

Frederico da Costa Carvalho Neto

Novas Ferramentas e Privacidade

Sumário

1-Introdução. 2 – O Direito à Privacidade. 3- Da divulgação de dados e hábitos de consumo. 4- Redes sociais e privacidade. 5- Novas tecnologias e os Novos Direitos. 6- Conclusão

1- Introdução

A evolução tecnológica e a facilidade de acesso à informação mudaram o mundo. E se boa parte dessa mudança é visível, não podemos ignorar que o progresso também causa problemas como, por exemplo, o acesso quase ilimitado a dados que muitas vezes dizem respeito à privacidade e até mesmo a intimidade dos cidadãos.

O acesso à internet e as redes sociais têm contribuído muito para as comunicações, deram, senão efetividade, pelo menos grande contribuição para um direito fundamental, o da informação. Dinamizou os negócios e propiciou, até mesmo, o resgate da cidadania, e neste sentido as recentes manifestações populares evidenciam como essa nova forma de comunicação é útil.

O marco civil da internet é necessário sem dúvida, tanto que solicitada pela Presidência da República a urgência na tramitação do projeto de Lei nº 2.126/11, como publicado no Diário Oficial de 11 de setembro último. Mas se há a necessidade de uma regulamentação específica isso não significa que existe uma lacuna relativamente à responsabilidade civil às novas tecnologias, às novas formas de comunicação tanto na prevenção como na reparação de danos.

Qualquer atividade esta sujeita ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais. Pode-se dizer que a legislação ainda é ineficaz, que não há tipicidade. Mas esse entendimento está atrelado ao Direito Penal, que parte da premissa de o que não está previsto especificamente como crime, não implica em delito. Isso prevalece, e não poderia ser diferente na esfera penal, mas estender esse pensamento para a responsabilidade civil, para as novas tecnologias não faz o menor sentido.

Reflete inclusive certo desprezo com o Direito preexistente, porque se não há uma regra específica, há, e faz tempo, regras gerais, e neste sentido, pretendemos no presente artigo desenvolver a ideia de que as novas tecnologias estão sim abarcadas no ordenamento jurídico, principalmente pelos novos direitos e se ainda falta tipicidade explícita para a esfera penal, isso não afeta a responsabilidade civil.

Infelizmente, também neste setor ocorre o divórcio entre os empreendedores e lei, pois os interesses econômicos e a ganância parecem estar acima de tudo e de todos. Se é certo que a nova ordem constitucional e os novos direitos, asseguram tanto o desenvolvimento econômico como garantem direitos, é certo também que a ambição desmedida ainda não encontrou freios, limites, pela falta de tipicidade explícita. Muitos empreendedores apostam, arriscam, crendo que agir em desacordo com a lei ainda vale à pena.

Neste sentido, o número de empreendimentos irregulares em escancarada afronta as normas de direito ambiental e urbanístico, a proliferação de contratos recheados de cláusulas abusivas, as práticas comerciais irregulares, os produtos e serviços muitas vezes inadequados, e o próprio Estado, o maior inadimplente, mostram que a ilegalidade, que deveria ser a exceção, se não é a regra, é no mínimo constante, recorrente.

Esse comportamento pode ser creditado a nossa história, a colonização, a escravidão, a pouca democracia, mas tudo isso não explica a conduta marginal que vai desde o inadimplemento até a criminalidade. Veja-se que o país cresceu economicamente na última década, melhorou indiscutivelmente em termos sociais, mas muitos problemas só aumentaram. Não há dúvida que é a impunidade que fomenta esse comportamento.

Essa conduta viola vários direitos, podemos dizer em todos os aspectos, mas o direito a privacidade vem sendo violado sistematicamente e de forma camuflada na internet, nas chamadas redes sociais.

Abordaremos especificamente a questão da privacidade, a internet e as redes sociais, e os novos direitos para demonstrar que estes colocam limites a violação da privacidade, ainda que não tipifiquem, que não tratem explicitamente desses contratos.

2 - O direito à privacidade:

O direito à privacidade é tão fundamental que não só está garantido na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, como veremos adiante, mas recomendado tanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem como no Pacto

Internacional de Direitos Civis e Políticos¹. Na Declaração: "Artigo XII- Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências e ataques." **e no Pacto:** "Art. 17- 1.Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra e reputação. 2.Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas."

Este direito está assegurado pelas disposições da Constituição Federal e do próprio Código Civil. O artigo 5º da Constituição Federal assegura em seus incisos V e X, respectivamente: "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, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;" Enquanto o inciso X fala em inviolabilidade o inciso V assegura direito de resposta. No Código Civil o artigo 21 garante: "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."

O Direito tradicional está mais voltado para a reparação do dano do que para sua prevenção e embora tanto a Constituição Federal como o Código Civil assegurem a prevenção, ainda estão voltados para a exteriorização, para a violação que se torna pública.

Essa exteriorização sempre foi protegida nas questões voltadas ao sigilo de correspondência, fiscal, bancário e profissional². Mas o avanço tecnológico, notadamente na

¹ Adotado pela O.N.U. na Assembleia Geral de 16 de dezembro de 1966.

² O sigilo de correspondência recebeu proteção em todas as Constituições brasileiras.(art. 179, inciso XXVII na CF 1824; art. 72, § 18 na CF 1891; art. 113, inciso 8º na CF 1934; art. 141, § 6º na CF 1946; art. 150, § 9º na CF 1967 e na atual no art. 5º., inciso X). O sigilo profissional(adogados, médicos e psicólogos) estão protegidos pela legislação de cada corporação e o sigilo bancário pela Lei complementar nº 105 de 2001. A revelação de sigilo é apenada pelo Código Penal que em seu artigo 154 estabelece: " Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação."

informática e nas telecomunicações, contribuiu em muito para a violação da privacidade. Mas o que vem a ser a privacidade, até onde ela vai? Qual o limite entre o que é público e o privado, o que pertence exclusivamente à própria pessoa?

Fábio Ulhoa Coelho esclarece³: *“A cada pessoa corresponde um conjunto de informações. Algumas delas são públicas e a pessoa interessada não pode impedir o acesso de terceiros ou mesmo sua divulgação. Nesse caso se encontram os nomes dos pais e dos avós, data e local de nascimento e outras.. As demais são informações privadas, que se encontram em laudos médicos, prontuários escolares, faturas de cartão de crédito, contas de telefone, etc. Cada pessoa tem o direito de manter reservadas as informações não públicas que quiser. Este é o direito à privacidade.”*

Nestor Duarte comentando o artigo 21 do Código Civil e diferenciando privacidade e intimidade diz⁴: *“Corolário de regra constitucional (art.5º,X, da CF/88), é vedada a intromissão de estranhos na vida privada. Trata-se de obrigação de não fazer decorrente da lei cujo descumprimento pode ser coibido mediante provimento jurisdicional de natureza cominatória. Extensão dessa regra acha-se no art. 1.513 do Código Civil, que proíbe interferir na comunhão da vida instituída pela família”. Não se confundem vida privada e intimidade, na medida em que essa se volta para o mundo interior do indivíduo, compreendidos, por exemplo, seus segredos, enquanto aquela, para o mundo exterior, que corresponde ao direito de manter o modo de vida que aprovar. Sob um ou outro aspecto, todavia, a proteção concedida é contra a indiscrição alheia.”*

Nelson e Rosa Nery, comentando o artigo 21 do Código Civil e sua conexão com a Constituição Federal⁵: *“O homem tem direito aos seus segredos. Essa e a dimensão natural da disposição constitucional que protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sujeitos de direito(CF 5º X).”*

Celso Lafer falando sobre o direito à intimidade⁶: *“é o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”.*

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa e Maria Cecília Bodin de Moraes em comentário ao artigo 21 do Código de Civil dizem⁷: *“é notável como se vê, a vis expansiva*

³ *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Editora Saraiva, 4ª. Edição, pp.207/208.

⁴ *Código Civil Comentado*, coordenado por Cezar Peluso, Editora Manole, 6ª edição, p.42.

⁵ *E Código Civil Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, p. 192

⁶ *A reconstrução dos direitos humanos*, Companhia das Letras, p. 239

⁷ *Código Civil Interpretado*, Editora Renovar, 2ª. edição. P.61

da privacidade no mundo contemporâneo- alimentada pelo manancial de ameaças que se potencializam como o desenvolvimento tecnológico. O crescimento das possibilidades de controle faz com que se tente justificar a 'invasão da privacidade'- expressão característica do tempo atual e que bem transmite a ideia da existência de uma esfera privada- a cada nova ameaça que surja, sejam as mais tangíveis, como o medo do terrorismo, sejam outras menos fundadas em um suposto interesse público como e o caso da intensificação do controle do ambiente de trabalho, calcada em um apelo a produtividade.”

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior falando sobre o artigo 5º. Inciso X da Constituição Federal observam⁸: *decididamente, o texto constitucional, ao empregar as expressões intimidade e privacidade, quis outorgar duas diferentes formas de proteção. Com efeito, a vida social do indivíduo divide-se 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 os segredos dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade. ... Podemos vislumbrar assim dois diferentes conceitos. Um de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o eu”e os outros”, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direito dentro da interpessoalidade da vida privada.”*

Alguns autores, como Fabio Ulhoa Coelho, não diferenciam intimidade e privacidade⁹: *“Privacidade e intimidade devem ser tomadas como expressões sinônimas. Convém, ademais, esclarecer que a inviolabilidade da vida privada não se confunde com a do domicílio. Se estou querendo ficar só em casa, lendo ou descansando, e alguém me perturba o sossego, não é minha vida privada que está sendo violada, mas meu domicílio.”*

J.J. Gomes Canotilho fala em direito a autodeterminação informativa¹⁰: *“ O segredo não é compatível com as liberdades e direitos do homem. Ao segredo acrescenta-se um novo perigo para o cidadão: ‘a digitalização dos direitos fundamentais ’. Contrapondo-se a ideia de arcana práxis, tende hoje a ganhar contornos um direito geral a autodeterminação informativa*

⁸ *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 2ª.edição, pp.91/92.

⁹ *Idem*, p. 208.

¹⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Livraria Almedina, 3ª. edição p.480,

que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização de seus dados pessoais...”

Privacidade e Intimidade dizem respeito a assuntos que são exclusivos do cidadão. O que é público, registros de propriedade, profissão, qualificação, por exemplo, pode ser conhecido por todos, inclusive porque oponíveis *erga omnes*, mas a vida privada, como vive, o que gosta ou deixa de gostar, o que fez ou faz, com quem se comunicou, que site visita, quanto tem, quanto deve, pelo que se interessa, tudo isso diz respeito somente à própria pessoa e não pode em nenhuma hipótese chegar ao conhecimento de quem quer que seja.

3- Da divulgação de dados e hábitos de consumo:

Fabio Ulhoa Coelho, com razão, observa que o tráfego de dados sempre existiu, agora apenas aumentou¹¹: *“O aumento da eficiência das publicidades direcionadas a público mais propenso à aquisição de determinado produto ou serviço não foi na verdade, constatado após a difusão do comércio eletrônico via internete. As administradoras de cartões e crédito, pela análise das seguidas faturas que emitem, sempre tiveram meios de identificar os hábitos de consumo de afiliados ao sistema de pagamento que administram. A internete apenas criou as condições para alimentar a formação do perfil do consumidor com as informações em quantidade e qualidade significativamente maiores.”*

Recentemente, surgiram notícias relativas a hábitos de autoridades públicas, vazadas, supostamente, dos chamados cadastros de crédito. Cadastros regulados pelo artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor que de forma taxativa estabelece no parágrafo quarto seu caráter público¹²e, portanto, submetidos aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal¹³. No entanto, é comum se ver em pequenos estabelecimentos placas anunciando a possibilidade de consulta aos cadastros de crédito. Então o caráter confidencial, o sigilo e a privacidade não estão protegidos efetivamente como se pensa.

¹¹ Idem, ,p.56.

¹² “§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.”

¹³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

O tráfego de dados sigilosos também existe por força de lei, e de Lei Complementar. No governo Fernando Henrique Cardoso, foi votada a lei que regula o sistema financeiro, mas num de seus dispositivos, a norma não considera como violação de sigilo o repasse de informações autorizadas pelo consumidor¹⁴. Mas quem disse que o consumidor sabe que deu a autorização. Frederico da Costa Carvalho Neto, observa¹⁵: *“Mas foi o próprio Estado, que deveria proteger o cidadão e o consumidor, quem propiciou de forma dissimulada, a invasão da privacidade dos correntistas de bancos e utilitários dos serviços de pagamento com cartões de débito e crédito ao elaborar a Lei Complementar 105 de 2001.”*

A maioria dos consumidores não sabe e provavelmente nunca saberá que autorizou a instituição financeira, a administradora do cartão de crédito, a repassar informações de consumo. Essa autorização que por força do inciso I do artigo 51 do CDC é tida como cláusula abusiva por implicar em renúncia de direito¹⁶e, portanto, nula de pleno direito, possibilita um gigantesco tráfego de dados. Talvez fosse mais apropriado falar em tráfico de informações.

De outro lado, muito embora regulados no artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷, os chamados cadastros de crédito, não têm sido fiéis às determinações do

¹⁴“Art.1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. :”§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo: V - a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;”

¹⁵ *Responsabilidade Civil dos Bancos e Dever de Sigilo*, em *Responsabilidade Civil Bancária*, Coordenação de Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio, Editora Quartier Latin, p.664, São Paulo, 2012.

¹⁶ “ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. ...”

¹⁷ “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.”

Código de Defesa do Consumidor, precisamente ao parágrafo quarto do artigo 43 que estabelece: “§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.”

A desobediência vai desde convênios com órgãos públicos até a associação quase que ilimitada, sendo comum adesivos em papelarias, pequenas gráficas e congêneres de cartazes oferecendo consulta aos cadastros, quando o caráter confidencial desses órgãos deveria restringir ao máximo o acesso aos dados.

4 - Redes sociais e privacidade:

Se no caso das instituições financeiras a legislação perversa permite dissimuladamente o repasse de dados, e eventualmente até mesmo se o cliente tiver conhecimento, o que não implica em concordância, nem em regularidade, nas redes sociais o consumidor não sabe que seus atos e opiniões são repassados pela operadora. Neste sentido, Fernando Reinach observa que¹⁸: *“Com pequenos atos, deixamos escapar involuntariamente informações que consideramos privadas. Captar essa informação e fazer uso dela é uma arte antiga. A novidade é que hoje deixamos um rastro enorme de informações digitais. Será possível usar essa informação para descobrir pensamentos e características pessoais? Um novo estudo demonstrou que é possível descobrir, com grande probabilidade de acerto, informações privadas simplesmente analisando os "likes" de uma pessoa no Facebook. A internet está coalhada de pequenas mãos com o polegar para cima. São os "likes" - "curtir" ou "recomendar" - do Facebook. Quando um usuário do Facebook clica nesses ícones, demonstra apreciação ou aprovação. Essa informação é recebida por seus amigos, pelos donos da página e pelo próprio Facebook. Sua escolha se torna pública. Se você "curte" um carro, todos sabem Os resultados mostram que é possível, usando só os "likes" de um usuário do Facebook, saber seu sexo, idade, preferência sexual, se é emocionalmente estável, seu QI, se fuma, bebe ou se droga, se é democrata ou republicano, se seus pais se separaram antes dele ter 21 anos, se é fiel, e dezenas de outros atributos pessoais. A previsão é mais confiável quanto mais a pessoa dá "likes".*

¹⁸ *Como deixamos vaziar informações privadas*, Jornal O Estado de São Paulo, de 27 de julho de 2013, p. A21.

Ricardo Luis Lorenzetti, falando sobre as redes sociais e a proteção da privacidade observa¹⁹ *“O problema da proteção da privacidade é central na organização da rede. O usuário deixa seus dados pessoais, e estes são registrados em múltiplas formas e utilizada para diversos fins, incluindo aspectos tão variados, como o marketing, o controle da privacidade, opiniões políticas, discriminação. A Comissão Federal de Comércio dos EUA (FTC) publicou um relatório sobre Intimidade on-line, que descreve como se obtém os dados de uma pessoa, quando os usuários visitam sites comerciais de empresas americanas e essas informações são analisadas através da coleta de dados. Neste contexto, a privacidade não é apenas a reserva do "direito de ficar sozinho", mas um problema de comunicação: os dados fornecidos sem consentimento são utilizados para construir um perfil do sujeito²⁰.”*

Celso Lafer, parece que antevendo, no final do século passado, o que vivemos hoje, disse, como sempre, com enorme propriedade²¹: *“A postulação de um direito à intimidade é uma consequência das novas realidades sociais do mundo contemporâneo. Essas realidades vêm levando, de um lado, à interferência crescente na esfera da vida privada por parte do poder público-tanto no exercício quotidiano do poder de polícia quanto no campo da atividade judiciária-e, de outro, maior possibilidade de terceiros se intrometerem no âmbito da intimidade das pessoas. Para isso vêm concorrendo artefactos derivados da inovação tecnológica, como teleobjetivas, gravadores de minúsculas dimensões, aparelhos de interceptação telefônica, computadores.”*

Silvio de Salvo Venosa²²: *“Deve haver sempre posição firme do jurista no sentido de defender a preservação da intimidade, tantos são os ataques que sofre modernamente. Não se pode permitir que a tecnologia, os meios de comunicação e a própria atividade do Estado invadam um dos bens mais valiosos do ser humano, que é seu direito à intimidade, seu direito de estar só ou somente na companhia dos que lhe são próximos e caros.”*

¹⁹ *Tratado de los Contratos*, Tomo III, Rubinzal-Culsoni Editores, pp. 867/868.

²⁰ Tradução livre do Autor: *“ El problema de la protección de la privacidad es central en la organización de la red. El sujeto usuario vuelca sus datos personales, y éstos son registrados de múltiples maneras y utilizados para fines muy diversos, que incluyen aspectos tan variados como el marketing, el control de la vida privada, la persecución política, o la discriminación. La Federal trade Commission norteamericana (FTC) ha publicado un informe sobre Intimidad on line en el que se describe cómo se obtienen los datos personales de los usuarios que visitan las webs comerciales de las empresas americanas y se analiza la política de las mismas respecto a la información al usuario sobre la recogida de dichos datos. En este contexto, la privacidad no es sólo la reserva del "derecho a estar solo", sino un problema de comunicación: el dato ulteriormente utilizado sin consentimiento para construir un perfil del sujeto.”*

²¹ *Idem*, pp. 239/240.

²² *Código Civil Interpretado*, Editora Atlas, p. 32

Se é certo que muitos se expõem, contam tudo e mais um pouco, dão bom dia, boa tarde e boa noite, são ou querem ser notados, sonham com a fama, a maioria nem imagina e nem poderia imaginar que tudo o que diz pode ser repassado, coletado para fomentar bancos de dados, cadastros. Etc..

Pode-se dizer que há uma fragilidade legal que de um lado não protege de forma eficaz e de outro autoriza o comércio de dados para importante segmento, como no caso das instituições financeiras e afins.

Paulo José da Costa Junior com muita propriedade observa²³: *“O legislador caminha sempre com o passo trôpego. Avança com vagar. Mais lentamente que os fatos sociais, que evoluem vertiginosamente, reivindicando normas e providências. Surgem assim valores novos que vão avante das leis, desprotegidos, a reclamar tutela.”*

Mas há vedação tanto para a invasão da privacidade como para prevenção e reparação de danos na prestação de serviços, não só na Constituição Federal, como no Código Civil, mas de forma principiológica no Código de Defesa do Consumidor, que é norma geral de consumo e que alcança as relações estabelecidas nas chamadas redes sociais, facebook, twitter e outros.

5- Novas tecnologias e os Novos Direitos

As novas tecnologias surgiram depois da maioria das leis, e mesmo de leis novas com cara antiga, como não deixa de ser o Código Civil de 2002, que embora tenha disciplinado o direito de empresa, se adaptado à nova ordem constitucional na parte do Direito de Família, incorporando o que a doutrina e a jurisprudência diziam há muito tempo, na parte geral, nas obrigações, nos direitos reais e na contratual, recebeu uma simples repaginada, não regulando e sequer prevendo os contratos eletrônicos, a comunicação pela internet, etc..

Veja-se que nos novos direitos, não só na Constituição Federal que abordaremos a seguir, mas a legislação infraconstitucional que é anterior em grande parte ao Código Civil, já tratava dos novos desafios. A Política Nacional do Meio Ambiente²⁴, por exemplo, já falava em desenvolvimento sustentável²⁵.

²³ *O Direito de estar só, a tutela penal do direito à intimidade*. Siciliano Jurídico, 3ª. edição, p.13.

²⁴ Lei nº 6938/81.

²⁵ “Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:”

Celso Antonio Pacheco Fiorillo, falando sobre o desenvolvimento sustentável diz²⁶:
“Com isso, a noção e o conceito de desenvolvimento, formados num Estado de concepção liberal, alteraram-se, porquanto não mais encontravam guarida na sociedade moderna. Passou-se a reclamar um papel ativo do Estado no socorro de valores ambientais, conferindo outra noção ao conceito de desenvolvimento.”

A Política Nacional das Relações de Consumo, estabelece, respectivamente, as condições ao desenvolvimento sócio – econômico²⁷ e a compatibilização a defesa do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico, expressamente no inciso III nos seguintes termos: “III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;”

E prestigiando a evolução tecnológica, estabeleceu na seção da responsabilidade pelo fato do produto e serviço, respectivamente, nos parágrafos segundo do artigo 12(produto) :§ 2º o **produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.** e no 14(serviço): “§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.”

Toda e qualquer atividade econômica tem que observar os princípios da Constituição Federal, começando pela dignidade da pessoa humana, passando pelo marco estabelecido no artigo 170 da Constituição Federal, onde encontramos, sem dúvida o começo do caminho do desenvolvimento sustentável. Nele o legislador constituinte determinou: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de

²⁶ *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, Editora Saraiva, 13ª. Edição, p.88

²⁷ “Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:”

pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

As redes sociais, os provedores prestam serviços. Poderia alguém dizer que enquanto os provedores cobram pelos serviços prestados, as redes sociais são gratuitas e por essa razão não estariam sujeitas as regras do CDC. Acontece que, se as redes sociais não são remuneradas diretamente pelos consumidores, recebem remuneração indireta.

E por mais remota que seja, não deixa de existir. Neste caso o custo do serviço será arcado pelo consumidor na aquisição de produtos e serviços fornecidos por fornecedores que se valem dos dados obtidos nas redes sociais e que investem em publicidade nas redes.

A doutrina já esgotou o assunto com relação à remuneração indireta. Luiz Antonio Rizzatto Nunes é taxativo²⁸: *“O CDC define serviço como aquela atividade fornecida mediante “remuneração”. Antes de mais, nada, consigne-se que praticamente nada é gratuito no mercado de consumo. Tudo tem, na pior das hipóteses, um custo, e este acaba, direta ou indiretamente, sendo repassado ao consumidor”*.

Leonardo de Medeiros Garcia²⁹: *“Então a chave para se identificar o que é “serviço” no Código e verificar se ocorre a prestação mediante remuneração, ainda que de forma indireta, como nos serviços aparentemente gratuitos”*

Flavio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, no mesmo sentido³⁰: *dizem: apesar da lei mencionar expressamente a remuneração, dando um caráter oneroso ao negocio, admite-se que o prestador tenha vantagens indiretas, sem que isso prejudique a qualificação da relação consumerista.”*

A matéria já foi apreciada no Superior Tribunal de Justiça: *“Inexiste violação ao art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta”³¹*

Essa face enganosa das redes sociais viola os princípios do Código de Defesa do Consumidor, começando pelas disposições do artigo 4º que trata da Política Nacional das

²⁸ *Curso de Direito do Consumidor*, Editora Saraiva, 6ª edição, p. 146/147. São Paulo, 2011.

²⁹ *Direito do Consumidor, Código Comentado e Jurisprudência*, Editora Impetus, 8ª edição, p.27, Niterói, RJ, 2012.

³⁰ *Manual de Direito do Consumidor*, Editora Método, p. 88, São Paulo, 2012

³¹ Recurso Especial nº 566468/RJ, relator Ministro Jorge Scartezini, DJ 17/12/204.

Relações de Consumo em seu caput fala em dignidade, transparência, além da proteção à segurança e aos interesses econômicos dos consumidores.

As invasões da privacidade e da intimidade afetam a dignidade do consumidor. A dignidade da pessoa humana esta garantida na Constituição Federal e a dignidade do consumidor pela disposição do caput do artigo 4º do CDC que trata da Política Nacional das Relações de Consumo. Rizzatto Nunes afirma³²: *"E ela, a dignidade, o ultimo arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional."*

Mas talvez a questão mais gritante seja a falta de transparência, a má-fé que se dá pela ausência de informação ou de informação inadequada relativamente à abertura da vida privada às escondidas. E mais, a desconsideração por parte dos empreendedores, nesse rol incluídos, provedores de serviços, sites, da regra taxativa do artigo 10º do Código de Defesa do Consumidor que não deixa margem à dúvida ao estabelecer: "Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança."

Ao dizer que o fornecedor não pode colocar no mercado o que sabe ou deveria saber, o legislador de forma inequívoca proíbe produtos e serviços que comprometam a saúde ou segurança. No caso da internet e das redes sociais, falamos de serviço e segurança. E sem dúvida o serviço, muitas vezes é defeituoso, nos termos do artigo 14 do CDC que estabelece: "Art. 14. O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Com relação à privacidade, podemos dizer sem medo de exagerar que qualquer violação da privacidade importa em defeito do serviço. Veja-se que no caput do artigo 14 a informação

³² Idem, p. 62

insuficiente ou inadequada é tida como defeito. No mesmo artigo o legislador estabeleceu o defeito do serviço com a expectativa que dele se tem.

Com relação aos riscos que razoavelmente se esperam, no serviço prestado por provedores, redes sociais, porque razão o consumidor pensaria em riscos? Claro que nas hipóteses excludentes o legislador apontou a possibilidade de a culpa do consumidor ou de terceiro elidirem a responsabilidade do fornecedor. Mas a culpa nos dois casos tem que ser exclusiva, não se admitindo a culpa concorrente porque o serviço deve ser bem prestado, tem que ser eficaz, alias, muito oportuno o comentário de Rizzatto Nunes ao artigo 10, dizendo³³:
“ Qualquer problema relativo à nocividade ou periculosidade dos produtos e serviços oferecidos ao consumidor, quer seja no que tange a vícios, quer diga respeito a defeito, resolve-se com base na responsabilidade objetiva do fornecedor, Culpa não interessa aos aspectos civis das relações de consumo, com exceção do §4º, do artigo 14, que cuida da responsabilidade do profissional liberal”.

Por outro lado, essa excludente de responsabilidade deve ser melhor analisada, porque pode, de fato, ocorrer, nas comunicações. Por exemplo, quando um consumidor digita seus dados no site do seu banco, qualquer problema na prestação de serviço é de responsabilidade do banco³⁴.

Já na comunicação entre particulares, se o consumidor passa seus dados para qualquer um, o provedor de acesso não tem nada a ver com isso, até porque não pode violar a

³³ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Saraiva, 6ª, edição, p. 234, São Paulo, 2011.

³⁴ Yuri Gonzaga em matéria no site da Folha de São Paulo, noticiou: **“Brechas em sites do Bradesco e do Banco do Brasil expõem milhões. Diferentes brechas de segurança encontradas nos sites do Banco do Brasil, do Bradesco, do serviço de pagamentos Moip e da Boa Vista Serviços (administradora do cadastro de devedores SCPC) expuseram recentemente dados privados de milhões de pessoas. Os problemas foram descobertos pelo analista de sistemas Carlos Eduardo Santiago, 21, que os demonstrou à Folha após ter sido ignorado pelas empresas. “Ao Moip, à Boa Vista e ao Bradesco, relatei as questões há cerca de um ano”, conta. “Descobri o erro do Banco do Brasil no dia 8, mesma data de quando avisei a empresa por meio do SAC, mas fui ignorado. Decidi, então, checar as outras falhas, e elas ainda existiam” diz. A seção de seguros residenciais da agência virtual do Banco do Brasil permitia, até a quinta-feira passada, que qualquer pessoa com acesso à área (cliente segurado pelo banco ou em posse desses dados) visualizasse CPF, nome, endereço, telefone, e-mail, agência e número da conta de outro segurado, por meio de uma simples alteração de parâmetro no código-fonte. Tal parâmetro pode ser visualizado com qualquer navegador moderno -- não demanda ferramenta ou conhecimento avançados. Segundo Santiago, o número de clientes do Banco do Brasil que foram expostos pelo erro é de 1,85 milhão, estimativa com base na sequência do código dos documentos disponíveis por pelo menos duas semanas. Contatada pela Folha na quinta, a companhia solucionou a falha no mesmo dia. Por meio de sua assessoria de imprensa, o Banco do Brasil disse que “o problema não teve associação com qualquer tipo de transação financeira” e que, por isso, “não trouxe risco para os clientes.”**

privacidade do consumidor. Imagine alguém conhecendo outra pessoa nas redes sociais e depois descobrir que se trata de pessoa inidônea. Aí não existe defeito do serviço, porque presente a culpa exclusiva de terceiro, daquele que não tem qualquer relação com o fornecedor.

A correspondência está protegida pelo sigilo. Muito embora nos últimos tempos tenham sido noticiadas invasões, por parte de governos, como a espionagem americana, e mesmo de provedores que se defendem dizendo que esse risco é esperado.

Neste sentido pronunciou-se o Google, dizendo que seus consumidores não têm expectativas razoáveis relativamente à segurança da privacidade³⁵. Neste caso, não temos dúvida, importa em defeito da prestação do serviço, até porque, se o serviço não garante a segurança, não pode ser oferecido.

6 - Conclusão:

³⁵ Conforme noticiou o “The Guardian” em 14 de agosto último nos seguintes termos: *“Usuários do Gmail sabem que não têm privacidade, diz Google Os usuários do Gmail não têm “expectativa razoável” de que suas mensagens sejam confidenciais, afirmou o Google em documentos judiciais. O grupo de defesa do consumidor Consumer Watchdog, que descobriu o documento, classificou a revelação como “uma admissão chocante”. O documento veio à luz em um momento no qual o Google e as demais companhias de tecnologia sofrem pressão para explicar o papel que desempenham na vigilância em massa praticada pela Agência Nacional de Segurança (NSA) sobre cidadãos dos Estados Unidos e estrangeiros. “O Google enfim admitiu que não respeita a privacidade”, disse John Simpson, diretor do projeto de privacidade da Consumer Watchdog. “As pessoas deveriam aceitar a palavra deles. Se você se incomoda com a privacidade de sua correspondência via e-mail, não use o Gmail”. O Google expôs seus argumentos no mês passado como parte de um esforço para conseguir o encerramento de um processo coletivo contra a companhia na qual ela é acusada de violar as leis de escuta ao vasculhar o conteúdo de e-mail a fim de direcionar anúncios aos usuários do Gmail. O processo, aberto em maio, alega que o Google “abre, lê e adquire ilegalmente o conteúdo de mensagens privadas de e-mail de seus usuários”. A petição cita Eric Schmidt, presidente do conselho da empresa: “A política do Google é chegar bem perto da linha do inadmissível sem cruzá-la”. “Sem que milhões de pessoas o saibam, em base cotidiana e há anos, o Google vem sistemática e intencionalmente ‘cruzando a linha do inadmissível’ e lendo mensagens de e-mail que contêm informações que os usuários não desejam que ninguém conheça, para adquirir, coletar ou minerar informações valiosas contidas nos e-mails”, o processo alega. Em uma petição pelo encerramento do caso, o Google afirmou que os queixosos estavam “fazendo uma tentativa de criminalizar práticas comuns de negócios” que são parte do serviço Gmail desde sua introdução. O Google afirmou que “todos os usuários de e-mail devem necessariamente esperar que seus e-mails sejam sujeitos a processamento automático”. De acordo com o Google, “da mesma forma que o remetente de uma carta a um colega de negócios não pode se surpreender caso a secretária deste abre a carta, as pessoas que usam e-mail baseado na Web não podem se surpreender se suas comunicações forem processadas pelo ECS (serviço de comunicações eletrônicas) do destinatário, no curso da entrega”. Mencionando outro processo sobre privacidade, os advogados do Google disseram que “não se afirma o suficiente na queixa sobre o relacionamento específico entre as partes e as circunstâncias específicas [da comunicação em questão], e, portanto não se pode extrair uma conclusão plausível de que essa forma de comunicação gera expectativa objetivamente razoável de confidencialidade”. Simpson, crítico veterano do Google, diz que “a argumentação do Google emprega uma analogia tacanha, a de que enviar um e-mail é como confiar uma carta aos correios. Minha expectativa é de que o correio entregue a carta no endereço que consta do envelope, e não a de que o carteiro a abra e leia”. “De forma semelhante, quando envio um e-mail, espero que seja entregue ao destinatário pretendido, com uma conta do Gmail baseada em um endereço de e-mail. Minha expectativa deveria ser a de que o conteúdo será interceptado e lido pelo Google”, ele disse.” **DOMINIC RUSHEDO** “GUARDIAN”, EM NOVA YORK”.*

O fato é que estamos ainda na contramão dos novos direitos, admitindo no âmbito civil uma lacuna que não existe, muito embora a lei deva ser mais precisa, trabalhando com a ideia de que indenização tudo resolve. Não resolve nem nunca resolveu. Se o direito comum e a própria Constituição Federal, falam em reparação, direito de resposta, o Código de Defesa do Consumidor e a própria Política Nacional do Meio Ambiente, trabalham com a prevenção, a precaução.

Espera-se pela exteriorização do dano para após se examinar a possibilidade de indenizar a vítima. Este raciocínio é arcaico, porque não só admite e convive com a indústria da lesão como fomenta os conflitos.

As relações sejam comerciais ou pessoais sempre existiram e a tecnologia acelerou-as é certo, mas não excluiu a apreciação de prejuízo ou de possíveis danos ao cidadão. E os novos direitos, como apontado acima, além de cercarem ainda que genericamente essa prática lesiva à privacidade, conferem legitimidade, ao Estado, às associações e a qualquer pessoa para buscar a prevenção e a reparação e a adequada prestação desses serviços.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, LUIZ ALBERTO DAVID e NUNES JUNIOR, VIDAL SERRANO em Curso de Direito Constitucional, Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 1999

CANOTILHO, J.J. GOMES em Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Livraria Almedina, 3ª edição, Coimbra, 1999

CARVALHO NETO, FREDERICO DA COSTA, Responsabilidade Civil dos Bancos e Dever de Sigilo, em Responsabilidade Civil Bancária, Coordenação de Alexandre Guerra e Marcelo Benacchio, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2012

COELHO, FÁBIO ULHOA *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Editora Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2010.

COSTA JUNIOR, PAULO JOSÉ da, em *O Direito de estar só, a tutela penal do direito à intimidade*. Siciliano Jurídico, 3ª edição, São Paulo, 2004

DUARTE, NESTOR, em *Código Civil Comentado*, coordenado por Cezar Peluso, Editora Manole, 6ª edição, Barueri, SP, 2012.

FIORILLO, CELSO ANTONIO PACHECO em Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Editora Saraiva, 13ª. Edição, São Paulo, 2012.

GARCIA, LEONARDO DE MEDEIROS, em *Direito do Consumidor, Código Comentado e Jurisprudência*, Editora Impetus, 8ª edição, Niterói, RJ, 2012.

LAFER, CELSO, *A reconstrução dos direitos humanos*, Companhia das Letras, São Paulo, 1998

LORENZETTI, RICARDO LUIS Em *Tratado de los Contratos*, Tomo III, Rubinzal-Culsoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2006.

NERY JR, NELSON e ROSA NERY, em *Código Civil Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo, 2006.

NUNES, LUIZ ANTONIO RIZZATTO ,“Curso de Direito do Consumidor, editora Saraiva, 6ª edição, São Paulo, 2011.

-----Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Editora Saraiva, 6ª, edição, São Paulo, 2011.

REINACH, FERNANDO, em *Como deixamos vazas informações privadas*, Jornal O Estado de São Paulo, de 27 de julho de 2013.

TARTUCE, FLAVIO e NEVES ,DANIEL AMORIM ASSUMPCAO em *Manual de Direito do Consumidor*, Editora Método, São Paulo, 2012

TEPEDINO GUSTAVO, BARBOSA, HELOISA HELENA e MORAIS, MARIA CECÍLIA BODIN DE em *Código Civil Interpretado*, Editora Renovar, 2ª edição. P.61, Rio de Janeiro, 2011.

VENOSA, SILVIO DE SALVO, em *Código Civil Interpretado*, Editora Atlas, São Paulo 2010.