



RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE COMPARTILHAMENTO DE MENSAGENS E IMAGENS VIA *WHATSAPP*: DIREITOS DE PERSONALIDADE NA ERA DA INTERNET

Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo¹

André Leandro de Franceschi²

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar o exponencial aumento dos casos de violação dos direitos de personalidade mediante o uso do aplicativo *Whatsapp*, bem como o que é possível fazer, em termos de tutela específica e alternativa, em casos tais. A metodologia utilizada é a hermenêutico-fenomenológico, enquanto o método de procedimento é o dedutivo. O trabalho se justifica porquanto se dedica a tratar de um tema que, considerada sua relevância e transcendência política, social, econômica e jurídica, é extremamente atual e tem repercussão geral, transbordando os limites da causa, a ponto de representar um ganho não apenas aos autores, proponentes da pesquisa, como a sociedade em sentido *lato*. Ao final, conclui-se que a tutela específica, condizente na ordem para que o *Whatsapp* remova o conteúdo e disponibilize os dados dos responsáveis pela publicação do conteúdo é medida impossível de ser adota e cumprida, enquanto que a alternativa, relativa à busca e apreensão dos aparelhos móveis dos suspeitos, é complicada e burocrática demais diante da importância e emergência dos direitos que estão em jogo.

Palavras-chave: Sociedade em Rede, Direitos de Personalidade, Tutela Específica e Alternativa, Responsabilidade Civil, *Whatsapp*.

ABSTRACT: This work aims to analyze the exponential increase in cases of infringement of personality rights by using *Whatsapp* application as well as what you can do in terms of specific performance and an alternative in such cases. The

¹Advogado. Professor do curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria. Graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES). Especialista em Direito Penal pela UNIDERP-ANHANGUERA. Especialista em Gestão Pública e Mestre em Direito, ambos pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), instituição pela qual também tem graduação pedagógica. E-mail para contato: wagner@mmtadvogados.com.br.

² Acadêmico do 7º semestre do curso de direito do Centro Universitário Franciscano:. E-mail para contato: andre@mmtadvogados.com.br.

methodology used is the hermeneutic-phenomenological, while the procedure is the deductive method. The work is justified because is dedicated to dealing with a topic that is considered its relevance and transcendence political, social, economic and legal, it is extremely current and have general repercussion, overflowing the boundaries of the cause, to the point of representing a gain not only to authors, proponents of the research, and society at large. Finally, it is concluded that the specific protection, consistent in order for the Whatsapp remove content and make it available data those responsible for the contents of the publication is as impossible to be adopted and enforced, while the alternative on the search and seizure the mobile devices of the suspects, is too complicated and bureaucratic considering the importance and emergency of the rights at stake.

Keywords: Network Society, Personality Rights, Specific and Alternative Custody, Liability, Whatsapp.

INTRODUÇÃO

A democratização da internet foi responsável pela criação de uma verdadeira “rede de amadores”, cuja finalidade se tornou a divulgação de conteúdo através da internet de maneira totalmente independente e, muitas vezes, despreocupada com a veracidade das informações que ali circulam. Protegidos pela crença de um (suposto) anonimato, as pessoas passaram a, cada vez mais, perpetrar ataques aos direitos de personalidade no âmbito digital.

Tal situação ganha especial relevância quando analisada sob a ótica do popular aplicativo de troca de mensagens Whatsapp, porquanto, a despeito de suas promessas de facilitar a comunicação entre as pessoas, passou a distanciar e restringir seus usuários a grupos específicos, que possuam algum tipo de vínculo, seja profissional ou social.

De fácil operabilidade, o Whatsapp se tornou, rapidamente, um dos aplicativos de internet mais utilizados no mundo e, ao mesmo tempo, responsável pela divulgação maciça de conteúdo ofensivo e pejorativo na internet. Isso porque, diferentemente do conflito existente no caso de inserção de conteúdo em rede (blog, site, rede social e etc.), a questão relativa ao aplicativo tem como uma de suas

principais características o fato de o conteúdo, apesar de postado em um determinado grupo, poder ser baixado por cada um de seus membros, que o armazena na memória de seu aparelho móvel.

Dessa forma, é imprescindível que o direito procure medidas para reprimir essas ofensas praticadas na esfera digital e, ao mesmo tempo, identifique os autores de tais postagens, possibilitando, assim, o ressarcimento pelos danos sofridos pelas vítimas. Nessa baila é que se procura saber se a atual tutela jurídica do Estado – em especial a teoria da responsabilidade civil – é suficiente para coibir a prática desses ilícitos.

Para tanto, o trabalho se dividirá em quatro capítulos, onde, no primeiro (1), analisar-se-á o que Andrew Keen denomina como “o culto do amador”, isto é, a característica bastante peculiar dos dias de hoje, onde, tudo está exposto a uma vigilância informal e onipresente. No capítulo seguinte (2), é a vez de, mesmo que resumidamente, efetuar alguns aportes a respeito da meteórica gênese e expansão do *Whatsapp*, para, logo em seguida, adentrar a teoria da responsabilidade civil brasileira, então analisada sob a perspectiva da violação dos direitos de personalidade no âmbito da internet (3). Por último, porém não menos importante, é chegada a hora de analisar as chamadas tutelas específica e alternativa a serem adotadas em casos tais, do que se conclui que, infelizmente, as possibilidades ao alcance das vítimas desse tipo de violação são complicadas e burocráticas demais diante da importância e emergência dos direitos que estão em jogo.

A metodologia utilizada é a hermenêutico-fenomenológico, enquanto o método de procedimento é o dedutivo. O trabalho se justifica porquanto se dedica a tratar de um tema que, considerada sua relevância e transcendência política, social, econômica e jurídica, é extremamente atual e tem repercussão geral, transbordando os limites da causa, a ponto de representar um ganho não apenas aos autores, proponentes da pesquisa, como a sociedade em sentido *lato*.

CAPÍTULO 1 – Do Culto ao Amador:

Como anunciou Andrew Keen a mais de meia década atrás, nossa cultura estava se transformando em uma rede de banalidades e desinformação em que qualquer um podia falar o que quisesse, sem preocupação com a relevância ou a

veracidade das informações (2009, p. 22). Hoje, já não se tem dúvidas, foi a internet que propiciou a expansão e democratização responsável pela consolidação dessa rede de amadores, cuja principal característica é a difusão de conteúdo de maneira livre e sem qualquer filtro ou preocupação com a verdade.

Nessa era do exibicionismo em massa, em que novos dispositivos de interação surgem a cada dia, transformando a internet de uma “plataforma de informações impessoais” a uma “internet de pessoas” (KEEN, 2012, p. 30), a liberdade individual e os direitos de personalidade do cidadão encontram-se ameaçados pelo aumento exponencial do compartilhamento de conteúdo, muitas vezes de forma indiscriminada e despreocupada.

Reflexos de um mundo que passou a ser eminentemente social, pois atualmente não é mais possível nos dissociarmos de plataformas que tem como principais funcionalidades (i) o compartilhamento de informações pessoais, (ii) de localização e mesmo de (iii) preferências e identidades em rede, o fato é que “a mídia social, a despeito de todas as suas promessas comunitárias, nos divide em vez de nos aproximar”, mormente nos sentimos “mais desiguais que iguais, mais ansiosos que felizes, mais solidários que socialmente conectados” (KEEN, 2012, p. 77).

Não bastasse essa desconexão, surgida em razão do que Piere Lévy (2011, p. 49) denomina como fruto do “fascínio suscitado pela realidade virtual”, outro fundamental reflexo que surge no dia a dia das pessoas é o solapamento dos direitos de personalidade, isto é, valores como a dignidade, intimidade e a própria reputação pessoal, que, com a maximização do acesso a rede, passa a ser diuturnamente posto em xeque. Peres Luño (2003, p. 96), com propriedade, reconhece que a internet implica em um efeito multiplicador dos atentados contra os direitos, bens e interesses jurídicos, sendo um veículo especialmente poderoso para perpetrar ataques contra bens jurídicos básicos, tais como intimidade, imagem, dignidade e honra.

Isso porque, independentemente das promessas de que a superexposição nos deixaria mais abertos e tolerantes as diferenças e preconceitos existentes, as redes sociais representam, em última análise, um perigo à privacidade, na medida em que fomentam a beligerância e a intransigência, porquanto “ficar nu, ser você mesmo, sob os olhares públicos da rede digital nem sempre resulta na derrubada de antigos tabus”, partindo do pressuposto de que “essas ferramentas virais de exposição em

massa não apenas parecem transformar a sociedade em algo mais lascivo e voyeurista, mas também alimentam uma cultura da multidão intolerante, sádica e vingativa” (KEEN, 2012, p. 63).

Atualmente, a situação ganha contornos mais graves, pois, analisando-se a questão sob a ótica da utilização do popular aplicativo de troca de mensagens *Whatsapp*, nota-se que, apesar de sua promessa de facilitar a comunicação entre os usuários de *smartsphones*, o que acaba ocorrendo é a difusão de conteúdo de caráter pejorativo e ofensivo, dissociado de qualquer fonte que lhe assegure fidedignidade. Inicialmente resumida a grupos formados basicamente por pessoas com algum vínculo de ligação - profissional ou social -, não se pode esquecer, na grande maioria das vezes não demora muito para que se vejam fora da plataforma do aplicativo muitos desses conteúdos que ali, pode-se dizer, surgiram.

Vis-à-vis, considerando a exponencial expansão e consolidação do *Whatsapp* como o maior aplicativo de troca de mensagens do Brasil, cresce, na mesma proporção, a necessidade de, a luz do direito, procurarem-se medidas através das quais se possam prevenir e reprimir o mau uso que se faz desses e outros aplicativos móveis. Diante dos constantes conflitos de direitos ocorridos no ciberespaço, é cada vez mais comum nos depararmos com questionamentos do tipo “pode o direito tutelar os constantes ataques deflagrados contra os direitos de personalidade?” e, ainda, “seria possível identificar os autores de tais postagens e, ao mesmo tempo, delimitar a responsabilidade do Facebook Inc. – empresa que detém a propriedade sobre esse aplicativo?”.

Para que se possa responder essas e outras perguntas, as quais também umbilicalmente relacionadas para o tema central do presente trabalho – a responsabilidade civil no caso de violação dos direitos de personalidade por meio do aplicativo *Whatsapp* –, é imprescindível, contudo, melhor conhecer a gênese e expansão dessa revolucionária ferramenta.

CAPÍTULO 2 – Do Whatsapp: gênese e expansão

Como definido em seu site oficial, o *Whatsapp*³ “é um aplicativo multiplataforma que permite trocar mensagens pelo celular sem pagar por SMS” que está disponível para os principais sistemas operacionais existentes, dentre eles o “Android”, “iOS”, “Windows Phone”, “BlackBerry” e “Nokia”, por exemplo.

Fundado em meados de 2009, por dois ex-funcionários do *Yahoo*, o americano Brian Acton e o ucraniano Jan Koum, o *Whatsapp* se tornou um dos aplicativos mais utilizados em todo do mundo. A razão para tal sucesso se deu muito em virtude da facilidade de uso e no envio de mensagens através de uma plataforma simples e de fácil utilização, além do fato de que é livre de anúncios e publicidade.

Dentre outros fatores que contribuíram para o crescimento da marca, destacam-se as diversas ferramentas e recursos do aplicativo. É possível escolher uma foto pessoal, tanto nas conversas individuais como naquelas em grupo, publicando-se uma mensagem de status, indicando o que se está fazendo ou pensando e mantendo, assim, os demais contatos informados. Outro recurso importante são os indicadores que permitem que o emissor saiba se sua mensagem foi enviada com sucesso, recebida e, inclusive, lida pelo destinatário.

Prova desse crescimento é que a empresa que, em 2011, valia o equivalente a US\$ 8 milhões, alguns anos mais tarde, quando adquirida pela gigante da internet *Facebook*, em meados de 2014, teve valor de venda fixado na casa dos US\$ 19 bilhões – superando, assim, a compra do *Instagram*, ocorrida dois anos antes, pelo valor de US\$ 1 bilhão⁴. Desse total, US\$ 12 bilhões foram pagos em ações do *Facebook*, US\$ 4 bilhões foram adimplidos em espécie e, por fim, os excedentes US\$ 3 bilhões foram direcionados para manter os funcionários da empresa⁵.

Atualmente, a empresa diz ter 465 milhões de usuários em todo o mundo, sendo que, deste número, 38 milhões são brasileiros, o que equivale a mais de 8% da base de usuários. A empresa divulgou, ainda, que possui 40 milhões de usuários na Índia,

³ WHASTAPP. Como funciona. Disponível em: <http://www.whatsapp.com/>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

⁴ FELITTI, Guilherme. EPÓCA NEGÓCIOS. *Facebook* compra o aplicativo de mensagens *Whatsapp* por US\$ 19 bilhões. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2014/02/facebook-paga-us-19-bilhoes-pelo-aplicativo-de-mensagens-whatsapp.html>. Acesso em 12 de abril de 2015.

⁵ FELITTI, Guilherme. EPÓCA NEGÓCIOS. *Facebook* compra o aplicativo de mensagens *Whatsapp* por US\$ 19 bilhões. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2014/02/facebook-paga-us-19-bilhoes-pelo-aplicativo-de-mensagens-whatsapp.html>. Acesso em 12 de abril de 2015.

32 milhões no México e outros 31 milhões na Alemanha⁶. Um estudo produzido pela Ericsson e divulgado em 26.02.2015 revela que o *Whatsapp* é hoje o quarto aplicativo – atrás apenas do *Facebook*, *Youtube* e *Chrome*⁷ – que mais consome internet no Brasil, estando responsável por cerca de 13% do tráfego móvel de dados⁸.

CAPÍTULO 3 – Da teoria da responsabilidade civil e da necessária proteção aos direitos de personalidade no âmbito da internet:

De acordo com o art. 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É partindo desse pressuposto que o sistema jurídico brasileiro definiu a chamada “teoria da responsabilidade civil”, a qual exige, para a responsabilização de determinado agente, a presença concomitante de três requisitos, quais sejam: (a) ato ilícito, (b) dano e (c) nexo de causalidade.

A rigor do que bem determina o art. 187 da referida codificação civil, por ato ilícito se compreende a ação ou omissão praticada sem direito ou, também, a ação ou omissão que, praticada com respaldo no direito, excede os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Logo, fácil compreender que um ato ilícito traz consigo a necessária ocorrência de um dano, seja por que o agente pratica uma ação sem amparo na lei ou mesmo porque, apesar de agir conforme o direito, excede os limites de sua finalidade, causando, em ambos os casos, dano a outrem.

Por isso que Cavalieri Filho refere que “toda a conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil” (2012, p. 02), pois existindo um ato ilícito ou abuso de direito,

⁶ G1. *Whatsapp* diz ter 38 milhões de usuários no Brasil. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/02/1418158-whatsapp-diz-ter-38-milhoes-de-usuarios-no-brasil.shtml>. Acesso em 12 de abril de 2015.

⁷ Segundo informações do mesmo estudo, os quatro primeiros colocados, somado do Instagram, são responsáveis por cerca de 80% desse consumo. G1. *Whatsapp* é o 4º maior aplicativo de internet móvel do Brasil. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/02/whatsapp-e-o-4-maior-aplicativo-da-internet-movel-do-brasil.html>. Acesso em 12 de abril de 2015.

⁸ G1. *Whatsapp* é o 4º maior aplicativo de internet móvel do Brasil. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/02/whatsapp-e-o-4-maior-aplicativo-da-internet-movel-do-brasil.html>. Acesso em 12 de abril de 2015.

surge automaticamente à obrigação de repará-lo, conforme estabelece o art. 927 do Código Civil.

Desse modo, sempre que presente a correspondência entre ação e dano, teoricamente chamada de “nexo causal”, restará presente o dever de indenizar, indiferentemente do meio em que praticada a violação. Atualmente não se tem dúvida da viabilidade de se reconhecer a ocorrência de um ato ilícito praticado no meio virtual, até porque, sabe-se, muitas vezes a repercussão de algo postado na rede é muito maior do que teria fora dela, dado o exponencial número de receptores que encontra em ambos os ambientes.

É bastante comum, aliás, que no dia a dia dos meios de comunicação e, em especial, no manejo da internet e das outras novas tecnologias da informação e comunicação, o primeiro pressuposto necessário ao reconhecimento da responsabilidade civil (“ação ou omissão” que virá a gerar aquilo que será concebido como sendo um “ato ilícito”) decorra da violação dos direitos de personalidade, isto é, direito de imagem, vida privada, honra e etc.

Por isso que, mais do que nunca, a definição de direitos de personalidade assume especial relevância no contexto atual, no qual a superexposição propiciada pelas redes sociais e, mais recentemente, pelo aplicativo *Whatsapp*, recrudescer a necessidade de resguardar a personalidade, o nome, a honra e a imagem também no âmbito digital, já que estes valores compõem o centro do ordenamento jurídico. Não obstante a tanto, por que a definição do que são direitos de personalidade perpassa, afinal, pela personalidade do cidadão e a sociedade em que está inserido, na medida em que possui um vínculo fundamental e estrito à individualidade da pessoa e o seu pleno desenvolvimento.

Não é atoa, portanto, que o legislador constituinte optou por trazer expressamente vários direitos de personalidade, mantendo-lhes a autonomia necessária e erigindo-os à categoria de direitos fundamentais. Prova disso é o art. 5º da Constituição Federal de 1988, que, em seu *caput*, prevê, dentre outros, o direito à liberdade, a proteção à honra (inciso V); a imagem e vida privada (inciso X) e, por fim, em seus incisos IV, VI, VIII, IX, XIII, XIV e XVII, resguarda a proteção à liberdade nas mais variadas modalidades.

O Código Civil, por sua vez, tutela, em seus artigos 11 a 21, os direitos de personalidade, sem que, contudo, esgote sua enumeração. A esse respeito, aliás, o

Enunciado 274, da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que expressamente reconheceu que “essa regulamentação não é exaustiva, mas expressa a cláusula geral de tutela da personalidade, contida no art. 1º, III, da Constituição (dignidade da pessoa humana)”.

Nesse panorama, nada impede que, com o passar dos tempos – e, ainda mais, considerando os reflexos da evolução dos meios de comunicação, da internet e das novas tecnologias da informação e comunicação na vida dos cidadãos – surjam novos direitos de personalidade, os quais devem, igualmente, ser erigidos à categoria de direitos fundamentais, recebendo, tanto quanto os hoje já reconhecidos, a chancela de proteção do Estado.

A definição dos direitos de personalidade, bem como do direito como um todo, obedece/recebe interferências externas de inúmeras coisas, dentre as quais o avanço tecnológico. Nesse norte, “os direitos de personalidade evoluíram e ganharam maior sistematização à medida que o ser humano passou a ser valorizado como centro e fundamento do ordenamento jurídico e não somente como seu destinatário” (GODOY, 2008, p. 23).

É nesse aspecto que a internet ganha um sentido de atualização constante, pois a velocidade no tráfego de informações e dados propiciados por ela determina que o legislador e o operador do direito estejam, necessariamente, em adaptação constante do instituto da responsabilidade civil. Até porque, considerando que as novas ferramentas tecnológicas trazem um aumento na aproximação das pessoas, percebe-se um aumento de atritos e colisões de direitos na rede (TAVARES DA SILVA, 2012, p. 917 – 932).

Portanto, considerando o atual panorama da superexposição na rede, em especial diante da consolidação do Whatsapp como um dos aplicativos mais utilizados no Brasil, o desafio imposto à ordem jurídica é descobrir se ela oferece meios para coibir e reparar civilmente os ataques perpetrados contra os direitos de personalidade nos meios eletrônicos, e, ao mesmo tempo, resguardar esse bem jurídico protegido pela ordem constitucional.

CAPÍTULO 4 – Da (im)possibilidade de responsabilização civil em razão do compartilhamento de conteúdos ofensivos via *Whatsapp*: Tutela específica e tutela alternativa a serem adotadas na resolução de casos concretos:

Depois de analisar os principais aspectos relativos à teoria da responsabilidade civil brasileira, resta, considerada a grande expansão no uso do aplicativo *Whatsapp*, analisar se a atual tutela jurídica fornecida pelo Estado é ou não suficiente para coibir e reparar os atos ilícitos que vem sendo comumente praticados a partir de sua (má) utilização.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que, hoje em dia, a tutela dos direitos de personalidade exige um olhar mais aprofundado não apenas do legislador (na tipificação abstrata de condutas a serem reprimidas pelo direito), como também do julgador (na apreciação do caso concreto), que, volta e meia, depara-se com situações bastante peculiares e para as quais parece não existir uma resposta adequada ou justa do ponto de vista do direito.

Ocorre, que, em se tratando de litígios envolvendo a rede mundial de computadores, é imprescindível que, para que se possa chegar aos conceitos de adequação e justiça, conheça-se um mínimo do que se pode chamar de “arquitetura de rede”, afinal é esse o ponto de Arquimedes de praticamente todas as questões relativas a casos dessa natureza.

Marcel Leonardi⁹ (2012, p. 182 – 333), por exemplo, é um dos doutrinadores que defende, tal qual os proponentes do presente trabalho, que a tutela efetiva no âmbito da internet encontra inúmeros obstáculos, dentre os quais a falta de conhecimento específico a respeito das peculiaridades que envolvem a estrutura da rede. Tem sido isso, aliás, que tem dificultado que os jurisdicionados (e o próprio Poder Judiciário) alcancem uma resposta efetiva no que se refere à violação aos direitos de personalidade ocorridos através da rede.

Nesse sentido, o presente tópico se dedica a analisar a tutela específica (4.1) e alternativa (4.2) a ser utilizada quando presente um caso de violação dos direitos de personalidade mediante o uso do aplicativo *Whatsapp* no Brasil.

4.1 – Tutela específica a ser adotada em face da empresa que disponibiliza o serviço:

⁹ A respeito do tema, merece destaque o abordado pelo autor acerca dos “mecanismos tradicionais de tutela” (p. 187 – 230) na proteção dos direitos de personalidade na internet.

No contexto atual, duas tem sido as alegações levantadas visando à exclusão da responsabilização do *Whatsapp* em casos tais. A primeira, de ordem processual, diz respeito à (i) legitimidade de o *Facebook*, empresa com sede no Brasil, e que adquiriu aquela, ser intimada a fornecer os dados relativos a esse serviço (4.1.1); A segunda, de ordem estritamente técnica, considera questões de arquitetura da rede, restringindo-se a discussão de se é ou não possível cumprir eventual decisão de exclusão de conteúdo (4.1.2), conforme se vê adiante:

4.1.1 – Da legitimidade do *Facebook* para figurar no polo passivo de demandas envolvendo o *Whatsapp*:

A primeira questão a ser enfrentada, em matérias desse tipo, é a legitimidade do *Facebook* para figurar no polo passivo de demandas envolvendo o *Whatsapp*, em vista de que, enquanto o primeiro tem sede constituída no Brasil, o segundo não. Bastante burilada, a tese de ilegitimidade passiva do *Facebook* já se encontra superada, sobretudo por que, a partir da notória aquisição do *Whatsapp* pela empresa de Zuckerberg, não há dúvidas de que o *Facebook* é parte legítima para, em substituição da sua adquirida, responder judicialmente por fatos que lhe digam respeito, afinal caracterizada a existência de um mesmo grupo econômico.

Interpretando a redação do artigo 19 da Lei 12.965/14, popularmente conhecido como “marco civil da internet”¹⁰, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a aquisição do *Whatsapp* pelo *Facebook* é fato público e notório, de modo que a “alegação de que o *Whatsapp* não possui representação em território nacional não impede o ajuizamento da medida em face do *Facebook*”¹¹.

¹⁰ Com efeito, a Lei 12.965/14, popularmente conhecida como “Marco Civil da Internet”, determina, em seu artigo 19, que o provedor de internet somente poderá ser responsabilizado se, após ordem judicial, não tomar as providências determinadas, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço.

¹¹ Precedente oriundo do julgamento do Agravo de Instrumento nº. 2114774-24.2014.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Saller Rossi, oriundo da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa transcreve-se: RESPONSABILIDADE CIVIL - EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - Autora que pretende, com a presente medida, a exibição dos IP's dos perfis indicados na inicial e conversas promovidas pelo aplicativo *Whatsapp* dos grupos que também indica – Deferimento - '*Conversas*' que apresentam conteúdo difamatório com relação à autora (inclusive montagem de fotografias de cunho pornográfico) - Alegação da agravante de que não possui gerência sobre o *Whatsapp* (que, por seu turno, possui sede nos EUA) - Descabimento - Notória a aquisição, pelo FACEBOOK (ora agravante) do referido aplicativo (que no Brasil, conta com mais de 30 milhões de usuários) – Alegação de que o *Whatsapp* não possui representação em território nacional não impede o ajuizamento da medida em face do FACEBOOK (pessoa jurídica que possui representação no país, com registro na JUCESP e, como já dito, adquiriu o aplicativo referido)

Portanto, quanto à questão de ordem processual, já está consolidado o entendimento de que o fato de o *Whatsapp* não possuir representação em território nacional não impede o ajuizamento de medidas judiciais em face do *Facebook*. Isso por que, apesar de não se confundirem, ambas as empresas integram um mesmo grupo econômico, fato que torna possível, então, citar o *Whatsapp* na sede do *Facebook* no Brasil, enquanto aquele aqui não vier a, como este, ter sede.

4.1.2 – Tutela específica e a (im) possibilidade de remoção do conteúdo compartilhado via *Whatsapp*:

Como visto, os paradigmas a respeito da matéria se alteraram substancialmente nos últimos anos. Anteriormente, para se compartilhar conteúdo indevido na internet, era comum a criação de *blogs* anônimos, páginas ou perfis falsos em redes sociais – às vezes hospedados até em outros países –, os quais se destinavam a propagar ofensas contra terceiros. Dessa forma, de posse da “URL” específica, era possível mover uma ação judicial visando à remoção daquele conteúdo específico, isto é, as postagens ofensivas, e, via de consequência, identificar o responsável por sua publicação.

Nesses casos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, uma vez notificado sobre o conteúdo ilegítimo, o servidor em que os dados estavam armazenados era obrigado a retirá-los do ar (ou, em outras palavras, torna-los inacessíveis em, no máximo, 24 horas após a sua notificação), sob pena de responder solidariamente com o autor das mensagens abusivas¹².

- Serviço do Whatsapp amplamente difundido no Brasil - Medida que, ademais, se restringe ao fornecimento dos IP's dos perfis indicados pela autora, bem como o teor de conversas dos grupos (ATLÉTICA CHORUME e LIXO MACKENZISTA), no período indicado na inicial e relativos a notícias envolvendo a autora - Medida passível de cumprimento - Obrigatoriedade de armazenamento dessas informações que decorre do art. 13 da Lei 12.965/14 – Decisão mantida - Recurso improvido (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2114774-24.2014.8.26.0000, Rel. Salles Rossi, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 01/09/2014

¹² A respeito do tema: “Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada” (REsp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012) e “Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada” “REsp 1.323.754/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012”.

Entretanto, na sistemática atual do *Whatsapp*, as vítimas passaram a sofrer com um problema maior, qual seja, a incapacidade técnica acerca da remoção do conteúdo ofensivo. Isso porque, nesses casos, as mensagens são divulgadas de celular para celular ou mesmo em grupos cuja existência jamais poderá saber o ofendido, sendo, no mais das vezes, impossível delimitar a origem das postagens ou, mais precisamente, saber de qual aparelho elas inicialmente partiram.

Isto é, inclusive, o que consta expressamente nos *Terms of Service*¹³ disponibilizados pelo *Whatsapp* em seu site oficial, notadamente no trecho em que refere “o conteúdo de mensagens que tenham sido entregues pelo Serviço *Whatsapp* não é copiado, mantido nem arquivado no curso normal da atividade”, visto que a sistemática do aplicativo é semelhante ao do SMS¹⁴, no qual os usuários enviam mensagens aos servidores do *Whatsapp* que, posteriormente, são roteadas ao destinatário. Caso o destinatário esteja *off-line*, a mensagem não é entregue e é mantida nos servidores da empresa até que seja possibilitado seu envio. Contudo, esclarece a prestadora do serviço que “se a mensagem não for entregue em 30 (trinta) dias, ela é excluída dos servidores *Whatsapp*”.

Assim, ao menos inicialmente, parece verossímil o argumento do *Whatsapp* de que os arquivos e/ou mensagens enviados não ficam armazenados em seus servidores, mas diretamente no aparelho (*smartphone*) dos usuários. Nestes termos, é de se considerar realmente inviável dar cumprimento a uma ordem de remoção de conteúdo transmitido via *Whastapp*, sob pena de incorrer a empresa em uma

¹³ Tradução livre, retirado dos “termos de serviços” disponibilizados no site institucional da empresa, os quais vinham originariamente assim descritos: “The contents of messages that have been delivered by the WhatsApp Service are not copied, kept or archived by WhatsApp in the normal course of business. The WhatsApp Service is meant to be a SMS replacement, using data service through a user’s phone (either via cell network or wifi). Users type their messages, which are sent via data service to our servers, and routed to the intended recipient (who must also be a WhatsApp user), if that recipient is online. If the recipient is not online, the undelivered message is held in WhatsApp’s server until it can be delivered. If the message is undelivered for thirty (30) days, the undelivered message is deleted from our servers. Once a message has been delivered, it no longer resides on our servers. The contents of any delivered messages are not kept or retained by WhatsApp — the only records of the content of any delivered messages reside directly on the sender’s and recipient’s mobile devices (and which may be deleted at the user’s option). Notwithstanding the above, WhatsApp may retain date and time stamp information associated with successfully delivered messages and the mobile phone numbers involved in the messages, as well as any other information which WhatsApp is legally compelled to collect. Files that are sent through the WhatsApp Service will reside on our servers after delivery for a short period of time, but are deleted and stripped of any identifiable information within a short period of time in accordance with our general retention policies”. *WHASTAPP. Terms of service*. Disponível em: <http://www.whatsapp.com/legal/>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

¹⁴ SMS é a sigla de *Short Message Service*, que em tradução livre significa Serviço de Mensagens Curtas.

obrigação impossível. Esse fato, portanto, torna praticamente impossível que se adote, no que diz respeito às violações praticadas via *Whatsapp*, a chamada tutela específica.

Não é atoa que a jurisprudência, aqui exemplificada a partir de um arresto jurisprudencial proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, já sinaliza a adoção desse entendimento, isto é, de que é inviável determinar que o *Whatsapp* efetue a remoção dos conteúdos divulgados através do uso de seu aplicativo¹⁵. No mesmo sentido, também, porém mais recentemente, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº. 70064361157, de Relatoria do Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, da Oitava Câmara Cível, julgado em 02/07/2015¹⁶.

Desse modo, imprescindível reconhecer que essa incapacidade técnica constitui hoje um grande obstáculo à salvaguarda dos direitos de personalidade na era da internet. Contudo, não há como negar que esse ainda é um entendimento inicial, logo sujeito a uma análise mais apurada por parte dos profissionais da área do direito – e mesmo (ou seria sobretudo?) da área da computação e tecnologia da informação – tentarem melhor esclarecer o funcionamento da plataforma em que é disponibilizado o serviço. Isso por que, só assim se poderia justificar que, em um

¹⁵ Agravo de instrumento nº. 2204111-24.2014.8.26.0000, Milton Carvalho; Comarca: Franca; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 29/01/2015; Data de registro: 04/02/2015

¹⁶O julgado foi assim ementado: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. CAUTELAR INOMINADA. NULIDADE DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DO PERFIL E DAS FOTOGRAFIAS ÍNTIMAS ENVIADAS PELA ADOLESCENTE POR MEIO DO FACEBOOK E DO WHATSAPP. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. DESCABIMENTO, NO CASO. 1. Não obstante o juízo de origem (JIJ) tenha declinado da competência para uma das varas cíveis da Comarca, na forma do art. 113, § 2º, do CPC, a decisão questionada não pode ser tida como nula, na observação de que o Superior Tribunal de Justiça já encampou que a declinação não acarreta a desconstituição automática do ato judicial acoimado, com a permanência dos efeitos da decisão até que o juiz competente se pronuncie para manter ou revogar a cautelar inicial, o que ainda não ocorreu no caso concreto. 2. Considerando que ser fato público e notório que a empresa Facebook adquiriu o serviço móvel de mensagens "WhatsApp" no ano de 2014 e que apenas o Facebook possui representação no país, possui este legitimidade para responder também pelo pedido direcionado àquela empresa. 3. Na espécie, sopesando que o provedor de aplicações de "internet" responde pelos serviços que presta, não há, em princípio, como reconhecer prontamente a alegada irresponsabilidade da empresa recorrente. 4. Além disso, levando em conta que os "links" indicados na exordial, concernentes ao perfil e ao endereço eletrônico das fotografias enviadas pelo "Facebook", já foram excluídos, assim como a invocação de que o conteúdo das mensagens entregues não é mantido, copiado ou arquivado pela "WhatsApp", as possíveis medidas a serem atribuídas à agravante já foram, ao cabo, adotadas, não havendo, a priori, providências outras a serem de si reclamadas, visto que os registros do conteúdo das mensagens questionadas, hoje, no máximo, podem ter permanecido nos aparelhos móveis do remetente e de possíveis destinatários, com o que cabível o afastamento da imposição da multa diária fixada na origem. REJEITADA A PRELIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70064361157, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 02/07/2015

futuro não muito distante, fosse possível, mudando o entendimento atualmente sufragado, entender pela possibilidade de adoção da tutela específica de remoção de conteúdo em casos de violação à direitos de personalidade mediante o uso do aplicativo em questão.

4.2 – Da tutela alternativa a ser adotada em face do autor ou suspeito de autoria do ato ilícito:

Prejudicada a tutela específica, conforme trabalhado no tópico anterior, a pergunta a ser feita é: existe alguma medida alternativa possível à salvaguarda dos direitos de personalidade violados mediante o uso do *Whatsapp*? Antes de mais nada, importante destacar que a chamada tutela alternativa detém caráter subsidiário, isto é, só podendo ser utilizada quando a tutela específica, condizente nas medidas a serem impostas diretamente a empresa responsável pelo fornecimento do serviço, não se mostrar possível de ser alcançada. Assim, a tutela alternativa consiste em uma ou mais medidas que, embora não praticadas em face da empresa responsável pelo serviço, pode, de alguma forma, apesar de geralmente não ter a eficiência que teria aquela, amenizar os efeitos fazer cessar a violação aos direitos injustamente violados.

No caso em questão, considerando que as postagens se dão mediante o uso de aparelhos de telefonia móvel, dentre os quais especialmente se inserem os *smarthphones*, uma das medidas alternativas que se poderia cogitar é o pedido judicial de busca e apreensão de tais equipamentos. Todavia, essa é uma providência de difícil alcance no plano concreto, eis que encontra vários obstáculos – tanto de ordem processual, como prática – para sua efetivação.

Para que assim se conclua, basta considerar que, para a determinação de busca e apreensão, é imprescindível uma ordem judicial subscrita por um Juiz ou Tribunal que acate a representação feita pela autoridade competente, no caso um Delegado de Polícia, nos autos de inquérito policial que se encontre sob investigação. Durante a fase judicial isso também pode ocorrer, momento em que, se existirem indícios de autoria e materialidade por parte de uma ou mais pessoas, caberá também ao Ministério Público e ou o advogado que representa os interesses da vítima efetuarem mencionado pedido, caso já não realizado ao longo do inquérito.

Contudo, a implementação dessa tutela alternativa pode se tornar um tanto quanto difícil quando se esta diante de crimes contra a honra, por exemplo, cuja ação penal é de iniciativa privada, o que significa que não há a instauração do inquérito policial. Tal fato, apenas de dentro do que previsto na legislação, trás um efetivo prejuízo a vítima que se vê sozinha diante da difícil tarefa de reunir o maior número de indícios e provas que possam corroborar a autoria e materialidade por quem quer que seja.

E quando não se esta diante de um ilícito penal, mas, tão somente, cível? Bem, tanto quanto no caso de crime cuja ação penal é de iniciativa privada, é extremamente difícil que, em um exame de cognição sumária (ou seja, liminar), a vítima da violação de direitos de personalidade logre êxito em demonstrar a contento os dois requisitos exigidos pela legislação civil para o deferimento do comando cautelar¹⁷ (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*). Não o suficiente, importante consignar que ao se arriscar e falhar nisso que mais parece uma aventura [demonstrar os requisitos necessários à busca e apreensão de aparelhos móveis], o autor acabará por cientificar aos suspeitos que ele desconfia de sua autoria e materialidade, caso a mesma, repita-se, não esteja pré-constituída.

Dessa forma, não se pode olvidar que o processo poderá ter um duplo efeito, do qual, enquanto o de ordem positiva passa pelo deferimento da medida, o negativo condiz no alerta que se emite ao suspeito que, a partir disso, pode simplesmente pulverizar os indicativos que lhe comprometeriam.

Considerado o aumento exponencial do número de usuários do *Whatsapp* e o alcance que uma mensagem ou dado ali possui – eis que a formação de grupos específicos e as facilidades no envio possibilitam que seja compartilhada por milhares de pessoas em questão de dias ou semanas – a efetividade da medida de busca e apreensão no plano concreto se revela limitada, e, até mesmo, paliativa, afinal não é sinônimo de que a violação não voltará acontecer¹⁸.

¹⁷ Os autores não ignoram o fato de que, após o advento da legislação relativa ao instituto da antecipação dos efeitos da tutela, muitos profissionais da área do direito passaram a efetuar os pedidos cautelares, dentre os quais a própria busca e apreensão, dessa nova maneira.

¹⁸ Essa certeza, contudo, nem mesmo a tutela específica pode trazer, pois, por mais que uma determinada empresa fosse condenada a remover determinado conteúdo, isso só pode ser determinado de maneira repressiva, jamais preventiva. Isso por que não se posse impor a empresa que explora determinado serviço, o dever de fiscalizar previamente todo o fluxo de mensagens trocadas ou postadas em seus aplicativos ou redes sociais.

Portanto, ainda que a busca e apreensão do aparelho pertencente à pessoa que se pense tenha dado origem as mensagens que concretizaram a violação dos direitos de personalidade possa representar um meio de comprovação da autoria do ilícito, sua eficácia no que consiste à reparação (ou prevenção) é algo ainda bastante complicado e burocrático para a importância e emergência dos direitos que estão em jogo.

CONCLUSÃO:

O mundo vive uma era de superexposição, que, não é atoa, constantemente é comparada, guardadas as proporções históricas, com o panóptico ou casa de inspeção de Jeremy Bentham. A esse tempo comumente nos referimos pela expressão “sociedade em rede”, cuja razão de existir é sintetizar o período marcado pela escalada e a influência que as novas tecnologias da informação e comunicação passaram a erradicar sob os mais diversos campos da sociedade.

Nesse contexto tecnológico, não demorou muito para que surgissem novas formas de comunicação e interação entre as pessoas, afinal, influenciada pela globalização, cuja uma das maiores características é a alteração material das bases de tempo espaço, o que fez com que a um só tempo, as pessoas passassem a chegar a onde nunca antes estiveram. Isso sem falar da onipresença característica da rede, que é a responsável pelo fato de que, mesmo off-line, estejamos incoerentemente on-line.

Ao modificar tão drasticamente a sociedade, não seria de se esperar que mais cedo ou mais tarde essa (r)evolução tecnológica pudesse redundar também em efeitos negativos. Com a maximização de redes sociais e novos aplicativos, os quais ocorrem diuturnamente, é cada vez mais comum testemunhar a violação de direitos por meio da rede.

É nesse ponto que se insere o presente trabalho, que dedicou especial atenção à violação de um tipo de direito em especial, isto é, os chamados direitos de personalidade, os quais, pela emergência e importância que ostentam, encontram-se a mercê das devidas formas de proteção.

Isso por que, como demonstrado, quando existente a violação de direitos de personalidade por meio da divulgação de mensagens e imagens via *Whatsapp*, é

impossível de se ver alcançada a tutela específica, condizente na imposição do dever de que a empresa gestora do serviço exclua as mensagens e repasse as autoridades jurisdicionais os dados dos responsáveis por sua publicação.

A razão para tanto é de ordem, única e exclusivamente, técnica. Como se viu, conforme a arquitetura da rede e o que se sabe do sistema de funcionamento do *Whatsapp*, os conteúdos intercambiados entre os seus usuários não são registrados e armazenados nos servidores da empresa, fato que torna impossível, portanto, que venha a ser cumprida eventual determinação judicial que isso requeira.

Desse modo, restou a análise da tutela alternativa, que no caso foi tratada sob a perspectiva de solicitação da determinação de busca e apreensão dos aparelhos dos suspeitos. Apesar de possível, no decorrer do raciocínio efetuado no decorrer do tópico que tratava dessa mencionada alternativa, acabou-se por entender que essa é uma medida que, além de limitada, seria paliativa.

Assim, o que se nota é que a legislação não oferece a necessária e adequada salvaguarda aos direitos de personalidade que vem sendo diuturnamente violados mediante o uso da rede e, em especial, serviços como os que disponibilizados pelo *Whatsapp*. Claro que isso é consequência direta do pouco que se sabe a respeito da arquitetura da rede da empresa que, além do que esta disponível em seus “Termos de Uso” não revelou – e parece não ter interesse em revelar –, maiores informações a seu respeito.

Esse, portanto, é um entendimento inicial e esta sujeito a uma análise mais apurada por parte dos profissionais da área do direito – e mesmo (ou seria sobretudo?) da área da computação e tecnologia da informação –, que devem, em razão da proporção que os casos de violação a direitos de personalidade estão tendo, tentarem melhor esclarecer o funcionamento da plataforma em que é disponibilizado o serviço. Isso por que, só assim será possível justificar que, em um futuro não muito distante, seja possível mudar o entendimento que perdura atualmente, passando a se entender pela possibilidade de adoção da tutela específica de remoção de conteúdo e fornecimento dos dados dos responsáveis pela violação a direitos de personalidade mediante o uso do aplicativo em questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13/09/2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 13/09/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento nº 2114774-24.2014.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Saller Rossi, julgado em 01/09/2014, disponível em http://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=7818930&cdForo=0&vI_Captcha=afsyq. Acesso em 14/09/2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FELITTI, Guilherme. EPÓCA NEGÓCIOS. *Facebook* compra o aplicativo de mensagens *Whatsapp* por US\$ 19 bilhões. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2014/02/facebook-paga-us-19-bilhoes-pelo-aplicativo-de-mensagens-whatsapp.html>. Acesso em 12 de abril de 2015.

G1. *Whatsapp* diz ter 38 milhões de usuários no Brasil. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/02/1418158-whatsapp-diz-ter-38-milhoes-de-usuarios-no-brasil.shtml>. Acesso em 12 de abril de 2015.

G1. *Whatsapp* é o 4º maior aplicativo de internet móvel do Brasil. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/02/whatsapp-e-o-4-maior-aplicativo-da-internet-movel-do-brasil.html>. Acesso em 12 de abril de 2015.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001.

JUSTIÇA FEDERAL. Enunciados aprovados na IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 13/09/2015.

KEEN, Andrew. O culto do amador: como blogs, MySpace, Youtube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores; tradução, Marua Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

KEEN, Andrew. Vertigem digital: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando; tradução Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*; tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Cibercidadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2003, p. 96.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Comentários ao art. 927 do Código Civil. In: *Código Civil comentado*. Coordenação de Regina Beatriz Tavares da Silva. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WHASTAPP. Como funciona. Disponível em: <http://www.whatsapp.com/>. Acesso em: 12 de abril de 2015.

WHASTAPP. *Terms of service*. Disponível em: <http://www.whatsapp.com/legal/>. Acesso em: 12 de abril de 2015.