

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE-SP.

**O DIREITO DE PRIVACIDADE EM FACE AOS MEIOS
ELETRÔNICOS**

Roberta Guimarães Louzada

Presidente Prudente/SP
2004

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE –SP.

**O DIREITO DE PRIVACIDADE EM FACE AOS MEIOS
ELETRÔNICOS**

Roberta Guimarães Louzada

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Msc. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente/SP
2004

O DIREITO DE PRIVACIDADE EM FACE AOS MEIOS ELETRÔNICOS

Trabalho de Conclusão de curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Prof. Msc. Marcelo Agamenon Goes de Souza
Orientador

Prof. Jefferson Fernandes Negri
Examinador

Amanda Cavalcante Ferverça
Examinadora

Presidente Prudente, 01 de dezembro de 2004.

Aos meus avós Hélio e Alzira, com grande amor e profunda gratidão por absolutamente tudo, sendo sempre meu porto seguro e, exemplo de honestidade e bondade.

“Não é pois, o conteúdo das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras, que decidem o valor dum direito; a sua realização objetiva na vida, a energia, por meio da qual o que é conhecido e proclamado, como necessário, se atinge e executa - eis o que consagra ao direito o seu verdadeiro valor”.

(Von Ihering)

Agradecimentos

Agradeço primeiramente à Deus, por ter colocado em minha vida pessoas maravilhosas, que de uma forma ou de outra me incentivam a cada dia.

Agradeço à Marisa pela oportunidade a mim dispensada, por todos os créditos a mim confiados e por abrir as portas de uma vida a qual não poderia realizar sem a sua imensa bondade.

Agradeço ao meu pai Hélio pela confiança e credibilidade depositada em mim e, às minhas irmãs Rosana e Jéssica, pelo companherismo.

Agradeço eternamente ao meu grande amor Marco, pelas horas dedicadas às minhas dúvidas, por todo apoio que me dá e por ter transformado o meu mundo, me abrindo os olhos e mostrando em pequenos detalhes a beleza da vida.

Agradeço ao meu orientador Marcelo Agamenon, por sua paciência e notável saber jurídico, sendo um exemplo a seguir.

Agradeço às bancas examinadoras pelo tempo dispensado à minha apresentação, além da pronta disposição em aceitar o meu convite.

Aos professores, funcionários, amigas e amigos, os quais guardarei em meu coração e memória com grande carinho.

RESUMO

O presente trabalho procurou apresentar os problemas que o avanço da tecnologia trouxe consigo no âmbito da Internet. A abordagem teve por objetivo demonstrar as situações que atualmente incidem no campo da grande rede de comunicação e que, influenciam de forma negativa na vida privada e íntima das pessoas as quais, freqüentemente usam esta grandiosa fonte de informações que é a Internet.

O tema desenvolvido buscou analisar o direito à informação e o direito à privacidade, partindo-se do fato de que estes são direitos fundamentais e por assim serem merecem um amparo especial, visto que são direitos sem os quais o homem não pode viver de forma digna.

Procurou-se demonstrar que o direito à informação e o direito à vida privada em determinados momentos podem entrar em conflito, tanto fora da Internet como dentro desta e, na medida em que se observa o avanço da comunicação eletrônica este conflito tende a crescer exigindo-se leis a regular as diversas situações, onde ocorre a violação daqueles direitos.

Na proposição do estudo deste tema, a autora utilizou-se dos métodos históricos e teóricos, bem como de conceitos e princípios dos ramos do direito constitucional, direito civil, direito penal e direito do consumidor. Utilizou-se ainda, dos conceitos técnicos da ciência da informática.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais – Direito à Informação – Direito à Privacidade e à Intimidade – Internet -

ABSTRACT

The present work shows the problems that advance in technology brought along with the Internet. This approach had as objective, to show the situations that in the present days interfere with the great communications network, and that have a negative influence in the private and intimate live of those who often use this great source of information, the Internet.

The developed theme tried to analyze the information and privacy rights, starting with the fact that this are fundamental rights and therefore deserve a special protection, having in mind they are rights that protect the dignity of men.

It was demonstrated that the right to information and the right to privacy sometimes can create a conflict, both inside and outside the Internet, and as you watch the advances in electronic communication, this conflict tends to grow, demanding laws to regulate the different new situations that occur violations of those fundamental rights.

With the proposition to study this theme, the author used historical and theoretical methods, as well as concepts and principals of constitutional rights, civil rights, penal rights, and consumer rights. Used yet, the technical concepts of computer science.

Keywords: Fundamental Rights - Information rights - Privacy rights - Internet

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1 CONCEITO.....	11
1.2 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
1.3 DIFERENÇA ENTRE GARANTIAS E DIREITOS.	17
1.4 DIMENSÕES DE DIREITOS.	20
1.4.1 Direitos de 1ª dimensão.	21
1.4.2 Direitos de 2ª dimensão.	21
1.4.3 Direitos de 3ª dimensão	22
1.4.4 Direitos de 4ª dimensão.	23
2. DIREITO À INFORMAÇÃO.....	26
2.1 AMBIGÜIDADE DOS TERMOS “INFORMAÇÃO” E COMUNICAÇÃO”.	28
3. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE	31
3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.	31
4 – OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA : A INTERNET E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS	44
5- A VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE PELO USO DA INTERNET... 52	
5.1 – Os “COOKIES”	53
5.2 – O “SPAM”	56
5.3 – O “HACKER”	60
5.4 – O “SPYWARE”	63
6. A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NO ÂMBITO DA INTERNET	68
6.1- RESPONSABILIDADE CIVIL	68
6.2- RESPONSABILIDADE PENAL	73
7. CONCLUSÃO.....	78
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

INTRODUÇÃO

A finalidade deste trabalho consiste no estudo dos direitos fundamentais à informação e à privacidade em confronto com o meio eletrônico de comunicação, qual seja, a Internet.

É uma proposta de reflexão sobre o tema, visto que a tecnologia abriu inúmeras portas para o acesso à comunicação e, conseqüente maior efetivação do direito à informação mas, com isto também abriu as portas para o avanço da criminalidade através da rede Internet.

Os serviços proporcionados pela Internet facilitaram e facilitam diariamente a vida das pessoas. Contudo tornou-a vulnerável diante do desenvolvimento de práticas comerciais e mesmo criminosas no uso e na transmissão de dados de seus usuários.

Diante do avanço da tecnologia e da rapidez que a Internet trata as suas informações, foram surgindo práticas abusivas contra o direito a se ter uma vida privada e uma intimidade afastada do conhecimento alheio.

Procuramos assim, enfatizar os atuais problemas que a Internet carrega consigo. Na medida em que o usuário passa a conhecer o funcionamento da grande rede, pode ele também se precaver de eventuais abusivos contra a sua privacidade e a sua intimidade.

Neste diapasão, o direito à informação ficará restrito àquelas informações de cunho estritamente útil ao público. Não estará se ferindo o direito à buscar e divulgar informações se for de extremo interesse público o objeto desta comunicação.

Na chamada era da informatização de dados e demais relações jurídicas, verificamos que o país carece de normas para regulamentar as atividades praticadas pela Internet. Torna-se preciso a imediata elaboração de leis capazes de satisfazer tanto as atividades de sites bem como daqueles os utilizam.

É indubitável que a Internet precisa ser normatizada, para isso acontecer vários projetos de leis devem ser aprovados e interpretados pelos aplicadores do direito, a fim de, acima de tudo manter o equilíbrio do direito à informação com o direito à privacidade.

Pretendeu-se assim, demonstrar a necessidade de elencar os danos que podem ocorrer ao usuário, sem que ele possa saber, na medida que cookies, spams, softwares espões e hackers invadem suas vidas e proliferam indevidamente informações que digam respeito à esfera particular de suas existências.

Procuramos ainda, buscar auxílio em leis e diplomas legais de nosso ordenamento jurídico, a fim de propormos uma solução para estes conflitos, lembrando-se sempre, que o ordenamento é insuficiente diante das inúmeras situações onde verifica-se a violação dos direitos tidos por fundamentais, o direito à privacidade e direito à intimidade.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceito

O vocábulo “direito” revela vários significados. Assim, antes mesmo de tentarmos proclamar o que seriam os chamados direitos fundamentais, adentremos ao substantivo direito. Pode este vir a ser denominado como algo pertencente a alguém, ou faculdade de agir, ou denominado como norma ou ainda, dentre muitos outros, o significado de ciência.

A doutrina chama o direito objetivo como sendo a norma ou elemento normativo, já em sentido oposto, direito subjetivo teria o significado de atribuição de algo à alguém.

A Constituição, ao declarar os direitos fundamentais, os faz no sentido de serem direitos subjetivos, como algo que está atribuído ao indivíduo. Por serem tais direitos revestidos da característica de serem fundamentais, os tornam revestidos de especialidade perante aos demais direitos na carta máxima do Estado.

Assim, em primeira e superficial conclusão podemos definir os direitos fundamentais como direitos subjetivos ou direitos atribuídos às pessoas, o que não nos basta e nos remete portanto, ao estudo mais aprofundado do que seria a especialidade destes direitos chamados de “fundamentais”.

Direito subjetivo é gênero e o direito fundamental sendo específico, está contido dentro deste gênero.

Ao falarmos em direito subjetivo, devemos entender que este é a atribuição de bem à alguém, contém o reconhecimento de um bem pertencente à alguém. Assim, a atribuição recai sobre diversos bens, tais quais como a propriedade, a coisa material e a imaterial. Dizer que uma pessoa tem direito a isso ou aquilo, significa dizer que ela possui um bem ou que algo pertence à ela. Tal atribuição também está presente nos direitos de personalidade, trata-se de um bem que possui um titular, é próprio deste indivíduo.

Direitos individuais não se relacionam em nenhum momento como sendo direitos subjetivos, a noção de subjetividade tenta declarar a existência e reconhecimento de bens destinados aos homens, mas não somente a um indivíduo. Atribuir um determinado bem a uma determinada pessoa seria definir o direito individual. Essa pessoa seria a única a possuir tal bem e este também seria único e só pertencente à ela. O direito subjetivo como sendo um bem pertencente a alguém teria como bem o objeto do direito e o alguém como o sujeito do direito. Exemplo para distinguir direitos individuais de direitos subjetivos é o direito à liberdade, o bem objeto do direito é a liberdade de ir e vir e o sujeito deste direito não é individualizado, ou seja, somos todos nós portadores deste direito.

Como corolário desta atribuição de direitos subjetivos temos a prerrogativa de dispor destes bens atribuídos. Porém cumpre observar que tais disposições serão limitadas por princípios e normas que regulam cada situação jurídica estabelecida.

Tais possibilidades de disposição destes direitos não são obrigatórias. Se o sujeito de direito não exerce esta disposição como bem lhe aprouver, não há nenhuma sanção, ou seja, pouco importa se ele faz ou não uso das atribuições que lhes são destinadas, os direitos subjetivos existem como forma de garantir a possibilidade de agir e de exercer, mas não que seja necessário para se obter estes direitos o seu completo exercício. Haverá direitos ainda, que não são exercitáveis pelo seu titular, este apenas aproveita dele pois impõe uma atuação ou o dever de respeito a serem observados por todos os outros indivíduos, exemplo disto é o direito a inviolabilidade domiciliar.

Podem os direitos subjetivos serem definidos como sendo a atribuição de um bem à alguém, possuindo portanto uma prerrogativa de disposição ou uma exigência de ordem moral.

Conforme menção anterior, direitos fundamentais são direitos subjetivos, assim estes direitos detém uma idéia genérica e aquele detém uma idéia de especificidade.

A noção de fundamentalidade determina uma característica dos direitos que são dotados de uma situação normativa privilegiada, preferencial e de protetividade maior do Estado. Mas o que seria este privilégio? Porque tais direitos são revestidos desta esfera de maior proteção?

Para respondermos tais questões, necessária se faz a elucidação do significado do adjetivo “fundamental” que se agrega a palavra direito.

O adjetivo fundamental em primeiras linhas, significa aquilo que se revela essencial. Os direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento, seriam considerados normas essenciais para toda e qualquer organização política – Estado.

É certo que as normas constitucionais se encontram em plano superior as das outras regras de direito e, sendo os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, seriam eles superiores aos demais direitos subjetivos estabelecidos pelo legislador ordinário. Desta forma, haverá sempre a imunidade face ao poder legislativo ordinário, não podendo este vir a editar norma que venha a suprimir direitos desta espécie.

A imunidade perante o legislador ordinário todavia, não basta para declarar com perfeita informação a fundamentalidade característica destes direitos subjetivos ora em análise. Ressaltemos assim, a imunidade face ao poder constituinte derivado.

O poder constituinte está limitado pela proibição de emendas na Constituição que tratar de abolir direitos declarados como fundamentais, resguardados pelas cláusulas pétreas e ainda, limitado, tratando-se de emendas tendentes a abolir, restringir ou modificar certos direitos, por um procedimento legislativo mais agravado para se buscar uma aprovação.

No entanto, as imunidades estabelecidas aos direitos subjetivos fundamentais não são ainda, capazes de diferenciar tais direitos com outros, pois haverá casos em que se estará presente uma norma constitucional revestida destas imunidades mas que em seu conteúdo não podem ser declaradas como fundamentais.

Os direitos fundamentais estariam revestidos do caráter “privilegiado” pelo fato de serem imunes ao poder legislador ordinário e ao poder legislador derivado e ainda, por outra razão que o eleva a uma categoria maior do que tais imunidades pudessem o fazer.

Trata-se das chamadas cláusulas pétreas. Assim, seriam direitos imunes a tais poderes, mas bem mais do que isto, são direitos que nem se quer seriam admitidas as hipóteses de discussão que tentassem aboli-los, restringí-los ou modificá-los. Estariam os direitos essenciais envolvidos em uma qualidade própria, tal qual é esta a cláusula pétrea ou cláusula de rigidez. Assim menciona João dos Passos Martins Neto¹:

Seria a anexação de uma cláusula pétrea a um direito subjetivo, o que melhor certifica a sua fundamentalidade, porque é assim, ao declará-lo intocável e pondo-se a salvo inclusive de ocasionais maiorias parlamentares, que o poder constituinte originário o reconhece como um bem sem o qual não é possível viver.

Desta forma, as normas que estipulam direitos fundamentais, primariamente estarão dotadas de uma cláusula de rigidez absoluta e estarão preordenadas a atender o princípio da dignidade humana.

Os direitos fundamentais, de acordo com a idéia de que são dotados ou caracterizados por uma cláusula pétrea, seriam aqueles abraçados pelo disposto no artigo 60, § 4º e também no artigo 5º e seus incisos, bem como o § 2º, ambos da Constituição Federativa Brasileira e, os que não foram abraçados por tais dispositivos seriam direitos subjetivos não fundamentais.

Chegamos, portanto à conclusão de que os direitos fundamentais são direitos subjetivos, mas com a especialidade de serem requisitos jurídicos de uma existência digna e sendo que são reconhecidos em nossa sociedade por à eles estar agregada uma cláusula pétrea ou de rigidez absoluta, que acabam assim por protegerem dos poderes do legislador qual seja derivado ou ordinário.

Na doutrina encontramos a diferenciação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, tendo tais adjetivos significados divergentes entre si. Os

¹ NETO, João Passos Martins. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 88.

direitos fundamentais, como já vimos, são direitos constantes nas constituições dos Estados, onde com sua positivação, procuram dar ao homem determinada proteção a um direito quando este se revela essencial à seu desenvolvimento de forma digna. Já a expressão “direitos humanos” deve ser aplicada em um sentido maior, onde engloba dentro de si os direitos básicos do homem em nível internacional.

Jorge Miranda², citado por Marcelo Theodoro, elenca alguns motivos pelos quais estas duas expressões não devem ser confundidas. Aponta que não há como manejar a expressão “direitos humanos” ao invés da expressão “direitos fundamentais” pois estes, cuidam de normas que estão proclamadas nas Constituições e não derivam da natureza do homem, não se restringem aos direitos impostos pelo chamado Direito Natural, são verdadeiras normas que promovem a dignificação da pessoa humana. Não que os direitos do homem também assim não tivessem como finalidade a promoção da dignidade humana, mas estes são elaborados em um plano internacional e conhecidos mais amplamente, como por exemplo ao se elaborar os tratados internacionais, tendo-se assim, uma divulgação maior e participação maior dos países.

1.2 Evolução dos direitos fundamentais

Com a propagação da idéia de constitucionalismo, os direitos fundamentais foram pouco a pouco positivados nas Cartas dos Estados.

Por serem caracterizados como cláusulas de rigidez absoluta, os direitos fundamentais são considerados um marco de diferenciação entre o chamado Estado Limitado e o Estado Absoluto. Tais figuras de organização política possuíam a característica de restringir o seu poder de legislar ou em sentido mais amplo, o poder que possuía em comandar o povo na sua respectiva época de incidência.

² MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editores, 1983, apud THEODORO, Marcelo Antônio. Direitos Fundamentais e sua concretização. Curitiba: Juruá, 2003.

O Estado absoluto foi caracterizado pela concentração de poder nas mãos da entidade monárquica. Em tal concepção, os direitos fundamentais são estritamente negados. O Estado detém o poder de legislar conforme bem ele entende, se cria direitos os faz da forma que ele entende atender seu interesse em garantir constantemente sua autoridade, protegendo-a de qualquer ameaça.

Não há na concepção absolutista, qualquer meio de busca a efetivar os direitos essenciais à dignidade da pessoa humana. Se ocorre algum ataque a direito subjetivo fundamental, e tal ataque for decorrente de ação ou omissão por parte do poder estatal, o sujeito deste direito se vê em situação de completa inexistência de justiça.

O Estado absoluto perde seu domínio quando ocorre a Independência dos Estados Unidos (1776), e a concepção que passa a vigorar é a do Estado Liberal. O cenário é de transição de um poder absoluto estatal para o ingresso em um Estado de Direito. Posteriormente seria a França precursora de tal concepção liberalista.

O Estado Liberal diverge totalmente do Estado Absoluto. No primeiro o que se anuncia é a luta pela liberdade, exaltação dos direitos de liberdade, enquanto que no segundo, a idéia era explicitamente diversa, não se falava em liberdades individuais mas sim, tinha-se a exaltação e preocupação com o poder do Estado.

O Estado democrático passa a ser almejado com o desenvolvimento do Estado Liberal. Neste momento são proclamados, de forma negativa, alguns direitos fundamentais, tais como os próprios direito à liberdade, entretanto, apesar de sua positivação estes direitos são ainda letra jurídica³, não há para estes a coação, a efetivação. Prescreve que todo homem tem o direitos de liberdade, mas caso insurja sobre este qualquer ofensa não terá seu titular como exigir seu real cumprimento.

Diante das propostas do Estado Liberal e tendo em vista que os tais direitos buscados e firmados por ele não foram além de sua positivação passou-se a luta por uma concepção desse proveito real aos sujeitos de direitos subjetivos fundamentais.

Através de Leão XIII, ocorre a investidura contra o Estado Liberal por uma efetivação de direitos sociais que restou inacabada por esta concepção. Havia direitos do trabalhador, por exemplo, mas estes não encontravam efetiva proteção frente ao empregador claramente mais estabelecido.

O que se tinha em mente era buscar um equilíbrio entre o Estado Absoluto e o Estado Liberal. Já que o primeiro propunha a inexistência de direitos essenciais ao homem, e o segundo previa tais direitos mas não mecanismos de combate à suas possíveis agressões, tentou a partir daqui e com foco aos direitos sociais a busca por esta proteção, surge assim, o Estado Social de Direito e os chamados “direitos sociais”, que representam um grupo de direitos subjetivos fundamentais, tendo grande reflexo na área de direitos trabalhistas.

Como precedente histórico dos direitos sociais temos a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana, respectivamente nos anos de 1919 e 1917.

Na concepção do Estado Social de Direito podemos evidenciar que houve a preconização da idéia de dignidade da pessoa humana, muito bem representada pela busca de direitos trabalhista especialmente, e ainda, a efetiva realização dos direitos fundamentais da pessoa humana, prega a harmonia entre o Estado e os sujeitos de direitos, reconhece o Estado os direitos humanos e em contrapartida se coloca no dever de auto- responsabilidade.

A consagração dos direitos fundamentais realiza-se em dois planos qual seja, o de obter a defesa contra as agressões propostas a tais e a possibilidade de ter o amparo contra as ações contrárias ao desenvolvimento pleno e digno da ordem social.

1.3 Diferença entre garantias e direitos.

³ NETO, João Passos Martins. Op. cit. p.108

O termo “garantia” é entendido como uma afirmação de segurança. Existe a garantia sempre em decorrência de um interesse que precisa de amparo e de uma situação que manifesta perigo ou risco a certo direito.

Muitas confusões ocorrem com os termos direito e garantia, sendo esta muitas vezes, tida como sinônimo de direito. Até mesmo, em pesquisas em Dicionário da Língua Portuguesa⁴ esta confusão é observada ao explicar garantias constitucionais como sendo verdadeiros direitos dispostos na Carta Magna de um Estado.

As garantias são preceitos positivados nas Constituições ou em outras leis, que possuem a função de assegurar direitos, sejam estes concebidos no sentido objetivo como no sentido subjetivo. Assim, as garantias se tornam visíveis no mundo jurídico quando ocorre ameaça de lesão ou lesão a um direito.

Conforme declara Bonavides⁵:

A garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política.

Caso venha a não obter êxito a garantia proclamada, não acarreta a inexistência do direito efetivamente almejado, como por exemplo, o direito de liberdade que já está arraigado ao homem, ou seja, é naturalmente dado à ele. O fato de falhar a garantia não significa que o bem não estará mais em situação de atribuição ao indivíduo.

Direito, como a princípio propusemos, significa a atribuição de bem à alguém, assim, está representada a idéia de “bens” e, nesta concepção não há como se confundir direitos com garantias, pois esta não envolve a atribuição de bens mas sim atribui à determinada situação onde se tem um direito e que será este garantido, assegurado, resguardado em seu uso, gozo e disposição.

⁴ GARANTIA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 10ªed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, p. 483.

Os direitos precedem às garantias e estas estariam em caráter acessório àqueles. Os direitos são declarados e as garantias estabelecidas em função daqueles para que se consagrem concretamente dentro da sociedade.

As garantias estariam direcionadas ao próprio Estado, exigindo uma atuação ou determinado comportamento deste, visando sempre a afirmação dos direitos fundamentais.

Para a ressalva dos direitos fundamentais previstos nas Constituições fala-se nas chamadas garantias constitucionais. Garantias constitucionais vem a ser a segurança dada a direitos quando ameaçados pelo próprio Estado. Renomados doutrinadores equiparam os termos garantias constitucionais e garantias individuais, por ambas derivadas dos direitos individuais, buscando-se efetivar estes direitos prescrevendo a proteção que necessitarem.

As garantias são prescritas nas Constituições visando a abstenção do poder Estatal face a determinados direitos, tido por fundamentais e também impõe uma obrigação de fazer, quando para a proteção destes direitos for esta a medida a ser exercida.

Há ainda, através da instituição destas garantias no corpo textual da Constituição, a possibilidade de responsabilização do Estado visto que advém esta responsabilidade da própria lei superior.

As garantias constitucionais pretendem assegurar a ordem constitucional, e as garantias dos direitos subjetivos positivados no corpo da Constituição, agindo através da produção e aplicação de remédios jurisdicionais que resguardar os direitos fundamentais. As garantias constitucionais, por sua vez, protege em regra, a própria Constituição. Procura dar equilíbrio à ordem estatal, defendendo em sentido amplo, o próprio regime democrático.

Como já havíamos mencionado, as garantias estarão previstas tanto nas Constituições como em outras leis. Quando forem notadas em outro diploma legal, não estarão diretamente correlacionadas à proteção e/ou em dar efetividade a determinados direitos individuais, mas sim, estarão dispostas para resguardar instituições ou ainda, direcionar proteção à órgãos públicos.

A doutrina constitucional acaba assim, por determinar que estas garantias são chamadas de “garantias institucionais”. Corresponde ao surgimento destas, o advento do Estado Social, pela elaboração da Constitucional de Weimar, em 1919.

Trata-se de uma época de transição. O liberalismo convergia à uma exaltação de direitos individuais mas trazia poucas ou inexistentes obrigações impostas ao Estado, não desmerecendo sua grande contribuição obviamente. Nada foi colocado ao Estado, fazendo-se com que este atuasse de forma equilibrada, protegendo direitos através seja de ações ou abstenções. Previu-se instrumentos para a reserva de direitos fundamentais mas não esgotou toda a matéria a respeito da aplicação da proteção necessária.

As garantias institucionais surgem para dar eficácia a institutos jurídicos. Nasceram para garantir institutos, de modo que a Constituição não os invadam em sua essência, e nasceram também pela pressão da camada social que via certos institutos serem violados pelo poder estatal. Exemplo de instituição seria a família, protegido tal instituto na maioria das Constituições.

Note-se sobretudo que, ao falarmos em garantias institucionais ou constitucionais não há como omitir a característica principal de ambas, que é a função de dar eficácia aos direitos ou institutos. Vê-se aqui o verdadeiro traçado marcante da diferença entre direitos e garantias, ou seja, aquela visa a eficácia deste, e este proclama uma situação de atribuição de bem ao indivíduo.

1.4 Dimensões de Direitos

A busca pela proclamação dos direitos do homem foi acompanhada por grandes mudanças nas concepções do poder estatal. Os Estados Absolutistas se renderam aos Estados Liberalistas e por fim ao Estado Social de Direito.

A cada época buscou-se a proclamação dos direitos individuais e fundamentais dos homens, desta forma, tais direitos atravessaram por três gerações, que passaremos a relatar.

1.4.1 Direitos de 1ª dimensão.

Os direitos de 1ª dimensão são os chamados direitos de liberdade. Referem-se a primeira fase do constitucionalismo do Ocidente. Surge no século XIX.

Merecem significativa importância, sendo que não há Constituição onde não esteja, proclamados. Nesta fase proclamam-se os direitos políticos e civis do homem. Os direitos de liberdade consistem na valorização do homem singular, este é o titular de tais direitos. Se revelaram como direitos de resistência ao poder estatal.

Em nossa Constituição são os direitos de locomoção, liberdade de crença religiosa e política, liberdade de expressão artística, liberdade de consciência, entre muitos outros.

1.4.2 Direitos de 2ª dimensão.

Os direitos de 2ª dimensão são os chamados direitos de igualdade. Nasceram com o princípio da igualdade, que ampara tais direitos e os desperta.

Se manifesta tal dimensão, na proclamação dos direitos sociais, culturais e econômicos.

Surgem com o Estado Social e, dominaram as Constituições após a Primeira Guerra Mundial. Não bastavam os direitos de liberdades, os cidadãos

necessitavam da promulgação de direitos aptos a atribuir uma situação mais avançada na busca da dignidade humana.

Tais direitos não tinham propriamente como titular o indivíduo, mas sim toda a coletividade. A partir da observância e proclamação destes é que se pensou não só em defender o homem, mas sim em efetivar os direitos ora tão visados durante toda a transformação dos Estados e, e assim passou-se a buscar pelas garantias de tais direitos, garantias que, como já mencionamos, surge para dar efetividade e eficácia aos direitos.

Trata-se de direitos que representam valores para a sociedade. Visa dar não só a dignidade da pessoa humana, mas muito além disto, visa dar dignidade a todas as pessoas, à humanidade como um todo.

Os direitos de segunda dimensão podem ser observados no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988, sendo o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer entre outros.

1.4.3 Direitos de 3ª dimensão

Estabelecidos à toda a universalidade, os direitos de 3ª dimensão, são proclamados contendo significativamente idéias humanistas. Não são estabelecidos como tendo seu principal titular o indivíduo, como os direitos de 1ª dimensão, nem tão pouco como os direitos de 2ª dimensão que têm como titular toda uma sociedade.

Os direitos de 3ª dimensão possuem como destinatários toda a universalidade, assim conhecidos como direitos de fraternidade. Até então desconhecida era tal proposição.

Em tal etapa, temos grandes inovações. São reconhecidos direitos à todos os povos, direitos presentes em todas as Nações, procurando não só direcionar benefícios a um cidadão ou a um grupo de cidadãos, mas sim à todos os homens.

Fazem parte desta dimensão o direito ao meio ambiente, direito à comunicação, direito ao desenvolvimento entre outros de não inferior importância.

Em nossa Constituição, o Capítulo que trata do direito ao meio ambiente não está no mesmo Título que reverencia os direitos fundamentais, no entanto se revela tal disposição apenas deslocada, não significando que o direito ao meio ambiente não seja um direito fundamental.

Estas são as dimensões de direitos comumente conhecidas. Porém, o direito é uma ciência que não é estática, isto significa que não será esgotada as descobertas de novos bens jurídicos, cabendo assim, o Estado, representando os cidadãos, acompanhar todo o processo de reconhecimento de novos direitos que certamente surgirão.

Tanto assim o é, que uma nova dimensão de direitos já é reconhecida por juristas. Trata-se da 4ª dimensão de direitos.

1.4.4 Direitos de 4ª dimensão.

Os direitos de 4ª dimensão surgem ao final do Século XX. O fenômeno da Globalização abre as portas para a busca da universalização dos direitos fundamentais.

O que se pretende é a concretização dos direitos fundamentais em uma campo cada vez mais amplo.

São exemplos de direitos reconhecidos como sendo de 4ª dimensão o direito à democracia, o direito à informação e outros.

As dimensões dos direitos nem sempre podem ser encontradas em todos os países do globo. O processo de evolução dos direitos, seja em qual dimensão se encontrar, não se manifestou em diversos países. A Europa e a América do Norte foram os precursores a realizarem a busca e conseqüente efetivação dos direitos do homem.

Em países como Irã e Iraque, protagonistas de grandes lutas raciais e religiosas, certamente não se tem o conhecimento de toda a batalha pela proclamação dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade.

Interessante é o papel que a Organização das Nações Unidas exerce nestes países. Os direitos humanos se desenvolvem a cada instante, sendo declarados e protegidos em vários documentos que a Organização das Nações Unidas edita. Nos países, hoje em conflito, há um sistema de governo calcado na religião, não alcançando assim tal organização dos povos a efetivação de direitos declarados como fundamentais.

A religião e demais culturas destes países, exercem grande influência no comportamento dos habitantes destas regiões. É comum hoje em dia, noticiários onde homens-bomba tiram suas próprias vidas para proclamar a ideologia de seus países.

A exemplo disto, podemos ainda citar, os direitos econômicos, direitos estes de segunda dimensão, onde praticamente não são notados nestas regiões. Ali reina uma economia centralizada nas mãos do Estado, sendo este muitas vezes o detentor de inúmeras decisões a serem tomadas.

A Nações Unidas ainda, procuram atuar como forma de levar até estes locais do globo, alguma forma de prestígio à dignidade do homem, no entanto, muitas destas tentativas são irrelevantes dado à sua maneira de governar.

Eneás Chiarini Castilho⁶, em matéria disponibilizada em meio eletrônico, declara que “quando se quer que a tortura acabe, luta-se pela dignidade humana, quando se pleiteia pelos Direitos dos Povos, luta-se pela dignidade humana”.

Esta afirmação nos transmite a idéia de que sem a forte proclamação dos direitos fundamentais, seja em qual dimensão de direitos se encontrarem, não se atingirá o desenvolvimento digno do ser humano e, em nos quais mencionamos, deve haver uma resistência maior, no sentido de cada vez mais se buscar pelos

⁶ CHIARINI, Eneás Castilho. Alguns apontamentos sobre direitos humanos. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 02 out. 2004

direitos de liberdade, de igualdade (principalmente sem discriminação quanto à religião) e de fraternidade.

2. DIREITO À INFORMAÇÃO

O conhecimento é uma necessidade básica à todos os homens. O homem sempre buscou o saber como forma de conhecimento sobre si mesmo e para se identificar no meio social. O conhecimento portanto, é um bem e como bem necessita ser protegido.

Como aponta Aluizio Ferreira⁷, os conhecimentos se revestem da característica de bem e desta forma, devem ser tutelados pelo Estado para que este os imponham e, conseqüentemente os interessados possam valer-se desta imposição.

De acordo com tal posicionamento, a atividade de buscar conhecimentos bem como a de recebê-los é uma atividade que necessita da presença e atuação do Estado.

O direito ao conhecimento, que, podemos considerar como direito à informação e direito à comunicação é essencial ao desenvolvimento humano, e portando reverenciados com a característica da fundamentalidade. A proclamação destas duas espécies de direitos fundamentais implica no desenvolvimento de todos os cidadãos e, não somente ao desenvolvimento individual.

Feitas as primeiras considerações em torno da necessidade e importância do homem obter e dispor do saber, passamos a analisar o histórico destes direitos e, posteriormente, a diferenciar os termos informação e comunicação.

O direito à informação e o direito à comunicação tiveram seus conteúdos constituídos e transformados ao mesmo tempo em que se efetivavam os direitos fundamentais. Durante toda esta trajetória observaram-se recuos e avanços ao conceito destas categorias de direitos bem como também na busca de sua aplicação e, até mesmo nos dias atuais, devido ao grande desenvolvimento tecnológico, sua efetivação merece maior atenção.

⁷ FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação : direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo : Celso Bastos. 1997, p.66.

A ciência jurídica não consegue acompanhar tais avanços e assim, deve haver um maior esclarecimento do conteúdo destes direitos e a consagração legislativa destes.

O primeiro documento que declarou os direitos individuais, embora de modo incompleto, foi a Magna Carta Libertatum, instituída pelo Rei João Sem Terra – Inglaterra, em 1215.

Neste documento foram esboçadas algumas regras ou previsões dos direitos à informação e à comunicação.

O “Bill of Rights”, datado de 7 de junho de 1628, estabeleceu no seu considerando de nº 5, que os presos teriam o direito de conhecer as razões de sua prisão. Posteriormente, o Bill of Rights de 13 de fevereiro de 1689, estabeleceu, dentre outros documentos e considerandos, o direito dos súditos apresentarem ao Monarca pedidos por escrito, o que acarretou no estreitamento das relações de comunicação, verificando-se uma interação entre Estado e cidadão.

Cem anos após, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, houve com maior consistência a afirmação os direitos fundamentais.

Em suma, o direito à informação só pôde ser elucidado após a queda dos Estados absolutos ou totalitários, pois até então, nas mãos do Estado estava o poder de propagar a informação.

A liberdade de expressão (liberdade de imprensa), figura como precedente do direito à informação e à comunicação. Por vários anos a imprensa era encarada como privilégio daqueles que possuíam maior poderio econômico. A burguesia detinha o acesso ao conhecimento escrito.

A partir do momento em que surgiram outros meios de comunicação, a liberdade de informação e comunicação pôde ser estendida aos cidadãos menos favorecidos.

Desta forma, considerando que a comunicação é o intercâmbio de informações, na medida em que se abriam oportunidades para o cidadão usufruir

de outros meios de comunicação pôde ser verificado um avanço quanto a aplicação do direito de estar informado.

A informação neste ponto, se revelou como uma das bases para a promoção da democracia. A democracia tendo como pressuposto de existência a participação do povo, não se manifesta quando verificada a ausência de comunicação.

Havendo dois pontos em discussão, de um lado estará aquele em que terá certos argumentos e falará, e de outro necessariamente deverá estar aquele em que irá se contrapor ao primeiro (tendo também conhecimento para se contrapor) estabelecendo assim um mútua disposição de conhecimento. Porém, caso haja deficiência de conhecimento para um destes lados, a democracia não atinge seu fim, pois não se possui nem se quer o conhecimento da matéria em debate, em análise.

A partir do momento em que a informação passa a ser preocupação tanto para o Estado quanto para o cidadão, querendo este buscá-la e tendo meios para usufruí-la estará estabelecida de forma mais justa a democracia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabeleceu de forma mais ampla o direito a todo cidadão ter suas próprias opiniões e de expô-las. Tal regra foi fixada no artigo 19 : “ Todo homem tem direito à liberdade de opinião e de expressão, direito esse que inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

2.1 Ambigüidade dos termos “informação” e comunicação”.

O significado dos termos “direito à informação” e “direito à comunicação”, mantém grande aproximação de sentidos, como no termo informar que se assemelha com o termo comunicar. Ambos significam a transmissão de mensagens (seja esta escrita, verbal ou ainda, gestual).

O ponto congruente destes dois vocábulos se revela no tocante ao objeto mediato. O objeto mediato desta duas modalidades de direitos é a informação. Assim, o direito à informação e o direito à comunicação possui o mesmo objeto mediato.

Trabalham com o instrumento “informação”. É a informação o objeto que se busca, que se recebe e que se transmite, nestas duas espécies ou categorias do direito ao conhecimento.

Desta forma, analisando-se pois, o objeto mediato destes direitos não encontramos nenhum ponto apto a diferenciá-lo, ao contrário, trata-se de ponto convergente a um mesmo sentido de expressões – informação e comunicação.

A grosso modo e, considerando o objeto mediato – informação – podemos conceituar o direito à informação como o direito do cidadão buscar e receber as informações sobre diversas formas, como as informações automatizadas (as que nos interessam propriamente no estudo deste tema). Já o direito à comunicação é o direito do cidadão ter a informação e transmiti-la, compartilhá-la.

Já o objeto imediato é o próprio conteúdo de tais categorias de direitos, o conteúdo do direito à informação é a busca e recebimento de informações, tais atividades também pertencem ao direito à comunicação mas, quando se trata deste, além de englobar estas ações, o sujeito, já portando assim as informações será o direito a compartilhá-las.

Desta forma, podemos concluir que o direito à comunicação abrange o conteúdo do direito à informação mas vai além de suas atividades, dada à observância do objeto que diferencia uma categoria da outra, tal seja a transmissão, a partilha, a difusão da informação.

Freitas Nobre⁸, citado por Aluizio Ferreira, já dizia que:

[...] o direito à informação tem como faculdade receber informação e é pressuposto do direito à comunicação, que, por sua vez, corresponde às faculdades de procurar, receber e difundir informações.

⁸NOBRE, José de Freitas. *Comentários à Lei de Imprensa: Lei nº 5.250 de 9/2/1967*. 4ª ed., at., São Paulo: Saraiva, 1989, apud FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira*. São Paulo: Celso Bastos, 1997, p. 162.

Podemos verificar que o direito à informação se revela em três vértices: o direito de informar (transmitir mensagens), o direito de se informar (busca por mensagens, por conhecimento) e direito de ser informado (direito à obter informação, propiciado pelos meios de comunicação tanto públicos como privados).

A respeito do primeiro vértice – direito de informar – cabe salientar que, na verdade, não se trata propriamente da atividade ou ação do direito de informação. O direito de informar condiz como conteúdo do direito à comunicação, a qual o sujeito detém o conhecimento e o transmite, o publica, o comunica ou o informa.

Assim, concluímos que o direito à informação se manifesta sobre as capacidades ou direitos de ser informado e de se informar, ou seja, seu conteúdo envolve a busca e recolha de informações, sejam estas de qualquer natureza.

O direito à comunicação envolve o processo de captar informações e de dispô-las a quem se quiser. Neste sentido – o de compartilhar – o direito à comunicação acaba por se relacionar com o direito à liberdade de expressão.

A característica principal e que nos interessa particularmente neste estudo é a de ser, o direito à informação um direito coletivo e não individual. Não foge a isto o direito à comunicação. Entendendo-se que, de tal observação, cabe mencionar que são direitos sociais e por assim serem considerados se inseriram a partir da 2ª dimensão de direitos.

Porém, a quem se manifeste no sentido de ser tão somente o direito à comunicação pertencente a esta geração. O direito à informação estaria inserido na 4ª dimensão de direitos.

Contudo, concordamos com a afirmação de que o direito à informação faça parte da 4ª dimensão de direitos, no tocante às informações automatizadas, dado o avanço tecnológico e busca pela globalização mundial. Quanto aos demais tipos de informações fazem parte, realmente da 2ª dimensão de direitos visto que se trata de direitos sociais e de interesse coletivo.

3. DIREITO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE

3.1 Conceito e características.

O homem é ser dependente de outro semelhante. Não há dúvidas a respeito de que, desde o nascimento necessitamos de outro ser para nos desenvolvermos.

Verdade também o é, que, durante toda a nossa vida, necessitamos viver em sociedade, aprendendo uns com os outros e obtendo experiências de uns e repassando as nossas.

Porém, mesmo ansiando por um convívio dada a necessidade de troca de sentimentos, experiências, emoções e tantos outros mais, o homem necessita também de um espaço a quem somente a ele pertença, só ele poderá adentrar ou somente aqueles que ele permitir usufruir desta área interna de sua personalidade. A partir deste momento nascerá uma outra necessidade, tal qual seja ela a necessidade de proteção desta esfera privada, íntima da vida do homem.

Desta forma, há de ser feita uma primeira conclusão a respeito, o homem não nasce e não vive isolado, seja por necessidades físicas ou psíquicas ele precisa viver com outras pessoas, para que possa crescer compartilhando suas emoções e adquirindo experiências. Isto se verifica portanto desde o início da vida humana, mas mesmo havendo esta necessidade, haverá também algo que queira guardar só para si, que seja algo mínimo ou de pequeno valor.

Feita uma primeira conclusão sobre as necessidades primárias do ser humano, verificamos por conseguinte que essas necessidades passaram por várias transformações. Os padrões de vida se transformaram e com eles a necessidade de ter um lado da vida reservado.

Tomemos por exemplo desta mudança de padrão de vida a evolução da tecnologia.

Imagine-se que em 1930, o morador do bairro X, vai até a padaria e lá encontra o proprietário que a tempo vive na mesma comunidade e conhece toda sua família, mantendo-se assim um relacionamento de certa forma estreito. Pergunta sobre a esposa, filhos, sua saúde etc., ao final deste encontro o cidadão pede para colocar em sua conta mensal a compra daquele dia. Visualizando esta cena na atualidade, certamente nos deparamos com um raro momento. O homem hoje, ao sentir que necessita se alimentar, poderá simplesmente solicitar uma refeição através de uma linha telefônica ou até mesmo pelo computador. Vive em um bairro repleto de edifícios e encontra seu vizinho em elevadores e garagens, sem tempo qualquer para um bate-papo, mantém pouco envolvimento com as pessoas em que se localizam no mesmo espaço.

Ora, no primeiro quadro se aquele vendedor de pães faz parte da vida do morador, se pergunta sobre sua vida, parentes, certamente conclui-se que a vida particular daquele possui áreas em que lhe é permitido adentrar. No segundo quadro por exemplo, será raro a troca de informações pessoais entre os moradores, ou entre àquele que solicitou o serviço e aquele que o prestou, podendo até ser ferido o direito à vida privada quando se adentra na vida daquele morador, pois se acostumou aos padrões de vida mais reservado.

Os parâmetros de convivência se transformaram, as necessidades já não são as mesmas, outros tipos de relacionamento e outras formas de se relacionar surgiram.

Assim, a distância antigamente da publicidade e da privacidade não era grande, havia um convívio diário e fins comuns, porém, isto não significou que, embora houvesse todo este aspecto mais caloroso entre as relações dos indivíduos, não houvesse também um território onde o homem habitasse só com ele mesmo.

Certamente neste período a vida pública do homem era de maior dimensão do que a vida privada, mas saliente-se que, quando ocorre certo desencontro ou desequilíbrio entre estas áreas, poderá ocorrer conflitos ensejadores da necessidade da tutela do direito à vida privada e a intimidade.

É difícil saber com precisão, onde se inicia a vida pública e onde ela termina para que dê lugar à vida privada do homem. A exemplo de um político onde sua vida pública tem relevante importância para todos e sua vida privada também e certamente é, revela quase que o mesmo grau de importância pois exerce uma atividade que no mínimo deve ser íntegra.

Acrescente-se à isto, o caráter de mutabilidade desta categoria ou espécie de direito, onde o tempo e espaço influenciarão na concepção exata de sua definição.

Inicialmente podemos dizer que o direito à vida privada e à intimidade é um direito fundamental e, junto à trajetória da promulgação e posituação dos direitos fundamentais, a jurisprudência também reconheceu o direito à vida privada e à intimidade, como sendo o direito de estar só, buscando-se cada vez mais uma forma de atender a sua eficaz proteção⁹.

Mas esta busca é constante pois o direito à vida privada e à intimidade é variável, mutável, relativo de pessoa à pessoa. Assim é o entendimento de José Adércio Leite Sampaio:

[...] a intimidade e a vida privada, por envolverem temas que demandam aspectos pessoais e culturais, intimamente ligados à evolução tecnológica, devem ser concebidas de forma aberta, dinâmica e flexível, de modo a acompanhar essa constante evolução.¹⁰

Alguns autores mencionam as expressões “intimidade”, “privacidade” ou ainda, “vida privada”, captando algumas diferenças entre elas. José Adércio Leite Sampaio declara haver algumas diferenças entre os dois termos mas, também anuncia semelhanças entre estes. Conclui ao final, que não há regra segura para que se possa fazer, cientificamente uma distinção.¹¹

Já Pedro Frederico Caldas entende que o texto Constitucional demarca as duas expressões dimensionando-as a um mesmo sentido. A vida privada,

⁹ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997. O autor declara que o marco legislativo, o qual introduziu o direito à privacidade na ordem jurídica, foi a Lei Francesa n.70-643 de 1970, modificando o artigo 9º do Código Civil.

¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998, p.262.

¹¹ Idem.

privacidade, intimidade e o resguardo podem ser entendidas como vocábulos que exercem uma mesma significação: a proteção da vida pessoal do sujeito.¹²

O direito à vida privada e à intimidade é referido na Constituição, no artigo 5º, inciso 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.

A natureza jurídica deste direito é a de direitos da personalidade. Os direitos da personalidade têm sua irradiação¹³ quando ocorre o nascimento com vida. Pontes de Miranda, citado por Pedro Frederico Caldas, define os direitos de personalidade como direitos essenciais à efetivação da personalidade, à fixação nas relações jurídicas.¹⁴

São direitos que antes de qualquer garantia à eles dada, promove acima de tudo, a dignificação da pessoa humana em todos ou vários aspectos.

Assim sendo, o direito à privacidade e intimidade se enquadra certamente nesta espécie de direitos, visto que sem o resguardo de uma área de nossas vidas não haverá o adequado desenvolvimento, não só da coletividade como e, principalmente, do indivíduo. Na medida em que precisamos de outras pessoas ao nosso redor, precisamos também da solidão, para conhecermos a nós mesmos.

Edson Ferreira da Silva¹⁵, fala ainda na natureza de direito de liberdade, liberdade de escolher – autonomia – e liberdade de optar pela não intromissão, “trata-se de certa maneira de uma manifestação da liberdade de poder recolher-se à solidão ou de restringir os contatos com o meio social”.

Porém, antes de ser verificada tal proposição, devemos levar em consideração de o direito de liberdade também é um direito da personalidade.

¹² CALDAS, Pedro Frederico. Op. cit. p. 42

¹³ CALDAS, Pedro Frederico. Op. cit.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de., apud CALDAS, Pedro Frederico. Op. cit. p. 6

¹⁵ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 47.

Os direitos da personalidade possuem certas características que se estendem ao direito à intimidade e à vida privada. Tais como a característica de ser genérico, ou seja, é um direito apresentado à toda a coletividade, à todos os indivíduos. A generalidade é característica peculiar dos direitos da personalidade, bastando nascer com vida para ter o direito à intimidade, entre outros.

É direito imprescritível, isto significa que, observado o não uso deste direito, não carretará na perda do mesmo, ou seja, não deixará de lhe ser atribuído este direito dado o seu não exercício.

Possui também, a característica da vitaliciedade, acompanhando o indivíduo até sua morte, podendo este exercê-lo ou não durante toda a sua existência.

Trata-se ainda de direito indisponível. Não é um direito o qual possa haver a sua cessão. O homem pode permitir ou até não se importar que lhe invadam a sua vida íntima mas não pode dispor do direito a ter uma preservação da esfera privada desta. Neste mesmo sentido, podemos dizer que também um direito inalienável.

O direito à intimidade e a privacidade são direitos que se revestem das características da irrenunciabilidade e intransmissibilidade. São irrenunciáveis pois são considerados direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana. São intransmissíveis porque se extinguem com a morte. A proteção jurídica deste direito poderá ser estendida aos familiares mas sendo um direito próprio da personalidade não há como transportar o seu conteúdo à qualquer herdeiro. Nas palavras de Pedro Frederico Caldas¹⁶, “ a hipotética transmissão importaria em o titular perder um atributo da sua personalidade”. São direitos próprios, individualizados.

Assim como todos os direitos da personalidade, o direito à intimidade e à privacidade não poderiam ser diferentes quanto ao seu caráter não absolutista.

¹⁶ CALDAS, Pedro Frederico. Op. cit. p.12

São direitos não absolutos pois sempre haverá limites a sua proteção, assim aponta Edson Ferreira da Silva¹⁷:

[...] nem todo interesse de reserva pode ser juridicamente tutelado. O criminoso tem interesse em não ser identificado como autor dos seus crimes, mas sendo ilegítimo o seu interesse o direito à intimidade não o socorre.

Durante todo o processo da busca por um conceito desta espécie de direito e, já tendo considerado que tal definição é complexa dada a variabilidade deste direito, os autores partiram da análise do conteúdo deste para assim chegar à alguma resolução.

Como aponta, Edson Ferreira da Silva, “é a dificuldade em estabelecer o conteúdo de fatos da vida dos indivíduos que deva ser resguardado ao público que torna difícil a definição do direito à vida privada e à intimidade”¹⁸.

Primeiramente, podemos entender que a intimidade está ligada ao sentimento das pessoas¹⁹ em relação a si mesmas e, a vida privada diz respeito aos assuntos da própria existência das pessoas. Intimidade seria uma esfera mais interna da vida privada, envolvendo esta comportamentos e acontecimentos da vida cotidiana ou passada do indivíduo, em que por um motivo que só à ele diz respeito quer optar pela não intromissão de terceiros.

Salientamos desde já, que o conteúdo deste direito é recente, possuindo inúmeras hipóteses de ocorrências onde poderá ser verificada a sua transgressão.

Genericamente, a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público, é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito À informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com aparelhos altamente sofisticados.²⁰

Na medida em que expomos nossas emoções, nossas opiniões e em geral nosso modo de ser, abrimos uma parte de nossos sentidos e concepções ao público e, de certa forma desarmados, podemos sofrer preconceitos, pré-

¹⁷ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit. p.37

¹⁸ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit. p.34

¹⁹ MORI, Michele Keiko. *Direito à Intimidade versus Informática*. Curitiba: Juruá, 2003.p. 28

²⁰ DOTTE, René Ariel., apud SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit. p. 34

juízos. Por tais motivos, à certos assuntos preferimos manter sob o resguardo e a poder exclusivamente de nossas mentes, pois o medo da exposição provoca a introspecção, como menciona Edson Ferreira da Silva²¹:

É a reação previsível das outras pessoas que desencadeia em nós o receio de nos expormos à censura ou à reprovação, em confronto com a nossa inclinação, talvez inata ou natural, de sempre buscarmos a aprovação de nossos semelhantes.

Quando o homem passa a buscar aquilo que falta, entra em contato com os seus semelhantes e se dá conta que entre ele e estes há inúmeras diferenças, por medo de expor aquele sentimento ou pensamento que os diferencia, passa a guardar este assunto, modo de ser e pensar, somente para si, querendo então a força do Estado para protegê-lo de uma eventual invasão destes pontos de sua personalidade.

O ordenamento pátrio, procurou abranger determinados pontos da vida do indivíduo, protegendo situações que correm ou correriam maior risco de violação. A matéria não é, sob nenhum aspecto exaustiva e, não haveria mesmo de ser, pois, logicamente, junto ao caráter mutativo desta espécie de direito, não se esgota as “n” situações da vida que ferem esta figura jurídica.

A Constituição Brasileira traz no artigo 5º, inciso XI, a hipótese de preservação de um desses pontos ou situações da vida privada das pessoas. Trata-se da inviolabilidade do domicílio:

Art.5º, inciso XI: a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

O que se pretende com esta disposição é reservar um espaço, um local, onde o sujeito possa desfrutar e compartilhar com sua família as suas liberdades, guardá-las e exercê-las quando bem quiser.

O homem tem o direito fundamental a um lugar e que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana.²²

²¹ SILVA, Edson Ferreira da. Op. cit. p. 31

²² SILVA, José Afonso da., apud MORI, Michele Keiko., Op. cit. p.39

O direito de ter seu lar resguardado porém não é absoluto, visto que apresenta no próprio texto constitucional, algumas limitações, tais como a possibilidade de ser invadida a casa quando na hipótese de desastre, bem como dada a ocorrência de flagrante.

A inviolabilidade de correspondências, dados bancários e outras informações, também são abarcadas pelo direito à vida privada e à intimidade. Fazem parte desta figura e merecem também preservação de ordem constitucional. Tal proteção está contida no inciso XII, do artigo 5º :

é inviolável o sigilo da 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 processual penal.

Prescreve assim, este inciso, a manutenção e proteção do sigilo nas correspondências, bem como se estende a qualquer meio de comunicação, inclusive e de grande relevância nos dias atuais, os meios de comunicação eletrônicos, os quais cuidaremos adiante.

As informações veiculadas, seja através de cartas ou transmissão de dados bancários ou quaisquer outros tipos de dados, são de cunho subjetivo pois dizem respeito somente ao seu titular e/ou portador destas informações, cabendo à ele decidir pela divulgação das mesmas, visto que dados são sinônimos de informações.

Assim como o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito à inviolabilidade de dados bancários, correspondências e demais formas comunicativas, sofrerá limitações, observando da mesma forma que aqueles o respaldo dado pela lei, como por exemplo na hipótese de se colocar escutas telefônicas por ordem judicial.

Cuida ainda o direito à privacidade e à intimidade de resguardar informações pessoais obtidas por profissionais de áreas como a medicina, advocacia dentre outras. Tem-se aqui o segredo profissional. A pessoa irá receber informação em virtude do exercício de sua profissão, não podendo, por tal prerrogativa, divulgar o que lhe é revelado em confiança. Envolve-se aqui a ética

profissional. Poderá, aquele que se sentir prejudicado buscar a aplicação de sanções administrativas, civis e penais contra o profissional.

Em suma, o conteúdo do direito à privacidade e à intimidade consiste na inviolabilidade do domicílio, na inviolabilidade de correspondências e demais formas de transmissão de informações e, por fim no segredo profissional, também protegido e tutelado pelo nosso ordenamento jurídico. Ciente deste conteúdo, pode a doutrina formular alguns conceitos a respeito do direito à privacidade e à intimidade, como faz Celso Ribeiro de Bastos²³, o qual declara com propriedade, ser o direito à vida privada:

A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

A nosso ver, o direito à vida privada e à intimidade, seria o direito do indivíduo ter um espaço seja físico(domicílio, quarto, escritório) e psíquico (sentimentos, emoções, fantasias etc.), onde somente seja comandado por ele próprio, optando pela ingerência de algumas ou apenas uma pessoa, a quem ele queira permitir este acesso.

Limitações ao direito à vida privada e o conflito entre este direito e o direito à informação.

Como antes mencionado, o direito à vida privada e à intimidade sofrerá limitações, visto que não são direitos absolutos em nosso sistema normativo. Não há como preservar de várias situações, escondendo, todos os campos da vida particular. Porém, o limite destes direitos deverão ser observados dentro dos parâmetros legais. Assim, a proteção do Estado não irá abranger a vida privada por inteiro, como por exemplo na possibilidade do cidadão ver sua residência invadida em virtude de delito em flagrante e o agente estar escondido neste local ou em local onde somente se tem acesso pela sua residência.

Neste exemplo reputa-se ao fato de ser dado a prevalência do interesse público por ser superior ao interesse particular.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro., apud MORI, Michele Keiko. Op. cit. p.33

O princípio da supremacia do interesse público portanto, é limite ao direito à privacidade e à intimidade, bem como a outras figuras jurídicas. Será, o interesse da coletividade superior ao particular, motivando assim a invasão ou restrição ao exercício do direito à vida privada.

Em se tratando do campo das limitações que sofre o direito à vida privada, mister se faz relacionar este direito com o direito à informação.

É cediço que a Imprensa é instrumento que promove a informação e desempenha este papel com grande importância em nosso sistema. Contudo, durante a promoção desta sua atividade principal – que é a de informar (tornar transparente fatos relevantes à sociedade) poderá também incitar o conflito entre o direito de informar e o direito à intimidade e à privacidade. Mas, notadamente, não podemos imputar como único instrumento causador deste conflito a Imprensa, pois, na medida em que a comunicação entre as pessoas foi se desenvolvendo, restando cada vez mais estreita as fronteiras do direito à informação, surgiram outros meios de comunicação e transmissão de informações, tais como os computadores. Sendo assim, outros instrumentos são aptos a promover a discórdia entre estas figuras jurídicas.

O choque entre estes dois direitos poderá ocorrer através das informações dispostas através da Imprensa e dos meios eletrônicos (televisão, computadores, telefones, telégrafos etc.).

Tal confronto decorre da contradição entre as normas estabelecidas pela própria Constituição Federal. Cite-se : 1) a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (artigo 5º, inciso X), 2) o acesso à informação (artigo 5º, inciso XIV), 3) a livre manifestação do pensamento (artigo 5º, inciso IV), 4) a livre expressão da atividade de comunicação (artigo 5º, inciso IX) e, 5) liberdade de expressão e informação (artigo 220).

Tal inversão, aponta Pedro Frederico Caldas²⁴, “gera a incompatibilidade entre as normas, exigindo, para o retorno do sistema à harmonia, a extirpação da norma destoante e causadora do sismo desestabilizador”.

²⁴ CALDAS, Pedro Frederico. Op. cit. p. 78

O panorama se revela da seguinte forma: o homem tem o direito de buscar e receber informação e, tem também, o direito ao resguardo da sua vida íntima. Em algum momento poderá acontecer de, um indivíduo almejar uma notícia (seja ele receptor ou divulgador) e, seu semelhante ter o interesse de resguardar, de proteger aos olhos do público esta mesma notícia.

Por anos e anos, o homem buscou pela efetivação do direito à informação. Travou lutas pelo direito à liberdade de imprensa. Conforme já citamos neste estudo, foram os Estados Unidos, os pioneiros a reconhecer a liberdade de manifestação do pensamento e da opinião, podendo os súditos, conforme a Bill of Rights, datada de 13 de fevereiro de 1689, peticionar à monarquia, expressando seus anseios, suas necessidades e até críticas.

Haverá informações, embora tenha-se lutado tanto por elas, em que envolverá acontecimentos onde as pessoas não querem que se revelem. Haverá sempre um acontecimento qualquer que proporcione um destaque jornalístico em noticiários onde a conseqüência pode vir a ser o ingresso não autorizado na intimidade do sujeito titular da informação. Nesta esfera poderá estar sob os mais cautelosos sentimento, o que certamente provocará neste indivíduo um sofrimento o qual dará início ao conflito de interesses da coletividade (ansiosa pela notícia seja por necessidade ou curiosidade) e o este sujeito (protagonista do fato que busca pelo anonimato).

Torna-se difícil a solução deste conflito, visto que os dois direitos estão sob a tutela da Constituição. Caldas relata que, não há distinção entre eles, ou seja, para saber qual deles irá se sobressaltar sobre o outro, não se invocará os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade²⁵.

Estão os dois direitos em jogo, assentados sob o princípio da dignidade humana, sendo assim duas espécies de direitos fundamentais. Sem informação não há sociedade democrática que possa se desenvolver e, sem o resguardo de algumas esferas da vida privada do indivíduo, não terá este o seu pleno desenvolvimento.

²⁵ O autor diz ser irrelevante a tentativa de solução desde conflito através dos critérios: cronológicos (norma editadas simultaneamente), hierárquico (normas contidas no mesmo estatuto e, são do mesmo nível, tal qual, tidas como direitos fundamentais) especialidade (não mantém relação parcial-total entre si).

A própria Constituição não estabeleceu uma forma ou medida a ser tomada para desatar o conflito e, não havendo critério para sua solução, caberá ao Estado-juiz, analisar o caso concreto e optar por direcionar a proteção a um destes direitos, considerando o tempo e o espaço onde ocorre o choque dos direitos. Salientando-se que as decisões dos magistrados deverão ser motivadas sob a égide do artigo 93 da Constituição Federal – 1988.

Prevê o artigo 220, § 1º da Constituição Federal :

Art.220, § 1º : Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII e XIV.

Entende-se que este dispositivo, que trata da comunicação, quis limitar a liberdade de expressão, através do direito à intimidade e à vida privada. Estes direitos seriam parâmetros para elucidar o limite do direito à informação. Sem contudo, optar pela prevalência de um direito sobre outro. Concluindo-se que não há lei que decida sobre qual o direito a ser aplicado na hipótese de conflito entre direitos de cunho fundamental em supressão a outro.

Haverá países²⁶ onde a liberdade de expressão receberá maior proteção, pois é o direito à informação quem ajuda a promover e desenvolver o regime democrático, contudo, a jurisprudência têm criado alguns critérios para a melhor solução deste impasse. São eles: 1) a informação deverá ser verdadeira, honesta e lícita; 2) a informação deverá constituir uma necessidade para a população – ou seja- cabe aqui a presença do interesse público, seja este interesse de cunho cultural, científico ou outro. E interesse que esteja ligado ao acontecimento relatado; 3) a informação deve ter utilidade pública.

Edilsom Pereira de Farias, aponta em Fernando Herrero-Tejedor ²⁷ que:

[...] a informação que revela manifesto desprezo pela verdade ou falsidade não tem preferencia, uma vez que não cumpre a relevante função social confiada à liberdade de expressão e informação.

²⁶ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor., 1996. O autor cita como exemplo, os Estados Unidos onde a liberdade de expressão é preferida, em razão de ser indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta.

²⁷ HERRERO-TEJEDOR, Fernando., apud FARIAS, Edilsom Pereira de. Op. cit. p.142

É sem dúvida perceptível que, a utilidade da notícia ou informação deverá estar ligada ao interesse da coletividade, por isso imprescindível o juízo de valor sobre esta utilidade, com a finalidade de proporcionar e viabilizar a opinião pública a respeito do acontecimento.

É necessário medir o grau de utilidade geral da informação com o sofrimento da pessoa a quem a informação concerne, e decidir se a utilidade é tal que permite a imposição deste sofrer.²⁸

Conclui-se portanto que, observado o conflito entre bens protegidos respectivamente pelo direito à vida privada e à intimidade e o direito à informação, deverão estes bens, junto com o caso em concreto, serem levados à uma balança para que, ao final seja a justiça realizada, sem ferir o princípio da proporcionalidade.

²⁸ SILVA, E. F. Op. cit. p. 68

4 – OS MEIOS DE COMUNICAÇÃO ELETRÔNICA : A INTERNET E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS

O avanço da tecnologia fez com que surgissem várias maneiras do homem transmitir suas idéias, seus pensamentos, seus interesses, enfim, exercer o direito de se comunicar.

A tecnologia trouxe e trará diversos modos de comunicação. Fato é que, ao lembrarmos das guerras podemos notar que já se utilizaram até mesmo pombos como forma de transmitir mensagens e tantas outras informações. Hoje porém, há meios mais sofisticados e práticos para realizar a transmissão de informações.

Meios de comunicação são modos de transmitir uma mensagem, uma idéia ou um pensamento à outrem. Aqui se enquadra por exemplo, uma carta, um bilhete, a palavra falada frente e a frente e outros. Porém, o que nos interessa é saber o que seriam os meios de comunicação eletrônica e como esta peculiar maneira de transmissão de informações influenciou e influencia o nosso mundo.

Primeiramente, para sabermos o que são meios de comunicação eletrônica, nos reportamos à idéia de Sônia Aguiar do Amaral Vieira²⁹, onde, para concluir o significado de “comunicação eletrônica”, partiu do conceito destes dois vocábulos.

Assim, conforme o Novo Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda³⁰, comunicação “é fazer saber, tornar comum, estabelecer comunicação entre”, já o termo “eletrônica” significa a “parte da física dedicada ao estudo do comportamento de circuitos elétricos que contenham válvulas, semicondutores, etc., ou a fabricação de tais circuitos”.

Dada a devida atenção ao significado dos dois termos, podemos concluir que meios de comunicação eletrônica são modos de transmissão de informações

²⁹ VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 44.

³⁰ COMUNICAÇÃO E ELETRÔNICA. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Op, cit.

através de ondas ou circuitos elétricos, que por isso foram, desde o primeiro meio de comunicação até os recentes, caracterizados pela rapidez das transmissões.

Tem-se na história que foi o telégrafo sem fio, o primeiro meio de comunicação utilizando a eletrônica para a difusão de mensagens e outras informações. Muita polêmica foi criada ao redor da criação deste meio de comunicação pois, teria o padre gaúcho Roberto Landell de Moura inventado o telégrafo mas, o italiano Guglielmo Marconi foi quem acabou por patentear a incrível invenção.³¹

Após o telégrafo sem fio outros meios foram surgindo, tais como o cinema, o telefone, a televisão, o fax, o telefone celular e o computador, que, propriamente nos interessa neste estudo.

Não há como nos transpormos à imediata idéia do que seja o computador sem que antes tenhamos noção do que seja a informática. Esta seria a ciência que estuda o tratamento automático das informações. Através da informática os meios de comunicação se multiplicaram e se multiplicam até hoje, tendo como precursor o computador.

O substantivo “computador” é definido no Minidicionário de Informática³² como sendo uma máquina capaz de realizar cálculos e, “como to computer significa calcular, a tradução literal de computador seria calculadora”.

Hoje, o computador é formado por uma estrutura física denominada *hardware* (ferragens - equipamento pesado) e por programas que compõem o que chamamos de *software* (suporte lógico; suporte de programações).

A Microsoft, empresa líder no ramo da Informática, denomina o computador como sendo uma máquina capaz de realizar três tarefas, as quais são, aceitar uma entrada (uma solicitação), processar esta entrada e produzir uma saída com os resultados.

³¹ O INVENTOR DO RÁDIO. Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.pucrs.br>>. Acesso em: 15 ago. 2004.

³² COMPUTADOR. In: GENNARI, Maria Cristina. *Minidicionário de Informática*. São Paulo: Saraiva, 1999.

O primeiro computador de grande porte foi criado na década de 40 nos Estados Unidos. Tratava-se de uma máquina que executava instruções lógicas e armazenava informações, utilizando-se de um sistema binário. Esta máquina ocupava uma sala inteira e pesava cerca de trinta toneladas, sendo inventada com a finalidade de atender necessidades estritamente militares³³. Tal invento marcou a primeira geração de computadores, e era conhecido como ENIAC (Eletronic Numerical Integrator and Computer).

Entre os anos de 1959 à 1965, os computadores se tornaram menores e mais rápidos no processamento de cálculos.

Em 1971, devido ao programa espacial da NASA (National Aeronautics and Spaces Administration), surge uma nova técnica na fabricação e composição dos computadores, sendo em tal fase utilizada na sua construção uma pastilha minúscula, denominada "chip". Nesta mesma década, precisamente em 1976, foi criado o APPLE I, que foi o primeiro computador pessoal que pôde impulsionar o comércio deste segmento pois, até então, tinham sido criados computadores somente para uso do governo e instituições de ensino, como grandes Universidades, ou seja, tinham uma função coletiva³⁴.

Posteriormente foram se aperfeiçoando, usando como base para executar suas funções a lógica matemática.

É indubitável que os meios de comunicação não se encerraram e nem encerrarão na criação do computador, visto que o homem busca cada vez mais adequar o mundo às suas necessidades e assim, a tecnologia só tem a crescer. Mas, é certo também que, conforme mais ela cresce mais exige que a sociedade com ela se integre.

A cada dia surge um novo modelo de computador, sendo seu processador renovado a cada passo da tecnologia, aumentando sua capacidade de memória e sua potência. Se tornam cada vez mais eficientes, pequenos e com programas de fácil compreensão. É impossível imaginar uma sociedade sem este meio de comunicação, sendo raro descobrir uma empresa sem que utilize deste recurso

³³ RAHAL, Flávia. *Vírus, direito à intimidade e a tutela penal da internet*. Revista do Advogado, São Paulo, SP, ano XXIII, n.69, p.25-36, maio 2003.

para realizar suas atividades. Não se fala mais por exemplo, em datilografar (lembre-se da antiga máquina de escrever) e sim em digitar um documento no computador.

Mas a invenção do computador foi apenas o início da era da informação. Este meio pôde propiciar a criação de uma das maiores ou senão da maior, fonte de informações para o homem. Trata-se da Internet. Uma criação liga-se à outra, restando desta forma a evolução da comunicação eletrônica.

A Internet surgiu no final da década de 60, início da década de 70. Foi gerada pelo Projeto ARPANET, da agência de projetos do Departamento de Defesa norte-americano. O Departamento de Defesa norte-americano buscava uma maneira de difundir comunicações em redes onde se ocorresse uma destruição nuclear, não fosse tal rede de informações abatida, devido a essa mobilidade³⁵ de dados. Portanto, só atendia a princípio as bases militares dos Estados Unidos.

Posteriormente, a Internet passou a atender não só as bases militares, universidades ou empresas que prestavam serviços ao governo e sim à toda a sociedade. Sem dúvida alguma a Internet não é, ainda, uma realidade para muitos povos mas, pouco a pouco a Rede Mundial procura ocupar todos os espaços do globo.

Mas então, o que seria a Internet e como ela funciona?

Sobre seus aspectos técnicos, podemos dizer que a Internet é uma grande rede que interliga computadores, permitindo com que estes troquem informações entre si, necessitando basicamente, para funcionar, de um modem, uma linha telefônica e ainda, dos serviços de um provedor que intermediará o acesso à rede. No entanto, pode muitas vezes utilizar uma conexão via satélite, rádios ou de outro tipo.

As primeiras informações enviadas são chamadas de “protocolo”. O protocolo é um padrão de comunicação. O Protocolo de Controle de Transmissão/

³⁴ ROSA, Fabrizio. *Crimes de informática*. Campinas: Bookseller, 2002, p.27.

³⁵ ROSA, Fabrizio. Op, cit, p. 29.

Protocolo Internet (TCP/IP) foi o primeiro a ser registrado, o que impulsionou significativamente a divulgação da rede.

Com a criação da "www" (World Wide Web) a Internet se popularizou. Através deste serviço, foram se criando os chamados "sites" que permitem transmitir em suas páginas um infinito número de informações e serviços. Antes não haviam páginas na Internet, as informações eram buscadas e enviadas através de arquivos. A partir da criação dos sites, a comunicação através da rede manifestou seu grande poder e tecnologia. Os sites são, como a própria tradução já nos explica, locais onde se concentrarão as informações buscadas.

Outro serviço o qual a Internet possui é o e-mail, em outras palavras, a correspondência eletrônica (a tradução de e-mail é "correio eletrônico"). Para possuir um e-mail, a pessoa necessita de um provedor onde lá registrará uma conta. Através desta conta de e-mail, ela poderá receber e enviar correspondências eletrônicas, arquivos de texto e/ou de imagens e sons. Podemos comparar, de um modo rústico, que o e-mail é o substituto da carta, só que possui muito mais utilidade e benefícios.

É um dos serviços mais utilizados na rede e proporciona grande comunicação, necessitando apenas que o destinatário da mensagem também possua uma conta de e-mail.

A comunicação na Internet também pode ocorrer através de outros serviços, como o "instant messenger", ou "irc" (internet relay chat). "Instant messenger" vem a ser um tipo de programa onde se permite a conversação de duas pessoas que não precisam estar necessariamente em um site de bate-papo. Este é outro tipo de serviço o qual utiliza o protocolo acima mencionado - o protocolo "irc".

As salas de bate papo diferem-se dos programas de comunicação instantânea pois há mais de duas pessoas presentes na troca das mensagens, podendo todas elas conhecer do conteúdo das informações enviadas.

A rede mundial permitiu ao homem anular a distância e ignorar o tempo. Fica somente à um "clique" de encontrar a informação que deseja, o contrato que

quer celebrar, o extrato de sua conta bancária e tantos outros serviços que a Internet propicia.

Embora a Internet tenha revelado a existência de um fantástico e rápido mundo de informações, trouxe consigo alguns problemas que se refletem na ordem jurídica dos países.

O avanço da comunicação pela rede revelou aspectos que necessitam de amparo legal pois, através do uso da rede mundial alguns direitos do homem podem sofrer abusos. O binômio Tecnologia e Privacidade é refletido nas relações entre homem e rede e merece uma especial atenção atualmente.

A problemática da Internet ocorre devido ao estreitamento das relações jurídicas possíveis através deste meio. A cultura da Internet propicia um comportamento diverso daquele que se tem no mundo externo. Uma pessoa pode entrar em um bate-papo de fácil acesso, utilizar um apelido e difamar uma outra presente na mesma sala de conversação. Surge desta forma a questão: como punir tal atitude? Para respondermos a isto necessitamos conhecer como realmente a rede funciona e como editar leis que possam se adequar ao uso abusivo da rede.

Ao utilizarmos nosso cartão de crédito, ao verificarmos nosso extrato de conta corrente no site do Banco, ao abrirmos nossa correspondência eletrônica, ao contratarmos serviços ou adquirirmos produtos pela rede, estamos de certa forma nos expondo. Instituições públicas e privadas possuem bancos de dados em que, certamente faremos parte um dia, isto se já não estivermos cadastrados.

Exemplo de toda esta atuação da rede mundial em nossas vidas ocorre quando efetuamos uma compra em qualquer loja onde, através do número do CPF (Cadastro de Pessoas Físicas) podem ser acessados dados em Serviços de Proteção ao Crédito a nosso respeito³⁶. Mas uma pergunta há de ser feita: Até que ponto permite-se a intromissão e descoberta dos nossos dados pessoais? Quais seriam os fins que poderiam justificar tal invasão?

³⁶ GASPARIAN, Taís. *Privacidade em tempos de Internet*. Revista do Advogado, São Paulo, SP, ano XXIII, n.69, p. 37-46, maio 2003.

Argumenta Taís Gasparian, que os problemas ocorridos na rede, quando seus serviços passam a ferir determinados direitos, são conseqüências da falta de conhecimento sobre informática junto à falta de regras claras sobre a preservação da intimidade e privacidade e ainda pela falta de apoio dos próprios sites em prestarem uma política de privacidade adequada³⁷.

Os usuários da rede mundial, em sua maioria, são educados a se manterem sob sigilo de personalidade. Talvez funcione a Internet como uma válvula de escape para se sentirem mais abertos a opiniões alheias.

Colocaremos uma situação para exemplificar tal comportamento: “X” é uma pessoa reservada, muito tímida. Quando entra em uma sala de bate-papo sente-se à vontade para expor seus sentimentos e suas opiniões neste mundo virtual. Com certeza no mundo real este processo de exposição de sua personalidade seria difícil de se perceber. Se, as informações expostas nesta sala de conversação forem utilizadas indevidamente, o direito à intimidade e privacidade de “X” terá sofrido uma invasão.

Assim, podemos perceber que no mundo virtual, o dano sofrido será de maior amplitude, pois há a convicção de que ali estará segura a exposição da personalidade, da intimidade e da privacidade.

Alguns sites da Internet possuem uma política de privacidade, que busca esclarecer quais são os métodos de controle das informações que por eles trafegam. Prestam assim, uma maior segurança aos seus usuários.

A maioria dos usuários da rede mundial possuem um conhecimento técnico sobre informática restrito e desta forma são raras as atitudes que tomam para se precaverem de possíveis invasões .

O veículo Internet merece maior atenção pois, a cada dia que passa cresce o número de pessoas que acessam este portal imenso de informações e com isso, as ações contra os direitos da personalidade (imagem, honra, privacidade e intimidade) aumentam, restando por muitas vezes sem solução o problema visto que, por possuir a grande característica da mutabilidade a Internet necessita de

³⁷ Idem.

um acompanhamento constante de possíveis normas que a regulamentem. Normas estas em que prescinde não só o Brasil mas também muitos outros países.

Não queremos contudo, alimentar a idéia que a Internet é a causadora dos abusos aos direitos da personalidade. Ela é apenas o meio propicio a produzir estes abusos provocados por pessoas que certamente possuem um conhecimento maior do que os aplicadores do direito. Por isso, podemos concluir de modo simplório, que primeiramente para tentarmos editar leis que versem sobre a rede, precisamos da ajuda de especialistas da informática.

A ameaça do mundo virtual certamente está em serviços que a Internet traz para a melhoria da educação e cultura do homem. Serão estes serviços e suas conseqüências objeto do nosso próximo capítulo.

5- A VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE PELO USO DA INTERNET

A tecnologia está presente em nossas vidas desde que despertamos pela manhã. Em simples atividades que realizamos no decorrer do dia, podemos verificar a presença da tecnologia.

Note-se que em edifícios públicos, bem como privados, somos “vigiados” por câmeras instaladas sob o respaldo da nossa segurança. E certamente todo este estado de vigilância é necessário mas, sempre se fazendo um balanço entre a segurança (interesse público) *versus* a privacidade.

Nas relações pela Internet por se utilizar dos serviços que a rede oferece, este balanço também deve ser feito.

O tratamento dos dados pessoais por exemplo, é uma preocupação mundial. A rede fornece inúmeras possibilidades onde podem ser violados ou disputados os dados pessoais do usuário. Estas ações procuram garantir os interesses tanto de empresas que utilizam de forma incorreta estes dados e, até mesmo visa-se muitas vezes atender o interesse público que, muitas vezes exerce um poder de forma abusiva.

Contudo, não poderíamos esquecer de que muitos danos causados à vida privada de indivíduos através do “instrumento” Internet, também são provocados por especialistas em informática que atuam praticando diversos crimes. A partir do momento em que a Internet impulsiona o tráfego de grande quantidade de informações impulsiona a prática de crimes através da sua rede.

Veremos a seguir que alguns serviços proporcionados pela rede são usados de forma distorcida daquela em que não acarretaria mal à nenhum sistema, à nenhum usuário.

O comércio eletrônico por exemplo. Exerce tal atividade, grande importância na atualidade. Ignora fronteiras e simplifica a vida dos usuários e

adeptos desta forma de transação comercial. São inúmeros produtos colocados à venda em sites que exercem esta função. Pode-se até mesmo fazer compras no supermercado virtual pois, todas as mercadorias desejadas chegarão em casa sem que se tenha que sair do conforto do lar.

No entanto, nestes tipos de relações poderia surgir o problema de violação do direito à vida privada. Ao realizarmos uma compra através da Internet, são solicitados alguns dados pessoais, tais como o número do CPF, número da conta corrente ou cartão de débito. A divulgação destes dados nos deixa certamente inseguros. Seriam eles utilizados de forma lícita? Atendem somente ao fim para qual foram solicitados?

Podemos dizer que na maioria das vezes são utilizados de forma idônea mas, também não podemos fechar os olhos à alguns casos em que se verificou a violação do direito à vida privada e o direito à intimidade.

Trataremos a seguir de algumas situações onde o direito à vida privada e à intimidade são violados em decorrência da utilização de serviços apresentados pela grande rede.

5.1 – Os “cookies”

Atualmente, o comércio eletrônico manifesta-se como uma das práticas mais efetuadas na Internet. Tal atividade vêm provocando grandes transformações nas relações de consumo, exigindo-se à este tipo de relação uma extensão das regras de direito de consumidor.

A indústria do marketing é amplamente exercida na rede mundial, utilizando-se grandes empresas, de forma imprópria, os conhecidos “cookies”.

Os chamados “cookies” são espécies de programas os quais são utilizados para a aquisição de informações pessoais. Empresas que possuem sites na Internet podem utilizar estes programas para captar informações a respeito do

usuário que acessa seus sites. Note-se que não é o usuário identificado e sim a sua máquina através do protocolo IP (Internet Protocol), complementa Arnaud Belleil³⁸, dizendo que “os cookies seguem um rastro e não o usuário”.

Na década de 1990, precisamente em 1995, a Netscape, um dos maiores navegadores do mundo, criou o chamado “cookie” e desde então, a utilização deste serviço é discutida quanto ao fato de poder atacar diretamente ou indiretamente o direito à privacidade e à intimidade.

O cookie é um pequeno bit³⁹ de informação que um site acopla ao computador do usuário quando este acessa a página deste website. Formam fichas que são depositadas no computador do usuário, revelando uma maneira de coletar informações a respeito do trajeto do usuário na rede mundial. Quem captura estas informações são os sites geralmente de empresas que buscam aperfeiçoar-se ao estilo do consumidor.

Exemplificando: o usuário acessa por vários dias determinado site de compras na Internet. O servidor deste site registra no computador do usuário estes acessos e poderá, segundo o caminho percorrido nas visitas ao site, traçar um perfil do indivíduo. Se porventura, este site de compras possuir um tipo de associação com outras empresas, poderá aquele repassar tais dados e assim por diante tais empresas, possuindo os dados, poderá enviar publicidade ao usuário, promovendo o marketing de seus produtos.

Fato importante a ser lembrado, a respeito dos cookies, foi o da empresa norte-americana Double Click⁴⁰.

A agência de publicidade para Internet Double Click foi responsabilizada no final do ano 2001 por violar à privacidade de seus usuários. Realizou em decorrência dos danos , um acordo ao qual desembolsou de seus cofres a quantia de US\$1.800.000,00, a título de custas processuais. Ela contava com o auxílio dos cookies. Os dados gravados sobre o usuário podiam identificar ou

³⁸ BELLEIL, Arnaud. @ - *Privacidade. O mercado dos dados pessoais: proteção da vida privada na idade da Internet*. São Paulo: Livraria dos Advogados Editora Ltda, 2001, p.67

³⁹ Bit é a menor unidade de armazenamento em um computador.

⁴⁰ GASPARIAN, Taís. Op.cit. p. 41-42.

tentar fazer um prognóstico do tipo de anúncio publicitário que poderiam estimular a sua vontade, de acordo com o perfil que dele se traçava.

O caso teve grande repercussão no mundo da informática.

O problema começou quando a Double Click firmou uma parceria com a Abacus Direct Corp, no ano de 1999.

A Abacus Direct Corp. é uma empresa de marketing de produtos dispostos na rede mundial. Coleta informações sobre usuários, estilo de produtos que possam lhe interessar de acordo com os dados que recolhem. Isto era possível pois a empresa mantinha uma ligação com assinaturas de catálogos e cadastros em diversas lojas.

A Double Click interessada em identificar os usuários, uniu os seus dados (registrados através dos cookies) com os da Abacus, munidos sob uma intenção puramente comercial pois, a Abacus coletava informações à respeito de quaisquer dados dos consumidores, como por exemplo endereço, número de conta bancária ou número de cartão de crédito e diversas outras informações.

Esta captura de dados pela Double Click era feita sem que o internauta soubesse, assim como os cookies, que são colocados no computador do usuário sem que tenha conhecimento disto.

Taís Gasparian argumenta que, em relação ao registro de dados “o princípio geral é o de que somente aqueles que forem adequados e relevantes ao fim a que se destinam é que podem ser solicitados”.

Com lisura trata a autora do caso pois, devemos considerar que o fato do usuário não ter conhecimento de que muitas vezes esses dados são capturados com a intenção de fomentar a indústria do marketing na rede, já basta para que nos proporcione uma situação em que somos fantoches nas mãos de quem possui um maior conhecimento técnico e abusa de nossas secretas vontades muitas vezes, para alcançar seus propósitos econômicos.

Contudo, técnicos de informática rebatem a ameaça proporcionada pelos cookies, dizendo que estes podem ser evitados pelo usuário e que, muitas vezes

servem para instituir a segurança e agilizar a navegação pelo internauta. Isto realmente acontece. Quando entramos em um site que solicita uma senha esta poderá ser memorizada através do cookie e, posteriormente quando visitarmos novamente este site, por segurança esta senha pessoal estará registrada para que assim possamos navegar nestes chamados “bancos on line”.

Outro argumento a respeito da não ingerência à vida privada pelos cookies, consiste no fato de que estes podem ser desabilitados do computador do usuário.

Outro problema pode surgir com a prática indevida deste serviço na rede mundial. É o chamado “spam”, o qual trataremos adiante. Podemos dizer, de forma não complexa, que o cookie utilizado indevidamente pode semear a prática do spam. Ocorre tal fato em sites que divulgam produtos na rede. Ao colher o perfil do usuário, seus hábitos de consumo poderão ser repassados para empresas de marketing que “presentearão” o usuário com ofertas indesejadas de produtos e que ocuparão espaço no correio eletrônico do usuário.

A política de privacidade deve existir em todos os sites da rede mundial, a fim de poder esclarecer ao usuário sobre a segurança direcionada à quem visita o site. Quanto aos cookies, devem ser mencionados nestes esclarecimentos para que assim o usuário também possa se abstrair de fornecer dados que julgar ser desnecessário e passível de produzir uma ofensa à algum direito seu.

5.2 – O “spam”

A Internet proporciona um dos mais ágeis serviços de comunicação. Trata-se do e-mail. Com o avanço da tecnologia a antiga correspondência também se informatizou. Difícil imaginar hoje, o jovem, o advogado, o professor, o empresário que não possui uma conta de e-mail em algum site. Podemos dizer que o correio eletrônico é a atividade mais procurada pelos usuários da rede mundial.

Hoje o e-mail é tão comum que já é solicitado em simples fichas de cadastros em estabelecimentos de qualquer natureza, como por exemplo ao se

preencher um pedido de abertura de conta corrente no Banco, estará lá o espaço reservado para declarar o seu endereço eletrônico para correspondência.

Sem dúvida que, pelo simples fato de se possuir uma conta de e-mail em algum provedor, o direito à privacidade na Internet poderá ser atingido. Tal desagrado se deve ao fenômeno do “spam”.

Spam, traduzindo a expressão possui o significado de “inundação”. Certamente pela própria tradução poderemos chegar ao conceito desta terrível prática de violação do direito à privacidade e à intimidade.

O spam é um tipo de mensagem indesejada a qual não se solicitou. Tal ação vem sendo difundida de forma expressiva por sites que atuam, principalmente, no comércio eletrônico da Internet. A maioria das mensagens “spam” são provenientes de sites que praticam o marketing on line.

Ao recebermos mensagens em que desconhecemos a sua procedência, provavelmente se caracteriza tal correspondência em um spam. Essas mensagens são enviadas a um grande número de destinatários sem que o remetente os conheça, quer ele divulgar uma suposta corrente religiosa (muitas vezes informam que o não repasse acarretará em azar à pessoa do usuário) ou, como acontece na maioria, quer fazer a publicidade de produtos à venda na rede.

O problema que traz esta prática é que o usuário terá sua caixa postal invadida (praticamente inundada) por correspondências desinteressantes e que ocupam um espaço em sua conta, deixando de serem recebidas mensagens aguardadas ou mais interessantes ao usuário.

Contudo, aplicadores do direito têm entendido que o spam provoca uma ofensa ao direito da vida privada pelo fato do e-mail ser de uso pessoal, tendo o usuário o domínio sobre seu endereço eletrônico e, em consequência deste domínio tem ele o poder de divulgar este endereço a quem somente lhe imputa interesse em receber mensagens.

O spam surge em decorrência da divulgação de dados pessoais que o internauta informa em determinados sites que os solicitam. Ao preencher determinados cadastros, estes podem ser comercializados na rede e chegar às

mãos de spammers (praticantes do spam). A atividade destas empresas consistente em vender tais informações, é denominada como “mala direta eletrônica”, e quem adquire tais dados, em sua maioria os divulga com o intuito de realizar o “seu marketing”. O spam também pode se originar através dos cookies, conforme tratamos em tópico precedente.

Rodrigo Guimarães Colares⁴¹, em matéria retratada na Internet, critica a ação destas empresas que buscam realizar o marketing on line, ultrapassando regras fundamentais, como o direito à reserva da vida privada:

[...] aquele que adota esse péssimo tipo de “marketing”, ao invés de fazer com que “milhares de usuários tenham acesso ao seu produto”, vincula sua empresa a uma imagem antiética e a uma prática que muitos advogados especializados consideram invasão de privacidade, nos termos do artigo 5º, inciso X, de nossa Constituição da República.

A situação atual deve ser analisada com atenção dada ao fato de que o problema não surge somente com a atividade do spammer pois, quem fornece os dados também deve ser responsabilizado.

Antônio Jeová dos Santos⁴², elenca algumas situações que justificam a violação do direito à vida privada pela prática do spam. A primeira situação onde ocorre a lesão ao direito personalíssimo em discussão, ocorre por ser o spam uma mensagem não solicitada e indesejada.

Segue o autor enunciando mais alguns motivos que provam que a prática dos spammers fere direito fundamental do homem (que é de poder reservar-se), tais como os gastos suportados pelo usuário (pois terá que “esvaziar” sua caixa postal) o que reflete em pagar uma conta maior de telefone, de energia elétrica, do provedor de acesso, e ainda, o dano passível de ocorrer se ele, usuário, trabalha com esta ferramenta na Internet, aguardando diariamente correspondências de interesse profissional. Lembrando-se também que, a simples atitude de apagar as mensagens não impede a reincidência das mesmas.

⁴¹ COLARES, Rodrigo Guimarães. *Corrente de e-mail, fraude, spam e privacidade na Internet*. Jus Navegandi, Teresina, n.90, 1 out. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 25 ago. 2004.

⁴² SANTOS, Antônio Jeová., apud . VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Op. cit. p116.

O advogado Amaro Moraes e Silva Neto⁴³ explica que a lei do spammer é a seguinte: “Eu quero, eu mando e não pago. Você não quer, mas terá que receber e pagar”. Critica o autor a posição atual do judiciário a respeito de tal prática por considerar uma atividade comum e saudável na rede mundial, o que certamente revestirá de força aqueles que praticam esta atividade, incentivando a disseminação dos spams.

Outro traço importante a ser discutido a respeito do spam, é a possibilidade de carregar tais mensagens vírus que afetariam todo o sistema do computador do usuário pelo simples ato de abrir a correspondência eletrônica. A revolta do usuário certamente seria maior.

Em matéria publicada na Revista Veja⁴⁴, foi divulgada uma pesquisa realizada pela Microsoft, onde se constatou que o crescimento do spam é preocupante. Especialistas relatam que esta “praga virtual” terá força para inviabilizar a comunicação na rede. A Microsoft, empresa líder do ramo da Informática resolveu combater esta praga formando uma equipe de investigadores para desmascarar os spammers.

Nos Estados Unidos, país que recebe o primeiro lugar como paraíso do spam, foi feita uma pesquisa onde se observaram dados alarmantes a respeito desta prática. O spam atinge principalmente empresas e sites governamentais. Há dados que no ano de 2003 as companhias americanas chegaram a gastar cerca de 20 bilhões de dólares com sistemas de segurança, reparação de danos aos servidores e com o tempo desperdiçado pelos funcionários para exterminar a tal praga.

A legislação brasileira ainda e, infelizmente, é precária a respeito das práticas inadequadas destes serviços pela Internet. Não há regra específica para combater tais atividades.

O spam, como já dissemos, está na maioria das vezes vinculado a um site de comércio eletrônico. A maior parte dessas mensagens são instruídas à invadir

⁴³ SILVA NETO, Amaro Moraes. *Spam, um furto digital*. Florianópolis, jul. 2004. Disponível em: <<http://www.advogado.com.br/cd/cd-spam.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2004.

⁴⁴ MARTHE, Marcelo. *Guerra contra o Spam*. VEJA, ano 37, n.28, p. 64-65, 14 jul. 2004.

a caixa postal do usuário e tentar transformar este em consumidor dos produtos que anuncia por tal empresa.

O spam nada mais é do que o envio ao consumidor (no caso, o usuário), de propagandas de serviços ou produtos, oferecendo largas vantagens na eventual contratação ou utilização, sem que tenha solicitado. O usuário da Internet não solicita, não fornece seu endereço virtual e, mesmo assim, recebe em sua caixa de correio eletrônico, “convites” para aderir a planos, produtos, grupos, jogos, serviços, etc⁴⁵.

À luz do Código do Consumidor, podemos dizer que a prática dos spammers é considerada abusiva, de acordo com o que dispõe o artigo 39, inciso III, do aludido diploma. A prática abusiva é aquela que induz o comportamento do consumidor sendo que ele não desejou a aquisição de nenhum serviço ou produto.

Ainda neste mesmo diploma, precisamente quanto ao disposto no artigo 43, §2º, o cadastro do consumidor deve ser por ele autorizado ou no mínimo querido.

Desta forma, embora sendo pequena a contribuição da lei brasileira, poderão em certos casos tais dispositivos serem suscitados em eventual reparação quanto aos danos que podem o spam provocar ao usuário da rede.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, também pode ser suscitado, bem como outros princípios de direito. No entanto, tais regras se revelam insuficientes para atender tantas possibilidades de invasão deste direito, seja através da atividade exercida pelos spammers, seja pelo uso indevido dos cookies.

5.3 – O “hacker”

O direito à vida privada e à intimidade também podem ser objeto da ação criminosa dos chamados “hackers”. A violação destes direitos fundamentais por tais agentes, podem ser consideradas como as primeiras manifestações

criminosas através do uso da Internet, posteriormente foram surgindo outras práticas violadoras do direito à privacidade, como por exemplo o spam, anteriormente mencionado.

O termo “hacker” designa o sujeito extremamente afeiçoado aos sistemas dos computadores. Sua atividade consiste em descobrir senhas, quebrar sistemas de segurança de empresas e muitas vezes obter vantagem econômica com estas ações. Porém, há aqueles que relatam que o prazer em destruir sistemas alheios por si só já basta para cada vez mais efetuar tal prática, não necessitam de qualquer atribuição financeira, basta a glória de saber que conseguiram quebrar a engenharia de segurança de determinada empresa, como se tal fato alimentasse o seu ego.

Citado por Sônia Aguiar do Amaral Vieira, Amaro Moraes e Silva Neto aponta as características destes indivíduos:

[...] são indivíduos muito bem informados, com conhecimentos muito acima da média (em termos informáticos) e com privilegiada imaginação que os autoriza avaliar as falhas de um sistema operacional qualquer. São pessoas que, mais cedo ou mais tarde, acabarão sendo contratadas por grandes empresas para coordenarem, na maioria dos casos, seus sistemas de defesa, haja visto que são muito bons, sabem escrever códigos que realmente funcionam⁴⁶.

O direito à vida privada e à intimidade pode ser atacado por esses indivíduos pela ação de invadir os bancos de dados tanto de empresas privadas como de órgãos públicos. Os dados pessoais depositados nestes bancos constituem-se em alvos visados pelos hackers.

Os hackers são conhecedores da criptografia, que é a ciência que decifra mensagens em códigos. Os dados são guardados em servidores e são colocados em segurança através de códigos ou senhas. O trabalho do hacker é decifrar estes códigos para que assim possam acessar o banco de dados, furtando-lhes suas informações.

Existem hackers que exercem sua atividade até a quebra da segurança outros porém, seguem mais a fundo dissipando vírus aos sistemas ou usufruindo

⁴⁵ VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Op.cit. p. 122

⁴⁶ SILVA NETO, Amaro Moraes., apud VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Op.cit. p. 103-104.

do patrimônio alheio, como por exemplo, nos casos onde ocorre a quebra de segurança em sites bancários e o hacker, portador de senhas de correntistas, transferem para si os créditos destes.

Não há qualquer dúvida que tal atividade é extremamente danosa àqueles que vêm na Internet a praticidade em realizar tarefas que lhes tomam tempo em um mundo onde este é muito valorizado, como nos casos de fraudes em bancos.

A doutrina classifica duas espécies de hackers⁴⁷. São os chamados hackers éticos, “piratas bem intencionados”. Atuam com o objetivo de analisar os pontos fracos de sistemas de segurança de determinadas empresas. Invadem estes sistemas e corrigem suas falhas. Já os chamados crackers ou hackers não éticos, são os verdadeiros piratas dos computadores. Agem com espírito destrutivo, visando muitas vezes obter vantagens patrimoniais por esta atividade ou apenas, receber os méritos por uma devastação nos sistemas de segurança de grandes empresas.

Não é difícil imaginar uma situação onde a invasão criminosa destes agentes em bancos de dados de empresas acaba provocando a violação da privacidade e da intimidade. Sites do governo como o da Previdência Social, pode ser alvo destes indivíduos. Quebrando-se o sistema de segurança e conseguindo capturar senhas de beneficiários pode ocorrer um verdadeiro caos aos bancos públicos.

A dificuldade em identificar os hackers se encontra na própria Internet. O fato de podermos nos distanciar um pouco do mundo real e entrarmos no mundo virtual que ela proporciona, faz com que possamos assumir uma identidade, as vezes saudável (como para aquele indivíduo introspectivo) mas também, não esquecendo-se que há o outro lado da moeda, onde a facilidade de exibir uma outra personalidade, outro nome, induz e incentiva cada vez mais a prática desta atividade.

A atuação dos hackers, na maioria das vezes, é feita em diversos computadores e em diferentes pontos. Os chamados Cyber Cafés (bares onde

⁴⁷ PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

são disponibilizados ao público alguns computadores para o uso da Internet) são também, um meio hábil para o exercício da atividade dos hackers, dada a facilidade de acesso à rede. Muitas vezes o usuário paga por cerca de uma hora de uso a um preço acessível e através da máquina começa a propagar seus conhecimentos. Discute-se neste caso, a responsabilidade solidária destes bares pois poderiam exercer um controle maior sobre os usuários ou clientes⁴⁸.

A proteção não só da intimidade e da privacidade como da própria Internet, deve ser preconizada pois não é ela em si mesma, conforme já mencionamos, que traz tais riscos à aquele que a utiliza idoneamente, ela apenas é usada como um meio para atingir um fim danoso, conforme o pronunciamento de Omar Kaminski⁴⁹:

A tecnologia não é neutra. É uma junção entre ciência, mercado e sociedade. Mas a tecnologia, por si só, não viola a privacidade e sim as pessoas que utilizam essa tecnologia, criada para suprir necessidades, e a política por detrás da tecnologia. Pode ser usada para invadir a privacidade, e pode ser usada para protegê-la.

Assim a rede mundial, com a abertura de informações que proporciona aos seus usuários, não pode mais ser objeto de tantas práticas ilícitas, pois através dela, só pode haver benefícios e não malefícios, visando-se sempre a modernização da sociedade que deve se sentir segura ao ter em sua casa ao usufruir tantas possibilidades trazidas pelo mundo virtual.

5.4 – O “spyware”

Como vimos anteriormente, a Internet é palco de grandes serviços que tornam as vidas de seus usuários mais práticas e impulsiona a era da comunicação. As informações se transmitem de forma absurdamente rápida e mais abrangente. A rede surgiu e se transformou no meio de comunicação mais usado pelos povos.

⁴⁸PANTALEÃO, Leonardo. *Os Reflexos Jurídicos da atuação dos Cyber Cafés e Lan's House*. São Paulo, jul 2003. Disponível em: <<http://www.direitonaweb.com.br>>. Acesso em: 11 ago. 2004.

Entretanto, com as maravilhas trazidas pela tecnologia e por conseqüência pela rede mundial, surgiram os empecilhos para o regular funcionamento, deste não mais recente meio de comunicação eletrônica.

Conforme tratamos em tópicos anteriores, os serviços disponibilizados aos internautas sofrem certos abusos, como por exemplo, o furto de dados pessoais e mau uso dos conhecidos “cookies”.

Não distante da concepção de “cookies”, o spyware se assemelha em certos pontos com este meio de captação de dados do usuário da Internet.

Na tradução do vocábulo “spyware”, encontramos a definição de que se trata de “software espião”. Primeiramente, lembremos que software, segundo o Minidicionário de Informática⁵⁰, “ é todo e qualquer conjunto de instruções executadas no computador”.

Podemos ainda, dizer que software são todos os programas que fazem um computador funcionar. Exemplificando de forma ordinária, o computador sem o software seria como um forno de microondas sem um painel de funções ou sem que este funcionasse. Sem o software, o computador seria apenas um monte de componentes que não serviriam para executar qualquer comando. Isto não desmerece a estrutura física do computador (hardware), sendo que, para que funcione adequadamente é necessário a junção destas duas estruturas, software e hardware.

Existem sites na Internet que divulgam vários softwares para milhares de atividades que se queira executar. Por exemplo, o Kazaa⁵¹. Trata-se de um programa que permite ao usuário buscar músicas pela internet e através de seu download⁵², armazená-las em seu computador. É um software bem conhecido entre o público da rede mundial. Outros softwares de maior utilidade também são

⁴⁹KAMINSKI, Omar. *Direito, Sociedade e Informática: limites e perspectiva da vida digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p.100.

⁵⁰ SOFTWARE. In: GENNARI, Maria Cristina. Op. cit.

⁵¹ O Kazaa é um software onde o internauta pode pesquisar diversas músicas e assim reproduzi-las toda a vez que o programa for aberto. Mais informações podem ser obtidas no site do software: <<http://www.kazaa.com>>.

⁵² Download é a transferência de arquivo feita através da Internet. Há a possibilidade de armazenagem deste arquivo tanto no disco rígido ou em uma pasta temporária.

encontrados na rede, como alguns que ajudam empresas a organizarem seus balanços financeiros.

Graças à Internet o download destes softwares é possibilitado e geralmente o usuário não paga nada por este pois, possuem em sua maioria licença livre para a cópia. Se revelam uma grande comodidade ao usuário porém, por outro lado, podem trazer consigo o software espião – o spyware, sendo que, ao efetuar o download de um programa (um software) o spyware pode vir acompanhando aquele.

Assim como o “spam”, o “spyware” mantém na maioria das vezes, relação com alguma propaganda comercial. O comércio na Internet pôde incentivar o marketing através do computador, chegando-se até o momento atual onde ocorrem esses abusos tanto para o consumidor como para o usuário.

O spyware é um tipo de software que é capaz de coletar informações do usuário sem que ele ao menos perceba que está sendo “vigiado”. Trata-se, na concepção de Rafael Jamur Contin⁵³, de um “software que transmite informações pessoais contidas em determinado computador que esteja com este programa instalado, para algum lugar da Internet sem que o dono do computador seja informado”.

Da mesma forma que os “cookies”, esta tecnologia traça um perfil do internauta e a utiliza posteriormente como meio de saber as preferências do usuário e enviar os chamados “banners” publicitários.

O spyware decorre muitas vezes do simples fato do usuário visitar um site na Internet. Ao aparecer uma janela solicitando que faça ou não determinada coisa, o usuário fica preso nesta, mesmo clicando no quadro “no”, até que desiste e clica no quadro “yes”, libertando-se da insistente questão. Porém, pode a partir daí fazer parte da estatística dos computadores que comportam softwares espiões.

Os conhecidos programas de conversação da Internet, chamados de “Instant Messenger”, divulgam em espaço inferior de sua janela várias

propagandas. O usuário que conversa com outro indivíduo a respeito de um produto de ginástica, por exemplo, poderá ser surpreendido com uma propaganda sobre promoção de aparelhos de ginástica naquele espaço inferior da janela de conversação. Sem qualquer dúvida, estaremos diante de um software espião, que conhece os hábitos do usuário e aproveita a oportunidade para “vender seu peixe”.

Diante da situação acima exemplificada, o direito à privacidade e à intimidade são atacados novamente por exercerem tais softwares, uma ação abusiva contra a vontade do usuário. Ocorre uma clara obtenção ilícita de informações particulares e mais grave do que isso, a comercialização destes dados pessoais que podemos considerar em perfeita ingerência na vida do internauta e ofensa às regras de direito.

Os softwares spyware trazem consigo diversas situações onde ocorrem a violação do direito à vida privada e à intimidade. Podem transmitir dados pessoais do usuário como por exemplo: senhas de cartão de crédito, gastos que o usuário têm com compra de produtos via Internet, podem extrair endereço eletrônico do internauta e ainda quanto ao seu computador, podem trazer danos ao sistema operacional (memória e processador) e ainda, facilitar a invasão por hackers⁵⁴.

No Brasil, da mesma forma que faltam leis a regulamentar o uso da Internet em geral, também faltam para regulamentar a disposição de softwares livres para download e a conseqüente instalação de softwares espões.

O spyware é uma realidade que compromete o bom funcionamento da Internet. O usuário fica descrente da praticidade e privacidade que a rede pode proporcionar, pois fica desprotegido em meio a tanta invasão de seu espaço privado.

Nos Estados Unidos já foi aprovada uma lei que regulamenta o spyware. Esta lei anuncia que qualquer forma de spyware ao ser instalado sem o prévio consentimento do usuário é ilegal, devendo sempre a vontade do usuário ser

⁵³ CONTIN, Rafael Jamur. *Invasão de Privacidade por e-Fornecedores*. Uberaba, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina>>. Acesso em: 23 ago. 2004.

⁵⁴ *INVASÃO de privacidade na Internet*. São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.base64.com.br>>. Acesso em: 25 ago. 2004.

manifestada e respeitada. Tal norma acarretou a discussão com empresas que comandam sites publicitários, alegando-se estas, que o direito à expressão no sentido de promover o marketing empresarial, também deve ser respeitado⁵⁵.

Em vista de tudo o que foi exposto, devemos acrescentar, o fato de que a prova da invasão de privacidade é difícil de ser feita. Seria necessário um conhecimento mais aprofundado da questão, assim como deve também ser em relação a todas as questões até aqui expostas quanto aos serviços prestados pela rede mundial. tal aprofundamento deve ser auferido, visando-se um conhecimento maior quanto a este “inimigo”.

⁵⁵ PEREIRA, Robson. *Invasores de privacidade*. O Estado de São Paulo. São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>>. Acesso em: 25 ago. 2004.

6. A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NO ÂMBITO DA INTERNET

Todo ato no mundo do direito pode gerar uma consequência. O ato ilícito é aquele que ofende diretamente ou indiretamente uma regra prescrita em lei. Torna-se responsável aquele que de alguma forma tinha se obrigado a cumprir ou seguir um preceito legal mas que por algum motivo não o fez.

Trataremos neste capítulo da responsabilidade por atos praticados na Internet, sob os aspectos das duas esferas: a civil e a penal. Primeiramente adentremos pela esfera civil.

6.1- Responsabilidade civil

Como já vimos, a responsabilidade decorre de ato ilícito. Podemos dividir a responsabilidade civil por dois tipos de danos: os danos extrapatrimoniais (danos morais) e os danos patrimoniais.

É certo que, em sede de responsabilidade civil, quem responde por atos que implicaram na ofensa do direito alheio, é o patrimônio do ofensor e não a sua liberdade, como veremos que acontece as vezes na responsabilidade penal.

Assim, ocorrido o dano, seja ele de cunho patrimonial ou moral, os bens do ofensor responderão na medida do dano causado ao ofendido.

O Código Civil cuidou da responsabilidade no artigo 186 :

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Para imputar a responsabilidade por um ato ilícito é necessário que se apresentem três requisitos que se somam: a conduta culposa e nexos causal e o dano final. Deve haver assim, um liame entre a conduta e o dano sofrido.

No entanto, ao falarmos em culpa, teremos que analisar as duas responsabilidades, as quais são a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva é a que o Código Civil adotou ao prescrever o artigo 186. Nela há a presença da culpa, devendo haver a prova de que o agente causador do dano agiu com culpa, sob as modalidades da negligência, da imprudência ou da imperícia.

A conduta negligente consiste em uma conduta descuidada. A imprudência consiste na prática de uma conduta em que deveria o agente ter se precavido, deveria ter agido com moderação. Por fim, a imperícia é a ação em que o agente age sem ter os devidos conhecimentos sobre a questão.

Tais condutas se revelam marcadas pela culpa, sendo hábil para a indenização pleiteada que se prove estas modalidades de condutas, sob pena de não ser reconhecida a responsabilidade do ofensor.

A responsabilidade objetiva se manifesta de forma contrária. Não necessita da prova da culpa. Basta que se prove que a ação manteve uma relação com o resultado danoso. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº8078/90), no artigo 12, adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, produtor, fabricante, construtor e importador que, por defeitos nos produtos que importam, fabricam, constróem, tenham causado danos patrimoniais ou extrapatrimoniais aos consumidores.

As relações jurídicas firmadas pela Internet são estabelecidas, conforme já dissemos em tópicos precedentes, sem que se tenha um amparo legal para todas as situações onde ocorre a ofensa ou não cumprimento de preceito legal, seja ele fundamental, como no caso das ofensas ao direito à privacidade e à intimidade, ou ainda, a ofensa a outro direito de cunho não fundamental.

Assim, têm-se preocupado cada vez mais em dar à ordem jurídica leis capazes de intervir nestas relações pela Internet. Porém, sabemos que esta tarefa não tem sido fácil por ser a Internet um fenômeno que cresce rapidamente.

A Internet revela um mundo diferente ao usuário, possibilita que este saia da sua realidade e viva uma outra personalidade que talvez, fosse proibida ou exposta a julgamentos preconceituosos no mundo real.

O “mundo virtual” engendrado pela grande rede mundial torna-se um campo um tanto propício para a prática de crimes. Trata-se da facilidade com que o sujeito se conecta e assume um nome virtual, uma aparência virtual, talvez sendo este o grande problema enfrentado por aqueles que tentam reprimir as fraudes causadas na rede, ou seja, é a dificuldade na identificação do agente causador do dano que muitas vezes afasta a aplicação da lei.

Diferentes relações fundadas pela Internet trazem consigo verdadeiros riscos ao usuário. Exemplo disto temos: as vendas possibilitadas pelo chamado comércio eletrônico e as fraudes que daí podem surgir; a proliferação de textos ofensivos à dignidade da pessoa humana; a captação de obras intelectuais e posterior divulgação; a espionagem praticada por hackers e pelos softwares chamados “spyware”, e outras práticas que tratamos anteriormente.

Questão que surge diante de todos esses problemas trazidos pelo mal uso da rede Internet é a de quem é a responsabilidade. Contra quem podemos nos sublevar?

Aí é que está o problema da grande rede de comunicação. A Internet não é pessoa jurídica, não tem dono, muitos sites não possuem a política de privacidade devida, muitos usuários causadores destes danos “não existem realmente”, somente no mundo virtual eles se apresentam e, por aí se segue não se esquecendo de que, a tudo isto se soma a falta de regulamentação pelo governo com leis amplas e eficazes, capazes de combater estes problemas. São portanto, vários motivos que impedem a reparação dos danos sofridos pelos internautas.

Todavia, isto não significa dizer que estamos sem qualquer amparo. Deve a lei ser interpretada, procurando-se atender as diversas situações suscitadas,

isto em atendimento ao que prescreve a Lei de Introdução ao Código Civil, em seus artigos 4º e 5º:

Artigo 4º- Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Artigo 5º- Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Alguns projetos de lei tramitam no Congresso Nacional e esperam por sua aprovação. Dentre eles, citamos o Projeto de Lei nº 3.360/00 que cuidará da privacidade de dados e a relação entre usuários, provedores e portais em redes eletrônicas⁵⁶.

É interessante o papel do provedor de acesso na identificação do responsável por dano causado ao usuário.

O provedor faz a intermediação do usuário aos demais sites que este acessa. Como dissemos anteriormente, para conectar-se à rede, o usuário precisará de uma linha telefônica, um computador, um modem e um provedor de acesso que será a porta de entrada para a Internet. Existem provedores de Internet pagos e os que prestam seus serviços gratuitamente.

Os provedores de acesso são prestadores de serviço e se, forem assim considerados, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em algumas situações pode ser um auxílio, visto que no Brasil não há um regulamento específico às relações jurídicas fixadas pela Internet.

Imaginemos uma situação onde, o consumidor assinante de um provedor, conecta-se à rede e acessa um site que é hospedado pelo seu provedor. Neste site o consumidor fornece alguns dados pessoais seus e estes são furtados pelo site, dando-se um fim diverso ao que se destinavam. O provedor neste caso, seria solidariamente responsável pelo uso indevido de informações que teve o site que hospeda?

O Código de Defesa do Consumidor no artigo 12 trata da responsabilidade civil objetiva e ainda, cuida da solidariedade entre os causadores do dano. Se

⁵⁶ VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Op. cit. p.148

considerado como um prestador de serviço, o provedor certamente poderá ser desta forma, responsabilizado pelo site que hospeda. Mas salientamos que, o provedor se torna responsável na medida em que coopera com a ilicitude.

Os sites hospedados naquele provedor também possuem certa autonomia e por isso, necessitam sempre manter uma política de privacidade específica e com linguagem simples ao internauta.

Salientemos ainda, o papel dos Cybers Cafés. Estas “estações” de acesso também devem se preocupar em manter a ordem jurídica na rede mundial. Leonardo Pantaleão⁵⁷, em matéria publicada na própria rede mundial, alerta para o fato de que provedores e Cyber Cafés podem ser responsabilizados por eventuais danos patrimoniais ou morais trazidos pelo uso indevido da Internet.

A responsabilidade civil do provedor parece-nos indiscutível, inclusive a teor do disposto no Código de Defesa do Consumidor, que considera direito básico do consumidor, a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, por parte de todos aqueles que interferem na cadeia de consumo (art. 7º, parágrafo único).

Baseia-se o autor, na teoria do risco. Assim, continua em sua explanação:

[...] os Cyber Cafés são também responsáveis, em razão do disposto no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor. Outro argumento que fortalece esse entendimento ora apresentado é a questão decorrente da responsabilidade advinda do risco da atividade. Risco da atividade é o perigo que determinada conduta pode proporcionar à personalidade e ao patrimônio alheio.

Com relação ao spam, a prática de proliferar as listas de emails para assim, enviar mensagens indesejadas, se for provada que esta difusão teve o auxílio do provedor de acesso, certamente este responderá pelos danos ao consumidor. Assim também é, em relação aos hackers. Muitas vezes, digamos que na maioria delas, os hackers agem tão furtivamente que, mesmo tendo-se uma política de privacidade razoável, não há como prever nem se precaver de suas ações.

Devemos considerar a boa fé nestas relações, que é sempre um elemento que deve estar presente nas relações jurídicas. Não há como eximir a sua presença nas relações pela Internet. Sendo a boa fé sempre prestigiada na ordem

jurídica, quando observada a transmissão de dados indevidamente pelo provedor aos sites que vendem produtos na rede e realizam o marketing (agressivo muitas vezes), certamente o provedor terá sua parcela de culpa e conseqüente responsabilidade.

Adentremos agora às questões das transações comerciais pela rede. O comércio eletrônico também é palco de troca de obrigações e por haver a possibilidade de contratar no meio eletrônico, também devem ser tais contratos protegidos pela lei civil. O Projeto de Lei nº 4.906/2001, já aprovado pelo Senado Federal, procurou regularizar o comércio eletrônico, instituindo a fatura eletrônica e a assinatura digital.

Liliana Minardi Paesani⁵⁸, aponta como solução para os conflitos criados na rede, a criação de um Órgão arbitral onde os membros sejam especialistas no assunto e que julguem o problema sem jamais se encontrarem, ou seja, deve ocorrer a criação da Arbitragem Virtual.

O certo é que, estamos em uma era em que a Internet impera em nossos lares e escritórios, em nossas escolas, faculdades e instituições governamentais. Os abusos provocados por ela não podem ficar impunes sob o respaldo de que não temos leis específicas. Espera-se que os tantos projetos de lei sejam aprovados e se convertam em verdadeiros diplomas para viabilizar o uso mais seguro da grande rede.

6.2- Responsabilidade penal

É indubitável à esta altura da informatização das relações jurídicas, que se faz necessário um ajuste entre a lei e as ações ocorridas na Internet. Não é difícil encontrarmos algumas figuras ilícitas em matéria penal que acontecem através da rede mundial.

⁵⁷ PANTALEÃO, Leonardo. Op. cit.

⁵⁸ PAESANI, Liliana Minardi. Op. cit. p.95.

Vimos anteriormente que os mecanismos de repressão ao ato ilícito na rede, na esfera civil, não são muitos. Projetos de Leis ainda aguardam por suas aprovações, restringindo aos aplicadores e estudiosos do Direito a utilização de normas não tão específicas à estes tipos de relações, como por exemplo, a lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Ao falarmos na esfera penal, não destacamos muitas diferenças desta com a cível. Há da mesma forma, a necessidade de inclusão no próprio Código Penal, de dispositivos norteadores dos atos praticados na rede, bem como de uma legislação pertinente a esta matéria.

A corrente prática de fraudes através dos computadores à diversos sistemas de milhares de empresas, as ofensas ao direito à imagem, ao direito à honra e ao direito à privacidade, o furto de informações pessoais e tantas outras ações danosas aos usuários da Internet, fizeram com que a doutrina desenvolvesse um conceito dos chamados “crimes digitais” ou “crimes de informática”.

Fabrizio Rosa⁵⁹ define o crime de informática como toda a ação ou o procedimento que contraria o uso devido e apropriado de dados, quando estes estão armazenados ou quando estão em processo de transmissão.

O acesso, a captação e utilização indevida de dados ou bancos de dados, são consideradas como ilícitos penais e necessitam de uma repressão eficaz.

Por diversas vezes mencionamos neste trabalho as principais características da Internet, como a rapidez na transmissão de informações e o anonimato que ela possibilita. Não podemos fugir destas características visto que elas se tornam o principal empecilho para a efetiva atuação do judiciário.

Citado por Sônia Aguiar do Amaral Vieira, Gustavo Testa Corrêa faz um paralelo entre a atuação de assaltantes de bancos do “mundo real” e aqueles que atuam no “mundo virtual”, destacando que a rede mundial facilita de diversas maneiras a prática de crimes⁶⁰.

⁵⁹ ROSA, Fabrício. Op. cit. p. 53.

⁶⁰ CORRÊA, Gustavo Testa. apud VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Op. cit. p. 152.

Em vez de pistolas automáticas e metralhadoras, os ladrões de banco podem usar uma rede de computadores e sofisticados programas para cometer crimes. E, fazem uso, de forma impessoal, de qualquer continente, sem a necessidade de presença física, nem “território” sem fronteiras e sem lei, acreditando estarem imunes ao poder da polícia.

Insta salientar ainda, que a repressão na esfera penal pode ser barrada pelo princípio da legalidade. Como por exemplo, ao tratarmos do crime de hacking.

Consiste o crime de hacking em uma ação praticada por usuários de computadores, onde este invade bancos de dados ou interfere em sistemas, causando alterações, danificações ou apagando informações ali contidas. Quem é praticante deste ilícito é conhecido como “hacker”.

Não há no Código Penal bem como em leis penais, a previsão deste ilícito, fazendo-se com que a impunidade, assim possibilitada, atue como incentivo para novos crimes desta espécie.

O Brasil sendo um país que tem um ordenamento jurídico baseado em princípios, não pode desconsiderar estes. Neste caso o princípio da legalidade (que prescreve que não há crime e nem pena senão houver lei que o defina), já basta para que tal ação não enseje na punição de quem a pratica.

Leonardo Pantaleão⁶¹ nos chama atenção, também, para o fato de que a analogia também não poderá ser suscitada, visto que esta só é utilizada na medida em que traz benefício ao réu.

Somando-se a falta de legislação específica com a possibilidade de anonimato do autor do fato ilícito, a realidade de um amparo ao usuário vítima de um crime digital torna-se bem distante.

Assim como as regras que prestam a efetivar a responsabilidade em âmbito civil são ainda, apenas projetos de leis aguardando uma análise e possível aprovação, há também projetos de leis que visam tipificar condutas criminosas na Internet.

⁶¹ PANTALEÃO, Leonardo. Op. cit.

Não são somente fraudes com cartões de crédito que ocorrem freqüentemente na rede, vários crimes surgem viabilizados por este meio eletrônico. São exemplos: a violação dos direitos autorais, a pedofilia, a pornografia, a pirataria de softwares e a propagação de vírus em sistemas ou banco de dados. Contudo, não se esgotam os vários e possíveis delitos pois, a cada hora surgem novas práticas criminosas, isto em razão da mutabilidade e da rapidez que são características básicas da Internet.

Dentre, os vários Projetos de Leis em análise, citamos o de nº 84/99 que visa proteger a captação e divulgação de dados informatizados, bem como todo o seu processamento.

Prescreve ainda em seus dispositivos que o titular destes dados deve autorizar a manipulação e comercialização das informações contidas nos sistemas informativos. Além disto, este projeto viabilizará a entrada no ordenamento jurídico penal de crimes praticados na rede, como o de dano a computadores e seus sistemas ou a seus softwares⁶².

Ao pensarmos na tipificação de algumas condutas criminosas pelo uso da rede Internet, devemos nos ater primeiramente aos conceitos dos elementos que compõem esta conduta ilícita. Tal tarefa caberá aos legisladores, para que posteriormente não haja sentidos ambíguos que possam impedir a aplicação da lei.

Não só estabelecer estes conceitos, se faz necessário estabelecer o procedimento e a competência jurisdicional destes crimes.

Já temos no Código Penal, algumas disposições que podem ser aplicadas a determinadas condutas ilícitas praticadas na Internet. Exemplo disto é o artigo 313 – A e B, introduzido pela Lei nº 9.983/2000. Tais alíneas prevêm a tipificação do crime de inserção de dados falsos em sistemas de informações, com pena de reclusão de 2 a 12 anos, e a tipificação do crime de modificação não permitida de

⁶² VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. Op. cit. p. 162.

sistemas de informações, com pena mínima de 3 meses e máxima de 2 anos. Ambas as penas prevêm também a aplicação de multa⁶³.

O cenário da informática nas esferas cível e penal apresenta certo avanço no tocante às formulações legais. Não podemos contudo, manifestarmos qualquer lentidão neste processo de criação e de aprovação de leis pois, a tecnologia avança em frações de segundos no mundo todo. É preciso nos manter atualizados, procurando aprovar rapidamente leis que sejam capazes de atender e acompanhar a mesma sede que se tem de justiça aos danos ocorridos na Internet com a sede que se tem de obter tecnologias cada vez mais modernas.

⁶³ ROSA, Fabrício. Op. cit. p.116-117.

7. CONCLUSÃO

As principais considerações deste presente tema podem ser assim expostas:

O vocábulo direito exerce o significado de atribuição de um bem à alguém. Dizer que uma pessoa tem direito à isso ou àquilo, é dizer que há um bem que lhe é atribuído e que, desta atribuição surge a possibilidade de uso e disposição deste bem.

Os direitos fundamentais são direitos revestidos por uma característica especial, a qual é a essencialidade. Assim, os direitos tidos por fundamentais, exercem uma necessidade maior do que outros direitos. São essenciais ao homem para que ele possa viver de forma digna no seio de uma nação.

Dentre os direitos fundamentais, encontramos o direito à informação. O direito à informação é o direito do homem de ir buscar informações bem como, no direito de recebê-las e também divulgá-las. Salientamos que o termo “informação”, muitas vezes é tido como sinônimo do termo “comunicação”, contudo, no transcorrer deste estudo, chegou-se à idéia de que o direito de comunicação e o direito de informação possuem o mesmo objeto, que é a informação. Porém, ao falarmos em direito de comunicação, este se revelou de forma mais ampla, pois cuida da transmissão das informações de diversas maneiras.

O direito à informação e o direito à comunicação, surgiram através de transformações complexas pelo qual os ordenamentos jurídicos de vários povos passaram. A democracia só pode ser considerada de uma forma mais firme, após a difusão destes direitos.

Já os direitos à vida privada e à intimidade tiveram seu nascimento antes destas duas espécies de direitos. São considerados também como direitos fundamentais e ainda, espécies dos direitos da personalidade, ou seja, surgem a partir do nascimento com vida.

O direito à vida privada é o direito que o indivíduo tem de se resguardar em relação a alguns assuntos que julga serem somente de seu interesse ou do interesse daqueles em que ele achar merecedor do conhecimento, da exposição.

O direito à vida privada pode ser encarado como gênero do direito à intimidade. Este é de cunho mais restrito ainda, contudo, ambos anseiam pela liberdade de escolher quais os assuntos que desejam expor ao conhecimento alheio.

Questão interessante é quando surge o conflito entre o direito à informação e o direito à privacidade. Essas duas espécies são consideradas direitos fundamentais e por assim serem travam uma antinomia entre suas prescrições.

O direito à informação pode muitas vezes ultrapassar certos limites para ser exercido. É o que acontece quando temos uma situação referente à privacidade ou intimidade de alguém que será objeto do direito à informação.

O direito à informação, principalmente sobre sua face de divulgação de notícias, muitas vezes pode adentrar abruptamente na vida privada de alguém. Nestes casos, a doutrina chegou a elaborar critérios, os quais concordamos, para que assim, haja a possibilidade de aceitar a virtual invasão.

Estas situações (invasão) terão o respaldo da lei quando for do interesse público a notícia, o acontecido. Os limites desta invasão também devem ser respeitados. A notícia ou acontecimento precisa também ser comprovada, ou seja, a verdade da notícia necessitará estar sedimentada a respeito dos fatos que serão levados ao conhecimento de todos.

Devem ser pesados em uma balança os dois direitos, levando-se em consideração estes critérios. A real utilidade da notícia e o grau do incômodo que a outra parte suportará. Esta solução pretende ser efetivada, pois, a legislação não traz nenhuma regra específica para solucionar o conflito entre estes direitos fundamentais.

Salientamos também, que o juiz tem o livre convencimento, podendo decidir de acordo com seu senso de justiça. Isto não seria arbitrariedade, em

virtude de todas as decisões serem proferidas com detalhada fundamentação, conforme prevê o artigo 93 da Constituição Federal do Brasil.

O direito à vida privada, com o avanço da tecnologia tomou maior evidência. As inúmeras possibilidades em que a vida particular pode ser influenciada pelos novos meios de comunicação aparecem com o avanço da tecnologia.

Após a invenção do computador foi criada a Internet. A grande rede transformou a comunicação e o direito à esta. Várias portas se abriram, podendo o usuário da Internet (conhecido como internauta) buscar todos os tipos de informações que desejadas, “viajando” e cruzando grandes fronteiras sem sair da cadeira e ficando à frente do computador.

A Internet, ao mesmo tempo em que abriu as portas da informação e comunicação, abriu as portas também para situações onde o usuário mal intencionado, valendo-se de conhecimentos da ciência da informática, controlasse a transmissão de dados pessoais de outros usuários ou ainda transgredisse as barreiras daquilo que conhecemos por lícito e moral.

Os serviços proporcionados pela Internet estão sendo utilizados de forma imprópria e cada vez mais cresce. Isto porque as atividades realizadas através da rede não possuem uma regulação própria, e ainda, por terem características como a rapidez e o anonimato que ela permite ao usuário exercer, não há uma eficaz elucidação do fato ou ato criminoso. Somando-se a tudo isto, temos também a falta de conhecimento técnico por parte do judiciário em lidar com assuntos relacionados aos crimes pela rede.

Os crimes ocorridos na Internet sofrem a impunidade por faltar leis específicas que o regulamentem. O judiciário, contudo, não pode ficar inerte quanto à aplicação da justiça àqueles que sofreram algum tipo de dano na Internet.

Podem ser utilizados no combate aos ilícitos praticados pela Internet, o Código de Defesa do Consumidor, princípios gerais do direito, leis penais que já

foram promulgadas e ainda, alguns artigos que constam no Código Penal Brasileiro.

Todavia, estes diplomas acima suscitados têm-se revelado insuficientes contra a batalha contra as ações de hackers, spammers e demais invasores de privacidade. A invasão de privacidade ocorre através da atividade desses invasores e, na maioria das vezes envolve a transmissão ilegal de dados pessoais do usuário da Internet.

O email pode ser considerado um dos serviços mais utilizados na rede mundial e atualmente tem sido alvo da prática do spam, que é o envio exagerado de mensagens indesejadas, provocando a lotação de mensagens inúteis. Outro problema trazido pela Internet são os softwares spyware, denominados como softwares espiões, que capturam informações privadas dos usuários da Internet para posteriormente serem utilizadas na realização de marketing on line. Não se esquecendo também da atuação danosa dos hackers e dos famosos cookies.

O direito de privacidade na Internet deve ainda, ter uma maior proteção do que em relação ao direito de privacidade nas relações cotidianas, destacadas do uso do computador.

Na Internet, o indivíduo mantém uma relação de confiança maior com o ambiente, justamente pela possibilidade de se esconder por detrás de uma tela de computador. O mundo virtual do internauta, na maioria das vezes não se compara com o mundo real e, a partir do momento em que ele se vê em uma situação de desconforto, onde sua intimidade ou privacidade é violada, o dano sofrido é de maior extensão.

Na busca pela responsabilização das atividades danosas praticadas na Internet, encontramos o papel do provedor de acesso. É o provedor que intermedia o acesso do usuário da rede com os sites visitados e buscados.

Será responsável o provedor, se ele tem qualquer tipo de controle na divulgação das informações veiculadas através dos sites que hospeda.

Sabe-se que tal site, que menciona qualquer tipo de informação danosa, ou atentória à intimidade e privacidade de uma pessoa, ou ainda, sabe da divulgação

das listas de usuários seus a sites que realizam o marketing on line, podem certamente vir a sofrer penalizações, sejam na esfera penal ou civil.

Os cookies e o spam, são atividades encontradas na rede mundial que, geralmente estão ligadas à sites que realizam o comércio eletrônico na Internet. Buscam dados pessoais dos usuários e os utilizam de forma a montar um perfil do possível consumidor, ou enviar a este milhares de propagandas de seus produtos. Esta atividade entendemos ser violadora, pois os dados adquiridos são assim capturados sem a consciência do consumidor, causando, no caso do spam, aborrecimentos ao checar os seus emails pois vê tantas mensagens ocupando o lugar das realmente desejadas.

Outro dano ligado ao uso indevido de dados pessoais que o próprio usuário transmite, são os chamados softwares espiões, os spyware. São estes programas que permitem também o acesso e capturação de dados de cunho pessoal para uso de propagandas.

Já os hackers exercem uma atividade um tanto diferente pois ou danificam sistemas de segurança apenas para provar que conseguem danificá-los ou praticam um dano maior, sendo necessária a elaboração de leis que os possam punir na esfera penal.

O chamado crime de hacking, não é considerado crime na legislação brasileira, isto se revela ameaçador ao usuário pois, possibilita a prática destes crimes visto que não há punição para aqueles que exercem esta atividade. Uma das práticas mais comuns realizadas por estes indivíduos é o furto de senhas e conseqüente acesso a bancos eletrônicos, resgatando o saldo dos clientes.

O Brasil ainda não possui uma legislação capaz de minimizar os grandes conflitos entre o acesso e divulgação demasiada de informações e a violação do direito à vida privada. Vários projetos de lei estão sob a análise do Poder Legislativo, porém, poucos foram aprovados.

A responsabilização de todas estas práticas deve ser cada vez mais ressaltadas tanto na doutrina e na jurisprudência, como também na legislação.

Formando-se desta forma, um conjunto de entendimentos capazes de fazerem nascer soluções para estes conflitos.

Podemos com tudo isto, concluir que a tecnologia é um mal necessário. Para um país crescer é imprescindível que ele esteja ligado a tantas informações como é o caso que proporciona a Internet. Porém com ela, surgiram estas atividades as quais citamos e elencamos neste estudo. Passamos assim, para um outro degrau onde os malefícios devem ser combatidos com a devida elaboração de leis brasileiras que possam atuar e restabelecer a justiça neste campo.

Entendemos ainda, que o direito à privacidade e à intimidade devem ceder quando o direito à informação se demonstra de forma mais saliente, tentando dar ao público aquilo que lhe é direito. No entanto, quando nos preocupamos com os aspectos que a rede mundial trouxe com o avanço de suas possibilidades de comunicação, vimos que o direito à informação não está respaldado sob a utilidade da informação, da verdade da informação e nem do interesse público.

Não há assim, qualquer possibilidade dos praticantes do spam, dos arquivos cookies, dos softwares spyware e nem tampouco dos hackers, julgarem que estão exercendo a liberdade de informação, pois estas práticas ferem sim o direito ao homem de ter a sua vida privada segura dentro do mundo virtual trazido pela Internet.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BELLEIL, Arnaud. **@ Privacidade: o mercado dos dados pessoais e a proteção da vida privada na idade da Internet**. São Paulo: Livraria dos Advogados Editora Ltda, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHIARINI, Enéas Castilho. **Alguns apontamentos sobre direitos humanos**. Jus Navegandi. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 02 out. 2004

COLARES, Rodrigo Guimarães. **Corrente de e-mail, fraude, spam e privacidade na Internet**. Jus Navegandi, Teresina, n.90, 1 out. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em 25 ago. 2004.

CONTIN, Rafael Jamur. **Invasão de Privacidade por e-Fornecedores**. Uberaba, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina>>. Acesso em: 23 ago. 2004.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

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

FERREIRA, Aluizio. **Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira.** São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI.** Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1999.

GASPARIAN, Taís. **Privacidade em tempos de Internet.** Revista do Advogado, São Paulo, SP, ano XXIII, n.69, p. 37-46, maio 2003.

GENNARI, Maria Cristina. **Minidicionário de Informática.** São Paulo: Saraiva, 1999.

GRECO, Marco Aurélio.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.) **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada.** São Paulo. Revista dos Tribunais: 2001.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **Honor, intimidad y propia imagem.** Madrid: Colex, 1990.

MARTHE, Marcelo. **Guerra contra o Spam.** VEJA, ano 37, n.28, p. 64-65, 14 jul. 2004.

MARTINS NETO, João Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 88.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo II. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 1983.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. 7v.

MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PANTALEÃO, Leonardo. **Os Reflexos Jurídicos da atuação dos Cyber Cafés e Lan's House**. São Paulo, jul 2003. Disponível em: <<http://www.direitonaweb.com.br>>. Acesso em: 11 ago. 2004.

PEREIRA, Robson. **Invasores de privacidade**. O Estado de São Paulo. São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br>>. Acesso em: 25 ago. 2004.

RAHAL, Flávia. **Vírus, direito à intimidade e a tutela penal da internet**. Revista do Advogado, São Paulo, SP, ano XXIII, n.69, p.25-36, maio 2003.

ROSA, Fabrizio. **Crimes de informática**. Campinas: Bookseller, 2002, p.27.

ROVER, Aires José. (Org.). **Direito, Sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTOS, Antônio Jeová dos. **Dano Moral na Internet**. São Paulo: Método, 2001.

SILVA NETO, Amaro Moraes. **Spam, um furto digital**. Florianópolis, jul. 2004. Disponível em: <<http://www.advogado.com.br/cd/cd-spam.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2004.

_____. **Privacidade na Internet: um enfoque jurídico**. Bauru: Editora Edipro, 2001.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito á intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

THEODORO, Marcelo Antônio. **Direitos Fundamentais e Sua Concretização**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.