

A TUTELA DA PRIVACIDADE NA INTERNET

THE PROTECTION OF PRIVACY ON THE INTERNET

Alexander Seixas da Costa*

RESUMO: A internet assume nos dias atuais um papel cada vez mais atuante, de tal forma que existe uma tendência de que as pessoas venham a utilizá-la. Por sua vez, os direitos da personalidade representam a proteção da pessoa humana em vários de seus aspectos, dentre eles, de dados particulares, ou seja, a privacidade. Uma das questões que se apresenta na contemporaneidade consiste em conciliar o progresso decorrente da tecnologia da informática com a não violação da privacidade, e de que forma é possível tutelar estes dados pessoais no âmbito da Internet. Diante da pluralidade das hipóteses de ofensa à privacidade pela internet, optou-se por analisar os casos pertinentes a coleta de informações por banco de dados, as redes sociais e o direito ao esquecimento como algumas circunstâncias em que a privacidade ficaria vulnerável diante do avanço tecnológico.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade; Internet; Direitos; Personalidade; Esquecimento.

ABSTRACT: The internet nowadays assumes an increasingly active role, such that there is a tendency that people will use it. In turn, personality rights represent the protection of human beings in many of its aspects, among them private data, ie the privacy. One question that presents itself is to reconcile the contemporary progress of computer technology due to the non-violation of privacy, and how it is possible to protect this personal data within the Internet. Given the plurality of hypotheses offense to privacy on the Internet, we chose to analyze the cases to collect relevant information for the database, social networks and the right to be forgotten as some circumstances in which privacy would be vulnerable in the face of technological advancement.

KEYWORDS: Privacy; Internet; Rights; Personality; Forgetfulness.

1 INTRODUÇÃO

1.1 ASPECTOS GERAIS DA INTERNET

A internet representa, na atualidade, um recurso que está presente na vida da maior parte das pessoas. Inicialmente, aos tempos dos primeiros computadores, no contexto da

* Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em História do Brasil pela UFF. Professor Assistente da Universidade Federal Fluminense. Professor da Faculdade Cenequista de Rio das Ostras. Professor da Universidade Candido Mendes (Nova Friburgo). Endereço eletrônico: alexandermt@yahoo.com.br

Guerra Fria, nos anos de 1960, onde cada iniciativa era valiosa para combater o inimigo no mundo bipolarizado entre o regime capitalista e socialista, as informações obtidas pela internet eram de cunho militar e estratégico. Nos Estados Unidos da América foi criada nos anos de 1960 a *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) com a finalidade de transmitir dados sigilosos em meio a uma possível ameaça soviético,¹ e, portanto, a sua utilização era restrita.

A partir do momento em que a internet foi liberada para o domínio público surgiu um mercado consumidor. Com o registro do protocolo TCP/IP, a partir das pesquisas feitas por Vinton Chef, proporcionou a possibilidade de comunicação entre vários networks² o que representou, certamente, um grande impacto em termos de comunicação. A década de 1990 foi marcada pela crescente atividade da internet para uso particular, que se faz através de provedores de internet, que exploram economicamente este serviço, embora seja uma categoria ampla que envolva um subconjunto de grupos, a saber: os provedores de *backbone*, provedor de acesso, provedor de correio eletrônico e provedor de hospedagem.³

Para que serve, afinal, a internet? Qual seu objetivo? Cuida-se de uma rede internacional computadores que permite uma gama enorme de atividades, desde uma simples curiosidade, identificar o caminho para chegar a determinado local, celebração dos mais variados tipos de contratos, entretenimento, por meio de jogos e também pesquisas acadêmicas. Existe, certamente, um enorme potencial na internet, que permite uma pessoa se conectar com qualquer outra, pouco importando a distância, o que revela alguns dos benefícios que se pode obter pela internet:

Com o advento da Internet e, com ela, do ciberespaço, a concepção clássica de território transfigurou-se, uma vez que esta possibilitou o tráfego rápido e eficiente de informações, bem como a interação num espaço que desconhece os limites impostos por fronteiras. Não existe separação de lugar na rede. A noção de lugar passa a ser qualquer ponto desta em que se possa ter acesso à informação. O ciberespaço permite escapar às limitações da vida real. O conceito de território está intimamente relacionado a uma ideia nova, qual seja a de rede. Esta, como território, caracteriza-se pela localização da

¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes no meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13.

² PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet. Liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10.

³ LEONARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81-89.

informação. A informação na rede, portanto, passa a ser o elemento identificador do território no ciberespaço.⁴

No entanto, não é incomum que, por outro lado, a internet seja também o local para a prática de crimes, ou ainda a divulgação de discursos preconceituosos, bem como o uso de dados pessoais. Os jornais recentemente noticiaram a divulgação de Edward Snowden sobre a espionagem da presidente da república do Brasil, Dilma Rousseff, de alguns ministros e da empresa Petrobrás pela Agencia Nacional de Segurança dos EUA. A obtenção de tais dados podem ser encarados como ofensa à soberania do Brasil, com acesso à informações privilegiadas? Como fica a proteção a privacidade, se, até mesmo os chefes de Estado são vítimas de tal violação? É fundamental que exista alguma legislação para reprimir esta conduta?

Atualmente, no plano legislativo, existe o projeto de lei 2126 de 2011, mais conhecido como marco civil da internet. Este projeto procura regulamentar as relações na internet, e significa, possivelmente, um passo para que as relações jurídicas. O referido projeto assinala, dentre os princípios a garantia da liberdade de expressão, bem como a proteção à privacidade e aos dados pessoais. Certamente, é um avançar no que tange à necessidade de se legislar sobre o tema, mas ainda assim persiste a questão sobre a efetividade do marco civil da internet. É preciso, desta forma, identificar no primeiro momento o que caracteriza a privacidade no mundo atual, e de que forma o direito pode conferir uma tutela a privacidade no chamado mundo virtual.

1.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Código Civil vigente estabelece na sua parte geral um livro dedicado aos direitos da personalidade, no qual se destaca o direito à vida, a imagem, a honra e a vida privada. A ausência da previsão destes direitos na legislação civil revogada de 1916 pode ser justificada porque a teorização dos direitos da personalidade data do final do século XIX e, naquele contexto, ainda não havia condições para ser inseridos nos códigos, tendo em vista a noção de totalidade e sistematização.⁵

⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari, *ob cit*, p. 15.

⁵ ANDRADE, Fábio Siebenechler. Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002, p. 102. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

A Constituição Federal, por sua vez, também assegura a proteção contra a violação da “vida, imagem e honra”, apresentando-os enquanto direitos fundamentais. Os direitos da personalidade seriam, então, direitos constitucionais? Para Paulo Luiz Netto Lobo, os direitos da personalidade seriam pluridisciplinares⁶ pois não se pode definir um “campo fixo” seja no direito civil ou constitucional e desta forma podem ser tratados pelos publicistas pelo ângulo dos direitos fundamentais e na qualidade de direitos inatos da pessoa pelos civilistas.⁷

Na concepção de Maria Celina Bodin de Moraes, os direitos da personalidade devem ser concebidos a partir do prisma de uma tipicidade aberta, defendendo que existe uma cláusula geral para proteger a pessoa, à luz da dignidade da pessoa humana. Em algumas circunstâncias, segundo esta autora, será necessário inclusive ser empregada a técnica da ponderação de interesses.⁸ Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana serviria como uma diretriz ao legislador ordinário, que deve estar em consonância com a Constituição Federal.

Há quem faça uma crítica à simples referencia para a expressão dignidade da pessoa humana, sustentando que seja necessário reconhecer um direito geral de personalidade previsto no próprio direito civil.⁹ Neste sentido, aponta-se o *caput* do artigo 12 do Código Civil uma cláusula geral a respeito do direito da personalidade.

No entendimento de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, o próprio direito civil proporciona a normatividade para os direitos da personalidade, sem necessidade de recorrer à Constituição Federal.¹⁰

2 O DIREITO À PRIVACIDADE

2.1 O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO PRIVACIDADE

⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Vol 6, abr/jun, 2001, p. 83.

⁷ Os direitos da personalidade não se confundem com todos os direitos fundamentais, inclusive com os de primeira geração, máxime os que configuram garantias aos indivíduos em face do Estado, pois são externos à pessoa; não são inatos. Do mesmo modo, o caráter de exterioridade está presente nos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações. Todavia, os direitos de quarta geração, referidos por Bobbio, apresentam pertinência com os direitos da personalidade, pois a integridade genética e direito inato à pessoa humana, não podendo ser substancialmente modificada. Cf. LOBO, *ob cit*, p. 84

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 128.

⁹ ANDRADE, Fábio, *ob cit*, p. 108.

¹⁰ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

A sociedade atual é marcada pela exposição ao público, pela ideia de tornar públicas as mensagens que, em princípio, deveriam ser privadas ou restritas a um grupo de pessoas. A título de exemplo, pode-se indicar o *Big Brother Brasil*, em que várias pessoas se candidatam a participar de um programa em que poderão ser vigiadas a todo instante por aquelas que pagam para assistir a esta “vigilância”. Nas redes sociais, em particular no *facebook*, é recorrente a postagem de fotos com familiares, ou de um vídeo de um show ao vivo de um cantor, sem falar nos vários compartilhamentos de ideias.

A definição do que represente, efetivamente, a privacidade, não representa uma tarefa fácil, principalmente para delimitar o que incide sobre o campo da privacidade, principalmente pelo preceito constitucional que assegura a proteção, no seu artigo 5, inciso X, da intimidade da vida privada.

Na visão de Alexandre de Moraes, a intimidade e vida privada são conceitos próximos, mas que se não se confundem. Explica o constitucionalista que a intimidade estaria ligada aquelas relações familiares e de amizade, mais próximas do seu foro íntimo, ao passo que a vida privada se refere a todo e qualquer relacionamento da pessoa, tal como as relações profissionais e de estudo.¹¹

No mesmo sentido, e apontando para as dificuldades de se definir o que seria a privacidade, Danilo Doneda apresenta algumas referências à uma noção de privacidade, tal como “o direito de estar só”, com referência a Warren e Brandeis, ou a doutrina de Hubmann, ao descrever que haveria alguns graus de privacidade (também conhecida como teoria da “pessoa como cebola passiva”).¹² Para este autor, ainda que existam distinções entre “vida privada”, “intimidade” e “privacidade” – e na sua acepção prefere empregar o termo privacidade – entender-se-ia que são situações que devem ser valoradas da mesma forma, seja em razão do Constituinte ter optado pelo excesso na proteção das informações particulares das pessoas, e ainda, pela necessidade de que, ainda que haja divergência semântica, deve-se privilegiar a aplicação deste direito fundamental.¹³ Assevera ainda este autor que, mesmo que não seja possível identificar um único conceito para a privacidade, é presente que reflete uma resposta à tecnologia de cada época.¹⁴

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 138.

¹² DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

¹³ DONEDA, Danilo, *ob cit*, p. 110.

¹⁴ DONEDA, Danilo, *ob cit*, p. 60.

Por fim, a referência de Marcelo Leonardi que, estabelecendo uma classificação em duas categorias de privacidade, a saber, os conceitos unitários, em que se objetiva um núcleo único, e o conceito plural, aponta para a defesa desta última acepção, fazendo referência a Ludwig Wittgenstein, no qual afirma que não há pontos em comum, mas “apenas uma rede de partes conectadas, sem um elemento central”.¹⁵ Cita ainda Daniel Solove, que refutando a ideia de um conceito único de privacidade, mas aponta tal definição enquanto uma “proteção contra uma pluralidade de problemas distintos, relacionados entre si”¹⁶

Com o propósito de exemplificar a noção de que não se deve adotar uma definição de privacidade que tenha um único elemento, mas uma pluralidade, ou uma “semelhança de família”, Marcel Leonardi aponta alguns exemplos, ressaltando a grande divergência entre as situações, dentre elas, as seguintes: um vídeo particular de um casal praticando atividades sexuais em uma *Web* sem autorização, um jornal eletrônico que publica documentos secretos obtidos ilícitamente e um provedor de acesso à Internet compartilha com terceiros dados dos seus usuários.¹⁷

2.2 OS BANCOS DE DADOS E A INTERNET

Uma das formas mais comuns de reunir informações consiste nos chamados banco de dados. O banco de dados, na definição de Bertam Antônio Stürmer, “é toda e qualquer reunião de dados pessoais ou de consumo, gerais ou específicos sobre débitos, feita por pessoa física ou jurídica, privada ou pública, sob a forma de fichas, registros ou cadastros, por processo manual, mecânico ou eletrônico, para uso próprio ou fornecimento a terceiros, independente da finalidade do dado ou da informação”.¹⁸ Estes dados podem ser utilizados apenas para o uso do proprietário do banco de dados, serem vendidos a terceiros que queiram informações sobre o consumidor ou de uso público, requerido pelo usuário ou não voluntário, e ainda apresentam várias finalidades, para restrições públicas, fins de saúde e crédito.¹⁹

A ideia de criar um Banco de Dados tem origem por volta da década de 1950, época em que a pesquisa pelo “consumidor inadimplente” era marcada por um sistema lento e caro,

¹⁵ LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 85.

¹⁶ LEONARDI, Marcel, *ob cit*, p. 86.

¹⁷ O autor faz referência a outras hipóteses, que podem ser conferidas em na sua obra. Cf. LEONARDI, Marcel, *ob cit*, p. 89.

¹⁸ STÜMER, Bertram Antônio. Banco de Dados e “Habeas Data” no Código de Consumidor, In: *Revista de Direito do Consumidor*, n 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 62.

¹⁹ É a classificação adotada por Bertram Antônio Stürmer, *ob cit*, p. 63-69.

pela atuação de funcionários conhecidos como “informantes”, responsáveis pela coleta de informações daquele que requeria um crédito.²⁰ A finalidade dos Bancos de Dados consiste em assegurar àquele que se dedica ao comércio uma “certeza” ou confiança no adimplemento do contrato por outra parte, e assim, determinar se é válido ou seguro conceder crédito a alguém. A própria definição de crédito implica na verificação de dois elementos: a confiança daquele que aceita a promessa de pagamento futuro, por garantias pessoais ou reais, e o tempo, sendo um ato de confiança do credor em relação ao devedor.²¹

Ocorre que a confiança em alguém requer o conhecimento do outro, o que nem sempre é possível diante do fato de que, em geral, consumidor e fornecedor são pessoas totalmente estranhas, e aquele que presta serviço precisa de um critério mais objetivo para saber se o consumidor apresenta capacidade financeira e cumpre os contratos. Com o propósito de minimizar os riscos da oferta de crédito, os bancos de dados representam uma realidade de importância notória nas relações econômicas, evitando maiores prejuízos àqueles que oferecem o crédito, e assim, percebe-se a substituição da confiança pela informação obtida nos banco de dados, além de potencializar e tornar mais rápido o fornecimento do crédito, representando um grande incentivo às relações de consumo.²²

Apesar de todos os benefícios presentes nos banco de dados, a sua utilização pode ensejar danos tanto ao fornecedor e mais ainda ao consumidor arquivado, seja um dano patrimonial ou moral, que pode ser exemplificado em várias maneiras: inscrição do consumidor sem estar inadimplente, utilização de termos desabonadores, emprego destes bancos de dados desvirtuados de sua finalidade e ainda a invasão à privacidade, em que o consumidor sequer sabe que seus dados estão armazenados, ou “negociados” com outros fornecedores, sem que a pessoa tenha qualquer controle desta situação.

Assim sendo, não raro um consumidor vem a realizar um cadastro *on line* para receber promoções a respeito de uma loja de roupa feminina. Suas informações, a respeito do local onde mora, profissão, idade, se possuem ou não filhos, podem ser transferidas para outra

²⁰ Segundo Antonio Carlos Efig, *Banco de Dados e Cadastro de Consumidores*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 24-25, as precursoras do sistema de vendas a crédito foram a Casa Masson, em 1953, e as Lojas Renner, e em 1955 tem-se a criação do primeiro SPC (Sistema de Proteção ao Crédito) em Porto Alegre.

²¹ A abordagem do crédito em dois elementos é feita por Eunápio Borges, *apud* STÜRMER, Bertram Antônio, *ob cit*, p. 57.

²² Desta forma, ressalta Antonio Carlos Efig, *ob cit*, p. 36: “A dificuldade antes encontrada para se descobrir a saúde e idoneidade financeiras do candidato ao crédito foi facilitada sobremaneira pela instituição dos arquivos de consumo, tornando forma de verdadeiros auxiliares do comércio. Certamente, grande parte do avanço das relações de consumo se deve à agilidade e segurança das concessões creditícias, que só existem em função do implemento dos bancos de dados e cadastros de consumidores.”

empresa, por exemplo, que explore a venda de bens próprios da profissão desta pessoa, ou de serviços para crianças menores. O banco de dados, que inicialmente foi criado com o intuito de permitir uma relativa “segurança” para aquele que concede o crédito, hoje figura como um elemento de constante circulação de informações que, muitas das vezes, não tem o menor controle daquele que prestou a informação. Esta é a preocupação apontada por Stefano Rodotá ao destacar que:

Essa evolução gera novos e significativos contextos. As informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para os gestores dos sistemas interativos. Estes, elaborando as informações obtidas quando do fornecimento dos serviços, podem “criar” informações novas (perfis de consumo individual ou familiar, análise de preferência, informações estatísticas, etc), que interessam a outros sujeitos, a quem estas informações podem ser vendidas.²³

Neste sentido, o grande desafio hoje é de que forma seria possível controlar a “troca” ou a divulgação de banco de dados entre as empresas. É preciso, neste caso, que haja uma regulação, a fim de que apenas no caso de consentimento expresso da pessoa, possa um dado seu ser transferido, e sempre explicitando para quem deverá ser direcionado. Assim sendo, uma loja de roupas que tem em seu poder a informação de um cliente que compra frequentemente roupas para frio, poderia, desde que devidamente autorizada pelo seu cliente, a transferir as informações para uma agência de viagens, para que esta possa oferecer pacotes de viagens para lugares com a temperatura mais baixa.

Observe, porém, que esta autorização não deve ser aquela própria dos contratos de adesão, previsto, por exemplo, no cartão de crédito ou no sitio onde se adquire o bem. Ao contrário, deve ser conferida ao consumidor, de forma clara, a quem se deseja transferir seus dados, para que possa avaliar se seus dados devem ser, ou não, transferidos.

2.3 PRIVACIDADE E SPAM

É comum e frequente receber uma mensagem comercial de algum serviço ou oferta de produto no email pessoal sem que se tenha qualquer vínculo contratual com o fornecedor em questão. Trata-se de um spam, prática publicitária comum cujo objetivo é obter mais consumidores a um custo muito mais baixo, pois uma vez tendo os dados, podem-se enviar

²³ RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância – a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, p. 46;

várias vezes diversas mensagens. Diante desta situação, a primeira interrogação consiste em se questionar se existe uma ofensa a privacidade de uma pessoa receber uma mensagem não solicitada, ainda que seja de seu interesse, como no caso de um consultório de advocacia que envia mensagem para idoso a respeito de eventual reajuste beneficiário a que faz jus, ou a alguns servidores públicos, em razão de alguma declaração de inconstitucionalidade da lei que possa beneficiá-lo. Neste caso, poder-se-ia pensar que, tal situação seria admissível ante a liberdade de trabalho, e também por representar uma defesa nos interesses destas pessoas. No entanto, tal entendimento deve ser visto por outro aspecto. Assim, ainda que o ajuizamento, e vitória no processo decorrente desta prática possam trazer benefícios a esta pessoa tem-se uma violação à privacidade, pois não lhe fora autorizado se “apropriar” destes dados sem o devido consentimento.

A Diretiva 2002/1958 da União Europeia, no seu artigo 13, aponta como requisito o consentimento do usuário para a situação de “chamadas automatizadas”, que equivalem justamente à questão do spam. Nesta diretiva é necessário que haja a concordância do usuário, reforçando, pois, a autonomia do agente, como assinala abaixo:

Artigo 13º

Comunicações não solicitadas

1. A utilização de sistemas de chamada automatizados sem intervenção humana (aparelhos de chamada automáticos), de aparelhos de fax ou de correio electrónico para fins de comercialização directa apenas poderá ser autorizada em relação a assinantes que tenham dado o seu consentimento prévio.

[...]

4. Em todas as circunstâncias, é proibida a prática do envio de correio electrónico para fins de comercialização directa, dissimulando ou escondendo a identidade da pessoa em nome da qual é efectuada a comunicação, ou sem um endereço válido para o qual o destinatário possa enviar um pedido para pôr termo a essas comunicações.²⁴

A questão pertinente ao emprego do spam chegou até o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que uma pessoa recebera fotos eróticas. Depois de solicitado por duas vezes pelo usuário para não receber mais os referidos emails, entrou com ação judicial pleiteando danos morais pelo envio de mensagem não requerida. A decisão de primeira instancia foi favorável ao autor, mas o Tribunal veio a reformar, sendo o caso discutido no âmbito do STJ, cuja ementa se transcreve a seguir:

DANOS MORAIS. SPAM.

²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 160.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais em que o autor alega receber *e-mails* (*spam* com mulheres de biquíni) de restaurante que tem show de *streaptease* e, mesmo tendo solicitado, por duas vezes, que seu endereço eletrônico fosse retirado da lista de *e-mail* do réu (recorrido), eles continuaram a ser enviados. Entre os usuários de *internet*, é denominada *spam* ou *spammers* mensagem eletrônica comercial com propaganda não solicitada de fornecedor de produto ou serviço. A sentença julgou procedente o pedido e deferiu tutela antecipada para que o restaurante se abstinhasse do envio da propaganda comercial sob pena de multa diária, condenando-o a pagar, a título de danos morais, o valor de R\$ 5 mil corrigidos pelo IPC a partir da data do julgamento, acrescidos de juros de mora, contados a partir do evento lesivo. Entretanto, o TJ proveu apelação do estabelecimento e reformou a sentença, considerando que o simples envio de *e-mails* não solicitados, ainda que dotados de conotação comercial, não configuraria propaganda enganosa ou abusiva para incidir o CDC e não haveria dano moral a ressarcir, porquanto não demonstrada a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Para o Min. Relator, que ficou vencido, o envio de mensagens com propaganda, quando não autorizada expressamente pelo consumidor, constitui atividade nociva que pode, além de outras consequências, gerar um colapso no próprio sistema de *internet*, tendo em vista um grande número de informações transmitidas na rede, além de que o *spam* teria um custo elevado para sociedade. Observou que não há legislação específica para o caso de abusos, embora existam projetos de lei em tramitação no Congresso. Daí se aplicar por analogia o CDC. Após várias reflexões sobre o tema, reconheceu a ocorrência do dano e a obrigação de o restaurante retirar o autor de sua lista de envio de propaganda, e a invasão à privacidade do autor, por isso restabeleceu a sentença. Para a tese vencedora, inaugurada pelo Min. Honildo de Mello Castro, não há o dever de indenizar, porque existem meios de o remetente bloquear o *spam* indesejado, aliados às ferramentas disponibilizadas pelos serviços de *e-mail* da *internet* e *softwares* específicos, assim manteve a decisão do Tribunal *a quo*. Diante do exposto, a Turma por maioria não conheceu do recurso. (REsp 844.736-DF, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Honildo de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), 4ª Turma, julgado em 27/10/2009)

É interessante apontar a divergência entre os votos dos Ministros no caso em questão. O Ministro Luis Felipe Salomão defendeu a responsabilidade civil tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva consagrado na legislação consumerista, chegando inclusive a reconhecer a invasão da privacidade. Entretanto, essa não foi a orientação dos demais ministros, e neste sentido, destaca-se o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro a firmar que o envio de *spam* representaria um incômodo, mas não ensejaria o dano moral, sob o risco de sua “banalização”, além de não considerar ilícito na medida em que não há lei regulamentando o envio de *spam*. Assim sendo, o Tribunal não reconheceu o recurso para que fossem caracterizados os danos morais tendo em vista que o próprio usuário poderia ter bloqueado tais emails eróticos.

Ainda que seja legítima a preocupação com o “alargamento” na reparação por danos morais, e ainda que, no caso do *spam* seja possível interromper seu envio mediante uma

solicitação daquele que recebeu a mensagem, a decisão, salvo o Ministro Relator, não percebeu que houve um desrespeito a privacidade. Estas mensagens podem ser enviadas desde que o destinatário tenha acordado, e devem ser cessado, caso não deseje mais recebê-las. Assim sendo, o envio de mensagens não solicitadas devem não apenas ser reprimidas, mas também poderão em algumas circunstâncias ensejar uma reparação moral, se, efetivamente, atingir a dignidade da pessoa, como no caso acima descrito tal *email* ser enviado a uma pessoa religiosa, e que venha a sofrer alguma punição de seu superior em razão de tal mensagem.

2.4 O SITIO DE RELACIONAMENTOS: O CASO DO *FACEBOOK*

Atualmente, muitas pessoas possuem uma página no *facebook*. Ao contrário do que consta em sua página inicial, intitulando-se “gratuito”, trata-se de serviço que possui uma remuneração indireta, em especial pelas propagandas que se inserem nas páginas; o usuário não paga de forma direta, mas por via oblíqua, quando compartilha alguma promoção, ou quando tem um anúncio na sua página pessoal.

Esta rede social propicia uma enorme interação entre as pessoas, de tal maneira que representa muita das vezes, uma forma de relacionamento virtual mais intensa que a real. Este comportamento pode provocar uma grande dependência desta sitio de relacionamento, ou seja, pessoas que atrelam seus relacionamentos por esta rede e que, ao não serem mais “conectadas”, acabam ficando isoladas. De todo modo, significa um instrumento que permite não apenas a comunicação entre as pessoas, mas divulgação de ideias, notícias e informações, além de vídeos, bem como informações pessoais.

Ao preencher o cadastro para criar um perfil no *facebook*, o usuário apresenta algumas informações pessoais que são, naturalmente, necessárias para identificar a pessoa que está na rede. Esta coleta é importante, inclusive, para evitar que sejam criados falsos perfis. Mas a questão que se coloca é a seguinte: O que é feito com tais dados apresentados ao *facebook*? Podem estas informações ser transmitidas para algum fornecedor de determinado produto ou serviço? O grande risco, e o que implica na ofensa a privacidade, consiste na transmissão de tais informações para terceiros ou que, de alguma forma, tenha o acesso a tais dados. Neste sentido, existe um risco real para uma informação apresentada no campo virtual, tal como assevere Anderson Schreiber:

Imagine-se, por exemplo, que uma certa companhia colete em redes sociais (Orkut, Facebook etc) dados sobre os candidatos selecionados para uma entrevista de emprego. Pode a companhia se valer desses dados para eliminar certos candidatos que se declara integrante de um movimento sindical ou membro fanático de uma torcida organizada. O mesmo candidato pode ser eliminado até por razões pueris, como uma frase infeliz publicada na internet ou uma foto mais ousada, postada por ele ou não, que possa sugerir “comportamento incompatível” com a empresa. O destino de uma pessoa humana acaba sendo decidido não com base na sua real personalidade, mas com base na representação virtual que é construída a partir de dados pessoais, coletados de modo mais ou menos aleatório.²⁵

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) enfrentou um caso recente envolvendo a tutela da privacidade no *facebook*. Cuida-se de críticas que foram feitas, de forma anônima, por meio de um perfil falso, para criticar a administração do condomínio. A sentença apenas havia deferido a exclusão do perfil falso do facebook, mas o acórdão foi além, determinando a identificação do referido usuário, principalmente para o direito de resposta. Neste caso, a ação poderia ser ajuizada em face dos internautas que causaram o dano e ser pedida uma reparação não pecuniária, como por exemplo, um pedido por escrito de desculpas perante os demais condôminos em reunião de condomínio, inclusive com registro em ata, o que configuraria uma reparação não pecuniária dos danos.²⁶

2.5 A PRIVACIDADE E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O homem nem sempre apresenta uma postura condizente à ordem jurídica e moral e, comete, por exemplo, um ato ilícito, causando um dano a outrem. Diante disto, surge a reparação que pode ocorrer no âmbito civil e na esfera penal. No âmbito penal, inclusive, depois de cumprida a pena imposta pelo Estado, aquele que fora condenado criminalmente não precisa mais “pagar pelo crime cometido”, como se diz na linguagem popular. Entretanto, há casos em que a memória ainda permanece marcada, principalmente por crimes que possuíram grande repercussão.

Um exemplo elucidado muito bem o que fora exposto acima. No dia 28 de dezembro de 1992 a atriz Daniela Perez foi assassinada pelo seu colega de trabalho Guilherme de Pádua e Paula Tomaz, sua esposa. Esta informação pode ser obtida no sítio do *Wikipedia* que descreve, inclusive, com minúcias a respeito do crime e do julgamento. Este é um episódio

²⁵ SCHREIBER, Anderson, *ob cit*, p. 132.

²⁶ TJRJ. Apelação Cível 003740-98.2013.8.19.0003. 3ª Câmara Cível. Des. Luiz Fernando de Carvalho. Julgamento: 19/02/2014.

que serve de exemplo para compreender o que representa o direito ao esquecimento, caso os autores do crime desejassem retirar da internet tais dados a respeito deste homicídio.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou dois casos recentes que tem relação ao direito ao esquecimento. O primeiro versa sobre uma pessoa que fora acusada de participar da chacina da Candelária, no Rio de Janeiro, mas foi inocentada no Tribunal do Júri por negativa de autoria em 1993. No entanto, no ano de 2006, o programa Linha Direta resolveu apresentar o caso ocorrido, fazendo referencia expressa ao nome do acusado inocentado, fato que acarretou uma séria de transtornos, pois na sua comunidade foi associado a figura de um assassino, chegando a abandonar o emprego e mudar de moradia. Diante deste quadro, ajuizou ação contra a TV Globo pedindo danos morais e materiais. A sentença julgou improcedente o pedido, mas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) deu provimento ao pedido do autor.

Neste caso, a posição do STJ foi de reconhecer o direito ao esquecimento pois ficou constatado que houve a violação à dignidade ao mencionar expressamente o nome do autor no caso, afetando não apenas a sua vida, mas de toda sua família, pois foi hostilizado em sua comunidade. Não se quer, efetivamente, inibir a denominada “verdade jornalística”, a liberdade de expressão, e muito menos, negar o conhecimento para as gerações próximas dos grandes massacres da história, até para que não venham a ser repetidos. No entanto, prevaleceu a proteção à privacidade e, como a notícia já havia sido veiculada, a devida reparação por danos morais e materiais. Aliás, caso ainda não houvesse sua transmissão, caberia uma tutela preventiva de urgência para que a matéria não fosse exibida, a fim de evitar a consumação do dano.²⁷

O segundo caso tratado pelo STJ versa sobre Aída Jacob Curi que foi abusada sexualmente e depois jogada da janela de um apartamento em Copacabana. Foi um crime que teve grande repercussão nos anos de 1950, principalmente porque os réus (sendo um deles, um menor) foram inocentados. Este fato também fora noticiado pelo programa Linha Direta, da TV Globo, o que ensejou uma ação ordinária dos irmãos de Aída a ingressarem com ação contra a referida emissora.

Já no julgado acima descrito, a orientação do STJ foi em outro sentido, indeferindo o pedido de indenização pelo direito ao esquecimento, pois o fato já se tornara público e também já havia transcorrido grande lapso temporal. Cumpre destacar, no entanto, a crítica do

²⁷ REsp 1334097, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013.

voto vencido da Ministra Maria Isabell Galloti, ao apontar a falta de autorização prévia da família para a divulgação na medida em que houve um caráter comercial.²⁸

Os dois julgados revelam que esta temática ainda suscita grandes discussões, não sendo, notoriamente, pacífico o entendimento de que caberá em todos os casos o direito ao esquecimento. Neste contexto, a indagação consiste em verificar quais critérios poderiam ser empregados para verificar a aplicabilidade ou não do direito ao esquecimento.

A posição do STJ em reconhecer que o direito ao esquecimento não incidiria sobre o ambiente virtual, pois pelo fato de que a internet ser uma rede internacional poderia ocorrer alguma ofensa a soberania de alguma nação, pois as legislações e os ordenamentos jurídicos são distintos. Ainda que a retirada de uma página da internet contendo informações a respeito de certo fato ocorrido no passado possa “apagar” a história, deve-se privilegiar a proteção a determinadas informações que não se quer mais que sejam reveladas.

Em primeiro lugar, o acesso à internet é cada vez mais crescente que outras formas de comunicação, tal como a tal como assinala Daniel Bucar, ao prescrever que o ambiente virtual não pode ser caracterizado enquanto um “território livre”, sem regulamentação, e que a informação terá o mesmo conteúdo seja veiculada pela televisão ou internet.²⁹

O direito ao esquecimento deve ser compreendido tendo por orientação o controle temporal, isto é, não se pode impedir que uma pessoa mude sua conduta, seu modo de viver por força de algum dano ou ilícito que tenha cometido no passado. Nas palavras de Daniel Bucar, a própria pessoa

Em termos mais amplos, o direito ao esquecimento permite que a pessoa, no âmbito da concretização de sua plena autodeterminação informativa, exerça o controle da circulação de seus dados após determinado período, mediante supressão ou restrição, ainda que estes tenham por conteúdo informações passadas e verídicas acerca do interessado.

A questão que se coloca em seguida consiste em saber se haveria alguma “perda” da história, por não retratar o passado “tal como aconteceu”. Em primeiro lugar, um fato só se torna histórico à medida que o historiador o define enquanto tal, ou seja, não existe um fato histórico “natural”. O historiador avaliará se, efetivamente, aquele fato social tem relevância para que seja considerado um fato histórico e diante disso construir a história. Ainda que se

²⁸ REsp 1335153, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Julgado em 28/05/2013.

²⁹BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://civilistica.com>>. Acesso em: 05/03/2014, p. 11.

perca uma fonte histórica, não se pode deixar de tutelar as informações que uma pessoa não deseja mais que sejam veiculadas.

É preciso que seja considerado que cada pessoa possui um projeto de vida, e que algumas informações e dados podem ter uma relevância maior ou menor. É natural o desejo de esquecer alguns episódios não muito agradáveis de nossa vida, pois nem todos os dias são de vitórias e conquistas. Assim sendo, um médico que tenha cometido algum erro médico e causado uma pequena lesão em algum paciente pode não querer mais que uma notícia a este respeito possa voltar a circular depois de certo tempo, principalmente se conseguiu construir uma boa reputação profissional.

3 CONCLUSÃO

A internet não representa apenas um instrumento tecnológico, mas também um espaço onde se desenvolvem uma série de relações sociais. Ainda que nem todos tenham efetivamente acesso a esta rede mundial, isto é, ainda que alguns estejam excluídos no âmbito virtual, a tendência é que cada vez mais a internet seja utilizada. Trata-se, certamente, de um elemento que pode trazer uma série de benefícios, como por exemplo, auxiliar da divulgação de pesquisas, ser um instrumento de maior participação política, troca de ideias e projetos, etc.

No entanto, se efetivamente a internet é um espaço de liberdade, também o deve ser da responsabilidade. Neste ponto, perceber-se-á que pela internet também ocorrem ofensas aos direitos da personalidade, particularmente a privacidade. Ainda que comporte uma gama de significados, a expressão privacidade deve ser compreendida na acepção pluralista, tendo em vista que existiria um risco enorme se buscasse apenas um fundamento para a privacidade, sob o risco de não conseguir tutelar várias relações distintas presentes na internet.

As informações pessoais precisam ser protegidas, em especial pelas práticas comuns das mensagens eletrônicas enviadas sem o consentimento do usuário. Não se quer, efetivamente, inibir a livre concorrência ou ainda criar obstáculos às atividades empresariais, mas não se pode obter um mercado consumidor à custa da privacidade das pessoas. Não se pode considerar “normal” ou “inofensivo” uma empresa enviar uma proposta se, efetivamente, não houve qualquer manifestação do consumidor. Neste sentido, implicar-se-ia numa responsabilização da empresa, podendo ser fixado, inclusive, uma multa caso viesse a reincidir no envio da mensagem e, eventualmente uma indenização por danos morais.

Um aspecto em que também pode se verificar uma vulnerabilidade da privacidade consiste no chamado direito ao esquecimento. De fato, cada um de nós procura de algum modo, exaltar certas conquistas pessoais e profissionais, e por outro, esquecer, ou “apagar” aqueles desabonadores. Não se pode, efetivamente, atribuir uma espécie de “punição eterna” àquele que cometera algum ato condenatório no direito e neste contexto é que se deve proteger a privacidade, ainda que venha a limitar, em algum sentido, outro direito, qual seja, a liberdade de expressão. A proteção da privacidade no caso do direito ao esquecimento deveria seguir os critérios.

Desta forma, tem-se que os desafios para a proteção da privacidade da pessoa são grandes e, foram apontados alguns casos em que ocorre de alguma forma, uma violação a tais direitos. É preciso que se reconheça que a proteção não é apenas da privacidade, mas além, de vários dados que, uma vez reunidos, pode traçar o tipo de consumidor, de empregado, de pai de família, isto é, da pessoa como um todo. Além disto, ao não respeitar a privacidade de uma pessoa, pode-se atingir as demais, principalmente aquelas mais próximas ligadas pelo parentesco, como na situação do direito ao esquecimento, implicando, inclusive, na mudança radical de vida para evitar um prejuízo maior.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002, p. 102. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 844736. Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Honildo de Mello Castro. 4ª Turma, julgado em 27/10/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1335153. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1334097. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/05/2013.

BUCAR, Daniel. *Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento*. Disponível em: <<http://civilistica.com>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EFING, Antonio Carlos. *Banco de Dados e Cadastro de Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. *Crimes no meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

LEONARDI, Marcel. Internet: Elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 6, abr./jun. 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet. Liberdade de informação, Privacidade e Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0003740.98.2013.8.19.0003. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho. Julgado em 19/2/2014.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

STÜMER, Bertram Antônio. Banco de Dados e “Habeas Data” no Código de Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.