



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000298934

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1011000-81.2017.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA, é apelado/apelante LUIZ CARLOS GOMES DA SILVA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso do réu, negaram provimento ao recurso do autor. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS (Presidente), ALVARO PASSOS E GIFFONI FERREIRA.

São Paulo, 25 de abril de 2018.

José Joaquim dos Santos

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto nº 29209

Apelação Cível nº 1011000-81.2017.8.26.0002

Comarca: 10ª Vara Cível do F. R. de Santo Amaro da Comarca de São Paulo

Apelante: FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

Apelado: LUIZ CARLOS GOMES DA SILVA

Juiz: Carlos Eduardo Prativiera

Apelação Cível – Obrigação de fazer – Restabelecimento de conta na rede Facebook – Exclusão permanente da conta do autor que não constituiu exercício regular do direito do réu – Abusividade da conduta configurada – Réu que não logrou êxito em esclarecer em que consistiu a violação praticada pelo autor aos termos contratuais do uso de sua rede social – Ausência de demonstração de fato impeditivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC) – Réu que tem obrigação de manter registros de acesso a aplicações de internet (art. 15, do Marco Civil da Internet) – Recurso do réu, nesta parte, improvido.

Dano moral – Inocorrência – Incidente que narrado que não justifica a reparação pretendida – Mero constrangimento incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade – Dano que não pode ser presumido – Prova – Autor que não se desincumbiu do ônus imposto pelo art. 373, I, do CPC – Recurso do réu, nesta parte, provido.

Recurso adesivo – Majoração do valor da indenização por danos morais – Pedido prejudicado em razão do parcial provimento do recurso do réu para afastar a condenação a este título – Astreintes – Pretensão de elevação do valor da multa diária – Descabimento – Multa imposta pela sentença para o cumprimento da obrigação no prazo estabelecido que se mostra razoável – Valor que não se presta a gerar o enriquecimento da parte, mas para evitar o descumprimento da decisão – Recurso adesivo do autor improvido.

Sucumbência – Reconhecimento da sucumbência parcial e recíproca – Partes que arcarão com o pagamento das custas e despesas processuais na proporção de 50% – Honorários advocatícios – Arbitramento em 15% sobre o valor da causa para cada uma das partes.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização ajuizada por Luiz Carlos Gomes da Silva em face de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. julgada procedente pela r. sentença de

fls. 174/179, cujo relatório se adota.

Inconformado, apela o réu a fls. 181/210, pretendendo a reforma do julgado. Em síntese, sustenta que não tem obrigação legal de armazenamento de conteúdo produzido pelos usuários e que a exclusão do perfil do autor se deu dentro dos limites do exercício regular de seu direito, diante de violação dos termos de uso. Invoca os limites da intervenção do estado na atividade econômica e impossibilidade de compelir o Facebook a permanecer contratado. Entende que descabida a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, ao argumento de que não houve ato ilícito por parte dos operadores do Facebook e que restou caracterizada excludente por ato exclusivo do próprio autor. Afirma que descabida a imposição do ônus da sucumbência ao réu, porquanto não deu causa à ação.

O autor apresentou recurso adesivo a fls. 222/233, pugnando pela majoração da condenação, bem como fixação de multa diária para o caso de descumprimento da obrigação de ativação imediata de sua conta no Facebook.

Recursos tempestivos e preparados.

Presentes os requisitos foi possível o juízo positivo de admissibilidade do recurso, razão pela qual processado, estando em condições de julgamento.

É o relatório.

1 - O apelo do réu Facebook não está em vias de ser provido quanto à obrigação determinada.

Com efeito, ao contrário do que afirma o réu, a exclusão permanente da conta do autor não constituiu exercício regular de seu

direito, afigurando-se, de fato, abusiva.

De se ressaltar que, instada a esclarecer em que consistiu a violação praticada pelo autor aos termos contratuais do uso de sua rede social (fl. 165), o réu ficou inerte, reiterando a alegação de que o autor insistiu na publicação de conteúdos violadores a suas diretrizes mesmo após advertido.

Logo, tem-se que não houve nos autos demonstração, por parte do réu, de fato extintivo do direito do autor, ônus que incumbia àquele, nos ditames do artigo 373, II, do Código de Processo Civil.

Nem se alegue que o réu Facebook não tem o dever de armazenamento do conteúdo produzido por seus usuários, importando salientar que o Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014) estabelece, em seu artigo 15, a obrigação do provedor de aplicações de internet em *“manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança”*.

A respeito do tema, confira-se o entendimento desta egrégia Corte:

“De fato, o Facebook é uma empresa que presta um serviço aos usuários, permitindo que eles possam fazer uso da rede social disponibilizada a eles.

“Muito embora não seja abusiva a existência de termos de uso (algo que inclusive existe em qualquer relação contratual, prevendo direitos e deveres dos usuários), o Facebook não poderia ter excluído o usuário da rede social de maneira sumária, sem apresentar as possibilidades de

defesa ao usuário.

“Ora, sendo a rede social um meio atual pelo qual pessoas podem livremente manifestar suas opiniões, como é que estaria assegurado esse direito quando uma empresa privada estrangeira decide, por contra própria, excluir um conteúdo que ela entende ofensivo?”

“Assim, entender que a provedora de hospedagem tem o direito de exclusão sumária de conteúdo na rede social dela, além de implicar em uma censura privada descontrolada, trata-se de uma conduta abusiva, nos termos do artigo 51, inciso IV e § 1º inciso I do Código de Defesa do Consumidor” (Agravo de Instrumento 2220441-28.2016.8.26.0000; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 45ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/02/2017; Data de Registro: 09/02/2017).

Neste aspecto, nenhum reparo merece a solução empregado pelo digno magistrado sentenciante, merecendo aqui repetidos seus principais fundamentos:

“Embora a ré insista nas alegações de violação dos seus termos de uso, não há qualquer prova nos autos desta suposta violação. Além disso, as imputações são extremamente genéricas e não permitem uma análise objetiva da violação ('imagem associada ao terrorismo'; 'risco de harmonia e segurança da rede social e de direitos de terceiros').

“Ressalte-se que tal prova poderia ter sido feita facilmente pela via documental.

“Afastada a genérica alegação de violação aos termos de uso, que não veio acompanhada de qualquer indício de prova cabendo salientar que a ré, após determinação para especificar provas, requereu o julgamento antecipado da lide, restam prejudicados os argumentos da contestação de desativação feita em acordo com disposição contratual, de exercício regular de direito, de ato jurídico perfeito e de excludente de responsabilidade por ato exclusivo do autor, pois todos estes argumentos tinham por pressuposto uma suposta conduta cuja ocorrência não foi minimamente comprovada nos autos, a despeito do ônus que incumbia à ré” (fl. 176).

2 - Melhor sorte merece o recurso quanto à pretensão de afastamento da indenização a título de danos morais.

Com efeito, de se ressaltar que, embora não se duvide dos aborrecimentos causados ao apelante pelo evento em questão, não se deve ignorar que o incidente narrado no caso em tela não justifica a reparação pretendida, na medida em que caracterizado mero constrangimento incapaz de configurar violação aos direitos da personalidade.

Ademais, respeitado o entendimento manifestado pelo MM. Juízo “a quo”, conquanto tenha restado demonstrada a injustificada exclusão da conta do autor, não houve qualquer imputação de conduta ilícita ou criminosa ou mesmo sua exposição através de meios humilhantes ou vexatórios.

Assim, não havendo prova e nesse caso não se

presume o dano de ter o aludido incidente provocado abalo da honra ou qualquer valor íntimo ou psíquico do autor, não se justifica a compensação em dinheiro.

Sobre o tema, aliás, já decidiu esta colenda 2ª Câmara de Direito Privado deste egrégio Tribunal de Justiça, em aresto da lavra do eminente desembargador Cezar Peluso, acentuando, com base em lição de Roberto Brebbia (*“El Daño Moral”*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, p. 95, nºs 34 e 35), que *“o dano moral, entendido como categoria jurídicodogmática, não consiste na desagradável reação biopsicológica, ou psicossomática, que, experimentada pela pessoa, se conhece e define, em sentido amplo, como dor, capaz de advir a fatos sem nenhuma significação jurídico-normativa e de estar ausente na tipificação de agravo moral a certas pessoas, senão que, como noção objetiva, corresponde à só violação de algum dos chamados direitos da personalidade. (...) Dito doutro modo, nenhum direito subjetivo do autor sofreu lesão grave, passível de se qualificar como dano moral, ou extrapatrimonial, que este se não identifica com sentimento incômodo ou penoso que atos (...) possam desatar a pessoas de pouco ou muita suscetibilidade”* (Apelação Cível nº 110.196-4/5-00, São Paulo, j. 30.04.2001).

Isto considerado, não se desincumbindo o autor do ônus probatório imposto pelo artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil, demonstrando de maneira cabal a ocorrência de abalo psicológico excepcional que justifique pedido de indenização por danos morais, não podia a sua pretensão ser acolhida, não se podendo olvidar que falta de prova, prova insuficiente ou prova duvidosa levam ao mesmo resultado

E, conforme lição de Vicente Greco Filho, *“O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito”* (Direito Processual Civil

Brasileiro, Editora Saraiva, 2º vol., pág. 177).

3 - O recurso adesivo do autor não está em vias de ser provido.

A pretensão de majoração da indenização por dano moral resta prejudicada, em razão do parcial provimento do recurso do réu para afastar a condenação a este título.

Por outro lado, descabida a pretensão de elevação do valor da multa diária estabelecida pela r. sentença, não se podendo olvidar que a fixação das astreintes se presta a evitar o descumprimento da decisão, não para gerar enriquecimento sem causa da outra parte.

Razoável, pois, a manutenção da multa diária imposta pela r. sentença, para o cumprimento da obrigação no prazo estabelecido.

4 - Em vista do parcial provimento do recurso do réu, de rigor o reconhecimento da sucumbência parcial e recíproca entre as partes.

Isto posto, cada parte arcará com o pagamento das custas e despesas processuais na proporção de 50%, além do pagamento de verba honorária em favor do patrono da parte contrária, ora arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da causa para cada, nos termos do artigo 85 do Código de Processo Civil.

5 - Ante exposto, dá-se parcial provimento ao recurso do réu e nega-se provimento ao recurso do autor.

JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS

Relator