

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO**

CASSIANE DE MELO FERNANDES

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS TUTELAS DA
PRIVACIDADE EM AMBIENTE DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.**

**RIBEIRÃO PRETO
2016**

CASSIANE DE MELO FERNANDES

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS TUTELAS DA
PRIVACIDADE EM AMBIENTE DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.**

Dissertação apresentada à Universidade de
Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito. Área
de Concentração: Direitos Coletivos e
Cidadania

Orientador: Prof. Dr. Adalberto Simão Filho

RIBEIRÃO PRETO

2016

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Fernandes, Cassiane de Melo, 1979-

F363d Os direitos da personalidade e as tutelas da privacidade em
ambiente da sociedade da informação / Cassiane de Melo
Fernandes. - - Ribeirão Preto, 2016.
157 f.

Orientador: Prof. Dr. Adalberto Simão Filho.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2016.

1. Proteção de Dados. 2. Privacidade. 3. Sociedade da
Informação. 4. Personalidade. 5. Tutelas. I. Título.

CASSIANE DE MELO FERNANDES

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS TUTELAS DA PRIVACIDADE EM
AMBIENTE DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

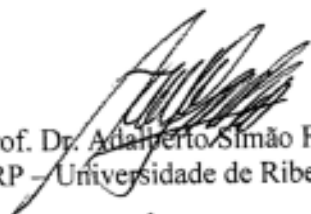
Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania


Data da defesa: 16 de dezembro de 2016

Resultado: Aprovada


BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Adalberto Simão Filho
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. Chade Rezek Neto
FB – Faculdade Barretos



Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto - SP
2016

A Deus, meus pais e minha família,
a quem tudo devo.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Sebastião Sergio da Silveira, por compartilhar seus conhecimentos e pela exímia coordenação do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu desta Instituição.

A minha mãe, Aderman, por seu infindável apoio e amor.

Ao meu amigo, Chade Rezek Neto, por despertar minha vida acadêmica, pelo apoio e pela amizade da vida.

Aos meus amigos, que fizeram parte desta caminhada, pela amizade incondicional e sempre presença na minha vida.

Aos meus amigos e colegas da Faculdade Barretos, que fizeram parte desta caminhada, pelo apoio de sempre.

Enfim, e de forma mais do que especial, ao professor Dr. Adalberto Simão Filho pela forma sincera com que conduziu nosso trabalho, pelo conhecimento, dedicação, amizade e apoio demonstrado, incentivando-me nos momentos críticos e mostrando, de forma mais do que sincera, minhas limitações, principalmente por serverdadeiro exemplo de profissional, que será levado comigo pra sempre.

“A única coisa tão inevitável como a morte é a vida”.

Charles Chaplin

RESUMO

Este trabalho tem por escopo expor a temática da proteção de dados pessoais no atual contexto brasileiro como forma de efetivação da cidadania, sendo que a Magna Carta Brasileira prevê a privacidade como um direito humano fundamental a ser protegido e nesse viés tratar-se a da tutela processual desta temática através da análise de determinadas obras específicas de direito constitucional, direito da personalidade, direito digital, cidadania e tutela processual. A grande questão levantada no presente trabalho é que no que se refere aos dados pessoais inseridos na Internet, que ferem a dignidade humana e violam a intimidade e privacidade do cidadão, desrespeitando o exercício de cidadania. O país ainda apresenta-se pautado na autorregulação, havendo somente um Anteprojeto de Lei sobre o assunto. Em decorrência dessa situação da sociedade digital brasileira, se discute o nível de proteção do internauta, oscilando entre autorregulação e uma perspectiva de regulação. Considerando-se o movimento mundial relativo à segurança jurídica e aos marcos regulatórios para a proteção de dados pessoais expõe-se o atual panorama no Brasil e analisa a legislação existente acerca da proteção dos dados pessoais. Nesse cenário, a proliferação de novas tecnologias e, principalmente, da Internet no país pressiona para a existência de marcos regulatórios legais. Assim, o objetivo do presente trabalho é discorrer sobre distintos aspectos referentes à privacidade, à intimidade e aos dados de pessoas naturais e estabelecer uma análise comparada com legislação estrangeira. Serão utilizados como métodos de abordagem: o indutivo, partindo da premissa de fatos já observados na atual sociedade brasileira, para que após minuciosa análise e estudo individual chegar à conclusão de uma análise sobre fatos não observados; e o dedutivo, partindo da análise geral sobre a consideração da informação voluntária do internauta, além de elementar do direito fundamental à privacidade, devendo, em ambos os casos, ser protegido. Por fim, busca-se demonstrar a instrumentalidade desses direitos frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição em caso de violação de preceitos inerentes à privacidade e intimidade.

Palavras-Chave: Privacidade; Sociedade da Informação; Proteção de Dados; personalidade; tutelas.

ABSTRACT

This paper aims to expose the theme of personal data protection in the current Brazilian context as a form of effectiveness of citizenship, and the Magna Carta Brasileira provides privacy as a fundamental human right to be protected and in that bias is the guardianship Process of this theme through the analysis of certain specific works of constitutional law, personality law, digital law, citizenship and procedural tutelage. The great question raised in the present work is that with regard to personal data inserted in the Internet, that hurt human dignity and violate the privacy and privacy of the citizen, disrespecting the exercise of citizenship. The country is still based on self-regulation, with only one Bill on the subject. As a result of this situation of the Brazilian digital society, the level of protection of the internaut is discussed, oscillating between self-regulation and a regulatory perspective. Considering the global movement on legal certainty and regulatory frameworks for the protection of personal data, the current situation in Brazil is analyzed and the existing legislation on the protection of personal data is analyzed. In this scenario, the proliferation of new technologies and, especially, of the Internet in the country pressures for the existence of legal regulatory milestones. Thus, the objective of the present work is to discuss different aspects related to privacy, privacy and data of natural persons and establish an analysis compared with foreign legislation. They will be used as methods of approach: the inductive, starting from the premise of facts already observed in the current Brazilian society, so that after a detailed analysis and individual study, the conclusion of an analysis on unobserved facts is reached; And the deductive, starting from the general analysis on the consideration of the voluntary information of the surfer, besides elementary of the fundamental right to the privacy, and, in both cases, to be protected. Finally, it seeks to demonstrate the instrumentality of these rights in the face of the principle of non-exhaustiveness of the jurisdiction in case of violation of precepts inherent to privacy and intimacy.

Keywords: Privacy; Information Society; Data Protection; personality; guardianship;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: APONTAMENTOS E ASPECTOS JURÍDICOS	13
1.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: VISÃO HISTÓRICA	14
1.2 O SURGIMENTO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: A CODIFICAÇÃO	26
1.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	27
1.3.1 Conceito de Pessoa e Personalidade	27
1.3.2 Os Direitos de Personalidade	31
1.4 CONCEITUAÇÃO ATUAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	36
1.5 O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE ENQUANTO DIREITOS DA PERSONALIDADE	43
1.5.1 Direito à Privacidade e à Intimidade: Breve Diferenciação	43
1.5.2 Antecedentes Históricos do Direito à Privacidade	49
1.5.3 Sistema Protetivo dos Direitos da Personalidade	50
2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO COMO AMBIENTE DE TRANSMISSÃO DE DADOS	53
2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA: A GLOBALIZAÇÃO E A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO	54
2.2 OS MODELOS DE SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL À TECNOLÓGICA	58
2.3 O VIRTUAL COMO REALIDADE JURÍDICA NA AUTOESTRADA DA INFORMAÇÃO	66
2.4 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NA INTERNET	69
2.5 CONTROLE DE DADOS PESSOAIS: A NOVA METAMORFOSE DO DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE	70
2.6 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	78
3 PROTEÇÃO JURÍDICA, CONTROLE DE DADOS PESSOAIS E CIDADANIA	83
3.1 PANORAMA DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA E O CONTROLE DE DADOS PESSOAIS	84

3.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL E O MARCO REGULATÓRIO NA INTERNET	90
3.2.1 Principais Aspectos e Impactos Objetivos do Marco Civil da Internet	92
3.2.1.1 Neutralidade	92
3.2.1.3 Responsabilidade por conteúdo gerado por terceiros	95
3.2.1.4 Liberdade de expressão vs. armazenamento de dados pessoais	97
3.2.2 Tutela Penal e o Ambiente Virtual	104
3.3 A CIDADANIA NA SOCIEDADE EM REDE E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE EFETIVAÇÃO	109
4 A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE	115
4.1 MECANISMOS DE TUTELA NOS ÂMBITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL	117
4.1.1 Tutela Inibitória	119
4.1.2 Tutela Atenuante	125
4.1.3 Tutela Repressiva	128
4.2 A TUTELA CONSTITUCIONAL	132
4.2.1 O Habeas data	Erro! Indicador não definido.
4.3 A LEGITIMIDADE DA AUTOTUTELA	Erro! Indicador não definido.
CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

A pessoa humana é um ser único, individualizada com suas peculiaridades e particularidades e dessa forma faz *jus* a proteção da sua intimidade e privacidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a pessoa humana alçou o centro do ordenamento jurídico, devendo assim ter seus Direitos Fundamentais respeitados em prol do exercício de sua cidadania.

Com o crescente uso das tecnologias da informação e da comunicação, especialmente a Internet, imprimiu-se maior dinamicidade às relações econômicas, à participação política e às interações sociais, redesenhando as formas de ser e estar no mundo, devendo assim o ordenamento jurídico se adaptar a essa nova forma de globalização.

Os avanços tecnológicos, em especial o desenvolvimento da Internet, trouxeram à sociedade contemporânea características peculiares até então não encontradas nos demais modelos de sociedade que a história já registrou.

Em razão dessa evolução na comunicação por meio da utilização da Internet e redes sociais, surgiram algumas problemáticas quanto ao uso dos dados pessoais na rede, as ofensas no ambiente informacional, considerando que, ao acessar qualquer *website* de ou rede social há necessidade de informar alguns dados pessoais mediante um cadastro, deixando assim a pessoa humana vulnerável quanto ao uso dessas informações depositadas.

O uso dos dados pessoais e imagens podem servir para inúmeros fins, podendo atingir de forma negativa o usuário, no que diz respeito aos dados sensíveis e a sua intimidade e privacidade.

Essa situação de vulnerabilidade pode ocorrer quando os dados são espontaneamente disponibilizados nas interações sociais, como ocorre com publicações feitas em sites de redes sociais; ou quando os dados são recolhidos pelo fornecedor para permitir a abertura de contas, por exemplo, que garantirão o acesso a serviços e produtos ou, ainda, em situações de captura indevida por meio de algum programa espião ou quando estes são *rackeados*.

Tais situações não condizem com pleno exercício da cidadania do usuário.

Eleger o tema em estudo justifica-se na necessidade de aprofundamento do mesmo, na medida em que o aumento no número de internautas no Brasil não vem acompanhado da implementação de mecanismos hábeis e efetivos relativos à proteção do usuário.

Para tanto escolheu-se como referência o estudo de Manuel Castells denominada sociedade em rede para pautar-se a presente pesquisa científica e de Zigmunt Bauman, que trata da fluidez da segurança nos tempos atuais, deixando todo a sociedade a mercê de uma vigilância que não se mostra, invisível, mas que nos vê.

Apesar da aprovação, em abril de 2014, da Lei nº 12.965/14, levando o nome de Marco Civil da Internet, que impõe em seu teor uma série de direitos e deveres aos usuários e prestadores de serviço no Brasil, ainda não há legislação específica para a proteção de dados pessoais, pois a lei não legislou especificamente sobre a proteção de dados pessoais, deixando assim uma lacuna na ocorrência das ditas violações.

Nessa senda, de fundamental necessidade, portanto, no contexto atual, a existência um marco legal de proteção de dados no Brasil baseado no consentimento e no uso legítimo desses dados, ferramentas de exercício de direitos e padrões mínimos de segurança e privacidade para efetivação da cidadania.

Dessa forma, o direito da personalidade deve ser visto como um novo direito a proteção dos dados pessoais em consonância com a evolução da sociedade, mais especificamente em seu aspecto digital, como forma de tutelar a intimidade e a privacidade, podendo para isso usar os instrumentos processuais necessários.

Assim, a abordagem do presente trabalho busca demonstrar a grande transformação na própria concepção de privacidade. Busca-se também, de forma analítica, averiguar a construção legislativa e a mudança do direito, no que diz respeito à subsunção do fato à norma, ao se deparar com os choques paradigmáticos ocorridos no bojo da sociedade da informação.

Os temas nucleares do presente trabalho consistem na demonstração da vigilância líquida na sociedade da informação, sendo esta exercida contra todos por meio tecnológico, a demonstração da necessidade de efetiva proteção e segurança aos dados e pessoas em ambiente de Internet e abordar quais mecanismos processuais previstos no arcabouço legislativo voltados à tutela desses direitos inerentes à personalidade humana.

Na tentativa de suscitar o debate e responder algumas indagações apresenta-se a presente pesquisa, elaborada através do método de abordagem dedutivo, utilizado para analisar o tratamento dos dados pessoais na Internet e identificar situações de risco e vulnerabilidade que o internauta está exposto, mediante pesquisa exploratória e revisão bibliográfica. Partindo-se da premissa que o Brasil ainda não reconheceu os dados pessoais e o direito à autodeterminação informativa como direitos fundamentais e levando em conta que o país ainda não dispõe de legislação infraconstitucional específica sobre o tema, buscam-se elementos de análise no Direito comparado inclusive, e, por fim, os instrumentos previstos no arcabouço legislativo voltados à proteção dos direitos da personalidade na sociedade da informação.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: APONTAMENTOS E ASPECTOS JURÍDICOS

Personalidade e dignidade são inatas ao Ser Humano. São caracteres que marcam a espécie humana, singularizando-a. Como são marcas vistas apenas na humanidade, estas devem ser preservadas. Precisam ser balizas permanentes, colocadas em um grau de estima absolutamente diferenciado, uma vez que nenhum outro valor que se queira resguardar pode alcançar o mesmo patamar de consideração por parte da sociedade e do Estado.

Da consideração de que dignidade e direitos da personalidade são inatos à humanidade, resta claro que a função do direito é satisfazer pessoas. É esta sua natureza. A missão do sistema jurídico é, essencialmente, permitir a realização da dignidade e dos direitos associados à esta, em especial os direitos da personalidade.

Com a função de cumprir o anseio realizador da pessoa, a ordem constitucional trazida pela Constituição Federal 1988 coloca cidadania e dignidade, em si consideradas, como fundamentos da República. Ao mesmo tempo, preconiza para a necessária igualdade. São parâmetros que condicionam o intérprete e o legislador ordinário, moldando o ordenamento jurídico infraconstitucional de acordo com os padrões axiológicos eleitos pelo constituinte, marcando presença no ordenamento pátrio como cláusula geral da personalidade.

Referida cláusula geral se apresenta como vetor inicial para todas as situações em que algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em pauta, estabelecendo a realização da dignidade da pessoa humana como valor fundamental. Nas palavras de Perlingieri, uma decisão de prioridade a ser conferida à Pessoa Humana, que é “o valor fundamental do ordenamento, e está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela”¹

¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

A Codificação Civil de 2002 conceitua pessoa como o sujeito de direitos de uma relação jurídica e, entrelaçado ao conceito de pessoa, encontra-se o conceito de personalidade, que é o atributo jurídico deste sujeito.

Com a reconstrução dos direitos fundamentais após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu também a reconstrução dos direitos da personalidade e o metaprincípio da dignidade da pessoa humana passou a ser o guia de todos os demais direitos, alçando a pessoa ao centro do ordenamento jurídico, passando então a ser vista não mais como um mero titular de direitos e sim como o ser humano real que sofre, se alegra, tem vontade, sentimentos, aspirações, preferências, dentre outros valores.

A personalidade, nesse contexto, passa a ser vista como uma característica inata ao ser humano, sendo-lhe indissociável, portanto, a verdadeira proteção jurídica dos direitos da personalidade tem vinculação total com a positivação dos direitos humanos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, passando então a serem conhecidos como direitos fundamentais em decorrência das desumanidades provocadas nas grandes guerras mundiais.

Assim, o contágio entre o direito público e o direito privado é inevitável e os direitos da personalidade “passeiam” sobre esses dois universos, confluindo-se entre métodos e concepções civilistas e constitucionalistas.

Os direitos da personalidade possuem um caráter dúplice e estão entre os mais importantes direitos fundamentais e ao mesmo tempo consolidam-se como direitos subjetivos privados assentados no direito civil.

Portanto, o ordenamento civil deve se pautar nos valores constitucionais e, assim, abandonar o conceito de pessoa visto apenas em termos mecanicistas, para ser visto como o ser que ocupa o centro do ordenamento jurídico, sendo a sua personalidade uma característica inata que deve ser preservada sob pena de violação a Constituição Federal.

1.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE: VISÃO HISTÓRICA

A consolidação da doutrina sobre os direitos da personalidade é um caminho longo e marcado por tortuosidades, iniciado na Antiguidade Clássica. A menção à tortuosidade é marcante. Tal afirmação decorre de uma referência na história da humanidade, que é a valorização do ter. Uma valorização percebida já entre os

gregos, onde a noção de personalidade e pessoa estava associada ao papel social exercido.

Assim, o ponto de partida da história dos direitos da personalidade, é o estudo da História Antiga, haja vista que nesta época já se vivenciava a elevação do “ser” e do “ter” de forma astuta e soberana, sendo este momento histórico marco da sedimentação da disciplina dos direitos da personalidade que reje o mundo moderno, que ainda aposta na valorização do status social e seu patrimônio do ser humano. Denota-se que anos de história se passaram e os direitos da personalidade não encontram espaço para se sedimentar, o que se permite que em um mundo moderno os conflitos de guerra – resquícios da antiguidade - não possam se tornam conflitos de paz.

Na Grécia antiga, apenas os direitos provenientes da condição social eram reconhecidos aos gregos. Este é o grande diferencial do mundo grego, porque nesta perspectiva poder-se-ia falar de direitos da personalidade diferentes de acordo com a posição social.

Este pensamento é rechaçado na contemporaneidade pela constante valorização da tentativa de alcançar a igualdade formal e material. Todavia, a falta de igualdade material ainda é soberana sob a égide de heranças históricas da humanidade, principalmente no que tange a desigualdade na distribuição de bens e riquezas o que impede que os direitos da personalidade se desenvolvam no ambiente moderno com uma ampla proteção. Se antes não se discutia o direito a personalidade, tampouco o protegia, porque a valorização do “ter” era maior do que do “ser”, nos tempos modernos quase nada mudou, a não ser que a sociedade após as grandes guerras clamou por proteção ao “ser” permitindo a valorização dos princípios da dignidade humana e elevação do status da pessoa, que passa a receber um novo olhar.

Assim, além do status social² é preciso trabalhar com o elemento do status pessoal que ganhou dimensão positiva pelo legislador, mas não proteção suficiente para se igualar ao status social do “ter”, que é o ponto de contraposição do mundo clássico com o mundo cristão, que emerge na Idade Média. Sabe-se que por meio

2 Diogo Leite de Campos menciona que somente se consideravam pessoas individualizadas em sua subjetividade as que ocupassem os primeiros papéis na sociedade, ou fossem os grandes heróis das guerras ou os vencedores dos Jogos. CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direitos da Personalidade**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 57, 1991, p. 134.

da construção da teoria da personalidade que passa a reconhecer a condição de dignidade em todos os seres humanos, reconhecidos em toda a coletividade.

Assim, a personalidade, nesse sentido, estava associada a atos de heroísmo, como vitória em guerras ou jogos, por exemplo. Muito do que se concebe como inerente aos direitos da personalidade dizia, nesta ocasião, com o papel social desempenhado, e não com a condição de ser racional. Direitos da personalidade, marcas que individualizam as pessoas no aspecto subjetivo, não eram reconhecidos em todos os integrantes do grupamento social.

Isto posto, evidencia-se que a palavra pessoa – com a acepção que a modernidade lhe outorga – não encontra correlato no mundo grego. Não se falava em pessoa, portanto não se fazia possível a consideração dos direitos da personalidade.

A ideia de pessoa como subjetividade humana, de que decorre a sedimentação dos direitos da personalidade, surge com a tradição teológico-cristã e sua reflexão sobre a trindade e a origem do homem. À este homem, feito à imagem de Deus, deve se reconhecer os direitos da personalidade, afinal este é um indivíduo dotado de racionalidade.

A virada reflexiva quanto ao assunto em tela ocorreu no Medievo. Este período, conquanto chamado por muitos de “a idade das trevas”³, é o ponto de partida fático para o rompimento com a tradição clássica. Um rompimento repensado séculos depois com o racionalismo iluminista, que recobra parte da história antiga.

Pela limitação do conceito de personalidade, diante da visão grega da percepção primária de subjetividade interna, foi sobrelevada uma visão mítica da realidade. A referência ao mito, por outro lado, foi o ponto de partida para a construção de uma filosofia destacável. Buscava-se no conhecimento racional uma via de superação do misticismo.

3 Era chamada de Idade Média, Idade das Trevas, Espessa noite Gótica, por ser vista como um período de barbárie, ignorância e superstição. Falava em media tempestas, literalmente “tempo médio”. A arte medieval por fugir dos padrões clássicos, também era vista como grosseira daí o grande pintor Rafael chamá-la de gótica, termo então sinônimo de bárbara. Portanto, o sentido básico mantinha-se renascentista: a “Idade Média” teria sido uma interrupção no progresso humano, inaugurado pelos gregos e romanos e retomado pelos homens do século XVI. Para o século XVII os séculos medievais também eram vistos como de barbárie, ignorância e superstição. O século XVIII, antiaristocrático e anticlerical, acentuaram o menosprezo à Idade Média, vista como momento áureo da nobreza e do Clero. Cf.: FRANCO Júnior, Hilário. **Idade média. Nascimento do Ocidente**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

Nota-se, de efeito, que a filosofia nasce da necessidade de superação do pensamento mítico. A explicação dos fenômenos naturais através das divindades não mais satisfazia os anseios da população. Além do mais, o intercâmbio com outras culturas mostrava aos gregos sua limitação racional⁴. Assim, é o afã de compreender o mundo que justifica o desenvolvimento da racionalidade.⁵

Na tentativa de compreensão racional da natureza já se podia perceber a figura do indivíduo. Nada obstante, este ainda se mostrava assombrado com os fenômenos. O homem ainda se via subjugado pelas forças naturais, precisando, então, de um maior desenvolvimento de sua visão racional.

No caminho grego de desenvolvimento da racionalidade, é de se destacar a contribuição dos físicos *jônios*, a partir dos quais a noção de causa e efeito se torna mais latente, fator que se consolida na modernidade com o racionalismo de René Descartes. As causas passam a ser consideradas como do mundo dos homens, assim como os efeitos provenientes destas.

Superar o misticismo, isto posto, corresponde à superação da ideia de caos. Configura, em análise teleológica, a elevação da razão⁶, exposta na Idade Moderna com seu Iluminismo.

O movimento racionalista grego pode ser identificado na matemática e na geometria. Tales de Mileto, a partir de conhecimentos geométricos, prevê eclipses. Anaxágoras já apontava ser o sol pedra incandescente, e não um deus. A vivência em *polis* permitiu uma integração mais acentuada. Assim, os conhecimentos são repensados e divulgados com maior efetividade. O desenvolvimento da escrita e da moeda, somado a tudo isto, permitiu a criação de um espaço público para trocas e

4A título de exemplo da ausência de universalidade na explicação dos fenômenos naturais através das intervenções dos deuses está em um fragmento do pré-socrático Xenófanes de Colófon quando diz que: "Tivessem mãos os bois, cavalos e leões, e se pudessem com elas pintar e produzir obras como os homens, os cavalos pintariam figuras de deuses semelhantes a cavalos, bois semelhantes bois. Cada espécie reproduziria sua própria forma." BORNHEIM, Gerd Alberto. **Os Filósofos Pré-Socráticos**. São Paulo: Cultrix, 1998, p. 32.

5 Jean-Pierre Vernant toma como emblema desta superação o pensamento de Anaximandro vez que este "localiza a terra, imóvel, no centro do universo. Acrescenta que se ela permanecesse em repouso neste lugar, sem ter necessidade de nenhum suporte é porque está à igual distância de todos os pontos da circunferência celeste e não tem nenhuma razão para ir para baixo mais que para cima, nem para um lado mais que para outro. Anaximandro situa pois, o cosmos em um espaço matematizado, constituído por relações puramente geométricas. [...] Para compreender porque os homens podem andar com toda segurança sobre o solo, porque a terra não cai como o fazem todos os objetos na sua superfície, basta saber que todos os raios de um círculo são iguais." VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996, p. 87.

⁶ Em Anaximedes já se pode ver uma preocupação com o indivíduo. Este não passa, contudo, de um reflexo da imensidão natural: "como nossa alma, que é ar, nos governa e sustém, assim também o sopra e ao abraçam todo o cosmo." BORNHEIM, 1998, p. 28.

de consolidação do saber, a partir de então cada vez mais perene e partilhável por um número crescente de pessoas.⁷

Do debate entre Sócrates e os sofistas houve a transferência das preocupações filosóficas da natureza para a vida social. Deste modo, passa a interessar ao discurso filosófico o agir do ser humano.

Com todo o desenvolvimento que se possa destacar entre os gregos, não se pode falar em direitos da personalidade como marca atrelada à pessoa. Havia uma limitação pela noção de objetividade que associava o homem ao seu destino⁸. O homem nascia com um desígnio a cumprir. Não fazia sentido, portanto, se falar em autonomia da vontade.

O mencionado intercâmbio com outras culturas – que mostrou aos gregos sua limitação racional e lhes permitiu desenvolver a filosofia – contribuiu para a derrocada das Cidades-Estados, para a qual foi determinante Alexandre da Macedônia.

Alexandre da Macedônia contribuiu para a reflexão grega ao lhe apresentar um modo prático de ver o mundo. Desta contribuição despontaram⁹ o epicurismo e o estoicismo, onde o indivíduo possui maior importância.

As reflexões epicuristas e estoicistas¹⁰, na medida em que apontam para uma maior consideração do indivíduo, vão em direção do que consagrou o cristianismo séculos depois. Neste ponto é de se notar uma grande interseção entre estes modos de encarar o mundo e o lugar ocupado neste plano pelos sujeitos. Um local privilegiado por levar em consideração as aspirações das pessoas e a responsabilidade destas em relação ao agir.

⁷ SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Direitos da personalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509>. Acesso em: 01nov 2015.

⁸ Como explica Maurício Beuchot, a filosofia grega não conhece o homem como ser de subjetividade por completo. O pensamento helênico acabou por atrelar o homem ao seu destino ou ao objetivismo. Não se alcança, por isto mesmo, uma noção de pessoa como indivíduo racional e possuidor de uma vontade atuante no mundo fático. BEUCHOT, 1996, p.20.

⁹ CRESCENZO, Luciano de. **História da Filosofia Grega**. Lisboa: Presença, 1988, p.148.

¹⁰ Originado no século IV a.C., o estoicismo exerceu influência sobre outras doutrinas, especialmente o cristianismo, nos seus aspectos da teologia moral. Seus princípios mais evidentes são a conformação e imperturbabilidade, com inspiração nas doutrinas de Heráclito, Platão e Aristóteles. Surgiu mais ou menos quando da decadência de Atenas e do sistema político grego, a partir de Alexandre, a organização de cidade-estado foi sendo substituída pela de governo imperial e os líderes democratas pelos tiranos do império romano, por uma necessidade maior de uma filosofia que protegesse o homem grego. [...] Vinculava o modelo das leis da natureza como forma de proteger o homem contra a opressão dos tiranos e do Estado Imperial. PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de História da Cultura Clássica**. v. 1. Lisboa: FCG, 1987, 513.

Em Roma, a noção de pessoa também é embrionária. O que justifica o fato de não haver termos específicos para a designação de personalidade jurídica, capacidade jurídica e capacidade de fato. Havia uma confusão entre as locuções, justificada no fato de tais institutos não se ligarem à coletividade, mas apenas com determinados atores sociais.

A noção de papel social, que remonta a reflexão do teatro grego, é trazida para a problemática da personalidade. É de se dizer, assim, que, além das causas naturais¹¹, que nosso ordenamento consagra na configuração dos direitos da personalidade, era *conditio sinequa non* a conjugação de três modalidades de *status*¹²: *libertatis*, *familiae* e *civitatis*.

Quanto ao *status libertatis*, é de se dizer que, no Direito Romano, os cidadãos ou eram livres, ou eram escravos,¹³ sendo regra a liberdade. O escravo se assemelhava a um animal ou coisa, integrando o patrimônio de direitos subjetivos de seu possuidor. O escravo, por esta consideração, sofria numerosas restrições: não podia se casar legitimamente, possuir patrimônio, ser parte em juízo etc. Estava sujeito, ademais, à negociação e, até mesmo, a morte. Ficava, como se depreende, à mercê de seu proprietário.

No Brasil, houve o instituto da alforria, através do qual se tornava livre o escravo. No mundo romano, instituto semelhante se fez presente, qual seja,

¹¹ O início da personalidade jurídica em Roma se dava pela conjugação de vários fatores: nascimento com vida, forma humana e a presença de viabilidade fetal, isto é, perfeição orgânica para continuar a viver. Em alguns casos, entretanto, antecipava-se o começo da existência para a data da concepção. Assim, o filho resultante das justas núpcias recebia o estado do pai no momento da concepção.

¹² Cada *status* indica a posição da pessoa em relação ao Estado – como homens livres e cidadãos romanos – e à família, como *pater familias* ou *filius familias*. Cf.: ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 98.

¹³ A escravidão era determinada por várias causas. Destacam-se, notadamente, as regras depreendidas do *ius gentium* (que perduravam) e do *ius civiles*, que eram conjunturais. Entre as causas a determinar a escravidão na regra do *ius gentium*, aponta-se a captura pelo inimigo e o nascimento. Entre as possibilidades do *ius civilissão* anotáveis a falta de declaração ao censo, a não-apresentação ao exército quando convocado, a deserção, a entrega daquele que ofendeu o inimigo ou nação estrangeira, a prisão em flagrante, a insolvência do devedor e venda do *filius familias* pelo *pater familias*, isto no direito pré-clássico. No período clássico muitas dessas causas deixaram de existir. Nada obstante, outras razões podem ser colacionadas: a condenação à morte ou a trabalho forçado nas minas, o não-atendimento pela mulher livre do dever de abstenção quanto à relação sexual com escravo de cujo dono partiu a notificação, o conluio do maior de vinte anos para se passar por escravo a fim de dividir o valor pago por si e a ingratidão do liberto em relação a seu antigo dono. No direito pós-clássico persistiram estas quatro causas, tendo Justiniano, mais tarde, mantido apenas as duas últimas. Cf.: ALVES, 1996, p. 99-105.

manumissão¹⁴, sendo o mecanismo legal a partir do qual se fazia com que o escravo perdesse a condição escravocrata e se tornasse livre.

A perda da condição de escravo, que normalmente se dava pela manumissão, poderia ocorrer também por disposição legal. Mais uma vez, similitudes com a realidade brasileira podem ser realçadas, vide as Leis do Ventre Livre, Saraiva-Cotegipe e Áurea, através das quais se concedeu aos escravos brasileiros do século XIX liberdade.

O *status civitatis* representava a dependência do indivíduo a uma comunidade juridicamente organizada. O Império Romano ainda é conhecido por sua grandeza. Nada obstante, era prática romana a não-concessão de cidadania, sobretudo aos povos dominados. Por isto se concebeu quatro classes de indivíduos: *cives, latini, peregrini e barbari*.

O *status familiae* era importante para a determinação da maior ou menor capacidade jurídica da pessoa. Em regra, apenas o *pater familias* possuía plena capacidade jurídica. Aos poucos¹⁵, entretanto, a capacidade foi sendo estendida aos *alieni iuris* ou *fili familias*.

A questão da capacidade é importante em Roma porque nesta realidade se mostrava legítima no plano legal a criação de classes de indivíduos, fato que o sistema estatuído pátrio não permite, muito embora a prática social ainda insista nesta realidade.

A criação de classes de pessoas foi da ordem romana. Por isto, exatamente, muitos institutos ligados à capacidade podem ser detectados ao longo do sistema. Exemplo disto é a chamada *capitis deminutio*, percebida na doutrina de Cretella Júnior da seguinte forma:

Mudança de estado ocasionada pela perda do status libertatis, civitatis ou pela mudança do status familiae. Sendo a personalidade jurídica integrada por estes três elementos – libertas, civitas, familia, a deminutio pode recair sobre cada um deles, dando origem, então, a três espécies de capitis deminutiones – a máxima, a média e a mínima.¹⁶

¹⁴ A manumissão, que sofreu várias modificações ao longo do desenvolvimento do Direito Romano, era o ato de libertação do escravo pelo senhor. Com esta o escravo era chamado liberto e o antigo senhor, patrono.

¹⁵ Com Justiniano a noção de capacidade jurídica das classes ficou bem próxima. Ainda assim não se pode falar em igualdade. ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 108.

¹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 87.

No mesmo seguimento da lição colacionada, aponta Ebert Chamoun para a existência de três possibilidades de perda da capacidade. Trata-se de possibilidades que tinham correlação direta com o modo romano de ver o mundo, ligado de forma estrutural à ideia de *status*. Assim, se é possível classificar um indivíduo de um modo ou de outro, não é de se estranhar a possibilidade de reclassificação. Quando se pensa no indivíduo a partir do papel que este desempenha na sociedade, soa razoável que, mudado o papel, mude também seu *status*.¹⁷

Personalidade, em Roma, como se percebe, é atributo para determinadas castas daquela sociedade. Pode-se concluir, visto isto, a total divergência deste sistema com a construção constitucional brasileira, a partir da qual nenhum tipo de medida sectarista pode subsistir.

Início e concessão dos direitos correlatos à personalidade jurídica, como se viu, é questão complexa no mundo romano. Em relação ao término da personalidade, todavia, não havia discussões. Esta terminava com a morte, sobre a qual não se conheciam presunções¹⁸. Nem mesmo nos casos de ausência se falava em morte. Assim como no Direito Penal moderno, havia uma noção de verdade real na aferição do fim da vida.

Quanto à proteção dos direitos da personalidade em Roma¹⁹, destaca-se que a maioria dos autores não se detém sobre o tema. Os que se dedicam ao assunto o fazem em breves linhas, caso de Elimar Szaniawski²⁰, que aponta ser a *actio iniuriarum* seu principal meio de proteção. A partir desta, os ofendidos por injúrias tinham um meio de proteção.

Superado o período romano, chega-se ao Medieval. Neste período o cristianismo é o arcabouço que permite a colocação do homem na posição de ser racional e dotado de subjetividade. Desde os seus primeiros momentos, o indivíduo

¹⁷ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 50.

¹⁸ No direito justiniano se estabeleceu que na hipótese de morte de duas ou mais pessoas conjuntamente, não se conseguindo provar quem morreu primeiro, estas eram tidas por simultâneas: a chamada comoriência. Ressalva-se, contudo, as hipóteses que envolviam genitores e filhos, o que se adotou por questões sucessórias. Neste caso se reputava morto em primeiro lugar o genitor.

¹⁹ A *Lex Cornelia* (81 a.C.) declarou inviolável o domicílio. A *Lex Aquilia* concedeu o direito de ação à tutela da integridade física e dois interditos (*interdictum de homine libero exhibendo* e *interdictum de libere exhibendis*), destinados a amparar a liberdade de alguém que estivesse injustamente retido. O primeiro, de natureza exibitória, destinava-se a amparar a liberdade, evitando-se que as pessoas livres fossem retidas por qualquer motivo. O segundo, que competia a qualquer um, destinava-se restabelecer a liberdade de quem estivesse preso.

²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 21.

é tido como um valor absoluto, exaltando o sentimento da dignidade da pessoa humana e proclamando uma organização da sociedade que permita o desenvolvimento pleno dos direitos da personalidade.

A consolidação do conceito de pessoa, para a qual foi ponto de partida o cristianismo, abre caminho para a formatação e fomentação dos direitos da personalidade tal qual é concebido hoje. Permite-se a libertação do homem, tornando-o portador de valores. Torna-o sujeito de direitos e impede a sua objetificação, no que sedimenta o terreno em que se plantam os ensinamentos sobre os direitos da personalidade.²¹

À tomada de consciência do que é pessoa, marca indelével do cristianismo, segue um processo de secularização da crença. Deste fenômeno, é notório o exemplo da *Divina Comédia*, de Dante Alighieri. Esta obra é emblemática por propor uma conciliação²² entre a crença e o intelecto, na direção de afastar a concepção de pessoa da perspectiva dogmática.

A secularização anotada está diretamente ligada à concepção de pessoa na Idade Média: ente moral dentro da doutrina cristã. O movimento de laicização, reclamado no renascimento, aponta para um homem que age e luta pelos seus direitos. Assim, é este homem quem fará brotar da pessoa natural o ente racional independente.

Chegada a Idade Moderna²³, grandes referências históricas podem ser destacadas. Pela importância especial, todavia, devem ser ressaltadas as Revoluções Burguesas, a partir das quais se sedimenta que os Direitos da Personalidade são intrínsecos à razão humana. São partes indissociáveis da substância racional de natureza individual. O indivíduo, racional em razão de sua natureza, é, a partir deste momento, o substrato que estrutura os direitos da personalidade.

Quando se afirma que todo indivíduo de natureza racional é pessoa humana, tem-se que à todos os indivíduos se deve reconhecer a condição de detentor de

²¹CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da Personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. 57, 1991, p. 132.

²²A teologia em Dante apresenta-se influenciada pelos ensinamentos de São Tomás de Aquino. Tem-se um Deus perfeito, mas mais próximo. Conquanto visto como Pai bondoso, que ajuda o penitente, poderá ser contactado a partir da boa ação, guiada pela moral cristã.

²³“Deve-se lembrar que nesse século o Direito Natural ainda está vivo e tem um de seus florescimentos mais intensos não só no plano doutrinário, como também no prático. Basta recordar a influência que o pensamento jusnaturalista teve na formação da Constituição americana e das Constituições da Revolução Francesa.” BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Ícone: São Paulo, 1999, p. 42.

direitos da personalidade. Assim, não se pode pensar em indivíduos que não tenham sua integridade psicofísica preservada. Esta integridade, pressuposto da personalidade, é realizada quando se respeita a dignidade no que alude essencialmente: autonomia e racionalidade.

Como é cediço, fala-se a partir de um Estado laico, mas ainda assim o discurso mítico se faz presente. O cristianismo, que permitiu a leitura da pessoa a partir da universalidade da condição humana, é usado nos dias de hoje como meio de negação de algumas realidades que estão na ordem do dia.

O Estado deve pensar, a partir do viés racional, o que é importante para garantir sua integridade quando se fala em laicização. Esta consideração, que se deve ao Humanismo Renascentista²⁴, visa a conferir ao ser humano a condição de parte essencial da estrutura social.

O movimento humanista, que baliza o modo de pensar do século XVI, está na estruturação do movimento que sustenta as Revoluções Burguesas do século XVIII. Buscando inspiração no período clássico, há uma volta para as questões do homem e do mundo que este habita. Somado a isto, a Reforma propõe um modo de ver a realidade em que sucesso terreno se liga à salvação espiritual. Tais considerações permitem o fortalecimento da noção de indivíduo.

Esse movimento permite uma releitura racional do mundo antigo. O discurso reformista, a seu turno, propõe uma leitura de mundo que atende a burguesia naquilo que a caracteriza. A ideia de liberdade, a princípio de marca religiosa, ganha corpo. Este movimento liberal estrutura as bases de uma eminente laicização, a partir da qual se separa Igreja e Estado no plano político.

O período examinado é de uma reflexão política intensa. Surgem doutrinas contratualistas, com as quais se concede aos Estados uma noção de criação

24 A princípio o Humanismo foi identificado com a valorização de disciplinas relacionadas à vida humana, como Matemática, Línguas, História e Filosofia laica. Eram os estudos de humanidades. No primeiro momento, o Humanismo preocupou-se em buscar nas pessoas suas belezas, seus aspectos positivos, em contrapartida ao pensamento medieval, que entendia os seres humanos como frutos do pecado. É importante entender que o processo de valorização da humanidade não significou uma ruptura com a religião, as pessoas não se tornaram descrentes. O Humanismo renascentista não rompeu com a ideia criacionista, ou seja, manteve a ideia de que Deus criou a Terra e as pessoas, mas mudou a relação entre esses elementos. O mundo não era mais pensado como um lugar de sofrimento e sim um lugar de delícias, onde o ser humano, a mais perfeita das criações divinas, foi colocado para ser feliz, para usufruir dos benefícios e das belezas de tudo o que o rodeia, inclusive do próprio corpo. Posteriormente, o Humanismo passou a identificar aquelas que analisavam de forma crítica as condições sociais, buscando uma outra maneira de viver distanciada daquele universo mágico e sombrio da Idade Média, e mais condizente com a nova realidade social. Cf.: PETTA, Nicola Luiza de. **História. Uma Abordagem Integrada**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1999.

racional, afastada da ideia de Deus, ate então imperante. Na noção de Estado, criado a partir do pacto celebrado por indivíduos, que viviam no estado de natureza, se baseia o discurso sobre as liberdades políticas e os direitos e deveres dos cidadãos.

As cláusulas deste pacto, segundo Rousseau²⁵, refletiriam a vontade geral: união das vontades de cada indivíduo isoladamente, que legitimaria a existência do Estado político. O ser humano, nesta perspectiva, é fundamento constitutivo de qualquer sociedade. Infere-se disto, então, a necessidade de se resguardar os valores correlatos à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade. Como o Estado é fruto da vontade de pessoas, este só faz sentido quando se volta para a realização das mesmas. Do contrário, descumprido estaria o contrato social.

A partir do contratualismo, enfatiza-se a teoria do Direito Natural, que traz em si a valorização da individualidade. Esta individualidade é importante porque coloca a razão como ponto comum a todos os humanos, guiando-os no sentido de uma secularização crescente do saber, conforme será observado durante todo o curso das Revoluções Burguesas.

Refletindo as mudanças ideológicas que se processavam no interior da sociedade, surge no plano jurídico a expressão “direitos fundamentais”, ocorrência da França da década de 1770. É concebida também a expressão “direitos humanos”, nos quais se incluem os direitos inerentes à pessoa humana e, portanto, os direitos da personalidade.

O reconhecimento efetivo dos direitos humanos é matéria controversa, tendo gerado a grande discussão entre Boutmy e Jellinek. Este atribuía tal feito à Declaração de Virgínia de 1776, promulgada na declaração de independência das colônias inglesas na América do Norte. Boutmy, a seu turno, afirmava terem os direitos humanos aportados originariamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Embora a Declaração de Virgínia preceda cronologicamente à Francesa, a história consagra que não logrou a universalidade desta. A Declaração de 1789, ainda que influenciada pelos debates travados na América, não se reduziu à cópia.

²⁵Hobbes parte de perspectiva diametralmente oposta para desenvolver sua consideração sobre Contrato Social. Assim, enquanto em Rousseau é o homem bom a base do Estado, para Hobbes é a maldade e o instinto de preservação que demandam um ente externo, que com sua capacidade de intervenção oferece meios para o desenvolvimento da vida em sociedade.

Enquanto a Declaração Americana é concreta, precisando as modalidades de direito reconhecidas e definindo procedimentos jurídicos e políticos, a Francesa proclama direitos globais dos homens.

Ainda que se discuta sobre a estruturação dogmática dos direitos humanos no plano jurídico, não se pode negar a importância destes direitos para a solidificação dos direitos da personalidade. Neste ponto, é de se considerar a lição de Tepedino²⁶, que detecta no século XIX o local propício para o desenvolvimento destes direitos como categoria própria.

Do que se desenvolveu sobre os direitos da personalidade, não parece acertado se afirmar que estes direitos foram criados pelas doutrinas alemã e francesa. De fato, há um movimento doutrinário alemão e francês que contribuiu sobremaneira para a apreensão desta realidade. Como anuncia Tepedino, ocorre a categorização destes direitos como instância própria.

É de se dizer, contudo, que a consideração da pessoa como substância individual de natureza racional antecede ao movimento de apreensão anunciado. Esta consideração, que é base para a construção da personalidade como a concebemos, surge na Idade Média. Então, o que ocorre no século XIX, é um movimento de codificação e estruturação legal destes direitos enquanto categoria própria.

A consideração de que a construção doutrinária acerca dos direitos da personalidade surgiu no século XIX é negada na lição de Francisco Amaral²⁷. Para este autor, como há entre os direitos da personalidade e direitos humanos e fundamentais ligação de base, é de se ter que os direitos associados à personalidade começam a ser reconhecidos ainda no século XIII, quando se inicia o Constitucionalismo.

Independente da referência de que se parta, é inegável que o movimento oitocentista, que marca as grandes codificações, foi importante para a doutrina dos direitos da personalidade. Afirma-se isto porque a racionalidade moderna serviu muito bem aos propósitos burgueses. Como serviu tais propósitos, não é de se

²⁶ A categoria dos Direitos da Personalidade é fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX, compreendendo os direitos inerentes à Pessoa Humana, considerados essenciais a sua Dignidade e integridade. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo TEPEDINO, Gustavo. In. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

²⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 250.

estranhar a construção de um direito marcado pelo materialismo e fechado em si na intenção positivista de unidade, completude e coerência.

A partir do movimento de codificação, toda a lógica do direito foi transferida para os textos postos. Ainda que hodiernamente seja em menor grau, a prática persiste. Na prática, há uma expectativa de segurança projetada na lei positiva.

1.2 O SURGIMENTO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: A CODIFICAÇÃO

Ora, sem pessoas não há direitos. Direito existe para regular a vida dos homens em sociedade. O homem é ser social, como dizia Aristóteles. Por isto mesmo, por mais que os direitos da personalidade digam com aspirações da ordem individual, não há como se negar a necessidade dialógica entre individual e coletivo. Tal consideração é aposta porque tais direitos, em sua gênese, estavam associados tão somente ao indivíduo. Ou, ainda, estavam associados aos bens que este indivíduo possuía.

Conquanto não se possa pensar um direito desligado da realização das pessoas, é fato que o movimento de codificação não partiu desta premissa.

O marco divisor do Direito Civil quanto à codificação é o Código Napoleão, publicado em 1804. Inspirado nos ideais racionalistas do Iluminismo não separou em dispositivo específico qualquer direito da personalidade. Foi considerado, ainda assim, completo pela Escola da Exegese, que o tinha por ordenamento sistemático e sem lacunas.

O primeiro diploma a positivar especificamente os direitos da personalidade foi a Lei Romena de 18 de março de 1895²⁸. Em 1900, entra em vigor o Código Alemão, que cuida do direito ao nome. Em 1907, é publicado o Código Civil Suíço²⁹, que em seus artigos 29 e 30 aponta também para a necessidade de preservação do nome, atributo da personalidade humana.

²⁸FRANÇA, Limongi Rubens. Institutos de proteção à personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 57, n. 391, maio de 1968, p. 22.

²⁹ O Código Suíço manifesta a primeira reação contra os pandectistas e o Código Napoleônico. [...] Iniciando-se com um livro referente ao direito das pessoas, o Código Suíço redimensiona todos os outros direitos a partir da perspectiva humanista. Compõe-se, assim, da seguinte estrutura: livro sobre as pessoas, livro da família, livro das sucessões e livro dos direitos reais. Relembre - se, a retomada do humanismo, aqui, aparta - se do abstratismo personalista do Código Napoleônico. Cf.: FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidção dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2006.

A partir da vigência do Código Civil Italiano³⁰, em 1942, confere-se nova ênfase aos direitos da personalidade³¹. Em seis artigos do livro I, o diploma em comento cuida *delle persone e della famiglia*. Regulamenta, com isto, vários aspectos da personalidade, a saber: direito ao próprio corpo (art. 5º), direito ao nome (art. 6º) e sua tutela (art. 7º), sua tutela por razões familiares (art. 8º), direito ao pseudônimo (art. 9º) e direito à imagem, registrado no artigo 10.

Nos últimos tempos, nova etapa tem sido desenhada no que concerne aos direitos da personalidade. Trata-se da tutela específica destes direitos, que tem sido feita em capítulo próprio. Nesta direção, caminharam o Código Português de 1966 e o Código Civil Brasileiro em vigor.

Mesmo que se possa defender a não necessidade da tutela dos direitos da personalidade na perspectiva codificada, em vista da chamada virada copernicana, que impõe uma leitura do sistema à luz da constituição, logo, da pessoa humana, vê-se com bons olhos o resguardo de um espaço próprio e positivado para o tratamento de direitos afetos à personalidade.

1.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.3.1 Conceito de Pessoa e Personalidade

A palavra pessoa, de acordo com sua origem do latim, em um primeiro momento, significava máscara e, em um segundo momento, passou a significar o papel que cada ator representava, e somente depois passou a corresponder a atuação dos seres humanos no cenário jurídico.

A palavra “pessoa” advém do latim *persona*, emprestada à linguagem teatral na antiguidade romana. Primitivamente, significava máscara. Os atores adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial, destinada a dar eco às suas

³⁰O Código Italiano reflete a aversão à frieza cientificista das Pandectas. Após árduo processo, que se estendeu de 1865 a 1942, reproduz em parte o Código Suíço e repele a parte geral do BGB, acrescentando aos elementos importados da Suíça um livro sobre obrigações e um sobre o trabalho, Cf.: FONSECA, Op. Cit., 2006.

³¹O Código Civil Italiano de 1942 lhe deu uma parcial disciplina, já de forma sistemática, embora esteja muito longe de apresentar especificação e classificação acabadas. O seu livro I dedica um título autônomo, o primeiro, às ‘pessoas físicas’, e os artigos 5 a 10, contidos nesse mesmo título, respeitam precisamente aos direitos da personalidade. Cf.: DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

palavras. *Personare* queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. O doutrinador Washington de Barros Monteiro, ensina que a máscara era uma *persona*, porque fazia ressoar a voz da pessoa.³²

No direito civil atual, a palavra “pessoa” não mais engloba a representação jurídica de cada ser humano, o que seria a representação da máscara, para a doutrina civil tradicional, “pessoa” é o sujeito do direito, ou seja, o ente titular de direitos que compõe um dos polos da relação jurídica.

Neste sentido, apresenta-se o conceito de pessoa utilizado por Maria Helena Diniz:

Para a doutrina tradicional “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.³³

Ressalva-se que há duas espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: a pessoa natural ou física, que corresponde ao ser humano, e a pessoa jurídica, moral ou coletiva, que abrangem os agrupamentos humanos e patrimoniais que visam fins de interesse comum, porém o enfoque deste estudo é a pessoa física ou natural, pois abrange aspectos dos atributos atinentes à sua personalidade.

Sílvio de Salvo Venosa também apresenta a sua acepção de pessoa: “[...] só o ser humano pode ser titular das relações jurídicas. No estágio atual do Direito, entendemos por pessoa o ser a qual se atribuem direitos e obrigações”.³⁴

Neste sentido, todo ser humano é pessoa, e assim aduz o artigo 1º do ordenamento civil brasileiro, mas, para o direito privado, identificado um determinado direito, há a necessidade da existência de um sujeito que lhe detenha a titularidade, assim, pessoa é o ser a qual se atribuem direitos e obrigações. Portanto, só o ser humano pode ser titular de direitos.

Entrelaçado ao conceito de pessoa está o conceito de personalidade que, para a doutrina civilista, trata-se de atributo jurídico, e conseqüentemente, sendo o ser humano o sujeito das relações jurídicas e assim suscetível de direitos e obrigações, conclui-se que toda pessoa é dotada de personalidade.

³²MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. **Curso de direito civil**: parte geral. 39 ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 131.

³³DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: 1. Teoria Geral do Direito Civil. 29. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143-144.

³⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 131.

O artigo 2º da Codificação Civil aduz que para que as pessoas possuam personalidade civil, basta que estas tenham nascido com vida, incluindo nesse conceito o nascituro, que embora ainda não possua personalidade, possui seus direitos devidamente assegurados.

Sobre a personalidade jurídica, explica Sílvio de Salvo Venosa: “projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas”.³⁵

Portanto, juntamente com a acepção de pessoa, estáa possibilidade desta, como titular de direitos, atuar no cenário jurídico, e assim a personalidade passa a ser a qualidade jurídica inerente a todas as pessoas e, conseqüentemente, o pressuposto prévio para todos os direitos e deveres.

Diante de tais assertivas, conclui-se que a concepção de pessoa oriunda do direito civil tradicional, que é considerada como o “sujeito de direitos”, é meramente formal e com total ausência de conteúdo, pois trata as pessoas como meras matérias primas de relações jurídicas.³⁶

A mesma crítica se faz a acepção de personalidade jurídica advinda do direito privado, que retrata um atributo jurídico que somente é concedido às pessoas a partir do momento em que se verifica que esta pode participar de relações jurídicas e, dessa forma, possui potencial para adquirir direitos e deveres.

Para a sistemática tradicional do atual Código Civil, pessoa é tão somente aquele que participa da relação jurídica, o sujeito de direitos, portanto, marcadamente formal e distante da realidade, pois deste modo a pessoa não é considerada um ser humano dotado de dignidade.

Porém, de acordo com os valores do novo direito constitucional, que possui um magnífico rol de direitos fundamentais, todos guiados pelo metaprincípio da dignidade da pessoa humana, pessoa é o ser humano real, que sofre, se alegra, tem vontade, sentimentos, aspirações, preferências e não somente alguém que tem aptidão para adquirir direitos e deveres, figurando no povo passivo ou ativo das relações jurídicas.

Corroborando com essa explanações, evidencia Hannah Arendt:

³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 146.

³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10.

Todavia, quando se trata de definir, filosoficamente, 'quem' somos, só é possível enumerar qualidades e características do 'que' somos, revelando-se, então, a notória incapacidade filosófica de se chegar a uma definição de pessoa humana, de ser revelar a sua "essência viva".³⁷

Consequentemente, o conceito de personalidade jurídica também está, desta forma, ligado à ideia do que o homem pode exercer no mundo jurídico, ou seja, qual a função que este pode ocupar em dada relação jurídica, não atribuindo à pessoa o seu real valor, pois considera o sujeito em termos meramente mecanicistas.

A personalidade é a característica que diferencia os seres humanos, e não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, e sim constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.

Neste diapasão, assevera Francisco Amaral sobre a personalidade no direito contemporâneo:

Deve ser considerada como um princípio, um bem, um valor em que se inspira o sistema jurídico, superando-se a concepção tradicional, própria do individualismo do séc. XIX, que exaltava a pessoa apenas do ponto de vista formal ou técnico-jurídico.³⁸

Assim, não há de se falar mais na personalidade como a aptidão para obter direitos, mas sim a aptidão para desempenhar papéis no mundo do direito, e assim a personalidade valoriza a pessoa no ordenamento jurídico e atribui unidade à este.

A personalidade engloba direitos que tocam somente ao ser humano, expressão de sua própria existência.

O presente trabalho contempla a personalidade como um valor ético emanado do metaprincípio da dignidade da pessoa humana, e sua proteção em face ao direito digital, e da consideração pelo direito civil do ser humano em sua complexidade.

Nesta trilha, Cláudio Luiz Bueno de Godoy elucidada:

[...] a esses direitos que irradiam e se apoiam na personalidade, servindo de, justamente, a sua proteção, bem assim à tutela de suas emanções

³⁷ARENDDT, Hannah. **A Condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 194-195.

³⁸AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 216.

primeiras, como a vida, a honra, a privacidade, a imagem da pessoa, entre outras, é que se dá o nome de direitos da personalidade.³⁹

Portanto, necessário se faz uma tomada de posição em defender que o conceito de pessoa, que está totalmente atrelado pelo conceito de personalidade, deve estar compatível com o direito constitucional. Nesse sentido, são as palavras de Pietro Perlingieri:

É necessário tomar posição contra a concepção que considera o indivíduo como valor pré-social, relevante também na ótica jurídica, prescindindo da relação com os outros. Desse modo, acentua-se o isolamento do indivíduo e dos seus problemas daqueles da sociedade na qual vive, inspirando-se em uma visão individualista não compatível com o sistema constitucional.⁴⁰

Assim, considera-se que os atributos, qualidades, características, peculiaridades e expressões do ser humano, são os bens relacionados à sua personalidade, inerentes desde o seu nascimento, são as próprias projeções da personalidade que, quando passam a encontrar suporte no direito positivo, dão ensejo aos então chamados direitos da personalidade, que passam então serem analisados.

1.3.2 Os Direitos de Personalidade

As constituições brasileiras sempre consagraram os direitos e garantias individuais⁴¹. Merece destaque, nesta linha, a Constituição do Império, que em seu artigo 179 apontava para uma série “Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”.

Da leitura do *caput* do artigo sob exame, observa-se que estão afastados de sua tutela os escravos e estrangeiros residentes no País. É de se apontar, neste sentido, que a tutela à personalidade, na realidade do Brasil-Império, era semelhante ao regime vivenciado em Roma, em que havia regimes de tutela absolutamente diferentes e determinados pelo local que o indivíduo ocupava na escala social.

³⁹GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 25.

⁴⁰PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 38.

⁴¹Atribui-se à primeira constituição brasileira a primazia mundial na subjetivação e positivação dos direitos do homem. Esta atribuição, contudo, é contestada em favor da Constituição belga de 1831. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.39.

Os direitos da personalidade consagrados na Carta Imperial são liberdade (*caput*), inviolabilidade de domicílio (inciso VII), direitos autorais (inciso XXVI) e segredo de correspondência (inciso XXVII), todos inscritos no artigo 179 da aludida Constituição.

A liberdade de religião, inscrita no inciso V, era condicionada: “ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a Moral Pública”.

Hipocrisias sistêmicas cobram um preço muitas vezes alto. Ao sistema jurídico, uma oportunidade de ter em si unidade, coerência e completude na porção material. Não basta, desta forma, se dizer que existem direitos da personalidade. Estes precisam ser vivenciados.

A Constituição da República Federativa do Brasil diz que homens e mulheres são iguais em deveres e obrigações. Ao fazê-lo, não diz ter partido da noção genética, gonadal, cromossômica, psicológica, social ou antropológica de gênero. Nada obstante, como eleva a pessoa humana à condição de vértice do sistema, não parece ser constitucional qualquer consideração que mitigue este valor moral.

A visão constitucional permite uma leitura ampliada dos direitos da personalidade. Assim, ou se realiza no mundo fático esta leitura, ou se assume o desrespeito pelos direitos fundamentais. Direitos da personalidade, como possibilidade de realização psicofísica, impele-nos a uma leitura ampliada do conceito homem-mulher enquanto realidade gonadal.

Na Constituição de 1824, que propõe uma falsa liberdade, é de se dizer que a noção constitucional de regra contra majoritária, reclamada pela modernidade, já estava presente. Ainda que embrionária, a noção de direitos da personalidade já apontava para um escudo contra o arbítrio estatal.

A Constituição de 1824, que se seguiu à independência proclamada em 1822, determinava expressamente (art. 179, XVIII) que se elaborasse o mais rápido possível um Código Civil e um Código Criminal. Atendendo a esta determinação, surgiu rapidamente o Código Criminal do Império em 1830. A determinação de criação de um Código Civil, todavia, não foi atendida nos 67 anos que vigeu a carta sob exame.

Atender ao comando constitucional em parte, é criticável em vários aspectos. À época, contudo, não se falava em mecanismos como o Mandado de

Injunção. Por isto, nada se poderia fazer diante da inércia do legislador. Ainda, hoje pouco se tem feito nesta matéria. Conquanto tenhamos evoluído muito na discussão sobre os freios e contrapesos, a teoria da repartição de poderes ainda não foi repensada para cumprir o espírito constitucional. Desta forma, quando muito, o Supremo Tribunal Federal faz equiparações, caso do direito de greve do servidor. A atuação do Poder Judiciário como legislador positivo ainda é vista como temerária.

A crítica a que se alude no parágrafo anterior tem um fundamento. O fundamento está no paradoxo *ter-ser*. Quando se está a cuidar de questões atinentes ao ter, a preocupação do sistema se faz clara. Quando se está em questão o ser, obscuridades são percebidas ao longe.

As Constituições, como se sabe, são o paradigma da atuação estatal, já que concatenam os elementos essenciais de seu funcionamento, enunciando garantias fundamentais. Sabendo-se disto, e tendo em vista a Proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, restou assente a necessidade de feitura de um novo texto constitucional, criado em 1891.

A Constituição Republicana de 1891 apresentava em seu Título IV, Seção II uma “Declaração de Direitos”. No que concerne aos direitos da personalidade, é importante porque supera a noção de *status*, formalmente presente na Carta Política de 1824.

Com a Carta Política de 1891, pela primeira vez em nosso país, estende-se aos estrangeiros direitos e garantias individuais. Além disto, ressalta a liberdade dos negros, já formalizada na edição de Lei Áurea em 13 de maio de 1888.

Na Constituição de 1891, os direitos da personalidade ganham força. O artigo 72, no seu *caput*, consagra a “inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”. Nos seus parágrafos fala do sigilo de correspondência (§18), da inviolabilidade de domicílio (§11), do direito à propriedade industrial (§25) e do direito autoral (§26).

A liberdade de culto, diferentemente do diploma anterior, está plenamente albergada no parágrafo 3º do artigo 72. Uma liberdade surgida no contexto onde o Estado se torna cada vez mais independente da Igreja e deixa de fazer sentido se falar em religião oficial, fato na Carta Imperial.

Ainda no corpo da Constituição em comento, deve ser destacado o artigo 78. Este dispositivo é importante porque aponta não ser exaustivo o rol de direitos da personalidade previsto na Carta Política, no que anda bem. Tal consideração,

repisada em todas as constituições posteriores, é respeitável porque afasta o ser humano do mundo das coisas. É destacável porque não pretende resumir a pessoa humana a objeto. A exaustão, de modo diferente do que ocorre com os direitos reais, não é pretendida.

Na linha constitucional, chega-se à Constituição de 1934, que vigeu até 1937. Esta trouxe algumas inovações. A primeira delas foi a presença de um “título especial para a Declaração de Direitos, nele inscrevendo não só os direitos e garantias individuais, mas também os de nacionalidade e os políticos.”⁴² Esta metodologia foi repetida na demais Cartas, ressalvada a de 1937.

Em referência à Constituição de 1934, é de se comentar seu artigo 113, que no *caput* consagrava a liberdade. Nos seus incisos, aponta ainda para: sigilo de correspondência (inciso VIII), inviolabilidade de domicílio (inciso XVI), direito à propriedade intelectual, abrangendo o direito às marcas e patentes e direito autoral (incisos XVIII a XX). O artigo 114, complementando o sentido do que anterior, explicita entendimento de que o rol previsto na Constituição não é exaustivo.

Em 10 de novembro de 1937, foi outorgada outra Constituição. Consoante José Afonso da Silva, uma Carta “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas.”⁴³

Importante destacar o disposto em seu artigo 122. Neste, se fala em “preservação de direitos e garantias individuais”⁴⁴. O *caput* faz referência à liberdade⁴⁵. O inciso VI fala de “inviolabilidade do domicílio e de correspondência, ‘salvas as exceções previstas em lei’”.⁴⁶

Após a ditadura instituída em 1937, restabelece-se a ordem democrática com a promulgação da Constituição de 1946. Seu artigo 141, que cuida de direitos e garantias fundamentais, dispõe sobre a inviolabilidade do direito à vida e a liberdade (*caput*), sigilo de correspondência (§ 6º), inviolabilidade de domicílio (§ 15), propriedade das marcas e patentes (§§ 17 e 18) e o direito autoral (§ 19).

⁴²SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 169.

⁴³SILVA, **Op. cit.**, p. 169.

⁴⁴Um dado curioso, mas explicado em si próprio, diz respeito à ampliação do regime da pena de morte (art. 122, XIII), que seria estabelecida em lei especial.

⁴⁵A liberdade de pensamento, prevista no inciso XV, podia ser limitada através de lei. A imprensa, desde que por lei especial, também poderia ser regulamentada.

⁴⁶Chega a ser paradoxal a previsão de “exceções previstas em lei” quando se pensa que o regime instituído em 1937 era, ele todo, e em essência, de exceção.

A Constituição de 1967, primeira do período militar que antecedeu à reabertura democrática em que se gesta a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tratou dos direitos da personalidade de modo semelhante ao regime anterior, trazendo em seu artigo 150 as seguintes disposições: vida e à liberdade (*caput*), correspondência e sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (§ 7º), inviolabilidade de domicílio (§ 8º) e criações industriais e artísticas (§§ 24 e 25).

A Emenda Constitucional número I, que surgiu no auge das determinações arbitrárias do AI 5⁴⁷, veio para restringir. Assim, conquanto seu artigo 153, *caput*, mantenha a fala de preservação dos direitos à vida e liberdade, os parágrafos 9º e 10 aludam ao sigilo de correspondência e a inviolabilidade de domicílio, e os parágrafos 24 e 25 assegurem direitos autorais e de patentes industriais, é fato que o artigo 154 permite uma releitura restritiva do sistema. Na prática, então, a emenda 1 (que pelo seu porte também é chamada Constituição de 1969) importou na supressão de direitos nas mais variadas esferas.

Enquanto a Constituição de 1967 é marcada pela arbitrariedade, a Carta Republicana de 1988 é cingida pela consideração da pessoa humana e da dignidade que desta decorre. Por isto mesmo, há uma profusão de direitos da personalidade ao longo de seu texto. Não restam dúvidas, então, de que o elemento democrático foi respeitado nesta Constituição.

De modo muito produtivo para uma Constituição denominada cidadã, a Carta brasileira de 1988 coroa em seu artigo 5º a vitória histórica do povo brasileiro, marcado pela opressão nos mais variados planos. As disposições protetivas deste artigo, por isto mesmo, se irradiam em direções múltiplas, servindo de proteção contra os abusos estatais e até mesmo de particulares. Uma proteção que se faz perene e se pretende efetiva. Perene por não se sujeitar à possibilidade de reforma, o que é salutar em um país que em 22anos (até fev/2016) produziu 91 emendas.

Pretensamente efetiva, porque ainda não se conseguiu implementar as promessas da modernidade de modo destacável, daí a teoria da "constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia"⁴⁸

⁴⁷O Ato Institucional n. 5 repetiu todos os poderes discricionários conferidos ao presidente pelo AI-2 e ainda ampliou a margem de arbítrio: deu ao governo a prerrogativa de confiscar bens: suspendeu a garantia do habeas-corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

⁴⁸ Cf.: STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e concretização da Constituição. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Del Rey. Belo Horizonte, n. 1, 2003.p.87.

Do examinado artigo 5º, pode-se destacar os direitos da personalidade essenciais: vida, liberdade, honra, sigilo, intimidade, imagem, criação intelectual, dentre outros. A expressão ampliativa por usada se justifica porque o regime dos direitos da personalidade não se resolve em *numerus clausus*, sobretudo em um regime constitucional que assegura expressamente (artigo 5º, §2º) a possibilidade de outros direitos desta categoria se decorrentes de princípios ou de tratados internacionais.

É de se destacar que os direitos de cada indivíduo, sobre todas as projeções de sua personalidade, já estão protegidos no artigo 1º, III da Constituição Republicana em vigor. Ao se consagrar a dignidade da pessoa humana, tem-se que vida digna implica em se ter, como pressuposto, o respeito a todos os aspectos físicos, psíquicos e intelectuais de cada ser humano.

1.4 CONCEITUAÇÃO ATUAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Percorrido o histórico dos direitos da personalidade, cumpre apontar como estes direitos têm sido percebidos e apresentados na atualidade.

Durante muito tempo, a noção de personalidade estava associada com a possibilidade da contração de direitos e obrigações. Na perspectiva positivista que defende Kelsen, a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil⁴⁹. Caracteriza, nesta concepção, a decorrência jurídico-normativa de um sistema posto que assegure tais possibilidades de acordo com parâmetros que o ordenamento estatui.

Embora a perspectiva positivista seja defensável na esfera dogmática, não parece ser este o espírito preservado na Constituição da República vigente. Por ser assim, partindo da premissa que o direito deve ser lido a partir da Constituição, que consagra a pessoa humana, denota-se que a personalidade se liga e se realiza no ser humano. Desta forma, ainda que se possa abstrair eventual privação de um direito da personalidade pelo ordenamento jurídico, esta privação não se mantém

⁴⁹No dizer de a pessoa física (natural) como sujeito de deveres e direitos não é o ser humano cuja conduta é o conteúdo desses deveres ou desses direitos. A pessoa física é apenas a personificação desses deveres e direitos: concatena um conjunto de normas jurídicas que, por constituir deveres e direitos contendo a conduta de um mesmo ser humano, regula a conduta deste ser. Cf.: KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

de *per se*. Não há meios de esta se manter, caso contrarie o regime depreendido da dignidade.

Na linha tracejada, importante salientar a visão jusnaturalista que afirma serem os direitos da personalidade, no chamado núcleo duro, inerentes à própria natureza humana, ocupando posição supra-estatal. A positivação, por isto mesmo, é um meio de se garantir o exercício dos mesmos e de assegurar coercitividade e possibilidade de exigência, e, jamais, um veículo a partir do qual se possa negar direitos.

Serpa Lopes⁵⁰ define os direitos da personalidade como sendo atributos inatos ao indivíduo. Verdadeiras projeções biopsíquicas integrativas da pessoa humana que se constituem em bens jurídicos assegurados e disciplinados pela ordem jurídica imperante.

A definição de Serpa Lopes parece muito produtiva, porque não parte da premissa de que os direitos da personalidade são aqueles que a ordem jurídica estatui. Esta consideração se apresenta válida porque não se pode deixar de considerar que os direitos em exame não se encerram na sistemática dos *numerus clausus*. Ademais, existiriam antes mesmo do Estado, porque estão na ordem de constituição dos indivíduos e é a partir da reunião destes que o Estado é formado.

Na linha reflexiva que se percorre, tem-se que os Direitos da Personalidade são atributos jurídicos que se convertem em projeções da Pessoa Humana. Por esta razão são reputados direitos subjetivos privados de caráter não patrimonial. Trata-se de direitos com os quais se visa proteger a pessoa em face de todos os demais, sendo oponíveis *erga omnes*. São essenciais ao resguardo da dignidade humana. São, por esta razão, universais, absolutos, imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis e vitalícios.

No século XIX, quando eram percorridos os primeiros passos no estudo dos direitos da personalidade, surgiu a controvérsia acerca de como os definir. Para tanto foram consolidadas duas posições antagônicas. De um lado, os que acreditavam tratar a personalidade de um todo indivisível. Do outro, os que asseguravam ter a personalidade variadas projeções, entendimento que deu corpo à chamada teoria atomista (princípio da aplicação da norma mais favorável).

⁵⁰SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 205.

Referida teoria ganhou maior número de adeptos, principalmente porque permitia uma tutela mais concreta destes direitos. Ao anunciá-los de forma separada, permitia a construção paulatina do instituto, isto é, permitia que se amadurecesse a percepção jurídica no sentido de se reconhecer os direitos inerentes à personalidade. Esta teoria oferece um diferencial em relação à monista, porque não obrigava ao ordenamento reconhecer, de uma só vez, todos os caracteres que se associam ao regime da personalidade.

A questão monista ou atomista, embora aparentemente resolvida, volta à cena nos dias de hoje. Ocorre que, porém, marcada por outro enfoque. O uso indiscriminado da teoria atomista levou a que muitos considerassem os direitos da personalidade típicos, isto é, reconhecidos apenas se positivados.

Não parece ser este o melhor entendimento. Os direitos da personalidade, no que realizam a dignidade da pessoa humana, são anteriores ao direito positivo. O que este faz é reconhecer os caracteres associados à personalidade.

Como se percebe, não se trata da criação de direitos, mas de reconhecimento. Por isto afirma-se não ser produtiva a sustentação de que direitos da personalidade são os que a ordem positiva assegura. A previsão positiva é importante, sim, em razão da cultura jurídica que prima pela segurança da subsunção. Esta importância, então, é conjuntural, e não estrutural. Justifica-se enquanto tivermos aplicadores do direito envolto nos velhos dogmas positivistas.

No momento atual, é motivo de discussão, também, a noção da indivisibilidade da personalidade. É crescente a importância conferida à necessidade de se tutelar o maior número de projeções da pessoa humana, sobretudo seus reflexos psíquicos e intelectuais, que marcam sua racionalidade. Tais projeções, todavia, não mais devem ser vistas como taxativas. Ao contrário, é imprescindível que o direito proteja também aquelas não especificamente positivadas.

A personalidade deve ser entendida como um valor ilimitado a ser tutelado. Tal consideração não impede que o ordenamento jurídico regulamente de forma expressa suas vertentes mais relevantes. Isto ocorrerá no empenho de se facilitar a aplicação do direito⁵¹, mas não a constituição do mesmo.

⁵¹ Pietro Pellingieri defende a ideia da personalidade como valor indivisível. Nesta alinha assegura que a tutela irrestrita da personalidade estaria por toda Constituição, cujo cerne é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Disto se diz que os direitos da personalidade não se encontram tipificados em sua totalidade. Cf.: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 153 e ss.

Entendendo-se que a personalidade é um valor a ser preservado, resta pacificado que é obrigação de cada membro da sociedade agir de modo a prover a todos os demais as condições condignas de existência. Por ser assim, incluem-se entre os direitos da personalidade, neste momento, os relativos à saúde, física e psíquica, ao trabalho e ao meio ambiente. Além disto, com o desenvolvimento das relações interpessoais em sociedade, não há dúvidas de que novos direitos relacionados ao desenvolvimento da personalidade serão reconhecidos no corpo social.

Dentro do se propõe, tem-se que é preciso se promover um afastamento da noção de direitos da personalidade da perspectiva meramente individual. Consoante Diogo de Campos Leite⁵², conquanto sejam estes direitos individuais por definição, a vida social impõe uma leitura coletiva dos mesmos.

No equilíbrio entre o individual e o social o homem se realiza. Assim, se assenta que o direito do homem à própria vida não lhe permite dispor desta. Por uma identidade de razão, para que ele respeite e defenda a vida de todos os demais, é preciso que preserve a sua. É do ponto de vista da incessante busca por uma melhor convivência entre os homens (idealmente marcada pelo respeito) que deve avançar o estudo dos direitos da personalidade.

O Código Civil de 1916, de autoria de Clóvis Beviláqua, não continha disposição expressa sobre os direitos da personalidade. Esta lacuna é atribuída à materialidade que o diploma parecia querer preservar.

Nãoobstante ao caráter notadamente materialista do Código de 1916, há artigos neste diploma que consagram disposições que salvaguardariam direitos da personalidade. Nesta linhagem, podem ser destacados os artigos 666, X (direito à imagem), 671, parágrafo único (sigilo de correspondência) e 649, 650, parágrafo único, 651, parágrafo único e 658, responsáveis pela tutela do direito moral do autor.

O regime de 1916 começou a ser formalmente superado com o Anteprojeto Orlando Gomes, de 1963. Neste, pela primeira vez, aparecem positivados de forma expressa no corpo do ordenamento os Direitos da Personalidade. No livro relativo às pessoas estavam previstos dois capítulos: um sob a rubrica de “Direitos da Personalidade” (artigos 29 a 37) e outro especial sobre o direito ao nome (artigos 38 a 44).

⁵²CAMPOS, Diogo Leite de. Os Direitos da Personalidade. Categoria em Reapreciação. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte, v.1, n.1, 1994, p.38.

O anteprojeto tratou, ainda, do direito de se dispor do corpo (inclusive do cadáver) em seis artigos. Cuidou do direito à imagem em um artigo, da autoria em outro e do direito ao nome em seis dispositivos.

O artigo introdutório (29) dizia que “o direito à vida, à liberdade, à honra e outros reconhecidos à Pessoa Humana são inalienáveis e intransmissíveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária”. Em seu parágrafo único dispunha que “quem for atingido ilicitamente em sua personalidade pode exigir que o atentado cesse e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de sanções de outra natureza.

O Projeto de 1975, de autoria do professor Miguel Reale, a partir do qual foi gerado o Código Civil vigente, tomou o caminho de cuidar dos Direitos da Personalidade de forma expressa. Tutela, nesta linha, as pessoas físicas nos seus artigos 11 a 21.

A doutrina vem tratando dos Direitos da Personalidade. Orlando Gomes⁵³, por exemplo, divide tais direitos em direitos à integridade física e direitos a integridade moral. Caio Mário da Silva Pereiracuida do direito ao nome, direitos à integridade física, direito à vida e direitos à integridade moral⁵⁴.

O Código Civil de 2002, ao tratar dos Direitos da Personalidade, inova na ordem infraconstitucional brasileira. A tutela oferecida por este diploma aos direitos em comento é absolutamente nova em relação ao regime depreendido do código revogado. Uma mudança através da qual se insere a temática em capítulo próprio.

A inovação no plano infraconstitucional não é exatamente uma novidade na realidade brasileira, já que a Constituição da República Federativa de 1988 traz uma proteção que é, em si, até mais abrangente. Nada obstante, é de se considerar o aspecto trazido pelo novo Código Civil, já que, conquanto tenhamos um discurso que prime pela capacidade normativa dos princípios, nossa prática ainda é marcada por regras. Desta forma, sabendo que a realidade é esta, toda e qualquer alteração que venha para explicitar o conteúdo constitucional é bem vinda.

A proteção à pessoa é tendência marcante do direito atual e é este o ponto de partida para que Tepedino formule sua concepção da “cláusula geral de tutela da personalidade”.⁵⁵

⁵³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 141-160.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 141-160.

⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional positivo. In. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

Os Direitos da Personalidade, como já restou evidenciado, são inerentes à pessoa e a necessária Dignidade que desta decorre. Disto surgem cinco marcos fundamentais: a) vida; b) honra; c) imagem; d) nome; e, e) intimidade. Marcos que se irradiam nas mais variadas projeções e com diversidades distintas. Diante disto, faz sentido a construção doutrinária no sentido de que tais direitos possuem projeções nucleares, de orla e de periferia. São projeções distintas porque podem levar a diferentes possibilidades de exercício.

Os marcos consignados são basilares porque não se pode pensar em Direitos da Personalidade sem a consideração destes. Ocorre, contudo, que uma consideração meramente formal não mais atende a estes preceitos. Nesta linha é de se considerar que ao pensar em vida deve-se ter em mente uma visão ampla. Vida é vida digna, e Dignidade se realiza quando se vivencia o respeito à integridade, física e moral.

Diante dos limites prescritos nos artigos do Código Civil, tem-se que os Direitos da Personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, conforme prevê o artigo 11 do diploma em comento. Desta forma, não há que se falar em afastamento voluntivo de tais direitos. Pode-se, sim, falar em afastamento de sucedâneos, sobretudo patrimoniais, dos Direitos da Personalidade, mas não o afastamento destes direitos considerados em si próprios.

A noção de transmissibilidade é bem enfrentada por Oliveira Ascensão. Com clareza singular apresenta a noção de “núcleo duro, periferia e orla”⁵⁶, dados que permitem uma compreensão valorada acerca dos Direitos da Personalidade.

Da lição exposta resta pacificada a noção de que os aspectos fundamentais da Dignidade estão na essência dos Direitos da Personalidade. Uma consideração feita com base na premissa de que os reflexos da Dignidade são passíveis de reconhecimento por todos, motivo pelo qual merecem tutela de valor. Um apontamento que considera os Direitos da Personalidade em círculos diferentes,

⁵⁶ As noções de núcleo duro, periferia e orla são fundamentais para se entender a questão do exercício do Direito da Personalidade. Este entendimento é basilar por permitir se conciliar a noção de (in)transmissibilidade destes direitos com transmissibilidade de exercício. Assim, quando a modelo é fotografada nas areias escaldantes do mediterrâneo não está abrindo mão de sua intimidade como direito da personalidade. Em relação ao ato filmado não há que se falar em intimidade, já que a titular fez tirar esta característica do núcleo e jogou na orla. Não quer dizer, todavia, que jamais terá de volta seu direito à intimidade. Esta característica da personalidade será sempre sua, a menos que ela própria a exerça de forma periférica ou marginal. Neste caso, em relação ao exercício, não há que se falar em preservação. Cf.: ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 93-115, 2006, p. 107.

delimitados de acordo com a maior ou a menor interseção com a Dignidade da Pessoa Humana.

A consideração aposta anteriormente se mostra importante e é dela que se vale Ascensão para reconhecer os Direitos da Personalidade em três zonas de admissibilidade: núcleo, orla e periferia.

Na zona do núcleo estão os Direitos da Personalidade que merecem proteção em todas as hipóteses, caso da vida. A periferia abrange os aspectos que, embora formalmente associados a um Direito da Personalidade, não dizem com a “personalidade ôntica”⁵⁷. Trata, portanto, de aspectos da vida privada que escapam ao objetivo substancial de defesa da intimidade pessoal. A orla, por fim, é marcada pelas situações em que a personalidade está implicada, mas com menor significado que nos aspectos nucleares. Neste campo se encontra a possibilidade de limitação voluntária do exercício dos Direitos da Personalidade, desde que em respeito às normas de ordem pública.

O artigo 20 consagra a proteção da imagem: imagem retrato (aspecto físico) e imagem atributo, pela qual se pretende preservar a repercussão social da imagem.

No ponto pertinente à repercussão social temos que a “imagem atributo” se associa ao regime do nome, visto que a este se impregnam os reflexos morais e os atributos pessoais do indivíduo. Nisto é o depositário da imagem pública da pessoa, trazendo consigo as impressões da coletividade sobre seu portador.

Finalizando o tratamento dos Direitos da Personalidade no Código Civil, tem-se o artigo 21, através do qual se pretende assegurar o Direito à Intimidade.

Como se pode perceber, a previsão no Código Civil é importante para os Direitos da Personalidade, mas não encerra o assunto. Considera-se a importância da previsão por termos consciência que a prática jurídica no Brasil é marcada pela confluência de regras, motivo pelo qual não têm aceitação pacífica os princípios.

Embora pareça de bom tom a codificação, pelas razões apostas em notas, temos por plenamente válida a proposição doutrinária no sentido de que os Direitos da Personalidade não se encerram em uma política fechada, como os direitos reais. Ainda assim, é de se ter por produtora a reserva de um capítulo próprio para estes direitos no Direito Civil, sobretudo porque marca a vivência de um regime que se diferencia do anterior. Esta consagração, conquanto pudesse ser depreendida do

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 93-115, 2006, p. 104-105.

corpo constitucional, permite uma (re)elaboração da dogmática civilística, na qual os Direitos da Personalidade desempenham papel fundamental.⁵⁸

Direitos da Personalidade são fundamentais para se entender o contexto atual. Isto resta assentado quando se considera que a pessoa foi trazida para o epicentro do sistema jurídico. Sendo assim, não se tem como ignorar o fato de que estes direitos são necessários à realização da personalidade e da Dignidade nas relações jurídicas. São caracteres próprios da pessoa, paulatinamente reconhecidos pela ordem jurídica no decurso da história.

Do que se apresentou, mostra-se producente mais uma vez se trazer à colação a lição de De Cupis. Em sua obra, referência na matéria, está assente que todos os direitos, à medida que conferem conteúdo à personalidade,

[...] poderiam chamar-se Direitos da Personalidade. No entanto, na linguagem jurídica corrente, essa designação é reservada àqueles direitos subjetivos, cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo — o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.⁵⁹

Direitos da Personalidade, então, são o suposto para a realização da pessoa. Existem em razão desta e se voltam à sua realização. São direitos ligados à gente, motivo pelo qual não se pode fazer acerca deste uma leitura que limite a “realidade ôntica”.

1.5 O DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE ENQUANTO DIREITOS DA PERSONALIDADE

1.5.1 Direito à Privacidade e à Intimidade: Breve Diferenciação

⁵⁸Apontam Díez-Picazo e Gullón que: “La persona no es exclusivamente para el Derecho civil el titular de derechos y obligaciones o el sujeto de relaciones jurídicas. **Debe contemplar y proteger sobre todo a la persona considerada en sí misma, a sus atributos físicos y morales, a todo lo que suponga desarrollo y desenvolvimiento de la misma**”. DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Madrid: Tecnos, 1988, p. 338. (destacou-se)

⁵⁹DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 17.

Vida privada e intimidade são conceitos que, ao menos no campo do direito, carregam consigo uma grande controvérsia. Há certa dificuldade em conceituá-los, é difícil ainda conceber se são figuras autônomas ou interdependentes. Além do mais, é desaconselhável na opinião de alguns doutrinadores, delimitar precisamente os bens jurídicos contemplados nessas espécies. Os aspectos da integridade moral dos direitos da personalidade tais como a honra, a imagem, a vida privada e a intimidade sofrem, constantemente, intromissões alheias. Stefano Rodotà⁶⁰ sustenta que

[...] ao lado da percepção, cada vez maior, dos riscos do progresso tecnológico, está a consciência da impossibilidade de deter tal progresso, mesmo se este não se apresenta mais com prognósticos somente positivos.⁶¹

Os referidos bens jurídicos, vistos de um modo global, aparecem consagrados em diversos dispositivos legais, tanto no plano nacional quanto no âmbito internacional. No que concerne ao plano nacional, sabe-se que o Código Civil de 1916 não disciplinou a categoria dos direitos da personalidade, razão pela qual a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) foi o primeiro instrumento legislativo à tutelar de forma expressa, ainda que reflexamente, o direito à vida privada e à intimidade em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, garantiu o direito à vida privada e à intimidade como direito fundamental, em seu artigo 5º, X. Ainda no direito brasileiro, o direito à vida privada e à intimidade foi reconhecido, enquanto direito da personalidade, pelos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002. A inexistência de um consenso a respeito da conceituação de direito à vida privada e à intimidade, sobretudo no âmbito internacional, parece ser reflexo das diferenças culturais e históricas que existem entre os povos.

Como bem aponta Elimar Szaniawski,

Enquanto que em alguns países, determinado comportamento de alguém possa constituir grave ofensa ao respeito à vida privada de outrem, em outros, o mesmo comportamento é tolerado como normal.⁶²

⁶¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 41-42.

⁶² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 289.

Essa falta de consenso reflete-se numa diversidade de tratamentos da questão. As primeiras construções de distinção entre o direito à vida privada e o direito à intimidade remontam à jurisprudência francesa que, em meados do século XIX, reconheceu a intimidade como uma esfera mais restrita que o direito à vida privada, nela ninguém podendo penetrar sem expresse consentimento.⁶³

Sabe-se que a palavra intimidade advem do adjetivo de íntimo, e este, por sua vez, como algo que está muito dentro, no âmago do ser. Já privacidade, como sinônimo de vida íntima. Talvez por esta razão há doutrinadores como Gilberto Haddad Jabur⁶⁴ que defendam ser desnecessária a discussão acerca da existência de um diferencial entre intimidade e privacidade visto serem ambos aspectos do meio desconhecido das pessoas, e como tal, devem ser tratados como sinônimos.

Todavia, há aqueles que advogam no sentido de que, se o constituinte se preocupou em fixar no artigo 5º, inciso X da CF/88 ambos os termos, o fez com propósito de apontar conceito diferenciador, pelo que, se afigura pertinente descer ao detalhamento. Assim, diz, Feliz Ruiz Alonso⁶⁵ que intimidade é tudo aquilo que se encontra no mais profundo do ser de uma pessoa. É algo de inacessível, invisível. Já privacidade estaria situada no âmbito jurídico para aquilo que a pessoa já tornou visível ou externo, mas que ainda assim, não o quer tornado público, ou pelo menos, para além de seu círculo mais chegado.

Para o autor, a vida privada é a confidência, a amizade, um diário pessoal, o conselho de um amigo. São situações que envolvem terceira ou terceiras pessoas, mas que necessariamente o titular não deseja que se tornem de domínio público. Já o íntimo, aquilo que pertença apenas à própria pessoa com sua consciência.

Da análise de tais conceituações, afigura-se possível retirar talvez uma terceira classificação partindo-se da premissa de que, se íntimo é tudo aquilo que se encontra mentalmente dentro da própria pessoa, restaria protegido de *per sí*, pois

⁶³ Conforme explica o Professor Elimar, foi no caso Rachel, julgado pelo Tribunal do Sena em 1858 que pela primeira vez se “reconheceu a existência de uma esfera íntima, ou de um círculo mais restrito do direito à vida privada [...], na qual ninguém pode penetrar sem expresse consentimento.” (SZANIAWSKI, **Op. cit.**, p. 322).

⁶⁴ JABUR, Gilberto Haddad. Dignidade e o Rompimento de Privacidade. In MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Idéias e Letras, 2005, p. 85- 106.

⁶⁵ ALONSO, Feliz Ruiz. Pessoa, Intimidade e o Direito à Privacidade. In MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à privacidade**. São Paulo: Idéias e Letras, 2005, p. 11-35.

não há (até então) como violar o pensamento do ser humano. Melhor se afigura, então, adotar a perspectiva de que íntimo é tudo aquilo que o sujeito guarda como estritamente pessoal, mas que divide com uma ou pouquíssimas pessoas nos meios que lhe são mais próximos, como é o caso entre cônjuges ou familiares.⁶⁶

Já o privado, poderia ser considerado como, na esteira do íntimo, o que de igual forma pertence ao seu titular como confidencial, mas que restou externalizado a uma ou poucas pessoas de círculos sociais próximos como um amigo ou grupo de amigos, o colega de trabalho, o confessor religioso, etc. Em ambos os casos, está a se tratar de aspectos particulares da pessoa humana, a mesma já referida como titular de direitos fundamentais recepcionados e protegidos pela Constituição do país.

A Carta Magna de 1988 elevou ambos os aspectos ao grau de fundamental, no já mencionado inciso X, do artigo 5º, conferindo ao titular a possibilidade de invocar ao Estado-Juiz meios de proteção, a fim de fazer cessar qualquer ataque ou ameaça de ataque a esses derivativos de sua personalidade assim como reparação quando efetivamente lesados. E, enquanto tal, em não havendo um rol específico e exemplificativo das espécies de injúrias possíveis, faz-se necessária a conjugação de conceitos esparsos, e até mesmo a conformação com as variáveis que se apresentam naquele momento, na esteira do que se discorreu acerca das dimensões dos direitos mediante o surgimento de novas categorias para novas situações pela acelerada mutação da vida contemporânea.

Nos dizeres de Maria Claudia Cachapuz o “conteúdo do que vem a ser íntimo e privado vai sendo construído pela experiência, que, ao final, possibilita a permanente construção e reconstrução (dogmática jurisprudencial) do Direito”.⁶⁷ Lembra, a autora, as diferentes nuances já perpassadas pelos conceitos de intimidade e privacidade ao longo da história da humanidade e o fato de que necessariamente o que possa ser de foro absolutamente íntimo para uns não guardem tamanha importância para outros, restando claro que na sociedade contemporânea o fator “exposição” de si próprio tem se tornado objeto de constantes debates.

⁶⁶ FERRARI, Graziela Maria Rigo; ROSA, Tais H. **Privacidade, intimidade e proteção de dados pessoais**. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/495/pdf_69>. Acesso em: 01 nov. 2015.

⁶⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A intimidade e vida privada no Novo Código Civil Brasileiro – Uma leitura Orientada no Discurso Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 47.

É de se reconhecer, sem sombra de dúvidas, a atualidade do tema e os desafios de determinar, no atual estado das coisas, o que venha a ser íntimo e privado e como proteger tais qualificativos. Neste patamar é que se adentra, a seguir, na questão da função da cláusula geral.

Maria Celina Bodin de Moraes⁶⁸ leciona que, a partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal, não há mais que se discutir acerca da existência ou não de uma enumeração exemplificativa ou taxativa dos direitos da personalidade, visto o inegável caráter de cláusula geral de tutela da pessoa humana conferida pelo nominado princípio. Revela, ainda, que a “personalidade” se afigura não como um direito, mas um valor fundamental do ordenamento que está na base de uma série de situações existenciais altamente mutáveis a exigir diferentes tutelas.

Daí a razão pela qual não é possível se ter previsão taxativa, eis que, necessariamente, novas manifestações acabariam por restar sem proteção. Nessa senda, Judith Martins-Costa refere os Direitos da Personalidade expressos no Código Civil de 2002 (artigos 11 a 21) como

[...] uma categoria que veio revelar o núcleo da dimensão existencial do Direito Civil – os quais são desenvolvidos e concretizados à vista do que é o ‘valor-fonte’ do ordenamento, a pessoa humana, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional.⁶⁹

E, complementa, respondendo à pergunta de quem seria esta pessoa humana, justamente as pessoas concretas, de carne e osso, os seres humanos tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto são singulares em sua personalidade, a exigir tratamento diferenciado.

Direito é, em suma, construção de significados, a partir de novos fatos sociais e novas concepções, mostra a importância de se ter esta clara noção da pessoa humana que se caracteriza por viver em espaços que são, ao mesmo tempo, em parte público e em parte privado, como sujeito de tutelas jurídicas adequadas e que também assumem responsabilidades de uns perante outros. E, ainda, destaca que o desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas na vida dessas

⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional**. Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 65, 1993, p. 21-32.

⁶⁹ MARTINS- COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 71.

peçoas acabou por perpassar pela estrutura do Código Civil de 2002, seja pela linguagem seja pela metodologia adotada, apontando o paradigma do artigo 212 (tutela da vida privada) como uma via para a expansão do princípio da dignidade da pessoa humana contra a indevida intromissão de poderes políticos e sociais na “esfera da exclusividade” de cada indivíduo⁷⁰. Leciona, também, que uma vez o código não apresentando um rol pretensamente exaustivo dos direitos de personalidade tornou possível que a construção jurisprudencial, alicerçada em outras codificações tais como a própria Constituição, o Código de Processo Civil além de eventuais leis esparsas autorizem o reconhecimento de direitos de personalidade para situações até mesmo atípicas, tamanha a gama de lesões possíveis em um mundo globalizado, de constantes mutações e guiado pelo poderio econômico.

A cláusula aberta é que permite, justamente, o diálogo com outros diplomas ou mesmo institutos outros do mesmo diploma legal, em caráter de complementação, como se dá, exemplificativamente, em relação ao instituto da responsabilidade civil ou mesmo dos contratos, que trazem em si, igualmente, valores objeto de tutela jurídica intimamente ligados aos direitos de personalidade, tais como ato ilícito, boa-fé ou até mesmo da função social.

Maria Claudia Cachapuz⁷¹ corrobora a assertiva ao dizer que o artigo 21 do Diploma Civil Pátrio traz ínsito o direito subjetivo à proteção à intimidade e à privacidade que tanto pode exprimir direito a algo como delimitar uma liberdade. Diz, ainda, que a expressão “providências necessárias” ali mencionadas está a apontar ao magistrado uma abertura na busca da promoção da efetividade da proteção da esfera privada que não se esgota na via indenizatória, permitindo, inclusive, a adoção de alternativas de solução, desde que adequadas e proporcionais à situação concreta.

Com efeito, as cláusulas gerais contribuem para manter o diploma legal adequado a seu tempo. Ou seja, o Código Civil de 2002 tem papel significativo porque alimenta o poder criativo do juiz, hoje inserido numa nova realidade, qual seja, a exigência de adequar ou criar uma norma para o fato concreto, à luz dos

⁷⁰ MARTINS- COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 80.

⁷¹ CACHAPUZ, Maria Claudia. **A intimidade e vida privada no Novo Código Civil Brasileiro – Uma leitura Orientada no Discurso Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 207.

princípios e dispositivos constitucionais. Assim, tanto a Carta Magna quanto o Código Civil Brasileiro apresentam cláusulas abertas que permitem um manejo de forma a adequar diferentes e novas situações ainda não previstas no rol dos direitos fundamentais mas que, para o caso concreto, possam receber a devida proteção dos direitos de personalidade inseridos no contexto das esferas da intimidade e da privacidade.⁷²

1.5.2 Antecedentes Históricos do Direito à Privacidade

A privacidade é uma preocupação que faz parte da história. Nos primórdios das culturas hebraica e grega e na China antiga, havia consistente proteção. Essa proteção, quase sempre, era focalizada no "direito a estar só". Os antigos tinham uma menor ou quase nula necessidade de proteger sua intimidade, pois sua vida transcorria em espaços públicos.

No Império Romano, a vida privada era delimitada de forma "negativa", ou seja, era um resíduo daquilo que uma pessoa poderia fazer sem atentar contra seus deveres e funções públicas. Até o fim da Idade Média não havia uma clara noção de indivíduo e as atitudes e relações tinham caráter coletivista. É no Direito Romano que surgem as primeiras medidas protetivas do direito à honra (sendo os demais direitos a ela inerentes), este encerrava a plena posse dos direitos civis (*dignitatisillaesae status, legibusacmoribuscomprobat* – o estado de dignidade ileso comprovado pelas leis e pelos costumes), tutelada inicialmente pela *Actoinjuriarum* (Ação Privada), que durante o império passou a ser objeto de proteção criminal, em decorrência do interesse público que assim o exigia.

A ideia de honra para os romanos interligava três conceitos, observado como objeto do crime de injúria: a) o sentido da própria dignidade; b) a estima ou boa opinião; c) as vantagens inerentes à boa reputação. Como se pode constatar, a honra abarcava os demais direitos à privacidade, estes, portanto, não eram considerados individualmente, mas como sendo pertencentes ao direito à honra. No que concerne à vida privada e à intimidade que serão mais bem explorados em capítulo próprio, o que se pode antecipar é que somente a partir dos anos 50 ambos

⁷² ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas Gerais e Proteção da Pessoa. Direito Civil Contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 289- 295.

foram considerados com direitos autônomos. Tendo com principal impulsionador a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Não restam dúvidas, pelo exposto, que o direito à honra foi o nascedouro, o alicerce dos demais direitos à privacidade, hoje concebidos autonomamente pela Constituição Federal de 1988.

1.5.3 Sistema Protetivo dos Direitos da Personalidade

O direito à privacidade goza não somente de proteção interna, como será demonstrado, mas também de grande proteção e reconhecimento internacional. Os direitos fundamentais são, hoje em dia, plenamente reconhecidos na esfera internacional. Disso faz fé a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outros documentos. Mais do que isso, os direitos de solidariedade foram primeiro apontados em documentos e reuniões internacionais.⁷³

A proteção internacional do direito à privacidade surgiu em 1948, através em primeiro lugar da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem aprovada pela XI Conferência Internacional em Bogotá. A referida Declaração mencionava em seu art.5º que “toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida privada e familiar”.⁷⁴

Ainda no mesmo ano, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro, a Declaração Universal de Direitos do Homem, que enunciava em seu art. 12 que “ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou a sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.

Nesse sentido percebe-se que o ano de 1948 tornou-se o marco inicial da proteção internacional do direito à privacidade. Inaugurando uma série de grandes acontecimentos que se seguiram. No ano de 1950, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais declarava, em seu art. 6º, o direito à intimidade:

⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 22-23.

⁷⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.p.78-79.

Art. 6º. o acesso à sala de audiência poderá ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou uma parte do processo, em interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional em uma sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a proteção à vida privada das partes do processo assim o exijam.

O mesmo diploma legal faz novamente menção a proteção à vida privada:

Art. 8º - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Por este artigo percebe-se uma limitação ao poder do Estado, que não poderá interferir na vida privada das pessoas, a menos que esta ingerência seja autorizada por lei, e que esteja pautada em casos de extrema necessidade, como nos casos de segurança pública, nacional, defesa da ordem etc. Anos mais tarde, em 1966, especificamente em 16 de dezembro, surge o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, onde os artigos 14 e 17, respectivamente, declaravam:

Art. 14 - Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou de totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija o procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

Estabelece este artigo que quando for necessário para se garantir a privacidade das partes, não se permitirá à participação da imprensa e do público em julgamentos que demonstrarem haver uma invasão da vida das pessoas. Demonstra-se com isso, que o fato de a sentença vir a tornar-se pública posteriormente, resguarda-se de início o direito das partes em resguardarem suas particularidades, sem a exposição de suas vidas particulares.

Ainda no que diz respeito à proteção da vida privada estabelece o artigo 17 que:

Art. 17 – Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou legais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

No ano seguinte, a questão relacionada à intimidade vai ganhando impulso em nível internacional. Em Estocolmo, no mês maio de 1967 a questão é discutida na Conferência Nórdica sobre o Direito à Intimidade. Posteriormente, em 31 de janeiro de 1968, surge a Recomendação nº 509 da 19ª Sessão Ordinária da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa que igualmente à Conferência Internacional de Direitos Humanos, celebrada no mesmo ano, em Teerã, que tiveram como preocupação assegurar a vida privada das pessoas em relação ao emprego de dispositivos eletrônicos modernos e aos perigos da interceptação e captação de escuta telefônica clandestina.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, em 1969, leciona em seu artigo 11 a proteção à vida privada:

Art. 11 – Proteção da honra e da dignidade. §1º - Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. §2º - Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

Por todos os tratados, assembleias, acordos e declarações celebrados percebe-se que o direito à privacidade foi ganhando maior amplitude com o passar dos anos. Na década de 80 em continuação a ampliação da proteção do direito à privacidade, foi celebrado o convênio entre os membros do Conselho da Europa, em 29 de janeiro de 1981, e apresentado para ratificação em 27 de janeiro de 1984, que estabelece a proteção das pessoas com respeito ao tratamento autorizado dos dados de caráter pessoal.

2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO COMO AMBIENTE DE TRANSMISSÃO DE DADOS

Os direitos da personalidade é núcleo essencial da condição humana, pois contempla direitos personalíssimos e os direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, assim, são tutelados pela ordem jurídica interna e internacional.

A evolução tecnológica, principalmente nos meios de comunicação em massa trouxe um novo fenômeno para a sociedade, que é a globalização da informação.

Nos tempos atuais, a informação pode ser obtida em tempo real e em qualquer lugar do mundo graças aos evoluídos meios de transmissão da informação.

Nesta onda da globalização todos os tipos de informações são lançados na rede mundial de comunicação (Internet), desde dados pessoais, intimidades e entretenimento até informações públicas, o que corrobora no acesso à informação.

Entretanto, os dados pessoais merecem uma especial atenção, porque é direito fundamental, e em determinadas situações sofre grave ofensa, transformando o homem em refém da informação, em total desrespeito aos direitos da personalidade.

Neste passo, a proteção dos dados pessoais é uma necessidade que surgiu com a evolução da sociedade e o direito como um fenômeno histórico social tem o dever de acompanhar esta evolução, efetivando cada vez a proteção dos direitos da personalidade.

Assim chega-se a era digital e surgem diversas celeumas no tocante à proteção de dados pessoais, de transações comerciais e de crimes do ciberespaço, dentre outras infinidades de possibilidades que existe nas relações virtuais.

Analisar-se á o papel do Direito na sociedade digital, com enfoque nas transformações sociais fomentadas pela globalização e as normas jurídicas existentes para proteger as relações virtuais.

Posteriormente, passa-se a análise da evolução histórica da proteção de dados, com o estudo do marco inicial da proteção de dados, passando pelas diretrizes europeias sobre o tema e caminhando até a atualidade, além de abordar especificadamente a legislação brasileira sobre o assunto.

2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA: A GLOBALIZAÇÃO E A FORMAÇÃO DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

A expressão “Sociedade da Informação” passou a ser utilizada, nos últimos anos desse século, como substituto para o conceito complexo de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do “novo paradigma técnico-econômico”.⁷⁵ A realidade que os conceitos das ciências sociais procuram expressar refere-se às transformações técnicas, organizacionais e administrativas que têm como fator primordial não mais os insumos baratos de energia – como na sociedade industrial – mas os insumos baratos de informação propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações. Esta sociedade pós-industrial “informacional”, como prefere Castells⁷⁶, está ligada à expansão e reestruturação do capitalismo desde a década de 80 do século que termina. As novas tecnologias e a ênfase na flexibilidade – ideia central das transformações organizacionais – têm permitido realizar com rapidez e eficiência os processos de desregulamentação, privatização e ruptura do modelo de contrato social entre capital e trabalho característicos do capitalismo industrial.

As transformações em direção à sociedade da informação, em estágio avançado nos países industrializados, constituem uma tendência dominante mesmo para economias menos industrializadas e definem um novo paradigma, o da tecnologia da informação, que expressa a essência da presente transformação tecnológica em suas relações com a economia e a sociedade.

Entende-se por “Sociedade da Informação” como um modo de desenvolvimento social e econômico, em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação desempenham um papel central na atividade econômica, na geração de novos conhecimentos, na criação de riqueza, na definição da qualidade de vida e

⁷⁵ WERTHEIN, Jorge. **A sociedade de informação e seus desafios**. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

⁷⁶ CASTELLS, Manuel. A era da informação: economia, sociedade e cultura. In: **A Sociedade em rede**. São Paulo : Paz e Terra, 2000. p.12-13.

satisfação das necessidades dos cidadãos e das suas práticas culturais.⁷⁷

Esta alteração do domínio da atividade econômica e dos fatores determinantes do bem-estar social é resultante do desenvolvimento das novas tecnologias da informação e das comunicações, com as suas importantes ramificações e impactos no trabalho, na educação, na ciência, na saúde, no lazer, nos transportes e no ambiente de convívio social. Trata-se de uma sociedade, cujo funcionamento recorre crescentemente a redes digitais de comunicação.

A emergência da sociedade da informação está associada a um conjunto de profundas transformações ocorridas desde as últimas duas décadas do século XX. Tais mudanças ocorrem em dimensões distintas da vida humana em sociedade, as quais interagem de maneira sinérgica e confluem para projetar a informação e o conhecimento como elementos estratégicos, dos pontos de vista econômico-produtivo, político e sociocultural.

Caracterizada pela crescente utilização de técnicas de transmissão, armazenamento de dados e informações a baixo custo, acompanhadas por inovações organizacionais, sociais e legais. Ainda que tenha surgido motivada por um conjunto de transformações na base técnico-científica, está investida de um significado bem mais abrangente.

Esses desenvolvimentos têm atuado como fatores que propulsionam inovações produtivas, técnicas, organizacionais e comunicacionais, caracterizando a existência de uma verdadeira revolução "informacional", cujos impactos se fazem sentir em todos os níveis da vida em sociedade, bem como nos diferentes espaços geográficos do planeta, ainda que de forma desigual e diferenciada.

As transformações políticas, sociais, econômicas e culturais, que as sociedades contemporâneas estão atravessando têm sido interpretadas como estando associadas à crise do padrão sócio-técnico-econômico vigente desde o pós-Segunda Guerra Mundial. Referidas mudanças são capitaneadas por três fenômenos intimamente relacionados e que interagem dinamicamente: a difusão e uso das tecnologias de informação e comunicação (TIC), o processo de globalização e a valorização do conhecimento, enquanto recurso estratégico para o desenvolvimento de países, regiões e corporações.

⁷⁷ ALBAGLI, Sarita. LEGEY, Liz-Rejane. **Construindo a sociedade da informação no Brasil: uma nova agenda**. DataGramZero - Revista de Ciência da Informação. v.1, n.5, out/00. Disponível em: <http://www.dgz.org.br/out00/Art_02.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

Com o desenvolvimento e, via de consequência, com a difusão das tecnologias de informação e comunicação, depara-se com um sinal de alerta, qual seja, a emergência de novos princípios e formas de produção e consumo. As TIC compreendem uma grande variedade de bens e serviços associados ao tratamento, processamento e armazenamento de informações.

Nessa senda, assinalou Monk que essas tecnologias possuem uma característica básica que engendrou profundas modificações na finalidade das atividades econômicas: em vez de processarem bens físicos, as TIC processam informações. A introdução da capacidade de processamento de informações em equipamentos industriais e nos serviços abriu enorme potencial para o aumento da produtividade e da competitividade.⁷⁸

Nesse cenário, o acirramento da concorrência entre países, regiões e empresas tem sido pautado principalmente na capacidade de acompanhar o ritmo e a sofisticação do desenvolvimento tecnológico, oferecendo produtos e serviços cada vez mais atraentes em termos de preços, desempenho e qualidade. As novas bases da concorrência requerem a gradativa transformação do ambiente produtivo, decorrente da introdução de conceitos inovadores, que caracterizam o modelo de produção flexível.

O processo de globalização traz consigo a possibilidade de manipular dados eletronicamente e distribuí-los através de redes de comunicação, eliminando as barreiras tradicionais de distância e tempo. A difusão de redes eletrônicas de informação está criando uma sociedade mundialmente (e crescentemente) interconectada, na qual é possível a realização de operações de forma instantânea, de compra e venda de mercadorias, ações, moedas e outros tipos de transações em âmbito global.

A emergência da Internet e do comércio eletrônico teve um profundo impacto na forma como as pessoas fazem negócios, transformando o mercado em comunidades virtuais espalhadas globalmente. Cada vez mais a Internet está transformando os hábitos culturais nos quais o comércio e mesmo a vida cotidiana estavam arraigados.

⁷⁸ MONK, P. **Technological change in the information economy**. Londres: Pinter Publishers, 1989.p.13.

Com a utilização das TIC para interligar os mercados, torna-se possível abandonar os critérios tradicionais de localização geográfica da produção. Hodiernamente, as firmas e países vêm adotando novos modelos de organização da produção no cenário global. As linhas de produção vêm sendo instaladas em locais geograficamente dispersos, onde o principal critério está associado às condições apropriadas à estratégia das corporações, tais quais, existência de mão de obra capacitada, proximidade dos mercados e matérias primas, baixo custo do trabalho, etc.

A globalização aproxima mercados de consumo e produção de bens e serviços, bem como um grande número de atividades econômicas e culturais. Entretanto, existe uma lógica de funcionamento nesse processo, que faz com que os países sejam afetados de diferentes formas. Observa-se, em verdade, um novo modelo de divisão internacional do trabalho está se difundido, em que os países periféricos se especializam na produção de manufaturas a partir de processos crescentemente automatizados, em decorrência da aplicação das tecnologias de informação e comunicação.

Assim, os países desenvolvidos tendem a se especializar na criação de projetos de produtos, enquanto os países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, tornam-se especializados na manufatura de produtos baseados em tecnologias já maduras, projetados nos países centrais.

As atividades de projeto e desenvolvimento de novos produtos e serviços que envolvem cientistas e engenheiros altamente qualificados tendem a ser cada vez mais concentradas nos países desenvolvidos. As implicações desse modelo na qualidade e quantidade de empregos foram analisadas por Marques, que alerta para as desvantagens que acarreta para alguns países que podem, mais uma vez, verem ameaçadas suas chances de resolverem problemas de desenvolvimento socioeconômico.⁷⁹

O elemento nuclear na lógica de funcionamento desse processo consiste na importância estratégica que o conhecimento ocupa na sociedade contemporânea. As atividades econômicas estão centralmente baseadas e organizadas em torno dos processos de geração, recuperação e uso de informações e conhecimentos. A natureza das mudanças nas relações entre desenvolvimento tecnológico, inovação e

⁷⁹ MARQUES, I. C. **O Brasil e a abertura dos mercados: o trabalho em questão**. São Paulo: Associação Brasileira de Estudos do Trabalho, 1998.p.56.

crescimento econômico, caracteriza a emergência de uma sociedade, era (ou economia) da informação e do conhecimento.

Conquanto a “era da globalização” coincida com o advento da chamada “era do conhecimento”, mister destacar que, enquanto a difusão das TIC atua como um elemento catalisador da globalização, a maior importância do conhecimento enquanto fator crítico de produção, é um aspecto restritivo desse processo. O conhecimento está localizado em determinados países, regiões e corporações e possui mecanismos de apropriação, que impedem sua livre circulação.

Sob essa ótica, ganham destaque na pauta do debate sobre Sociedade da Informação, questões associadas à organização e distribuição de informações nas redes eletrônicas e também da geração das capacitações para transformar informação em conhecimento. Gerar capacitação para transformar informação em conhecimento, significa dizer que é preciso conhecimento para gerar, transformar e utilizar informação. O nexos entre a revolução das TI, o processo de globalização e a sociedade do conhecimento é a chave para a compreensão do desenvolvimento do mundo contemporâneo, em que a educação e a formação de recursos humanos se reveste de caráter estratégico.

2.2 OS MODELOS DE SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL À TECNOLÓGICA

O sociólogo estadunidense Daniel Bell⁸⁰ introduziu, na década de setenta, através da sua obra *The Coming of Post-Industrial Society*, a noção de sociedade da informação.⁸¹ Em referida obra, defende, como elementos particulares desse modelo social, o conhecimento teórico e os serviços que se configurarão em seu entorno como estruturantes da nova economia. Por fim, conclui que, em virtude dessas novas relações, haverá o recuo da dimensão política com as ideologias tornando-se cada vez mais supérfluas.

Nesse ponto, seria mais adequado afirmar que essa consideração sobre as ideologias não deixa de fazer parte do próprio ideário neoliberal em favor da

⁸⁰ “BELL, Daniel. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/login?ru=apoio/artigos/\\$daniel-bell](https://www.infopedia.pt/login?ru=apoio/artigos/$daniel-bell). Acesso em: 05 nov. 2016.

⁸¹ BELL, Daniel. **The Coming of Post-Industrial Society**. 2001. Disponível em https://www.os3.nl/media/2011-2012/daniel_bell_-_the_coming_of_post-industrial_society.pdf. Acesso em: 04 nov. 2016.

instauração de um mercado mundial aberto e autorregulado. Em defesa da globalização e do seu avanço, tende-se a desvalorizar e desconsiderar o papel das ideologias.⁸²

Oportuno salientar que, no contexto do desenvolvimento da Internet, na década de 90, a expressão sociedade da informação deu lugar, nos meios acadêmicos, à noção de sociedade do conhecimento. A partir dessa referência, a UNESCO passa a adotar, em suas políticas institucionais, o termo sociedade do conhecimento, com a clara intenção de utilizar uma denominação menos vinculada aos limites da dimensão econômica.

Diante dessa novel perspectiva de abordagem do conceito de sociedade da informação, de uma dimensão mais cultural que econômica, Pierre Lévy⁸³ identificou a construção de um espaço móvel ou digital das interações, envolvendo conhecimentos e conhecedores coletivos, inteligentes e desterritorializados, acarretando transformações nos modos de comunicação, de acesso ao saber, de pensamento e de trabalho.

Nesse viés, é vislumbrada a possibilidade de se elaborar um projeto de inteligência coletiva global, reinventando, nos espaços virtuais de encontro, a democracia em tempo real, com mecanismos diretos de deliberação. Em consideração ao mesmo acontecimento, e expandindo a observação para além dos limites onde se encerram as diversas teses econômicas, Manuel Castells, prefere o termo “sociedade informacional”, destacando que:

[...] o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social na qual a geração, o processamento e a transmissão de informação se convertem nas fontes fundamentais da produtividade e do poder por conta das novas condições tecnológicas surgidas neste período histórico.⁸⁴

E complementa:

⁸² OLIVEIRA, Joaquim H. C. GONÇALVES, Carla F. **Do modelo de sociedade industrial ao de sociedade de informação: proteções jurídicas às inovações tecnológicas**. Revista de Direito da Unigranrio. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/1393/720>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁸³ LÉVY, Pierre. **A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 64-77

⁸⁴ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 186.

O que caracteriza a revolução tecnológica atual não é o caráter central do conhecimento e da informação, mas aplicação deste conhecimento e informação a aparatos de geração de conhecimento e processamento da informação / comunicação, em um círculo de retroalimentação acumulativa entre a inovação e seus usos. [...] A difusão da tecnologia amplifica infinitamente o seu poder ao se apropriar de seus usuários e redefini-los. As novas tecnologias da informação não são apenas ferramentas para se aplicar, mas processo para se desenvolver.⁸⁵

Nesse contexto, a sociedade da informação significa, dentre outros possíveis significados, o ingresso da sociedade em um novo patamar histórico de produção, com um perfil de riquezas e valores, dentre eles a informação que, mais do que certificar a prioridade das regras do mercado, redefine identidades e relações dos usuários. Ou seja, a informação não é apenas um meio a mais a ser utilizado num ambiente estabilizado, mas se caracteriza por um processo em curso e com mudanças imprevisíveis.

No atual estágio da sociedade, a informação e o conhecimento passaram a desempenhar o papel nuclear nas atividades social e econômica. É inegável que a informação sempre esteve presente na sociedade, todavia, na sociedade da informação ela modifica o seu tempo e o espaço por onde circula. A sua geração, o seu armazenamento e a sua transmissão são imediatos, alterando profundamente as suas formas de produção, posse, propriedade e transmissão, além de modificar o perfil dos seus usuários e os seus modos de convivência.

Os riscos da realidade digital, com a sua imensa e crescente quantidade de informações produzidas e transmitidas no mundo, vem causando preocupações e colocado a sociedade, num sentido geral, em situação vigília. Entre os seus aspectos mais relevantes, que causam certa apreensão, pela variedade e profundidade das suas consequências, estão a interatividade generalizada e a separação entre a informação e seu substrato material. Convém ressaltar que, durante séculos, a sociedade humana lidou fundamentalmente com bens corpóreos ou tangíveis e com realidades materiais, preparando os universos econômico, social e jurídico, para lidarem com esse modelo de existência.

Todavia, nos dias atuais, a informação dissocia-se do seu suporte físico e se apresenta como algo autônomo e, por isso mesmo, inalcançável para os tradicionais mecanismos de controle. Desse modo, se faz importante considerar como a

⁸⁵ CASTELLS, Manuel, **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003, p. 7.

informação e a comunicação, disponibilizadas atualmente através das diversas estruturas telemáticas⁸⁶, interferem não só nas relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas, como também na organização do tempo e do espaço, de modo que diferentes pessoas em diferentes locais estabelecem contatos simultâneos umas com as outras em realidades muito diversas.

De acordo com Gilles Deleuze, “uma minoria pode ser mais numerosa que uma maioria. Quando uma minoria cria para si modelos, é porque quer tornar-se majoritária, e sem dúvida isso é inevitável para a sua sobrevivência e salvação”.⁸⁷E, para essa mudança de paradigma,

[...] devem atentar as políticas para o desenvolvimento de uma sociedade da informação, buscando alternativas para tratá-la como um bem público e não uma como mercadoria, almejando, assim, a sociedade e suas necessidades sob a ótica não só dos direitos individuais, mas também sob a dos coletivos.⁸⁸

Com essa preocupação, seria prioridade atualizar o que a sociedade da informação promete em potência, vale dizer, a sua massificação e inclusão, como transparece no alerta que faz Armand Mattelart:

[...] a noção de sociedade da informação que se popularizou refere-se a um projeto concreto que [...] não beneficia a maioria, mas que está construindo, precisamente, sobre o mito de que vai beneficiar a grande maioria. É uma crença que, desde o seu começo, acompanha as tecnologias de comunicação a distância.⁸⁹

Denota-se, com efeito, que, para as tecnologias de informação e comunicação tornarem-se efetivamente instrumentos conectantes populares, é

⁸⁶“Telemática é a comunicação distância de um conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações. É o conjunto de tecnologias da informação e da comunicação resultante da junção entre os recursos das telecomunicações (telefonia, satélite, cabo, fibra ótica etc.) e da informática (computadores, periféricos, softwares e sistemas de redes), que possibilitou o processamento, a compressão, o armazenamento e a comunicação de grandes quantidades de dados (nos formatos texto, imagem e som), em curto prazo de tempo, entre usuários localizados em qualquer ponto do planeta”. TELEMÁTICA. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Telem%C3%A1tica>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁸⁷ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter PálPerbart. São Paulo: Ed. 34, 1992. p. 214.

⁸⁸ OLIVEIRA, Joaquim H. C. GONÇALVES, Carla F. **Do modelo de sociedade industrial ao de sociedade de informação: proteções jurídicas às inovações tecnológicas**. Revista de Direito da Unigranrio. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/1393/720>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁸⁹ MATTELART, Armand. **História da Sociedade da Informação**. Trad. Nicolas Nyimi Campanário. 2 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 160-163

preciso criar políticas governamentais inclusivas que possibilitem a todos os níveis sociais o acesso às tecnologias de informação e de comunicação.

Em seguida a tais considerações de cunho geral, se faz necessário um exame sobre como se deu a transformação histórica da sociedade industrial para a sociedade da informação ou tecnológica, identificando a informação como elemento central desse novo modelo de sociedade.

A Revolução Industrial, pela qual passaram as sociedades europeias ocidentais no século XVIII, resulta de um processo cumulativo de mudanças tecnológicas que substituem o modelo artesanal pelo fabril. Referida mudança, que introduz as máquinas a vapor nos cenários urbanos, altera drasticamente o modo de produção de trabalho e principalmente os estilos de vida⁹⁰. Nesse processo, a Inglaterra foi a pioneira no modelo de produção em série, ao introduzir a máquina a vapor nas fábricas e organizar a divisão do trabalho. As invenções da máquina de fiação, do tear mecânico e do motor a vapor causaram uma revolução produtiva com reflexos por todo o mundo, poisas ferramentas foram substituídas pelas máquinas, a força humana pela energia motriz e a família semi-industrial pelo sistema fabril. As máquinas propiciaram a concentração de muitos trabalhadores num mesmo local de produção, modificando de maneira fundamental o modo de trabalho e principalmente dividindo a sociedade em duas grandes classes antagônicas: o empresariado e o proletariado⁹¹.

À esse modelo de sociedade industrial, associa-se o capitalismo financeiro, gerador de grandes conglomerados econômicos que, ao combinar práticas monopolizadoras, rompe com o princípio mercadológico da livre concorrência.

Com a evolução dos componentes informáticos, na década de 60 e nos anos subsequentes, incrementam-se as alterações que rompem com o modelo ou paradigma da sociedade industrial⁹². Percebendo essa ruptura de paradigmas, os franceses, Simon Nora e Alain Minc⁹³, entregaram ao governo da França, no ano 1978, o relatório *L'informatisation de lasociété*, solicitado dois anos antes pelo

⁹⁰ ALBAGLI, Sarita. Novos Espaços de Regulação na Era da Informação e do Conhecimento. In: LASTRES, Helena M. M. , ALBAGLI, Sarita (Organizadoras). **Informação e Globalização na Era do Conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000, p. 292.

⁹¹ ALBAGLI, Sarita, **Op. cit.**, p, 293.

⁹² Nesse sentido, Thomas Khun traz a concepção de mudanças por paradigmas e não por uma evolução contínua. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

⁹³ NORA, Simon; MINC, Alain. **A informatização da Sociedade**. Trad. Luíza Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1980.

presidente francês, para avaliar os efeitos da revolução tecnológica na sociedade.

Os autores afirmaram ser a informática o centro dessa revolução, pois a informática incide no tratamento e conservação da informação, permitindo a integração de vários meios comunicacionais, unidos às telecomunicações e à microinformática, atingindo comercialmente uma enorme massa de usuários. Como é cediço, nos anos oitenta, o computador ainda era uma tecnologia acessível somente às grandes corporações, universidades e algumas áreas restritas de governo. Com a criação do PC (*Personal Computer*), ou computador pessoal, no início dos anos noventa, foi possível a inserção da informática no cotidiano das sociedades. Foram os componentes informáticos integrados às telecomunicações geraram as tecnologias da informação.

Nesse sentido, Oliveira e Gonçalves dão prosseguimento sobre o surgimento da sociedade de informação:

Os avanços da robótica, da engenharia genética e da automação uniram-se ao processo produtivo, que dependia cada vez mais da tecnologia. Assim, entra no cenário mundial a era tecnológica, concentrada nas tecnologias da informação, facultando a interdependência econômica e ultrapassando os limites das nações. A transformação das economias industriais, dos Estados Unidos, Canadá, Europa Ocidental e Japão, em economias baseadas na sociedade da informação, ocorreu concomitantemente o surgimento dos grandes complexos industriais e multinacionais tecnológicos.⁹⁴

Adalberto Simão Filho⁹⁵, sobre a sociedade da informação, atesta que “[...] pode ser situada partindo-se da migração de uma época industrial e pós industrial para a era da informação, tida por pós-modernidade.”

Esse modelo econômico, pautado precipuamente nas chamadas novas tecnologias, consiste no desenvolvimento de uma capacidade cada vez maior de tratamento da informação e sua aplicação direta no processo produtivo sob a infraestrutura das telecomunicações. A partir do final dos anos oitenta, exsurge o desenvolvimento da globalização das economias mundiais fomentado pelas tecnologias de informação e comunicação.

⁹⁴ OLIVEIRA, Joaquim H. C. GONÇALVES, Carla F. **Do modelo de sociedade industrial ao de sociedade de informação: proteções jurídicas às inovações tecnológicas**. Revista de Direito da Unigranrio. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/1393/720>. Acesso em: 04 nov. 2015.

⁹⁵ SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade de informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9.

Vale salientar que a concepção econômica da história pode gerar uma confusão entre os processos de globalização e o fenômeno contemporâneo de globalização das sociedades. Os processos de globalização, que se estendem até o final do século XX⁹⁶, foram motivados por variados fatores, de ordem econômica, social, política, cultural e tecnológica. Daí em diante, com a transformação dos métodos de produção, a integração dos mercados, a internacionalização de mercados financeiros e, especificamente, a revolução tecnológica, passou-se a lidar com o fenômeno contemporâneo de globalização das sociedades, baseado nas tecnologias de informação e comunicação⁹⁷.

Frederic Jameson⁹⁸ sustenta que esse recente processo de globalização das sociedades vai além da descoberta de novos recursos tecnológicos, visto que essas novas tecnologias reconstróem uma nova ordem internacional interligada não só comunicacionalmente como também economicamente. No nível de produção, há certa flexibilização decorrente das tecnologias comunicacionais, que rompem com os limites do modelo intrinsecamente associado aos tipos de produção e produtos anteriores:

[...] globalização é um conceito comunicacional que ora mascara ora transmite significados culturais ou econômicos. Sabemos que hoje há, no mundo todo, redes de comunicação mais intrincadas e extensas que são, por um lado, um resultado de inovações notáveis na tecnologia de comunicação, e, por outro, dependem da ampliação tendencial da modernização em todos os países do mundo, ou pelo menos em suas grandes cidades, o que inclui a implantação dessa tecnologia. Mas um conceito de globalização que enfoque apenas as comunicações é essencialmente incompleto. [...] o deslocamento também pode se dar em outra direção: a do econômico. Assim, ao tentar pensar esse conceito novo, ainda puramente comunicacional, começamos a preencher esse significativo vazio com imagens de transferências financeiras e investimentos pelo mundo todo, as novas redes começam a se expandir com o comércio do assim chamado o novo capitalismo flexibilizado. Começamos a lembrar que a nova produção flexibilizada tornou-se possível exatamente pela informatização (o que nos leva de volta ao tecnológico), e nos lembramos que os próprios computadores e seus programas e afins estão hoje entre as formas mais quentes de troca de mercadorias entre as nações. Desse modo, nessa variante, um conceito ostensivamente comunicacional foi se transformando em uma visão de mercado mundial e de sua recém-descoberta interdependência, uma divisão global do trabalho em uma escala extraordinária e novas rotas eletrônicas de comércio

⁹⁶ Pode-se diferenciar a primeira globalização, a partir da expansão mercantilista, da segunda, que se inicia por volta de 1850 e se estende até próximo de 1950, caracterizada pelo expansionismo industrial-imperialista. SORJ, Bernardo. **Brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003, p. 11.

⁹⁷ SORJ, Bernardo, **Op. cit.**, p, 12.

⁹⁸ JAMESON, Frederic. **A cultura do dinheiro: ensaios sobre a globalização**. Trad. Maria Elisa Cevalco e Marcos César de Paula Soares. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p. 17-18.

incansavelmente exploradas, tanto pelo próprio comércio como pelas finanças.⁹⁹

Anthony Giddens¹⁰⁰ complementa ao sustentar que aglobalização é política, tecnológica, e cultural, tanto quanto econômica. Foi influenciada acima de tudo por desenvolvimento nos sistemas de comunicação que remontam apenas ao final da década de 1960.

Diante de tais constatações, evidencia-se que o processo de globalização das sociedades não possui um caráter único, meramente econômico, mesmo sendo esta a sua mais destacada característica. Metaforicamente, a globalização é global, e decorre de um novo modelo de organização da sociedade contemporânea, rompendo com redes de sociabilidades pautadas na proximidade, ainda promovidas por contiguidade espacial, gerando frestas por onde avançam outras formas mais expansivas de sociabilidade global:

A comunicação eletrônica instantânea não é apenas um meio pelo qual notícias ou informações são transmitidas mais rapidamente. Sua existência altera a própria estrutura de nossas vidas, quer sejamos ricos ou pobres. Quando a imagem de Nelson Mandela pode ser mais familiar para nós que o rosto do nosso vizinho de porta, alguma coisa mudou na natureza da experiência cotidiana.¹⁰¹

Inicialmente conduzida pelo ocidente, a globalização carrega a marca do poder político e econômico americano, reinventando novas linhas de divisão entre incluídos e excluídos.¹⁰²

Nesse ínterim, reforçando esse aspecto da globalização, Zygmunt Bauman¹⁰³ analisa o seu processo de exclusão pela progressiva segregação espacial e exclusão social. Sustenta que, mesmo a contragosto, estamos todos, por desígnio ou à revelia, em movimento, mesmo que estejamos fisicamente completamente imóveis. Em razão dessa condição inicial, a imobilidade não é uma opção realista e desejável em um mundo em permanente mudança.

De tal realidade, deriva uma nova contraposição hierárquica entre os excluídos locais, munidos pelos valores consagrados pela permanência, e a elite dos globais, convictos da plena realização através da busca pela maior mobilidade.

⁹⁹ JAMESON, Frederic, **Op. cit.**, p, 44-46.

¹⁰⁰ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 21

¹⁰¹ GIDDENS, Anthony, **Op. cit.**, p, 22.

¹⁰² GIDDENS, Anthony, **Op. cit.**, p, 23.

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.p.43-44.

Alguns de nós tornam-se plena e verdadeiramente 'globais'; alguns se fixam na sua 'localidade' – transe que não é nem agradável nem suportável num mundo em que os 'globais' dão o tom e fazem as regras do jogo da vida. Ser local num mundo globalizado é sinal de privação de degradação social. [...] Uma causa específica de preocupação é a progressiva ruptura de comunicação entre as elites extraterritoriais cada vez mais 'globais' e o restante da população, cada vez mais 'localizada'.¹⁰⁴

O autor ainda atesta que, com o advento da rede mundial de informática, o espaço cibernético fora imposto sobre o espaço planejado, territorial-urbanístico-arquitetônico. Entretanto, esse espaço conectado planetariamente não propicia a homogeneização da condição humana com a anulação tecnológica das distâncias temporais ou espaciais, mas, contrariamente, tende a polarizá-las¹⁰⁵.

Contudo, mister salientar que a globalização das sociedades não democratizou o mundo e não trouxe a igualdade efetiva das condições de vida no interior de cada sociedade, ou entre os povos¹⁰⁶. Vale dizer, a ideia de que as tecnologias de informação e comunicação promoveriam uma igualdade social através da rede de produção comunicativa e interativa não se concretizou. Muito pelo contrário, pois reforçou as desigualdades pelo critério do dentro e fora da infraestrutura da informação.

Em razão disso, pode-se afirmar que a globalização das sociedades e, principalmente, o acesso às tecnologias de informação e de comunicação, traz consigo uma mensagem paradoxal. Se por um lado, as novas tecnologias encurtam as distâncias temporais e espaciais entre os seus usuários, por outro, elas mesmas passaram a demarcar novos critérios sociais de inclusão e exclusão; entre os mundialmente conectados e os internamente excluídos.

2.3 O VIRTUAL COMO REALIDADE JURÍDICA NA AUTOESTRADA DA INFORMAÇÃO

A sociedade da informação desempenha papel essencial na atividade econômica. Adalberto Simão Filho assevera que:

A referência da expressão *Sociedade da Informação* como um modo de desenvolvimento socioeconômico em que a aquisição, armazenamento,

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt, **Op. cit.**, p. 8-9.

¹⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt, **Op. cit.**, p. 25-26.

¹⁰⁶ SORJ, Bernardo. **Brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2003, p. 12.

processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação da informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas desempenham papel central na atividade econômica, na criação de riqueza, da definição da qualidade de vida dos cidadãos e das suas práticas culturais é por demais extensiva.¹⁰⁷

Ao afirmar que a sonhada sociedade de comunicação global seria a sociedade da informação formada sob uma base comum da digitalização, José de Oliveira Ascensão¹⁰⁸ apresenta uma tentativa de distinção:

- a) as autoestradas da informação, como o veículo ou a infraestrutura;
- b) as multimídias ou produtos multimídias, como objeto;
- c) a sociedade da informação, como a resultante.

Estes são os elementos que compõem a ideia, no entender do referido autor, da sociedade da informação. Garcia Marques e Lourenço Martins¹⁰⁹ posicionam-se:

A Sociedade da Informação – expressão que cada vez importa menos definir na medida em que se vai vivendo em maior escala – assenta sobre o uso ótimo das novas tecnologias da informação e da comunicação, em respeito pelos princípios democráticos, da igualdade e da solidariedade, visando o reforço da economia e da prestação de serviços públicos, e, ao final, a melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos.

A expressão autoestrada da informação, no entender de Adalberto Simão Filho, é “utilizada para configurar toda e qualquer infraestrutura de tecnologia da informação que possibilite o tráfego dos veículos digitalizados e a conectividade entre pessoas e máquinas.”¹¹⁰

É cediço que os computadores configuram uma parte integrante da vida na sociedade desenvolvida: desde a utilização doméstica até á empresarial, passando pela saúde, pelo sistema bancário ou pela escola, os sistemas informáticos acompanham a vida quotidiana, fornecendo informação ou ampliando as capacidades de cálculo, memória, comunicação, etc. da sociedade.

Esta simbiose de homem e sistema de informação através de periféricos denominados de interfaces amplia as capacidades humanas ao ponto de

¹⁰⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade de informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Altas, 2007, p. 12.

¹⁰⁸ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 681.

¹⁰⁹MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da informática**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 43.

¹¹⁰MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Op. cit.**, p. 13.

determinadas tarefas poderem ser integralmente cumpridas pelos sistemas informáticos.

A distribuição da informação obriga a que os sistemas estejam interligados, criando-se assim comunidades virtuais de conhecimento. Por outro lado, o tipo de informação transmitida já não é só informação escrita ou voz, é também imagem e sequências de imagens, animação, vídeos, etc.

A melhor compreensão da consistência de uma infraestrutura que resulta na autoestrada da informação pode ser deduzida das diretrizes do Programa Sociedade da Informação no Brasil:¹¹¹

Nesse sentido, sobre a regulação da sociedade da informação no Brasil:

Com a acelerada mudança causada pelas tecnologias da informação e comunicação (TIC), vários países do mundo passam a estruturar normas para amenizar as desigualdades que as TIC podem causar. Com a expansão da Internet e com o uso constante das tecnologias, o governo brasileiro sentiu necessidade, além de ser pressionado para tal, de elaborar políticas públicas que pudessem prevenir e pensar o uso da rede de forma a não estimular a exclusão digital.¹¹²

Foi nesse cenário que exsurge o Programa Sociedade da Informação no Brasil - Livro Verde, em setembro de 2000, por meio do esforço de vários órgãos encabeçados pelo Ministério da Ciência e Tecnologia. Dito programa privilegia o uso das tecnologias da informação e comunicação como primordiais para a alavancagem de setores importantes como o econômico, o social e o tecnológico, pois o governo brasileiro acredita que “a sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia”.¹¹³

Na introdução do Livro Verde – LVos elaboradores expõem os três fenômenos que estão originando as mudanças que se processam na sociedade e que são as metas do programa brasileiro: a convergência da base tecnológica, a dinâmica da indústria e o crescimento da Internet.

¹¹¹ BRASIL. **Sociedade da informação no Brasil : livro verde**. TAKAHASHI, Tadao. (Org.). Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4795.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015.

¹¹² COSTA SANTOS, Plácida Leopoldina V. Amorim da; CARVALHO, Angela Maria Grossi de. **Sociedade da informação: avanços e retrocessos no acesso e no uso da informação**. Disponível em: <<http://www.ies.ufpb.br/ojs/index.php/ies/article/viewFile/1782/2687>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

¹¹³ BRASIL. **Sociedade da informação no Brasil : livro verde**. TAKAHASHI, Tadao. (Org.). Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 5.

Adalberto Simão Filho ¹¹⁴ expõe com excelência a composição da infraestrutura nacional de informação:

- a) infra-estrutura física de telecomunicações, responsável pela transferência de informação entre os sistemas, em geral associados aos serviços de rede;
- b) serviços como a Internet, que se trata de uma rede de serviços digitais abertos, isto é, aos quais basicamente todo indivíduo ou organização está habilitado a ter acesso e de redes privadas de corporações e órgãos públicos que dela fazem uso;
- c) sistemas de informação que, de fato, e fazendo uso da funcionalidade de comunicação provida pela Internet e outras redes, permitem acesso generalizado a serviços de comunicação provida pela Internet e outras redes, permitem acesso generalizado a serviços de comunicação pessoal e grupal e de informação em escala mundial;
- d) interconexão entre redes nacionais através de redes internacionais que engloba, além do *hardware*, *software* e trabalho técnico necessário para a instalação, operação e manutenção de uma infra-estrutura global, os aspectos de padronização, legal, comercial e diplomático.

Pode-se extrair do texto que autoestrada da informação é todo e qualquer meio, digital ou não, da interseção de computadores capazes de formar uma infraestrutura global de telecomunicações, gerando a comunicação, o acesso a conexão e a interação, possibilitando tráfego de informações, através de produtos digitalizados, como mensagens, imagens, sons, dentre outros.

2.4 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NA INTERNET

Historicamente, as redes familiares e de vizinhança eram responsáveis pela proteção e segurança contra os perigos e ameaças provocados pelos estranhos ou estrangeiros. Com a expansão dos territórios e da população da Europa Ocidental, a partir do século XVI, essas redes de proximidade física cedem o seu prestígio às identidades nacionais dos Estados-nação. Suas leis e mecanismos de proteção ampliam-se para além dos limites demarcados pelas fronteiras anteriores, tornando-o o articulador central da confiabilidade social. Com a economia ampliando-se para além dos territórios nacionais, integrada por mercados globais em conexão direta com as novas tecnologias de informação, são evidenciadas as inadequações das soluções e práticas apresentadas pelo modelo de sociabilidade organizada em torno do Estado-nação.¹¹⁵

¹¹⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade de informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Líliliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 15.

¹¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005. Cf. SENNET, Richard. **Autoridade**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 81. "O grande divisor do ciclo de vida materializou-se através da

Nesse contexto, segundo Castells, vão se acumulando novos arranjos de convivência através, principalmente, das redes digitais concebidas pela Internet:

A Galáxia da Internet é um novo ambiente de comunicação. Como a comunicação é a essência da atividade humana, todos os domínios da vida social estão sendo modificados pelos usos disseminados da Internet, como este livro documentou. Uma nova forma social, a sociedade de rede, está se constituindo em torno do planeta, embora sob uma diversidade de formas e com consideráveis diferenças em suas consequências para a vida das pessoas, dependendo de história, cultura e instituições. Como em casos anteriores de mudança estrutural, as oportunidades que essa transformação oferece são tão numerosas quanto os desafios que suscita. Seu resultado futuro permanece em grande parte indeterminado, e ela está sujeita à dinâmica contraditória entre nosso lado sombrio e nossas fontes de esperança. Isto é, à reoposição entre tentativas renovadas de dominação e exploração e a defesa, pelas pessoas, de seu direito de viver e de buscar o sentido da vida.¹¹⁶

Essas novas redes de convivência são recebidas com o grau de ambivalência e apreensão típicas das sociedades atuais, que têm como característica tornar menos sólidas e permanentes as suas instituições¹¹⁷.

Paralelamente, e em sintonia, com essa intensa mobilidade e efemeridade, os encontros mediados pela Internet não reforçam as referências sólidas das formas de convivências de antes. Ao contrário, há motivos diversos para desconfiar sobre o próprio sentido de convivência estimulado por essas redes.

Talvez, elas guardem apenas uma aparência de identidade pessoal e de comunidade, que necessitariam referências mais duradouras. Ou então, essas redes virtuais são mais generosas às novas identidades próprias de um "admirável mundo novo das oportunidades fugazes e das seguranças frágeis, [onde] as identidades ao estilo antigo, rígidas e inegociáveis, simplesmente não funcionam".¹¹⁸

2.5 CONTROLE DE DADOS PESSOAIS: A NOVA METAMORFOSE DO DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE

separação crescente entre a casa e o trabalho. Enquanto a norma medieval era que o trabalho artesanal e comercial se localizasse fisicamente em casa e o pai funcionasse como patrão do restante da família, no final do século XVIII, as empresas em rápido crescimento mudaram-se para instalações maiores, onde muitas pessoas não aparentadas entre si operavam juntas, e onde elas começaram a trabalhar como indivíduos, e não como partes de unidades familiares".

¹¹⁶ CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2003. p. 225.

¹¹⁷ BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹¹⁸ BAUMAN, Zigmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p.33.

No mundo contemporâneo a pessoa é o ser humano que chora, se alegra, tem vontades, desejos e dessa forma passa a surgir no direito a teoria dos direitos da personalidade que possuem como objeto os próprios bens da personalidade das pessoas, ou seja, a vida, a integridade física e psíquica, imagem, honra, privacidade, autoria, reputação, sociabilidade, liberdade, identidade, dignidade, autonomia dentre outros.

Os direitos da personalidade são uma categoria diferenciada e especial de direitos, pois protegem a essência da pessoa e as suas principais características, diversamente dos direitos obrigacionais e direitos reais.

A personalidade não é um direito, pois toda pessoa já nasce dotada de personalidade, portanto, é errada a afirmação de que o ser humano tem direito à personalidade, esses direitos existem simplesmente para tutelar a defesa dos valores essenciais e inerentes às pessoas.

A personalidade é o esteio dos direitos e deveres que dela se difundem, e os seus bens são caracterizados por uma não exterioridade e constituem categorias do ser e não do ter.

Como já salientado alhures, os direitos da personalidade em consonância com os direitos fundamentais, não podem se separar do homem, são intrínsecos, inerentes a este dando ensejo em um direito subjetivo que ressalta um aspecto de poder de nossa vontade e outro aspecto que é o dever jurídico de respeitar esse poder do outro.

A personalidade é um conceito básico da ordem jurídica brasileira, assim seus direitos se estendem a todos os homens e estão contemplados também no Código Civil de 2002 que possui onze artigos que abordam os direitos da personalidade e também estão resguardados nos direitos constitucionais a vida, liberdade e igualdade, proteção da honra, imagem e privacidade, fazendo-se a ressalva de que tanto o ordenamento civil quanto os princípios constitucionais estão sempre guiados pela égide da dignidade da pessoa humana, conforme prevê os instrumentos internacionais de garantia.

A legislação internacional tem reflexo na ordem jurídica interna e neste sentido merece destaque o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966 e por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que trata do tema no seu artigo 11, que em linhas gerais, conforme ensina Frederico Afonso

Izidoro: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar, na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”¹¹⁹

Conclui-se então que a proteção dos direitos da personalidade é construída com base nos preceitos fundamentais, constantes na Constituição Federal expressos em diversos artigos e a vida íntima e privada resguardos pelo artigo 5º, inciso X e orientados pela dignidade da pessoa humana, demonstrando assim, o caminho de proteção à pessoa, em detrimento de qualquer outro valor, portanto o ordenamento civil deve estar em consonância com esses valores.

Corroborando tal assertiva, José de Oliveira Ascensão, explica que no centro do direito da personalidade deve estar a defesa da pessoa humana como tal. Sem isto, a categoria seria supérflua.¹²⁰

Em torno da Constituição Federal vigente giram todas as relações jurídicas do país. Em 1988, data de sua entrada em vigor, os direitos fundamentais foram implantados efetivamente em nosso sistema, pelo menos em tese. Dentre esses direitos é possível destacar vários de suma importância para o alcance do Estado Democrático de Direito, e da dignidade da pessoa humana, tal como a liberdade de locomoção, de expressão, direito à vida, ao alimento, à moradia, à saúde e à intimidade.

Enfatizando o direito à intimidade é possível destacar alguns pormenores sobre o assunto, trazendo uma reflexão sobre o sistema de pesos e contrapesos e o princípio da razoabilidade, os quais consideram a sobreposição de princípios constitucionais uns pelos outros, sendo o mais pertinente usado no caso concreto, e nunca a exclusão de um para a efetivação de outro.

Nesse sentido, o direito à intimidade no que diz respeito à comunicação seria mais importante que o direito de se sentir seguro do cidadão? Na sociedade contemporânea, para que o cidadão sinta-se – e efetivamente esteja – seguro, por algumas vezes deverá abdicar de parcela de seu direito fundamental à intimidade e

¹¹⁹IZIDORO, Frederico Afonso. **Direito ao esquecimento na internet: posição favorável**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-ao-esquecimento-na-internet-posicao-favoravel/13945>>. Acesso em: 01 set. 2016.

¹²⁰ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Instituto de Direito Civil, São Cristóvão, v. 26, abr/jun 2006, p. 145-168.

a privacidade, a fim de garantir a tutela de outros direitos fundamentais, como, por exemplo, a possibilidade de interceptações telefônicas mediante autorização judicial.

Hodiernamente, com o avanço da sociedade e o modelo contemplado frente aos avanços tecnológicos, surgem outros embates. Deste modo passa-se a abordar a função do direito digital no ordenamento jurídico brasileiro e a importância da proteção dos direitos da personalidade neste cenário.

2.5.1 O Papel do Direito na Sociedade Digital

Com a evolução da vida em sociedade, o homem criou o direito, adquiriu o conhecimento, desenvolveu a técnica e também o Estado como forma de moderar o convívio em conjunto. Nesse caminho, aperfeiçoou os seus inventos de maneira que a informação pudesse alcançar o maior número de pessoas, aumentando o acesso à informação.

Assim, chegou-se à atual sociedade da era digital.

Neste sentido, vale destacar o posicionamento de Cristina Wanderley Fernandes, que assim ensina:

Pois bem, com o desenvolvimento das formas de extensão da informação chegou a internet, que como sugerido pelo próprio nome, é uma rede internacional de comunicação. Desnecessário dizer que esta tem, como virtude principal, a possibilidade de proporcionar um intercâmbio de informações entre os usuários dos mais diversos locais, sendo utilizadas, nessas transmissões, linguagens padronizadas.¹²¹

Com o aumento das relações pessoais através da rede mundial de computadores começou a surgir diversas situações nas quais se faz necessária a utilização do direito, tais como transações bancárias eletronicamente, contratos eletrônicos, proteção dos dados pessoais e outras diversas situações que acontecem no dia a dia, no qual é imprescindível a mão da justiça para resolver.

Assim, surge o direito digital ou eletrônico, que na concepção de Guillermo Beltramone e Ezequiel Zabale é definido como el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen por objetivo estudiar, reglar, definir e interpretar los distintos

¹²¹ FERNANDES, Cristina Wanderley. **Contratos eletrônicos**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/contratos-electronicos/contratos-electronicos.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

aspectos em que se relaciona latecnología informática com una institución jurídica determinada en los diversos âmbitos del Derecho.¹²²

O direito digital, na visão de Delpech, *“se ocupa del tratamiento de las normas jurídicas vinculadas con las consecuencias jurídicas que pueden traer aparejado el uso de computadoras”*.¹²³

Resta claro que as transformações sociais fomentadas pela globalização influenciaram o direito, o que ensejou à regulamentação de diversas normas jurídicas para proteger as relações virtuais.

Nesta esteira de raciocínio, merece também destaque o pensamento de Cristina Wanderley Fernandes, ao sustentar que a Revolução Cibernética é, sem dúvida, uma enorme transformação de pensamentos e por assim ser, influencia diretamente no estudo do Direito. Um novo Direito é chamado a apresentar-se, face ao avanço da tecnologia, cujos parâmetros devem ser condizentes aos novos desafios surgidos.¹²⁴

Ocorre que a sociedade se desperta para alguns temas apenas quando algo significativo acontece e atinge pessoas ou grupos determinados.

No cenário brasileiro, um desses temas em destaque é a proteção de dados pessoais, que ganhou força no cenário atual, inclusive com a promulgação da Lei 12.737, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, sancionada em 30/11/2012, promovendo alterações no Código Penal Brasileiro, tipificando os chamados delitos ou crimes informáticos, assunto que será abordado mais adiante¹²⁵.

É salutar apresentar a lição de Sérgio Tibiriçá Amaral que:

A Internet é uma rede de redes de computadores instaladas em diferentes partes do mundo e interconectadas entre si mediante linhas de comunicação de alta velocidade. Por ela, os direitos ligados à manifestação do pensamento se tornam universais e pessoais. Quando abordamos as características dos direitos fundamentais afirmamos que são universais, ou seja, queremos dizer que são direitos para todos e para cada pessoa

¹²²BELTRAMONE, Guillermo e ZABALE, Ezequiel, In **El Derecho en la Era Digital**, Rosario/Argentina: Editorial Juris, 2000, p. 6.

¹²³DELPECH, Horácio Fernández, **Protección Jurídica del Software**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p.13.

¹²⁴FERNANDES, Cristina Wanderley. **Contratos eletrônicos**. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/contratos-electronicos/contratos-electronicos.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹²⁵A Lei 12.737/2012 modificou os artigos 266 e 298 e acrescentou os artigos 154-A e 154- B ao Código Penal Brasileiro. A Lei foi promulgada ao toque de caixa, em reação ao fato da atriz global Carolina Dieckmann ter fotos da sua vida privada veiculadas na internet.

individualmente. A rede permite que a totalidade das pessoas seja sujeito de manifestações.¹²⁶

A sociedade já se encontra inexoravelmente refém do desenvolvimento tecnológico e, quando a sociedade muda, o direito também deve mudar.

As diversas denúncias de violação de sigilo bancário, fiscal, vazamento de dados pessoais, vidas privadas devassadas na sua intimidade passaram a ser cada dia mais frequentes e a incomodar não só o cidadão comum como também as autoridades, de forma que toda a sociedade está em um processo de discussão acerca da futura lei brasileira de maior proteção aos dados pessoais.

Neste sentido, é preciso pensar se o Direito está cumprindo o seu papel dentro da sociedade, se está adequado à conjuntura atual e se as relações estabelecidas através do meio digital estão acobertadas pela eficácia jurídica, se o direito da personalidade está sendo protegido.

A sociedade está em constante processo de mutação e, assim, deve ser com o direito e todo o ordenamento jurídico, de maneira o cenário jurídico deve-se adaptar à nova realidade e o direito continue tendo o escopo de atender às necessidades da sociedade que o instituiu, de modo que não se torne obsoleto e caia em desuso.

Importante trazer a lume, o posicionamento da autora Patricia Peck:

O sentimento de incerteza atual é fruto da instabilidade social e do constante avanço tecnológico por que estamos passando, em que a cada dia há algo novo, que nos permite fazer as coisas de modo diferente, que traz oportunidade mas ao mesmo tempo traz novos riscos e desafios, comerciais, sociais, políticos e, é claro, jurídicos. A conectividade e a informatização trouxeram a possibilidade do tempo real, da simultaneidade, em que não há distâncias, em que não há barreiras geográficas nem barreiras temporais, materializando o conceito de globalização e colocando em situação de igualdade de competição indivíduos, países e governos totalmente desiguais.¹²⁷

¹²⁶AMARAL, Sérgio Tibiriçá, **Parâmetros constitucionais do direito à liberdade de expressão na internet**. Tese (Doutorado em Direito) Centro de Pós Graduação, Instituição Toledo de Ensino de Bauru, Bauru, 2010. p. 26

¹²⁷PECK, Patricia. Quando a Sociedade Muda, o Direito também deve Mudar, In **Internet Legal: O Direito na Tecnologia da Informação**. Omar Kaminski. 1ª ed.(2003), 5ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009, p.223.

Assim, é imperioso que o direito se adeque ao novo modelo da civilização para que cumpram o seu papel na sociedade digital. Continuando, mais uma vez, se faz necessário compartilhar os ensinamentos de Patricia Peckque estabelece:

[...] nos encontramos em uma situação de transição, de mutação do Direito, em que a falta de adequação dos processos jurídicos e dos seus profissionais gera ainda mais incerteza, insegurança quanto à capacidade de vivermos em um estado de legalidade. É por isso que surge o Direito Digital, com um abordagem mais estratégica e uma visão mais ampla do Direito com respostas para as questões atuais que mais têm gerado polêmica e que são fruto da nova realidade social, como a privacidade, segurança, consumidores virtuais, e-commerce, e-mail, exclusão digital, governo eletrônico, crimes de Internet, empresa virtual, a cesso à banda larga sem necessidade de Provedor, legitimidade dos disclaimers, substituição de leis por softwares que regulam condutas e comportamentos na rede, importação de bens não materiais via Internet, publicidade online e o código do consumidor, uso do banco de dados. Vamos apresentar sempre um tema que traz problema e solução jurídica mais adequada, com embasamento legal atual. Vamos ver que no Direito Digital o que vale é a melhor estratégia. A complexidade da sociedade atual traz uma maior complexidade jurídica, e faz, cada vez mais, que o advogado tenha que ser um estrategista. Não é mais suficiente conhecer as Leis; deve – se conhecer os modelos que conduzem o mundo das relações entre pessoas, empresas, mercados, Estados. Cabe ao profissional do Direito dar os caminhos e as soluções viáveis, pensadas no contexto competitivo e globalizado de um possível cliente virtual – real, convergente e multicultural.¹²⁸

Neste prisma, tem efetiva aplicabilidade no Direito Digital a Teoria Tridimensional do Direito elaborada por Miguel Reale, que preleciona:

[...] a norma é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, devo a partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro Fundamentos do Direito, eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito, não é só fato como rezam os marxistas ou economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; O Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural Tomista, por exemplo, por o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor.¹²⁹

Numa percepção mais avançada, Patricia Peck, acrescenta o tempo na evolução do Direito, que é fator preponderante na atualidade, sendo assim sua visão:

¹²⁸ PECK, Patricia. Quando a Sociedade Muda, o Direito também deve Mudar, *in* **Internet Legal: O Direito na Tecnologia da Informação**. Omar Kaminski. 1ª ed.(2003), 5ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009, p.223-224.

¹²⁹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed.São Paulo: Saraiva, 2005, p. 551.

Não há lacunas no Direito, não há situação sem solução. O Direito é a união entre linguagem e comportamento. O Direito Digital é a evolução do próprio direito, com 4 elementos – fato, valor, norma e tempo, novos institutos, linguagens, com a característica da celeridade, da analogia e da arbitragem. Não estamos falando apenas da Internet, estamos falando de uma revolução no modo como os seres humanos se relacionam. O Direito Digital é a evolução do próprio Direito, de uma sociedade digital. Para isto, a tecnologia vem contribuindo desde 1920, com a expansão dos veículos de massa e mais recentemente com o telefone celular, o e – mail, a Internet, a banda – larga, a TV interativa. Temos que reinventar o Direito assim como a Sociedade esta sendo reinventada, senão estaremos todos vivendo de certo modo como “foras-da-lei”.¹³⁰

A revolução tecnológica representa uma enorme transformação de pensamentos e comportamentos que influencia o estudo do Direito.

Assim, a globalização acaba por dificultar uma efetiva proteção aos direitos da personalidade, conforme Nilson Tadeu Reis Campos Silva, ilustra:

Essa superação do mundo físico, por um espaço não geográfico e intangível, acarreta inúmeras questões jurídicas e fáticas para a proteção aos direitos da personalidade, desde a inclusão digital, ou seja, do direito ao acesso e participação nessa comunidade global, até o equacionamento de problemas como lesão ao direito à imagem em que o autor reside na África, mas pratica a lesão na Argentina, utilizando-se de hospedagem em sítio brasileiro.¹³¹

Mas é preciso avançar, dar garantias à sociedade e criar mecanismos de amparo. Esse novo Direito surgiu com a necessidade de regular os avanços tecnológicos e a norma reguladora deve abarcar a proteção e garantias fundamentais à sociedade e estar alinhada com os desafios que estão por vir, acompanhando a evolução tecnológica.

Apesar do atraso no Brasil sobre a proteção aos dados sociais, visto que teve norma regulamentadora sobre tema em vigor somente a partir de Abril de 2014, passa-se agora ao seu estudo para melhor compreensão da proteção da personalidade em tempos digitais.

¹³⁰ PECK, Patricia. **Op. cit.**, p.224.

¹³¹ CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. A resignificação da pessoa no ciberespaço: primeiras reflexões para uma revisão filosófico-dogmática dos direitos da personalidade. In **Novos Rumos dos Direitos Especiais da Personalidade e seus aspectos Controvertidos** (Coord. Valéria Silva Galdino Cardin). Curitiba: Juruá Editora, 2013. p.170.

2.6 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Desde o surgimento da internet, no século XX, ocorreu uma grande evolução no que concerne à comunicação entre as pessoas. Essa comunicação se dá através do uso da rede, principalmente das sociais, onde acontece essa comunicação e essa interação entre pessoas em todos os lugares do mundo. Dessa forma, é característica do tempo atual a preocupação com questões relacionadas à privacidade e sua tutela.

A busca da privacidade, tecnicamente falando, alberga necessidades diversas como a busca da igualdade, da liberdade de escolha, da não discriminação. E não raro demonstra estar ligada fortemente à personalidade e ao seu desenvolvimento, em uma complexa teia de relações ainda a serem completamente vislumbradas pelo direito.¹³²

A sociedade encontra-se na era digital, e evolui a cada dia, no que concerne à tecnologia e à comunicação. Novos modelos surgem a todo o momento, como computadores, *smartphones*, aparelhos e sistemas dos mais diversos e inovadores, tornando cada vez mais evidente a facilidade da comunicação entre as pessoas.

Manuel Castells¹³³ afirma que:

O nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo. Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia.

A partir dessa evolução na comunicação por meio da utilização da internet e redes sociais, questões pertinentes surgiram quanto ao uso dos dados pessoais na internet, tendo em vista que, ao acessar qualquer site de relacionamento ou rede

¹³² DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 07.

¹³³ **A Sociedade em Rede**. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, v. 1. p. 16.

social, há necessidade de depositar ali alguns dados pessoais por meio de um cadastro.

Dessa forma, ao expor os dados pessoais na internet, o usuário fica vulnerável, pois alguns sites podem fazer uso dessas informações depositadas pelo usuário. O uso dos dados pessoais pode servir para inúmeros fins, podendo atingir de forma negativa o usuário, no que diz respeito aos dados sensíveis, que são os dados mais íntimos do internauta. No entanto, no Brasil, ainda não há uma legislação específica para a proteção de dados pessoais. Em abril de 2014, foi aprovada a Lei nº 12.965/14, levando o nome de Marco Civil da Internet, que traz em seu bojo 32 (trinta e dois) artigos, impondo uma série de direitos e deveres aos usuários e prestadores de serviço no Brasil. No entanto, a lei não legislou especificamente sobre a proteção de dados pessoais, deixando assim, uma lacuna para o acontecimento de violações, conforme ficará demonstrado adiante.

A evolução da tecnologia quanto ao desenvolvimento de novos aparelhos, novos *softwares* e também em relação ao aumento do número de redes sociais à disposição dos internautas é notória. As redes sociais têm adquirido, em especial, importância crescente na sociedade moderna, sendo caracterizadas primariamente pela facilitação de acesso, pois qualquer pessoa que possui disponibilidade de internet pode estar inserido em várias redes sociais e interagir com uma quantidade ilimitada de pessoas em várias partes do mundo.¹³⁴

A rede, em sentido *lato*, permite o compartilhamento de informações, conhecimentos, interesses e esforços em busca de objetivos comuns entre os usuários.

Conforme dados divulgados pela Nielsen IBOPE¹³⁵, o número de brasileiros com acesso à internet atingiu a marca de 120,3 milhões de usuários no primeiro trimestre de 2014:

São Paulo, Brasil (30 de julho de 2014) – Uma nova estimativa da Nielsen IBOPE aponta a existência de 120,3 milhões de pessoas com acesso à internet no país. O número é 18% maior que a estimativa

¹³⁴ ZIEGLER, Joici Antonia; PIAIA, Thami Covatti. **A proteção e a regulação dos dados pessoais dos internautas brasileiros.** Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/vwk790q7/n77Dck6S55E3qPW8.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹³⁵ NIELSEN. **Número de pessoas com acesso à internet no Brasil supera 120 milhões.** Disponível em: <<http://www.nielsen.com/br/pt/press-room/2014/Numero-de-pessoas-com-acesso-a-internet-no-Brasil-supera-120-milhoes.html>>. Acesso em 15 nov. 2015.

divulgada um ano antes, que era de 102,3 milhões, no primeiro trimestre de 2013 e 14% maior que a última divulgação, que tinha sido de 105,1 milhões, referente ao segundo trimestre de 2013. (NIELSEN, 2014).

Da análise da pesquisa acima mencionada, que há um número elevado de usuários de internet no Brasil. Partindo de um pressuposto que os usuários, ao fazerem uso de redes sociais, aplicativos e comunidades, expõem alguns dados pessoais na rede, ocasionando muitas vezes a violação desses dados, com a exposição dos mesmos para fins comerciais ou pessoais, chegando ao cometimento de crimes, com o uso dos dados de terceira pessoa e com a utilização dos dados sensíveis.

Dados sensíveis são aqueles considerados os mais íntimos das pessoas. Fica evidenciada, assim, a necessidade de proteger juridicamente o cidadão que expõe seus dados pessoais, ante ao fato desses possuírem valor econômico devido à possibilidade de sua comercialização.

A classificação dos dados pessoais e uma consequente determinação das categorias de dados que se prestariam ou não a um determinado tratamento é útil para dinamizar a disciplina e facilitar a determinação dos tratamentos de dados que devem ser sujeitos a um maior controle.¹³⁶ São tidos como dados pessoais todas as informações, qualquer que seja seu suporte, incluindo som e imagem, referentes a um indivíduo. Dentre eles, estão aqueles considerados como sensíveis, entendidos como os que possam possibilitar a discriminação dos seus titulares.

O Brasil não tem legislação que defina dados pessoais sensíveis. Embora a Constituição Federal garanta a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, citando-os como direitos fundamentais e sendo autoaplicáveis, muitos defendem a criação de leis específicas que protejam os dados pessoais na Internet.

Os dados pessoais de um consumidor, por exemplo, traduzem aspectos de sua personalidade revelando preferências e comportamentos para o consumo, possibilitando as empresas de *marketing* o direcionamento de publicidades muitas vezes indesejadas.

¹³⁶ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245.

E é nesse contexto que se insere o direito à privacidade. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 5º um rol de direitos fundamentais garantidos a todo cidadão. Entre eles, encontram-se diversos provimentos sobre privacidade e sobre proteção de dados, como a inviolabilidade das comunicações e o direito ao *Habeas Data*. Referido artigo, em seu inciso X, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Tal proteção é feita de maneira geral no âmbito da privacidade, não se tratando de um texto específico sobre a proteção de dados. O *Habeas Data*, regulamentado pela Lei 9.507, em 1997, tem como objetivo assegurar um direito presente no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio desse instituto, o cidadão pode acessar e retificar seus dados pessoais em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. O *Habeas Data* é único o instituto brasileiro até então, que trata de dados pessoais.

O aumento do uso das tecnologias da informação e comunicação, otimizou as relações sociais e econômicas. Com a utilização dessa tecnologia, segundo Manuel Castells¹³⁷, introduz-se uma sociedade em rede, a qual é uma nova forma de composição da sociedade, que é caracterizada pela globalização das atividades econômicas, pela forma de organização, entre outros fatores.

Se, de um lado, houve aperfeiçoamento dessas relações, por outro, a realidade trouxe consequências no que tange à questão da exposição dos dados pessoais dos internautas, de maneira instantânea, podendo causar danos à pessoa que tem seus dados expostos.

O tratamento referente à proteção de dados pessoais é uma forte tendência em diversos ordenamentos jurídicos. Na verdade, iniciou-se como uma tendência, e passou a ser extremamente necessário, na forma de um direito fundamental aos cidadãos.

A utilização de dados pessoais nas atividades do cotidiano não é, de *per si*, um problema. A bem da verdade, ela torna possível certas empreitadas com um alto grau de eficiência, em áreas que vão do planejamento administrativo à pesquisa de mercado. Ocorre que esta atividade requer instrumentos que a harmonizem com os parâmetros de proteção da pessoa humana ditados pelos direitos fundamentais,

¹³⁷ **A Sociedade em Rede**. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 199, v. 1. P.44-45.

instrumentos aos interessados em um efetivo controle em relação aos seus dados pessoais, garantindo o acesso, a veracidade, a segurança, o conhecimento da finalidade para a qual serão utilizados (entre outros).¹³⁸

Vislumbrou-se, com efeito, a necessidade de desenvolvimento de uma legislação específica para proteção de dados pessoais, a partir do momento em que grande quantidade de pessoas tiveram seus dados expostos na rede, gerando constrangimento e até mesmo danos irreversíveis à sua imagem.

Para uma efetiva apreciação e enfrentamento do problema por parte do legislador ordinário, vários interesses devem ser levados em consideração. Faz-se necessário que o estabelecimento de critérios de proporcionalidade nesta matéria, fortemente ligada ao estado da tecnologia, cujos vetores não raro se sobrepõem às diversas formas de regulação. Além disso, o tratamento de dados pessoais tem implicações que vão além da possibilidade de um estrito controle individual. A intensidade do fluxo de dados pessoais, a dificuldade em se saber efetivamente quem detém e como são utilizados, torna a tarefa daquele que pretende ter efetivo controle sobre os próprios dados pessoais, no mínimo, ingrata.¹³⁹

De acordo com Danilo Doneda¹⁴⁰, essa preocupação com o tratamento de dados pessoais foi bem caracterizada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar ainda em decisão de 1995:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica.

¹³⁸ DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 02.

¹³⁹ *ibidem*, p. 03.

¹⁴⁰ *idem*. **A Proteção dos Dados Pessoais como Direito Fundamental no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.rlpdp.com/2012/07/223/>>. Acesso em: 17 nov. 2015, p. 8.

Denota-se que a manifestação acima transcrita ocorreu no ano de 1995, isto é, a preocupação interna existe há pelo menos cerca de 20 anos. E, no entanto, até os dias atuais não existe legislação que venha abarcar e tutelar de maneira efetiva o assunto.

3 PROTEÇÃO JURÍDICA E CONTROLE DE DADOS PESSOAIS

A comunicação humana é um processo que envolve a troca de informações e utiliza os sistemas simbólicos como suporte para tal finalidade. Nesse processo, encontra-se uma infinidade de maneiras de se comunicar, podendo-se destacar a fala e a escrita que permitem a interação entre indivíduos.

Na sociedade contemporânea, diferenciada por funções na pirâmide social, a comunicação é ao mesmo tempo o novo instrumento de exclusão e o meio e a condição imprescindível para que se alcance o conhecimento e o desenvolvimento individual e coletivo. A tecnologia passou a fazer parte da comunicação humana, se tornando cada vez mais essencial na maioria das atividades desenvolvidas pela humanidade ao longo do seu desenvolvimento.¹⁴¹

Com o surgimento de novas tecnologias de informação e comunicação, além da sofisticação e do aprimoramento de métodos de comunicação já existentes, novas alternativas emergem, trazendo dinamismo à comunicação. A atual sociedade é descrita pelo volume e pela velocidade com que as informações circulam em razão das novas tecnologias da informação e da comunicação, o que vem produzindo modificações na vida dos indivíduos.

Diante da importância crescente dos dados na sociedade contemporânea nada mais natural que haja, na mesma proporção, uma preocupação crescente em relação à proteção do seu titular.

¹⁴¹ OLIVEIRA, Joaquim H. C. GONÇALVES, Carla F. **Do modelo de sociedade industrial ao de sociedade de informação: proteções jurídicas às inovações tecnológicas**. Revista de Direito da Unigranrio. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/viewFile/1393/720>. Acesso em: 04 nov. 2015.

Neste tocante, é salutar trazer o posicionamento de Hansjürgen Garstka¹⁴², que destaca a “proteção de dados não é a proteção dos dados em si que se almeja e sim a proteção da pessoa por trás do tratamento dos dados”.

Dessa maneira, tem-se que o direito tem que garantir a privacidade, a inviolabilidade e a intimidade dos “cidadãos digitais”, ou seja, dos usuários da Internet.

3.1 PANORAMA DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA E O CONTROLE DE DADOS PESSOAIS

A partir do momento que o direito se volta à proteção do titular de dados é, na verdade, resgatar a própria história da utilização de dados para determinada finalidade em bancos de dados informatizados, pois, infelizmente, constata-se que a proteção sempre surge da necessidade de garantir ao titular um mínimo de controle sobre seus próprios dados, o que pode ser comprovado aqui no Brasil, que apesar de já existir um movimento da sociedade para a regulamentação de normas sobre a proteção dos dados, somente após uma celebridade ter sua intimidade exposta na internet é que teve uma resposta do legislativo, com a aprovação quase que imediata da Lei 12.737/2012.

Continuando, Hansjürgen Garstka¹⁴³, traz que a ideia de proteção de dados surge primeiramente nos Estados Unidos no início da década de 60 do século vinte, justamente como uma demanda da população no sentido de questionar a intervenção estatal na esfera privada.

Isso porque o governo americano, em conjunto com seu departamento de estatística, planejou organizar um banco de dados no qual todo cidadão americano deveria estar incluído.

Nesta oportunidade, em que estavam os debates acirrados sobre a proteção dos dados pessoais, descobriu-se que as Forças Armadas Americanas já tinham recolhido milhões de dados sobre pessoas politicamente suspeitas e informações

¹⁴² GARSTKA, Hansjürgen. **Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz**. In: SCHULZKI-HADDOUTI, Christiane. *Bürgerrechte im Netz*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2003. p. 49.

¹⁴³ GARSTKA, Hansjürgen. **Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz**. In: SCHULZKI-HADDOUTI, Christiane. *Bürgerrechte im Netz*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2003, p. 49.

em grande quantidade de dados de natureza pessoal como, por exemplo, sobre doenças e rendimento escolar. Como resposta aprovou-se o *Privacy Act* em 1974, obrigando o governo norte-americano a observar Princípios Fundamentais para a segurança da vida privada.

Após o *Privacy Act* descobriu – se que os EUA tiveram acesso à milhões de dados pessoais de cidadãos do mundo inteiro, através de seu serviço de inteligência, conforme denúncias públicas de Eduard Snowden¹⁴⁴, que abalou o mundo e que, inclusive, trouxe a tona que o Brasil foi espionado.

É de conhecimento público que a NSA – Agência de Segurança Nacional (sigla em inglês) em seu complexo de espionagem eletrônica já construído, localizado na cidade de Bluffdalle, no estado Utah, tem em seus supercomputadores capacidade de armazenagem de 1yottabyte¹⁴⁵, o que é suficiente para registrar todo o conteúdo digital criado pela humanidade por 500 anos.

O que comprova que com supercomputadores e enorme capacidade de armazenar e processar informações, a NSA – Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos da América pode espionar qualquer dado que circule na internet. Isso demonstra a tamanha vulnerabilidade dos dados pessoais dos cidadãos na era digital.

A iniciativa norte-americana de regulamentar a coleta e tratamento de dados fez com que países industrializados se questionassem sobre a necessidade de regulamentação.

Na Alemanha, o Estado de Hessen, elaborou uma lei em 1970 que acabou por introduzir o termo “proteção de dados” no vocabulário jurídico alemão. Já na Europa, Perez Luño¹⁴⁶ analisando o contexto histórico, assim afirma:

[...] a questão do fluxo internacional de dados (transborder data flow) acabou por gerar um aberto conflito de interesses entre países produtores e países consumidores de dados informáticos, pois os países tecnologicamente avançados se achavam no direito de recolher

¹⁴⁴Edward Joseph Snowden é um ex-analista de inteligência americano que tornou públicos detalhes de várias programas altamente confidenciais de vigilância eletrônica dos governos de Estados Unidos e Reino Unido. Disponível em:<http://pt.wikipedia.org/wiki/Edward_Snowden>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁴⁵Um *yottabyte* é uma unidade de medida da área da informática. Equivale a 10 elevado a 24 byte. Um Yottabyte é a maior unidade de medida da informática relativamente possível com a tecnologia que dispomos atualmente. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Yottabyte>. Conteúdo Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁴⁶PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1996, p.35.

informações, armazená-las e distribuí-las, ao passo que aos países subdesenvolvidos restava apenas receber e consumir informações, quando isto era possível, uma vez que às vezes o país nem ao menos detinha os meios técnicos necessários para aproveitá-las.

O marco inicial para a proteção dos dados aconteceu em 1973, momento em que os países adeptos da livre circulação de dados se pronunciaram na Convenção Internacional das Telecomunicações em Torremolinos - Málaga e posteriormente a União Internacional de Comunicações adotou, em 6 de novembro de 1982, na cidade de Nairóbi- Quênia, a Convenção Internacional de Telecomunicações¹⁴⁷.

O escopo da Convenção Internacional de Telecomunicações é reconhecer a todos os Estados signatários o direito total de regulamentar suas telecomunicações, conforme disposto em seu preâmbulo:

Reconhecendo em toda sua plenitude o direito soberano de cada país de regulamentar suas telecomunicações e tendo em conta a importância da paz e o desenvolvimento social e econômico de todos os países, os Plenipotenciários dos Governos contratantes, com o objetivo de facilitar as relações pacíficas, a cooperação internacional e o desenvolvimento econômico e social entre os povos por meio do bom funcionamento das telecomunicações, celebram de comum acordo a presente Convenção, que é o instrumento fundamental da União Internacional de Telecomunicações.

Importante destacar que o Brasil é Estado Membro da Convenção Internacional de Telecomunicações.

Nesta trilha, o Parlamento Sueco, em 1973, foi o responsável pela elaboração do *Datalagen*, a primeira Lei orgânica da Europa visando à proteção da privacidade e dos bancos de dados, tanto públicos quanto privados, iniciando a caminhada para se regulamentar o tratamento informatizado de dados pessoais, prevendo a proteção ao seu titular.

E, ainda na lição de Perez Luño¹⁴⁸, no ano de 1973 e depois 1974, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, por meio de duas Resoluções que foram documentos internacionais a se referirem à proteção de dados pessoais, sendo a primeira referente à proteção da vida privada das pessoas físicas frente aos bancos de dados eletrônicos no setor privado e a segunda sobre os bancos de dados no

¹⁴⁷ COMITÊ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0070.htm. Acesso em: 10 nov. 2016.

¹⁴⁸ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1996, p. 36.

setor público, recomendava aos países membros a adoção de medidas legislativas que garantissem determinados princípios.

Exemplos destes princípios o direito dos interessados em conhecer e acessar as informações que lhes digam respeito; a obrigação dos bancos de dados públicos ou privados de corrigir a informação inexata e cancelar a obsoleta, irrelevante ou obtida por procedimentos ilegais; a adoção das garantias correspondentes para impedir que a difusão de dados estatísticos permita a identificação de sujeitos individuais e para evitar a transmissão de dados a pessoas ou entidades não autorizadas.

Em prosseguimento, no ano de 1978, a Alemanha estabeleceu a primeira lei federal de proteção de dados. A Lei Alemã traz em seu bojo a obrigação das repartições públicas e empresas privadas a observar as regras materiais determinadas no tratamento de dados pessoais e instituiu um valioso sistema de direitos civis e mecanismos de controle.

Na esteira de proteção aos dados pessoais, a Suécia e a Alemanha, França (1978), Noruega (1978), Dinamarca (1978), Áustria (1978), Luxemburgo (1978) e Islândia (1979), dentre outros, também elaboraram leis referentes à proteção de dados pessoais, conforme ensinamento de Victor Drummond (2003, p.50), que trata do assunto em sua obra *Internet, privacidade e dados pessoais*.

Já em 1981, a então Comunidade Econômica Europeia, através do Conselho da Europa elaborou a Convenção para a proteção das pessoas com respeito ao tratamento automatizado de dados de caráter pessoal, que estabeleceu princípios norteadores a respeito da matéria e foi firmado pelos seus Estados Membros.

Neste diapasão, com intuito de aperfeiçoar a circulação de dados na Europa com a proteção dos dados pessoais, em 1995 foi elaborada pela União Europeia a Diretiva 95/46/CE¹⁴⁹, que traz em seu texto um forte apelo de integração da comunidade europeia, estabelecendo a realização de um mercado interno – auxiliado pela livre circulação de informações pessoais – e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoas.

¹⁴⁹UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Jornal Oficial n. L 281 de 23/11/1995 p. 0031-0050. Bruxelas, 1995.

Vale destacar o disposto no item 3 na Diretiva 95/46/CE, que assim dispõe:

O mercado interno europeu, que tem assegurada a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, a teor do art. 7. do Tratado da União Europeia, exige não só que os dados pessoais possam circular livremente de um Estado-membro para outro, mas também que sejam protegidos os direitos fundamentais das pessoas.

Em suas disposições finais, a Diretiva estipulou um prazo de três anos, a contar da data de sua adoção – portanto, vencendo em 1998 -, para que os Estados-membros dessem cumprimento à Diretiva, elaborando sua legislação nacional.

Neste tocante, cabe mencionar ainda a Diretiva 97/66/CE¹⁵⁰, de 15 de dezembro 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações, que cuidou de traduzir os princípios dispostos na Diretiva 95/46/CE em regras específicas para o setor das telecomunicações e a Diretiva 2002/58/CE da União Europeia, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas, que revogou expressamente a Diretiva 97/66/CE.

Nos tempos atuais, à privacidade e ao comércio eletrônico por todo o mundo, a Comunidade Europeia (CE) estipulou cláusulas contratuais de proteção à informação e aos dados pessoais de forma a atender à Diretiva aprovada pela própria CE, que exige proteção adequada para qualquer transferência de informação privada para países não-membros.

Seguindo tal determinação, os Estados integrantes da União são obrigados a reconhecer os países ou organizações internacionais que respeitem tais cláusulas como sendo instituições que oferecem a assim referida proteção adequada.

Por fim, a questão da proteção dos dados pessoais ganhou a atenção da América Latina com destaque para países como o Chile, México, Argentina, Uruguai e Paraguai.

Na América do Sul, o Chile inaugura a discussão entre os países latinos e publica sua lei de proteção de dados, conforme a Lei nº 19.628¹⁵¹ que protege os dados pessoais, sendo publicada em 28/08/1999.

¹⁵⁰

Diretiva

97/66/CE

Disponível

em:

<http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/union_europea/directivas/com_mon/pdfs/B.5-cp--Directiva-97-66-CE-.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁵¹Ley nº 19.628/99 cf. CHILE. Ley nº 19.628 sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal (Publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999)..

A Argentina em 2000 criou a Lei 25.326¹⁵², que visa à proteção abrangente de dados pessoais em arquivos, registros, bancos de dados ou outros técnicos de processamento de dados, seja ela pública ou privada ou destinados a relatórios, para garantir o direito à honra e à privacidade dos indivíduos, bem como o acesso à informação sobre eles é constituída de acordo com as disposições do artigo 43¹⁵³, parágrafo terceiro da Constituição Argentina.

A Lei Argentina de proteção de dados resguardou a liberdade de imprensa, uma vez que nenhuma circunstância pode afetar banco de dados ou fontes de informação jornalística.

O Paraguai no ano de 2001 promulgou a Lei 1.682/01¹⁵⁴, que regula as informações de caráter privado, sendo parcialmente modificada pela Lei 1.969/2002¹⁵⁵, que atualmente continua em vigor.

Em 2004, o Uruguai teve sua primeira legislação sobre o tema, tendo sido aprovada a Lei 17.838/2004 que, posteriormente, foi revogada pela Lei 18.331/2008¹⁵⁶, regulando atualmente a proteção de dados pessoais e informações no país.

¹⁵² Ley 25.326/2000 cf. ARGENTINA. Ley 25.326/2000 de proteccion de losdatospersonales.

¹⁵³ Artículo 43o.- Toda persona puedeinterponeraccion expedita y rapida de amparo, siempre que no exista otromedio judicial masidoneo, contra todo acto u omision de autoridades publicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, conarbitrariedad o ilegalidade manifiesta, derechos y garantias reconocidos por esta Constitucion, un tratado o una ley. Enel caso, eljuezpodra declarar lainconstitucionalidad de la norma en que se funde elacto u omision lesiva.

Podraninterponer esta accion contra cualquier forma de discriminacion y enlo relativo a losderechos que protegen al ambiente, a lacompetencia, al usuario y al consumidor, asi como a losderechos de incidenciacolectivaen general, elafectado, el defensor delpueblo y lasasociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a laley, la que determinara los requisitos y formas de suorganizacion.

Toda persona podrainterponer esta accion para tomar conocimiento de losdatos a ella referidos y de sufinalidad, que constenen registros o bancos de datospublicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminacion, para exigir lasupresion, rectificacion, confidencialidad o actualizacion de aquellos. No podraafectarseel secreto de lasfuentes de informacionperiodistica.

Cuandoelderecho lesionado, restringido, alterado o amenazadofueralalibertadfisica, o, en caso de agravamiento ilegítimo enla forma o condiciones de detencion, o enel de desaparicionforzada de personas, laaccion de habeas corpus podra ser interpuesta por elafectado o por cualquieraensu favor y eljuez resolvera de inmediato, aun durante lavigenciadel estado de sitio.

¹⁵⁴ Disponível em: <http://www.leyes.com.py/todas_disposiciones/2001/leyes/ley_1682_01.php>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁵⁵ Disponível em: <http://www.leyes.com.py/todas_disposiciones/2002/leyes/ley_1969_02.php>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁵⁶ Ley nº 18.331/2008, de protección de datospersonales y acción de habeas data (Publicada no Diário Oficial em 18. 08. 2008).

Seguindo a tendência, o México em 05/07/2010 publicou a “Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares”¹⁵⁷, que deve ser observada em toda a República e visa à proteção de dados pessoais na posse dos indivíduos, a fim de dar tratamento regular legítimo, controlado e reportado, com o escopo de garantir a privacidade e o direito à autodeterminação informacional de pessoas.

Por fim, o Brasil despertou seu olhar para o direito digital e está caminhando na regulamentação de normas jurídicas sobre o assunto, merecendo destaque a Lei 12.737/2012 - Lei Carolina Dieckmann que trata de aspectos penais e a Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

3.2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL E O MARCO REGULATÓRIO NA INTERNET

Após a aprovação da Lei 12.965/2014 passou-se a ter uma legislação específica de proteção aos dados pessoais e das relações digitais, o que deixa o Brasil em igualdade perante aos organismos internacionais por agora ter em seu ordenamento uma lei que regula o tema.

O Marco Civil da Internet disciplina em diversos artigos a proteção aos direitos da personalidade, como podemos denotar nos artigos a seguir:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

I - o reconhecimento da escala mundial da rede;

II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

[...]

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

Resta claro a preocupação do legislador em estabelecer parâmetros de amparo aos direitos da personalidade na sociedade da informação, procurando

¹⁵⁷ Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (Publicada no Diário Oficial em 05.07.2010).

desta maneira mitigar as possíveis colisões de direitos fundamentais inerentes destas relações.

Neste escopo, destaca-se:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

A integridade da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, bem como o sigilo de comunicações só poderá ser quebrada em caráter de exceção, com ordem judicial, ou seja, o Estado vai tutelar as possibilidades de tal situação para fortalecer os direitos da personalidade.

Aliás, o direito à privacidade e à liberdade de expressão são elementos preponderantes para o exercício do princípio do livre acesso à rede, sendo expresso no artigo 8º da Lei 12.965/2014:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou [...]

É sabido que as relações interpessoais cada dia mais estão intrinsecamente ligadas ao mundo digital, com circulação de milhões de dados pessoais e empresariais pela rede mundial de computadores, sendo uma necessidade disciplinar estas relações.

Dessa maneira, a Constituição da Internet, em seu artigo 10 preleciona:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem

judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no **caput** não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Nesse emaranhando de informações interligadas, surge uma nova gama de direitos com peculiaridades da sociedade digital, que é bem mais veloz que o legislador ordinário.

Apesar da regulamentação jurídica trazida pelo Marco Civil da Internet é preciso ver a efetividade da referida Lei, visto que ainda não alcançou maturidade, pois é recente sua promulgação.

A internet desenvolveu-se até seu estágio atual, dentre outros aspectos, por conta de sua natureza aberta e não discriminatória, entretanto, com a regulamentação de princípios, garantias, direitos e deveres para o seu uso no Brasil, temos uma transposição do mundo material contemplando as dogmáticas do Direito para o mundo virtual.

Assim, tem-se que a Lei 12.965/2014 é um instrumento que normatiza os parâmetros do direito virtual no Brasil, mas demanda de amadurecimento, o que será conferido através de decisões de órgãos colegiados, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários para que possa efetivamente garantir os direitos à personalidade.

Referido Diploma preceitua seu preâmbulo, *'estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil'* e foi criada com o intuito de disciplinar a atuação da União e de seus entes federativos nos casos pertinentes a essa matéria que, até então, não possuía regulamentação específica.

3.2.1 Principais Aspectos e Impactos Objetivos do Marco Civil da Internet

3.2.1.1 Neutralidade

A neutralidade da rede é tomada por um dos, senão o mais importante, pontos de um marco civil que regulamente a internet, tanto no Brasil¹⁵⁸, quanto em experiências estrangeiras¹⁵⁹. Isso porque este princípio atinge uma imensa gama de ações e comportamentos, por parte dos provedores de acesso à internet.

Em suma, a neutralidade da rede impede que os provedores discriminem o tráfego, vale dizer, o prestador de serviço que fornece a conexão ao usuário não pode retardar, acelerar (retardar das demais), bloquear, ou de qualquer forma discriminar o tipo de conteúdo que perpassa o fluxo utilizado pelo usuário. Em outras palavras, é tecnologicamente possível para o provedor da conexão identificar, seja no fluxo de recebimento, seja no fluxo de envio, que tipo de dados o usuário está transmitindo: imagem, vídeo, músicas ou e-mail, por exemplo. É mesmo possível identificar exatamente quais arquivos ou fontes estão sendo acessadas: se uma música de propriedade (intelectual) de determinada empresa fonográfica ou se determinada rede social. A partir dessa identificação, o provedor do serviço dispõe de meios tecnológicos para discriminar o conteúdo.

A título de ilustração, o provedor do serviço pode oferecer uma internet em camadas, escalonando o preço ao usuário: acesso apenas a e-mails e mídias sociais; acesso apenas à transmissão de áudio e vídeo; ou “o pacote completo da internet”. Outro exemplo é oferecer o acesso a determinado sítio eletrônico gratuitamente.

Poderá, ainda, o provedor negociar com determinada empresa velocidade privilegiada de transmissão dos dados desta, em contraste com o conteúdo de concorrentes ou outras empresas¹⁶⁰. Outra preocupação de usuários é a

¹⁵⁸No projeto de marco civil brasileiro, o relator, deputado Alessandro Molon, declarou que o princípio da neutralidade da rede é “inegociável”. Vide sítio da Câmara dos Deputados, “Relator não aceita negociar neutralidade de rede no marco civil da internet”, 07.08.13.

¹⁵⁹A relevância do tema levou a Comissão Federal de Comunicações (Federal Communication Commission – FCC) dos EUA a expedir, em 2010 a ReportandOrder (espécie de relatório e comando aos agentes regulados) ‘Open Internet’, expondo reflexões do órgão e dispondo sobre a conformidade e inconformidade da atuação de agentes regulados (empresas de telecomunicação provedoras de conexão à internet) com relação à neutralidade da rede. A ordem foi contestada na justiça americana, no caso (ainda sob judice) Verizon v. FCC. Outro provedor do serviço, a METROCPS, também ajuizou ação com o mesmo objeto em face do FCC, mas logo após desistiu da demanda.

¹⁶⁰Na ReportandOrder ‘Open Internet’, o FCC estabeleceu seis princípios que norteiam uma internet livre. Pelo documento, consumidores e inovadores têm os seguintes direitos: (i) conhecer as características de performance de sua conexão e de seu acesso à internet, além de serem informados de como a sua rede tem sido manejada; (ii) enviar e receber conteúdo legal, sem qualquer bloqueio; (iii) não serem discriminados de maneira desarrazoada; para tanto, não são aprovados arranjos contratuais entre provedores e companhias para que estas “paguem por

possibilidade, em um cenário sem neutralidade, de o provedor manipular a velocidade de determinados dados que rivalizem com serviços oferecidos pelo próprio provedor: serviços voz sobre IP (VOIP), como o *Skype*, que rivalizam com a telefonia comum; ou serviços OTT ¹⁶¹, como o *Netflix*, que rivalizam com a distribuição de áudio e vídeo convencional.

Sem um marco civil que trate da neutralidade, os cenários acima identificados não são objeto de qualquer vedação ou permissão explícitas. O princípio da neutralidade da rede é discussão que comumente contrapõe os interesses de provedores de internet e de usuários ¹⁶², motivo pelo qual é controverso também em outras jurisdições. A ausência de regulação sobre o assunto deixa usuários desprotegidos e submetidos a uma das posturas dos provedores.

3.2.1.2 Privacidade vs. guarda de registros

É incontestável que a internet pode ser veículo da prática de diversos crimes, como injúria (art. 140 do Código Penal – CP) ou estelionato (art. 171 do CP). Para permitir a persecução de tais condutas o Estado deve gozar de algum meio de identificação dos infratores que possibilite a persecução penal, caso se constate a ocorrência de algum crime no ou por meio do ambiente virtual. Instala-se então a seguinte indagação: como compatibilizar a necessidade de identificação de infratores com a privacidade dos usuários que fazem o uso não-criminoso da rede?

No formato proposto, a lei de regência, prevê que o acesso, por quaisquer

prioridade” no tráfego, em detrimento do conteúdo de outras companhias. Os demais princípios versam sobre o reconhecimento, pelo FCC, de que (i) os provedores de conexão precisam manejar suas redes para lidar com congestionamento, segurança e outros assuntos; (ii) os princípios mencionados são plenamente aplicáveis à conexão móvel (celular); (iii) o monitoramento é importante para que as regras adotadas pela agência sejam observadas.

¹⁶¹ O serviço over-the-top (OTT) é a distribuição de conteúdo de áudio e vídeo (como filmes e seriado) por meio da internet. Assim, nesse serviço, a internet é mero canal de distribuição, não fornecendo o provedor de conexão o conteúdo, que provém de outro agente econômico. Em contraste, no sistema convencional, o conteúdo e o canal são distribuídos pelo mesmo agente (fornecedor de serviço de TV a cabo, por exemplo).

¹⁶² Câmara dos Deputados – DETAQ. Sessão: 140.3.54.O, 27.05.13, 18h44min. Orador: Alessandro Molon PT-RJ: “(...) O marco civil da internet foi extremamente debatido nesta Casa, com a sociedade, na internet, e ele está pronto para ser votado. Aliás, ele já foi colocado na pauta deste Plenário quatro vezes, e foi retirado da pauta deste Plenário quatro vezes, porque, na verdade, ainda há resistência ao projeto. Ele enfrenta grandes interesses econômicos, sobretudo os interesses dos provedores de conexão, mas protege o internauta. (...) Se a neutralidade da Rede for derrubada para que, com isso, os provedores de conexão aumentem os seus lucros, vai ser prejudicada, primeiro, a liberdade de escolha do internauta, (...) segundo, a liberdade de expressão, (...) [e] terceiro, a livre concorrência.”

entes, a registros de conexão (momento de entrada e saída de um usuário da internet) e outros dados de usuários depende de provimento judicial (arts. 11, §3º e 13, §2º). Além do mais, provedores devem guardar os registros de conexão dos usuários pelo prazo de um ano.

Note-se, portanto, que, ausente um marco civil que aborde o tema, entes públicos responderão às suas necessidades de maneira descoordenada. Provedores, por não disporem de legislação que lhes confira um norte de atuação (se devem ou não adimplir com demandas das autoridades, se devem guardar registros de conexão, registros de navegação; em caso afirmativo, por quanto tempo e em que extensão) agirão em seu melhor interesse, possivelmente de maneira nociva ao usuário.

Por fim, os usuários, sem qualquer controle sobre a atuação dos primeiros, restarão à sorte que lhes for destinada. Portanto, também nesse tema um marco civil da internet é necessário para preencher lacunas como: que tipo de dados devem ser mantidos, por quem, em que extensão; a quem e em que hipótese devem ser disponibilizados. Estabelecidas tais regras, usuários estarão reflexamente protegidos em sua privacidade, sem que isso frustre o legítimo interesse do Estado de perseguir condutas socialmente indesejáveis.

3.2.1.3 Responsabilidade por conteúdo gerado por terceiros

Parcela da discussão sobre a imprescindibilidade da regulação da internet é permeada pela ausência de um regime de responsabilidade bem demarcado sobre a parcela de responsabilidade que cabe a cada ator: ao provedor do serviço de internet, às plataformas que recebem conteúdo de usuários (redes sociais, plataformas de vídeo ou bases de postagens, como o *Facebook*, *Youtube* e plataformas de *blogs*) e ao usuário. Indaga-se: quando este pratica um crime, veicula informações nocivas, ofensivas ou de qualquer forma lesiona terceiros que reclamem por banimento ou reparação, quem é responsável? Seria apenas o autor imediato, o usuário, ou há em alguma medida culpa dos demais atores envolvidos (plataformas e provedores)? Caracterizado o evento danoso, o provedor do serviço ou a plataforma sob a qual o conteúdo se encontra, tem o dever legal de retirá-lo? A mera notificação do ofendido para tanto é suficiente para tanto ou é necessário provimento judicial?

Oportuno transcrever alguns artigos de importância do Marco Civil da internet contidos no Capítulo III, Seção III, que diz respeito à responsabilidade pelos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Trata da responsabilidade do provedor de internet com relação aos conteúdos inseridos em páginas de seu domínio que possam ferir, por exemplo, a honra, a imagem e até mesmo a dignidade de outrem.

Ainda sob esse aspecto:

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário. Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o

conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Grande parte das vezes a lei surge depois que os fatos sociais e os conflitos deles decorrentes já estão inseridos no convívio interpessoal, demandando soluções perante o Poder Judiciário, pois quando o legislador se omite, não regulando situações dignas de tutela, os vazios precisam ser preenchidos pelo juiz, que não pode negar proteção nem deixar de assegurar direitos diante da ausência de lei.

A lei brasileira, privilegiando a liberdade de expressão, apontou não serem responsáveis nem o provedor do serviço, nem as plataformas, por conteúdo gerado por terceiros. Estes atores não estariam obrigados a controlar ou censurar, sequer remover tais conteúdos danosos, a não ser quando assim ordenar provimento judicial. Apenas em caso de desobediência da ordem judicial, responderiam pelos danos causados por conteúdo de terceiros.

Portanto, quanto a este tema, um marco civil é necessário para definir o regime de responsabilidade dos atores intermediários (quem responde, quando, por que), as obrigações destes atores (censurar, remover ou abster-se de alterar conteúdos supostamente danosos), e definir o nível de intromissão na expressão dos usuários.

3.2.1.4 Liberdade de expressão vs. armazenamento de dados pessoais

Os aspectos tratados acima tocam o tema da liberdade de expressão. A título de exemplo, o provedor que discrimina o conteúdo trocado (não-neutralidade) pode vetar ou retardar determinadas expressões de usuários; a completa identificação dos usuários, aliada a uma extensa vigilância e registro de sua navegação (não-privacidade) pode intimidar suas manifestações; e a

responsabilização dos provedores e plataformas por conteúdo danoso poderá levar os intermediários a barrar desproporcionalmente manifestações dos indivíduos que delas se valham. De certa forma, a regulamentação destes parâmetros impactará a dimensão do exercício da liberdade de expressão pelos usuários da rede. Importante destacar que a positivação, em um marco civil, do direito individual à liberdade de expressão não é imprescindível ao seu exercício, já que previsto constitucionalmente.

O marco civil da Internet se faz necessário, no entanto, para preencher uma parte da provisão constitucional, que, ao garantir a liberdade de expressão, veda o anonimato. Nesse sentido, questiona-se: como devem então ser os usuários identificados? Por quem, quando e em que extensão? A navegação do usuário que apenas consome informação, sem veicular conteúdo, estaria aberta ao anonimato?

O art. 5º, IV da CF: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”. Como já mencionado, não há regulação sobre o armazenamento de dados de navegação dos usuários. Assim, os usuários estão sujeitos à tomada de decisão de provedores e de plataformas de conteúdo diante da omissão legislativa.

Além do impacto que a guarda de registros de navegação tem sobre a privacidade do usuário, há outro aspecto dessa prática: a possibilidade de uso comercial. Cada vez mais agentes econômicos publicitários engajam na chamada publicidade direcional¹⁶³. Para tanto, consomem registros de navegação dos usuários destinatários da publicidade. Mesmo com o advento do marco regulatório, não há qualquer regramento no ordenamento jurídico brasileiro que trate explicitamente desta e questões conexas.

Outra faceta da retenção de dados do usuário é a manutenção, uso e eventuais cessões e alienação de seus dados pessoais, obtidos por intermédio de um cadastro. Que direitos e obrigações detentores de tais bases de dados têm perante o usuário? É possível ceder ou alienar tais dados a terceiros? O diploma normativo que tem sido aplicado pela jurisprudência brasileira em parte das controvérsias da Internet, o Código de Defesa do Consumidor, contém na seção (VI) que regula a construção de banco de dados e cadastro de consumidores.

¹⁶³ BELLON, Ricardo Bruning. **A internet precisa de um marco civil?**. 10º Concurso de Monografia 'Levy & Salomão Advogados'. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/files/temp_ls/Monografia_2_10_Concurso.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

Com efeito, a existência de um marco civil é essencial para a definição das controvérsias expostas, a positivação de direitos dos usuários, a solução de questões que impactam o exercício destes direitos e a delimitação da atuação de empresas e do Estado.

É cediço que no plano global, a opinião pública não está bem (in)formada e os Estados, por meio de seus governos, titubeiam no que diz respeito à regulação da matéria, seja em face da luta contra o terrorismo global, seja em face do desenvolvimento econômico e do interesse de grandes empresas.

Diante disso, é necessário perguntar sobre os traços mais essenciais que devem ser considerados para colocar os dados pessoais sob novas bases jurídico-normativas ou, se não, para atualizar aquelas que já existem nos ordenamentos jurídicos. O problema que se enfrenta é que vivemos uma verdadeira revolução informática, que não apenas se espalha com grande velocidade mas que se sofisticava no que diz respeito à desterritorialização e destemporalização das informações, comunicações e registro de dados¹⁶⁴.

Esse cenário mostra que não estão em jogo e em tensão apenas interesses ligados ao desenvolvimento econômico e às liberdades fundamentais. Emerge, assim, um problema geoeconômico diante dos desafios em identificar a legislação aplicável, os atores responsáveis e os graus de responsabilidades.

Novas semânticas invadem as linguagens cotidianas do vasto campo da competição internacional. A bem da verdade, a faceta dos dados faz emergir novos antagonismos culturais e políticos e a capacidade de compilar grandes massas de dados é uma realidade que avança de maneira avassaladora. Tal compilação é feita por meio do *Big data*, que nada mais é do que o tratamento algorítmico das informações que permite a coleta massificada e generalizada de dados e de metadados oriundos das nossas práticas comunicacionais virtuais cotidianas.

Não se pode negar que a capacidade de reunir grandes massas de dados reveste-se de uma importante utilidade social e econômica. É por essa razão que as questões concernentes ao *Big Data* tomam tanta importância hoje.

¹⁶⁴ SALDANHA, Jania Maria Lopes. **Qual direito para os dados pessoais em tempos de Big data?** Disponível em: <<<http://justificando.com/2015/03/16/qual-direito-para-os-dados-pessoais-em-tempos-de-big-data/>>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

Big Data é um termo utilizado para descrever o conjunto de soluções tecnológicas ou uma ciência feita a partir das megabases de dados disponíveis na internet, que analisam e dão sentido a essas informações.

Entre especialistas, há consenso de que esses dados apresentam três características principais, iniciadas pelos três 'Vs': *volume*, *velocidade* e *variedade* -- há quem já trabalhe com a ideia de mais outros três 'Vs', acrescentando *veracidade*, *variabilidade* e *valor*.¹⁶⁵

A novidade com relação ao que podia ser feito antes por qualquer banco de dados é que agora as soluções tecnológicas podem lidar também com os chamados dados não-estruturados, que antes só podiam ser compreendidos quando analisados por pessoas.

Considerados um dos grandes desenvolvimentos tecnológicos em computação do século passado, os Sistemas de Gerenciamento de Banco de Dados (SGBD), nos quais permitem que tratemos de forma eficiente milhões de contas bancárias e outros sistemas, não tem uma linguagem compatível com os dados não-estruturados.

São exemplos desses dados *Tweets*, *posts* no *Facebook*, vídeos, fotos, informações de geolocalização entre outros que só fazem sentido quando contextualizados. Hoje, esse tipo de dado representa a maior parte das informações geradas na internet.

Essas informações são geradas a partir do uso de aplicativos de celular ou *tablet*, GPS, câmeras ou interagir em canais digitais como sites, redes sociais e outros dispositivos dos mais diversos tipos, além de sensores, equipamentos médicos e outras plataformas que reúnem grandes quantidades de informação.

Os dados são armazenados em plataformas e *Data Centers*, que contam com sistemas e ferramentas para compilar resultados em questão de minutos, horas ou dias, combinando matemática, estatística e ciência da computação.

Com o cruzamento de informações, empresas e instituições buscam capturar, armazenar e analisar uma série de dados para apoiar decisões estratégicas, inovar e entender melhor o comportamento do consumidor ou de um

¹⁶⁵ Universo OnLine. **Big Data: Como a inteligência de dados vai mudar o nosso dia a dia.** Disponível em: <<<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/big-data-como-a-inteligencia-de-dados-vai-mudar-o-nosso-dia-a-dia.htm>>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

determinado público ou ainda para identificar tendências de eventos de vida e oferecer um produto com antecedência, como um casal que vai se casar e recebe uma oferta para comprar um apartamento.

O *Big Data* também pode ser usado em informações de interesse social como no jornalismo e na análise de políticas públicas pelo Governo. Com a análise de informações, o setor público pode avaliar a qualidade de seus serviços e gerar modelos de previsão. Estatísticas de boletins de ocorrência policiais, por exemplo, podem fornecer dados sobre tendências da violência urbana e ajudar na prevenção do crime.

O mercado de *Big Data* se insere na economia da informação. Segundo a consultoria Gartner, em 2012, o mercado global de *Big Data* já movimentava 70 bilhões por ano. No Brasil, a previsão é de que a área movimente cerca de US\$ 965 milhões em 2018.¹⁶⁶

No Brasil, o uso mais comum da *Big Data* é na venda de produtos, no relacionamento com o consumidor e no monitoramento de redes sociais por marcas que buscam avaliar o que está sendo falado na *web* e apontar tendências. A indústria de petróleo, em especial, também é grande criadora de dados, que vão da pesquisa sísmica inicial e monitoração eletrônica de poços até a venda de combustível na bomba dos postos de abastecimento.

Entretanto, na mesma medida em que o uso da metodologia relacionada ao *Big Data* pode, por um lado, contribuir para realizar previsões meteorológicas ou prever uma epidemia pode, por outro lado, favorecer o desenho e o controle de “perfis” dos indivíduos de forma mais precisa e rápida, permitindo às empresas a realização de “seleções prévias”, sem o “desconforto” do *vis-a-vis* e evitando o risco da acusação de práticas de etiquetamento, por exemplo. Nesse último caso, sabe-se que isso é possível porque uma proporção significativa desses dados é lançada no mundo virtual direta ou indiretamente pelas pessoas.

E para os Estados, o que o *Big Data* favorece é o incremento da sua capacidade de controle sobre os indivíduos, quanto também a definição de inúmeras políticas públicas. Os dados, nesse contexto analisado, adquirem um valor que não pode ser desprezado. O debate deve ser centrado, então, nas maneiras de

¹⁶⁶ Universo OnLine. **Big Data: Como a inteligência de dados vai mudar o nosso dia a dia.** Disponível em: <<<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/big-data-como-a-inteligencia-de-dados-vai-mudar-o-nosso-dia-a-dia.htm>>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

disciplinar juridicamente os controles públicos e privados, a fim de fazer frente à sociedade de vigilância generalizada que está em plena ascensão e que, invariavelmente, viola os direitos fundamentais.

Com isso, é preciso bem definir ou redefinir o núcleo principiológico que orienta a proteção de dados pessoais, quais sejam, o princípio da finalidade, da proporcionalidade, da segurança, o direito de cada pessoa consentir ou não com a coleta de seus dados e o de ter acesso a eles e de obter sua retificação.

O Anteprojeto da lei brasileira sobre proteção de dados¹⁶⁷, na esteira do que já ocorreu com o Marco Civil da Internet prevê no artigo 5º esse conjunto principiológico, embora se saiba, por exemplo, que para os Estados Unidos, onde estão sediadas as poderosas empresas de serviços da Internet, os princípios da finalidade e da proporcionalidade são completamente obsoletos perante o universo de abrangência do *Big Data*.

Árdua é a conquista do equilíbrio nesse domínio. De um lado há de ser deixado aos atores econômicos uma margem para autorregulação para, afinal, permitir o dinamismo do mundo virtual. Mas, de outro, há de ser assegurada a atuação do sistema de justiça para garantir o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais, domínio no qual a centralidade da vida privada é evidente.

O direito à privacidade, tal qual hoje é considerado, é parte essencial da liberdade, mas passou a enfrentar novos desafios com o advento da Internet. No caso do *Big Data*, fala-se de quantas informações sobre o usuário podem ser armazenadas sem a garantia de que serão utilizadas de maneira ética ou compartilhadas sem que o indivíduo concorde.

A Internet criou um contexto em que as questões de privacidade precisam ser repensadas. Se por um lado acessar informações públicas ficou mais fácil, a coleta de informações particulares, sem autorização dos indivíduos, também se tornou mais frequente. E para conter este segundo avanço, marcos, leis e normas precisam ser criadas para atender ao que acontece no ciberespaço.

Os Estados Unidos e países europeus possuem regras para a manutenção desses dados. No entanto, isso não impediu a Agência de Segurança Nacional, a

¹⁶⁷ Esse projeto que visa regular especificamente a proteção dos dados pessoais traz inúmeras novidades, dentre elas a diferenciação da proteção para dados considerados anônimos (aqueles por meio dos quais não é possível identificar uma pessoa) e agregados (aqueles dados que se referem a um grupo de pessoas) que, a princípio, não deveriam ter o mesmo grau de proteção daqueles dados pessoais considerados mais sensíveis.

NSA, de coletar e armazenar inúmeros dados de cidadãos norte-americanos e chefes de Estado de outros países. O caso foi revelado ao mundo pelo ex-agente Edward Snowden.

No Brasil, o acesso a dados particulares é um dos pontos que o Marco Civil da Internet regulamenta. Ficou estabelecido que a privacidade é um direito e uma condição para "o pleno exercício do direito de acesso à internet". O usuário tem direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, "sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial". Além disso, está previsto que as operadoras não podem fornecer "a terceiros seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei".

No entanto, o texto do Marco afirma que provedores de internet e sites ou aplicativos devem guardar registros de acesso de usuários - e não o conteúdo acessado - por um ano e por seis meses, respectivamente, o que ainda gera polêmica, já que para críticos, tais dados não deveriam ser mantidos.

O grande desafio do *Big Data* é armazenar com segurança essa imensidão de dados, além de proporcionar um rápido acesso aos dados quando necessário, ou seja, a tarefa é equilibrar a balança entre capacidade de armazenamento e a velocidade de geração de dados.

Contudo, as discussões sobre essa matéria, no plano global, expressam a busca não só de uma nova lógica para explicar as redes de comunicações, informações e armazenamento de dados, quanto também que estamos em busca de novos caminhos e orientações para recriar o direito. É preciso, pois, reposicionar a bússola. Quiçá muito mais do que recriá-lo, é importante ter uma visão criativa e inovadora dos direitos que já existem, como a proteção à vida privada e à liberdade de informação.

Afinal, como refere Pierre Trudel¹⁶⁸, professor da Universidade de Montreal, o "surgimento e a generalização dos tratamentos massivos de dados requerem um quadro jurídico capaz de garantir que as informações sejam tratadas de forma confiável, que os riscos sejam efetivamente identificados e eficazmente tratados".

De tal sorte, há que se perguntar qual é o papel do direito nesse campo e,

¹⁶⁸TRUDEL, Pierre. Disponível em: <<http://www.journaldemontreal.com/2015/01/03/les-megadonnees-et-leurs-enjeux-juridiques>>> Acesso em: 20 nov. 2015.

enfim, provocar uma reflexão sobre as implicações das relações humanas com o ambiente virtual.

3.2.2 Tutela Penal e o Ambiente Virtual

Na percepção penal, como inovação, recentemente no Brasil teve a aprovação da Lei 12.737/2012 que tipifica criminalmente os delitos informáticos e que entrou em vigor em abril de 2013, acrescentando artigos ao Código Penal, especificando que invadir computadores ou outros dispositivos eletrônicos conectados a internet é crime sujeito a prisão e multa.

É sabido que junto com a rapidez, facilidade de acesso à informação e a globalização proporcionada pela internet, surgiram novas formas de crimes. Para combater esta nova modalidade de crime é preciso criar normas repressoras e preventivas contra os delitos informáticos.

Para melhor compreensão sobre a necessidade de norma regulamentadora dos crimes do ciberespaço, ensina Rômulo de Andrade Moreira¹⁶⁹:

Vários países há alguns anos já procuraram viabilizar meios eficazes de repressão e prevenção dos chamados delitos de informática, que cada vez mais se diversificam, razão pela qual era necessário que se estabelecesse uma legislação pertinente e adequada, a fim de que não se maculasse a todo o tempo o princípio da legalidade ou, por outro lado, tornassem impunes condutas relevantes do ponto de vista penal.

Isto posto, é de suma importância a legislação acompanhar a evolução da sociedade, de maneira que possa criar mecanismos de combate e prevenção da neocriminalização em compasso com os direitos fundamentais e o direito penal.

Neste aspecto, o jus filósofo Luiz Luisi¹⁷⁰ entende que:

Em virtude de aporia presente no direito penal contemporâneo, a exigência de neocriminalização, imposta pelo surgimento de fatos inéditos e altamente lesivos a interesses relevantes, e cuja tutela está a exigir o rigor da sanção penal. Mas tenho acentuado que esta neocriminalização há de fazer – se de forma criteriosa, quando realmente necessária, e sem atropelar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e do seu Direito Penal.

¹⁶⁹Moreira, Rômulo de Andrade. **A nova lei sobre a tipificação de delitos informáticos: até quem fim um diploma legal necessário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n.3443, 4 dez 2012. Disponível em: <http://www.Jus.com.br/artigos/23163>. Acesso em: 15 nov. 2015.

¹⁷⁰LUISI, Luiz. **Criminalização do verde.** Consulex, Brasília, DF. Ano 2, n. 19, 1998, p. 45.

Dessa maneira, é preponderante lembrar o princípio da legalidade, que está expresso no artigo 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷¹ e no artigo 1º do Código Penal¹⁷²: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade é importante instrumento de proteção no Estado Democrático de Direito e visa garantir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

Na esfera penal, ocorre o desdobramento do princípio da legalidade em princípio da anterioridade da lei penal e princípio da reserva legal, sendo que não pode ser imposta uma pena a fato que não esteja previsto no ordenamento jurídico, exceto ser em benefício do réu e não pode existir delito que não esteja previsto em lei.

Em suma, o princípio da legalidade configura a necessidade da perfeita adequação entre a conduta e o tipo legal, o que vem sendo trilhado pelo ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei 12.737/2012.

Neste caminho, Zaffaroni¹⁷³ explica:

el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad el resultado afirmativo de esse juicio.

Evidente que a adequação da conduta humana ao tipo penal é matéria que deve ser regulada no ciberespaço em todos os ordenamentos jurídicos, como forma de prevenção, combate e repressão aos crimes da era digital e como principal forma de garantia aos direitos da personalidade.

Hoje mais do que nunca a *internet* os meios informático de comunicação são um campo fértil para a prática dos mais variados crimes e contravenções penais, e em que pese muitas das infrações penais encontrem eco na legislação penal ordinária, algumas simplesmente ficavam impunes.

¹⁷¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁷² CÓDIGO PENAL. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

¹⁷³ ZAFFARONI, Raul. **Tratado de Derecho Penal**. Vol.III, Buenos Aires: Ediar, 1981. p.172.

Foi justamente para suprir esta lacuna é que foi editada a Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, que dispôs sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e alterou o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, acrescentando neste diploma legal os artigos 154-A e 154-B. Desse modo, dado o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal, este veio regulamentar tal situação, tutelando as condutas que especialmente visavam invadir dispositivos informáticos alheios:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1o Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2o Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3o Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4o Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

§ 5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra:

I - Presidente da República, governadores e prefeitos;

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

O objeto jurídico tutelado é a liberdade individual, relacionada com a inviolabilidade dos segredos. Perceba-se que o tipo penal em comento encontra-se no Título I (dos crimes contra a pessoa), no capítulo VI (dos crimes contra a liberdade individual), na seção IV, que cuida dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.

O fundamento da tipificação penal dos crimes desse naipe encontra assento no texto fundamental da Carta de 1988 (artigo 5º, inciso X), a saber, a honra e a vida privada.

A Constituição Federal resguarda a toda a pessoa o direito de manter em segredo os fatos relacionados com sua vida privada, com sua intimidade, os segredos pessoais inerentes a qualquer pessoa, seja ela uma pessoa pública ou não.

De fato, um segredo inerente a alguém, quando divulgado ou revelado sem justa causa, tem o condão de acarretar sérios danos às pessoas em geral.

Pois bem. A Lei 12.737/2012 veio à lume justamente com o intuito de tutelar (preservar) aquelas informações sigilosas que se encontram hospedadas em dispositivos informáticos.

Visto o objeto jurídico, passa-se a analisar então o objeto material. É o dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores. Pode-se dividir os dispositivos informáticos em basicamente quatro grupos:

a) Dispositivos informáticos de processamento: são aqueles responsáveis pela análise de dados, com o fornecimento de informações, visando a compreensão de uma informação do dispositivo de entrada para envio aos dispositivos de saída ou de armazenamento. Pode-se citar como exemplos as placas mãe, de vídeo, os processadores de computadores e os *smartphones*.

b) Dispositivos de entrada: estão relacionados com a captação de dados escritos, orais ou visuais, tais como os teclados, microfones e webcam;

c) Dispositivos de saída: fornecem uma interface destinada ao conhecimento ou captação, para outros dispositivos, da informação escrita, oral ou visual produzida no processamento. Incluem as impressoras e os monitores;

d) E os dispositivos de armazenamento. São todos aqueles dispositivos ligados à guarda de dados ou informações para posterior análise. Englobam os *pendrives*, *HDs* e *CDs*.

Só haverá o crime, portanto, quando a conduta incidir em um dos supramencionados dispositivos informáticos alheio, sendo, assim, atípica a conduta do sujeito que devassa dispositivo informático próprio, ainda que não esteja sob sua posse ou guarda.

Ademais, é irrelevante se o dispositivo informático alheio encontra-se ou não conectado à rede de computadores, sendo desnecessária sua interligação com outro dispositivo informático, possibilitando o compartilhamento de dados ou informações.

O verbo nuclear do tipo é invadir, no sentido de devassar dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores. A devassa se

concretiza mediante a violação indevida, ou seja, sem justa causa, de mecanismo de segurança. Trata-se de elemento normativo do tipo, que deve ser analisado no caso concreto.

Mecanismo de segurança é qualquer ferramenta utilizada para proteger o dispositivo informático de ameaças. Exemplos: programas de antivírus, firewall e senhas. Interessante é que se o dispositivo informático for desprovido de qualquer mecanismo de segurança, eventual invasão será fato atípico, por falta essa elementar do tipo penal.

a) Sujeito ativo: como se trata de crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa.

b) Sujeito passivo: qualquer pessoa física ou jurídica. Contudo, se o crime for praticado contra as pessoas elencadas no §5º do artigo 154-A, a pena será exasperada de um terço à metade.

c) Elemento subjetivo: é o dolo, com um especial fim de agir, a saber, “com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Dessa maneira, não haverá crime se o agente simplesmente invadir o computador alheio, sem nenhuma finalidade específica. Por fim, o crime em comento não admite a forma culposa.

d) Consumação: se dá com o simples ato de invadir o dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, com a finalidade de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. A obtenção da vantagem da ilícita é mero exaurimento, não constituindo, portanto, elemento indispensável para a consumação do crime.

O delito pode ser instantâneo ou permanente, tudo a depender de como se dá a devassa no caso concreto, eis que a violação do dispositivo pode se ocorrer de uma única vez ou durante relevante período.

A tentativa é possível, tudo a verificar o modo ou meio de execução do crime. Como se trata de crime de menor potencial ofensivo, o crime em tela segue o procedimento da Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais Criminais, admitindo transação penal e suspensão condicional do processo.

A competência é, via de regra, da Justiça Estadual, sendo irrelevante se o crime foi cometido ou não pela rede mundial de computadores.

A nova lei também criou figuras equiparadas, previstas no §1º, do artigo 154-A. Trata-se do agente que contribuiu por meio de produção, oferecimento, distribuição ou difusão de programa de computador para que um terceiro venha a devassar dispositivo informático alheio. Encaixam-se nesse conceito, por exemplo, os vendedores de *softwares* invasores.

Como no tipo principal, aqui também se exige o elemento subjetivo específico: com o intuito de permitir a prática da conduta descrita no tipo básico.

O parágrafo 2º do artigo 154-A tratou de prever causa de aumento de pena, nos casos em que houver prejuízo econômico para a vítima.

O parágrafo 3º cuida de figura qualificada, nos casos em que a invasão do dispositivo informático alheio resultar na obtenção de conteúdo comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas ou controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

O parágrafo 3º é qualificadora subsidiária, vez que somente será aplicada se a conduta não constituir crime mais grave.

A lei criou uma causa de aumento de pena referente à conduta descrita no parágrafo 3º. De fato, em caso de exaurimento dessa conduta, o parágrafo 4º estipular um aumento de pena da ordem de um a dois terços.

Por fim, se o crime for cometido contra o Presidente da República, governadores, prefeitos, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal, bem como contra dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou distrital, a pena será aumentada de um terço à metade (parágrafo 5º).

No que tange à ação penal, em regra será pública condicionada à representação. Será incondicionada, excepcionalmente, quando o delito envolver a Administração Pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contras empresas concessionárias de serviços públicos.

3.3 A CIDADANIA NA SOCIEDADE EM REDE E OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE EFETIVAÇÃO

A cidadania, como forma de garantia de direitos aos indivíduos pertencentes a determinado Estado, compõe a estrutura do que é chamado Estado Democrático de Direito. A nova visão de cidadania é influenciada pelo fenômeno da globalização.

Dessa forma, nota-se, nessa concepção, uma semelhança evidente entre o Estado Democrático e os próprios ideais da Internet, que surgiu como verdadeiro sustentáculo dos direitos de liberdade da personalidade e da privacidade, usufruídos em um ambiente que ultrapassaria as limitações físicas e políticas dos Estados nacionais.

Essa nova ordem global nasce de uma nova visão de cidadania que deve ser concretizada, com o objetivo de construir e complementar uma cidadania que atenda aos anseios e às necessidades da sociedade atual.

A construção dessa moderna cidadania é um retrato dos anseios do homem nas mutações sociais, do surgimento de necessidades e de novos direitos que se revelam na constante busca pela dignidade da pessoa humana, do efetivo exercício dos direitos humanos e das garantias fundamentais e do pleno exercício da cidadania como novo paradigma de tutela aos direitos dos cidadãos, bem como a sua efetividade no direito de acesso à justiça.¹⁷⁴

Diante da vanguarda do tema e não obstante as influências já sentidas pela sociedade, advindas com a incorporação das novas tecnologias da informação e da comunicação em redes, vale destacar Manuel Castells¹⁷⁵, que traça um panorama sobre o assunto:

Nos primeiros anos do século XXI, a sociedade em rede não é a sociedade emergente da Era da Informação: ela já configura o núcleo das nossas sociedades. De facto, nós temos já um considerável corpo de conhecimentos recolhidos na última década por investigadores académicos, por todo o mundo, sobre as dimensões fundamentais da sociedade em rede, incluindo estudos que demonstram a existência de factores comuns do seu núcleo que atravessam culturas, assim como diferenças culturais e institucionais da sociedade em rede, em vários contextos. É pena que os media, os políticos, os actores sociais, os líderes económicos e os decisores continuem a falar de sociedade de informação ou sociedade em rede, ou seja o que for que queiram chamar-lhe, em termos de futurologia

¹⁷⁴ FOLLONE, Renata Aparecida; RODRIGUES, Rúbia Spirandelli. A nova visão de cidadania e sua efetividade no acesso à justiça. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (org). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. São Paulo: Birigui, 2015.p-383.

¹⁷⁵ CASTELLS, Manuel. **Compreender a Transformação Social**. p.17/20. Artigo escrito para Conferência de 4 e 5 de Março de 2005, em Portugal-Lisboa, sobre o título Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política, em Conferência promovida pela Presidente da República Portuguesa, Jorge Sampaio, organizado por Manuel Castells e Gustavo Cardoso. Disponível em:<<<http://www.cies.iscte.pt>>>. Acesso em: 3 set. 2015.

ou jornalismo desinformado, como se essas transformações estivessem ainda no futuro, e como se a tecnologia fosse uma força independente que deva ser ou denunciada ou adorada. Os intelectuais tradicionais, cada vez mais incapazes de compreender o mundo em que vivem, e aqueles que estão minados no seu papel público, são particularmente críticos à chegada de um novo ambiente tecnológico, sem na verdade conhecerem muito sobre os processos acerca dos quais elaboram discursos. No seu ponto de vista, as novas tecnologias destroem empregos, a Internet isola, nós sofremos de excesso de informação, a info-exclusão aumenta a exclusão social, o Big Brother aumenta a sua vigilância graças a tecnologias digitais mais potentes, o desenvolvimento tecnológico é controlado pelos militares, o tempo das nossas vidas é persistentemente acelerado pela tecnologia, a biotecnologia leva à clonagem humana e aos maiores desastres ambientais, os países do Terceiro Mundo não precisam de tecnologia mas da satisfação das suas necessidades humanas, as crianças são cada vez mais ignorantes porque estão sempre a conversar e a trocar mensagens em vez de lerem livros, ninguém sabe quem é quem na Internet, a eficiência no trabalho é sustentada em tecnologia que não depende da experiência humana, o crime e a violência, e até o terrorismo, usam a Internet como um médium privilegiado, e nós estamos rapidamente a perder a magia do toque humano. Estamos alienados pela tecnologia.

Dessa forma, pode-se afirmar que a sociedade em rede está direta e intimamente relacionada com o processo histórico conhecido por “globalização”, com a formação de uma rede de redes globais que ligam seletivamente, em todo o universo terráceo, englobando todas as dimensões funcionais da sociedade. Complemente, ainda, o mesmo autor:

[...] Existe de facto um grande hiato entre conhecimento e consciência pública, mediada pelo sistema de comunicação e pelo processamento de informação dentro das nossas «molduras» mentais.

A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes. A rede é a estrutura formal (vide Monge e Contractor, 2004).

[...] As redes são estruturas abertas que evoluem acrescentando ou removendo nós de acordo com as mudanças necessárias dos programas que conseguem atingir os objectivos de performance para a rede [...]

O que a sociedade em rede é actualmente não pode ser decidido fora da observação empírica da organização social e das práticas que dão corpo à lógica da rede.”¹⁷⁶

Destarte, a convergência de fatores sociais, políticos e econômicos que, conjugados com as novas tecnologias da comunicação, permitiu a transição da sociedade pós-industrial para a atual sociedade em rede.

¹⁷⁶CASTELLS, Manuel. **Compreender a Transformação Social**. p.17/20

Em prosseguimento, a utilização sempre mais ampla de dados pessoais para as mais variadas atividades – identificação, classificação, autorização e tantas outras – torna tais dados elementos essenciais para que a pessoa possa se mover com autonomia e liberdade no que hoje costuma-se denominar de sociedade da informação. O tratamento de dados pessoais, em especial por processos automatizados, é, no entanto, uma atividade de risco. Risco que se concretiza na possibilidade de exposição e utilização indevida ou mesmo abusiva de dados pessoais; na eventualidade destes dados não serem corretos e representarem erroneamente seu titular; em sua utilização por terceiros sem o conhecimento de seu titular, somente para citar algumas hipóteses reais.

Por tal razão, há necessidade de criação de mecanismos que proporcionem à pessoa efetivo conhecimento e controle sobre seus próprios dados, dados estes que são expressão direta de sua própria personalidade. Por assim ser, a proteção de dados pessoais é tida em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e é considerada como um direito fundamental.¹⁷⁷

Como já salientado, a proteção de dados pessoais é uma maneira indireta de atingir um objetivo principal, que é a proteção da pessoa. Ao estabelecer um regime de obrigações para os responsáveis pelo tratamento de dados, bem como de direitos para os titulares destes, não se está meramente regulando um objeto externo à pessoa, mas uma representação da própria pessoa. Os dados pessoais, por definição, representam algum atributo de uma pessoa identificada ou identificável e, portanto, mantém uma ligação concreta e viva com a pessoa titular destes dados. Os dados pessoais são a própria pessoa e, portanto, como tal devem ser tratados, justificando o recurso ao instrumental jurídico destinado à tutela da pessoa e afastando a utilização de um regime de livre apropriação e disposição contratual destes dados que não leve em conta seu caráter personalíssimo.

Também destas suas características específicas deriva a consideração que, hoje, diversos ordenamentos jurídicos realizam, de que a proteção de dados

¹⁷⁷BRASIL. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia / Escola Nacional de Defesa do Consumidor**; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/copy_of_anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

pessoais é um direito fundamental - uma verdadeira chave para efetivar a liberdade da pessoa nos meandros da sociedade da informação.

No ordenamento brasileiro, o reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental não deriva de uma dicção explícita e literal, porém da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada.

É possível identificar, no arcabouço normativo, que as expressões mais fortes relacionadas à proteção de dados encontram-se nas garantias constitucionais - em particular as garantias relacionadas à intimidade, à vida privada e à ação de Habeas Data - e na proteção às informações do consumidor nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

O *habeas data* tal com posto na Lei Maior constitui a garantia de acesso e de retificações de informações pessoais arquivadas pelos órgãos governamentais ou pelas entidades de caráter público.

A Constituição brasileira contempla o problema da informação inicialmente através das garantias à liberdade de expressão¹⁷⁸ e do direito à informação¹⁷⁹, que deverão eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade. Além do mais, a Constituição considera invioláveis a vida privada e a intimidade (art. 5º, X), veja-se especificamente a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), bem como instituiu a ação de *habeas data* (art. 5º, LXXII), que basicamente estabelece uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais.

Na legislação infraconstitucional, destaca-se o Código de Defesa do Consumidor, cujo artigo 43, estabelece uma série de direitos e garantias para o consumidor em relação às suas informações pessoais presentes em “bancos de dados e cadastros”, implementando uma sistemática baseada nos *Fair Information Principles*¹⁸⁰ à matéria de concessão de crédito e possibilitando que parte

¹⁷⁸ Constituição brasileira, art. 5º, IX; art. 220.

¹⁷⁹ Constituição brasileira, art. 5º, XIV; art. 220; incluindo o direito ao recebimento de informações de interesse coletivo ou particular dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII), bem como o direito à obtenção de certidões de repartições públicas (art. 5º, XXXIV).

¹⁸⁰ Cf. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Painel: retratos do Judiciário – sob os olhares do grande irmão, a proteção da intimidade. Disponível em:

da doutrina verifique neste texto legal o marco normativo dos princípios de proteção de dados pessoais no direito brasileiro.

Assim, o que se percebe com a narrativa acima é que o direito processual clássico existe para harmonizar os conflitos entre os indivíduos, todavia seu procedimento, princípios e instituto não levam em conta à diversidade de indivíduos em um dos polos da ação que possa envolver várias pessoas que tiveram seu direito a personalidade violada.

Em um mundo globalizado, onde vivemos diariamente a instauração de novos conflitos, e conflitos estes que atingem um grande número de pessoas, é preciso deixar o clássico direito processual de lado, e trabalhar com o Direito Coletivo, direito este que trás melhor proteção as novas problemáticas do interesse de massa de uma comunidade, que significa uma nova visão de cidadania a ser concretizada.

É preciso pensar que os consumidores finais da internet são muitas pessoas, e não apenas uma pessoa individual. Com o advento da internet (banco de dados que se conhece, franqueado ao maior número de pessoas e com a maior rapidez de acesso), as informações têm trânsito livre e, em instantes, a intimidade, a honra, a imagem a vida privada de um grupo de pessoas podem estar irremediavelmente violadas. Quando nos referimos ao marco civil da internet é uma garantia do direito da internet em todo o mundo devido á sua construção coletiva e por ser medida de participação de todos os cidadãos, o que vem de encontro com a nova visão de cidadania.

Esse pensamento nos remete a ideia de que a tutela coletiva é uma realidade social e não jurídica, é se tornou inevitável para solução de conflitos de

<<https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v8n15n16/Painel_Retratos_do_Judiciario.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015. [...] em 1970, o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar do governo norte-americano elaborou um documento em que estavam presentes alguns princípios para tratamento de dados pessoais. Esses princípios estão na base de várias normas nacionais e internacionais sobre o tema. Esses princípios, *fair information principles*, são a coluna dorsal de praticamente toda a lei ocidental sobre proteção de dados e se encontram visíveis, por exemplo, até no nosso Código de Defesa do Consumidor ou, de certa forma, na ação de *habeas data*. Esses princípios estão presentes nas normas mais influentes sobre a matéria, na Convenção de Estrasburgo; na Convenção nº 108 do Conselho da Europa, de 1980, sobre processamento automatizado de informação pessoal; estão presentes nas Linhas-Guias da OCDE, do mesmo ano; estão presentes na norma que unifica as normativas europeias sobre proteção de dados, que é a Diretiva nº 9.546/1995, uma norma posterior, mas que vai reciclando esses mesmos princípios. Esses princípios serviram para formar as bases do que, posso afirmar, seja um modelo europeu de proteção de dados.

massa. Essa nova realidade impôs a criação de novos mecanismos de proteção tanto no plano do direito material, como no processual, uma vez que o direito deve se adaptar a nova realidade.

No atual Estado democrático de direito, deve-se pleitear o cumprimento a proteção dos direitos garantidos ao cidadão, como o direito fundamental do direito da personalidade em ações que permitam que estes tenham efetividade da atividade jurisdicional.

Dessa forma não há como falar-se em cidadania no cenário virtual em que são lesadas a intimidade e a privacidade do indivíduo, bens maiores que estão contidos na dignidade humana, sendo necessário o uso dos instrumentos processuais para efetivação desse novo direito na sociedade digital.

4 A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Como visto, os direitos de personalidade se caracterizam por dizerem respeito à pessoa humana e ao resguardo de seus valores. Ao contrário de outros bens jurídicos, em regra transmissíveis, os direitos da personalidade não se desprendem do seu titular, pois, sem eles, haveria um verdadeiro esvaziamento da personalidade e da dignidade humana.

Os direitos da personalidade, portanto, trazem consigo a noção de preenchimento da existência dos seres humanos, sendo, como tal, atributos próprios do indivíduo, não são passíveis de renúncia. Entretanto, a necessidade de se tutelar os direitos da personalidade é tal que eles geram até mesmo reflexos *post mortem*, conforme se destacará oportunamente.

As características inerentes aos direitos de personalidade revelam um regime singular, a demandar, pela importância dos bens jurídicos em questão, a consagração de meios de tutela marcados por uma amplitude tal que não permita tornar a pessoa humana vulnerável em sua própria existência e personalidade jurídica.¹⁸¹ Diante da relevância desta categoria de direitos, sua proteção deve

¹⁸¹ GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. **A defesa especial dos direitos de personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 13, n. 1, p. 179-208, jan./jun. 2013.

corresponder um sistema legal de proteção de modo a garantir às pessoas naturais a mais extensa e efetiva salvaguarda dos seus atributos mais essenciais.

Os historiadores afirmam que os primeiros articulistas a tratarem do direito a vida privada foram Warren y Louis Brandeis (The Right to Privacy publicado em Harvard Law Review em 1890) que pretenderam solucionar um problema concreto consistente de analisar se o sistema common Law poderia dar respostas efetivas e concretas frente as intromissões à vida privada por parte dos órgãos de imprensa escrita e em face do uso de fotografias instantâneas publicadas.

Por tal razão é que se construiu um embasamento teórico fundado na tutela da propriedade privada, dignidade humana e inviolabilidade da personalidade, como forma de se justificar um sistema protetivo e o exercício de determinado controle sobre a vida privada, a ponto de garantir o direito de se decidir o que comunicar aos outros acerca dos seus pensamentos, sentimentos e emoções e em que nível.¹⁸²

Com tratamento e proteção constitucional e infra constitucional, situa-se o direito a vida privada, dentre os direitos da personalidade, como previsto no Art. 5º, inciso X da Constituição Federal Brasileira. Do ponto de vista internacional, Omo salientado alhures, tanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 e demais ordenamentos da Comunidade Europeia como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, a proteção da vida privada faz parte de um conjunto de direitos essenciais para o ser humano, sendo a base para a conservação e a concretitude do principio da dignidade humana.

Conjuntamente, no âmbito da teoria dos círculos concêntricos relacionada à construção de critérios lógicos e objetivos para a valoração da privacidade (criada por Heinrich Hubman em 1953 e explicitada por Heinrich Henkel em 1957), onde na esfera maior se coloca a vida privada do cidadão, seguida pela esfera do meio – situando a intimidade e confidencia – e, no centro, a esfera do segredo. Ou seja, a esfera da vida privada do individuo refere-se ao conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre as quais o interessado pretende manter controle exclusivo.¹⁸³

¹⁸²SIMÃO FILHO, Adalberto. SCHWARTZ, Germano André D. “Big data” big problema! Paradoxo entre o direito à privacidade e o crescimento sustentável. **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid**; Organizadores: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Germano André Doederlein Schwartz – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

¹⁸³SIMÃO FILHO, Adalberto. SCHWARTZ, Germano André D. “Big data” big problema! Paradoxo entre o direito à privacidade e o crescimento sustentável. **III Encontro de Internacionalização do**

Observa-se, com efeito, que na esfera de vida privada há algum interesse público relacionado a certas circunstâncias daquele cidadão, que são relevantes para a comunidade. Tem-se um acesso público especial e restritivo, todavia, plausível em face de interesses públicos. Na esfera da intimidade, protegem-se relações íntimas, porém não secretas, como o sigilo profissional, domiciliar e telefônico, gerando a necessidade de uma proteção mais ativa e afastando o livre acesso a certas informações. Já na esfera central e mais profunda, a proteção relaciona-se com segredos e opções sexuais, políticas, religiosas.

Essa situação, aliada a fragilidade da vinculação de usuário a determinados IP (internet protocol), fato que só enseja a identificação se o prestador de acesso de serviços em internet disponibilizar a informação, faz com que inúmeros dados que se referem à intimidade de alguém e que podem ser considerados pessoais, resultem fora do alcance protetivo.

Diante disso, a necessidade de um sistema protetivo dos dados pessoais na Internet é latente, e deve ser efetivo, mormente se considerar o bem da vida que eventualmente pode ser maculado nesse universo, pelo que se passa a abordar os mecanismos existentes no ordenamento jurídico, bem como o entendimento das cortes brasileiras sobre o tema a respeito da tutela desses direitos.

4.1 MECANISMOS DE TUTELA NO ÂMBITO PROCESSUAL CIVIL

No aspecto material, o Código Civil vigente pode-se vislumbrar a sistematização dos direitos da personalidade, na seguinte ordem: em primeiro lugar, a previsão genérica, segundo a qual os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo que, via de regra, são vedadas as limitações voluntárias ao exercício de tais direitos, exceto quando a própria lei autorizar expressamente; em seguida, consagrou-se a previsão de diversos meios de tutela dos direitos da personalidade, com o objetivo de tornar eficaz e integral a sua proteção; por fim, enunciou-se um rol meramente exemplificativo destes direitos, abrangendo expressamente a integridade física e o próprio corpo, o nome, a imagem e a privacidade.

Em relação aos meios de tutela, a abrangência dos direitos da personalidade projeta a sua proteção de modo a ultrapassar o universo da responsabilidade civil decorrente da prática do ato ilícito que os viola. O art. 12 do Código Civil prevê a possibilidade de se exigir a cessação da lesão ou da mera ameaça de lesão a direito da personalidade, sem prejuízo de outras medidas, que, além da indenização cabível, podem surgir mediante retratação, direito de resposta ou outra medida que confira ao indivíduo o resguardo efetivo daquele direito. Para além dos instrumentos de tutela resguardados pela legislação civil, surgem outros, de caráter processual, constitucional, eleitoral e penal, aos quais se fará referência.

Conforme já mencionada a previsão contida no art. 12 do Código Civil, há três linhas de tutela dos direitos da personalidade bem delimitadas e perfeitamente cumuláveis, a saber¹⁸⁴: a) a *tutela inibitória*, de caráter preventivo, que tem por finalidade evitar que ameaças venham a se tornar ofensas; b) a *atenuação dos danos*, meio que busca mitigar, quando possível, os efeitos da afronta já ao menos parcialmente consumada; c) a *responsabilidade civil*, medida de natureza repressiva que impõe a reparação pecuniária de todos os danos causados à pessoa que sofrer violações em seus direitos da personalidade. Além disso, apesar de não haver previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio sobre a matéria, é possível constatar, na seara dos direitos da personalidade, a prerrogativa de o ofendido defender-se pela via da autotutela, instrumento este que lhe facultará agir de imediato, e mediante o uso das próprias forças, para evitar a consumação de uma violação. Em verdade, não se trata de um quarto gênero de defesa, mas de um modo de exercício da tutela, sem especial a inibitória, em que o agente se valerá dos próprios meios para prevenir danos sobre seus bens da personalidade.

Antes de adentrar à tutela específica dos direitos de personalidades, mister trazer, ainda que de forma sucinta, um panorama geral a respeito da novel previsão no ordenamento processual brasileiro no tocante às tutelas antecipadas e cautelares, que sofreram significativa e substancial mudanças.

O Código de Processo Civil de 2015 reformulou o sistema de tutela judicial fundada em cognição sumária. Unificou-se em um mesmo regime geral, sob o nome de “tutela provisória”, a tutela antecipada e a tutela cautelar, que se submetiam a disciplinas formalmente distintas no Código de 1973.

¹⁸⁴VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 127.

A tutela provisória poderá fundar-se em “urgência” ou “evidência” (art. 294, caput). A distinção já existia no diploma de 1973, embora não estivesse explicitada (CPC/73, art. 273, I, e art. 796 e ss. versus art. 273, II e § 6º).

A primeira, de urgência, será concedida quando forem demonstrados elementos que indiquem a probabilidade do direito, bem como o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional (art. 300). Já a tutela da evidência, por sua vez, dispensa a demonstração de *periculum in mora* quando: (i) ficar caracterizado abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; (ii) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas mediante prova documental e houver tese firmada em demandas repetitivas ou em súmula vinculante; (iii) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito; ou (iv) a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311).

A tutela urgente é subdividida em “cautelar” e “antecipada”, com ambas podendo ser concedidas em caráter antecedente ou incidental (art. 294, par. ún.).

Embora se mantenha a distinção conceitual entre ambas, confere-se-lhes o mesmo tratamento jurídico. Aplica-se, portanto, a ambas o mesmo regime quanto a pressupostos e via processual de pleito e concessão. A unificação de regime é vista de forma positiva, seja sob o aspecto do rigor científico, seja pelas vantagens práticas.

Oportuno trazer à maneira como se concretizam as linhas de tutela assinaladas.

4.1.1 Tutela Inibitória

Convém, inicialmente, deixar claro o conceito de tutela, tratado algumas vezes na doutrina pátria sem o necessário rigor científico. Por óbvio que não se esmiuçar o conteúdo de tal conceito. Aqui, interessa o aspecto teleológico deste termo, este sim tratado de maneira assistemática.

Nesse campo, é bastante presente a discussão em torno de se saber se a tutela está voltada para a proteção de direitos ou para a proteção de pessoas.

A partir da segunda metade do Século XIX, abandonou-se a idéia de que o processo estaria vocacionado apenas para a tutela dos direitos do autor, como

projeção da teoria imanentista, passando-se a entender que o processo é um instrumento do Estado para o exercício de uma de suas mais nobres funções: a prestação do serviço jurisdicional.¹⁸⁵

A tutela jurisdicional, no entender de Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁶,

É o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. Tutela é ajuda, proteção. É jurisdicional a proteção outorgada mediante o exercício da jurisdição, para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava.

Desta feita, pode-se considerar a tutela como proteção ou amparo, e quando essa situação ocorre em juízo, tem-se a tutela jurisdicional, prestada pelos juízes através da jurisdição.

Como se pode imaginar, referida tutela, não é prestada tendo em vista os direitos, vale dizer, os direitos não são objeto da tutela estatal. É mais adequado afirmar que é o próprio homem, titular desses direitos, que faz jus à tutela estatal.

Com base nessa premissa, a tutela prestada ao homem tem, como medida, os valores vigentes na sociedade, ao tempo em que se faz necessária, mas não se confunde com jurisdição, tratando-se, isto sim, do resultado do processo em que essa função jurisdicional é exercida.¹⁸⁷

Nesse passo, a tutela inibitória caracteriza-se por ser um mecanismo de proteção de direitos, genuinamente, preventivo, o que o torna um importante meio de se proteger direitos, antes mesmo de operado o ilícito.

Nesta esteira, Marinoni¹⁸⁸, adverte a primazia da tutela inibitória:

¹⁸⁵ Ensina Cândido Rangel Dinamarco, "O que determinou o banimento da tutela de direitos do sistema e da linguagem do processualista foi a óbvia descoberta de que o processo não é um modo de exercício de direitos pelo autor, mas instrumento do Estado para exercício de uma função sua, a jurisdição. Foram essas conquistas de inserção no campo do direito público que conduziram ao radical repúdio voltado à tutela de direitos como escopo do processo." (Tutela jurisdicional, **Revista de Processo**, 1996, p. 54).

¹⁸⁶ Op. cit., p. 61.

¹⁸⁷ "A tutela jurisdicional, assim enquadrada no sistema de proteção aos valores do homem, não se confunde com o próprio *serviço* realizado pelos juízes no exercício da função jurisdicional. A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas." (DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional, **Revista de Processo**, 1996, p. 63.

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 38.

A tutela inibitória é uma tutela específica, pois objetiva conservar a integridade do direito, assumindo importância não apenas porque alguns direitos não podem ser reparados e outros não podem ser adequadamente tutelados através da técnica ressarcitória, mas também porque é melhor prevenir do que ressarcir, o que equivale a dizer que no confronto entre a tutela preventiva e a tutela ressarcitória deve-se dar preferência à primeira.

É, portanto, instrumento importante na proteção de direitos fundamentais e da dignidade humana, na medida em que evita que estes sejam violados, como também, serve para revigorar institutos do processo civil, concatenando este com o novo modelo social.

A base constitucional da tutela inibitória se encontra no art. 5º, inciso XXXV, o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, além de ingressar o princípio basilar do Estado Democrático de Direito que se consubstancia na garantia de acesso à justiça.

Dessa forma, o reconhecimento da tutela inibitória está intrinsecamente ligado a proteção efetiva dos direitos extrapatrimoniais e ao fundamento do Estado Democrático de Direito, o qual garante o efetivo acesso à justiça.

A doutrina é praticamente uníssona quanto ao pressuposto base da tutela inibitória, sendo esta a ameaça a direito material, perpetrada por ato contrário ao direito, ameaça que deve ser concreta e não apenas conjecturas pautadas no medo da suposto vítima (autor).

Denota-se, portanto, que a tutela inibitória visa impedir não o dano, mas sim o ato contrário ao direito, até porque o dano não é pressuposto de uma ação preventiva, pois ele somente ocorre em momento posterior, já que não é certa sua real ocorrência.

Vale salientar que o dano não é requisito do ilícito, este pode ocorrer sem a consequência danosa, assim, de igual modo também há uma ação que prescindem da configuração de dano. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni¹⁸⁹:

A distinção entre ilícito e dano abriu as portas para a doutrina esclarecer que a tutela preventiva objetiva impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. A diferenciação entre ilícito e dano não só evidencia que a tutela ressarcitória não é a única tutela contra o ilícito, como também permite a configuração de uma tutela genuinamente preventiva, que nada

¹⁸⁹MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 47.

tem a ver com a probabilidade do dano, mas apenas com a probabilidade do ato contrário ao direito (ilícito).

Assim, entende-se que tutela preventiva não se preocupa com os danos, pois este seria típico de uma tutela ressarcitória ou indenizatória. Portanto, a alegação de dano na tutela preventiva serve apenas de argumentação, já que ele pode, ou não, existir.

Primeiramente, a lei faculta o exercício da denominada tutela inibitória, de natureza preventiva. Trata-se o instrumento da única via de tutela que pode impedir a produção de danos, pois é dirigido a conter a mera ameaça de violação aos direitos da personalidade.

Admitir uma atuação preventiva do titular desses direitos, de modo a impedir toda e qualquer ameaça de violação contra eles dirigida. Importante salientar que tal instrumento se justifica na própria natureza não patrimonial de tais direitos, o que dificulta, ou até inviabiliza, em determinadas situações, a reparação integral dos danos, uma vez já provocados.¹⁹⁰ A título de exemplo, a hipótese de um indivíduo vir a sofrer graves atentados contra a sua integridade física, que lhe causem mutilações irreversíveis, ou até mesmo a divulgação indevida e não consentida de imagens ou relatos de fatos da sua vida privada. Nesses casos, há que se convir que não há meio de tutela suficientemente eficaz para fazer cessar, ou até mesmo reparar, os efeitos do dano ocasionado.

Para que o titular possa se opor contra outrem a proteção prévia dos seus direitos da personalidade, inclusive mediante o ajuizamento de ação destinada a isto, é fundamental que o ato de ameaça àqueles direitos seja ilícito e que seja fundado o receio do seu titular, em virtude da gravidade do mal cominado.¹⁹¹

De certo, é de se exigir que o temor de um indivíduo de que seus direitos da personalidade possam vir eventualmente ser violados seja justificado, ou seja, que as circunstâncias do caso concreto indiquem a iminência de uma possível conduta que venha atentar contra a personalidade de alguém. Além disso, vale salientar que o instrumento inibitório ora em estudo terá lugar somente quando a conduta desabonadora da personalidade de alguém for ilícita.

¹⁹⁰ FONSECA, Tiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano. 66, n. 1, jan. 2006, p. 256.

¹⁹¹ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 475.

Assim, todo aquele que ameace ilegitimamente os direitos da personalidade de terceiros pode ficar sujeito ao cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, sendo estas as mais comuns. Nessa senda, Tiago Soares da Fonseca¹⁹² indica diversas hipóteses em que a tutela inibitória acarretará a imposição de condutas proibitivas, que implicam um dever de abstenção, como a proibição de divulgação e utilização de imagens não autorizadas ou de cartas missivas; a proibição de acesso ou de registros de informações que versem sobre a vida privada de alguém; a vedação da publicação de livros, filmes e outros instrumentos de criação intelectual; a proibição de utilização de aparelhos que provoquem cheiros ou ruídos excessivos; e a proibição de uso, numa obra fictícia, do nome idêntico ao de um indivíduo, de modo a provocar confusão entre ele e o personagem, ou até mesmo da utilização ilícita de um nome, total ou parcialmente idêntico ao de alguém.

Indica, ainda o autor¹⁹³, as condutas impositivas, autênticas obrigações de fazer, como o dever a que se sujeita o proprietário ou possuidor de reparar ou conservar um imóvel que possa ruir total ou parcialmente, causando danos à integridade física de outrem, ou a imposição ao dono de animais ou de coisas perigosas de adotar medidas de cautela para evitar danos a terceiros, seja ao construir um abrigo adequado aos semoventes ou ao edificar um depósito adequado para estocar materiais tóxicos que porventura se encontrassem a céu aberto.

Oportuno salientar, a propósito, que determinadas medidas de caráter preventivo se encontram abrigadas em disposições esparsas, contidas no Código Civil brasileiro. Em seu art. 1.277, ao regular o direito de vizinhança, por exemplo, faculta ao proprietário ou o possuidor de um prédio o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Logo a seguir, nos arts. 1.280 e 1.281 do mesmo diploma estabelecem que “o proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente” e que “o proprietário ou o possuidor de um prédio, em que alguém tenha direito de fazer obras, pode, no caso de dano iminente, exigir do

¹⁹²FONSECA, Tiago Soares da. **Op. cit.**, p. 256.

¹⁹³FONSECA, Tiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano. 66, n. 1, jan. 2006, p. 257.

autor delas as necessárias garantias contra o prejuízo eventual”, refletindo anatureza inibitória de todas estas medidas.

Diversa não é a perspectiva quando se trata do regime jurídico relativo ao direito de construir. No mesmo diploma legal, em seu art. 1.311, passa a estabelecer que “não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias”.

O objetivo das regras aludidas, como se depreende, é a de estabelecer a tutela integral e efetiva dos direitos da personalidade, nomeadamente a integridade física das pessoas. Com a finalidade de assegurar a eficácia das medidas legais de tutela, a lei material se faz acompanhar de determinados instrumentos processuais, previstos, em especial, no Código de Processo Civil brasileiro.¹⁹⁴

É o que justifica a possibilidade de uma pessoa, que se sinta legitimamente ameaçada de sofrer violação em seus direitos da personalidade, exigir tanto a cessação da aludida ameaça, como também solicitar que o magistrado imponha ao infrator o pagamento de uma multa cominatória, para a eventualidade de descumprimento da ordem judicial.

Portanto, trata-se de um meio eficiente de constranger quem adotar ou deixar de adotar qualquer comportamento que lese direitos da personalidade alheios. Destaca-se, nesse caso, as disposições do Código de Processo Civil que permitem ao julgador cominar pena pecuniária para o caso de desrespeito do dever de cumprir ou deixar de cumprir algo, como também determinar medidas como a busca e a apreensão, instrumento de utilidade para a recuperação de imagens ou informações concernentes à privacidade de uma pessoa, por exemplo, além do desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, se necessário mediante requisição de força policial, consoante determina o § 1º do art. 536.

Diante da constatação expressa na lei material e processual de meios acautelatórios contra possíveis danos aos direitos da personalidade rompe, dessa forma, com a ideia de que o dever de indenizar será a medida mais adequada para a defesa destes direitos.

¹⁹⁴ GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. **A defesa especial dos direitos de personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro.** Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 13, n. 1, p. 179-208, jan./jun. 2013, p. 191.

Assim sendo, sendo possível impedir a concretização de qualquer prejuízo, a tutela inibitória pode ser considerada o instrumento mais adequado e eficaz de defesa da personalidade humana. Oportuno frisar que nada impede que em uma mesma demanda judicial sejam cumulados os pedidos de inibição de danos futuros e de reparação daqueles eventualmente verificados.

No que se refere aos direitos da personalidade, ressalta-se que a tutela inibitória, que possui natureza preventiva é única via instrumental que pode impedir de todo a produção de danos, pois, tem o condão de inibir a mera ameaça de violação aos direitos da personalidade.

Nesse sentido cita-se Tiago Soares da Fonseca¹⁹⁵:

a imposição de condutas proibitivas, que implicam um dever de abstenção, tais como a proibição de divulgação e utilização de imagens não autorizadas ou de cartas missivas; a proibição de acesso ou de registros de informações que versem sobre a vida privada de alguém; a vedação da publicação de livros, filmes e outros instrumentos de criação intelectual; a proibição de utilização de aparelhos que provoquem cheiros ou ruídos excessivos; e a proibição de uso, numa obra fictícia, do nome idêntico ao de um indivíduo, de modo a provocar confusão entre ele e o personagem, ou mesmo da utilização ilícita de um nome, total ou parcialmente idêntico ao de alguém.

Assim, a tutela inibitória é instrumento de efetivação dos direitos da personalidade garantindo providencias para evitar a prática do ilícito, não sendo os instrumentos processuais utilizados para fim de ressarcimento quando o dano ou o ilícito já ocorreram.

4.1.2 Tutela Atenuante

Em relação à tutela atenuante, poderá o ofendido/lesado, apesar de já ter sofrido algum dano aos seus bens da personalidade, pleitear a mitigação dos seus efeitos. Ou seja, sempre que possível, a reparação dos danos deve propiciar a sua recomposição natural, consistente na tentativa de “reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento (violador da personalidade)”, “por ser

¹⁹⁵ FONSECA, Tiago Soares da. **Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade**. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano. 66, n. 1, jan. 2006. p. 256.

esta a forma mais perfeita de reparação dos danos concretos ou reais e que melhor garante a integridade das pessoas e dos bens”.¹⁹⁶

Nas palavras de Godinho e Guerra:

Nem sempre será cabível reverter a situação ao status quo ante, mediante a eliminação integral de todo o dano – nos casos, por exemplo, de se provocar a morte de alguém –, talvez se possa atuar para, quando menos, atenuar os seus efeitos, a depender das circunstâncias do caso concreto.¹⁹⁷

Conforme assinala Tiago Soares da Fonseca¹⁹⁸, em se tratando de ofensa à honra e ao bom nome, proferida em público, a retratação poderá se revelar e melhor medida para permitir a reconstituição *in natura* do dano; havendo a violação da intimidade de uma pessoa, cometida através do uso não consentido de fotografias, a reconstituição natural poderia consistir na devolução ou destruição das cópias e dos respectivos negativos, se existirem.

Tiago Soares da Fonseca¹⁹⁹ enumera outras circunstâncias em que será cabível a atenuação dos danos por a requisição de medida atenuante contra um hotel, cujos hóspedes impedem o repouso de terceiros; a imposição de um direito de resposta numa publicação escrita, impressa ou virtual; e mesmo a medida atenuante dirigida contra certa empresa onde um desconhecido introduziu mensagem ou imagem suscetível de lesar direitos da personalidade de outrem – situação esta, aplicável inclusive à inserção de dados ofensivos à honra ou privacidade em sítios hospedados na internet.

A título de exemplo, extrai-se a previsão do art. 1.279 do Código Civil brasileiro, em que se determina que, ainda que uma pessoa seja compelida a ter de tolerar certas interferências ao seu sossego, especialmente quando amparadas por interesses de toda a coletividade, poderá o ofendido exigir, ao menos, a sua redução, a fim de ter de aturar a menor intromissão possível sobre os seus direitos da personalidade.

¹⁹⁶ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 463.

¹⁹⁷ GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. **A defesa especial dos direitos de personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 13, n. 1, p. 179-208, jan./jun. 2013, p. 193.

¹⁹⁸ FONSECA, Tiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano. 66, n. 1, jan. 2006, p. 250.

¹⁹⁹ FONSECA, Tiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano. 66, n. 1, jan. 2006, pp. 266-267.

No aspecto processual, determinadas medidas podem ser cruciais para a concretização da tutela atenuante. Desperta a atenção, em particular, o ato processual de busca e apreensão, regida pelos arts. 806 e seguintes do Código de Processo Civil. É o procedimento adequado quando são publicadas notas desabonadoras à conduta de uma pessoa em livros, jornais ou revistas, por exemplo, tornando-se possível a sua apreensão, como meio de impedir o alastramento dos danos que já estarão consumados naquela altura.

Outro ponto que se deve ressaltar, diz respeito ao critério da personalidade a ser considerado no momento de se dar efetividade à tutela atenuante, exigindo-se que a medida protetiva dos direitos da personalidade não supere o efeito do agravo sofrido e se torneum instrumento de violação dos interesses alheios. É o que justifica, por exemplo, em um eventual pedido de retratação ou a concessão de um direito de resposta, este deverá ser suficientemente amplo para possibilitar ao lesado a oportunidade de, se não eliminar, “ao menos mitigar a afronta contra si perpetrada, sem que tal implique no estabelecimento de obrigações excessivas ao infrator.”²⁰⁰

Assim sendo, caso uma pessoa tenha sua honra maculada em virtude de publicações que atentem contra a sua privacidade, poderá exigir que a retratação tenhao mesmo destaque atribuído à nota desabonadora divulgada. Em se tratando de notícias divulgadas em páginas da internet, que tenham ficado expostas por uma semana, poderá o magistrado determinar que a retratação figure no mesmo sítio eletrônico por idêntico período.

Importante destacar que, nesses casos de tutela atenuante e inibitória, pode ocorrer choque de direitos fundamentais, especialmente quando a pretensão de se opor a tutela dos direitos da personalidade puder entrar em rota de colisão com os direitos à liberdade de expressão e de imprensa. Nesse viés, no interesse de preservar sua imagem, seu bom nome ou sua privacidade, entre outros valores dignos de resguardo, poderá este interesse se contrapor um direito-dever à informação, o que levará o magistrado, em última instância, dirimir a controvérsia, de modo a nem permitir a desonra e a degradação dos bens jurídicos de mais alto valor

²⁰⁰ GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. **A defesa especial dos direitos de personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro.** Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 13, n. 1, p. 179-208, jan./jun. 2013, p. 194.

às pessoas naturais, e nem sacrificar indevidamente a liberdade de informação e de se expressão.

4.1.3 Tutela Repressiva

No Código Civil vigente, a responsabilidade civil tem seu regime jurídico disposto nos arts. 927 a 954. A primeira disposição estabelece, em seu *caput*, que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Prossegue a norma com seu parágrafo único, no sentido que “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Em um mesmo dispositivo legal, o legislador infraconstitucional consagrou as bases para as teorias objetiva e subjetiva da responsabilidade civil. Esta, amparada na noção de culpa ou dolo do ofensor, e aquela na ideia do risco inerente a determinadas atividades, mesmo que lícitamente desempenhadas.

Após consagrar normas gerais sobre a responsabilidade civil, o legislador cuidou de estabelecer disposições especificamente voltadas para a repressão – entende-se como imposição de um dever de reparação – das violações aos direitos da personalidade, nomeadamente à vida, à integridade física, à honra e à liberdade pessoal. Por óbvio que os demais direitos da personalidade não referidos expressamente pelo Código Civil estejam desguarnecidos, até porque sua proteção deriva tanto das regras gerais de tutela destes direitos (art. 12 do Código Civil) e da normatização da responsabilidade civil como um todo, como da consagração de normas especiais.

Quanto à consumação do homicídio, considerada infração máxima do ordenamento por se tratar de supressão da vida de alguém, o art. 948 do Código Civil determina que a indenização consistirá, sem prejuízo de outras reparações (de ordem moral, sobretudo), “no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família” (inciso I) e “na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima” (inciso II). Neste particular, preocupou-se o legislador com o ressarcimento de prejuízos econômicos causados aos familiares da vítima do crime.

Nos termos do art. 949 do Código Civil, “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Porém, se referidas ofensas forem tão intensas que venham a suprimir (ou pelo menos reduzir) a capacidade laboral do ofendido, “a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”, podendo o lesado, neste caso, “exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez” (art. 950 e seu parágrafo único, novamente do Código Civil).

Conforme o art. 951 do mesmo diploma, essa disposição é aplicável ainda quando a morte ou lesão corporal de um paciente advier de conduta culposa (negligente, imprudente ou imperita) de profissionais da área da saúde, como médicos, dentistas e enfermeiros. Em relação à indenização por danos causados à honra, em virtude da prática de injúria (ofensa à honra subjetiva, ou seja, à dignidade e ao decoro de um indivíduo), difamação (violação à honra objetiva, isto é, ao bom nome e à respeitabilidade social de alguém) ou calúnia (falsa imputação, a uma pessoa, de fato definido legalmente como crime), estabelece o caput do art. 953 do Código Civil tão somente que a indenização consistirá “na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”.

A regra contida no parágrafo único do mesmo dispositivo deve ser considerada de grande relevância, ao estipular que “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”. Por fim, o art. 954 do Código Civil estabelece acerca da responsabilidade civil daquele que atentar contra a liberdade pessoal de outrem, enquadrando-se em tal conduta ilícita, conforme previsão do parágrafo único da mesma norma legal, o cárcere privado, a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e a prisão ilegal. No caso, a indenização “consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido”; se este não puder provar prejuízo, caberá aplicar o disposto no parágrafo único do art. 953, que faculta ao julgador, diante dos elementos de cada caso concreto, estabelecer o montante indenizatório com base na equidade.

Do diploma legal mencionado, nota-se uma latente prevalência do ressarcimento dos danos materiais experimentados pelo ofendido, medida

insuficiente para tornar integral a reparação a que tem direito qualquer indivíduo violentado em seus direitos da personalidade.

Todavia, a lei não exaure a tutela repressiva no âmbito de reparação material dos danos sofridos pelo agredido, como, aliás, depreende-se de algumas disposições que denotam haver margem para “outras reparações” cabíveis no caso de infração aos direitos da personalidade, como os danos morais.

As referências aos danos morais na legislação brasileira, contudo, são esparsas. A Constituição da República os consagrou, ao firmar sua autonomia em relação aos danos materiais, o que decorre das previsões contidas no art. 5º, incisos V e X e no art. 114, inciso VI, como também é inequívoco que o art. 186 do Código Civil brasileiro define o ato ilícito como sendo a conduta culposa ou dolosa capaz de provocar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Todavia, não há, na normatização conferida à responsabilidade civil pelo Código Civil, uma única referência expressa aos danos morais.

Diante da ausência de regulamentação legal sobre os danos morais, exurgem dificuldades quanto à sua incidência, especialmente no que concerne aos parâmetros para a sua quantificação, aliás, sendo extrapatrimoniais os direitos da personalidade, como estabelecer a medida adequada da reparação pecuniária decorrente da sua violação? Em primeiro, mister salientar que as violações aos direitos da personalidade jamais serão recompostas integralmente através de prestações pecuniárias, em virtude do caráter não econômico dos direitos da personalidade. No caso, a obrigação de reparar em dinheiro assume natureza meramente compensatória, visto que insuficiente para reparar integralmente o dano e permitir uma reconstituição do estado ao *status quo ante*.

Nessa senda, são as palavras de Godinho e Guerra²⁰¹:

A prestação pecuniária, no caso, cumpre a finalidade de causar à vítima dos danos morais uma sensação de conforto, não apenas por ter merecido alguma retribuição pelo mal que sofreu, mas também pelo fato de saber que o ofensor, de algum modo, respondeu por seu comportamento ilícito.

No tocante à fixação do dano, naturalmente, quanto mais grave o dano, maior o montante reparatório. São diversas as circunstâncias em que a afronta ao

²⁰¹ GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. **A defesa especial dos direitos de personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 13, n. 1, p. 179-208, jan./jun. 2013, p. 197.

bom nome de uma pessoa ou a divulgação de fatos que respeitem à sua esfera privada circulem entre um número de pessoas relativamente restrito e aquelas em que as mesmas ofensas são amplamente divulgadas na imprensa ou em redes sociais na internet. Apesar de os bens jurídicos em jogo sejam os mesmos, é fato que, na segunda hipótese, a extensão dos danos é sensivelmente mais intensa, onde decorrerá a necessidade de se estabelecer um valor compensatório significativamente mais elevado que aquele a ser apurado na primeira hipótese.

Paralelamente aos danos materiais e morais, doutrina e jurisprudência têm admitido, hoje já de maneira uníssona, a reparação dos eventuais danos estéticos sofridos por alguém. Assim, quando o bem jurídico violado consistir na integridade física de um indivíduo, é possível que este venha a sofrer danos em sua fisionomia, ou, em termos mais gerais, sobre sua incolumidade corporal.²⁰²

Apesar do texto do Código Civil não ter firmado qualquer alusão expressa ao dano estético, é viável entender que sua base legal assenta no disposto no art. 949 deste diploma, que reconhece que, havendo lesão ou outra ofensa à saúde, a reparação compreenderá as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Uma última consideração é digna de nota no âmbito da tutela repressiva às violações dos direitos da personalidade. Duas disposições contidas no Código Civil brasileiro permitem ao magistrado, caso seja ajuizada alguma ação, ajustar o montante da reparação a ser prestada ao ofendido. Em primeiro lugar, prevê ineditamente o parágrafo único do art. 944 que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Vale salientar que a culpa concorrente do próprio ofendido poderá, ao menos, ensejar uma mitigação sobre o valor a receber em virtude da lesão, consoante determina o art. 945: “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. Neste caso, poderá o magistrado, com base na gravidade da conduta de cada uma das partes (infrator e vítima) e nas

²⁰² A autonomia dos danos estéticos em relação aos danos morais foi proclamada em sede jurisprudencial com a edição da Súmula n. 387 do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor enuncia que “é possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral”.

consequências que delas resultem estipular a justa medida da indenização a ser concedida.

Este balanceamento poderá ocorrer no caso de uma pessoa que, embora tenha sofrido afrontas ao seu direito ao bom nome, tenha também se vangloriado publicamente dos ilícitos que cometeu, ou quando um indivíduo, embora violado em sua integridade física, tenha prestado seu consentimento para as lesões.²⁰³ Embora não se possa afirmar, neste último caso, que a simples autorização do próprio lesado seja suficiente para afastar a responsabilidade civil daquele que provocou as lesões, poderá esse consentimento ser considerado como parâmetro para o estabelecimento de uma eventual redução do *quantum* indenizatório.

4.2 A TUTELA CONSTITUCIONAL

Os direitos da personalidade, diante de sua expressiva magnitude, mereceram também o amplo resguardo do ordenamento constitucional. O inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal reza que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Pela leitura do dispositivo, verifica-se que o legislador constituinte tratou de forma autônoma a intimidade e a vida privada.

Conforme já argumentado alhures, o direito à privacidade e à intimidade, pertencentes e inerentes ao indivíduo é decorrência lógica da efetivação e implementação do princípio constitucional da proteção da dignidade humana como instrumento fundamental, visto que tanto a vida privada quanto a intimidade, em razão de delinear as relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, fazem parte de sua estrutura.

Nesse particular, importante trazer o pensamento dos constitucionalistas Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Júnior²⁰⁴ para os quais:

[...] a vida social do indivíduo se divide em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseguinte, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e o segredo dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade. Entretanto, como se disse, no

²⁰³ FONSECA, Tiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano. 66, n. 1, jan. 2006, p. 252.

²⁰⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Verbatin, 2011, p. 182-183.

território da privacidade é que se desenvolvem, por exemplo, as relações conjugais, as relações entre pai e filho, irmãos, namorados etc., que são peculiarizadas exatamente pela interpessoalidade. Assim, havendo mais de uma pessoa envolvida, existe, por evidente, espaço para a violação de direitos, e é nessa porção dos relacionamentos sociais – a chamada ‘tirania da vida privada’ – que ganha importância o conceito de intimidade. A privacidade resguarda o indivíduo da publicidade. Entretanto, qual seria a proteção jurídica individual em face de abusos cometidos dentro da esfera privada? Exatamente o direito de intimidade. Em resumo, a conclusão que se extrai do texto constitucional é que a vida social dos indivíduos não possui somente dois espaços, o público e o privado, pois neste se opera nova subdivisão, entre a intimidade e a privacidade propriamente dita. Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria apostado um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade. Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao da privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como, por exemplo, o pai que devassa o diário da filha adolescente ou viola o sigilo das suas comunicações.

Com o advento da vigente Constituição, mais precisamente em seu artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, “a”²⁰⁵, houve a expressa proteção da imagem, ensejando, por consequência, novos conceitos sobre o tema, subdividindo o direito de imagem relacionado à imagem-retrato e a imagem atributo.²⁰⁶

No caso da imagem-atributo, os agentes danosos são os meios de comunicação, por tal razão a previsão do direito de resposta no inciso V, do art. 5º, da Carta de 1988. Hodiernamente, com os meios de comunicação cada vez mais rápidos, como a internet, hoje voz, imagens e dados são divulgados quase que instantaneamente e, não raro, de forma inescrupulosa e desprovida de mínima ligação com a realidade, podendo-se citar como exemplo.

Portanto, não apenas os meios de comunicação tradicionalmente conhecidos (rádio e televisão) podem violar a imagem de alguém, mas qualquer

²⁰⁵ Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material ou à imagem;

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

(...)

XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;”

²⁰⁶ Esta dualidade de conceitos de imagens foi elaborada pelo constitucionalista Luiz Alberto David Araujo que, com o advento da Constituição de 88, enfrentou o tema primeiramente através de sua dissertação de mestrado e, posteriormente, após críticas recebidas na defesa e outras colhidas na docência, ensejaram o livro *A proteção constitucional da própria imagem*, obra consagrada sobre o tema.

outro meio de informações pessoais, como a internet, pois é cediço que seus sítios guardam diversos tipos de dados e os transmitem, aleatoriamente, à sociedade; ou melhor, não só transmitem, como comercializam, obtendo lucro sobre dados alheios.

Os meios de comunicação em massa podem facilmente divulgar uma informação inverídica ou equivocada e, com isso, lesar a imagem-atributo de alguém, sendo obrigados, além da concessão do direito de resposta, a indenizarem os danos causados com tal atitude. Nesse sentido, ilustra-se com o julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REPORTAGEM EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO ESTADUAL SOBRE OPERAÇÃO DA POLICIAL MILITAR PARA A PRISÃO DE TRAFICANTES. UTILIZAÇÃO DA IMAGEM DO AUTOR QUE NÃO CORRESPONDE AO CONTEÚDO DA MATÉRIA. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. EXCESSO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. 1. A reportagem publicada pela demandada extrapolou os limites da liberdade de expressão. Atuação ilícita da empresa jornalística, que deveria ter preservado a imagem da parte autora, principalmente, porque o autor não tem relação com o conteúdo da matéria jornalística, que visou o destaque de prisão de traficantes em todo o Estado. O autor foi abordado por policiais militares apenas para fins de averiguação de sua identidade, sendo liberado tão-logo confirmado se tratar de pessoa desenvolvendo atividade laboral no bairro, alvo da operação policial. 2. Fotografia do autor, juntamente com seu colega de trabalho, por ocasião da abordagem policial, dando o entendimento ao leitor de que se tratavam dos traficantes presos. Na imagem é possível identificar a autor. 3. Presentes os pressupostos da obrigação de indenizar. Evidente se mostra a ocorrência de dano moral. Trata-se de dano in reipsa, que resta evidenciado pelas circunstâncias do fato. 4. Manutenção do valor da indenização, fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que se mostra justa para a recomposição dos danos, não caracterizando enriquecimento ilícito por parte do autor nem ônus demasiado à ré. Montante indenizatório fixado em conformidade com o entendimento desta Corte para casos semelhantes. NEGADO PROVIMENTO AO APELO E RECURSO ADESIVO. UNÂNIME²⁰⁷

Apesar do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal assegurar “o direito a indenização pelo dano material ou dano material sofrido”, conforme já demonstrado, este não é o ideal de proteção da vida privada e da imagem, devendo o dano ser evitado, já quemuita vezes a reparação não será adequada ou será inócua.

Vale frisar que este direito, inerente à dignidade da pessoa, deve ser elevado ao mais alto grau de proteção pelo Estado, a fim de se evitar danos irremediáveis ao indivíduo. Isto é, é uma tutela que, quando colocada à frente do magistrado, este deve levar em consideração que o bem juridicamente tutelado que

²⁰⁷Apelação Cível n.º 70038432001, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 29/09/2010.

está em risco é um dos direitos inatos da personalidade humana, analisando o caso com extrema prudência e cautela.

Adriano de Cupis²⁰⁸ ensina que:

a necessidade de proteger a pessoa contra a arbitrária difusão de sua imagem, deriva de uma exigência individualista, segundo a qual a pessoa deve ser árbitro de consentir ou não na reprodução de suas próprias feições: o sentido cuidadoso da própria individualidade cria uma exigência de prudência, de reserva.

Robert Alexy²⁰⁹, contribuindo na construção do raciocínio, no sentido de que o juiz, na apreciação de pedido de tutela jurisdicional que envolva a tutela de direitos fundamentais em face de supostos direitos positivados pelo direito privado, “o efeito irradiador deve fundamentar o dever de levar em consideração a influencia dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, quando de sua interpretação”.

Com o fito de equacionar a controvérsia, oportuno registrar, novamente a lição de Robert Alexy²¹⁰, na medida em que se apoia, em especial, na aplicação da proporcionalidade (como método da ponderação), enfatizando o grau de importância das consequências jurídicas dos direitos em choque, isto é, se a importância da concreção de um direito fundamental justifica a mitigação do outro.

4.2.1 O *Habeas data*

Inicialmente, importante tecer alguns comentários acerca dos bancos de dados e dos direitos à ele inerentes. Estes surgiram como ferramenta para que comerciantes que pretendessem conceder empréstimo de dinheiro, vender a prazo ou qualquer outra forma de comércio, que não tivesse o pagamento à vista como contraprestação, pudessem fazê-lo com maior confiança ao pretendo consumidor, reduzindo os riscos da inadimplência.

Nos dias atuais, há severas críticas a esses bancos de dados, seja pela falta de controle do Estado, seja pela forma com que atua no interesse de grandes

²⁰⁸DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 140.

²⁰⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 529.

²¹⁰Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo, Renovar, n.º 217, p. 67-79, 1999.

detentores do capital, sendo de grande importância a transcrição das palavras de Francisco Eduardo Pizzolante²¹¹:

Essas estruturas de dominação e de exclusão atualmente empregadas dizem respeito não à separação do indivíduo da sociedade por meio de seu envio à prisão ou a plagas remotas, mas sim pela exclusão operada por meio da concentração e divulgação de informações a seu respeito, sejam estas de que natureza forem, e que, em determinados casos, quando dizem respeito a uma situação financeira não compatível com aqueles padrões desejados para a sociedade de consumo, operam efetiva segregação do indivíduo por meio do emprego das informações a seu respeito constantes dos cadastros dos bancos de dados. Nesse diapasão, os bancos de dados ou de registros de indivíduos, sejam quais forem as naturezas das informações contém e divulgam, tornam-se o principal meio de contenção e exclusão ao menos no aspecto privado da vida, em uma sociedade onde o controle social migra do Estado para entidades de capital.

Em razão da veiculação de informações pessoais (CPF, endereço, situação econômico-financeira da pessoa), temos o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal que diz ser inviolável, dentre outros, o sigilo de dados²¹². Ao fazer uma interpretação sistemática desse dispositivo, juntamente com o inciso LXXII²¹³ do mesmo artigo, que trata do *habeas data*, pode-se concluir que os dados invioláveis são quaisquer informações constantes em banco de dados possam violar a vida privada e a imagem do consumidor.

Denota-se que há previsão constitucional de inviolabilidade de informações constantes em bancos de dados, todavia, estas informações estão disponíveis e podem ser acessadas por qualquer interessado em saber sobre a vida privada econômica de qualquer consumidor, afrontando, via de consequência, a proteção da dignidade humana plena.

Ademais, ressalta-se que tais informações são veiculadas na sociedade do consumo sem o consentimento da pessoa a qual a informação diz respeito, e como se não bastasse, ainda, estes bancos de dados lucram sobre informação alheia, violando sua privacidade e sua imagem.

²¹¹ PIZZOLANTE. Francisco Eduardo O. P. e A. Habeas data e banco de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 115.

²¹² XII – é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução do processo penal.

²¹³ LXXII – conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Da análise dos institutos até então violados pela divulgação abusiva de dados dos consumidores, de suma importância buscar um meio que inviabilize tal mácula, e não apenas uma reparação pecuniária pela violação e ofensa a bens jurídicos constitucionalmente tutelados, mas a imediata cessação da violação. Nesse caso, pode-se do *habeas data*. Corroborando com esse entendimento Calmon de Passos²¹⁴ que “[...] para a tutela do direito de obter informações de caráter pessoal, isto é, informações que dizem respeito à pessoa titular do direito à informação, ou para retificar essas, previu nossa Carta Magna o remédio do *habeas data* [...]”.

De fato, o *habeas data* tem sua previsão legal no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal do Brasil. Seu procedimento é previsto na Lei nº 9.507, de novembro de 1997, que “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”.

Nesse sentido, o *habeas data* é remédio constitucional que tem como objeto o “asseguramento do acesso às informações pessoais do impetrante constante dos registros de dados de entidades governamentais ou de caráter público com o fim de retificação”.²¹⁵

Dessa forma, segundo o entendimento jurisprudencial vigente, se a pretensão da parte é o acesso, por exemplo, a dado do registro negativo de crédito, “pontuação”, e esclarecimentos acerca do sistema, dentre outros, deve impetrar *habeas data*, em consonância com o art. 5º, LXXII, a e b, da Constituição Federal:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRETENSÃO DE ACESSO ÀS INFORMAÇÕES CONSTANTES EM NOME DA AUTORA NO SERASA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. FEITO EXTINTO. Mostra-se inadequado o ajuizamento de ação cautelar de exibição de documentos, quando pretende a parte autora a obtenção de informações de caráter público constantes do bando de dados da requerida. Hipótese que, nos termos do art. 5º, LXXII, "a", da Constituição Federal, recomenda o manejo de *habeas data*, e não de ação cautelar de exibição de documentos. Preliminar de falta de interesse de agir acolhida. Feito extinto (art. 267, VI, do CPC). Precedentes. PROVIMENTO DO APELO DA RÉ, PREJUDICADO O RECURSO DA AUTORA²¹⁶.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA FORNECIMENTO DE DADOS DO

²¹⁴PASSOS, J. J. Calmon de. Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, *habeas data* (Constituição e Processo). Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 139.

²¹⁵BASTOS. Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1999. p. 362.

²¹⁶Apelação Cível n.º 70040844821, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebut, Julgado em 24/02/2011.

CONSUMIDOR EM SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. Não se presta a ação cautelar de exibição de documentos para atender pretensão de fornecimento de informações existentes acerca da autora em cadastro de serviço de proteção ao crédito. O remédio jurídico processual adequado para tanto é o *habeas data* (art. 5º, LXXII, *a*, da CF/88 e art. 43 do CDC). Doutrina e precedentes jurisprudenciais. Destarte, ausente pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, é de rigor a sua extinção, de ofício, sem resolução de mérito, forte no art. 267, IV do CPC. Apelação prejudicada. PROCESSO EXTINTO, DE OFÍCIO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, FORTE NO ART. 267, IV DO CPC. APELAÇÃO PREJUDICADA.²¹⁷

Sabe-se que os grandes detentores do poder econômico (como bancos, operadores de cartão de crédito, empresas de telefonia e grandes redes de varejo), por exemplo, se utilizam destes bancos de dados para obterem informações econômicas de seus possíveis clientes ou para inserirem informações, muitas vezes ilegais, irreais ou até mesmo inexatas.

Referidas informações, cadastradas e divulgadas publicamente, afrontam os direitos da personalidade, em especial a imagem da pessoa. No entanto, dúvida que surge é se o *habeas data* seria cabível para suprimir tais informações, excluindo-as dos bancos de dados.

Verifica-se que o inciso LXXII do artigo 5º da CF fala em “conhecimento de informações” e “retificação” de dados. O artigo 7º, incisos I, II e III, da Lei nº 9.507/97 fala em “assegurar conhecimento”, “retificação de dados” e “anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”²¹⁸, respectivamente.

Todavia, a doutrina é uníssona quanto ao entendimento de que também é cabível a supressão de informações inexatas, conforme entendimento de Teresa Arruda Alvin Wambier²¹⁹, que expõe que “o objetivo do *habeas data*, como visto é a retificação de dados. Esta expressão deve ser entendida amplamente para incluir a

²¹⁷ Apelação Cível n.º 70039704531, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 16/02/2011.

²¹⁸ Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

²¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). **Habeas data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 86.

própria supressão quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa.”

O *habeas data* é, portanto, o remédio constitucional que assegura às pessoas físicas e jurídicas o conhecimento de registros concernentes aos postulantes, constantes em repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para informação ou retificação de seus dados pessoais, de modo que “todo titular tem o direito de exigir do responsável pelo tratamento o cancelamento de seus dados pessoais armazenados de forma inexata e, assim mesmo, dos dados incompletos que nunca deveriam ser registrados”²²⁰.

Ainda que não prevista, de forma escrita, a supressão ou cancelamento de dados inexatos ou ilícitos utilizando-se do *habeas data*, esta posição vem sendo albergada pela melhor doutrina. Kazuo Watanabe,²²¹ sobre o tema, cita também o *habeas data* com um dos instrumentos para proteger o consumidor e seus direitos fundamentais, a saber:

Uma outraconseqüência importante é o encorajamento da linha doutrinária, que vem se empenhando no sentido da mudança de visão do mundo, fundamentadamente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o “ter” mais que o “ser”, fazendo com que todos os direitos, inclusive os não patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade (imagem, intimidade, honra etc), tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada. [...] E para a tutela de direitos não patrimoniais, o ordenamento jurídico nosso é muito acanhado, principalmente nas relações entre particulares. Na relação entre o particular e o poder público, conta o nosso ordenamento jurídico com ações potenciadas, eficazes e céleres, como o mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular e agora também o *habeas data*.

Com efeito, verifica-se que o *habeas data* possui todos os pressupostos para maximizar e potencializar a proteção da privacidade e imagem do consumidor e proteger a violação de seus dados, circunstância essa, via de consequência, que não está a impedir, quando necessário, a integração de todo o sistema jurídico, visando, sempre, a máxima efetividade na solução dos conflitos de interesses relacionados aos direitos da personalidade.

²²⁰ ÁBALOS, María G., CANALS, Olga P. Arrabal, (Coord.) **Derecho a la información, Habeas data e internet**. 1 ed. Buenos Aires: Editora La Rocca. 2002, p. 389.

²²¹ WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 585.

4.3 A LEGITIMIDADE DA AUTOTUTELA

Além das espécies de tutelas estudadas, conforme mencionado, permite-se às pessoas a prerrogativa, ainda que lídima e apenas em situação extremas, de apelar à autotutela, com o objetivo de resguardar seus direitos da personalidade. O Código Civil deu amparo à figura da legítima defesa, enquadrando-a, em seu art. 188, no rol das circunstâncias excludentes de ilicitude, embora não tenha atribuído ao instituto qualquer desenvolvimento no decorrer do seu texto. Referida função ficou a cargo do Código Penal que, ao prever a inexistência de crime quando o ato for praticado em legítima defesa (art. 23, inciso II), prevê que esta excludente se verifica nos casos em que uma pessoa, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (art. 25).

Aplicando este raciocínio à tutela dos direitos da personalidade, nada impede que uma pessoa, lícitamente, venha utilizar os seus próprios meios com o intuito de afastar as violações àqueles direitos, desde que esta conduta se revele necessária e que seja exercida moderadamente, ou seja, com o estrito propósito de evitar um dano, ainda que para tanto se tenha de sacrificar outros interesses jurídicos.

A título de exemplo, pode-se citar que é comum a divulgação, especialmente televisiva, de notícias que mostram a tentativa de se retirar equipamentos de fotógrafos ou cinegrafistas. Nestas hipóteses, caso a pessoa retratada tenha motivos para se opor à captação da sua imagem, notadamente por não querer se revelar ou por pretender resguardar sua privacidade, por exemplo, e desde que se valha dos meios necessários à repulsão da ofensa, é possível o reconhecimento da legítima defesa do direito²²², levando-se em consideração que a omissão do retratado no próprio momento da obtenção indevida da sua imagem indubitavelmente acarretará a sua divulgação, consumando-se em um dano ainda mais amplo.

Há *in casu*, portanto, a justificativa da necessidade de agir prontamente, com a finalidade de evitar a consumação de ameaça de violação a determinado direito da personalidade.

²²²SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e o seu direito de imagem**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 49-50.

Em outra hipótese de exercício da legítima defesa, diz respeito às eventuais violações à integridade física. Com efeito, aquele que se sentir justificadamente ameaçado em sua incolumidade corporal estará autorizado por lei a agir conforme suas forças, desde que seu comportamento esteja balizado pelos critérios da necessidade e da proporcionalidade, que corroboram a noção da legítima defesa. Este ato privado, em virtude de sua licitude, isentará o agente do dever de reparar os danos eventualmente causados àquele que violou ou ameaçou violar seus direitos da personalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a intimidade e a privacidade são direitos personalíssimos protegidos no cenário jurídico nacional e internacional, sendo então inquestionáveis a sua efetivação e proteção.

Denota-se que a tutela legal e de proteção de dados pessoais se faz atendendo ao princípio da autodeterminação presente tanto no marco civil de Internet, Lei 12.965/14, como nas legislações estrangeiras. Assim, as bases protetivas operam de modo a gerar tutela ao direito pessoal de inviolabilidade da intimidade, vida privada, sigilo no fluxo de comunicações pela Internet ou comunicações privadas armazenadas, atrelado à garantia do direito à privacidade e a liberdade de expressão nas comunicações.

Observou-se o dinamismo da Internet em ambiente de sociedade da informação e as constantes inovações tecnológicas, visto que o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação imprimiu um novo ritmo à sociedade, emergindo a vulnerabilidade dessas fronteiras, instantaneamente ultrapassadas pelos fluxos informacionais. Mediante notícias, publicidades, comunicações e interações nas redes sociais que povoam o ambiente virtual, usualmente são disponibilizadas informações pessoais bastante reveladoras sobre os internautas, sobressaindo-se aquelas que tomam a forma de dados pessoais, objeto de análise no presente estudo.

É possível concluir que os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade encontram, sem dúvida, nova conformação na sociedade atual. Porém, essa conformação lhes confere a necessidade de uma forma de proteção nova, que não alcance somente a tutela à privacidade e intimidade até então considerados tais como a preservação da imagem e da honra, mas que abranja, também, a proteção dos dados pessoais do indivíduo.

Nesse passo, se pode constatar que a legislação brasileira debruça-se em aspectos diferentes da proteção a esses direitos. Entretanto, em razão das inúmeras formas de possibilidade de violação, ainda há um longo caminho a ser trilhado no sentido de lhes dar maior efetividade e garantir a cidadania plena, direito fundamental do indivíduo inclusive no ambiente digital.

Portanto, num primeiro momento, é necessário que se construa uma conceituação sobre o que são dados pessoais, especialmente no que tange aos

chamados dados sensíveis. Justifica-se tal constatação diante da inexistência de uma clara conceituação sobre o que são os dados pessoais, somada à inexistência de legislação específica para a proteção desses dados, acaba por facilitar a violação dos direitos fundamentais à privacidade e intimidade nessa nova ramificação.

O enfrentamento deste tema, ainda novo e permeado de certa complexidade, não comporta respostas simples e lineares, a bem da verdade as soluções exigem a análise do fenômeno na sua completude, reconhecendo que na *web* se realizam as mais variadas interações e transações, sendo que em alguns casos o internauta até tem mais condições de escolher entre divulgar ou não determinadas informações pessoais; todavia, em outras situações essas informações são coletadas, tratadas e transmitidas para terceiros sem que o seu titular tenha qualquer controle sobre o processo, o que ocasiona graves ofensas aos direitos personalíssimos.

Considerando que a rede já é parte expansiva da própria pessoa e a tendência dos avanços tecnológicos é de ser cada vez mais veloz, as questões aqui suscitadas são de extrema relevância cotidiana. Vale dizer, os problemas jurídicos relacionados às garantias quanto à proteção dos dados pessoais e as violações da privacidade e intimidade também se multiplicarão, tornando-se mais complexos, exigindo maior atenção e regulamentação, a fim de adequá-los para os novos padrões de vida contemporânea.

A ênfase em inovações no campo da forma de regulação é uma característica que o direito não raro assume quando dialoga em proximidade à tecnologia. O trilhar para a edição de normas sobre proteção de dados pessoais trouxe a oportunidade da tomada de consciência da vulnerabilidade do titular de dados face a infinita possibilidade de tratamento desses, bem como de conhecer outras realidades e legislações, partilhar informações e participar ativamente do processo.

Confirma-se a impressão de que a elaboração de uma legislação específica para a proteção de dados pessoais, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no país, é inevitável como instrumento essencial para proteger o usuário e efetivar a cidadania.

Todavia, o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais é um bom exemplo de busca por efetividade na proteção dessa nova esfera dos direitos

fundamentais à privacidade e intimidade, pois delimita contornos mais claros na seara de sua proteção.

Assim, tem-se que o direito à privacidade informacional (ou à autodeterminação informativa) é bastante frágil frente aos modernos recursos tecnológicos utilizados para coleta, armazenamento e interface de dados pessoais, o que impõe a regulamentação dessa garantia através de legislação específica, e dos instrumentos processuais contidos no nosso ordenamento, no intuito de estabelecer um conjunto de normas que prevejam os princípios a serem aplicados no tratamento de dados pessoais: os direitos garantidos aos titulares, as medidas e procedimentos assecutatórios necessários à preservação da integridade, autenticidade e sigilo dos dados, sanções aplicáveis pelo descumprimento de tais preceitos, além de outras medidas de suma importância à preservação da intimidade e vida privada dos indivíduos da sociedade digital.

Com efeito, a celeridade dos avanços tecnológicos, destaca-se a necessidade de legislação específica e de constante atualização, despertando maior atenção para as possíveis e eventuais transgressões ao direito à privacidade nesse panorama da sociedade da informação em permanente contínua mudança para que seja garantido ao indivíduo exercer sua garantia plena.

REFERÊNCIAS

- ÁBALOS, María G., CANALS, Olga P. Arrabal, (Coord.) **Derecho a la información, Habeas data e internet**. 1 ed. Buenos Aires: Editora La Rocca, 2002.
- ALARCÓN, Pietro de JesúsLora. **Patrimônio Genético Humano: e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.
- ALBAGLI, Sarita. Novos Espaços de Regulação na Era da Informação e do Conhecimento. In: LASTRES, Helena M. M. , ALBAGLI, Sarita (Organizadoras). **Informação e Globalização na Era do Conhecimento**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Revista de Direito Administrativo, Renovar, n.º 217, p. 67-79, 1999.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **A Racionalidade no direito civil brasileiro**. Revista de Direito Civil. v. 63, p.45.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas Gerais e Proteção da Pessoa. Direito Civil Contemporâneo. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 289- 295.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. Direitos da Personalidade. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional: Anais do IV simpósio nacional de Direito Constitucional**, Curitiba, v.3, p.257-266, 2003.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Verbatin, 2011.
- ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 93-115, 2006.
- _____. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- _____. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Instituto de Direito Civil, São Cristovão, v. 26, abr/jun 2006.

BARRETO, Vicente de Paula. Para além dos direitos fundamentais. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coordenadora). **Direitos fundamentais e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. **Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Vigilância líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BELTRAMONE, Guillermo e ZABALE, Ezequiel, In: **El Derecho em la Era Digital**, Rosario/Argentina: Editorial Juris, 2000.

BEUCHOT, Mauricio. La Persona y la Subjetividad en la Filología y la Filosofía. **Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**. Universidade Nacional Autónoma de México. Cidade do México, n. 16, 1996.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Ícone: São Paulo, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro Borges. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORNHEIM, Gerd Alberto. **Os Filósofos Pré-Socráticos**. São Paulo: Cultrix, 1998.

CACHAPUZ, Maria Claudia. **A intimidade e vida privada no Novo Código Civil Brasileiro – Uma leitura Orientada no Discurso Jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da Personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. 57, 1991.

_____. Os Direitos da Personalidade. Categoria em Reapreciação. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte, v.1, n.1, 1994

CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. A resignificação da pessoa no ciberespaço: primeiras reflexões para uma revisão filosófico-dogmática dos direitos da personalidade. In **Novos Rumos dos Direitos Especiais da Personalidade e seus aspectos Controvertidos** (Coord. Valéria Silva Galdino Cardin). Curitiba: Juruá Editora, 2013.

CANTALI, Fernanda Borgheti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. **A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português: Parte Geral – Pessoas**. Vol. 1, tomo III, Lisboa: Almedina, 2004.

CRESCENZO, Luciano de. **História da Filosofia Grega**. Lisboa: Presença, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Perbart. São Paulo: Ed. 34, 1992

DELPECH, Horácio Fernández, **Protección Jurídica del Software**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

DIÉZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Sistema de Derecho Civi**. Madrid: Tecnos, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 21, n. 81, p. 54-81, jan./mar., 1996.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil**. 29. ed. V.1. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONEDA, Danilo. **A Proteção dos Dados Pessoais como Direito Fundamental no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.rlpdp.com/2012/07/223/>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. In TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35-58.

FALCÃO Joaquim Arruda. **Cultura jurídica e democracia**: a favor da democratização do Judiciário. In.:Direito, cidadania e participação. São Paulo: T. A. Queiroz, 1981.

FERREIRA, Aurelio Buarque De Holanda. **Novo Dicionário Da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, IvetteSenise. A criminalidade informática, in: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coord.). **Direito e internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA, Limongi Rubens. Institutos de proteção à personalidade. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 57, n. 391, maio de 1968.

_____. **Manual de Direito Civil**. 3.ed. v.1.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FRANCO Júnior, Hilário. **Idade média**. Nascimento do Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1998.

FOLLONE, Renata Aparecida; RODRIGUES, Rúbia Spirandelli. A nova visão de cidadania e sua efetividade no acesso à justiça. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RUIZ, Ivan Aparecido (org). **Acesso à justiça e os direitos da personalidade**. São Paulo: Birigui, 2015.p-382-399.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **O Trabalho da Pessoa com Deficiência e a Lapidação dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2006.

FONSECA, Tiago Soares da. Da tutela judicial civil dos direitos de personalidade. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, ano. 66, n. 1, jan. 2006.

FRANÇA, Rubens. Limongi. **Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais**. Revista do Advogado, São Paulo, n. 38 dez. 1992.

GARSTKA, Hansjürgen. **Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz**. In: SCHULZKI-HADDOUTI, Christiane. *Bürgerrechte im Netz*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 2003.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós**. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. **A defesa especial dos direitos de personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro.** Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 13, n. 1, p. 179-208, jan./jun. 2013.

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

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

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

JAMESON, Frederic. **A cultura do dinheiro: ensaios sobre a globalização.** Trad. Maria Elisa Cevasco e Marcos César de Paula Soares. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

JUNIOR, EROUTHS CORTIANO JUNIOR. **Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade.** In FACHIN, Luiz Edson (coord). Repensando fundamentos do direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 31-56.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

LEY nº 19.628/99 cf. CHILE. **Ley nº 19.628 sobre protección de la vida privada o protección de datos de carácter personal** (Publicada en el Diario Oficial de 28 de agosto de 1999).

LEY 25.326/2000 cf. ARGENTINA. **Ley 25.326/2000 de protección de los datos personales.**

LOTUFO, Renan. **Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição.** In SARLET, Ingo Wolfgang (ORG). O novo Código Civil e a Constituição. Porto Alegre: 2003, p.11-30.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado: Parte Geral (arts. 1º a 232).** 2ed. V1. São Paulo: Saraiva, 2004.

LUISI, Luiz. **Criminalização do verde.** Consulex, Brasília, DF. Ano 2, n. 19, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva.** 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da informática.** Coimbra: Almedina, 2000.

MARQUES, I. C. **O Brasil e a abertura dos mercados: o trabalho em questão.** São Paulo: Associação Brasileira de Estudos do Trabalho, 1998.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.). **Direito à privacidade.** São Paulo: Idéias e Letras, 2005.

MATTELART, Armand. **História da Sociedade da Informação.** Trad. Nicolas Nyimi Campanário. 2 ed. Revista e atualizada. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

MATTIA, Fábio Maria de. **Direitos da personalidade: aspectos gerais.** In CHAVES, Antônio (coord). Estudos de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 1979, p. 99-124.

MELLO, Cláudio Ari. **Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade.** In SARLET, Ingo Wolfgang (org). O novo Código Civil e a Constituição. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 67-98.

MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação civil pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

MONK, P. **Technological change in the information economy.** Londres: Pinter Publishers, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. **Curso de direito civil: parte geral.** 39 ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A Caminho de um Direito Civil Constitucional.** Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 65, 1993, pp. 21-32.

_____. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. **Direito da personalidade: estado da matéria no Brasil.** In: CHAVES, Antônio (coord). Estudos de Direito Civil. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 1979, p. 125-138.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova lei sobre a tipificação de delitos informáticos: até que enfim um diploma legal necessário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n.3443, 4 dez 2012. Disponível em: <http://www.Jus.com.br/artigos/23163>. Acesso em: 15 nov. 2015.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery. **Código de processo civil comentado.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1.012

NIELSEN. **Número de pessoas com acesso à internet no Brasil supera 120 milhões.** Disponível em: <<http://www.nielsen.com/br/pt/press-room/2014/Numero-de-pessoas-comacesso-a-internet-no-Brasil-supera-120-milhoes.html>>. Acesso em 15 de mar. de 2015.

NORA, Simon; MINC, Alain. **A informatização da Sociedade**. Trad. Luíza Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1980.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Mandado de Segurança Coletivo, mandado de injunção, habeas data (Constituição e Processo)**. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

PECK, Patricia. Quando a Sociedade Muda, o Direito também deve Mudar. In: **Internet Legal: O Direito na Tecnologia da Informação**. Omar Kaminski. 1ª ed.(2003), 5ª reimpr./Curitiba: Juruá, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. **Estudos de História da Cultura Clássica**. v. 1. Lisboa: FCG, 1987.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ensayos de Informática Jurídica**. México: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETTA, Nicola Luiza de. **História. Uma Abordagem Integrada**. 1. ed. São Paulo: Moderna, 1999.

PIZZOLANTE, Francisco Eduardo O. P. e A. **Habeas data e banco de dados: privacidade, personalidade e cidadania no Brasil atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LÉVY, Pierre. **A Inteligência Coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Rafael Garcia. **A pessoa e o ser humano no novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do Novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1-34.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

SENNET, Richard. **Autoridade**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA JÚNIOR, Alcides Leopoldo e. **A pessoa pública e o seu direito de imagem**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade de informação e seu lineamento jurídico. In: PAESANI, Líliliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.

SIMÃO FILHO, Adalberto. SCHWARTZ, Germano André D. “Big data” big problema! Paradoxo entre o direito à privacidade e o crescimento sustentável. **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Unilasalle / Universidad Complutense de Madrid**; Organizadores: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro, Germano André Doederlein Schwartz – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

SÓFOCLES. **Edipo Rei**. São Paulo: Bertrand, 2002.

SORJ, Bernardo. **Brasil@povo.com: a luta contra a desigualdade da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2003

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

STANCIOLI, Brunillo. **Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro**. Porto/São Paulo: Mandruvá. Disponível em: <www.hotopos.com/videtur27/brunello.htm#_ftnref3> Acesso: 01 nov. 2015

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica e concretização da Constituição. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Del Rey. Belo Horizonte, n. 1, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da Personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (coord). **A Parte Geral do Novo Código Civil**. : Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

UNIÃO EUROPÉIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa  proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e  livre circulação desses dados**. Jornal Oficial n. L 281 de 23/11/1995 p. 0031-0050. Bruxelas, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Parte Geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvin (Coord.). **Habeas data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

ZAFFARONI, Raul. **Tratado de Derecho Penal**. Vol. III, Buenos Aires: Ediar, 1981.

WEBGRAFIA

ALBAGLI, Sarita. LEGEY, Liz-Rejane. **Construindo a sociedade da informação no Brasil: uma nova agenda**. DataGramaZero - Revista de Ciência da Informação. v.1, n.5, out/00. Disponível em: <http://www.dgz.org.br/out00/Art_02.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

BELL, Daniel. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/login?ru=apoio/artigos/\\$daniel-bell](https://www.infopedia.pt/login?ru=apoio/artigos/$daniel-bell)>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BELL, Daniel. **The Coming of Post-Industrial Society**. 2001. Disponível em <[https://www.os3.nl/media/2011-2012/daniel bell - the coming of post-industrial society.pdf](https://www.os3.nl/media/2011-2012/daniel%20bell%20-%20the%20coming%20of%20post-industrial%20society.pdf)>. Acesso em: 04 nov. 2015.

BELLON, Ricardo Bruning. **A internet precisa de um marco civil?**. 10º Concurso de Monografia 'Levy & Salomão Advogados'. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/files/temp_ls/Monografia_2_10_Concurso.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia / Escola Nacional de Defesa do Consumidor**; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/copy_of_anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. **Sociedade da informação no Brasil : livro verde**. TAKAHASHI, Tadao. (Org.). Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4795.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015.

CASTELLS, Manuel. **Compreender a Transformação Social**. p.17/20. Artigo escrito para Conferência de 4 e 5 de Março de 2005, em Portugal-Lisboa, sobre o título Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política, em Conferência promovida pela Presidente da República Portuguesa, Jorge Sampaio, organizado

por Manuel Castells e Gustavo Cardoso. Disponível em: <<<http://www.cies.iscte.pt>>>. Acesso em: 3 set. 2015.

COSTA SANTOS, Plácida Leopoldina V. Amorim da; CARVALHO, Angela Maria Grossi de. **Sociedade da informação: avanços e retrocessos no acesso e no uso da informação.** Disponível em: <<http://www.ies.ufpb.br/ojs/index.php/ies/article/viewFile/1782/2687>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

FERNANDES, Cristina Wanderley. **Contratos eletrônicos.** Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos-pdf902/contratos-electronicos/contratos-electronicos.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2014.

FERRARI, Graziela Maria Rigo; ROSA, Tais H. **Privacidade, intimidade e proteção de dados pessoais.** Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/viewFile/495/pdf_69>. Acesso em: 01 nov. 2015.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Painel: retratos do Judiciário – sob os olhares do grande irmão, a proteção da intimidade. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v8n15n16/Painel_Retratos_do_Judiciario.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

IZIDORO, Frederico Afonso. **Direito ao esquecimento na internet: posição favorável.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direito-ao-esquecimento-na-internet-posicao-favoravel/13945>>. Acesso em: 01 set. 2014.

OLIVEIRA, Joaquim H. C. GONÇALVES, Carla F. **Do modelo de sociedade industrial ao de sociedade de informação: proteções jurídicas às inovações tecnológicas.** Revista de Direito da Unigranrio. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rduqr/article/viewFile/1393/720>. Acesso em: 04 nov. 2015.

SALDANHA, Jania Maria Lopes. **Qual direito para os dados pessoais em tempos de Big data?** Disponível em: <<<http://justificando.com/2015/03/16/qual-direito-para-os-dados-pessoais-em-tempos-de-big-data/>>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Direitos da personalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8509>. Acesso em: 01 nov 2015.

UNIVERSO ON LINE. **Big Data: Como a inteligência de dados vai mudar o nosso dia a dia.** Disponível em: <<<http://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/big-data-como-a-inteligencia-de-dados-vai-mudar-o-nosso-dia-a-dia.htm>>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

WERTHEIN, Jorge. **A sociedade de informação e seus desafios**. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

ZIEGLER, JoiciAntonia; PIAIA, ThamiCovatti. **A proteção e a regulação dos dados pessoais dos internautas brasileiros**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/vwk790q7/n77Dck6S55E3qPW8.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.