streisand-digg-web-tech-cx_ag_0511streisand.html (ambos, acessados em 19/11/2010).

acaba potencializando a sua divulgação e replicação¹⁴². Numa definição um tanto grosseira, seria uma “censura que saiu pela culatra”. A ideia de que a proibição provoca a curiosidade não é muito nova, tanto que há o dito popular “o que é proibido é mais gostoso”, mas esse efeito, dada a perenidade mencionada anteriormente, foi potencializado pela internet (e especialmente pelos blogs), pois torna extremamente factível que tal curiosidade seja satisfeita.

Inegavelmente, as relações sociais na internet fazem parte da vida social de uma pessoa (não chega a ser incomum que relações como namoros e amizades “na vida real” surjam ou sejam solidificados por laços “virtuais”). Desta forma, coisas como a reputação de um blogueiro ou o *layout* de um site ou blog são manifestações da própria personalidade, e, por isso, na medida do possível, devem ser protegidos pelo direito¹⁴³.

Em qualquer ambiente social, existem pessoas que não observam as normas de conduta. Na web não é diferente, e tais pessoas costumam ser designadas como *trolls*¹⁴⁴. Essa não chega a ser uma denominação muito precisa. São pessoas que reiteradamente perturbam as demais através de condutas anti-sociais que englobam atitudes que vão da mera gafe e da criação gratuita de discórdia até mesmo ao crime, como difamação, injúria ou a incitação ao racismo. Essas formas de conduta, em alguns casos, podem ser muito similares ao “*ciberbulling*”. A solução que os usuários da rede tendem a apontar como sendo a melhor forma de combatê-los é a de “não alimentar os *trolls*”, ou seja, na medida do possível, simplesmente apagar os comentários e evitar responder às provocações. As eventuais reações tendem a ser vistas como desafios, e o *troll* pode utilizar sua rede de contatos e, dessa forma, cometer os *ataques de infestação*. As tentativas de remoção de conteúdos ofensivos, ou da proibição de websites ofensivos também podem ser dificultadas pelo *Streisand Effect*.

Também é possível que o próprio titular vulnere seus direitos e se coloque em situações difíceis. A maioria das pessoas parece ter uma certa dificuldade de perceber que a internet é, essencialmente, pública: por mais obscuro que seja um blog, ele é potencialmente acessível para qualquer pessoa. Mesmo simples comentários sobre o trabalho ou um encontro entre amigos podem causar dificuldades – e até mesmo danos –

142 No Brasil, o caso paradigmático foi o já citado Daniela Cicarelli *versus* Youtube.com.

143 Um tema candente, mas fora do escopo deste trabalho, é violação dos direitos morais de personalidade pelo governo ou por empresas interessadas em informações comerciais.

144 O termo surgiu na própria internet, e sua etimologia é controversa. Para uns seria uma referência aos Trolls, criaturas antropomórficas da mitologia nórdica, extremamente feias e agressivas. Para outros, seria decorrente da redução da expressão de língua inglesa “*trolling for sucker*” (em uma tradução livre, algo como “caçando bundão”). De qualquer modo, é uma gíria amplamente utilizada na internet, e sendo entendida em diversos idiomas, como espanhol e português.

junto à pessoas próximas, como cônjuges, familiares e empregadores. Se pensarmos em intervalos temporais maiores, o caráter perene das informações na web oferecem uma perspectiva sombria para os jovens de hoje, que tornam públicos coisas que, mais tarde, eles próprios definiriam como “loucuras ou equívocos”¹⁴⁵. É bem possível que esta super-exposição traga mudanças consideráveis para o que hoje entendemos como honra e privacidade. Nas palavras de Fernanda Bruno:

Detalhes de nossas vidas cotidianas e pessoais, antes perdidos no fundo de nossas memórias falhas, tornam-se hoje dados perenes e indefinidamente estocáveis. O termo lifelog surge para definir e questionar esse arquivamento minucioso da existência mediante tecnologias de “comunicação pervasiva” (Allen, 2007). Os tradicionais arquivos e próteses mnemônicas têm sempre limites de custo, espaço, duração e recuperação que abriam vacúolos de esquecimento em nossas memórias. Doravante, a potencial perenidade do arquivo o torna indefinidamente sujeito à interpretação e à utilização futuras, o que tem efeitos na forma de controle e predição da vigilância digital [...].¹⁴⁶

Em suma, os blogs e a internet tem um caráter revolucionário. Hugh Hewitt chega a afirmar que o impacto dos blogs em nossa sociedade é tão grande quanto o das teses de Lutero na cristandade¹⁴⁷. Diante disso, evidencia-se a importância do entendimento dos fenômenos relacionados à internet como um todo, e aos blogs especificamente, para uma compreensão e resolução adequada dos problemas jurídicos envolvidos.

145 cf. WARREN, Samuel e BRANDEIS, Louis. **The right...**

146 BRUNO, Fernanda. **Monitoramento, classificação e controle dos dispositivos de vigilância digital**. In: ANTOUN, H. (Ed.). **Web 2.0: participação e vigilância na era da comunicação distribuída**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008. p. 172-173.

147 HEWITT, Hugh. **Blog...**, p.11 e 79 e ss.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos capítulos anteriores, tratamos dos direitos fundamentais em espécie, e sobre aspectos técnicos da internet. O objetivo agora é unir estes elementos utilizando o princípio da proporcionalidade para aferir quando, em um caso concreto, justifica-se a reparação ou a tutela preventiva. Em havendo esta justificação, quais devem ser os parâmetros para a responsabilização e quais as formas de satisfação dos danos.

4.1 A ponderação e a máxima da proporcionalidade.

Primeiramente, é preciso entender o que significam normas, princípios e regras. Normas são um comando deontológico, isto é, indicam como algo *deve* ser. As normas são diferentes dos textos normativos: “não matarás”, “não deves matar” e “é proibido matar” são textos diferentes para uma mesma norma.

Adotamos aqui, a concepção de Alexy: “*Princípios e regras são normas, pois ambos dizem aquilo que deve ser*”¹⁴⁸. O autor argumenta que regras e princípios são qualitativamente diferentes:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os **princípios** são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são **mandados de otimização**, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos.

Diferentemente, as **regras** são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contem **determinações** no âmbito do fático e juridicamente possível.¹⁴⁹ (grifos nossos)

Essa diferenciação é necessária para a solução de casos onde incidam normas contraditórias. As regras entram em conflito enquanto os princípios entram em colisão.

Regras entram em conflito pois, havendo regras contraditórias, uma vai se sobrepor integralmente à outra, declarando sua invalidade. Isto é demonstrado pelos critérios tradicionais de solução de antinomias: hierarquia (lei superior revoga lei inferior),

148 ALEXY, Robert. **Teoria de...**, p. 83 – em tradução livre

149 Idem, p.86-87 – em tradução livre.

temporalidade (lei nova revoga lei velha). Se ambas as regras continuarem válidas no plano abstrato, impõe-se que seja criada uma exceção, que determinará quando uma norma é aplicável e quando não é, como ocorre no critério tradicional da especialidade (lei especial revoga lei geral). Resumidamente, as regras são aplicadas pelo método lógico da subsunção.

Os princípios são mandados de otimização, ou seja, devem ser aplicados na maior medida possível. Isso é relevante pois no plano concreto – ao verificar que dois princípios estão em colisão – não necessariamente um princípio irá afastar totalmente o outro.

O modo de aferir se, e em que medida, um princípio deve ceder diante de outro é o princípio (ou máxima) da proporcionalidade¹⁵⁰, que subdivide-se em três sub princípios: adequação, necessidade e *ponderação*¹⁵¹ (também conhecido como proporcionalidade em sentido estrito). Adequação e necessidade atuam no plano fático, enquanto a ponderação se dá também no campo jurídico.

Adequação diz respeito a idoneidade que uma medida, fundada em um princípio, tem para atingir o fim proposto por este princípio. Se a medida “A” é justificada pelo princípio “X”, “A” deve ser capaz de promover “X”.

A necessidade pode ser definida como a utilização do meio menos gravoso. Diante de várias medidas aptas a promover o princípio “X” deve-se escolher aquelas que violem menos (ou não violem) o princípio “Y”.

Ponderação é formulada por Alexy da seguinte maneira: *“quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”*¹⁵². Assim:

A ponderação deixa decompor-se em três passos parciais. Em um primeiro momento, deve ser comprovado o não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo, deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro¹⁵³

150 Do ponto de vista teórico, a expressão “princípio da proporcionalidade” não é adequada, pois a proporcionalidade é aplicada como regra. Mas por seu caráter meta-normativo, é preferível tratá-la como “máxima da proporcionalidade”. cf. ALEXY, Robert. **Teoria...** p.112, nota de rodapé 84.

151 cf. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo...**, p.55-69

152 cf. Idem. p.133

153 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo...**, p.111

Resta claro que, para não cair no decisionismo, é essencial que ocorra um processo de argumentação de alcance intersubjetivo¹⁵⁴, que deve ter como norte o imperativo categórico de Kant, e sua decorrente universalização. Desta forma, o resultado da ponderação em um caso concreto implica na criação de um precedente, que deve ser mantido diante dos mesmos argumentos (situações fáticas e jurídicas). Todo esse processo de ponderação pode ser percebido na célebre decisão do Tribunal Federal alemão no caso Lüth¹⁵⁵.

4.2 A responsabilidade civil

A responsabilidade está situada no âmbito do Direito das Obrigações¹⁵⁶. Num sentido amplo, pode ser definida como a obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem¹⁵⁷. A evolução do instituto foi bastante longa. Num primeiro momento histórico não havia a separação entre a responsabilidade civil e penal. As noções de crime e pecado confundiam-se e as sanções eram religiosas, atingindo todo o grupo¹⁵⁸. Ainda na Antiguidade, manifestou-se a tendência de laicização – com as *vendettas* do clã ou da família da vítima – e à reciprocidade – como a Lei de Talião, do Código de Hammurabi¹⁵⁹. O caráter mais reparatório do que repressivo já pode ser identificado em algumas disposições da Lei das XII Tábuas¹⁶⁰. A separação entre a responsabilidade civil e a penal ocorreu apenas no Iluminismo, quando os institutos assumiram características, em grande parte, mantidas até hoje¹⁶¹. Paralelamente, o conceito de culpa foi desenvolvido no Direito Romano, pela *Lex Aquilia*¹⁶².

No escopo do presente trabalho, acompanhamos o entendimento de Fernando Noronha:

154 Sobre isso, cf. Idem., p. 19-40.

155 BVerfGE 7, 198 – Eric Lüth era um cidadão alemão de origem judaica, que estava promovendo um boicote aos filmes do produtor e diretor cinematográfico Veit Harlan, por conta da antiga ligação deste com o regime nazista. No segundo grau, as opiniões de Lüth foram consideradas como sendo contrárias aos bons costumes da sociedade alemã, e, portanto, estariam excluídas do âmbito de proteção desta liberdade. Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional. Este reconheceu que a mera subsunção das regras do Código Civil não é suficiente para limitar um direito fundamental e, com base na ponderação e argumentação deu ganho de causa pra Lüth. cf. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo...**, p. 106-107

156 cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** Vol.II, Rio de Janeiro: Forense, 2007 e DINIZ, Maria Elena **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1985-1987.

157 NORONHA, Fernando. **Direito...**, p.427

158 Idem, p.527-528.

159 Idem, p.528

160 Idem, ibidem

161 Idem, ibidem

162 Idem. p.528-529

Vamos designar de *responsabilidade negocial* a obrigação de reparar danos que sejam consequência do inadimplemento de obrigações negociais. Em contraposição, falaremos em *responsabilidade civil em sentido estrito*, ou *técnico*, ou ainda, em *responsabilidade civil geral*, para referir as obrigações que visam a reparação de danos resultantes da violação de deveres gerais de respeito pela pessoa e pelos bens alheios¹⁶³

Assim não utilizaremos os termos largamente usados pela doutrina como responsabilidade civil extra-contratual, delitual ou aquiliana¹⁶⁴.

4.2.1 Pressupostos da responsabilidade civil em sentido estrito

Carlos Roberto Gonçalves afirma que “(...) *quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima*”¹⁶⁵. Embora esse seja o entendimento geral, no presente trabalho preferimos adotar os pressupostos elencados por Noronha:

Perante um *dano* de qualquer natureza (isto é, a pessoas ou coisas, patrimonial ou extrapatrimonial, individual ou coletivo, o jurista começará procurando saber se ele corresponde à violação de um bem juridicamente tutelado, isto é, averiguará se o dano tem cabimento no *âmbito de proteção*, ou *escopo*, de uma norma. Se existir norma tutelando o bem violado (...) procurará saber qual foi a *causa* do dano, ou, em casos muito excepcionais, se ele simplesmente se verificou no decurso de uma dada *atividade*. Estabelecido que ele foi causado por um determinado *fato*, procurará saber se este pode ser *imputado* a alguém, seja a título de culpa, seja a título de risco criado; nos casos em que o dano se verificou no decurso de uma dada atividade mas sem ter sido causado por qualquer fato atribuível ao respectivo exercente, procurará saber se ainda pode ser considerado risco típico da atividade. Se houver uma pessoa a quem possa ser imputado o fato (ou atividade) surgirá a obrigação de indenizar. Neste breve apanhado, estão reunidos os *cinco pressupostos*, ou requisitos, da responsabilidade civil: dano, cabimento no âmbito de proteção de uma norma, fato gerador, nexos de causalidade e nexos de imputação¹⁶⁶

O fato antijurídico – ou fato gerador – é todo fato natural, ação ou omissão que ofende direitos alheios. Neste sentido, é mais amplo do que o ato ilícito. É possível que

163 NORONHA, Fernando, **Direito...**, p.428

164 Utilizando os referidos termos, dentre outros: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...**; DINIZ, Maria Helena **Curso de...**; GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade...**

165 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade...** p.32

166 NORONHA, Fernando. **Direito...** p.467

um ato lícito seja antijurídico, quando, por exemplo, alguém em legítima defesa destrói o patrimônio de um terceiro.

O nexo de imputação é o que liga o fato antijurídico a um determinado agente. Conquanto o dolo e a culpa sejam os mais comuns, é possível que ocorra a imputação apenas pelo risco da atividade¹⁶⁷.

O dano é a lesão de um interesse juridicamente protegido. *“interesse consiste na posição de uma pessoa com relação a um bem, susceptível de satisfazer-lhe uma necessidade. Deve-se entender como bem, em sentido amplo, o meio de satisfação de uma necessidade”*¹⁶⁸. Pode ser patrimonial ou extrapatrimonial (vulgarmente conhecido como *dano moral*). Este último é *“a lesão de interesse sem expressão econômica, em contraposição ao dano patrimonial”*¹⁶⁹.

O nexo de causalidade faz a conexão entre o fato antijurídico e o dano. Vemos que o entendimento mais correto sobre a causalidade é a teoria da causalidade adequada: *“(...)para tal teoria, um fato é a causa de um dano quando este seja consequência previsível daquele”*¹⁷⁰.

A lesão de bem protegido, ou *“teoria do escopo da norma violada”*, é o pressuposto mais interessante para nosso estudo, pois é uma tentativa de modular os efeitos do princípio da reparação integral, pela análise da *“ratio legis”* das normas que tutelam o interesse violado¹⁷¹. Entendemos que é neste pressuposto que entra a máxima da proporcionalidade vista anteriormente, a qual vai indicar se, em determinado caso concreto, o bem juridicamente tutelado estava ou não no âmbito de proteção da norma.

4.2.2 As excludentes de responsabilidade civil

Seguindo a sistematização de Fernando Noronha, existem quatro tipos de causas que liberam o suposto responsável da obrigação de reparar os danos. São as excludentes: ligadas aos nexos de imputação e causalidade; fundadas em dispositivos legais específicos; a prescrição e decadência; cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade¹⁷².

167 Idem., p.471

168 SEVERO, Sérgio Viana. Danos... fl.11

169 Idem., fl.54

170 NORONHA, Fernando, Direito p.475

171 Idem., p.618-619

172 NORONHA, Fernando. **Direito...**, p.519

As excludentes de causalidade e de imputação se confundem com os respectivos pressupostos. As principais são o caso fortuito, ou força maior; o fato de terceiro e o fato do próprio lesado. Cabem tanto na responsabilidade civil subjetiva quanto na objetiva. As excludentes de imputação só cabem na responsabilidade subjetiva. São os atos justificados (legítima defesa, estado de necessidade ou cumprimento de dever legal) ou, nos casos de culpa presumida, a comprovação de que não houve culpa do agente¹⁷³.

Dispositivos legais também podem ser fundamento para a exclusão da responsabilidade civil, como a restrição do dever de indenizar apenas para os casos de dolo ou culpa grave¹⁷⁴.

A prescrição e a decadência são institutos jurídicos que excluem a responsabilidade do lesante em função da inércia do lesado¹⁷⁵. O prazo geral para a prescrição da responsabilidade civil – a perda do direito de ação – é de três anos.

Por fim, temos as cláusulas contratuais de exclusão e limitação da responsabilidade. A licitude de tais cláusulas no âmbito da responsabilidade civil em sentido estrito é controversa, mas é possível sua utilização em algumas hipóteses, como nos casos de responsabilidade civil por danos patrimoniais¹⁷⁶.

4.2.3 A prevenção e a satisfação do dano

Verificada as condições da responsabilidade civil, sem a existência de dirimentes, impõe-se a satisfação dos danos, com a reparação do dano e a punição do ofensor¹⁷⁷. A satisfação pode ser a restituição do bem lesado ao estado anterior, ou, na impossibilidade disto, a indenização pecuniária. Já o caráter punitivo implica na ideia de prevenção de futuros danos.

A restituição do bem lesado ao estado anterior é a concretização do chamado “princípio da reparação *in natura*”:

Portanto, o princípio da reparação *in natura* representa a forma mais apropriada de satisfação dos danos extrapatrimoniais, uma vez que elimina os efeitos lesivos, porém, pela impossibilidade de voltar ao passado, na

173 cf. Idem, p.520

174 cf. Idem., p.521

175 cf. Idem., p.524

176 cf. Idem., p.526

177 cf. SEVERO, Sergio Viana. **Os danos...**, fl.226

maioria dos casos a reparação deve buscar a equivalência pecuniária ao interesse lesado¹⁷⁸.

Neste sentido, é importante mencionar que o direito de resposta ou retratação seria uma forma extremamente eficaz de atingir tal objetivo, desde que regulamentado de modo adequado. Infelizmente, tal regulamentação não existe, já que a única norma que dispunha sobre o assunto, a Lei de imprensa, no entendimento do STF, não foi recepcionada pela nossa atual Constituição¹⁷⁹.

Quanto ao aspecto preventivo, o objetivo é que a condenação do ofensor seja de tal monta que o ofensor não repita o ato. Este aspecto ganhou bastante relevância no direito norte-americano, com os *punitive damages*.

4.3 A responsabilidade civil de blogs diante da colisão de direitos fundamentais

Determinados os conceitos básicos, iremos analisar questões pertinentes quanto aos blogs. Dada a amplitude do tema, a ausência de normas balizadoras e, principalmente, a necessidade de uma análise casuística; faremos apenas uma análise exemplificativa, sem pretensão de exaustividade.

Salientamos que o aplicável aos blogs é também aplicável ao conteúdo dos comentários feitos nestes e, de um modo geral, as conclusões podem ser extrapoladas para a internet como um todo.

Mais um aspecto geral que deve ser mencionado é o fato de que a internet não tem fronteiras, bastando um apertar de botação para ir de um país para outro. Assim, é não apenas possível, como até provável, que o ofensor esteja em um país, o ofendido em outro, e a ofensa esteja hospedada em um terceiro. Assim, mesmo com a criação de legislação nacional, ainda existiriam os problemas do reconhecimento da sentença em países estrangeiros e dificuldades na execução;

4.3.1 O âmbito de proteção

178 SEVERO, Sergio Viana. **Os danos...**, fl.233

179 cf. STF (ADPF 103)

Conforme referido, a ponderação entre os direitos envolvidos irá determinar se cabe ou não a responsabilização por eventuais danos. Assim sendo, se os argumentos mais fortes forem favoráveis à proteção dos direitos de personalidade, há a responsabilidade civil. Se os argumentos forem mais fortes no sentido da liberdade de opinião, não haverá responsabilidade. A maior parte da doutrina deixa claro que a liberdade de opinião deve ocupar uma posição de preferência. Caso os argumentos de ambos os lados tenham peso semelhante, a liberdade de opinião deve ser observada.

4.3.1.1 Na intimidade e na vida privada

Uma vez que consideramos que a diferença entre intimidade e vida privada é apenas de grau, os critérios de ponderação são os mesmos, tendo apenas uma variação na intensidade. Se intervenções na vida privada demandam uma justificativa forte, intervenções na intimidade precisam de uma justificativa muito forte. Violações à intimidade e à vida privada, decorrentes da divulgação de um conteúdo (que pode ser texto, fotos ou vídeos), como regra geral, só podem ser justificadas se o fato for ou de conhecimento público, ou de interesse público.

Entendemos que aspectos da intimidade ou vida privada de alguém torna-se de conhecimento público em duas hipóteses: ou se a própria pessoa divulgou, ou se permitiu a divulgação (essa permissão pode ser tácita). Esse aspecto do conhecimento público permite que o blog contenha particularidades sobre, por exemplo, a vida de artistas famosos.

O interesse público, em geral, só tem cabimento na violação da intimidade e vida privada em casos raros, como a divulgação da ocorrência de crimes cuja ação penal seja incondicionada. Nesse sentido, a divulgação, em blogs, de aspectos como preferências sexuais ou hábitos domésticos, em princípio, fere o direito à intimidade.

A liberdade de expressão em um blog, em princípio, não poderia violar a intimidade. Por exemplo, se um blogueiro criticar pessoas que não tomam banho, e alguém processá-lo por divulgar sua intimidade, é o autor do processo quem está revelando sua própria intimidade.

Entretanto, é preciso verificar quando a liberdade de expressão não serve como máscara para a divulgação de informações: os traços íntimos de personagens literários podem ser inspirados (ou até copiados) de pessoas reais, mas isso não deve ser tão evidente a ponto de afastar a ideia da ficção. Com relação à vida privada, o entendimento

é semelhante, mas alguns casos podem ensejar indenização: o autor de um blog que faça um libelo contra a instituição do casamento estará protegido pela liberdade de expressão, mas um libelo contra o casamento de “Fulano”, amigo do blogueiro, não é justificado.

A veracidade das informações que digam respeito à intimidade ou à vida privada também não tem maior relevância para o âmbito de proteção. Verdadeiras ou não, é a divulgação das informações que viola o direito.

Uma diferença relevante entre a intimidade e a vida privada diz respeito a sua divulgação pelo próprio blogueiro. Por certo, tanto a intimidade quanto a vida privada não são vivenciadas em completo isolamento. Assim, entendemos que o blogueiro pode divulgar sua intimidade, mas depende da autorização de terceiros para divulgar aspectos que façam parte da intimidade destes. Com relação à vida privada, essa autorização não seria imprescindível.

4.3.1.2 Na honra e na imagem

Na colisão com a honra e a imagem, as liberdades de opinião tem um alcance maior, pois o interesse público e o conhecimento público são mais amplos. Como padrão argumentativo, entendemos que apenas violações graves à honra e à imagem podem limitar o direito de expressão. Já o direito à informação pode sofrer maiores limitações.

Esse entendimento é fundamental para os direitos de opinião, especialmente no que diz respeito aos blogs de crítica política. Não ignoramos o alerta de Sérgio Porto:

Em verdade, um direito de responsabilidade civil por difamação mais estrito pode servir de incentivo ao ingresso de cidadãos ciosos de sua reputação na vida pública. Inversamente, um direito que não protege o suficientemente nem a reputação e nem a vida privada, não pode senão desencorajá-los¹⁸⁰.

Entretanto, entendemos que os direitos à intimidade e à vida privada já protegem suficientemente os indivíduos de vida pública. Além disso, esse entendimento não impede a responsabilização pela violação da honra ou da imagem, apenas tende a evitar que tais institutos sejam utilizados sem critério, de modo a inviabilizar o debate público.

Especialmente no tocante à honra, é importante ter em mente que o teor do conteúdo dos blogs pode determinar se há ou não uma ofensa: uma frase ofensiva em um

180 PORTO, Sérgio José. **A responsabilidade...**, p.143

blog sóbrio é realmente ofensiva, mas num blog voltado para a sátira, isso não é necessariamente verdadeiro. Cabe mencionar que as ações dos *trolls* geralmente não estão protegidas pela liberdade de opinião, e, portanto, eles podem e devem ser responsabilizados por seus atos.

Com relação à liberdade de informação, é preciso ter em mente que a veracidade das informações é relevante, mas não significa que sejam verdadeiras. Assim, após uma diligência razoável em busca da confirmação, pode se considerar algo como veraz. Salientamos que essa diligência razoável não deve considerar a diligência habitual de um jornalista, mas as condições pessoais do blogueiro: isso significa que, por exemplo, médicos ou advogados podem ser responsabilizados se divulgarem, em seus blogs, informações inverídicas que, por ofício, deveriam reconhecer como tais.

Importante lembrar que a maioria dos blogs não tem qualquer fim comercial, portanto, a parte final do artigo 20 do Código Civil geralmente não é aplicável. Especificamente sobre o direito de imagem, extremamente vulnerado em tempos de câmeras digitais acessíveis a todos, note-se que ele tem um escopo de proteção bastante restrito com relação às imagens em locais públicos e a acontecimentos públicos

¹⁸¹.

4.3.2 Os excludentes de responsabilidade de blogueiros

Aqui, interessa saber quem é o responsável pelo conteúdo que esteja causando o dano. Se o blogueiro, o site onde o blog está hospedado ou um eventual terceiro que tenha colocado o referido conteúdo no blog.

Em regra, o responsável será aquele que produziu e publicou o conteúdo. Se a produção do conteúdo e sua publicidade forem feitas por pessoas diferentes, este último deve ter a responsabilidade atenuada. Se a publicação já estiver na internet, a reprodução só poderia ensejar a responsabilidade de quem propagar a informação – divulgando-a em seu próprio blog ou direcionando um *hiperlink* – se o conteúdo for manifestamente ilegal (ex. pornografia infantil).

Alertamos para o fato de que, relativamente aos comentários de terceiros, o blog pode ser visto como um provedor de hospedagem. A doutrina e a jurisprudência estão

181 Isso não afasta os eventuais direitos autorais da imagem.

pacificando o entendimento de que aqueles que não mantêm o controle editorial prévio de uma informação – como os provedores de hospedagem – não podem ser responsabilizados imediatamente pelo eventual dano causado por tais informações¹⁸².

A justificativa disso é que o controle editorial prévio, feito de modo automático é extremamente difícil, pois, para o computador, o conteúdo proibido é uma longa sequência de “0” e “1”. Uma mínima modificação é suficiente para superar o filtro, e ele não percebe o contexto, tolhendo demasiadamente a liberdade de expressão. Exemplificando, um filtro automático que proibisse palavras de baixo calão censuraria palavras como “cuia” ou “deputado”, e impediria citações de obras de Nelson Rodrigues; mas bastaria uma simples alteração para um sinônimo, ou a utilização de pontos, espaços ou caracteres para que a palavra ofensiva surgisse: “Fr.uta”, “F r u t a”, “Fruuuuta” ou “Frut4”. Assim, a única forma de tornar tal sistema eficiente é com a utilização de agentes humanos apoiando a censura, mas isso além do alto custo financeiro, viola totalmente os princípios democráticos de nossa Constituição¹⁸³.

A regra de não responsabilizar pode ser afastada, se o detentor do poder editorial para remover o conteúdo ofensivo for notificado para tanto, mas permanecer inerte¹⁸⁴ ou, se não for possível a identificação do responsável pela disponibilização – como no caso de conteúdo ou comentários anônimos. O Marco Civil da Internet também adotou esta solução, em seus artigos 20 a 25.

Concordamos com essa forma de responsabilização, mas é bom salientar alguns aspectos: a notificação para remoção de conteúdo deve ser judicial, e motivada. Nesse sentido, a proposta do Marco Civil da Internet é excelente, em que pese algumas imprecisões conceituais:

Art. 21 A intimação de que trata o art. 20 deverá conter, sob pena de invalidade:

I- identificação da parte que solicitou a remoção do conteúdo,

182 cf. GONÇALVES. Carlos Roberto; SANTOS, Antônio Jeová; ZAGO. Gabriela. - cf. os Agravos de Instrumento Nº 70018812636, 70015755952 e 70028714848, todos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Também o Agravo de Instrumento n. 564.843-4/5-00, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

183 Novamente mencionamos a China, pois talvez seja o único país do mundo que, ao mesmo tempo, tenha os recursos suficientes e as condições políticas necessárias para realizar a censura e o controle estatal da Internet com algum sucesso.

184 cf. Apelação 990.10.126564-8/TJSP – o piloto Rubens Barrichello processou a empresa Google pela existências de várias páginas ofensivas no site Orkut. Em primeiro grau, houve a condenação em mais de 800 mil reais, além de multa diária pela manutenção das páginas. Na decisão do 2º grau, houve o reconhecimento que o site não tem responsabilidade pelo conteúdo produzido por usuários do site, diante disso, a condenação foi reduzida para R\$ 200 mil, sob o fundamento de que, mesmo notificada judicialmente, a ré demorou mais de um mês para remover o conteúdo. O acórdão ainda não foi publicado, mas a notícia está disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/Noticias/Noticia.aspx?Id=8831> , (consultado em 21/11/2010).

- incluindo seu nome completo, seus números de registro civil e fiscal e dados atuais para contato;
- II- identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material;
- III- descrição da relação existente entre a parte solicitante e o conteúdo apontado como infringente;
- IV- justificativa jurídica para a remoção.¹⁸⁵

Caso essa notificação pudesse ser feita de forma extrajudicial, seria um incentivo muito grande ao chamado *chilling effect*, como ocorre nos Estados Unidos.

Sobre a questão do anonimato, ela permanece sendo uma dificuldade, mesmo porque a maioria dos *trolls* se esconde atrás de falsas identidades – os “*fakes*”. O cadastro de internautas só é praticado em regimes onde os direitos humanos são diuturnamente vilipendiados, como na China. Desta forma, a superação do anonimato depende de que cada internauta prefira utilizar seus dados reais para cadastrar-se, o que nem sempre ocorre. A verificação de tais dados cadastrais seria extremamente cara e de difícil execução. Uma alternativa seria a utilização das informações de contas bancárias ou de cartões de crédito para se chegar ao suposto ofensor, mas esse tipo de solução, além dos óbices legais, ficaria limitada aos serviços pagos, que não são a regra.

Geralmente o critério utilizado é o do número de IP, mas esse critério também é falho. Como referido anteriormente, o IP é o número de uma conexão em uma rede, isso significa que nem sempre ele poderá ser útil na localização de um computador utilizado para causar o dano. O número de IP pode variar dependendo da conexão – por exemplo, quando estou em casa, meu notebook acessa à rede com o IP nº “X” (o nº de IP da maioria das conexões domésticas de banda larga é fixo), se eu for em outro local, com outra conexão, como um *shopping*, ele acessará a rede com o IP nº “Y”. Tal número também pode variar no tempo: voltando ao *shopping* do exemplo anterior, e conectando-me novamente, é provável que meu IP já não seja o nº “Y”, mas o nº “Z”. Essa dificuldade intrínseca do IP também traz outro problema: é possível utilizar “máscaras”, isto é, números de IP que servem como intermediários na comunicação entre dois pontos, inviabilizando que pelo menos um deles identifique o endereço IP de outro.

Sendo assim, entendemos que o provedor de hospedagem do blog, com relação ao conteúdo deste – ou o blogueiro, com relação aos conteúdos disponibilizados em comentários de terceiros – devem se eximir da responsabilidade se fornecerem todas as informações disponíveis, mesmo que estas não sejam suficientes para a efetiva identificação do verdadeiro ofensor.

¹⁸⁵ Disponível em <http://culturadigital.br/marcocivil/debate/>

Por fim, temos os *disclaimers*, os termos que têm por objetivo restringir a responsabilidade dos blogs. Entendemos que nos blogs, onde o conteúdo é amplamente acessível ao público, os *disclaimers* não são capazes, apenas por si¹⁸⁶, de afastar a responsabilidade civil por ofensa aos direitos de personalidade, mas garantiriam um eventual direito de regresso.

4.3.3 A quantificação e satisfação dos danos

Os danos aos direitos morais de personalidade sempre são de natureza extrapatrimonial, mas eventualmente, como no direito à honra ou a imagem, podem ter reflexos patrimoniais. Como já mencionado, a satisfação dos danos possui dois aspectos: um que busca a reparação do dano, e outro que atua no campo da punição do ofensor.

Para Sérgio Severo¹⁸⁷, no âmbito da reparação, a correta aferição dos danos depende da combinação da avaliação da situação em concreto (as condições reais da vítima e a extensão do dano sofrido), e da avaliação abstrata (que tem por base o homem médio ou *bonus pater familiae*). No âmbito da punição, os danos aferidos devem ser modulados: dependendo das condições e do comportamento do ofensor pode haver o aumento ou diminuição do valor.

Nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de liberdade de opinião e de proteção da esfera moral da personalidade ocorridas em blogs, a reparação “*in natura*” é da máxima importância. Como bem leciona Sérgio Severo:

Nestes casos [de ofensas a personalidade], pode estar presente uma forma de reparação *in natura* anterior ao procedimento judicial, que consiste na publicação de resposta e na retratação, na forma do inc. V do art.5º da CF. Estes procedimentos, contudo, não afastam a possibilidade de haver danos remanescentes, logo, a sua incidência importa num elemento a ser observado diante do caso, para aferir-se uma eventual atenuação ou até uma exclusão da agressão, em casos excepcionais¹⁸⁸.

Acreditamos que, além do direito de resposta e da retratação, a remoção do conteúdo, em alguns casos, seja uma forma de satisfação dos danos.

186A liberdade de opinião dispensaria o uso desses termos de responsabilidade, conforme defendido no subitem anterior.

187 cf. SEVERO, fl.246

188 cf. SEVERO, fl.257

Do ponto de vista teórico, o direito de resposta e a retratação tem efeitos semelhantes, sua principal diferença é que nesta a iniciativa é do próprio ofensor, enquanto naquela é do ofendido. Entendemos que o direito de resposta é a melhor forma de reparação dos danos em comento, por ser a forma que melhor observa as peculiaridades dos blogs. Primeiramente, o debate amplo e aberto é inerente à tecnomeritocracia que está na própria gênese da internet, e as possibilidades técnicas proporcionam que o direito de resposta pode ter igual ou maior visibilidade do que a violação original. Ademais, o caráter perene dos conteúdos da Web, e o “Streisend effect” indicam que a remoção de determinado conteúdo dificilmente terá êxito; enquanto a publicação da resposta até se beneficia de tais características. O aspecto punitivo da responsabilidade é caracterizado pela perda de credibilidade e de capital social do blogueiro.

Além disso, a execução do direito de resposta é facilitada, pois o IP de websites é fixo, e, em casos de descumprimento, o provedor de hospedagem tem a possibilidade técnica de vincular a resposta ao IP do blog que mantinha a ofensa. Em um aspecto puramente pragmático, dependendo da condição financeira do ofensor, é possível que o direito de resposta seja a única satisfação.

De qualquer modo, o direito de resposta, para ser eficaz, deveria ser regulamentado, pois a simples publicação da sentença condenatória é lida apenas por juristas, se tanto. Talvez uma boa ideia fosse vincular, em regra, o pedido de remoção do conteúdo à negativa da concessão do direito de resposta.

Em que pese todas estas vantagens, o direito de resposta não é, nem poderia ser, a única forma de reparação. Especialmente na proteção da intimidade e da vida privada, onde o dano é justamente a publicização de algo, o direito de resposta não é uma solução eficaz. O que não impede que o ofendido opte por tal modalidade de satisfação e assim, tornando pública parte de sua intimidade ou vida privada.

Entendemos que a remoção do conteúdo danoso seja uma solução extrema. E de pouco êxito, em função do “Streisend Effect”. Fazendo uma analogia com a prática médica, a remoção do conteúdo é semelhante aqueles remédios com enormes efeitos colaterais: se o paciente sobreviver ao tratamento, possivelmente estará curado. Assim, a remoção de conteúdo, especialmente em antecipação de tutela, só deve ser utilizada para a proteção da intimidade e da vida privada, ou de gravíssimas lesões deveria ser o último recurso.

Para finalizar, quando à reparação *in natura* for inadequada ou insuficiente, a reparação do dano pode ser feita em dinheiro. Nestes casos, o “prudente arbítrio do juízo” deve ser realmente prudente. De um lado, uma indenização excessivamente alta contribui para o cerceamento da liberdade de opinião de outros usuários que não sejam o ofensor, por meio do *chilling effect*. De outra forma, uma indenização branda pode servir de fomento a reiteração de práticas abusivas. No caso da responsabilização civil de blogueiros, com a crescente inclusão digital, é fundamental que o juiz analise a capacidade econômica concreta do blogueiro ou do comentarista responsável pelo dano.

Na responsabilidade de blogueiros, os parâmetros indenizatórios usualmente aplicados à imprensa devem ser evitados, haja vista que a amplitude e a vida útil da informação são muito diferentes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estamos em um mundo que está mudando muito: muito rápido e em muita coisa, por vezes, de modo contraditório. Se em alguns locais o direito de acesso a internet está sendo, gradativamente, erigido a categoria de direitos fundamentais¹⁸⁹, em outros, mesmo formas antigas de expressão tornam-se caso de polícia¹⁹⁰.

No meio desse torvelinho, procuramos relacionar institutos jurídicos já tradicionais, como a responsabilidade civil em sentido estrito e o princípio da proporcionalidade; e os novos fenômenos e possibilidades proporcionados pelos blogs e a internet. Lembremos, para o direito em geral, o ensinamento de Hesse sobre a força normativa da constituição:

O persistente não deve converter-se em impedimento, onde o movimento e o progresso estão dados; senão o desenvolvimento passa por cima da normalização jurídica. O movente não deve abolir o efeito estabilizador das fixações obrigatórias; senão a tarefa da ordem fundamental jurídica da coletividade permanece invencível.¹⁹¹

A principal conclusão a que chegamos dá conta da necessidade de que o Direito abra os olhos para os novos fenômenos da era virtual. Além disso, procuramos abrir caminhos com a análise de alguns padrões para a ponderação entre princípios e a aplicação da responsabilidade civil. Também elaboramos algumas propostas como a maior utilização do direito de resposta para a satisfação de eventuais danos.

Mas essas conclusões não são, nem pretendem ser, verdades definitivas. Buscamos fundamentalmente, identificar um problema e tentamos analisá-lo de modo correto. Diante disso, contamos apenas com a certeza da frase de Francis Bacon: “a verdade surge mais facilmente do erro do que da confusão”¹⁹².

189 Recentemente, a Finlândia positivou o Direito Fundamental à Banda Larga (disponível em <http://tecnologia.terra.com.br/interna/0,,OI4045432-EI4802,00-Finlandia+torna+banda+larga+direito+fundamental+do+cidadao.html>).

190 cf. <http://www.correiodopovo.com.br/ArteAgenda/?Noticia=221745>

191 HESSE, p.45

192 Kuhn, Thomas S., **A estrutura das revoluções científicas**, 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- ANDERSON, C. **A cauda longa: do mercado de massa para o mercado de nincho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- BECCARIA, C. **Dos delitos às penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BORGES, J. L. Funes, o memorioso. In: (Ed.). **Ficções**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p.p. 99 - 108.
- BREAY, C. **Magna Carta**. London: The British Library, 2007.
- BRIGGS, A.; BURKE, P. **Uma história social da mídia: de Gutenberg à Internet**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.
- BRUNO, F. Monitoramento, classificação e controle nos dispositivos de vigilância digital. In: ANTOUN, H. (Ed.). **Web 2.0: participação e vigilância na era da comunicação distribuída**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008.
- CACHAPUZ, M. C. **Intimidade e vida privada no Novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
- CANARIS, C.-W. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Edições Almeida, 2003. 165
- CASTELLS, M. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003.
- CARVALHO, L. C. G. C. D. **Liberdade de informação e direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1985-1987.
- ECONOMIST, T. Blog standard. **The Economist**, 2008. Disponível em: < http://www.economist.com/research/articlesBySubject/displayStory.cfm?story_id=11622401&subjectID=348963&fsrc=nwl >. Acesso em: 20/11/2010.
- ELIAS, N.; SCOTSON, J. **Os estabelecidos e os outsiders: sociologias das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed. , 2000.
- FARIAS, E. P. D. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a**

- imagem versus a liberdade de expressão e comunicação.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- FILHO, C. M. **Comunicação e jornalismo: A saga dos cães perdidos.** São Paulo: Hacker Editores, 2002.
- GINZBURG, C. **O queijo e os vermes: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição.** São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- GODOY, C. L. B. D. **A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002).** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GREENBERG, A. The Streisand Effect. **Forbes.com**, 2007. Disponível em: <http://www.forbes.com/2007/05/10/streisand-digg-web-tech-cx_ag_0511streisand.html>. Acesso em: 19/11/2010.
- HABERMAS, J. **Verdade e Justificação.** São Paulo: Edições Loyola, 2004.
- HESSE, K. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- HEWITT, H. **Blog: Entenda a revolução que vai mudar seu mundo.** Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2007.
- JEFFERSON, T. **Letter to Colonel Edward Carrington** The Works of Thomas Jefferson, Federal Edition. New York and London. 1787
- JOHNSON, S. **Emergência: a vida integrada de formigas, cérebros, cidades e softwares.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.
- KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas.** 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LEMOS, R. **Direito, tecnologia e cultura.** Rio de Janeiro: FGV, 2005.
- LESSIG, L. **Free Culture.** New York: The Penguin Press, 2004. Disponível em: <<http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>>.
- LEVY, P. **Cibercultura.** São Paulo: Ed. 34, 1999.
- LIMBERGER, T. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- MENDES, G. F. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e comunicação e o direito a honra e a imagem.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: ADV Advocacia dinâmica : seleções jurídicas. v. 31 1994.

- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MIRAGEM, B. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- MORAIS, F. **Chatô: o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- NORONHA, F. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NUCCI, G. D. S. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ORWELL, G. **Animal Farm**. London: Penguin Classic, 2000.
- PEREIRA, C. M. D. S. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PEREIRA, E. D. A.; LEITE, F. **A vida privada da pessoa pública: reflexões sobre liberdade de expressão, crimes contra a honra e censura**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2009
- PIZARRO, R. D. **Daño moral: prevención, reparación, punición, el daño moral em las diversas ramas del derecho**. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- POPPER, K. R. **A lógica da pesquisa científica**. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 2009.
- PORTO, S. J. **A responsabilidade civil por difamação no direito inglês**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- PRIMO, A. O aspecto relacional das interações na Web 2.0. In: ANTOUN, H. (Ed.). **Web 2.0: participação e vigilância na era da comunicação distribuída**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008.
- RECUERO, R. **Weblogs, Webrings e Comunidades Virtuais**. 2003. Disponível em: <<http://pontomidia.com.br/raquel/webrings.pdf>>.
- SANTOS, A. J. **Dano moral na internet**. São Paulo: Editora Método, 2001.
- SANTOS, M. F. S. D. **A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SEVERO, S. V. **Os danos extrapatrimoniais**. 1994. (Mestrado). Curso de Pós-Graduação Mestrado em Direito Privado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SILVA, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TOCQUEVILLE, A. D. **A democracia na América**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VIRILIO, P. **A bomba informática**. São Paulo: Estação da Liberdade, 1999.

WAINER, S. **Minha razão de viver: memórias de um repórter**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2005.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. **The Right to Privacy**. 1890. Disponível em: < http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html >. Acesso em: 20/11/2010.

WOLTON, D. **Pensar a comunicação**. Brasília: Editora Universidade Federal de Brasília, 2004.

ZAGO, G. D. S. A possibilidade de responsabilização civil de terceiros por comentários na internet. **Revista Anagrama – Revista Científica Interdisciplinar de Graduação**, v. 4, 2010. Disponível em: < http://www.usp.br/anagrama/Zago_responsabilizacaocivil.pdf >.