

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXV CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

LUCIANA WALY DE PAULO

**A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE PELA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DOS BANCOS
DE DADOS NA INTERNET**

**CURITIBA
2007**

LUCIANA WALY DE PAULO

**A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE PELA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DOS BANCOS
DE DADOS NA INTERNET**

**Monografia apresentada como Requisito
parcial para conclusão do Curso de Preparação
à Magistratura em nível de Especialização.
Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de
Curitiba.**

Orientador: Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANA WALY DE PAULO

**A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE PELA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DOS BANCOS
DE DADOS NA INTERNET**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Presidente: _____

Membro (1): _____

Membro (2) _____

Curitiba, ____ de _____ de 2007.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 INTRODUÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	8
1.1 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	13
1.2 TIPICIDADE OU ATIPICIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	18
1.3 CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	28
2. DISTINÇÕES ENTRE OS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA, AO SEGREDO E À INFORMAÇÃO	31
2.1 COMO SE FORMAM OS BANCOS DE DADOS NA INTERNET	37
2.2 PROVEDORES DE SERVIÇO DE INTERNET	47
2.2.1 <i>Cookies</i>	54
2.2.2 <i>Spam</i>	56
2.2.3 <i>Hacker e crackers</i>	59
2.2.4 Correio eletrônico ou <i>e-mail</i>	60
2.2.5 Vírus.....	61
3 A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	62
3.1 APLICAÇÃO DO CDC AOS BANCOS DE DADOS NA INTERNET.....	77
3.2 <i>HABEAS DATA</i> COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS	83
3.3 PROJETOS DE LEI QUE TRATAM ESPECIFICAMENTE DA PRIVACIDADE NO ÂMBITO DA INTERNET	88
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
REFERÊNCIAS	99

Resumo

A Proteção da Privacidade pela Utilização Indevida dos Bancos de Dados na Internet

Tem-se como objetivo demonstrar a evolução dos direitos de personalidade, as suas características e de que forma a privacidade vem sendo violada pelos bancos de dados na Internet. Será abordado de que forma a privacidade pode ser tutelada diante da legislação em vigor, como a aplicação do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e do *habeas data*. Tendo em vista que os direitos da personalidade não podem ficar a mercê da tecnologia, sem proteção, pois essas violações atingem a dignidade da pessoa humana. Ademais disso, os direitos de personalidade são necessários para o desenvolvimento da pessoa e das suas potencialidades para que possa viver em sociedade. Há também os chamados dados sensíveis que não podem ser captados, pois dizem respeito tão-somente a pessoa. Em razão disso, as pessoas têm o direito de ter acesso a esses bancos de dados a fim de retificar ou até mesmo retirar determinadas a prejudique.

Palavras-chave: Direitos de Personalidade; Privacidade, Internet; Banco de dados.

Introdução

Os direitos de personalidade foram introduzidos no ordenamento jurídico com a finalidade de conter os abusos do Estado cometidos contra as pessoas, no entanto, nota-se a constante violação desses direitos por particulares e também pela má utilização da tecnologia. Portanto, este trabalho terá como objetivo analisar o desenvolvimento dos direitos de personalidade, as formas de violação desses direitos pelos bancos de dados na Internet e como se pode tutelá-los diante da legislação em vigor.

Os primeiros direitos de personalidade a serem protegidos foram a liberdade, a vida, a propriedade a integridade física, também denominados de direitos de primeira geração. A proteção destes direitos está diretamente ligada a ascensão dos burgueses e ao Estado Liberal.

Verifica-se que o atual desafio é conter a violação dos direitos de personalidade cometidos por particulares contra particulares através da Internet. Em razão disso, será analisado o desenvolvimento dos direitos da personalidade, a constitucionalização do Direito Civil. Será tratado ainda de forma pormenorizada o direito à intimidade, à vida privada, ao segredo e a distinção entre eles, haja vista que a violação destes direitos agride diretamente a dignidade da pessoa humana.

Outrossim, será abordado o desenvolvimento da Internet e de quais formas pode ocorrer de violação da privacidade pela captação dos dados pessoais, uma vez que as empresas ou até terceiros podem vender as informações obtidas, podem, ainda, cruzar estes dados e utilizar essas informações para determinar o perfil do consumidor, definir o seu estilo de vida, para vender produtos e fazer estratégia de vendas, por exemplo.

Por isso, se faz necessário examinar quais as formas de captação de dados que pode ser feita e quando há a violação da privacidade. Pode-se citar como os meios utilizados para a formação de bancos de dados os *cokies*, monitoramento de correspondência, vendas de listagens com endereços de *e-mail*, os vírus, a atuação dos *crakers* e *hackers* que são utilizados para a formação dos bancos de dados na Internet. Será visto também qual a função do *spam* e as suas conseqüências. Será visto quais tipos de informações e de qual forma podem ser captados os dados sobre as pessoas a fim de que não seja violado o direito à privacidade.

Existem os seguintes provedores de Internet o *backbone*, de acesso, de conteúdo ou informação, hospedeiros e os gratuitos. No que diz respeito aos provedores de Internet será analisado qual a função de cada um desses provedores e qual a sua relação com o usuário da Internet.

No terceiro capítulo será visto quais os mecanismos existentes para tutela desses direitos fundamentais, tendo em vista que não há leis específicas regulamentando esse tema e se tem a sensação que é um lugar em que se pode fazer tudo sem ser visto e responsabilizado. Contudo, deve-se ressaltar que não há como o judiciário não tutelar esses direitos que têm aplicabilidade imediata. Ademais disso, a Constituição da República tutela os direitos fundamentais no seu artigo 5º, incisos X, XI e XII que tratam respectivamente a proteção da intimidade; da vida privada; do sigilo a correspondência telegráficas, de dados e telefônicas.

Além disso, o novo Código Civil adotou a técnica legislativa das cláusulas gerais para elaborar as leis, assim como ocorreu com a Constituição da República, com o Código Civil de 2002 e as leis extravagantes, que abarcam as mais diversas situações, sem que se tenha que a todo o momento editar novas leis. O artigo 186

do novo Código Civil, que também é uma cláusula geral, se aplica no caso de violações aos direitos da personalidade, por exemplo.

Portanto, o propósito deste trabalho é demonstrar de que forma os bancos de dados na Internet podem ameaçar a privacidade, como pode ser nociva a utilização dos dados obtidos e o cruzamento dessas informações.

Será visto também o Código Civil que pode ser utilizados na tutela desses direitos, haja vista que tem um capítulo que trata especificamente da proteção dos direitos de personalidade. No código Civil de 1916 não havia uma parte específica que tratasse desses direitos, em razão disso, o artigo 11 do Código Civil dispõe expressamente algumas características dos direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, por exemplo. Enquanto, o artigo 12 do mesmo Código dispõe que se pode exigir que se cesse ameaça ou lesão aos direitos da personalidade sem prejuízo de requerer por perdas e danos. Outrossim, inciso X, do artigo 5º da Lei Fundamental também se refere ao direito de indenização quando violados a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Também será visto outros mecanismos presentes na legislação que podem ser aplicados à proteção da privacidade.

A proteção dos direitos de personalidade se faz necessária, pois é através destes direitos que a pessoa se desenvolve e vive em sociedade. Ademais disso, os direitos violados não podem ficar sem proteção, mesmo quando não se tenha uma legislação específica, como o caso da Internet.

1. Introdução aos direitos de personalidade

Os direitos da personalidade são protegidos desde os tempos da Grécia antiga, pelo direito romano, na idade média e, assim, sucessivamente pelas civilizações ao longo dos séculos (SZANIAWSKI, 2005, p. 06). No entanto, neste trabalho não será abordada toda a evolução desses direitos, mas os aspectos mais importantes que culminaram para a proteção e importância dada, atualmente, a esses direitos.

A ascensão da burguesia contribuiu muito para o desenvolvimento desses direitos, uma vez que tiveram interesse em ter os seus direitos garantidos a fim de que pudessem desenvolver as suas atividades econômicas e se opor ao absolutismo monárquico. Os primeiros direitos reconhecidos, nesta época, foram a liberdade, a igualdade e a propriedade, idéias que foram trazidas pelo Iluminismo e pelo jusracionalismo. Nota-se que o reconhecimento desses direitos refletia o individualismo da época.

Bittar (2001, p. 19) atribui a construção da teoria dos direitos da personalidade ao cristianismo, em que se assentou a concepção da dignidade do homem, a Escola de Direito Natural, teria firmado a noção de direitos à natureza humana e aos filósofos e pensadores do iluminismo que passaram a valorizar o indivíduo frente ao Estado.

Os direitos fundamentais surgiram num primeiro momento para conter os abusos cometidos pelo Estado contra os indivíduos. Assim sendo, os direitos fundamentais pertenciam ao direito público. Diante disso, surgiu a divisão do direito entre direito público e privado, os direitos fundamentais seriam aqueles utilizados para conter os abusos do Estado e os direitos da personalidade seriam aplicados

nas relações entre particulares. Foram os direitos fundamentais que serviram de base para os direitos da personalidade.

A Segunda Guerra Mundial resultou em modificações sociais e conseqüentemente no Direito. Em razão disso, os direitos da personalidade passaram a ser positivados a partir da segunda metade do século XX, nas constituições promulgadas a partir dessa época. Assim sendo, os direitos da personalidade tiveram origem a partir das constituições que passaram a tutelar os direitos fundamentais, senão vejamos:

A primeira geração de direitos fundamentais foi constituída de posições jurídicas subjetivas de defesa da pessoa contra o Estado, sob o fundamento de que o homem possui atributos naturais cuja proteção é indispensável para que atinja a felicidade e o bem-estar, e o Estado revelou-se, no curso da história moderna, o grande responsável pela violação desses atributos. E embora a propriedade tenha figurado quase sempre nas declarações de direitos fundamentais que forma sendo inscritas nas constituições modernas, os direitos fundamentais de primeira geração cuidaram principalmente de defender aspectos vinculados à personalidade do homem, como as liberdades e igualdades e a privacidade, e não bens externos à subjetividade humana (MELLO In: SARLET, 2003, p. 74).

Antes esses direitos estavam presentes nas declarações internacionais e em algumas legislações, tais como: na Carta Magna da Inglaterra (1215-1225), na Declaração da Virgínia em 1776, na Declaração Universal dos Direitos do Homem a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1949, a convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1990, o Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Civis, de 1966, entre outras, essas são apenas algumas delas.

Essas declarações que contribuíram para o desenvolvimento da proteção dos direitos públicos e posteriormente os direitos privados que culminaram com atual concepção de que não há diferenciação na tutela deles, pois todos decorrem da Constituição. Nesse sentido:

A preocupação com os permanentes atentados à personalidades humana conduziu a doutrina e a jurisprudência a admitir a existência de determinada categoria de direitos, que consistem no reconhecimento ao ser humano de um conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, decorrente da evolução da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do direito natural, expressado através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os quais possuem, predominantemente, a denominação de direitos da personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 44-45).

Muito embora não se possa negar a influência da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Código Napoleão no desenvolvimento desses direitos, nem mesmo De Cupis (2004, p. 21-22) o faz, no entanto, como bem pondera este autor tanto o Código de Napoleão como essa Declaração francesa tinham cunho individualista que não se coaduna com a realidade atual.

A proteção destes não se esgota naqueles que estão positivados, pois conforme a evolução da sociedade esses direitos também evoluem. Portanto, não há como se esperar que todos os direitos estejam presentes nas legislações, como veremos mais a frente, a tutela deles decorre da proteção da dignidade da pessoa humana. Como bem salienta Bittar (2001, p. 25):

Mas nem sempre estão os direitos supra-estatais explicitados na constituição; nem sempre são positivados. Ao revés, tem ocorrido apenas parcial constitucionalização dos direitos da pessoa, direitos a que o Estado deu força jurídica positiva. Ora, esses direitos assim consagrados é que constituem “liberdades públicas”, que sob esse aspecto, representam os próprios direitos do homem depois de positivados. Têm assim, a sua fonte no direito natural, onde se acha, aliás, o fundamento ético do direito positivo.

Atualmente, a divisão entre direito público e direito privado encontra-se superada. Por isso, Szaniawski (2005, p. 243) sustenta que não é admissível a visão dicotômica dos direitos da personalidade entre público e privado “por serem inerentes à pessoa, por se tratar de diversos aspectos da manifestação da personalidade humana, transcendem não só há uma disciplina jurídica, mas todo um ramo (...)”. Em relação a isso este autor (2005, p. 06), assevera, ainda que, o

nominalismo e as classificações exacerbadas dificultam a proteção da pessoa no plano prático.

Entretanto, Podestá (2001, p. 199-200) entende que os direitos da personalidade são provenientes do direito público, ou seja, do Direito Constitucional, com subsídio do Direito Civil. Em virtude da “essencialidade que assumem tais direitos, inevitavelmente toda noção de ordenamento jurídico deve ter como centro a valorização do homem dotado de inalienável e inviolável dignidade” (PODESTÁ, 1999, p. 199-200). Mas, como bem pondera Fachin (2003, p. 74):

Estabelecer esta diferença entre o Direito privado e o Direito Público para explicar a autonomia parece algo muito precário, uma vez que num conjunto significativo de circunstâncias, mesmo no plano da autonomia da vontade, teoricamente incluída nesta seara do direito privado, o Estado, na *longa manus* do legislador se impõe perante o particular. Há relações em que o particular se subordina ao que o Estado deseja. Esse não é um critério distintivo de modo absoluto para dizer essa dicotomia clássica deve ser mantida. Outra razão está entre aquelas circunstâncias em que o Estado *lato sensu* também se comporta na posição de coordenação em relação aos particulares.

Nesse diapasão Perlingieri afirma que (apud Fachin, 2003, p. 74) a divisão entre direito público e privado seria apenas para fins didáticos e sistemáticos, pois um não se contrapõe ao outro. Aduz, ainda que, “não há contraposição entre o privado e o público, na medida em que o próprio Direito Civil faz parte de um ordenamento unitário”. Assim sendo, constituem-se os direitos de personalidade de dupla face, tendo em vista que têm uma feição privada, pois são relativos a um particular, por outro lado têm uma garantia pública (FACHIN, 2003, p. 106-107).

Para Judith Martins-Costa (In: SARLET, 2006, p. 65) o Código Civil de 2002 recepcionou os direitos fundamentais e atua na sua difusão nas relações interprivadas. Dessa forma, contribui para a construção de uma nova noção de pessoa humana.

Nesta esteira Caldas (1997, p. 41) preleciona que os primeiros passos para o direito a personalidade foram dados através do reconhecimento dos direitos fundamentais, os quais, inicialmente, foram concebidos como limitações ao Estado. Posteriormente, estabeleceu-se que o homem pelo fato de ser pessoa todos deveriam respeitá-los.

Pode-se dizer, portanto, que há uma integração entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Não se pode olvidar que a Constituição da República é a base para todo o Direito, dessa forma, essas normas são complementares. Embora a constituição tenha um caráter principiológico, que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF), há a fusão e complementação entre a Constituição e o Código Civil. Sendo esta forma de integração das áreas do Direito passou-se a denominar de constitucionalização do Direito Civil. Como bem saliente Doneda (In: TEPEDINO, 2003, p. 35):

A posição dos direitos da personalidade é fundamental na estrutura do direito civil contemporâneo, voltado à realização dos valores constitucionais. Pode-se até mesmo dizer que eles garantem a coerência e a democraticidade do sistema de direito civil, pois são um instrumento que, em vários casos, pode contrabalançar a lógica de mercado, que em épocas anteriores poderia ser confundida com a lógica do inteiro sistema (Doneda In: TEPEDINO, 2003, p. 35).

Portanto, não faz mais sentido a divisão entre direito público e privado, pois deve ser sempre observado os princípios fundamentais previstos na Constituição da República, bem como os seus objetivos fundamentais, estes princípios estão que estão descritos tanto no artigo 1º, como no artigo 170 da Constituição da República. Ademais, artigo 3º da Constituição descreve como objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais

e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como destaca Tepedino (2003, p. XX) “é imprescindível que o intérprete promova a conexão entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública”. Assim sendo, supera-se aquela visão de que a Constituição seria tão somente para coibir abusos do Estado para com o cidadão e que seria dirigida ao legislador. Outrossim, se faz a integração do Código Civil com as leis extravagantes, tendo sempre como foco o respeito à dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, o Estado passa a intervir na sociedade a fim de atingir os anseios sociais daqueles que eram apenas expectadores dos detentores do poder econômico.

1.1 Os direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro

Verifica-se que houve a publicização do direito privado, bem como a sua repersonalização, voltando-se o ser humano para o centro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido:

Como advertiu Gustavo Tepedino, a tutela da personalidade “não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixa pelo texto maior, de promoção da dignidade humana” (TEPEDINO apud MELLO In: SARLET, 2003, p. 74).

As primeiras legislações estavam mais voltadas para questões patrimoniais e individualistas, por isso, não houve a adequada tutela dos direitos de personalidade. Deve ser observado que tutela da personalidade da pessoa humana ingressou no direito brasileiro “através da *iniura* e da respectiva *actio iniurarium*, que se constituía em uma classe geral de proteção da personalidade, oriunda das

ordenações, vigendo de 1532 às vésperas do Código Civil de 1916” (SZANIAWSKI, 2005, p. 134).

Temos que a interpretação do art. 1º, inc. III, da CF, com o art. 12 do CC/02, pode ser citada como um exemplo da fusão entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, que consagra a Constitucionalização do Direito Civil, vejamos:

Assim, o sistema de proteção jurídica dos direitos da personalidade funda-se sobre duas cláusulas gerais, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do artigo 1º, III, da Constituição Federal, e o artigo 12 do Código Civil de 2002, a primeira funcionando como a fonte normativa material da tutela jurídica da personalidade, e a seguinte, como cláusula de abertura formal do sistema. Essa circunstância determina ao sistema de tutela jurídica da personalidade uma permanente articulação entre o direito constitucional e o direito privado, ou seja, o mecanismo de funcionamento do sistema de direitos da personalidade supõe uma confluência e uma interseção paradigmática das duas áreas juscientíficas (MELLO In: SARLET, 2003, p. 89).

O art. 5º da CF, tutela alguns dos direitos da personalidade, sob a categoria de direitos fundamentais. Não há como tutelar expressamente todos os direitos da personalidade, tendo em vista a constante evolução social e a transformações dos valores, por isso, se entende que o princípio da dignidade da pessoa humana engloba os demais direitos da personalidade que forem reconhecidos. Diante disso, temos que o princípio da dignidade da pessoa humana “dá unidade e coerência ao conjunto de direitos fundamentais (MARTINS, 2003, p. 66-67)”. Em razão disso, Farias (apud Martins, 2003, p. 66-67) afirma que:

Ademais, aquele princípio funcionará como uma *cláusula aberta* no sentido de respaldar o surgimento de *direitos novos* não expressos na Constituição de 1988, mas nela implícitos, seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, ou em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, §2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional.

Da mesma forma, autores como Elimar Szaniawski, Cláudio Ari Mello, Judith Martins-Costa defendem que o art. 1º, III, da CF, bem como os arts. 12 e 21 do CC devem ser vistos como cláusulas gerais. Szaniawski e Martins-Costa entendem que

no Código Civil há uma falha, pois não há expressamente uma cláusula geral para o desenvolvimento da personalidade, haja vista que se tentou tratar dos direitos da personalidade de forma exaustiva. Apesar disso, esta falha pode ser superada através do art. 21 do CC. Merece destaque o seguinte trecho escrito por Martins-Costa (In: SARLET, 2006, p. 80):

Para compreender essa assertiva importa saber que o novo Código alia, ao tratar dos Direitos de Personalidade, uma vantagem e um defeito. A vantagem está em não apresentar um rol pretensamente exaustivo ou fechado dos direitos (não-taxatividade e atipicidade). A desvantagem está em não inserir, expressamente, uma cláusula geral relativa ao livre desenvolvimento da personalidade, que facilitaria sobretudo o labor jurisprudencial de “descoberta” de novos aspectos da personalidade humana que, sendo lesados ou estando sob a ameaça de lesão, merecem tutela adequada ainda que não previamente tipificado em texto legislativo.

Corroborando este entendimento está Elimar Szaniawski (2005, p. 06) que sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com o artigo 12 do Código de 2002, fundamenta a cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade. Sustenta, ainda que, para os direitos da personalidade terem tutela efetiva deve se tornar uma cláusula geral constitucional pétrea, vejamos:

Um direito de tal grandiosidade e importância, que representa a parte intrínseca do ser humano, as manifestações de sua personalidade, somente poderá encontrar a tutela efetiva ao tornar-se uma cláusula geral constitucional pétrea. Por esta razão, a tutela da personalidade humana, por atentados praticados contra a mesma, não pode encontrar tutela plena, somente, no âmbito civil, devendo ser procurada, primeiramente, na Constituição. Já se mencionou acima, que é praticável uma mera visão privatística dos direitos de personalidade que os desvinculem da categoria ampla de direitos do homem. A ordem jurídica deve ser entendida como um todo, onde, dentro de uma hierarquia de valores, tenha um local primacial a noção de que o homem é pessoa dotada de inalienável e inviolável *dignidade*. O ser humano é o primeiro e principal destinatário da ordem jurídica e, através da teoria da *repersonalização* do direito civil, o direito se revela um sistema ético, tendo como centro os ser humano, como primeiro de seus valores, repousando os fundamentos do ordenamento jurídico dentro da noção de dignidade do ser humano. Somente a partir desta leitura, é que poderá ser formulada à noção de direito de personalidade, a sua verdadeira amplitude (SZANIAWSKI, 2005, p. 57-58).

Vale lembrar que muitos autores já sustentam que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto como uma cláusula geral que serve de

fundamento para os demais direitos da personalidade. Em assim sendo, o artigo 1º, inc. III, deve ser interpretado em conjunto com o art. 12 do CC, que também é considerado como uma cláusula geral. Nessa esteira arremata Mello (In: SARLET, 2003, p. 78) que:

E para além dos direitos fundamentais de personalidade, expressamente previstos no texto constitucional, não é apenas possível, como juridicamente necessário fundamentar diversos outros direitos de personalidade no próprio sistema normativo constitucional, nos princípios e regime adotados pela lei fundamental acerca dos direitos fundamentais, consoante permite a cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais do § 2º do artigo 5º.

Em consonância com este entendimento está Szaniawski (2005, p. 137) que afirma que a Constituição “reconhece e tutela o direito geral de personalidade através do *princípio da dignidade* da pessoa, que consiste em uma *cláusula geral* de concreção da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo”, conclui explicando que:

Esta afirmação decorre do fato de que o princípio da dignidade, sendo um princípio fundamental diretor, segundo o qual deve ser lido e interpretado todo o ordenamento jurídico brasileiro, constitui-se na cláusula geral de proteção da personalidade, uma vez ser a pessoa natural o primeiro e o último destinatário da ordem jurídica. O constituinte brasileiro optou por construir um sistema de tutela da personalidade humana, alicerçando o direito geral de personalidade pátrio a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e de alguns outros princípios constitucionais fundamentais, espalhados em diversos Títulos, que garantem o exercício do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana (SZANIAWSKI, 2005, p. 137).

A proteção da dignidade da pessoa humana já estava prevista desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, contudo, só veio a ser positivada na segunda metade do século XX, vejamos:

Sem embargo, a partir do segundo pós-guerra, a dignidade da pessoa humana converteu-se em uma idéia reguladora do pensamento político jurídico contemporâneo, para ela convergindo a fundamentação de quase todos os direitos fundamentais, inclusive aqueles concernentes à tutela específica da personalidade. No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o primeiro *considerando* reporta-se ao “reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis”, e o artigo 1º afirma que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São

dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (MELLO In: SARLET, 2003, p. 75).

Mello (*in* SARLET, 2003, p. 88) sustenta que o princípio da dignidade da pessoa humana é um radical a partir do qual se tutela a personalidade humana e que tem uma dimensão objetiva e subjetiva, senão vejamos:

Se, de uma perspectiva, o princípio da dignidade possui uma dimensão objetiva, a partir da qual se podem extrair valores éticos e princípios jurídicos que devem reger a vida em sociedade, de outra ele possui também uma dimensão subjetiva e permite que dele sejam extraídos direitos subjetivos destinados a proteger juridicamente aspectos da dignidade da pessoa humana, dentre os quais se encontram os direitos da personalidade (MELLO In: SARLET, 2003, p. 89).

O princípio constitucional da dignidade humana refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como seja propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades (FARIAS apud PODESTÁ, 1999, p. 230-231).

Nesse lance, Amaral (2003, p. 252) entende que o princípio da dignidade da pessoa humana “é um valor constitucionalmente positivado que se constitui no marco jurídico, no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais”.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana pode ser definida como “um atributo da pessoa humana, o ‘fundamento primeiro e a finalidade última, de toda a atuação estatal e mesmo particular’, o núcleo essencial dos direitos humanos (SZANIAWSKI, 2005, p. 140). Por conseguinte, este princípio é o fundamento, a base para a proteção dos demais direitos, dessa forma:

O princípio da dignidade da pessoa humana pode ser vislumbrado sob dois aspectos. De um lado, representa uma qualidade substancial do ser humano, a dignidade como sendo a expressão da essência da pessoa

humana e, de outro, o fundamento da ordem política e de paz social, revelando-se uma fonte de direitos (SZANIAWSKI, 2005, p. 143).

Em síntese, a dignidade da pessoa humana pode ser definida como:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, refere-se às exigências básicas do ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade, seja material ou espiritual (FARIAS, 1996, p. 52).

Por conseguinte os direitos da personalidade são inerentes ao ser humano e são fundamentais para a o seu desenvolvimento e para a sua qualidade de vida.

Segundo Mello (In: SARLET, 2003, p. 71-72), os direitos da personalidade são direitos subjetivos que protegem a identidade e subjetividade do homem, ou seja, o ser, através da proteção de seus elementos intrínsecos, vejamos:

Os elementos intrínsecos à pessoa como tal, em toda a sua complexidade natural e histórica, racional e emocional, irrompem como fundamentais para garantir a felicidade humana, a essa fundamentalidade não pôde mais ser ignorada pelo sistema jurídico. A honra, a reputação, a imagem, o nome e os atributos humanos que determinam a positividade ou negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e a comunidade em geral; a efetividade, a sexualidade, a integridade física e psíquica, todos os fatores fisiológicos, psicológicos, psicológicos e emocionais que são decisivos para o bem-estar humano compõem, da mesma forma, um conjunto de elementos que, dada a sua fundamentalidade para a felicidade do homem, exigem a atenção decisiva do direito (MELLO *in* SARLET, 2003, p. 71).

Para Tepedino (2001, p. 48) os direitos da personalidade são “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”.

1.2 Tipicidade ou atipicidade dos direitos de personalidade

Para alguns autores, como Adriano De Cupis defensor da teoria tipificadora, somente seriam considerados direitos da personalidade aqueles que estivessem

positivados. Em virtude disso assevera que houve a passagem do subjetivismo para o objetivismo jurídico (2004, p. 22).

Todavia, notamos a decadência desta visão sobre o do direito de que tudo deve estar previamente tipificado, haja vista que é ineficaz, pois a sociedade está em constantes modificações. Por isso, passa-se a adotar as cláusulas gerais que abrangem um maior número de casos e acompanha o desenvolvimento da sociedade. Ademais disso, o direito reflete as mudanças de concepções da sociedade.

Os direitos da personalidade, segundo De Cupis (2004, p. 23), só podem ser considerados aqueles direitos essenciais que constituem a medula da personalidade.

Muitos autores ainda consideram os direitos da personalidade como sendo direitos inatos, como veremos a seguir. Entretanto, De Cupis (2004, p. 25-27) não os considera como direitos inatos, pois estes não poderiam constituir mais do que uma simples exigência de ordem ética. Em assim sendo:

Os direitos da personalidade, pelo seu caráter de essencialidade, são na maioria das vezes direitos inatos, no sentido em que presentemente se pode empregar esta expressão, mas não se reduzem ao âmbito destes. Os direitos são todos eles direitos da personalidade, mas pode verificar-se a hipótese de direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que, todavia, *uma vez revelados*, adquirem caráter de essencialidade (DE CUPIS, 2004, p. 27).

Carlos Alberto Bittar (2001, p. 07) considera os direitos da personalidade como inerentes ao ser humano, em assim sendo, ao Estado caberia tão-somente reconhecê-los e sancioná-los. Para este autor, que é adepto ao jusnaturalismo, ao Estado competiria o reconhecimento desses direitos, uma vez que a consciência popular e o direito natural já os mostram. Tendo em vista que o direito antecederia o próprio Estado este autor (2001, p. 10) define esses direitos como sendo:

a) próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza como ente humano, como o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social), ou seja, em seu relacionamento com a sociedade.

Corroborando este entendimento está Frederico (1997, p. 06) que entende que são direitos inatos, “que se revela como um direito subjetivo a exercer os poderes que se contêm no conceito de personalidade”.

Outrossim, Pontes de Miranda (*apud* SZANIAWSKI, 2005, p. 225) considera esses direitos como sendo direito nato, pois nasce juntamente com o indivíduo. Ademais disso, entende que estes direitos estão dentro da modalidade de direito subjetivo, uma vez que consistem em exercer os poderes contidos no conceito de personalidade.

No entanto, Tepedino (2001, p. 48) rebate esta concepção, uma vez que se busca a realização plena da dignidade da pessoa humana não há como se conceber que a tutela jurídica seja setorizada tampouco que haja tipificação previamente estipulada.

Amaral (2003, p. 256) preleciona que o desenvolvimento da tutela dos direitos subjetivos ocorreu a partir do Renascimento e do Humanismo, do séc. XVI e do Iluminismo nos sécs. XII e XVIII, pois a partir disso é que se passou a reconhecer o indivíduo como valor central do sistema jurídico, admitindo-se a pessoa humana como sendo objeto desses direitos.

Ocorre que, direitos da personalidade são vistos como direitos subjetivos, pois “conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade” (AMARAL, 2003, p. 250). Embora haja objeção em relação a essa concepção, tendo em vista que os direitos subjetivos tinham como objetivo a proteção dos direitos patrimoniais, como a propriedade (DONEDA In:

TEPEDINO, 2003, P. 35). É salutar citar a explicação de Doneda (In: TEPEDINO, 2003, P. 35), vejamos:

A identificação dos direitos da personalidade com os direitos subjetivos e, portanto, com uma técnica de tutela característica dos direitos patrimoniais, continua presente no espírito da nova legislação. Esta tutela, que vem à luz essencialmente nos momentos patológicos, não enfatiza a potencial função da personalidade no binômio dano-reparação. Abre-se mão, portanto, de avançar no sentido de uma tutela integrada da personalidade com todo o cuidado e decisão que seriam devidos.

Caldas (1997, p. 48) aponta que a estrutura dos direitos subjetivos é composta de três elementos fundamentais, vejamos como é definido cada um deles:

O sujeito é o titular do direito, aquele a quem a ordem jurídica assegura a faculdade de agir na direção da satisfação de um interesse em relação a um bem da vida; o objeto, a utilidade, o bem da vida ou o bem jurídico sobre o qual o sujeito, em ato de vontade, exerce o poder assegurado pela ordem jurídica para a satisfação do seu interesse; e finalmente, a relação jurídica, traduzida no vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito, valendo lembrar, como já dito, que a relação jurídica não vincula diretamente o bem ao sujeito, mas, sempre e necessariamente, perante um outro sujeito (sujeito passivo), que subordina –a tanto obrigado -, seu interesse ao interesse do titular (sujeito ativo), claro porque o caráter atributivo do direito consiste precisamente em que a imposição de um dever e a atribuição de um direito são o resultado de uma só proposição jurídica, pois direito e dever são duas caras de uma mesma realidade (CALDAS, 1997, p. 48).

Ademais disso, destaca Caldas (1997, p. 48) que se faz necessário à pessoa em relação a qual se exerce o poder para que, então, este direito seja considerado como um direito subjetivo, deve haver o sujeito passivo. Dessa forma, está configurado o direito subjetivo, tendo em vista que se trata de direitos absolutos que podem ser exercidos *erga omnes*, ou seja, há um sujeito passivo universal que pode vir a ser determinado.

Convém destacar que Szaniawski está entre os que entendem que os direitos da personalidade são direitos subjetivos:

A personalidade humana consiste no conjunto de características da pessoa, sua parte mais intrínseca. Consoante afirmamos acima, a ordem jurídica tem por principal destinatário o ser humano, protegendo sua dignidade e garantindo-lhe o livre desenvolvimento da personalidade. Daí consistir o direito da personalidade em um direito subjetivo de categoria especial, de proteção e de respeito a todo ser humano. (2005, p. 57).

Convém destacar também o entendimento de Beltrão (In: DELGADO; ALVES, 2004, p. 451) que os direitos da personalidade podem ser definidos como uma categoria especial de direitos subjetivos que têm fundamento na dignidade da pessoa humana.

Nota-se que o Código Civil de 2002 está repleto de cláusulas gerais, a utilização dessas cláusulas abertas é considerada uma técnica legislativa, que através dela se abrange um maior número de situações, sem a necessidade de se ter que modificar constantemente a legislação. Esta técnica legislativa se mostra mais viável, pois faz uso de uma linguagem vaga e de conceitos indeterminados que poderão ser preenchidos conforme o evoluir da sociedade. Entretanto, convém mencionar que esta técnica já vinha sendo utilizada no Brasil na Constituição de 1988, em legislações esparsas, bem como em outros países com maior intensidade, mas o Código Civil veio a consolidar a utilização desta técnica legislativa.

As cláusulas gerais facilitam a interpretação e a aplicação desses direitos, tendo em vista que o Direito evolui e a interpretação das cláusulas gerais em consonância com a Constituição da República facilita esta evolução, pois não deixa o direito amarrado e engessado.

Tendo em vista que na Constituição da República não tem uma cláusula geral da personalidade, que facilitaria a aplicação dos direitos da personalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, inc. III, é visto como a cláusula geral dos direitos da personalidade. Este princípio é fundamental ao sistema jurídico, pois serve de base para a aplicação dos direitos da personalidade.

Como bem observa Szaniawski (2005, p. 136-137), se no ordenamento houvesse uma cláusula expressa para a tutela da personalidade garantindo o livre desenvolvimento da personalidade em conjunto com a proteção da dignidade poria

fim às discussões se há ou não um direito geral de personalidade no sistema brasileiro. Este autor conclui que:

O constituinte de 1988 incluiu as categorias direito à vida, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, ao segredo e ao direito de resposta, entre outros, como categorias de direito especiais de personalidade. No entanto, não se pode negar que nossa Constituição em vigor não tenha absorvido a doutrina do *direito geral de personalidade*, adotando-se em seu Título I, concernente aos princípios fundamentais do Estado brasileiro, protegendo a *dignidade* humana e a prevalência dos direitos fundamentais do homem garantindo-os. Consoante será constatado, o ordenamento jurídico brasileiro, no tocante à tutela da personalidade humana, adotou um sistema de proteção misto. O direito brasileiro traz um sistema geral de proteção da personalidade, ao lado dos direitos especiais de personalidade tipificados na Magna Carta, que convivem e atuam harmonicamente, como será visto a seguir (SZANIAWSKI, 2005, p. 136-137).

Gustavo Tepedino (2001, p. 50) entende que a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e o §2º, do art. 5º, constantes na constituição são cláusulas gerais de tutela e promoção da pessoa humana, uma vez que abrangem direitos e garantias que ainda que não estejam expressos no ordenamento decorram dos princípios constitucionais.

É salutar destacar o que assevera Doneda (In: TEPEDINO, 2003, p. 46) acerca da cláusula geral da personalidade:

A posição da cidadania e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República (Constituição Federal, art. 1º, II e III), juntamente com as garantias de igualdade material (art.3º, III) e formal (art. 5º), “condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte” e marcam a presença, em nosso ordenamento, de uma *cláusula geral da personalidade*. Tal cláusula geral representa o ponto de referência para todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo com decisão a prioridade a ser dada à pessoa humana, que é “o valor fundamental do ordenamento, e está na base uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz incessantemente mutável exigência de tutela”.

Atualmente, o Direito está mais voltado para o ser humano, sendo este o centro do ordenamento jurídico. Deixa-se o Direito de ser patrimonialista e individualista, o que se denomina a repersonalização do direito civil. Em razão disso Fachin (2003, p. 218) assevera que:

O Direito Civil deve, com efeito ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua raiz antropocêntrica não para repor a cena do individualismo do século XVIII, nem para retornar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para afastar o tecnicismo e do neutralismo. O labor dessa artesanaria de “repersonalização” e “reetização” leva em conta um sistema aberto e rente à vida, como afirmou o professor Orlando de Carvalho.

Embora no Código Civil de 1916 não houvesse um capítulo específico para tutela dos direitos da personalidade como há no Código de 2002, esses direitos eram tutelados, de forma esparsa no Código, por exemplo, o artigo 1538 do antigo Código que previa a indenização por lesão a integridade física e psicológica e o art. 671, § único tratava do sigilo da correspondência. O Código Penal também tutela alguns direitos da personalidade como a honra, a integridade física e liberdade, por exemplo. Por sua vez as leis esparsas também tratam desses direitos, como, por exemplo, o Código Brasileiro de Telecomunicações (lei nº. 4.117/62) e a lei sobre os crimes contra o serviço postal (lei nº. 6.538/78). Assim sendo, verifica-se que os direitos da personalidade são tutelados em várias áreas do direito como no âmbito Constitucional, Civil e Penal.

Segundo Doneda (In: TEPEDINO, 2003, p. 35) o fato de que na parte geral do Código Civil constar os direitos da personalidade reflete uma mudança paradigmática, uma vez que se reconhece como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana. Haja vista que o Código Civil de 1916 foi concebido numa época em que o ordenamento estava voltado para o ter e não ser, era individualista e patrimonialista, o qual refletia a realidade da época em que a classe burguesa estava em ascensão e buscava a liberdade de contratar. Sendo estes os objetivos dos códigos da época que foram influenciados pelo Código de Napoleão. Mello (In: SARLET, 2003, p. 98) resume muito bem essa realidade:

O direito civil liberal ergueu-se como o estatuto jurídico de um modelo exclusivo e excludente de homem, o proprietário burguês. A felicidade

desse homem estava em um negócio seguro e em bens protegidos. O homem do direito privado contemporâneo é uma multiplicidade de modelos e de alternativas de vida que, como registrou Hesse, busca sua plena realização no espaço reservado da sua privacidade tanto quanto na comunicação e no intercâmbio de idéias e ideais e experiências da vida comunitária, e que expõe e tem exposta permanente a sua subjetividade na objetividade na objetividade das relações sociais. Mas a subjetividade do homem é frágil, e é essa fragilidade que reclama a ação do direito.

Os direitos da personalidade estão entre os primeiros direitos adquiridos pela pessoa. Desse modo, esses direitos podem ser resumidos como o “conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade” (SZANIAWSKI, 2005, p. 70).

Adriano De Cupis (2004) não admite que os direitos da personalidade sejam inerentes a pessoa, não obstante os considera inerentes no sentido de que basta ser pessoa para ter direito a eles. Para Perlingieri (apud MELLO In: SARLET, 2003, p. 87) a personalidade não seria um direito, mas um valor que embasa uma série aberta de situações existenciais, fator que exige uma proteção jurídica dinâmica e elástica da personalidade como valor. Tendo em vista que não há como prevê-los exhaustivamente, além disso, a personalidade é considerada um valor unitário.

Em razão disso o §2º, do art. 5º, da CF, que dispõe que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado ou pelos tratados internacionais, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e os direitos fundamentais presentes na Constituição darão respaldo para o reconhecimento e a tutela daqueles direitos essenciais ao ser humano que não estejam expressamente presentes no ordenamento jurídico (SZANIAWSKI, 2005, p. 563).

Vejamos como Orlando Gomes (apud Doneda In: TEPEDINO, 2003, p. 41) define os direitos da personalidade:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a emitente dignidade da pessoa humana, preservando-as dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

Bittar (2001, p. 31) sustenta que os direitos da personalidade representam o *jura in se ipsum*, pois se referem à própria pessoa, tem como objeto os seus atributos substanciais e são o fundamento essencial do próprio ser. Por outro lado Podestá (1999, p. 199) afirma que esses direitos sustentam a própria sedimentação axiológica do homem que deve encontrar a sua existência a própria razão de ser.

Enquanto Caldas (1997, p. 45) define os direitos da personalidade como sendo aqueles direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas, que caracteriza certas qualidades e atividades do sujeito.

Segundo preleciona Beltrão (In: DELGADO, 2004, p. 451) os direitos da personalidade são tidos como “direitos inatos por se tratarem de direitos essenciais e naturais à pessoa humana que remetem a sua existência ao mesmo momento e ao mesmo fato da existência da própria pessoa”.

Tepedino (2004, p. 42) critica a concepção de que esses direitos seriam inatos, apesar de reconhecer que a princípio se tinha essa visão ante as teorias jusnaturalistas que tinha como objetivo proteger o homem contra o poder público. Diante disso, esses direitos eram tidos como inatos invulneráveis frente ao arbítrio do Estado-legislador. Ressalta, ainda que, não se pode dizer que são inatos e que a partir da consciência universal o ordenamento jurídico apenas os reconheceria, haja vista que em nome da vida e da liberdade já se cometeu muitas atrocidades. Dessa forma, “a consolidação do estado social de direito, pode constituir em uma sólida garantia da promoção da pessoa humana” ao combater as desigualdades, costumes

retrógrados e hegemonias econômicas (TEPEDINO, 2001, p. 43). Diante disso, conclui que:

À vista de tais considerações, parece possível considerar os chamados direitos da personalidade como inatos unicamente pelo fato de nascerem juntamente com a pessoa humana, segundo a disciplina do direito positivo, despidos assim de qualquer conotação jusnaturalista. Neste diapasão, todos os direitos inatos são direitos da personalidade, embora nem todos os direitos da personalidade sejam inatos (ex., direito moral do autor, cuja existência pressupõe a criação intelectual) (Tepedino, 2001, p. 44).

Por outro lado, José Afonso da Silva (2004, p. 181) sustenta que estes direitos são históricos como qualquer direito, esta característica faz com que seja afastada a fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas. Em assim sendo, estes direitos surgiram a partir da revolução burguesa e evoluíram no decorrer dos tempos.

Denota-se que não há unanimidade em dizer se esses direitos são inatos ou não, mas o que parece prevalecer é a sua tutela a partir e em razão da dignidade da pessoa humana, uma vez que o objetivo e o fim do Estado é a promoção da pessoa.

Com as novas tecnologias intensificaram a necessidade de proteção dos direitos da personalidade, haja vista que estes direitos são de fundamental importância para o ser humano. Nesse sentido:

O fato de que os direitos da personalidade estejam entre os mais antigos e importantes direitos fundamentais, e, portanto, constituam temática jusconstitucional, e ao mesmo tempo estejam a consolidar-se como classe de direitos subjetivos privados, assentados no direito civil, revela o caráter dúplice do instituto. As diversas manifestações da personalidade humana, que são tuteladas por meio de direitos fundamentais, merecem proteção tanto no âmbito das relações que envolvem exclusivamente particulares (MELLO In; SARLET, 2003, p. 83).

Tinha-se a concepção de que os direitos da personalidade eram absolutos e indisponíveis, todavia, atualmente, se entende que eles podem ser relativizados e em alguns casos, pois o seu titular pode vir a dispor deles em parte por tempo

determinado, a título gratuito e oneroso. No entanto, essas particularidades serão analisadas no próximo item.

1.3 Características dos Direitos da Personalidade

Os artigos 11 e 12 do CC/02 tratam respectivamente da natureza e da tutela dos direitos da personalidade. Denota-se que o artigo 11 do CC/02 traz algumas das suas características, mas não de forma exaustiva.

Os direitos da personalidade têm como características a universalidade, o seu caráter absoluto, com eficácia *erga omnes*, extrapatrimonialidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, imprescritíveis, inexpropriáveis entre outras características.

Todas as pessoas têm os seus direitos da personalidade resguardados e tutelados, por isso, se diz que eles são universais, nesse sentido:

Os direitos da personalidade respondem justamente a aspectos da natureza humana que se caracterizam pela identidade na diferença e pela universalidade na variedade, ou, para utilizar a plástica expressão de Miguel Reale, que constituíram em *invariantes axiológicas* da natureza humana, resultantes de fatores naturais, históricos e culturais que se estabilizaram como valores éticos perenes da pessoa humana como gênero, e que a nenhum indivíduo podem ser negados (MELLO In: SARLET, 2003, p. 91).

Por serem direitos absolutos têm efeito *erga omnes*. Este efeito faz com que esses direitos possam ser opostos tanto a particulares quanto frente ao Estado. Não obstante a natureza desses direito seja absoluta não quer dizer que os mesmos sejam ilimitados. Eles são absolutos na medida em que são impostos contra todos independentemente de haver uma relação jurídica anterior. Caso haja a colisão desses direitos será feita a ponderação, em razão disso, eles não são suprimidos mas limitados. Devido a isso, Mello (In: SARLET, 2003, p. 92) esclarece que:

Com efeito, os estudos sobre direitos fundamentais revelaram que não é possível sustentar um caráter absoluto para essa categoria de direitos. Eles necessariamente se conjugam e se limitam reciprocamente, e portanto são sempre relativos, ainda que alguns possam aproximar-se de um nível absoluto, como direito à vida. Essa característica é assinalada por Hesse: diferentemente do que acontece nas relações dos indivíduos contra o Estado, em que apenas uma das partes goza da proteção de direitos fundamentais, nos conflitos entre particulares *todos* os interessados são titulares de direitos fundamentais, razão por que nas relações jurídico-privadas ordinariamente se produzirá uma colisão de direitos fundamentais, cuja solução dependerá de um equilíbrio ou da ponderação dos direitos em conflito, conforme a metódica desenvolvida no direito constitucional. Por conseqüência, a articulação entre esses direitos remete *sempre* a uma ponderação dos bens, valores e interesses que, tutelados por eles, se encontram em situação de confronto em circunstância concretas (MELLO In: SARLET, 2003, p. 92).

Esses direitos são considerados extrapatrimoniais porque têm como objeto um valor, um bem ou interesse ligado a subjetividade da pessoa, não obstante reparação possa ser feita economicamente. São extrapatrimoniais, pois dizem respeito a “*um modo de ser físico ou moral da pessoa*”, por conseguinte, não tem uma utilidade imediata de ordem econômica” (DE CUPIS, 2004, p. 36).

Eles são também indisponíveis, conseqüentemente são irrenunciáveis, imprescritíveis e intransmissíveis. Embora se deva ressaltar que o titular desses direitos possa dispor deles em alguns casos. Como, por exemplo, na doação de órgão por motivos humanitários desde que não ocasione a morte do doador e nos contratos de cessão de imagem feitos por tempo determinado.

São também imprescritíveis haja vista que o seu titular pode buscar a sua tutela a qualquer tempo quando violados. A imprescritibilidade desses bens garante ao seu titular que este direito não se convalesça com o perecimento da pretensão indenizatória (TEPEDINO, 2001, p. 34).

Em relação às características mencionadas convém ressaltar que:

Pelo que respeita aos direitos da personalidade, além de intransmissíveis, são irrenunciáveis devido ao ser caráter de “essencialidade”. De fato, qualquer valor concreto seria subtraído à personalidade jurídica, se fosse

consentido à pessoa pôr fim a tais direito por ato de vontade. Na verdade, a personalidade jurídica não pode ser esvaziada, por ato de renúncia, da parte mais importante do próprio conteúdo, pois que a norma jurídica, ao atribuir os direitos da personalidade, tem caráter de norma de ordem pública, irrevogável (DE CUPIS, 2004, p. 59).

Caldas ressalta que há diferença entre a inalienabilidade e a indisponibilidade, vejamos:

A doutrina aponta que a inalienabilidade se objetiva e, portanto, repousa no objeto enquanto a indisponibilidade subjetiva-se, está no sujeito. Como quer que seja, o inalienável é indisponível em seu conceito mais absoluto. E o direito de personalidade, seja qual for a forma assumida, é inalienável, o que implica a indisponibilidade. Na verdade, o direito só é disponível para o titular até o limite de possibilidade de sua usufruição, nada mais do que isso, não se podendo perder de vista, ainda, o seu caráter de essencialidade como acima pontuado (CALDAS, 1997, P. 11).

A Constituição da República no artigo 5º, no inciso X, estabelece que são invioláveis a intimidade e a vida privada. Alguns autores sustentam que não há diferença entre esses direitos. Contudo, tanto a Constituição traz a denominação privacidade, intimidade, vida privada como no novo Código Civil no art. 20. Logo, se vislumbra que há diferença entre esses direitos. Em razão disso, passa-se a analisar no próximo capítulo alguns dos direitos de personalidade que tenham relevância para o desenvolvimento deste trabalho.

2. Distinções entre os direitos à intimidade, à vida privada, ao segredo e à informação

Nota-se que, primeiramente, os direitos da personalidade ingressaram no ordenamento jurídico com o objetivo de conter os abusos dos Estados absolutistas, totalitários, posteriormente para conter os abusos dos particulares. Atualmente, as novas tecnologias passaram, com mais intensidade, a tomar espaço como sendo as principais causadoras da violação desses direitos. As violações dos direitos feitas através da tecnologia pode se dar por ações do governo ou de particulares. Mas como bem pondera Paesani (2000, p. 51):

Hoje, não é o governo que ameaça a privacidade – é o comércio pela *Internet*. A Web transformou-se num mercado e, nesse processo, fez a privacidade passar de um direito a uma *commodity*. O *poder informático* indica não só a possibilidade de acumular informações em quantidade ilimitada sobre a vida de cada indivíduo, isto é, suas condições físicas, mentais, econômicas ou suas opiniões religiosas e políticas, mas também de confrontar, agregar, rejeitar e comunicar as informações assim obtidas.

Antes de se analisar como pode ocorrer a violação dos direitos de personalidade se faz necessária examinar as distinções entre os direitos à intimidade, à vida privada, ao segredo e à informação.

Farias (1996, p. 111) ensina que o direito à intimidade surgiu com o advento das sociedades industriais modernas, haja vista que se passou a exigir proteção deste direito quando a classe burguesa se universalizou como classe social, ocorreu o avanço tecnológico e aumentou-se a possibilidade de violação do referido direito.

Caldas (1997, p. 30) está entre os autores que entendem que o direito à intimidade pode ser denominado de vida privada, direito à vida íntima ou privada como se fossem sinônimos. Este autor considera a intimidade como sendo a parte da vida que pode ser escamoteada a todos e que de todos podem exigir uma

distância, uma não intrusão. Quanto a esse direito Caldas (1997, p. 30) assevera que:

Percebe-se, assim, que a vida da pessoa compreende um terreno de coordenadas mais, dilargadas, onde terei cabida um espaço a todos, ou quase todos, assoalhado, na medida dos legítimos interesses, que permitisse a alguém tomar conhecimento, e, até privar de alguns aspectos ou formas de manifestação da vida pessoal sob consideração no complexo de relações ensejado pela vida em sociedade. Existindo um espaço da existência da pessoa aberto à visitação da curiosidade alheia, ou, mesmo à atuação de terceiros, existirá também um espaço reservado e interdito à atuação e curiosidade alheias, onde se alberga a vida íntima de alguém.

Ao direito a intimidade Podestá (1999, p. 206) infere o seguinte conceito a este direito:

Pelo aspecto conceitual, o direito à intimidade entende-se como a faculdade imanente de todo ser humano permanecer recolhido ao seu próprio interior, vale dizer o direito de manter-se afastado da esfera indiscreta e impedir a divulgação ou publicidade de atos ou fatos referentes a sua reserva pessoal. O seu conteúdo é a própria faculdade de impor aos outros o respeito ao seu campo individual e resistir à violação injustificada em situações que só lhe dizem respeito.

Por outro lado, Santos (2001, p. 173) conceitua a intimidade da seguinte forma:

É o direito que toda pessoa tem de deixar distante da esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, hoje em dia tão necessário, segundo a pauta de nossa cultura extremamente curiosa em descortinar a vida alheia. A manutenção da intimidade é necessária para que se tenha mínima qualidade de vida, como ensina Pugliese.

Vale lembrar que “todo indivíduo desenvolve parcialmente a sua vida em circunstâncias e em ambiente subtraído ao exame de terceiros, e esta é a esfera íntima da sua vida privada” (DE CUPIS, 2004, p. 141).

Não obstante haja autores que utilizam o termo vida privada como sinônimo do direito à intimidade, há diferença entre esses termos, como bem observa Farias (1996, p. 118) “a locução vida privada *stricto sensu* significa apenas uma das esferas da intimidade”.

A vida privada pode ser entendida como sendo (SZANIAWSKI, 2005, p. 291) o “direito que cada um tem de assegurar a paz, a tranqüilidade de uma parte de sua vida, a parte que não está consagrada a uma atividade pública”. Convém destacar:

(...) como pontua De Cupis, esse direito se reveste “das conotações fundamentais do direito de personalidade, devendo-se enfatizar a sua condição de direito negativo, ou seja, expresso exatamente pela não exposição ao conhecimento de terceiros elementos particulares da esfera reservada do titular (DE CUPIS apud CALDAS, 1997, p. 45-46).

Segundo Caldas (1997, p. 32) “a privacidade busca distanciar certos aspectos da vida da pessoa do escrutínio público”.

O direito à privacidade, por abranger todas as situações nas quais há uma exposição abusiva da personalidade, não é condicionado ao fato desta exposição resultar nos requisitos legais de “atingirem a boa fama ou a respeitabilidade, ou de se destinarem-se a fins comerciais” (Doneda In: TEPEDINO, 2003, p. 35).

Constitui-se a privacidade em três esferas, segundo Lisboa (In: LUCCA, 2000, p. 471):

- a) a *pública*, referente aos dados tornados públicos pelo seu titular;
- b) a *privada*, alusiva aos dados não sensíveis da pessoa; e
- c) a *íntima*, sobre os dados sensíveis, isto é, as convicções pessoais em geral, que guardam estrita relação com o direito à liberdade de pensamento.

Pode-se dizer, portanto, que a vida íntima abrange a intimidade que abrange o que há de mais íntimo da pessoa, que não compartilha nem com as pessoas mais próximas, como a família e amigos. Assim sendo, a diferença entre intimidade e a vida privada podem ser resumidas da seguinte forma:

A intimidade afeta ao mais interno e indisponível do ser humano, o próprio da intimidade não é a ausência de conhecimento do que ao indivíduo lhe acontece, mas a essencialidade em relação à pessoa se com o direito à intimidade é amparado o modo de ser e atuar de cada sujeito, que lhe é mais próximo e que tão-só ele conhece, com a vida privada se salvaguarda de modo voluntário aquilo que o indivíduo considera que não tem obrigação de publicar e pôr ao alcance do conhecimento dos demais. Se o próprio da vida privada é seu caráter de segredo ou reservado, o que caracteriza a intimidade é que incide no mais interno e pessoal de cada indivíduo. Em resumo, a expressão vida privada faz referência a uma esfera de retiro e isolamento, ao âmbito donde os demais deixam em paz o sujeito, com tranqüilidade para atuar e, donde não tem direito a imiscuir-se. A intimidade se refere ao interior do indivíduo, a um mundo próprio fora dos olhos dos

demais, se trata da esfera mais sagrada da pessoa (ORTIZ apud SANTOS, 2001, p. 179-180).

Quanto ao direito ao segredo De Cupis (2004, p. 158) assevera que:

O direito ao segredo constitui um aspecto particular do direito ao resguardo: Certas manifestações da pessoa destinam-se à conservação e completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, isto é, secretas; não é apenas ilícito o divulgar tais manifestações, mas também o tomar conhecimento, e o revelá-las, não importa a quantas pessoas.

O direito a intimidade e o direito ao segredo podem ser distinguidos da seguinte forma:

O primeiro, como modo de preservação do segredo da vida privada de alguém contra terceiros, evitando que tomem conhecimento do mesmo. O segundo grau, objetiva impossibilitar a terceiros de divulgar o segredo cujo conhecimento obtiveram, independentemente de sua obtenção ter sido lícita ou ilícita (CONTAMINE-RAYNAUD apud SZANIAWSKI , 2005, p. 293).

Corroborando este entendimento Pontes de Miranda (apud SZANIAWSKI, 2005, p. 299) também aponta a existência de diferença entre o direito à intimidade e o direito ao segredo, vejamos:

O primeiro consiste no direito que o indivíduo possui de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos de outrem, enquanto que o segundo, é o direito de alguém de se opor a que terceiros divulguem algum acontecimento sobre sua pessoa de que tenham eventualmente tomado ciência.

Por sua vez, Santos (2001, p. 174) apresenta mais uma diferenciação entre o direito ao segredo e a reserva, vejamos:

A noção de reserva está vinculada ao desviar-se da difusão pública de fatos da vida privada. Já no segredo, deve ser proibido o abusivo conhecimento, por parte de terceiros, da vida privada alheia e das comunicações sobre fatos que a pessoa quer poupar do conhecimento público.

Vale destacar que direito ao segredo deve ser respeitado tanto pelos provedores de Internet quanto por aqueles que têm de alguma forma lícita acesso as informações dos usuários.

O direito ao resguardo tem como objetivo a proteção da pessoa contra o indivíduo a intrusão ou divulgação da vida pessoal e familiar, em assim sendo:

O direito ao resguardo visa proteger a privacidade do indivíduo, impedindo que terceiros venham a conhecer aspectos secretos e íntimos de sua vida privada e familiar através da simples observação, espionagem, ou pela atuação ilícita da imprensa falada ou escrita que divulgue ao público esses segredos (SZANIAWSKI , 2005, p. 223).

O direito ao resguardo é definido por De Cupis (2004, p. 2004) “como sendo o modo de ser da pessoa, que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere somente a ela”. É salutar destacar como Szaniawski (2005, p. 300) explícita a diferenças desses direitos:

Os partidários da subtipificação do direito ao respeito à vida privada em direito à *intimidade* e em direito ao *segredo*, conceituam o primeiro como direito que a pessoa possui de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente a vista e dos ouvidos dos outros, enquanto que o direito ao *segredo* consiste na não-divulgação de determinados fatos da vida de alguém cujo conhecimento foi obtido licitamente. O segredo da vida privada ou sigilo consiste na *liberdade de não emitir pensamento para todos ou além de certas pessoas*.

Por outro lado, CAVERO (apud GUERRA, 1999, p. 46) faz a seguinte diferenciação entre privacidade e intimidade:

privacidade que tem em conta a esfera da vida individual nucleada na ausência do público, ou seja, na esfera de comodidade onde as relações sociais exteriores ao núcleo familiar permanecem resguardadas, ou, seja em melhor expressão confinadas no próprio núcleo familiar, repugnando qualquer intromissão alheia. Outra, intimidade, ainda mais restrito que o de privacidade, que tem em vista exatamente essa interpessoalidade da vida privada.

Guerra (1999, p. 47) conclui que a intimidade é o espaço impenetrável, intransponível, indevassável e que, portanto, diz respeito única e exclusivamente a pessoa, como as suas recordações pessoais, memórias, diários entre outras coisas. Enquanto a privacidade ou vida privada seriam aquelas particularidades no tocante a família da pessoa, as lembranças da família etc. No caso da privacidade, esta poderia ser compartilhada com terceiros. Por fim este autor arremata que a vida privada como sendo:

à luz da Constituição Federal de 1988, é o conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a sua própria vida. Consistente, ainda na faculdade que cada indivíduo tem de obstar à intromissão de estranhos na

sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso à informação sobre a privacidade de cada um, e também que sejam divulgadas informações sobre esta área de manifestação existencial do ser humano (GUERRA, 1999, p. 47-48).

Muito embora não seja a doutrina unânime de que haja distinção entre esses direitos convém observar que pode “ocorrer a violação de um dos tipos, sem a ocorrência da violação do outro, ou poder ocorrer a violação de ambos conjuntamente” (SZANIAWSKI, 2005, p. 300). Outrossim, porque “a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior” (SANTOS, 2001, p. 177).

Com relação ao direito à informação, este direito também tem relevância ao tema, uma vez que deve ser assegurado ao consumidor quando este passa a integrar algum banco de dados. O direito à informação está assegurado na Constituição, no art. 5º, nos incisos XIV e XXXII. O direito à informação se mostra relevante quando:

as informações qualifiquem as pessoas em sua identidade, por seu caráter personalíssimo. Transparece por intermédio dessas informações, “o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa formando ou *constituindo* um indivíduo que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro”, ou seja retrata a sua personalidade.

Efing (2002, p. 55) adverte que há três interpretações que podem ser feitas sobre o direito de informação, vejamos:

A primeira deve ser entendida como o direito de os cidadãos serem informados adequadamente acerca de quaisquer fatos, tanto aqueles que lhes digam respeito quanto aqueles de seu interesse. A segunda interpretação exprime a liberdade do indivíduo à procura de informações sem impedimentos. Finalmente a última interpretação corresponde ao direito de o cidadão difundir informações livremente.

Conforme acentua (PAESANI, 2000, p. 48) “o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação”. O art. 6º, III, do CDC também garante o direito à informação aos consumidores. Portanto, o direito à informação não pode acarretar “na violação do direito à intimidade, em qualquer dos seus aspectos (atos

da vida pessoal que não devem ser expostos ao público e a convicção pessoal não exteriorizada)” (LISBOA In: LUCCA, 2000, p. 469).

Convém salientar que algumas vezes ao longo deste trabalho será utilizado o termo privacidade ao se tratar das violações a esses direitos através dos bancos de dados da Internet, por ser um termo mais amplo. Até porque somente através da análise do caso concreto para saber qual direito de personalidade foi violado, pois como foi observado, há, sim, diferença entre o direito a intimidade, a vida privada, ao segredo. Não se pode olvidar que a agressão a esses direitos atinge diretamente a dignidade da pessoa humana.

2.1 Como se formam os bancos de dados na Internet

Há muito tempo se debate acerca da violação dos direitos fundamentais decorrentes da má utilização das tecnologias. Ainda, busca-se dar uma proteção mais efetiva a esses direitos que são tão importantes para o desenvolvimento da pessoa.

Nota-se que desde a Conferência Internacional dos Direitos do Homem, de Teerã, realizada em maio de 1968, tenta-se criar mecanismos de proteção aos direitos fundamentais. As propostas trazidas em decorrência desta conferência, as quais foram analisadas em 1970, trouxe a proposta de elaboração de uma “legislação que viesse a controlar e coibir os meios técnicos de intervenção na esfera privada das pessoas” que seria adota pelos diversos países (SZANIAWSKI, 2005, p. 51).

Com o advento da internet possibilitou e facilitou-se, ainda mais, a formação dos bancos de dados, dessa forma, os direitos de personalidade tornam-se mais

vulneráveis a agressões. Em virtude da facilidade de armazenamento e cruzamentos de dados relativos as pessoas adquiridos via internet enquanto se navega. Contudo, como lembra Doneda (In: TEPEDINO, 2000, P. 116):

O hábito de coletar informações sobre cidadãos há muito era conhecido do Estado. Antes dele, a Igreja organizou durante séculos registros sobre as populações de determinados locais, tarefa que passou a ser realizada pelo Estado quando os meios tornam-na possível e a questão passou a ser determinante para definir estratégias de desenvolvimento. O cidadão pôde se beneficiar disso ao obter certidões e documentos da administração pública com maior presteza, assim como os governos puderam ter uma noção mais exata das necessidades da população.

A Internet teve origem a partir do desenvolvimento de um programa militar norte-americano a fim de atender as demandas do Departamento de Defesa dos Estados Unidos financiado pelo *Reserch Projects Agency* (ARPA). Tinha-se como “objetivo possibilitar a comunicação e a transferência de dados entre seus usuários através de canais redundantes, de forma a garantir o funcionamento do sistema mesmo na hipótese de destruição de partes da rede em uma eventual guerra” (LEONARDI, 2005, p. 02-03). Assim sendo, verifica-se que a princípio não se tinha o objetivo de utilizar a rede para fins comerciais. No fim dos anos 80 passou-se a chamar de ARPA-INTERNET e posteriormente INTERNET.

No Brasil o uso da Internet teve início com a Rede Nacional de Pesquisa (RNP), tendo sido iniciativa do Ministério da Ciência e Tecnologia que tinha como objetivo implementar uma infra-estrutura de serviços de internet que abrangesse todo o território. Ocorre que, até abril de 1995 a RNP restringia-se as áreas de interesse da comunidade de educação e pesquisa. Em maio deste mesmo ano iniciou-se a abertura da Internet para a sociedade brasileira. A partir disso, houve o incentivo para o surgimento dos provedores privados de serviço de Internet, evitando-se o monopólio neste setor (LEONARDI, 2005, p. 03).

Com o avanço da tecnologia cresce as formas de ataques aos direitos da personalidade e as violações tendem a crescer com o aumento dos usuários, que passam a ter acesso a esta tecnologia e ao valor das informações obtidas através da Internet. Dessa forma, verifica-se que:

Os meios financeiro e comercial foram os primeiros a se beneficiarem das novas possibilidades. Ao passarem a utilizar bancos de dados com informações sobre a situação econômica de clientes, criaram uma proteção contra maus pagadores, incentivando os mais fiéis. A informação se tornava uma nova mercadoria, com valor econômico e apreciável e vista como objeto de comércio (DONEDA In: TEPEDINO, 2000, p. 117).

Denota-se que os bancos de dados da internet têm o seu aspecto positivo e negativo para a sociedade. O lado positivo da internet pode ser descrito como a facilidade de acúmulo de informação, a sua busca rápida e a democratização das informações. Mas, a consequência disso é o mau uso da captação de dados e informações através do seu cruzamento e da comercialização.

No entanto, a preocupação decorrente da formação dos bancos de dados é em virtude da força que a informação tem e do poder que quem a detém pode exercer. Com bem destaca Dotti “na sugestiva lembrança de MICHEL CROZIN, ‘a informação não é neutra, a informação é poder’ (GARCIA MARQUES, *ob. cit.*, pág. 33). Diante disso, “constata-se, assim, que o progresso tecnológico da informação pode gerar efeitos positivos ou negativos: pode liberar o homem ou torná-lo escravo, pode enriquecê-lo ou aniquilá-lo” (PAESANI, 2000, p. 17).

Dotti na sua publicação de 1980 (p. 143), intitulada “A liberdade e o direito à intimidade”, que continua atual, já demonstrava a preocupação com o uso da informática e a violação dos direitos de personalidade, vejamos:

Modernamente – já dissemos a propósito do tema –, o respeito à privacidade envolve não só o direito de impedir a compilação de certos dados de natureza íntima que não podem ser levados a registro como, também, a possibilidade de corrigir informações inexatas, inoportunas ou desatualizadas, prevenindo a sua utilização abusiva. Esse controle tem como expressão fundamental o *direito ao acesso* de cada indivíduo

identificado, no que se refere ao conteúdo e à difusão dos dados, de molde a garantir uma adequada proteção das liberdades públicas em geral e da defesa da privacidade em particular (“O controle da informática”, RT, 518/265).

Tendo em vista que o direito à privacidade está entre os direitos que constituem o ser e, portanto, é um dos bens mais preciosos à pessoa (DE CUPIS, 2004, p. 31) não podem ser deixados a mercê da tecnologia e do poder. Em virtude disso, Dotti (1980, p. 143) salienta que:

Atuando em setores da Administração Pública e no domínio das organizações particulares (sistemas bancários, de seguros, na indústria e no comércio), também as entidades paraestadais se servem do poder deste importante mecanismo para devassar a intimidade.

Da forma semelhante Farias (1996, p. 17) manifesta que:

Atualmente em decorrência do acúmulo do poder econômico de que possam eventualmente dispor, indivíduos e empresas privadas não raramente violam os direitos fundamentais, fazendo com que esses direitos também sejam oponíveis àquelas pessoas.

Quanto a esta questão da informação *versus* poder Paesani (2000, p. 24) arremata:

A partir do momento que os meios de comunicação se tornam mais sofisticados e tecnologicamente mais avançados, os que têm maiores disponibilidades econômicas para promover o exercício de tais liberdades dispõem de oportunidades concretas para defender e divulgar o próprio pensamento. Portanto, torna-se necessária uma vigilância sobre as empresas da comunicação, para que esse novo poder de disposição da informação não se transforme em *poder de censura e arbítrio*. Esse alerta se aplica a todos os meios de comunicação de massa dos países de vocação democrática temerosos de permitir que se criem centros de poder em grau de condicionar opinião pública e, por isso mesmo, a vida democrática do país.

Da mesma forma, Podestá (In: LUCCA, 2000, p. 156) assevera que a utilização dessas informações representa uma faceta do poder, em virtude do direcionamento econômico que acarreta em dominação velada, uma vez que aniquila a capacidade de racionalização e de opção da pessoa.

Muitos autores denominam a atual fase vivenciada pela sociedade de sociedade de informação. Esta sociedade de informação pode ser descrita da seguinte forma:

A sociedade da informação situa-se num ponto de convergência da informática, das telecomunicações e do audiovisual, apoiando-se em objetos novos, como os produtos multimídia e as bases de dados eletrônicas e criou uma nova forma de circulação e distribuição de produtos e serviços mediante o fornecimento em linha. Sua origem foi propiciada por inovações tecnológicas que permitiram uma expansão vertiginosa da informação e sua disponibilização ao público das mais diferentes formas, com rapidez, quantidade e fidedignidade (MOTTA, 2005, p. 242).

Contudo, Drummond (2003, p.01) prefere denominar de sociedade tecnocomunicacional, uma vez que a facilidade de se comunicar não implica necessariamente em informar-se, visto que:

Tal circunstância ocorre por dois motivos. Num primeiro momento, não há que se falar em nova sociedade da informação uma vez que o que circula na rede Internet, bem como através de outras mídias e/ou modalidades de comunicação, não é essencialmente informação, mas sim, comunicação (DRUMMOND, 2003, p. 01-02).

Embora haja divergência se estamos vivenciando ou não uma verdadeira sociedade da informação é de certa forma irrelevante se aprofundar sobre isso neste trabalho, uma vez que o que interessa é saber quais dados podem ser coletados sem que haja ofensa aos direitos da personalidade, o que se pode ser feito em posse de tais dados, como se pode influenciar as pessoas para o consumo ou até mesmo restringir o crédito ou o acesso a certos serviços. Portanto, será analisado as informações que digam respeito à pessoa, ou seja, a sua privacidade a partir do seu cruzamento e da formação dos bancos de dados sem que a pessoa tenha conhecimento e acesso.

Contudo, convém ressaltar que os direitos fundamentais podem ser violados “em nome da boa administração da justiça, ou de manutenção da ordem pública, a

divulgação de escritos, a transmissão das palavras, ou a publicação, a exposição ou utilização da imagem de uma pessoa” (SZANIAWSKI, 2005, p. 362).

Assim sendo, a formação dos bancos de dados na Internet constituem a mais freqüente forma de violação dos direitos da privacidade. Constantemente estamos fornecendo dados sobre a nossa pessoa quando preenchemos cadastros, formulários, pois fornecemos nome, endereço, data de nascimento, números de documentos, sendo que estas informações também fazem parte da nossa personalidade. Como esclarece Drummond (2003, p. 30) a problemática começa no ponto em que os dados não estão mais isolados, mas, contextualizados.

No entanto, há certas informações repassadas que são consideradas corriqueiras e que a sua divulgação se dá pela necessidade de se viver em sociedade. Assim sendo, verifica-se que há dados pessoais que são considerados sensíveis e outros não. Pode ser citado como dados sensíveis “os de origem racial, opinião política, filosóficas ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.” (SILVA, 2004, p. 451). Da mesma forma Drummond (2003, p. 33) aponta como sendo dados sensíveis:

São dados relacionados à situação patrimonial e financeira, seja do próprio e de seu agregado familiar, estado de saúde, lembrando, outrossim, aqueles definidos também no art. 7º da Lei portuguesa, a saber: convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos.

Enquanto os dados não sensíveis são tidos como:

Aqueles mais facilmente susceptíveis ao tratamento, nome, sobrenome, data de nascimento, escolaridade, sexo, estado civil etc., os quais em um primeiro momento, não trazem em si extrema relevância no que se refere ao aspecto da privacidade do titular dos dados tratados (Drummond, 2003, p. 34).

Como adverte Carvalho (apud MARQUES, 2004, p. 185) “a ilegalidade desta prática de ‘afiliamento’ imposto é que dados sensíveis muitas vezes são exigidos e

podem ser ‘vendidos’ (por exemplo, como *mailing list*) ou usados (serem acessíveis a terceiros) sem a autorização do consumidor”.

Portanto, há também outras informações que a pessoa não quer que sejam divulgadas ou obtidas através da Internet que fazem parte da sua intimidade ou da sua vida privada. Ademais disso, esses direitos de personalidade por serem fundamentais ao desenvolvimento da pessoa e para a sua convivência em sociedade devem ser preservados diante das novas tecnologias. Assim sendo, como bem observa Efing (2002, p. 59):

A sociedade de consumo se curva diante do poder extraordinário alcançado pelos arquivos de dados pessoais, notadamente transformados de auxiliares do comércio a instrumentos indispensáveis à análise da possibilidade de concessão do crédito pretendido, sustentando a última palavra a ser seguida pelos fornecedores para tanto, não importando a veracidade e a abrangência do dado acusado. Além disso, invadem a privacidade do cidadão ao dispor indiscriminadamente de informações que dizem respeito somente a ele, podendo prejudicá-lo sobremaneira a divulgação destes dados sem o seu consentimento.

Muitas vezes os dados são coletados através do preenchimento de formulários que são requisitados em troca de algum produto ou por algum tipo de serviço “gratuito”. Dessa forma, verifica-se que captação de dados tem um custo muito barato para obtenção informações tão caras e preciosas, pois não precisarão contratar uma outra empresa ou fazer pesquisas de mercado com coleta de dados e ainda podem ter informações mais completas e detalhadas. Em razão disso, Santos (2001, p. 31-32) faz a seguinte observação:

A rede tem o pavoroso potencial de destruir a intimidade sem precedentes em outro meio de comunicação e de forma irrevogável e de difícil reparação. A maioria acredita que tem o direito de decidir qual informação pessoal deve ser divulgada, quem deve recebê-la e para quê. Aceitamos fornecer dados pessoais para o ingresso em determinados serviços da Rede imaginando que a informação será utilizada exclusivamente para o objetivo de que se trata e não poderá ser vendida a terceiros. E se a demanda por informação parece injustificada, sempre podemos dizer “não”. Por ausência de controle a rede pode tornar irrelevante esta faceta. À medida que vão aumentando as comunicações humanas, os negócios serão incrementados. Quantidades também maiores de informação

personais são despejadas na rede, tornando difícil a proteção à intimidade numa economia digital.

Os bancos de dados são formados principalmente por empresas com a finalidade de construir um perfil do consumidor. Ou, ainda, para fazer plano estratégico de vendas de colocação produtos no mercado e, ainda, para conceder ou não crédito ao consumidor. Acerca desse assunto merece destaque a observação de Doneda (In: TEPEDINO, 2000, p. 117-118):

Conforme já mencionado, a utilização de cadastros de consumidores hoje em dia é parte indissociável da atividade comercial, seja, por exemplo, na pesquisa de consumidores inadimplentes, seja no relacionamento com artigos e novos clientes, entre outras situações.

Corroborando este entendimento Shoueri (apud BEHRENS, 2005, p. 145) afirma que os bancos de dados são valiosos, haja vista que propicia a atuação certa, específica e personalizada dos fornecedores que alcançam os consumidores seja através de *e-mail* ou publicidade.

Essa atuação se mostra danosa, haja vista que atinge diretamente a privacidade dos usuários que têm o direito de ter fatos da sua intimidade e da sua vida privada resguardados de terceiros para que possam desenvolver a sua personalidade e conviver em sociedade, excetuando-se claro, aqueles “segredos” considerados ilícitos que não são resguardados pelo Direito. Em vista disso, pode-se dizer, então, o cruzamento e a captação de dados são ofensivos quando há obtenção dos dados sensíveis, assim denominado por Doneda (In: TEPEDINO, 2000, p. 118), vejamos:

A utilização de dados pessoais, em especial dos chamados dados “sensíveis” – histórico clínico, orientação religiosa, política e sexual, histórico trabalhista e outros – em bancos de dados informatizados tornou possível a descoberta de aspectos relevantes da intimidade dos cidadãos. Esta possibilidade cresce muito mais quando são utilizados os bancos de dados cruzados, ou seja, ao serem relacionados informações de diversos bancos de dados. Tal uso pode ter como objetivo o controle social operado por um Estado ou organizações totalitárias, ou mesmo fornecer indicativos de um futuro comportamento para um comerciante ou para um provável empregador. É evidente que isto implica em um atentado frontal à

privacidade individual, possível sem que se usem microfones nem câmeras, apenas recolhendo as informações que todo cidadão costuma revelar nas mais diversas ocasiões, como cadastro que faz em uma locadora de vídeos ou sua ficha em uma clínica médica.

Como já observado, essas informações captadas têm um valor econômico e decorrem da exteriorização da personalidade da pessoa que não podem ser utilizados de qualquer forma. Em assim sendo, deve-se ressaltar que:

O direito a privacidade ou à intimidade nada mais é do que projeção da dignidade da pessoa humana. Por ser digno, é necessário que um largo espaço em que prefira permanecer sozinho, sem a intromissão de terceiros. Esse reduto diz respeito à própria liberdade individual. Nem o Estado, muito menos outros indivíduos podem nele interferir. O desenvolvimento da individualidade pressupõe momentos interiorização, em que ninguém se intrometa no ser do homem (SANTOS, 2001, p. 166).

Por outro lado, Ribeiro (2002, p. 152) menciona que a caracterização do perfil do consumidor pode lhe trazer benefícios, tais como:

tratamento especializado, baseado em informações adrede daquele consumidor. O atendimento torna-se, então, muito mais dirigido e personalizado, possibilitando o tratamento de cada consumidor como sujeito único, merecedor de especial atenção. Em uma sociedade massificada, com atendimento generalizado e atenção individual dispensada ao consumidor próximo a zero, o tratamento personalizado retrata algo há muito perdido na sociedade de consumo.

Denota-se, portanto, que a pessoa tem o direito de gerenciar os seus dados captados. Por isso, Doneda (In: TEPEDINO, 2000, p. 119) assevera que a proteção da “privacidade não reside mais na garantia de isolamento e segredo, mas sim em uma perspectiva de amplo controle da circulação de informações pessoais”. Por conseguinte, se trata, agora no direito de se “controlar o uso que os outros fazem das informações que me digam respeito” Doneda (In: TEPEDINO, 2000, p. 119).

Paesani destaca que em razão dos riscos decorrentes da utilização da informática conduz ao reconhecimento do direito à “autodeterminação informática” ou a “privacidade informática”, vejamos:

As considerações sobre os riscos provenientes do uso da informática conduzem ao reconhecimento de um direito à “autodeterminação informática” ou à “privacidade informática”, que devem ser incluídos entre os

direitos fundamentais e contrabalançados entre os interesses do Estado (segurança interna ou internacional, polícia, justiça), e relevantes direitos individuais e coletivos, como, por exemplo: o direito de crônica ou, mais intensamente, o direito à saúde em sua dimensão coletiva, ou seja, a difusão coletiva, ou seja, a difusão da informação deverá tutelar a saúde da coletividade, mas não discriminar o indivíduo (PAESANI, 2000, p. 51).

Consoante neste entendimento Doneda (In: TEPEDINO, 2000, p. 129) expõe que há um novo direito ante a necessidade de se ter controle das informações pessoais em circulação denominado de “direito de autodeterminação informativa”. Tendo em vista “a esfera privada como um conjunto de ações, comportamentos, preferências, opiniões e comportamentos pessoais sobre os quais o interessado deseja manter um controle exclusivo” (DONEDA In: TEPEDINO, 2000, p. 129).

Há diferentes formas de captação de informações via Internet para a formação dos bancos de dados, como através dos *cookies*, *e-mails* gratuitos que são fornecidos em contraprestação às informações obtidas através de questionários preenchidos previamente. Nesse sentido Marques (2004, p. 184) afirma que:

No comércio eletrônico, existem novas técnicas de fidelização e cadastro de consumidores. Dentre as ainda consideradas “legais”, a que mais destaca é a exigência da informação de dados para acesso ao *site*. Os fornecedores alegam a necessidade de identificação do “consumidor/navegador”, mas a verdade é que estes dados têm hoje um valor econômico muito grande e vão alimentar o banco de dados do fornecedor, conclua ou não o contrato o consumidor.

Complementa esta a autora que embora se possa considerar legal esse tipo de atuação, deve-se aplicar as regras de proteção aos dados, vejamos:

A prática ainda é legal, mas os autores são unânimes ao afirmarem que as regras imperativas de proteção de dados devem ser aplicadas, porque o fornecedor que requerer qualquer dado do consumidor ou os receberem é responsável pela administração e manutenção do segredo quanto a estes dados e que dados sensíveis não devem ser requeridos (2004, p. 184).

Para ilustrar como isso pode ocorrer pode-se mencionar o caso da Mattel, nos Estados Unidos, que criou um jogo chamado “Coelho Malvado”, um CD-ROM educativo, no entanto, neste *software* havia um programa Broadcast que registrava quando a criança usava o jogo e enviava os dados coletados para o servidor desta

empresa (VASCONCELOS, 2004, p. 38). Dessa forma, a empresa tinha um cadastro que era constantemente atualizado com os dados das famílias que dispunham deste programa.

Pode-se citar também a Microsoft e a Intel que também já criam programas que para serem instalados nos computadores dos usuários, vejamos:

A Microsoft também introduziu em seu sistema Windows um programa batizado de *Registration Wizard*, que permite aos usuários gravar on-line, a fim de beneficiarem da garantia. Mas o sistema faz também, automaticamente, o inventário de todos os softwares instalados no computador, até eventuais programas pirateados, e transmite essas informações ao servidor da Microsoft. A Intel, que fabrica a maioria dos microprocessadores, gravou também em seu modelo Pentium III um número de matrícula que permite identificar todos os computadores a distância, o que evidentemente facilita traçar a pista dos usuários. A descoberta desses procedimentos provocou uma onda de indignação, e a Double Click, a Microsoft e Intel, como a Mattel, foram obrigadas a voltar atrás (VASCONCELOS, 2004, p. 40).

A par dessas informações acerca da violação dos direitos de personalidade através dos bancos de dados formados na internet e a que se destina, passa-se a analisar o que são os provedores, quais tipos existentes e as suas responsabilidades.

2.2 Provedores de serviço de Internet

Para que uma pessoa tenha acesso ao conteúdo da Internet se faz necessário um provedor que dê acesso à rede. Ademais disso, a distinção e a demonstração do que cada um destes provedores é essencial para que se possa a analisar a responsabilidade de cada um. Todavia, não há óbice para que um mesmo provedor possa oferecer vários tipos de serviço. Há provedores de acesso, de conteúdo ou informação, hospedeiros e os gratuitos.

Todavia, antes será abordada a atuação dos provedores de *backbone* que também são denominados de “espinha dorsal”, que pode ser considerado dentre os

provedores existentes aquele que representa a hierarquia a máxima (LEONARDI, 2005, p. 20). Devido a isto, o *backbone* “consiste na estruturas físicas pelas quais trafega a quase totalidade dos dados transmitidos através da Internet, e é usualmente composto de múltiplos cabos de fibra ótica de alta velocidade” (LEONARDI, 2005, p. 20). Santos resume o *backbone* da seguinte maneira:

O *backbone* de Internet ou rede tronco, é um conjunto de infra-estruturas de banda larga que têm fibra ótica que percorre os principais pontos de concentração do tráfego de cada continente administrados por escassos operadores do mundo. Trata-se de uma atividade livre prestação. Uma vez que conectado à Rede de Internet qualquer subrede que dependa dela poderá acessar a Internet através da primeira sem ter mais que sua interconexão mediante protocolo IP. Essa estrutura replicante é o que explica a rápida evolução do número de redes conectadas à Internet, porque não existem restrições à conexão de novas subredes, além daquelas impostas pela proprietária da rede superior. A internet é concretizada mediante delegação da responsabilidade nas distintas redes que vão se criando (SANTOS, 2001, p. 117).

Portanto, as empresas privadas ligarão os seus computadores a um *backbone* e venderão aos interessados, por uma taxa mensal, a conexão de a Internet (CHAVES apud LEONARDI, 2005, p. 20). Pode ser definida a atuação do *backbone* com os demais servidores da seguinte forma:

O provedor de *backbone* oferece conectividade, vendendo acesso à sua infra-estrutura a outras empresas que, por sua vez, fazem a revenda de acesso ou hospedagem para usuários finais, ou que simplesmente utilizam a rede para fins institucionais internos. O usuário final, que utiliza a Internet através de um provedor de acesso ou hospedagem, dificilmente terá algum contato com o provedor de *backbone* (LEONARDI, 2005, p. 21).

Por sua vez “o servidor é o computador que administra, fornece programas e repassa informações para os computadores conectados” (VASCONCELOS, 2004, p. 33).

O acesso do usuário a Internet é feita por intermédio do provedor de acesso. Portanto, “o provedor de acesso é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que possibilitem o acesso de seus consumidores à Internet. Normalmente, essas

empresas dispõem de uma conexão a um *backbone* ou operam a sua própria infraestrutura para conexão direta” (LEONARDI, 2005, p. 20).

Além disso, o provedor de acesso pode tão-somente oferecer o serviço de acesso à Internet sem oferecer outros serviços como *e-mail* ou hospedagem de páginas, por exemplo (LEONARDI, 2005, p. 24). Denota-se, portanto, que o provedor de acesso é um prestador de serviço seja ele gratuito ou não, enquadrando-se na categoria de fornecedor.

Verifica-se também que o Código de Defesa do Consumidor também é aplicável nas relações via rede. Esta atividade de fornecedor pode ser assim definida:

O conceito de fornecedor está intimamente ligado à idéia de atividade empresarial, contínua, não esporádica. Quando não se revestir desse caráter habitual, a atividade do fornecedor (incluído aí o prestador de serviços) será regida pelo Código Civil, como relação contratual sem as características de uma relação de consumo (VASCONCELOS, 2004, p. 108).

O provedor é considerado um fornecedor seja ele uma pessoa física ou jurídica que atue profissionalmente no mercado de consumo (LISBOA In: LUCCA, 2000, p. 487). Como bem destaca Vasconcelos (2004, p. 113) virtual é o meio e não o serviço, vejamos:

Partindo da análise dos artigos 6º, 12 e 14 da lei referida, chega-se a uma série de conclusões sobre a aplicabilidade desses princípios também ao mundo virtual. O que é “virtual” é o meio, o ambiente, nunca o serviço, por vezes, o produto. O contratante virtual paga por um serviço real, objetivo, que deve ser contínuo, eficiente e seguro. Não interessa ao internauta ou usuário a utopia ou a ficção. Aliás, esses conceitos pouco aplicação têm no mundo cibernético.

Os provedores de serviços estão numa posição singular em relação aos usuários, conforme acentua Leonardi (2005, p. 76):

Conhecem os seus dados, dispõem dos recursos técnicos para identificar e localizar os responsáveis por atos ilícitos e, conforme as circunstâncias, têm a capacidade de fazer cessar a sua prática, ainda que, para tanto,

dependam de provocação, ou seja, necessitem ser informados sobre determinada conduta, só então, tomar providências.

Os provedores de informação são aqueles que “fornecem informações por meio de uma página (*web page*) ou através de um *site*” (SANTOS, 2001, p. 116). Enquanto o ISP – *Internet Service Providers* entrega o serviço a fim de que ocorra a conexão à internet (SANTOS, 2001, p. 116). O provedor de conteúdo pode ter duas ramificações, uma como provedor de informação e de conteúdo, o primeiro é responsável pela criação e divulgação das informações na Internet, enquanto o segundo disponibiliza informações criadas pelos primeiros, armazena as informações em servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem (LEONARDI, 2005, p. 30).

Não se constitui relação de consumo, segundo Leonardi (2005, p. 31), o acesso irrestrito ao conteúdo. A prestação de serviço destes provedores estará caracterizada quando:

A relação de consumo estará configurada se o provedor de conteúdo comercializar especificamente determinadas informações, exercendo sua atividade a título oneroso, e condicionando o acesso ao pagamento prévio de determinada quantia pelo usuário, fornecendo-lhe nome e senha exclusivos para tanto (LEONARDI, 2005, p. 31).

Isso não significa que o provedor de informação não será responsabilizado por informações que incorpora ao *site* ou pelos seus próprios conteúdos disponibilizados, pois a sua responsabilidade é objetiva, segundo Santos (2001, p. 118- 119). A responsabilidade por notícias também será objetiva, uma vez que sua atuação é similar a dos editores de jornais (SANTOS, 2001, p.121). No entanto, deve-se ressaltar que “a responsabilidade dos *informations providers* pelo conteúdo da informação é reflexa. Ele é responsável solidariamente pela informação difamatória, junto com o autor da informação nociva” (SANTOS, 2001, p.121).

Por outro lado o *hosting service provider*, que também pode ser denominado de servidor de hospedagem, é uma empresa que coloca a página em no seu servidor, assim várias pessoas têm acesso ao material colocado na Internet.

No que diz respeito aos provedores gratuitos, ainda que não recebam remuneração pelos seus serviços também são submetidos às regras de direito como o CDC e o Código Civil (VASCONCELOS, 2004, p. 74). Portanto, se for um contrato típico, gratuito, provavelmente, será aplicado às regras do CC, agora, se o contrato se caracterizar como sendo de consumo aplicar-se-á o CDC, mesmo naqueles casos que a empresa alegue que não presta serviço e que obtenha lucro apenas em razão das publicidades, pois, na verdade, pode estar de alguma outra forma obtendo lucros ou dividendos diretos ou indiretos (VASCONCELOS, 2004, p. 77).

Essas empresas servidoras detêm os meios técnicos para que “o usuário tenha acesso à Rede, a permanência do *site* ou da página *web* na internet. Vincula o usuário por meio de contrato de prestação de serviço” (SANTOS, 2001, p. 117).

Quanto à responsabilidade de cada um desses provedores pode ser feita a seguinte distinção:

Em resumo, podemos concluir que as empresas que exploram a *information providers* a responsabilidade é plena pelo que ocorre em seus conteúdos. Com relação aos *hosting providers*, serão responsáveis desde que tenham sido notificados do conteúdo ilícito que estão propagando e houver demora para baixar a página ou *site*. As empresas de *access providers* não terão responsabilidade porque apenas entregam o ciberespaço aos demais servidores (SANTOS, 2001, p. 127).

Tendo em vista que o provedor é um prestador de serviço de comunicação devem observar o sigilo ou segredo das comunicações, “submetendo-se também a obrigação de guardar o sigilo profissional, que consiste no dever de manter em sigilo as atividades de comunicações e uso da internet pelo seu cliente, o usuário” (SZANIAWSKI, 2005, p. 309). Convém destacar o entendimento de De Cupis (2004, p. 170) quanto a responsabilidade daqueles que detêm informações de terceiros:

Certas pessoas, devido à sua particular competência, encontram-se em condições de exercer funções no interesse de outrem e, em razão de tais funções, de tomar conhecimento de notícias de carácter reservado, relativas, seja à pessoa com quem estão em imediatas relações profissionais, seja em relação a terceiros. Ora bem: a distribuição das competências, sendo uma característica da sociedade humana e tendo, o recurso ao trabalho do profissional carácter de necessidade, o legislador procurou evitar que este recurso necessário pusesse em perigo o segredo, isto é, quis tutelar o segredo profissional, vedando e punindo a sua revelação a uma ou mais pessoas (DE CUPIS, 2004, p. 170).

Haja vista que o provedor agrega um grande número de usuários pode acontecer deste se associar com empresas vendendo as informações que possui.

Vejamos como Santos (2001, p. 185) descreve esta relação:

Na internet, existe uma rede transparente que se coloca à vista do frequentador e, outra, não tão visível, totalmente desconhecida dos usuários, pois trata-se de acordos feitos entre provedores que se utilizam da própria informática para invadir vidas pessoais. Segundo Luis Lorenzetti uma das formas que materializa uma das formas que materializa esses acordos é por meio dos chamados *cookies*, ou fichas contendo dados que são gerados através das instruções que os servidores *web* enviam programas navegadores e que se guardam em um diretório específico do computador do usuário. É um instrumento para obter dados sobre os hábitos dos consumidores, frequências de visita de uma determinada seção, tipo de notícias que o consumidor prefere e assim por diante. Na posse desses dados, eles são incluídos em uma lista que é vendida a comerciantes que as utiliza efetuando estatísticas de critérios de consumo, para enviar produtos não desejados. Uma vez transferidos certos dados, eles são capturados na Rede, podendo-se conhecer os gostos as preferências pessoais as idéias de uma pessoa, pelos *sites* que ela visita com mais assiduidade. Nada impede que alguns *sítios* tenham como regra não se deixar acessado pelas idéias religiosas, ideológicas, políticas e até por razões raciais (SANTOS, 2001, p. 185).

Há outros meios que são utilizados para a obtenção de informações dos usuários da internet como o *spam*, *cookies* que veremos a seguir.

A Internet intensifica a vulnerabilidade da privacidade, uma vez que o usuário pode rastreado pelos provedores a cada *click* que é dado, a cada site visitado, os assuntos mais interessaram ao internauta e, assim, sucessivamente. Temos que, a violação à privacidade se dá no momento em que os dados da pessoa são captados sem o seu consentimento, são arquivados, comercializados e, ainda podem ser utilizados em detrimento da própria pessoa.

Portanto, é por intermédio dos provedores que os usuários têm acesso as informações disponíveis na Internet. Assim sendo, o provedores “podem agir como intermediários (quando apenas disponibilizam sua estrutura, servidores e conexões), e também como participantes diretos (quando funcionam como provedores de conteúdo)” (LEONARDI, 2005, p. 81).

Verifica-se que os contratos são na maioria de adesão, e assim sendo, é praticamente impossível se exigir a proteção dos seus dados e direitos, ainda mais, quando se trata de empresas internacionais, pois é recorrente se dizer a pessoa se esta não estiver satisfeita procure outro, no entanto, muitas vezes além de não existir outra opção os outros *sites* e provedores atuam da mesma maneira. Pode ser citado a política de privacidade do *site* do hotmail, como exemplo:

Em alguns sites do MSN e do Windows Live, a Microsoft coleta informações pessoais, como o seu endereço de email, nome, endereço residencial ou comercial ou seu número de telefone. Nós também podemos coletar informações demográficas, como seu CEP, idade, sexo, preferências, interesses e coisas favoritas. As informações coletadas no MSN e no Windows Live podem ser **combinadas com as informações fornecidas por outros serviços da Microsoft e por outras empresas** (grifo nosso).
(...) Nós podemos coletar informações sobre a sua visita, incluindo as páginas exibidas, os links que você clicou e outras ações executadas na conexão com sites e serviços do MSN e do Windows Live. Também coletamos determinadas informações padrão que o seu navegador envia para todos os sites ou serviços visitados, como o seu endereço IP, o tipo e o idioma do navegador, horas de acesso e endereços de sites consultados. Alguns serviços do MSN e do Windows Live podem ter uma marca conjunta e podem ser oferecidos com outra empresa. Se você se registrar em tais serviços ou usá-los, tanto a Microsoft como a outra empresa poderão receber informações coletadas em conjunto com os serviços marcados em conjunto.
(...) As informações pessoais coletadas neste site podem ser armazenadas e processadas nos Estados Unidos ou em qualquer outro país em que a Microsoft ou suas afiliadas, subsidiárias ou agentes estejam instalados, de modo que, ao utilizar este site, você permite essa transferência de informações fora do seu país. A Microsoft age de acordo com a estrutura de segurança local, conforme estabelecido pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos acerca da coleta, do uso e da retenção de dados da União Européia (<http://privacy2.msn.com/pt-br/fullnotice.aspx>).

Nota-se que as políticas de privacidade dos *sites* são muito parecidas, uns podem ser mais detalhados que outras.

2.2.1 Cookies

Os *cookies* são os mais citados como sendo a forma mais hábil e utilizada para a captação dos dados. Embora, geralmente, as empresas e alguns autores sustentem que estes programas são inofensivos e tem como finalidade tão-somente facilitar a vida como usuário, como ao baixar a página uma página de Internet, ainda que, assim seja definida a atuação dos *cookies*, verifica-se que por intermédio deles pode ocorrer a ofensa da privacidade, quando são coletadas informações do internauta.

Os *cookies* são gravados no disco rígido do computador do internauta quando este entre em algum *site* que o forneça. O interessante é que se gera um número específico para o *cookie* que provém de uma base de dado, assim quando o usuário acessa novamente o *site* é identificado e este pode utilizar novamente os dados anteriormente registrados (BEHRENS In: EFING, 2005, p. 137). A atuação dos *cookies* é descrita por Santos (2001, p. 196) da seguinte forma:

São arquivos de dados gerados toda vez que a empresa que cuida da manipulação de dados, recebe instruções que os servidores *web* enviam aos programas navegadores e que são guardados em diretório específico do computador do usuário. Uma vez captada, a informação pode ser utilizada pelos administradores do sistema com intuito de elaborar o perfil pessoal dos visitantes de *sites*. Colocando um *cookie* no navegador da pessoa que percorre determinados *sites*, toda informação é registrada automaticamente no *cookie*. Esta prática permite que a empresa analise e saiba quais os sítios que o usuário visitou, os anúncios pelos quais manifestou interesse, número de negócios comerciais realizados na Internet, qual a parte do *site* visitado que desperta maior interesse, quais os produtos que têm mais aceitação, enfim, realizam estudo minucioso sobre os hábitos do consumidor, preferências, tempo que permanece na Internet, de sorte que a utilização de *cookies* já é uma das principais ferramentas de *marketing* da Rede.

A função do *cookie* é definida pela Agência de Proteção de Dados da Espanha como sendo:

conjunto de dados que envia um servidor *web* a qualquer navegador que o visita, com informação sobre a utilização que é feita, por parte de dito

navegador, com informações sobre a utilização que é feita, por parte de dito navegador, o endereço IP do navegador, das páginas visitadas, das páginas acessadas, data, hora, etc. Estas informações são armazenadas em um arquivo no diretório do navegador para ser utilizada em uma próxima visita ao servidor (SANTOS, 2001, p. 196).

“Os *cookies* têm por objetivo básico fornecer maior conveniência na utilização da Internet, evitando que certos dados precisem ser fornecidos a cada vez que uma página é visitada, e armazenando informações relativas às preferências de um usuário” (LEONARDI, 2005, p. 135).

O *cookie* também pode ser utilizado pelo *site* para adaptá-lo ao gosto do freqüentador a fim de que possa vender produtos com maior facilidade ao saber como tratar do consumidor específico. Leonardi (2005, p. 136) assevera que os *cookies* não têm aptidão para vasculhar conteúdo do disco rígido, tampouco para disseminar vírus, uma vez que consistem em seqüências de números e letras a serem lidas pelo programa navegador.

Cabe mencionar que Drummond (2003, p. 103) entende que a mera coleta dos dados não acarreta na violação da privacidade, tendo em vista ao se fazer uma compra num *site* haverá a coleta de dados que são fornecidos ou coletados através dos *cookies*. Contudo, a atuação posterior à coleta dos dados poderá atingir a privacidade (DRUMMOND, 2003, p. 105). Até porque, como veremos no próximo capítulo, é inerente ao uso da Internet o fornecimento do número do IP do computador que está sendo utilizado, o número de telefone em que está sendo feita a conexão (no caso de ser via telefone), portanto, alguns dados são inevitáveis de serem repassados.

Diante disso, Drummond (2003, p. 106) finaliza que “também no Brasil poderá aceitar a inclusão da problemática utilização dos *cookies* no rol das violações à vida privada, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso X, da sua Constituição Federal”.

Há, ainda, um outro arquivo denominado *spyware* que foi desenvolvido com o objetivo de coletar e monitorar informações via Internet (LEONARDI, 2005, p. 141).

A obtenção dos dados das pessoas pode acarretar no envio de *spams* aos usuários da internet, que não fazem idéia de como essas empresas conseguem o seu endereço do correio eletrônico. Por isso, Drummond (2003, p. 98) afirma que “muitas vezes os *cookies* vêm a coletar exatamente o que o *spam* necessita”.

2.2.2 Spam

O *spam* consiste na mensagem eletrônica que é enviada sem o consentimento do destinatário, que tem como objetivo divulgar produtos, empresas, por exemplo.

Há, ainda, os chamados *junk mail* ou *garbage mail*, que também são denominados de correio lixo, o que difere os *junk mails* do *spam* é o conteúdo, pois a consequência jurídica é a mesma para ambos (SANTOS, 2001, p. 163). O *spam* tem caráter comercial ou publicitário enquanto os *junks mails* contém correntes de orações, a divulgação de vírus etc. (SANTOS, 2001, p. 163).

O *spam* pode ser definido como a correspondência que não solicitada pelo destinatário e que viola a privacidade do internauta, podendo ser enumerado os seguintes problemas:

Na Internet, o consentimento deve gozar de primazia, diante da fraqueza, da exposição do usuário e de como a sua intimidade fica vulnerável, podendo ser agravada a qualquer instante. Segundo, porque os *e-mails* que suscitem a ira não tem custo para o remetente, mas o destinatário paga a conta telefônica leva mais tempo para navegar, paga ao provedor, aumentando suas despesas. Terceiro: o problema de ter de enviar uma mensagem para ser eliminada da lista. Além do trabalho, ele se apresenta inócuo porque nem sempre o usuário é atendido e continua a receber *e-mails* dos mesmos remetentes. O quarto inconveniente é a certeza de que a publicidade, como regra, é de uma inutilidade atroz. A informação é escassa o que torna nula a possibilidade de a propaganda ter eficácia. Por

último e em quinto lugar o *software* que contém base de dados utilizada por quem encaminha *spam* é adquirido com a promessa de que os nomes ali constantes expressaram o desejo de receber anúncios aleatoriamente de grupos ou de listas que estão na Rede (SANTOS, 2001, p. 159).

O recebimento de *spams* pode implicar no não recebimento de outras mensagens que interessam ao usuário, dependendo da capacidade de armazenamento da caixa de *e-mail*, causando-lhe danos em virtude disso.

Em relação ao recebimento de *spams* questiona-se como que as empresas, que usam este meio para *marketing*, tiveram acesso ao seu e-mail. Primeira possibilidade é a pessoa ter efetuado alguma compra, dessa forma teve que fornecer os seus dados a uma determinada empresa e, esta mesma empresa que você adquiriu o produto continua a lhe enviar mensagens não solicitadas. Outra forma de a pessoa vir a se tornar parte de uma lista de *spam* é ao abrir uma conta de e-mail e este próprio servidor já apresenta um questionário em que a pessoa marca as suas preferências, a par disso, passa a ser-lhe enviados propagandas.

Ocorre que, derrepente outras empresas passam a ter os seus dados e também passam a fornecer produtos via *e-mail*. Então, há uma segunda possibilidade, de terem obtidos os seus dados através da comercialização deles. A terceira hipótese pode ser por meio de rastreamento do internauta. Sobre esta atuação dos *spammers* Behrens (In: EFING, 2005, p. 142-143) afirma que:

A privacidade na internet surge nesta questão, em especial frente à dúvida de como o *e-mail* que recebeu o *spam*, foi cadastrado pelo *spammer*. Fica claro ao observar, se o usuário não cedeu seu endereço eletrônico ao *spammer*, alguém ou algum programa o fez e não fez sob a forma lícita, ou seja, obedecendo aos preceitos legais. Assim o *spammer* poderá vir a ser responsabilizado pelas atitudes que tomou, e sob esta visão sua conduta passa a ser comparada aos invasores que penetram e detonam o ambiente alheio, devendo assim recompor e repor as coisas ao *status quo ante*, além de pagar perdas e danos.

Verifica-se, então, que deve haver a responsabilização pelo fornecimento ou pela comercialização dos dados que tiver sido feito pela empresa em que a pessoa adquiriu algum produto e cedeu os dados ou do provedor que também contém

dados dos usuários e pode ter disponibilizado essas informações para terceiros. Em relação a esses atos Santos (2001, p. 158) preleciona que:

Se o provedor não teve nenhuma participação em ceder os dados do seu cliente e se foi este que entregou seu endereço eletrônico para uma finalidade específica (compra de um produto, por exemplo), não há como inculpar o provedor. A responsabilidade, integral, é daquele que recolheu os dados e do outro que se incumbe de bombardear a conta do destinatário com *e-mails* propagandísticos. Além de provedor não ter nenhuma conduta que tenha feito exsurgir o ilícito, falta nexos de causalidade a jungir algum ato seu com mal-estar causado pelo *spam*. Porém, mesmo que o usuário, *motu próprio* e voluntariamente, tenha cedido seus dados, não pode o receptor dar destinação diversa para a qual recebeu. Assim, por exemplo, se os dados foram necessários para identificar o comprador, será ilícita a conduta de quem repassa esses dados e terceiros que têm como objetivo precípua atulhar *e-mails* com suas mensagens publicitárias. Daí, haver responsabilidade solidária entre o fornecedor dos dados e o remetente do *spam*.

Ademais disso, o envio de mensagens publicitárias pode constituir em violação a privacidade, conforme preleciona Paesani (2000, p. 54):

Ao correio eletrônico relaciona-se a questão da privacidade. O envio de *mensagens publicitárias* por meio de *e-mail* constitui uma forma de televendas das mais comuns na rede. A mesma prática, efetuada pela expedição normal, é tolerada pelos vários direitos nacionais, desde que não obsessiva e contrária à ordem pública. No entanto, a *Internet*, por suas características torna inaplicáveis tais normas. Os titulares de uma caixa postal eletrônica (*mailbox*) pagam para poder ter acesso à leitura das mensagens que lhes é enviada, e a remessa continuada de publicidade eletrônica pode provocar a perda de outras mensagens.

Em oposição a este posicionamento está Drummond (2003, p. 114-115) que sustenta que o envio do *spam* não atinge a privacidade, mas gera um incômodo passível de responsabilização civil pelo abuso, nesse sentido:

Pois bem, visto há de se compreender que, por se tratar de um bem intangível, o correio eletrônico deve ser protegido, como qualquer outro bem, de danos que lhe possam vir a ser causados por terceiros. Assim, a teoria da responsabilidade civil deve ser plenamente aplicada ao caso do *spam*. As multas devem ser altas e as punições devem ser exemplares, visto que não se poderá ver transformada a ferramenta de maior utilidade do homem dos últimos tempos, por uma feroz atuação comercial sem qualquer visão que não seja a simples usura.

Outro problema decorrente do envio dos *spam* é o tempo do usuário para ler ou até mesmo para descartar esses e-mails que não lhe interessam. Para que sejam

evitados problemas como estes relacionados acima Santos (2001, p. 161) sugere que:

O ideal é que o Brasil entregue a seu consumidor internauta mecanismos que proíbam os prestadores de serviço na Internet que, a pretexto de colher dados pessoais quando da aquisição de algum produto ou serviço, passe a utilizar os dados de maneira frenética, sem controle. Deverão – os provedores desse tipo de serviço – dar ao conhecimento do cliente a pretensão de utilizar seus dados posteriormente solicitando seu assentimento a esta prática. Caso o usuário manifeste expressamente o desejo de não receber nenhum catálogo de produtos, nem *spam*, a sua vontade deve ser respeitada. Para melhor identificação da finalidade do *e-mail*, toda vez que o *spam* for utilizado, o remetente deverá dar como título, “publicidade” ou outra palavra facilmente identificável com o desiderato, a fim de propiciar ao usuário que apague o *e-mail* sem que se dê ao trabalho de, primeiro verificar o seu conteúdo para, somente depois da constatada inutilidade, excluí-lo da sua conta.

Conforme salienta Beherns (In: EFING, 2005, p. 146) o *spam* é lesivo a partir do momento em que os consumidores têm os seus dados divulgados, têm gastos para baixar as informações não solicitadas e a memória do computador pode ser utilizada por *cookies* enviados através dos *spams*.

2.2.3 Hacker e crackers

Primeiramente, há que se distinguir o *hacker* e do *cracker*, o primeiro é considerado o *expert* em Internet que pode utilizar do seu conhecimento em benefício dos usuários ou apenas para projeção pessoal (DRUMMOND, 2003, p. 137) e da rede, enquanto o *cracker* é aquele que usa de seus conhecimentos para invadir computadores alheios e captar dados e até mesmo destruir arquivos.

Lisboa (In: LUCCA, 2000, p. 483) assevera que a atividade dos *hackers* objetiva a violação da intimidade do usuário, visto que:

- a) o uso indevido ou não autorizado de nome e senha de outro usuário;
- b) o envio de correspondência eletrônica forjada como forma de sabotagem;
- c) a utilização indevida do correio eletrônico, com a finalidade de distribuir o equivalente a ligações telefônicas obscenas;

- d) lançando imagens forjados na rede;
 - e) lançando vírus de programa na rede, entre outros.
- A violação de informação por parte do *hacker* pode ensejar à divulgação de segredo profissional ou, até mesmo, de sigilo empresarial ou industrial.

Quanto à responsabilidade dos provedores deve ser verificar se o serviço prestado não foi eficiente, por não ter conseguido conter os avanços dos *crackers*. Primeiro deve-se fazer as seguintes perguntas para verificar se há responsabilidade ou se esta pode ser afastada. Como, por exemplo, se a época havia a tecnologia hábil para conter a invasão ou não.

O provedor poderá se eximir de responsabilidade caso fique demonstrado culpa exclusiva de terceiro. No entanto, se a invasão se for feita por um funcionário seu a responsabilidade será sua, o que não impede o direito de regresso (LISBOA In: LUCCA, 2000, p. 488).

2.2.4 Correio eletrônico ou *e-mail*

Ao ser enviado o *e-mail* fica armazenado no servidor e a mensagem pode ser ou não descarregada para o computador o usuário, uma vez que esta mensagem pode ser lida diretamente no servidor (LEONARDI, 2005, p. 13).

Em assim sendo, pode haver a violação ao direito à privacidade em virtude da violação do *e-mail*, que acarretará em responsabilidade objetiva por violar norma constitucional (LISBOA in LUCCA, 2000, p. 487).

Os riscos à privacidade do remetente e do destinatário de um *e-mail* não são representados apenas pela possibilidade de sua interceptação técnica, mas principalmente, mas principalmente, pela facilidade de reenvio, impressão e gravação da mensagem para utilização posterior. A partir do momento que mensagem original tenha sido enviada, seu emissor não tem como controlar para

quem ou quantas vezes a mensagem será encaminhada, nem, tampouco, será seu destino, podendo ser apagada, armazenada ou impressa pelos destinatários (LEONARDI, 2005, p. 107). Portanto, se houver a interceptação de terceiro do *e-mail* enviado poderá ocorrer a violação da privacidade e a sua conseqüente responsabilização.

2.2.5 Vírus

Os vírus também podem violar a privacidade, tendo em vista que são programas geralmente enviados por *e-mail* ou através de um arquivo. Haverá a violação da privacidade visto que:

(...) o usuário tem com seu computador uma relação de intimidade que torna, este objeto, tutelado pelo direito à privacidade. Portanto, quando se tem acesso às informações e/ou dados armazenados no computador, há a violação da privacidade, bem como violação à proteção dos dados pessoais. Dito de outra maneira, os arquivos que estejam armazenados na memória de computador pessoal são como que uma extensão da personalidade de seu criador/proprietário, podendo muito dizer sobre si e expondo sua intimidade à multidão participante da internet (DRUMMOND, 2003,p. 122).

Para Vasconcelos (2004, p. 210) é função do servidor controlar os vírus enviados, tendo em vista que é um prestador de serviço. Portanto, deve demonstrar segurança, eficiência, boa-fé e respeito pelos destinatários dos serviços prestados.

Essas são algumas das formas mais comuns de ataque ao direito à privacidade, no próximo capítulo será abordado as formas disponíveis para tutelá-la.

3. A tutela dos direitos de personalidade

Não obstante no Brasil não se tenha uma legislação específica para tratar dos atos ilícitos praticados através da Internet é possível a tutela dos direitos de personalidade com a legislação existente. Outros países também, ainda, não encontraram uma forma eficaz de tutelar esses direitos fundamentais.

Dotti (1980, 145) já mencionava sobre a proliferação no Brasil dos “bancos de dados públicos e particulares sem uma disciplina que garanta o direito à intimidade. Formam-se as ‘agências de investigação’ de maneira a congestionar o trânsito de informações e a vilipendiar o seu conteúdo”.

Observa-se, que há uma preocupação internacional em relação a formação dos bancos de dados, senão vejamos:

A proteção dos dados pessoais não se coloca exclusivamente a título de consequência de problemas individuais, mas também exprime conflitos que incluem a todos os indivíduos da comunidade internacional, problema que é analisado, sob a ótica do fluxo internacional de dados. O tratamento automatizado de dados pessoais se converteu em uma arma estratégica na manipulação de condutas individuais e a aplicação de avançados métodos telemáticos à informação de caráter pessoal tem deixado de ser uma exceção para converter-se em uma rotina diária. Prova disso é que o foro internacional tem assinado que a proteção dos dados de caráter pessoal não é um problema que exista somente dentro das fronteiras nacionais, mas que também repercute nas relações internacionais (SANTOS, 2001, P. 182).

Como bem acentua Martins-Costa (In: SARLET, 2006, p. 81) as lesões aos direitos da personalidade podem ser causadas em virtude do poder econômico e pela tecnociência, nesse sentido afirma que:

De fato, até mesmo as grandes liberdades clássicas que os Direitos Fundamentais tradicionalmente visam tutelar – as liberdades de residência ou de associação, por exemplo – podem ser, hoje, muito mais ameaçadas por um Poder Econômico, sem face, disfarçando, muitas vezes, no que se chama de “desmaterialização”. Pergunta-se até que ponto pode o titular de um maior poderio econômico limitar, por contrato, a liberdade da contraparte, a liberdade da contraparte. Outros poderes sociais, tão fortes quanto o econômico, e, no mais das vezes associados a ele – como o poder da informação, o poder da tecnologia e o da biomedicina – ameaçam

cotidianamente as liberdades ou bens pessoais, como a vida privada, a intimidade, a imagem, ou o conhecimento sobre os nossos próprios dados genéticos. Tudo isso leva a compreender, em suma, que “os direitos humanos apenas podem desenvolver o seu pleno vigor quando são garantidos mediante normas de direito positivo” (MARTINS-COSTA In: SARLET, 2006, p. 70-71).

Como bem ressalta Doneda (In: TEPEDINO, 2003, p. 35) a proteção da privacidade é um dos temas mais delicados na matéria dos direitos de personalidade, haja vista que o potencial de ofensa à personalidade tem crescido com o desenvolvimento tecnológico. Ademais disso, existe a limitação dos instrumentos de tutela tradicionais do ordenamento para realizar adequadamente a proteção desses direitos. Em virtude disso, no Código há a previsão que o juiz adotará as providências necessárias para impedir a violação da privacidade. Convém observar que:

Com efeito, a ascensão à era da informação – alcançada graças ao extraordinário avanço das técnicas de comunicação – se, de um lado, vem contribuindo para o desenvolvimento geral da civilização, tem, de outro, imposto inúmeros sacrifícios aos interesses das pessoas, pelas constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, através dos diferentes sistemas de registro e de informação postos à disposição do mundo negocial (BITTAR, 2001, p. 43).

Mello (In: SARLET, 2003, p. 94) menciona três formas que podem ser adotadas para tutelar os direitos da personalidade através da invalidação de atos jurídicos ofensivos a esses direitos, a indenização pelos danos causados e a tutela inibitória dos atos lesivos à personalidade.

Ademais disso, o artigo 5º, inc. XXXV prescreve que não será excluída da apreciação do judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Não se pode olvidar também que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição. Outrossim, a LICC, no art. 4º, determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo coma analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. A par disso, o art. 126, do CPC, também consta que o juiz não se eximirá de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei. Finaliza este artigo dispondo que “no julgamento da lide caber-

lhe-á aplicar as normas legais; não havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Dessa forma, “nenhum caso fica sem ser resolvido, nenhum caso fica sem julgamento. O juiz não pode deixar de aplicar o direito a cada caso concreto, sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei” (SANTOS, 2001, p. 131).

Devido à importância dos direitos fundamentais estes não podem ser deixados de ser tutelados, pois são de extrema relevância para a sociedade e para a própria pessoa. Ademais disso, deve-se levar em consideração que:

O direito, como sistema jurídico, é fator de estabilização social. Não há sociedade justa em ambiente de conflito ou caos social. Não há sociedade justa em ambiente de conflito ou caos social. Quando o direito falece no estabelecimento do equilíbrio dos interesses em conflito, a força se impõe e a sociedade resvala para o puro e simples arbítrio; aí o mais forte, o momentâneo detentor do poder, imporá a sua vontade, no mais das vezes esmagando pretensões as mais legítimas.

Desse modo, o Estado de Direito pressupõe um sistema de regras resolutórias dos conflitos de interesses, conferindo a todos a maior liberdade possível, no caso referente a mais ampla liberdade de informação, sem contudo, deixar de assegurar direitos individuais, como, no caso focado, o direito a intimidade, no grau e na medida estabelecidos na lei (CALDAS, 1997, p. 135).

Pondera Caldas (1997, p. 151) que a tutela jurídica dos direitos da personalidade se encontra de forma dispersa dentro do sistema normativo, que conta com o respaldo da tutela Constitucional, no entanto, carece de disciplina sistematizada.

Deve-se destacar que o artigo 5º, inciso X, da Constituição estabelece que é assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação dos direitos à intimidade e vida privada que são invioláveis. Merece destaque, ainda, outras formas de tutela desses direitos previstos na Constituição como o de mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data* e o mandado de injunção. Oportuno citar também que:

No âmbito do processo civil, temos à disposição as ações ordinárias com tutela antecipada e as medidas cautelares específicas e inominadas. Para fazer cessar os atentados, além da ação inibitória antecipada e da ação inibitória propriamente dita, ainda podem ser utilizadas as medidas cautelares específicas e inominadas. Em todas as modalidades de atentados, é cabível a ação de indenização por dano extrapatrimonial e patrimonial através da qual a vítima deverá obter uma reparação ampla (SZANIAWSKI, 2005, p. 192-193).

Quando já tiver ocorrido a violação aos direitos de personalidade poderá se intentar a responsabilização civil a fim de seja reparado o dano extrapatrimonial, bem como o dano patrimonial decorrente da violação.

Por outro lado, art. 186 determina que aquele que causar dano a outrem por ação ou omissão, voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito.

Este artigo também é uma cláusula geral, pois é capaz de abranger vários casos. A expressão dano moral abrange os danos de ordem psicológica, afetiva estética, à saúde, à honra subjetiva, à reputação, à imagem (Mello In: SARLET, 2003, p. 94).

A parte especial do Código Civil trata da responsabilidade civil, nos arts. 927 a 954. Agora, também há no art. 927, § único, do CC/02, a obrigação da reparação do dano decorrente de atividade que normalmente desenvolvida, por sua natureza implique em risco para os direitos de outrem. Haverá a responsabilização independentemente de culpa, esta previsão tem como fundamento a teoria do risco criado. Questiona-se a possibilidade de aplicação deste dispositivo aos provedores de internet ou até mesmo do CDC, tendo em vista que são prestadores de serviço.

Leonardi (2005, p. 71-72) assevera que não se pode conceber a aplicação deste artigo aos provedores de serviços de Internet, muito embora se protegeria muito mais a vítima, todavia, não seria o mais justo, diante dos desequilíbrios acarretaria (LEONARDI, 2005, p. 75). Ademais, estes teriam que monitorar as

atividades e os dados dos usuários, tendo que invadir sobremaneira a privacidade destes.

O provedor de Internet é um prestador de serviço, como já dito anteriormente, pois é por intermédio deste que o usuário acessa a rede, em razão disso é aplicável o CDC nessas relações. Vale lembrar também a aplicabilidade do CDC se o dano advier de uma relação de consumo ou a esta equiparada:

Ainda que disposições mais detalhadas já existam no Código de Defesa do consumidor (que trata da responsabilidade pelo fato e pelo vício de produtos e serviços em seus arts. 12 a 14 e 17 a 20), esta norma apresenta relevância em razão de estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos de modo geral, mesmo quando não houver relação de consumo entre as partes (LEONARDI, 2005, p. 71).

Quanto à responsabilidade do provedor esta pode ser alternativa ou concorrente com aquele que cometeu o ilícito (PAESANI, 2000, p. 79). Haverá solidariedade quando os dados fornecidos pelo usuário são falsos ou incompletos quando não for possível identificá-lo ou localizá-lo (LEONARDI, 2005, p. 81).

Segundo Paesani (2000, p. 88) a limitação ou isenção de responsabilidade dos provedores pode ser reconhecida em tais casos: “quando as informações são fornecidas por outros fornecedores; quando as informações estão instaladas em outros fornecedores; quando o fornecedor adotou as precauções indicadas no código de auto-regulamentação, inclusive da identificação do usuário”. Em relação a este tema Leonardi (2005, p. 76) arremata:

Assim sendo, a responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet por seus próprios atos se resolve através do sistema de responsabilidade previsto no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil, conforme afetem diretamente os consumidores que os utilizam, ou terceiros; já a responsabilidade civil por atos de usuários e terceiros encontra equilíbrio em um sistema que atribua responsabilidade solidária aos provedores em caso de dolo ou negligência, quando deixam de cumprir seus deveres (e torna assim impossível a identificação do efetivo responsável pelo ato ilícito) ou, ainda, quando colaboram para a sua prática ou deixam de bloquear o acesso à informação ilegal, após terem sido cientificados de sua existência.

Deve-se ressaltar que a reparação do dano moral tem dois objetivos a punição daquele que causou o dano e o caráter compensatório. Nesse sentido, Caldas (1997, p. 126) afirma que “o caráter punitivo pode-se dizer – seria de fácil solução porque visaria, acima de tudo, infligir ao agente violador uma verdadeira pena, que em última análise serviria de fator inibitório à prática de injúria moral”.

Quanto à reparação dos danos decorrentes da violação dos direitos da personalidade Szaniawski (2005, p. 254) afirma que:

O objeto da reparação de dano extrapatrimonial consiste em se atenuar o sofrimento o sofrimento, em eliminar os efeitos da lesão, e não o dono, porque uma vez perpetrado será impossível sua reversão. Em tema de danos morais, a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação do direito, dispensada a prova do prejuízo em concreto.

Quando se utiliza *chats*, *blogs*, para cometimentos de ilícitos, por exemplo, o provedor ou o dono da página pode interceptar a mensagem e retirá-la a fim de que não seja também, eventualmente, responsabilizado pelo dano, principalmente, ante a dificuldade de se identificar o internauta que procedeu dessa forma. Como bem pondera Santos (2001, p. 134):

Agora, naqueles casos de foro fechado, como *chats*, fórum de discussão, e-mail, etc., não existe nenhuma possibilidade de o provedor monitorar o que ali está sendo levado a cabo. Se o fizer, estará interceptando comunicações e violando sigilo. Estaria o provedor tendo comportamento criminoso e danoso, por conseqüências, para quem teve o seu e-mail ou *chat* violado, quando pretendia permanecer em segredo o que ali foi remetido ou discutido. Afinal, é este mesmo o objetivo destes espaços reservados na internet. Não permitir a imissão de terceiros, nem a revelação do conteúdo do que não está sendo discutido. O assunto tratado deverá de permanecer íntegro, sem que terceiros estranhos, tenham algum acesso.

Assim sendo, se a pessoa estiver em uma sala privada a sua conversa não poderá ser interceptada, somente, se esta houver indícios de algum ilícito a sua privacidade poderá ser violada para apuração do ilícito. Contudo, deve ser aplicada a lei de interceptações telefônicas que determina que seja feito sob sigilo. Haja vista

que a pessoa não pode fazer uso dos seus direitos fundamentais para se eximir de crimes. Nessa esteira Alexandre de Moraes (2001, p. 58) afirma que:

Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Deve-se ressaltar que:

O anonimato não é, em todas as ocasiões, produto de ânimo delitivo e espúrio, mas um conseqüência de um mais justificado temor do internauta a facilitar seus verdadeiros dados, seja pelo uso comercial que os provedores possam fazer os mesmos sem seu consentimento, seja porque supõe facilitar dados pessoais que nos definem e, por isso, nos expõem à boa ou má vontade de qualquer um dos milhares de usuários da Internet (recepção de publicidade não desejada, por exemplo)" (GONZÁLES *apud* SANTOS, 2001, P. 143).

Santos (2001, p. 143) sustenta que é o ideal que o usuário da Internet forneça os seus dados identificadores ao provedor a fim de evitar que assuma o ônus e a culpa do usuário que agiu ilicitamente. Haja vista que a não identificação não exime a responsabilidade direta do provedor.

Ocorre que, cada computador possui um número de IP que identifica o usuário quando conectado à Internet. Assim sendo:

Toda vez que um usuário se conecta à rede seu computador recebe automaticamente de seu provedor de acesso, um determinado número de IP que é o único durante aquela conexão. Sem conhecer tal endereço, um pacote de dados não tem como chegar a seu destino (LEONARDI, 2005, p. 07-08).

Nota-se que, praticamente tudo que é feito na rede fica registrado, pois os provedores registram automaticamente certos dados relativos à conexão, como quais serviços acessaram se houve comunicação com outros usuários, por ser um procedimento inerente ao funcionamento da rede (LEONARDI, 2005, p. 07-08; 88). Dessa forma, ao se ter essas informações facilitam o arquivamento de informações em bancos de dados.

Portanto, esses dados cadastrais devem ser mantidos em sigilo, exceto quando a lei determina que sejam revelados. Leonardi observa que tais dados não englobam o conteúdo das comunicações, nem as transmissões de dados feitas pelo internauta, mas são apenas dados de identificação na Internet (LEONARDI, 2005, p. 84-85). Em assim sendo, o provedor tem o dever de não-monitorar os seus servidores:

O monitoramento de dados e conexões representa verdadeira interceptação de comunicação e, como tal, somente pode ser efetuado para fins penais, nos termos do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, regulamentado para esses fins pela Lei Federal n. 9.296/1996 (LEONARDI, 2005, p. 84-85).

No entanto, convém destacar que há decisões no sentido de que o provedor somente poderá fornecer os dados do internauta mediante determinação do judicial, nesse sentido:

AÇÃO COMINATÓRIA - FORNECIMENTO DE DADOS CADASTRAIS - PROVEDORA DE ACESSO À INTERNET - ART. 5º, XII, CF - VERBAS SUCUMBENCIAIS NÃO DEVIDAS. - À provedora de acesso à internet não é permitido liberar, via simples notificação extrajudicial, os dados cadastrais de qualquer dos usuários de seus serviços - art. 5º, XII, CF - Em casos tais, a quebra do sigilo cadastral somente pode ocorrer quando solicitada por autoridade competente e pelo meio adequado, sem o que estaria violado o direito à privacidade e inviolabilidade de dados constitucionalmente protegidos. - A espécie não configura, pois, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, mas, sim, uma observância, por parte da demandada, de norma constitucional impositiva, sendo indevida, neste caso, a condenação nos ônus da sucumbência - Apelação não provida (TJMG, processo nº. 2.0000.00.403159-8/000(1), Rel. ALBERTO VILAS BOAS, julg. 11/11/2003, DJ 29/11/2003).

MANDADO DE SEGURANÇA - DECISÃO DETERMINANDO ACESSO IRRESTRITO A DADOS CADASTRAIS DE PROVEDOR DE INTERNET - QUEBRA DE SIGILO POSSIBILITADA SOMENTE COM FUNDAMENTAÇÃO EM CADA CASO CONCRETO - ILEGALIDADE MANIFESTA - ORDEM CONCEDIDA - Tratando-se de providência excepcional que invade a privacidade das pessoas, a quebra do sigilo telefônico, abrangendo os dados cadastrais de assinantes de provedores de acesso à *internet*, somente poderá ser autorizada pelo juiz de forma fundamentada e no âmbito de cada caso concreto a ser investigado, quando presentes elementos que justifiquem a drástica medida (artigos 1º e 2º da Lei de Interceptação Telefônica, e artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal), (TJSC, M.S. nº. . 2006.023783-2, Itajaí, nº. 2006.023783-2, Rel. Des. Amaral e Silva, julg. 08/08/2006).

Da mesma forma Drummond (2003, p. 77) entende que a identificação do usuário, ainda que este tenha cometido um ilícito só poderá ocorrer mediante determinação judicial.

Quando ao envio recorrente de mensagens não solicitadas como o *spam* pode ensejar a reparação do dano, como observa Santos (2001, p. 161):

A ausência de legislação específica não impede que no campo da responsabilidade civil, que prescinde da tipicidade própria do direito criminal, seja delimitada a obrigação de indenizar daqueles que se utilizam de *e-mails* excessivamente, enviando propagandas. Quando a repetição de *e-mails* é permanente, o destinatário não mais estará diante do mal-estar trivial insuscetível de causar dano moral, mas de inquietação que caracteriza o dano. Afinal, é ilícita a atividade de quem, sem o consentimento do destinatário, efetua lista contendo dados pessoais, para remeter diariamente os não desejados *spam*. A continuidade e frequência deixam de ser mero enfado, simples incômodo que o internauta deve suportar e passa a ter aquela grandeza suficiente para gerar perturbação anímica. O dano moral é patente.

No entanto, Santos (2001, p. 161-162) sustenta que para a caracterização do dano moral o internauta deve primeiramente notificar manifestando o seu desejo de não receber os *spam*. Todavia, parece ser desnecessário, uma vez que, geralmente, a pessoa nem fornece o seu endereço a essas empresas, devido a isso, verifica-se que houve a obtenção indevida dos dados do usuário, por isso, não seria necessário a prévia notificação.

O provedor que tiver compartilhado dados também pode responder por dano moral, todavia, poderá se eximir da responsabilidade se comprovar que não compartilhou informações para o *spammer*. Porém, se ficar demonstrado a sua participação no compartilhamento de informações também será responsabilizado.

Santos (2001, p. 195) assevera a caracterização do dano moral não se faz necessário identificar qual é “a finalidade, a motivação, os fins que serão dados à informação que invada a intimidade”. Assim sendo, “basta a divulgação, basta a ofensa à reserva íntima e intrapessoal para que a dignidade do homem seja ferida e exista o dano extrapatrimonial” (SANTOS, 2001, p. 195).

A prova do dano moral nesses casos é presumida, uma vez que “uma intromissão ilegítima e antijurídica na vida de alguém, gera a presunção de que afetou o *animus* da vítima” (SANTOS, 2001p. 207).

Ademais disso, a responsabilidade dos provedores é objetiva, haja vista que são considerados fornecedores, em assim sendo o CDC é aplicável nessas relações, portanto:

Quando o usuário contrata com um provedor de internet, mesmo que seja por telefone, faz ou *e-mail*, estão ambos sujeitos às regras inseridas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. A responsabilidade contratual, seja decorrente do acesso ao provedor, seja dos posteriores atos do usuário na internet, deverá ser apurada em toda a sua extensão, pois a lei dispõe de instrumentos suficientes para essa apuração (VASCONCELOS, 2004, p. 221).

Mello (In: SARLET, 2003, p. 94) assevera que é possível a nulidades de atos jurídicos que violem os direitos da personalidade através dos arts. 166 e 171 do CC, vejamos:

A sanção de invalidade tem aplicação, sobretudo, para as lesões a direitos de personalidade consubstanciadas em leis e em atos administrativos. A nulidade pode ser reconhecida no controle de constitucionalidade material de leis ou de legalidade (*lato sensu*) de atos administrativos que violem direitos fundamentais da personalidade. Entretanto, é perfeitamente possível declarar a nulidade de atos jurídicos de direito privado que impliquem ofensa à personalidade, desde que se possa subsumir a lesão às hipóteses de invalidade do negócio jurídico previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil de 2002.

Por outro lado, a tutela inibitória tem como objetivo evitar ou fazer com que cesse a lesão aos direitos à personalidade, o que é muito mais eficaz, pois evita a que se tenha que pleitear a reparação dos danos após a lesão aos direitos. No Código Civil há previsão de tutela inibitória no art. 12, que possibilita que seja exigida a cessão da ameaça ou a lesão atual ou futura.

Convém mencionar outras formas de proteção desses direitos apresentadas por Szaniawski (2005, p. 248) que consiste na utilização da “ação inibitória antecipada, na ação de preceito cominatório, da tutela antecipada e nas medidas

cautelares típicas, como a busca e apreensão e o seqüestro, e nas medidas cautelares típicas”.

Outrossim, o art. 21 tutela especificamente o direito à privacidade, haja vista que o interessado pode requerer judicialmente que seja tomada providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Renato Blum e Marcos Bruno (*in* DELGADO, 2004, p. 216) fazem a seguinte observação sobre a tutela desses direitos:

Notamos uma preocupação do legislador nessa proteção, ainda que de forma genérica e com ampliação do poder do magistrado, que formará sua convicção, caso a caso, com a possibilidade de adotar quaisquer providências necessárias à proteção, incluindo multas e outras restrições adequadas ao ambiente eletrônico (Blum e Bruno *In*: DELGADO, 2004, p. 216).

Como bem salienta Mello (*In*: SARLET, 2003, p. 96) a tutela inibitória tem amparo na legislação processual, vejamos:

Ambas as normas do novo Código Civil deferem ao juiz um poder geral de tutela inibitória, adaptável às circunstâncias concretas do direito ameaçado ou lesado e da espécie de perigo ou lesão em curso. E esse poder geral de tutela inibitória encontra fundamento legal processual no artigo 461, §§3º, 4º e 5º, do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz concederá a tutela liminar específica da obrigação de fazer ou não fazer, através de providências que assegurem o resultado prático equivalente ao inadimplemento, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (MELLO *in* SARLET, 2003, p. 96).

Corroborando este entendimento está Szaniawski (2005, p. 181) que assevera a tutela inibitória, com amparo no art. 461 do CPC, pode ser intentada para exigir a cessação da ameaça ou da lesão praticada independe do requerimento de indenização. Quanto a essa tutela Szaniawski (2005, p. 182) observa, ainda que:

A ação inibitória revela-se como um instrumento geral de tutela, o qual permite ao operador do direito, diante de cada caso concreto, uma enorme gama de possibilidades de interpretação e de subsunção da norma ao fato, vislumbrando o autor que o mencionado art. 10 constitui-se em um instrumento geral de tutela instrumento pela ação inibitória. Existe, contudo, uma marcante distinção entre duas situações diversas que se formam quando a personalidade humana sofre um atentado. O “poder de agir em juízo” para pedir que o dano sofrido pela vítima seja devidamente

indenizado, através das regras da responsabilidade civil, não se confunde com o poder que é conferido à vítima para requerer em juízo a cessação do atentado e a obstaculização de resultados danosos ulteriores (SZANIAWSKI, 2005, p. 182).

Superada a concepção de que esses direitos eram tão-somente para limitar o poder do Estado, este deve atuar de forma efetiva para garanti-los, a fim de que a personalidade humana possa se desenvolver plenamente. Em razão disso, há previsão legal para a garantia desses direitos fundamentais. Como bem explicita Martins-Costa o Estado tem o dever de proteger esses direitos, vejamos:

Embora não exclusivamente, a função de proteção se põe, em princípio, na realização entre particulares e que um dos pólos se encontre numa posição fragilizada frente ao outro. Nesse caso, acentua Ledur “o Estado possui o dever de, por meio de medidas positivas, proteger e assegurar o exercício de direitos fundamentais se houver impedimento oriundo da ação de terceiro”. A atuação protetiva ocorre por via da obrigação criada ao Poder Público, em sua tríplice esfera (Executivo, Legislativo e Judiciário) e em acordo às respectivas funções, a proteger de maneira positiva os direitos fundamentais contra todos os atentados suscetíveis de os colocar em perigo: o Poder Público não pode simplesmente se abster, deve estar presente na regulação de mecanismos de realização dos direitos fundamentais (MARTINS-COSTA In: SARLET, 2006, p. 73).

Nota-se que os tribunais já estão solucionando essas lides decorrentes da má utilização dos bancos de dados ou da sua captação ilegal com a legislação em vigor, como é o caso da 7ª, Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que confirmou a decisão de primeiro grau. Uma empresa do município de Porto Alegre, provedora de acesso à internet, contratou os serviços da empresa ré para hospedarem uma página empresarial com banco de dados de 1Mb/mês e endereço próprio. Contudo, os réus utilizaram os cadastros da autora para se apoderaram de dados confidenciais para enviar propaganda.

Comprovou-se que os réus acessaram os dados privados da empresa contratante e tiveram acesso aos cadastros dos clientes que continha informações confidenciais relativas a senhas e endereços eletrônicos dos clientes. Diante disso, a empresa e o seu sócio-gerente foram condenados a se absterem de utilizar

cadastros de clientes da autora, bem como as senhas e endereços eletrônicos, para fins privados e/ou comerciais, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Concluiu o relator do referido acórdão, fazendo referência à decisão de primeiro grau, da seguinte forma:

Logo, decisão que protegia apenas o sigilo dos demais usuários do sistema, forma na garantia inculpada no inciso XII do art. 5º, da CF/88. Conclusão lógica é que o apelo mais não representa do que a pretensão de continuar a repetir o ilícito, além de deduzir defesa contra aquela expressa garantia constitucional, caracterizando-se as hipóteses dos incisos I e III do art. 17 da CPC (TJRS, Ap. C. 70001918333, 7ª C.C., Porto Alegre, Rel. Des. Fernando Braf Henning Junior, julg. 08/05/2001).

Ressalta Bittar (2001, p. 45) a premissa fundamental para a utilização pública desses direitos é a autorização expressa do titular e por via contratual adequada, a fim de que seja estipulado como será apresentado perante o público, concluindo que:

Esses mecanismos – unidos ao sistema sancionatório exposto – permitem garantir ao titular, de outra parte, a remuneração correspondente ao uso ajustado, evitando, ademais que estranhos possam, sem título jurídico próprio, ingressar no respectivo circuito, daí auferindo proventos econômicos.

Ocorre que, como já dito no capítulo 2, a maioria dos contratos realizados na Internet são de adesão, conseqüentemente, o internauta não tem como discutir o contrato, assim, se não satisfeito com as cláusulas lhe cabe procurar outro prestador, que provavelmente apresentará um contrato em termos muitos semelhantes.

Como já mencionado esses direitos podem ter a sua proteção reduzida somente quando houver interesse público. Nesses casos não há necessidade de prévia autorização para restringi-los. Entretanto, “o limite da confidencialidade persiste preservado”.

Assim, “fatos íntimos, sobre a vida familiar, sobre a reserva no domicílio e na correspondência não é lícita a comunicação sem consulta do interessado” (BITTAR, 2001, p. 108). Deve-se frisar também que:

O art. 21 do CC/02 poderá ser aplicado em ocorrências relacionadas à coleta de dados, comercialização, cessão e compartilhamento de endereços eletrônicos, bem como utilização de recursos específicos para o registro e vinculação de informações de internautas, tais como *cookies*, *webbugs* e *spywares* (Blum e Bruno In: DELGADO, 2004, p. 216).

Em outra frente temos aqueles que sustentam que para a proteção dos direitos de personalidade pode-se fazer uso da autotutela quando estiver diante de um atentado. No entanto, uso da autotutela deva ser feito tão-somente em situações excepcionais.

Pode-se citar três modalidades de autotutela desses direito que estariam amparados pelo Código Civil de 2002 (SZANIAWSKI, 2005, p. 181) a legítima defesa, o exercício regular de direito reconhecido (art. 188, inc. I) e o estado de necessidade (art. 188, inc. II). Sendo que estas hipóteses estão entre as causas de excludente de ilicitude. Vejamos em que casos em que a autotutela pode ser utilizada:

A autotutela da personalidade pode ser realizada, por exemplo, mediante apreensão do filme, através do qual foi indevidamente captada a imagem da vítima, ou através da destruição de fotografias obtidas clandestinamente, de cenas envolvendo uma pessoa, ou pela apreensão e destruição de fitas gravadas ilicitamente de conversações mantidas pela vítima com terceiro etc. No entanto, se na legítima defesa, no exercício regular de direito ou no estado de necessidade, o ofendido causa dano a outrem, não terá aquele a obrigação de ressarcir-lo, porque seu ato, segundo o disposto no art. 180 do Código Civil não será considerado ilícito (SZANIAWSKI, 2005, p. 247-248).

Para Beltrão (In: DELGADO, 2004, p. 451) a legítima defesa e o estado de necessidade figuram entre as modalidades típicas de proteção desses direitos, senão vejamos:

A legítima defesa constitui uma forma de tutela privada dos direitos da personalidade, quando o direito reconhece situações em que a pessoa

lesada pode repelir, pela força, por suas próprias mãos, a ameaça ou a agressão a direito da personalidade.

A lei civil não define legítima defesa, tomando por empréstimo o conceito oriundo de direito penal, que autoriza que a pessoa ofendida adote medida defensiva com o objetivo de repelir o seu agressor, em face da agressão injusta dirigida contra a própria pessoa ou de seus familiares (BELTRÃO In: DELGADO, 2004, p. 452).

Discute-se se há a necessidade de criar uma disciplina autônoma para tratar dos assuntos decorrentes da utilização da Internet. Também se debate sobre a denominação a ser dada a esta nova disciplina se seria Informática Jurídica ou Direito Informático. Quanto à denominação de informática jurídica Vasconcelos (2004, p. 30) afirma que:

Se a informática jurídica pode ser conceituada como a ciência que estuda a utilização de mecanismos e elementos físicos eletrônicos (como o computador e todos os programas que lhe são necessários, na sua relação com o direito), pode-se afirmar, com certa segurança, que ela constitui um importante ramo da ciência, funcionando como fonte do direito.

Todavia, este mesmo autor ressalta que o Direito seria mais complexo, vejamos:

na medida em que não se dedica simplesmente ao estudo do uso dos aspectos técnicos da informática, mas engloba o conjunto de normas, aplicações, processos, incidentes, danos e todas as relações jurídicas que surgem como consequência de sua aplicação e desenvolvimento. Assim, estariam sob tutela do Direito Informático todo o sistema que envolve os computadores e as relações derivadas da criação, uso, modificação, alteração e reprodução do software. E, ainda, o comércio eletrônico e todos os fatos relacionados com as redes e comunicações via internet (VASCONCELOS, 2004, p. 30).

Essas discussões acerca a criação de um ramo autônomo para tratar da internet parece interessante para futuras mudanças, no entanto, temos que solucionar os conflitos atuais que não podem ficar a espera de uma solução legislativa ou da criação de um novo ramo jurídico. Como bem pondera Vasconcelos (2004, p. 30) somente parece indiscutível a urgente necessidade de se regular aqueles campos da atividade informática que carecem de direito vigente aplicável. Como no caso dos crimes cometidos pela Internet, uma vez que a legislação penal

tem aplicação mais restrita, em virtude da necessidade da tipificação. Por isso, é mais difícil de aplicá-las nesses casos.

Entretanto, Paesani (2000, p. 96) defende que os princípios devem ter maior prevalência em relação às regras, em virtude do ritmo de evolução da informática que será sempre mais veloz que a atividade legislativa. Nessa esteira, Lorenzetti (2004, p. 83) salienta a importância da utilização dos princípios para a regulação da Internet e na tecnologia digital em geral, visto que:

Os princípios, além de serem perenes, se tornam cada vez mais importantes. Ante o evidente desprestígio da lei, decorrente da excessiva produção legislativa, tendo em vista a confusão que instalam no sistema os códigos e as oscilações da jurisprudência, e, ainda, levando-se em consideração a multiplicidade de ordenamentos jurídicos que convivem no contexto da globalização mundial, tem-se sustentado, em escala crescente, uma tarefa de simplificação, com base nos princípios (LORENZETTI, 2004, p. 82-83).

Em consonância com esses posicionamentos Drummond (2003, p. 71) assevera que “a proteção no ordenamento brasileiro da privacidade no âmbito na Internet pode ser observada à luz da Constituição, bem como em atenção aos princípios de outras determinações legais”.

3.1 Aplicação do CDC aos bancos de dados na Internet

Fala-se muito que a Internet é um lugar sem limites e sem regras onde se pode fazer praticamente tudo e não ser responsabilizado. Por isso, se discute muito sobre a necessidade de promulgação de leis específicas para a Internet a fim de coibir crimes e os abusos praticados no âmbito da Internet.

Verifica-se que há sim a dificuldade de se regulamentar a internet em virtude desta não ter limites, fronteiras e não por não pertencer a nenhum Estado. Assim sendo, uma das dificuldades que se apresenta para a regulamentação da rede é a

sua descentralização. Oportuno destacar esta observação feita por Santos (2001, p. 57-58):

A internet ignora limites. Não existem questões nacionais, nem internacionais, que lhe oponha óbices. A ausência de fronteiras revela que a internet é um espaço sem território, sem localização geográfica. O mundo inteiro cabe na Internet. De plano, já se apresenta forte contradição. Harmonizar essa ausência de fronteiras com os países que têm a soberania como pano de fundo e que delimitam seu espaço geográfico para exercer os poderes inerentes à soberania. Esse critério não se compadece com a forma anárquica e despida de limites geográficos trazidos ao mundo pela internet.

No entanto, como já demonstrado acima quando há violação ou ameaça a direitos não ficarão sem ser apreciados e tutelados pelo judiciário (art. 5º, inc. XXXV, CF), em razão disso deve-se analisar esta questão à luz da legislação em vigor. De igual forma, o juiz não se exime de julgar quando a lei for omissa ou houver lacuna (LICC, art. 4º, o art. 126 do CPC), haja vista que poderá fazer uso da legislação existente e dos princípios. Convém mencionar que quanto à ordem a ser seguida pelo juiz prevista no art. 4º, da LICC, Paulo Nalin (2004, p. 20) sustenta que se impõe uma revisão natural deste artigo, haja vista que há muitos autores como ele que entendem que os princípios têm aplicação imediata, como já demonstrado no item anterior.

À conta disso, há que se destacar que o art. 5º, inc. XII, dispõe expressamente sobre a inviolabilidade dos dados, vejamos “XII – inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas...”.

Deve-se ressaltar que o direito dos consumidores está entre os direitos fundamentais, tendo em vista a sua previsão no art. 5º, inc. XXXII, da CF, vale lembrar também que a defesa do consumidor é um princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF). Ademais disso, a Lei 8.078/90 é uma norma de ordem pública conforme disposto no seu art. 1º.

Assim sendo, o art. 43 que trata dos bancos de dados e cadastros de consumidores é aplicável aos bancos de dados na Internet. O *caput* deste artigo dispõe que o consumidor tem direito ao acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como de suas respectivas fontes. Esse direito de acesso é decorrente da garantia de informação e da transparência na relação de consumo que estão presentes na Constituição e no CDC (BENJAMIN, 2007, p. 473).

Primeiramente, há que se analisar a diferença entre os bancos de dados dos cadastros de consumidores, o primeiro diz respeito ao armazenamento de informações sobre as pessoas, que pode ter ou não um determinado fim, são informações aleatórias que podem vir ou não a ser utilizadas, ou seja, tem a finalidade de arquivar informações. Enquanto, o segundo se refere a uma relação comercial estabelecida entre as partes em que a informação concedida tem um fim específico como a concessão de crédito ou a venda de algum produto, por exemplo.

Os bancos de dados e o consumidor são tutelados ainda que se trate de situação posterior ao término do contrato ou ainda não se tenha existido a relação de consumo (BENJAMIN, 2007, p. 415). Efig (2002, p. 30) define os cadastros da seguinte forma:

Em relação à forma de coleta dos dados armazenados, diferem os cadastros por terem como traço marcante a especificidade subjetiva na obtenção dos dados a serem disponibilizados sobre o cadastro. Ou seja, são lançados dados somente aqueles consumidores que tenham relação comercial com o fornecedor, e em função desta. Isto porque, nos cadastros propriamente ditos, o fornecedor e o arquivista se confundem na mesma pessoa, angariando informações que “lhe” sejam úteis no exercício da atividade comercial, e exclusivamente aquelas que se refiram a sua clientela.

Em relação aos bancos de dados Efig (2002, p. 30) preleciona que:

Diferente desta é a forma de coleta feita pelos chamados bancos de dados de consumidores, notadamente aleatória em virtude da função meramente econômica que visam com a reunião das informações. No caso dos bancos

de dados, as informações são obtidas de forma a propiciar aos interessados nos sistemas de divulgação o maior número possível de pessoas cadastradas, bem como de informações a respeito destas, sem se preocupar com a possibilidade latente de erros que advenham da atuação de cunho estritamente quantitativo assumida por este tipo de serviço.

Benjamin (2007, p. 425) assevera que nos termos do art. 43, §3º são considerados de caráter público não só os bancos de dados que prestam serviços a terceiros, bem como os cadastros internos de empresas que são para seu uso próprio.

Deve-se ressaltar que a informação fornecida num cadastro pode vir a fazer parte de um banco de dados quando além das informações cedidas são acrescentadas outras obtidas de outra forma (EFING, 2002, p. 32). Vale mencionar que o CDC só admite armazenamento de informações relacionadas ao mercado de consumo, ou seja, aquelas informações que dizem respeito a dados pessoais do consumidor como, por exemplo. Dados sobre a família, características pessoais, o modo de vida não são aceitas, a não ser que estejam fortemente ligadas ao mercado (BENJAMIN apud EFING, 2002, p. 33).

Em razão disso, o § 1º, do art. 43, do CDC determina que as informações devem ser precisas para que “não se apresentem como avaliações passionais, de traços efeitos à intimidade do consumidor, desconectadas da realidade e necessidades do mercado de consumo” (BENJAMIN, 2007, p. 446).

No que tange ao registro de juízos de valor nos cadastros e nos bancos de dados Efig sustenta que:

Da análise desta afirmação, com a qual estamos de acordo, pode-se extrair que aos cadastros de consumidores é possível o lançamento de *juízos de valor* como *informação interna* e para orientar *exclusivamente dos negócios do fornecedor-arquivista*, em virtude da destinação destes dados. Já aos bancos de dados, que têm característica de transferência das informações a terceiros, é defeso o juízo de valor em seus arquivos, estando autorizados somente a lançar dados objetivos e não-valorativos, quanto às relações comerciais do consumidor ou quanto à sua pessoa, estes somente quando sejam indispensáveis às relações de consumo.

Na visão de Efig (2002, p. 35) o legislador no art. 43 fez uso de várias expressões com a “finalidade de abarcar todos os sistemas de reuniões de informações”, uma vez que “não há forma de coleta e divulgação de informações que não estejam se amolde aos conceitos daí advindos”.

Embora se diga que para os bancos de dados não precisem necessariamente de prévia autorização do consumidor deve-se ressaltar é necessário, sempre, que seja preservado os direitos fundamentais como à intimidade, à vida privada, o segredo e do direito à informação, pois estes direitos podem ter a sua esfera de proteção reduzida, mas nunca podem ser aniquilados. Esses direitos somente podem ser reduzidos quando há a sua colisão com outros direitos que também sejam fundamentais. Portanto, se faz necessário deixar claro que não se admite a supressão de um direito, pois há sempre um núcleo mínimo a ser resguardado. Há que se ressaltar que:

de qualquer forma, o consumidor tem o direito de ser avisado previamente da utilização (bem como a cessão de informação obtidas) estar condicionada a sua prévia autorização, até porque o fornecedor não tem o direito de registrar em bens de propriedade do consumidor nem violar sua privacidade ao descobrir suas preferências (MOTTA, 2005, p. 249).

Com relação a captação de dados sensíveis também acarretará em responsabilidade civil quando não forem resguardados, sobre isso Santos (2001, p. 190) afirma que:

Sempre que um dado sensível for entregue e passado adiante, o provedor ou a pessoa que guarda a informação e a repassa é responsável civilmente e pode ser réu de ação que demande dano moral. E a responsabilidade civil é objetiva. Deve ser considerada como de risco a atividade de registro de informação pessoal relativa a origem racial, as opiniões políticas, filosóficas, religiosas, preferências sexuais e outras que sejam consideradas sensíveis ou reservadas. Basta a ilícita colheita desses dados, sem consentimento expresso ou tácito da pessoa, para que haja violação ao direito à intimidade. Muito grave, ainda, será a conduta de quem se apossar de dados à socapa e os vender ou manter negócio com outras pessoas. Havendo utilização da informação com finalidade diversa daquela para a qual foi entregue, mesmo que o dado não seja sensível, também haverá ofensa à intimidade.

Faz-se necessário ressaltar que a abertura de dados pessoais e de consumo deverão ser comunicados por escrito ao consumidor quando este não tiver solicitado isso, assim determina o §2º, do art. 43, do CDC. Esta garantia decorre do direito à privacidade (art. 5º, inc. X, CF) e do direito à informação (art. 5º, inc. XIV, CF).

Os bancos de dados e os cadastros relativos a consumidores, serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público, conforme o disposto no art. 43, §2º, do CDC. Diante disso, em caso de abusos na utilização dos bancos de dados pode ser feito uso do *habeas data*, previsto na Constituição no art. 5º, inc. LXXII, alínea “a”. José Afonso da Silva (2004, p. 154) ensina que as entidades de caráter público são:

instituições, entidades e pessoas jurídicas e pessoas jurídicas privadas que prestem serviços para o público ou de interesse público, envolvendo-se aí não só concessionários, permissionários ou exercentes de atividades autorizadas, mas também agentes de controle e proteção de situações sociais ou coletivas, como instituições de cadastramento de dados pessoais para controle ou proteção do crédito ou divulgadoras profissionais de dados pessoais, como firmas de acessória e fornecimento de malas-diretas.

Temos que a lei 9.507/97 que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data* define que é considerado de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros que não sejam de uso privado do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

Quando houver dados incorretos a respeito do consumidor este poderá requerer extrajudicialmente ou judicialmente a correção de tais dados, com fundamento no art. 43, §3º, do CDC. Denota-se que o CDC não proíbe a criação dos bancos de dados, que contenha dados dos consumidores, no entanto, este deve ser comunicado sobre a criação do registro e pode ter acesso a esses registros (RIBEIRO, 2002, p. 161).

Contudo, como já mencionado anteriormente os dados sensíveis devem ser respeitados, por serem aqueles dados que não dizem respeito à relação comercial e ainda pode prejudicar o consumidor e aquele que está em busca de crédito. Como o seguinte fato que ocorreu:

Exemplo ocorrido nos Estados Unidos deu-se com empresa de seguros que se negava a contratar seguros de saúde com pessoas que sabidamente estavam visitando *sites* na internet relacionados com Aids, o que lhe foi revelado a partir de informações contidas em banco de dados sobre consumidores (RIBEIRO, 2002, p. 153).

A responsabilidade é solidária do fornecedor originário e o banco de dados pelas informações arquivadas (BENJAMIN, 2007, p. 482). Ademais disso, é indiferente se a pessoa tenha tido uma relação de consumo com aquele que gerencia os arquivos de consumo, ademais disso, a sua responsabilidade não pode ser restringida contratualmente. Assim sendo:

A relação entre banco de dados e consumidor não é de cunho contratual, mas legal. Não nasce de um contrato (até porque nem existe), mas de imposição do legislador. Os deveres que circundam e governam essa atividade têm todos essa origem. Aliás, exatamente por serem de ordem pública, abominam derrogação ou mitigação contratual, nem mesmo por cláusula expressa entre o consumidor e o SPC, ou entre este e o seu associado ou cliente (BENJAMIN, 2007, p. 486).

São equiparados aos consumidores aquelas pessoas que tenham os seus dados arquivados, portanto, é aplicável nestes casos o art. 29 do CDC (EFING, 2002, p. 108-109).

Diante disso, se analisará no próximo item o *habeas data* que também poderá ser utilizado para proteção da privacidade.

3.2 *Habeas data* como mecanismo de proteção dos direitos fundamentais

O *habeas data* é o mecanismo adequado para a proteção da esfera íntima das pessoas previsto no art. 5º, inc. LXXII, o qual, ainda, é pouco utilizado. No

entanto, veremos que este remédio constitucional pode ser muito útil para coibir os atos praticados por intermédio da internet que atentem contra os direitos de personalidade.

O *Habeas data* é uma expressão latina que significa *tenhas os dados* (EFING, 2002, p. 64). Segundo Thibau (1996, p. 26) o *habeas data* está entre os direitos fundamentais, vejamos:

Esta afirmação encontra suas bases na idéia de que, através da utilização encontra suas bases na idéia de que através, da utilização do *habeas data* – como garantia constitucional que assegura o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante e possibilita sua retificação, se for o caso – pretende-se, justamente, a preservação da honra, da privacidade, da intimidade, da reputação e da imagem moral da pessoa, estando todos esses objetos inseridos na zona periférica dos direitos da personalidade, além de referi-se, o *habeas data*, a direito personalíssimo, disponível, singularmente, ao titular das informações.

Este remédio constitucional pode ser muito bem utilizado para excluir, corrigir e atualizar dados dos internautas. Por isso, Baracho (apud THIBAU 1996, p. 08) assevera que:

Dentre os assuntos específicos, destaca-se o conceito e o alcance do *habeas data*, que ganhou relevo com avanços da informática, lançando novos caminhos para a tutela dos direitos fundamentais. A matéria está vinculada aos direitos à intimidade, à honra e à dignidade das pessoas, desde que essas situações possam ser afetadas pelo registro indevido de informações contidas em *bancos de dados*.

Nesse diapasão, pondera Drummond (2003, p. 40) que o *habeas data* é muito mais amplo, pois não está relacionado apenas com a tutela da privacidade ou desta no âmbito das novas tecnologias. Ademais disso, qualquer pessoa, bem como o consumidor podem fazer uso desta garantia Constitucional. Como salienta Efig (2002, p. 77) “de fato, Lei do *Habeas Data* é genérica, fazendo-se valer a todos os cidadãos, não excluindo de seu âmbito a aplicação de aplicação os consumidores”.

José Afonso da Silva (2004, p. 452) sustenta que embora a Constituição de 1988 não tenha contemplado o direito de reconhecer e retificar dados pessoais

através de um dispositivo legal, este direito pode ser exercido através do *habeas data*. Como bem salienta Thibau (1996, p. 27):

A criação desse instituto no direito nacional necessário devido às possibilidades de armazenamento de informações as pessoas, que se dilataram, acompanhando o desenvolvimento tecnológico. Com isso, careceu o indivíduo de proteção contra o poder do Estado e de instituições privadas, os quais detêm os recursos necessários para a manutenção de bancos de dados desta natureza, podendo operar nessa seara em detrimento da privacidade e da liberdades individuais.

José Afonso da Silva (2004, p. 451) preleciona que o *habeas data* pode ser utilizado contra:

(a) usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meio fraudulentos, desleais ou ilícitos; (b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária sindical, orientação sexual etc.); (c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.

Como verificado anteriormente os bancos de dados têm caráter público, em razão disso pode se fazer uso do *habeas data* para proteger os internautas que tenham os seus dados coletados. Este remédio constitucional pode ser utilizado tanto para que a pessoa tenha acesso às informações constantes bem para retificá-las. Dessa forma, verifica-se que por intermédio deste instituto jurídico pode haver a tentativa de trazer equilíbrio nas relações entre o cidadão comum e as grandes corporações e ou com o próprio Estado (DRUMMOND, 2003, p. 41). Como bem salienta Drummond (2003, p. 41):

Ainda que não seja aplicável tão-somente à sociedade *tecnocomunicacional*, é neste ambiente que sua proteção abarca ainda maior interesse para nosso estudo, principalmente em decorrência da prática observada pelas polêmicas questões envolvendo as negociações entre bancos de dados por parte de operadores financeiros, a saber, empresas de cartão de crédito, bancos e corporações de um modo geral.

Convém ressaltar que este mecanismo é importante, uma vez que qualquer informação sobre a pessoa que contenha falhas pode acarretar em danos ao seu titular, pois pode atingir os direitos de personalidade, conseqüentemente poderá

acarretar em danos (THIBAU, 1996, p. 206). O que diferencia o *habeas data* do mandado de segurança é que aquele tutela as informações íntimas, enquanto o último diz respeito àquelas contidas em documentos arquivados nas repartições públicas, por exemplo (THIBAU, 1996, p. 208).

Outra peculiaridade do *habeas data* que pode ser citado é a desnecessidade do autor da demanda demonstrar interesse na informação, por se tratar de dados pessoais (THIBAU, 1996, p. 208). O objetivo imediato deste remédio é proteger os dados pessoais, eis que prevê o direito de acesso aos dados, e de forma mediata visa a preservação da esfera íntima das pessoas com a possibilidade de retificação dos dados, evitando-se danos morais e patrimoniais (THIBAU, 1996, p. 208).

Portanto, verifica-se que através deste instrumento é possibilitada a proteção dos direitos fundamentais dando-se efetividade ao direito previsto no art. 43 do CDC. Corroborando este entendimento Calmon de Passos (apud EFING, 2002, p. 62) afirma que:

certamente o *habeas data* pode ser considerado como “resultado da necessidade que modernamente se apresentou de proteção do indivíduo contra o poder, cada vez mais dilatado, do Estado e das instituições privadas, de armazenarem informações sobre as pessoas, e com base nelas operarem em detrimento da privacidade e da liberdade dos indivíduos”.

Drummond (2003, p. 43) arremata “certo é que o *HD* é um remédio constitucional de extrema relevância e suficiente para dotar o cidadão da necessária proteção de seus dados pessoais e de sua privacidade, principalmente na sociedade *tecno-comunicacional*”.

Assim, como bem concluiu Thibau (1996, p. 208) o interesse na preservação dos dados pessoais é tanto do Estado como da sociedade:

Afinal, a preservação da verdade deve ser de interesse tanto do particular como do Estado, considerando que estamos num país democrático, regido por uma Constituição que prima pela transparência dos atos administrativos,

pela manutenção da liberdade das pessoas e a eliminação do abuso do poder.

Convém fazer menção de que se debate acerca da necessidade de exaurimento da via administrativa para se fazer uso do *habeas data*, até porque a Súmula 2 do STJ dispõe que se faz necessário que a informação requerida tenha sido recusada. No entanto, há autores que sustentam que não há necessidade, além do mais o CDC não faz nenhuma ressalva quanto a isso (STURMER, 1992, p. 85-86). Em razão disso:

Não há que confundir-se com esgotar a via administrativa, isto é, fazer requerimentos, pedidos, recursos, o que é totalmente descabido e inexigível. O que tem sido entendido por parte da doutrina e Tribunais, é que haja o simples pedido e, após ele, a omissão ou negativa do banco de dados (STURMER, 1992, p. 86).

A tutela desses direitos essenciais ao ser humano é de extrema importância, haja vista que são eles que servem de base de sustentação para que as pessoas possam desenvolver todas as suas qualidades e potencialidades sem que sofram qualquer tipo de constrangimento. Ademais disso, verifica-se que há violação desses direitos com mau uso dessas informações e sem ao menos que as pessoas saibam do arquivamento desses dados.

Não se pode olvidar que por serem esses direitos fundamentais de extrema importância para o ser humano e por terem um valor inexprimível, são imprescritíveis, assim sendo são passíveis de tutela a qualquer tempo ainda que o seu titular não exerça esses direitos. Ademais disso, a utilização desses mecanismos citados não obstrui a indenização pelos danos causados.

3.3 Projetos de Lei que tratam especificamente da privacidade no âmbito da internet

Veremos neste item alguns dos projetos de lei que tratam da regulamentação do uso dos bancos de dados e da proteção à privacidade.

Há que se mencionar que na lei nº. 7.232 de 1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências, no art. 2º descreve a Política Nacional de Informática, que tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, está prevista a proteção dos dados das pessoas. Consta, ainda, que devem ser atendidos os seguintes princípios:

VIII - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

IX - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas;

Seria propício que a tutela da privacidade fosse feita através de tratados internacionais e com o compartilhamento de informações sobre os infratores que estivessem fora do território nacional, facilitando a responsabilização pelos ilícitos praticados.

A Ordem dos Advogados do Brasil entregou um projeto de regulamentação do comércio eletrônico, respaldando a interpretação proveniente do CDC, no qual também é observada a proteção dada a privacidade pela Constituição (RIBEIRO, 2002, p. 162). Neste projeto consta a necessidade de prévia aprovação do consumidor para a utilização de seus dados (RIBEIRO, 2002, p. 162).

Há, ainda, um outro projeto no Senado de nº. 268, no qual trata da estruturação e do uso de bancos de dados sobre a pessoa (RIBEIRO, 2002, p. 162).

Nesse sentido:

Dito projeto, dentre suas características fundamentais, classifica determinados dados pessoais como de acesso restrito e que, portanto, somente poderiam ser utilizados com a finalidade autorizada pelo indivíduo, assegurando, ainda, o acesso pelo titular dos dados e a retificação de incorreções verificadas pessoa (RIBEIRO, 2002, p. 162).

Nessa esteira, há um outro projeto de Lei de nº. 3.360/00 no qual dispõe sobre a privacidade de dados e relação entre usuários, provedores e portais em redes eletrônicas. Neste projeto, entre outras coisas, consta no art. 1º que é assegurada a privacidade dos dados dos usuários da rede eletrônica Define também o que se considera dados dos usuários no § único do art. 1º “entendem-se como dados dos usuários aqueles que residam em seus equipamentos ou que, de qualquer forma, estejam sob sua guarda, além de suas informações pessoais”. Outrossim, determina que deve ser dada ciência ao usuário com aparição legível e destacada no equipamento, sendo que este terá a opção de aceitar ou não.

Em outra frente temos que a proteção aos dados pessoais também pode ser feita através da auto-regulamentação do mercado, como no caso da Fundação Vanzolini ligada a Universidade de São Paulo que está procedendo a certificação dos *sites* que respeitam a privacidade dos usuários (RIBEIRO, 2002, p. 163). Esta fundação também desenvolveu uma norma nacional de privacidade *on-line* na qual consta que:

a) nenhum sistema de captação de informação pode ser utilizado sem a autorização do usuário; b) o internauta deve saber como seus dados serão utilizados e ter oportunidade de atualizá-los a qualquer momento; c) nenhuma informação sobre crianças pode ser utilizada sem consentimento dos pais ou responsáveis (PODESTÁ In: LUCCA, 2000, p. 169).

Desse modo, as empresas também podem contribuir para o respeito à privacidade ao exigirem que a outra empresa com quem realize algum negócio

também respeite os usuários da rede. Nessa esteira Paesani (2000, p. 36) afirma que:

Das novas situações criadas, podem surgir contrastes de difícil composição entre os diversos sistemas de leis dos países interessados. O recurso direcionado a *autodisciplina* permitiria manter a liberdade da rede e, ao mesmo tempo, disciplinar toda a forma de comportamento mantida na *Internet* por operadores e usuários. Ou seja: conforme explica A. Monti, as normas internas da rede devem, de um lado, conciliar a exigência da aplicação das leis de cada Estado aos sujeitos que operam no interior dos correspondentes ordenamentos jurídicos, e, por outro lado, tentar uniformizar o comportamento no plano transnacional, condição indispensável para a existência e o desenvolvimento da *Internet*.

Complementa, ainda, esta autora:

Portanto, o funcionamento da rede recusa um controle hierárquico, global ou qualquer possível sistema de censura da informação ou da comunicação, mas acata e faz apelo à responsabilidade dos fornecedores e usuários da informação desse espaço público. A profusão do fluxo de informações não impede que a coletividade dos *internautas* construa hierarquias e estruturas por sua própria conta e crie mecanismos próprios de defesa da privacidade e de controle das informações (PAESANI, 2000, p. 58).

A União Européia estabeleceu alguns princípios acerca da matéria de sociedade informática na Resolução do Conselho que foi realizado em 1996, um deles diz respeito ao “direito à intimidade que deverá ser protegido e a informação deverá ser comunicada e tratada com medidas de segurança e reserva” (SANTOS, 2001, p. 128).

Tendo sido adotado pela União Européia a *auto-regulamentação* através da resolução do Conselho das Telecomunicações de 28 de novembro de 1996, que consiste na elaboração de regras que os usuários aceitam ou não (PAESANI, 2000, p. 36). Porém, Lisboa (In: LUCCA, 2000, p. 475) assevera que a auto-regulação deste setor não seria suficiente, haja vista que a *Internet* pode ser utilizada de forma indevida por alguns e, por isso, proporciona riscos em matéria de concentração e controle social.

Parece muito interessante que não haja a necessidade de leis e de fiscalização para impor limites. No entanto, a questão é se já estamos preparados para viver desta forma.

Cumpra observar que existem programas que ajudam no controle da privacidade como a criptografia, que pode ser conceituada como “a arte de cifrar a escrita de modo a torná-la ilegível para quem não possuir o respectivo código” (Matos, 2005).

Merecem destaque as seguintes conclusões apresentadas por Dotti (1980, p. 149) acerca de como deve ser a utilização da informática:

(...) *Quarta:* A informática e as conquistas da ciência e da tecnologia devem visar à realização de bem comum e a satisfação dos direitos e das garantias individuais.

Quinta: A utilização da informática deve merecer disciplina constitucional, observando-se os seguintes princípios:

1º - Não poderão ser colhidas ou tratadas as informações referentes a convicções políticas e filosóficas, credo religioso e intimidade da vida privada.

2º - A proibição de sistemas de informação pessoal de existência secreta. Os dados somente poderão ser colhidos em regime de autorização legal e utilização segundo os fins a que se destinam.

3º - A proibição de colheita de informações mediante coação ou fraude.

4º - O direito de acesso aos registros de caráter pessoal, existentes em bancos públicos ou particulares, bem como o direito de retificação e supressão.

5º - O impedimento da atribuição de um número ou registro nacional único das pessoas naturais.

Corroborando este posicionamento Efig (2002, 38) assevera que o desenvolvimento tecnológico deveria convergir “para o aprimoramento das relações sociais, como instrumento da realização humana e a serviço do homem”.

Embora a melhor forma de proteção seja a prevenção, e o desenvolvimento da Internet, de certa forma, seja recente e tenha sido veloz devem ser tutelados tais direitos, pois a sua violação atenta contra a dignidade da pessoa humana.

Mas, como se sabe no Brasil é muito demorado o processo legislativo para votação de novas leis, ainda mais quando se trata de assuntos polêmicos, em razão

disso os direitos violados não podem ficar despojados de tutela jurídica até que se aprovem medidas mais específicas. Como vimos a legislação existente pode, deve e já está sendo aplicada quando há violação aos direitos de personalidade.

Considerações finais

Os direitos de personalidade de alguma forma já eram tutelados ao longo da história, no entanto, foi com a ascensão da burguesia e por causa da Segunda Guerra que se passou a tutelá-los de forma mais intensa em virtude da constitucionalização destes direitos. Propiciando também a proteção de outros direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana.

Os direitos de personalidades são inerentes a pessoa, uma vez que são necessários para o desenvolvimento das suas potencialidade, para se conviver em sociedade e quando há o desrespeito a esses direitos se atingi a dignidade da pessoa. Em assim sendo, esses direitos estão em constante evolução e não se esgotam naqueles que estão positivados. Não se pode olvidar o constante no art. 5º, §2º, da CF, que dispõe que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotado ou pelos tratados internacionais. Convém mencionar que a intensidade de proteção dada a esses direitos varia conforme o tempo e a sociedade.

Cabe destacar que a tutela desses direitos decorre da Constituição da República com respaldo no Código Civil, bem como por outros ordenamentos jurídicos, como o de Direito Penal. O Código Civil de 2002 concedeu maior proteção e importância a esses direitos, tendo em vista que trouxe um capítulo específico que trata sobre o assunto, com mecanismo de proteção mais eficaz e com a adoção das cláusulas gerais. Não se pode deixar de mencionar a constitucionalização do Direito Civil em que há integração e a complementação dessas áreas, portanto, não se faz mais sentido ter a divisão entre direito público e privado, ante a publicização do direito privado.

Considera-se o art. 1º, inc. III, da CF e os arts. 12 e 21 do CC/02 como cláusulas gerais que servem de fundamento para a proteção dos direitos de personalidade. Tendo em vista que se busca a plena proteção da dignidade da pessoa humana, pois ser humano deve ser o centro de proteção e da finalidade do Estado para que possa viver com qualidade de vida e desenvolver as suas potencialidades.

Os direitos de personalidade são considerados um direito subjetivo, com as seguintes características a universalidade, o seu caráter absoluto, com eficácia *erga omnes*, são extrapatrimoniais, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, inexpropriáveis entre outras características.

Com o avanço tecnológico nota-se a crescente violação destes direitos, principalmente da vida privada e da intimidade e de seus desdobramentos. Denota-se que a vida privada constitui uma esfera mais ampla em que está contida a intimidade. Portanto, a fatos que podem ser compartilhados com determinadas pessoas enquanto outros só dizem respeito ao próprio indivíduo. Logo, há situações em que um desses direitos é violado e o outro não.

Diante disso, verifica-se a existência de dados sensíveis e não sensíveis em relação a pessoas, ou seja, aquelas informações que podem ou não ser repassados para terceiros. São considerados dados sensíveis a opinião política, o estado de saúde, situação financeira entre outros. Por outro lado, o nome, endereço, idade, estado civil etc. são considerados como dados não sensíveis. Contudo, o cruzamento dessas informações que abastecem os bancos dados com informações violam a privacidade e é neste momento que se revela a importância desses dados e o perigo decorrente da sua manipulação.

A manipulação das informações pessoais obtidas via internet para serem utilizadas em banco de dados violam o direito a privacidade quando não autorizada a sua captação, ou que tenham sido obtidas de forma ardilosa e, ainda, quando são compartilhados, sem autorização, com terceiros.

Devido a isso, a pessoa tem o direito de ser informada, de ter acesso a essas informações captadas, direitos que estão garantidos no art. 5º, incisos XIV e XXXII.

Em virtude disso, a formação dos bancos de dados na Internet preocupa, uma vez que agride direitos de tamanha magnitude, ante a facilidade de obtenção das informações referentes as pessoas que alimentam os bancos de dados. O que mais preocupa é o tipo de informação obtida e o seu cruzamento que é capaz de formar um perfil da pessoa, que em virtude disso essas informações ganham um valor ainda maior, haja vista o poder de quem as detém pode exercer. Além disso, essas informações podem ser utilizadas em detrimento das pessoas, influenciando-as negativamente através da publicidade, restringindo o seu crédito ou até mesmo a contratação de determinados serviços.

Por isso, se fala no direito de controlar o uso que os outros fazem das informações obtidas que diga respeito tão-somente a pessoa, que pode ser denominado de direito a “autodeterminação informática” ou a “privacidade informática”.

Os provedores de Internet são considerados prestadores de serviços, que se enquadram na categoria de fornecedor, em razão disso a eles se aplica o CDC. Tendo em vista que é através da contratação do provedor de acesso, que é interligado ao *backbone*, que o internauta tem acesso a Internet. Há, ainda, outros

provedores que prestam outros tipos de serviços tais como de conteúdo ou informação, hospedeiros e os gratuitos.

A análise se é uma prestação de serviço ou não será feita no caso concreto, pois o provedor gratuito pode ser remunerado indiretamente, caracterizando-se neste caso uma relação de prestação de serviço. Portanto, por ser uma relação de consumo se aplica o CDC e a responsabilidade será objetiva, incluindo-se terceiros que podem ser equiparados aos consumidores (art. 29 do CDC).

Com relação a privacidade do usuário o provedor de acesso deverá manter em sigilo das atividades de comunicações e uso da Internet pelo seu cliente, obrigação esta que decorre do dever de guardar o sigilo profissional. Assim, somente poderá revelar informações sobre o internauta mediante determinação judicial.

A privacidade pode ser violada através da atuação dos *cookies*, *spams*, *hackers*, *crakers*, dos vírus, da interceptação de *e-mails* que obtém informações acerca do internauta, que transferem estas informações aos bancos de dados. O *spam* geralmente é utilizado para fazer propagandas, por isso não se pode dizer que este viole a privacidade. Contudo, certamente geram muitos incômodos passíveis de indenização. Portanto, haverá responsabilização na seara civil em decorrência do desrespeito a esses direitos.

Embora se diga que a Internet não tem limites e não haja leis específicas a serem aplicadas verifica-se que as leis em vigor são aplicáveis as relações jurídicas ali existentes. Tendo em vista que quando há conflitos este não podem ser deixados de ser resolvidos e pacificados. Ademais, os direitos fundamentais devem ser protegidos, pois o Judiciário deve zelar pela observância e cumprimento da Constituição da República. Devido a isso, se deve levar em consideração que o

artigo 5º, inc. XXXV determina que não será excluída da apreciação do judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Outrossim, a LICC, no art. 4º, determina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo coma analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”, de igual modo prescreve o art. 126 do CPC.

Além disso, o Estado não pode ser abster-se de tutelar os direitos dos indivíduos que são violados, sob pena de termos desequilíbrios sociais e voltarmos ao século XVIII onde atividade econômica se sobrepunha aos direitos individuais. Destarte, o uso das informações individuais retiradas da internet não podem ser utilizadas no sentido de desrespeitar a dignidade da pessoa humana.

Em assim sendo, não obstante se tenha a sensação de que no mundo virtual não há limites, por não ter leis específicas deve ser superado até porque “virtual é o meio e não o serviço” (VASCONCELOS, 2004, p. 113), assim como as violações aos direitos e os danos são reais. Por conseguinte, a Constituição, os princípios, o Código Civil, o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor tem aplicação para a solução dessas lides e para a proteção das violações cometidas aos direitos fundamentais.

Outrossim, a violação da privacidade pelos bancos de dados na Internet pode ser protegida através do *habeas data* (art. 5º, inc. LXXII, CF e Lei nº. 9.507/97) e pelo art. 43 do CDC que garantem o acesso aos informações acerca da privacidade e a sua correção. O *habeas data* tem aplicação mais ampla por se tratar de um remédio constitucional e não está adstrito a uma relação de consumo. Dessa forma, é facultada a escolha de qualquer um destes procedimentos para a proteção dos direitos fundamentais.

Ademais disso, os bancos de dados são considerados entidades de caráter público. Deve-se ressaltar, portanto, que as informações constantes nos bancos de dados são de interesse da pessoa mesmo que a relação contratual tenha terminado ou sequer tenha existido.

Todavia, em relação a punição de crimes cometidos na Internet é uma questão seja um pouco mais delicada, pois o Direito Penal não admite interpretação analógica, senão para beneficiar o réu. Em virtude disso, neste caso se deva fazer leis específicas para o mundo virtual, embora algumas leis penais como a Lei nº. 9.296/96 vem sendo aplicada aos crimes “virtuais”, como invasão de provedores de Internet e computadores.

No Brasil as pessoas têm uma tendência a acreditar que deve existir uma lei para cada situação específica, caso contrário estarão desamparadas. Ocorre que a proliferação de muitas leis acarreta em dificuldade para serem aplicadas, portanto deve-se fazer uma interpretação sistemática integrando as leis existentes. Logo, somente deve ser criadas leis para casos muito específicos, em que não há legislação aplicável.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BELTRÃO, Silvio Romero. Tutela Jurídica dos Direitos da Personalidade. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). **Questões controvertidas – Série grandes temas de direito privado, V. 2**. São Paulo: Método, 2004, p. 449-463.

BEHRENS, Fabiele. Spam, publicidade, privacidade e o Código de Defesa do Consumidor. In: EFING, Antônio Carlos (coord.). **Direito do Consumo – 3**. Curitiba: Juruá, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Dos bancos de dados e cadastros de consumidores. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 410-497.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. 1ª ed. São Paulo: Romana Jurídica, 2004.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DONEDA, Danilo César Maganhoto. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 111-135.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. **Revista de informação legislativa**, a. 17, n. 66, p. 125-152, abr./jun., 1980.

DRUMMOND, Vitor. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

EFING, Antônio Carlos. **Banco de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: RT, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos - a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

GUERRA, Sidney César Silva. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito e internet - aspectos jurídicos relevantes**. Bauru, SP: Edipro, 2000.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio eletrônico**. SP: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 63-87.

MATOS, Tiago Farina. Comércio de dados pessoais, privacidade e Internet . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 427, 7 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5667>>. Acesso em: 12 maio 2007.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para um teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: DELGADO, M. L; ALVEZ, J. F. (coord.). **Novo Código Civil – Questões Controvertidas, V.1**. São Paulo: Método, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10ª ed. SP: Jurídico Atlas, 2001.

MOTTA, Fernando Previdi; GUELMANN, Karine Rose; CASTILHO, Willian Moreira. Reflexões sobre o direito do consumidor e a internet. In: CONRADO, Marcelo (org.). **Repensando o direito do consumidor: 15 anos do CDC**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2005, p. 239-254.

NALIN, Paulo (org.). **Princípios de Direito Contratual, V. I**. Curitiba: Juruá, 2004.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e internet: Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2000.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Constituição Federal de 1988 Dez Anos (1988-1998)**. 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na internet: uma primeira reflexão. **Revista de direito do consumidor**, n. 41, p. 151-165, jan./mar., 2002.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral na internet**. São Paulo: Método, 2001.

SCHEMKEL, Rodrigo Zasso. **Violação do direito à privacidade pelos bancos de dados informatizados**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7309>>. Acesso em: 12 maio 2007.

STURMER, Bertram Antônio. Bancos de dados e “habeas data” no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 1, p. 55-94, mar., 1992.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua Tutela**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA JUNIOR, Roberto Roland Rodrigues da. **Internet e Direito: reflexões doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____ **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THIBAU, Tereza Baracho. **O Habeas Data**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet – Responsabilidade do Provedor pelos Danos Praticados**. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.