

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS
PÚBLICAS**

TATIANE DE FÁTIMA DA SILVA PESSÔA

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS REDES DE INTERNET POR
MEIO DAS NOVAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

**SANTA CRUZ DO SUL
2018**

CIP - Catalogação na Publicação

Pessôa, Tatiane de Fátima da Silva
A proteção de dados pessoais nas redes de internet por meio das novas teorias da responsabilidade civil / Tatiane de Fátima da Silva Pessôa. – 2018.

135 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo.

1. Proteção de dados. 2. Sociedade da informação. 3. Responsabilidade (Direito). 4. Privacidade. I. Adolfo, Luiz Gonzaga Silva. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Tatiane de Fátima da Silva Pessôa

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS REDES DE INTERNET POR
MEIO DAS NOVAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Orientador: Prof. Doutor Luiz Gonzaga Silva Adolfo

SANTA CRUZ DO SUL
2018

Tatiane de Fátima da Silva Pessôa

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS REDES DE INTERNET POR
MEIO DAS NOVAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

Orientador: Prof. Doutor Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo
Professor Orientador – UNISC

Dr. Clóvis Gorczewski
– UNISC

Dr. Francisco Humberto Cunha Filho
Membro externo

SANTA CRUZ DO SUL
2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, primeiramente, por cada dia concedido, pelo aprendizado diário, que nos torna mais fortes, aos obstáculos surgidos diariamente, que nos fazem experimentar as sensações inexplicáveis como a felicidade, a conquista, a tristeza a limitação e os sonhos.

À minha filha Eduarda, que desde a concepção já ouvia as aulas das professoras Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal, Dra. Suzéte da Silva Reis e do professor Dr. Clovis Gorczewski. Em seguida, após o nascimento, assistindo às aulas do meu orientador professor Dr. Luiz Gonzaga Adolfo, e sempre viajando comigo à Santa Cruz do Sul, me acompanhando em todas as etapas do mestrado. Obrigada minha companheira!

Ao Mateus, meu esposo, meu companheiro, motorista, assistente de trabalho, assistente administrativo e financeiro e administrador de problemas; levando o escritório, a empresa, bem como todas as nossas atividades laborais quase sozinho! Obrigada pelo apoio incondicional e sua enorme paciência comigo. Obrigada, meu Amor!

À minha mãe, que sempre me apoiou em todas as situações, sempre lembrando-me que faço coisas demais! Obrigada!

A todos os meus colegas. À Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), mais especificadamente ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado –, que me acolheu muito bem desde o meu ingresso como aluna especial até a conclusão.

Às secretárias Enívia, Rosane e Morgana sempre atenciosas, e com muita disposição, incansáveis em me ajudar, por inúmeras vezes e em todos os momentos, sempre com sorriso no rosto.

Ao meu amigo e orientador, Professor Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo. Não há como esquecer as dicas, as sugestões, os vermelhinhos nas correções, sempre tão disposto a me ajudar. Só tenho a agradecer a essa pessoa excepcional que além de orientador tornou-se um amigo especial. . Obrigada pela atenção dispendida a mim ao longo destes dois anos!

Ainda, à minha amiga Anna Sieverding, por me apoiar incondicionalmente em todos os horários e sempre com máxima urgência em relação à língua inglesa, já sabendo a resposta da pergunta: “Qual é o prazo? - Para ontem”!

RESUMO

A constante evolução das redes de internet provocam inúmeras mudanças na sociedade da informação gerando demandas com novos danos para a sociedade. Desta forma a proteção de dados pessoais nas redes de internet por meio das novas teorias da responsabilidade civil é um tema importante e atual para o desenvolvimento de critérios de segurança nas redes de internet. Nesta pesquisa será proposto verificar como problema da pesquisa a aplicação ou a (in) aplicação dos pressupostos das novas teorias da responsabilidade civil, como a antijuridicidade e avaliar o modo como incidem na prevenção contra a violação da proteção de dados. Portanto questiona-se o fato de se realmente são aplicadas ou não, as novas teorias da responsabilidade civil na proteção efetiva dos dados pessoais nas redes de Internet. A primeira hipótese suscitada é de em caso positivo o modo como estão sendo aplicados os pressupostos teóricos contemporâneos nos Tribunais Estaduais do Poder Judiciário no ano de 2016, e se estes coadunam para a solidarização da responsabilidade civil. A segunda hipótese é em caso negativo à aplicação dos pressupostos teóricos das novas teorias da responsabilidade civil, se permanece a doutrina, a fazer uso dos pressupostos teóricos da teoria clássica. Tais como a prova da culpa, o ato ou fato omissivo, o nexo de causalidade e o dano, não acompanhando à crescente evolução da sociedade na era informacional, devido ao surgimento de novos danos. Dentro do âmbito do tema proposto, o objetivo geral deste trabalho é verificar se são aplicados ou (in) aplicados os pressupostos teóricos contemporâneos das teorias da responsabilidade civil para proteção de dados pessoais nas redes de Internet. Como objetivos específicos será necessário compreender os conceitos da Sociedade da informação e da privacidade de dados pessoais, bem como analisar e conceituar as teorias clássicas e as novas teorias da responsabilidade civil, comparando-as entre si. Para tanto será utilizado o método de abordagem o comparativo, executado mediante a análise dos conceitos clássicos aplicados ao tema proposto e a sua comparação com as novas teorias cultivadas na atualidade. Esta pesquisa se ancora na efetivação da proteção a direitos fundamentais, em especial, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, em função do resguardo de dados pessoais. Dessa forma inserindo-se nas linhas de pesquisa do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado – da UNISC, na linha do Constitucionalismo Contemporâneo. Verifica-se que a pesquisa adequa-se à linha de pesquisa do Professor orientador Doutor Luiz Gonzaga Silva Adolfo. O método de procedimento que melhor adequa-se é o analítico, e a técnica de pesquisa a ser utilizada é a documentação indireta. Na conclusão restará a comprovação da hipótese

negativa a qual demonstrada com base na pesquisa à jurisprudência no período de 2016.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais, Internet, Privacidade, Responsabilidade Civil, Novas Teorias.

ABSTRACT

The constant evolution of the internet networks lead to numerous changes in the information society generating demands with new damages to society. In this way the protection of personal data in the internet networks through the new theories of civil responsibility is an important and current issue for the development of safety criteria on internet network. As a research problem, it will be verify the application of theoretical assumptions of the new theories of civil responsibility such as illicitness and to evaluate how they occur towards prevention against data protection violation. This research has the purpose of checking if the contemporary assumptions of the new theories of civil responsibility are put in practice such as the juridical impermissibility and assess how they focus on prevention against data protection violation. So wonders the fact actually be applied or not, the new theories of civil responsibility in effective protection of personal data on Internet networks. The first hypothesis is raised if so how the theoretical assumptions in the State courts of the contemporary judicial power in the year 2016 are being applied, and if these theories make common cause with civil responsibility. The second hypothesis, if in a negative aspect, the application of theoretical assumptions of the new theories of civil responsibility if the doctrine remains, making use of the theoretical assumptions of the classical theory not accompanying the growing evolution of society in informational era. Within the framework of the theme, the overall objective of this study is to verify if the contemporary theoretical assumptions of civil responsibility theories for personal data protection on Internet network are applied or implied. Regarding specific objectives will be necessary to understand the concepts of the information society and the Privacy of personal data, as well as examine and conceptualize the classical theory and the new theories of civil responsibility, comparing them with each other. To do so it will be used the method of the comparative approach, implemented through the analysis of classical concepts applied to the theme and their comparison with the new theories. This research is grounded on consummation of Fundamental rights protection, specially privacy and human dignity concerning the protection of personal data. Thus, this research corresponds the line of research included in UNISC Law Post-graduate Program – Master degree, comprising Contemporary Constitutionalism. It was verified that the research is conform to Doctoral Advisor Luiz Gonzaga Silva Adolfo line of research. The procedure method which best fits is analytical, and the research technique being used is the indirect documentation. At the conclusion, the proof of negative hypothesis will be confirmed which was based on the case law research in the period of 2016.

KEYWORDS: Personal data protection, Internet, Privacy, Civil Responsibility, new theories.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS NA INTERNET	18
2.1	Contextualização histórico-conceitual da Sociedade da informação	20
2.2	A proteção da privacidade na Sociedade da informação e novos parâmetros da proteção à privacidade dos usuários de internet	33
2.3	Fundamentos da proteção de dados pessoais	44
3.	TEORIAS CLÁSSICAS E AS NOVAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	56
3.1.	Conceito dos termos responsabilidade, imputação e reestruturação conceitual na sociedade moderna	61
3.2	Novos pressupostos teóricos da teoria da responsabilidade civil	76
3.3	Da responsabilidade civil para a responsabilidade solidária	85
4.1	A (in) aplicação das novas teorias da responsabilidade civil à proteção de dados pessoais nas redes de internet: Apresentação da jurisprudência aplicada nos Tribunais de Justiça.....	94
4.2	A (in) aplicação das novas teorias da responsabilidade civil à proteção de dados pessoais nas redes de internet.....	103
4.3	A proteção de dados pessoais no Brasil e a perspectiva normativa internacional sobre o tema.....	113
5.	CONCLUSÃO	123
	REFERÊNCIAS	128

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho versará sobre a proteção de dados pessoais nas redes de internet por meio das novas teorias da responsabilidade civil. Para tanto serão conceituados todos os termos relativos à pesquisa bem como a contextualização no início de cada capítulo. Em seguida serão analisadas as decisões dos Tribunais Estaduais brasileiros no período de 1º de Janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2016 a fim de verificar o a aplicação ou a (in) aplicação das novas teorias da responsabilidade civil.

Serão pesquisados os seguintes termos “dados pessoais”, “responsabilidade civil” e “redes sociais”, buscando limitar a busca por estes julgados. Após a seleção serão verificadas as abordagens nos novos pressupostos da responsabilidade Civil de acordo com as novas teorias da responsabilidade civil. Será realizado um mapeamento das ações de responsabilidade civil nos estados brasileiros, dessa forma verificando se houve crescimento de demandas com o surgimento de novos danos na sociedade contemporânea.

A proposta é verificar se estão sendo aplicadas ou não e, se o são, como são aplicadas as novas teorias da responsabilidade civil na proteção dos dados pessoais nas redes de Internet. Elaborando a contextualização conceitual e histórica da sociedade da informação e da proteção de dados pessoais abordando a privacidade dos dados pessoais.

Da mesma forma a análise das teorias clássicas da responsabilidade civil, a conceituação e contextualização dos termos da imputabilidade, da responsabilidade desde as civilizações primitivas. O objetivo de tratar esse item é que sirva de base para compreender o surgimento de outros elementos como pressupostos para a responsabilidade civil.

Por meio dos novos parâmetros para a responsabilidade civil são constituídos por outros elementos que não os tradicionais como a culpa, o dano e o nexo de causalidade. A evolução da sociedade com a inserção das novas tecnologias fez com que surgissem novos danos, bem como um alargamento de danos ressarcíveis, advindos dessa nova realidade.

Destaca-se que os novos pressupostos focalizam a atenção para o dano e não mais para os elementos imputadores do dever de indenizar como a prova da culpa e do nexo de causalidade, com intuito de potencializar a atenção à vítima e não apenas com um caráter meramente sancionador.

Para compreender os conceitos da Sociedade da informação e da privacidade de dados pessoais. Serão abordadas as definições bem como a contextualização histórica demonstrando a origem da sociedade da informação e quão rápida é sua evolução. Para as definições de privacidade dos dados pessoais serão demonstrados os conceitos bem como as garantias de sua efetividade no entrecruzamento da construção doutrinária e a disposição de legislações protetivas neste âmbito.

A seguir analisar e conceituar as teorias clássicas bem como as novas teorias da responsabilidade civil, comparando-as entre si. Dando ênfase que os pressupostos das teorias clássicas como o nexo de causalidade, o ato ou fato omissivo, a culpa e o dano encontram-se em modificação de acordo com as mudanças sociais atuais.

Nas teorias clássicas o dano era um elemento muitas vezes visualizado em segundo plano pelo destaque de sua materialidade, nas novas teorias são considerados com o elemento central, permitindo mais atenção à reparação à vítima. Serão investigados os modos como se dão a aplicação ou a (in) aplicação das novas teorias da responsabilidade civil para a proteção de dados pessoais nas redes de Internet nos Tribunais Estaduais brasileiro no ano de 2016.

O frequente uso de dados pessoais nas redes de internet acelerou-se na mesma velocidade em que foram desenvolvidas as redes (da Internet). A crescente demanda pelo comércio eletrônico é um dos motores que impulsionam o emprego de dados pessoais e torna o acesso a essas informações um requisito para seu uso. No entanto o requisito desse uso possui valor econômico, sendo que as informações contidas nos bancos de dados são como moedas na era informacional.

Possibilitando delinear o perfil consumidor pelos sítios visitados. Permitindo que possa ser encaminhadas ofertas de produtos e serviços baseadas nas pesquisas realizadas e com isso aumentar a potencialidade de transações econômicas. O que poderia ser mais lento caso não houvesse a

definição deste perfil. O que permite a criação de bancos de dados focalizados em gerar informação, capaz de se ser compilada e transformada em moeda para o mercado econômico.

Na era pós- industrial a informação é sinônimo de poder. Entretanto deve ser verificadas as variadas formas de poder. De acordo com Norberto Bobbio a inúmeros critérios para que possam ser distintas as formas de poder, tais como o poder político, econômico, ideológico, sociais entre outros. Dessa forma o poder político vem definido “[...] como o poder que está em condições de recorrer em última instância à força [...] é uma definição que se refere ao meio de que serve o detentor do poder para obter os efeitos desejáveis” (BOBBIO, pag. 82, 2010), (BOBBIO, 2010).

O poder econômico vale-se da posse de certos bens, um dos exemplos significativos desse poder é a posse dos meios de produção podendo determinar inclusive com a capacidade de determinar o comportamento de outrem. Outro exemplo que Bobbio cita é o poder ideológico as quais são determinadas pelos detentores das fontes do saber, informações, exercendo influencia sobre o comportamento de outrem (BOBBIO, 2010).

O comum entre esses três exemplos de poder é que “elas contribuem conjuntamente para instituir e para manter sociedades de desiguais divididas em fortes e fracos com base no poder político, em ricos e pobres com base no poder econômico, em sábios e ignorantes com base no poder ideológico” (BOBBIO, pag. 83, 2010).

De maneira genérica em superiores e inferiores, contudo a informação circulada na sociedade da informação detém bases para todos os exemplos citados como forma de poder. A informação sempre foi sinônimo de poder, tanto ideológico quanto econômico ou político, e na sociedade da informação tem se tornado mais relevante ainda que do sempre foi (BOBBIO, 2010).

Desta forma, o uso massivo das redes de Internet adquire especial relevância no que tange à proteção uniforme dos direitos de seus usuários, já que a sociedade informacional proporciona a circulação de informação como fonte de poder. Ainda por meio de tais redes, uma exposição em muitas ocasiões necessária e consentida por adesão. Sem que haja qualquer opção de escolha em fazê-la ou não para se utilizar da ferramenta disponível nas redes de internet.

Com a existência e o crescimento dos novos danos na sociedade da informação, verificar-se-á se estão sendo aplicados os parâmetros das novas teorias da responsabilidade civil sendo constituídos por outros elementos que não os tradicionais como a culpa, o dano e o nexó causal. Para tanto se levanta duas hipóteses a primeira se dá em caso positivo da aplicação dos pressupostos teóricos das novas teorias da responsabilidade civil, seus objetivos poderão ser alcançados.

Em caso positivo o modo como estão sendo aplicados os pressupostos teóricos contemporâneos nos Tribunais Estaduais do Poder Judiciário no ano de 2016 coadunam para a solidarização da responsabilidade civil como uma tendência. Em caso negativo à aplicação dos pressupostos teóricos das novas teorias da responsabilidade civil e permanece a doutrina a fazer uso dos pressupostos teóricos da teoria clássica não acompanhando à crescente evolução da sociedade na era informacional.

Assim dentro do âmbito do tema proposto, o objetivo geral deste trabalho é verificar se são aplicados os pressupostos teóricos contemporâneos das novas teorias da responsabilidade civil para proteção de dados pessoais nas redes de Internet. Levando-se em conta os conceitos da sociedade da informação de proteção dos dados pessoais, privacidade, intimidade e responsabilidade civil.

Para compreender os conceitos da Sociedade da informação e da privacidade de dados pessoais. Analisar e conceituar as teorias clássicas e as novas teorias da responsabilidade civil, comparando-as entre si. E investigar o modo como se dá a aplicação das novas teorias da responsabilidade civil para a proteção de dados pessoais nas redes de Internet nos Tribunais Estaduais brasileiro no ano de 2016.

O uso massivo das redes de Internet adquire especial relevância no que tange à proteção uniforme dos direitos de seus usuários, já que a sociedade informacional proporciona, por meio de tais redes, uma exposição em muitas ocasiões necessária. Proporcionando a apropriação inadequada de dados pessoais por parte de outros usuários, sem a autorização para esse fim. A esfera privada persegue a proteção da privacidade e da intimidade porém em tempos de exposição nas redes de internet e na velocidade com que os dados

circulam, se torna bastante difícil manter um equilíbrio entre a privacidade e a exposição.

Destaca-se que a possibilidade do anonimato e a não interferência de barreiras geográficas físicas que viabilizam ainda um mau uso de dados na rede. Desse modo, para que o usuário possa obter serviços ou informações, torna-se obrigatória a realização prévia de um cadastro com o fornecimento de dados pessoais. Tais como endereço de *e-mail*, número de telefone, endereço comercial ou residencial, cidade, Estado, preferências de cor, animais, enfim, de vários dados pessoais que possam ser valiosos comercialmente.

Destarte, o uso não autorizado de dados pessoais, esta forma negativa de utilização das redes de Internet, produz uma afronta ao direito de personalidade, fazendo parte da sociedade informacional, pois interfere no direito à privacidade de seus usuários. Por meio desta pesquisa se buscará, a assimilação dos conceitos e da contextualização histórica da formação da nova sociedade, compreender a “Sociedade da informação” e da proteção à privacidade dos dados pessoais nas redes de Internet.

A responsabilidade civil vem por meio de seus pressupostos como um instituto invocado pelos demandantes destas novas demandas. Uma das verificações que serão realizadas é de verificar a contextualização da privacidade no Direito. A apresentação das definições da privacidade, da intimidade bem como as garantias fundamentais a que estão sujeitas. A evolução da sociedade moderna se dá no âmbito legislativo como um reflexivo o que o ser humano sente contra sua privacidade.

Portanto os Direitos a intimidade e à privacidade precisam ser vistos conjuntamente com os demais princípios fundamentais, em razão disso, as definições semânticas serão delineadas apenas oportunamente. Um destaque no tocante ao assunto da privacidade é de tratar a questão do “poder” da detenção de informações. Hoje, a informação é tida como uma importante moeda para o setor econômico, pois verifica-se tamanho o impacto dos bancos de dados pessoais na vida cotidiana do ser humano.

Será demonstrado como a proteção de dados pessoais tem sido caracterizada como “novos direitos” talvez pela inundação da sociedade da informação na vida das pessoas. Também será levantando a situação de estar-se-á, ou se colocar em vigilância muitas vezes vinte e quatro horas por dia.

Destaca-se que a invocação de manter-se seguro, torna a vigilância por câmeras um mal necessário. O uso de telefones móveis que demonstram exatamente a localização, quantos minutos gasta-se ao dia pelo uso do telefone, entre outras situações, em que a sociedade vive e se coloca em vigilância.

Toda essa revolução na proteção de dados afasta o controle de dados pelos seus próprios titulares. Essa é uma situação em que se precisa achar soluções, pois adveio junto com a sociedade da informação. Ademais as análises das legislações infraconstitucionais que abordam esse tema, se mostram insuficientes a sua proteção. Não se deseja que a legislação seja capaz de prever todas as situações, porém que sejam amplas para sejam utilizadas pelo menos tentando acompanhar as mudanças históricas da sociedade.

Será abordada a existência de organizações que trabalham para o combate as praticas atentatórias aos Direitos Humanos, como a importância a forma e o tempo de uso das redes de internet por crianças e adolescentes, entretanto não será aprofundado por não tratar-se tema desta pesquisa, porém serão citados para demonstrar a importância de se trabalhar com conceitos de prevenção quando se fala em sociedade da informação, e não buscar no Poder Judiciário a solução para todas as situações.

Importante destacar a diferença entre os conceitos de dados e dados pessoais, para entender o que pode ser veiculado e o que não pode, por exemplo, as diferenças entre dados pessoais e dados sensíveis. Garantindo a inviolabilidade do direito a privacidade nos meios eletrônicos.

A seguir serão tratadas as teorias clássicas da responsabilidade civil bem como as novas teorias, mais uma vez ratificando que nesse momento pós-moderno ou pós – industrial para alguns autores a posse do conhecimento e da informação é o sinônimo de poder.

Será necessária a comparação das teorias clássicas com as novas teorias da responsabilidade civil, analisando-se todos os pressupostos da responsabilidade civil, a fim de determinar o que hoje podemos utilizar da teoria clássica e distinguir os itens que a tornam defasada. As teorias clássicas trazem os elementos como o dano, o nexo de causalidade a culpa, nos quais

formaram uma efetiva barreira para que a vítima alcançasse a reparação/indenização pelo dano sofrido.

Deveria conseguir demonstrar a elo entre a conduta do ofensor o dano e a culpa, sendo classificados como filtros da responsabilidade civil. Relacionando a responsabilidade como um dever de prestação de contas do sujeito o qual se torna suscetível a imputação e consequências de seu comportamento.

Passando brevemente pelo Direito romano o qual alude a responsabilidade objetiva e a introdução da culpa sendo repassada essa ideia século após século. A Lei das XII tabuas a qual determinava o *quantum* indenizatório seria regulado e aplicado nos casos concretos. Ademais a ideia central da responsabilidade é a reparar os danos, é preocupar-se com a vítima. Visto que não há como manter impunes as condutas danosas a outrem sob pena de dismantelar um equilíbrio social, também construído com a inserção de legislação e regulação para a sociedade em geral.

A caracterização dos elementos da responsabilidade civil será realizada ao longo dos capítulos a fim de deixar a leitura mais leve e não enfadonha. Um ponto importante será a inserção da ideia de uma responsabilidade solidaria. Aliás, aludir que talvez um dos maiores desafios na sociedade contemporânea é educacional, é não utilizar-se do Poder Judiciário como um substituto a política.

Para tanto será necessário verificar se são aplicados ou não os pressupostos das novas teorias da responsabilidade civil, como por exemplo, a antijuridicidade, para a proteção de dados nas redes de Internet. Em caso positivo avaliar o modo como incidem na prevenção contra a violação da proteção de dados na Internet.

Importante destacar o reconhecimento de que a utilização indevida de dados pessoais para finalidades diversas das autorizadas necessita de controle, também de forma proativa, a fim de coibir o seu uso. Questiona-se o fato de, realmente, são aplicadas as novas teorias da responsabilidade civil na proteção efetiva dos dados pessoais nas redes de Internet.

Importante citar Direitos fundamentais, como o direito à intimidade e à dignidade da pessoa humana, os quais se encontram previstos na Constituição

Federal Brasileira. São princípios norteadores para a responsabilidade civil nesta pesquisa, bem como o são as novas teorias da responsabilidade civil.

Este trabalho se ancora na efetivação da proteção a direitos fundamentais, em especial, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, em função do resguardo de dados pessoais. Dessa maneira, insere-se nas linhas de pesquisa que embasam o Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado – da UNISC, fazendo parte da linha do Constitucionalismo Contemporâneo.

Verifica-se que o presente projeto de pesquisa está adequado à linha de pesquisa do Professor Doutor Luiz Gonzaga Silva Adolfo, que atualmente ministra aulas no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade de Santa Cruz do Sul.

Bem como é líder o grupo de estudos denominado “Direitos Fundamentais na Sociedade da Informação”. Visto que, o trabalho versa sobre a problemática da proteção de dados pessoais nas redes de Internet, integram-se às bases da pesquisa princípios constitucionais, as teorias clássicas e as novas teorias sobre a responsabilidade civil e a sociedade da informação.

O trabalho possui natureza bibliográfica. Para a sua efetivação, o método de abordagem a ser utilizado será o comparativo, executado mediante a análise dos conceitos clássicos aplicados ao tema proposto e a sua comparação com as novas teorias cultivadas na atualidade. Assim, pretende-se chegar a uma conclusão para o problema suscitado.

O método de procedimento que será empregado é o analítico, e a técnica de pesquisa a ser utilizada é a documentação indireta, recorrendo-se a materiais bibliográficos e documentais, como livros, artigos científicos, periódicos, jornais e revistas.

2. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS NA INTERNET

Pensar as mudanças na esfera do direito, e vê-las gradualmente na sociedade contemporânea é comprovar a evolução do Direito. Com este pensamento, e as constantes inserções e evoluções tecnológicas, e mais do que isso trabalhar o humanismo nesta seara, estas são motivações para estudar como o direito se adapta a sociedade moderna. Essa motivação é o início do trabalho apenas.

O contexto histórico das sociedades demonstra o acompanhamento que o instituto da proteção de dados surge e acompanha. Porém em nenhum momento pôde ser vislumbrado tamanha incidência como na sociedade da informação a qual fica destacado o uso de dados para quase todas as funções que englobam o uso da tecnologia.

Qualquer cadastro realizado nas redes de internet pedem dados pessoais mínimos, trabalha-se com a ideia neste momento de dados verdadeiros. Se antes o titular dos dados pessoais poderia modificar fornecer e controlar seus próprios dados. Tem-se modificado esse alcance todo, em algumas situações o titular dos dados nem sequer sabe que seus dados já fazem parte de determinado banco de dados, apenas pela visita a um *site* nas redes de internet.

O contexto das redes de internet será apresentado durante a primeira parte deste capítulo demonstrando a evolução e os conceitos da era informacional, que não é antiga, são novos e densos. Pois as modificações que ocorrem são diárias. É a criação de um mundo totalmente virtual e que nos inserimos nele no trabalho, nas comunicações, na vida social, em absolutamente tudo. O avanço econômico por intermédio das redes de internet foi imenso à última década. Todos esses fatos demonstram a relevância que é notória para estudar a sociedade da informação.

Entretanto as demandas surgiram pedindo socorro ao Estado para que intermediasse a solução dos conflitos. O Poder Judiciário por meio do instituto da responsabilidade civil ampliou os conceitos de seus elementos, visto que a teoria clássica tradicional da responsabilidade não daria conta desta enxurrada

de demandas acerca de novos danos. Os danos não são os mesmos, os fatos também não, portanto o direito precisa se reinventar de acordo com a necessidade da sociedade.

A possibilidade de comunicar-se, realizar compras, contratar *on line* trouxeram problemas jurídicos como o uso com finalidade diversa da acordada com relação aos danos pessoais, a exposições nas redes de internet por meio de divulgação de informação ou de imagens. Os contratos firmados e a utilização de bancos de dados como moeda.

Todos esses problemas jurídicos encontraram a legislação desamparada de soluções prontas. Partindo da legislação que se tinha criaram-se entendimentos, mas que não eram completamente satisfatórios. Claro que ainda não são satisfatórios com a legislação atual em relação as redes de internet, mas sendo otimistas para que em algum momento seja.

O surgimento de novos danos na sociedade da informação faz com que se alterem da mesma forma a compreensão de suas extensões, abandonando de certa forma o viés individualista e construindo um entendimento com o enfoque na reparação da vítima e para a coletividade. Vem crescendo no Direito um pensamento mais solidarista em relação a esfera privada, alavancadas por problemas mais sociais do que individuais.

O instituto da responsabilidade civil recebeu uma gama enorme de ações, investigando seus elementos a doutrina começa a alargar os conceitos da culpa, do nexos de causalidade, a ação da omissão e trazer as demandas para dentro destes elementos. É preciso relatar que a responsabilidade civil é um dos institutos que mais se reinventou nos últimos tempos com a legislação que havia. Destaca-se a importância dessa reinvenção em detrimento da inserção das novas tecnologias na vida dos seres humanos.

2.1 Contextualização histórico-conceitual da Sociedade da informação

O objetivo neste subitem é a apresentação conceitual, evolutiva e histórica da sociedade da informação, relatando desde o momento de sua criação até as comunidades virtuais. Destacar a formação do ciberespaço, as redes de internet como um importante canal de comunicação, inseridas no cotidiano da sociedade.

A mudança econômica com a inserção do comércio virtual, bem como as definições do que seja o “virtual”. Será abordada a sociedade de vigilância definição emprestada de Stefano Rodotà, em que a construção da sociedade deveria encaminhar-se para uma sociedade do conhecimento e não para uma sociedade da vigilância.

Abordar a privacidade e intimidade na sociedade da informação, e assim partindo desta contextualização para compreensão da origem destes novos danos, as quais recairão no Poder Judiciário por meio dos pedidos de proteção a garantias constitucionais. Sendo desta forma necessária para o entendimento, ainda que o tema não possa ser esgotado em um capítulo, da origem destes danos contemporâneos, expressão definida pelo prejuízo no tempo atual.

Desta maneira verifica-se a contextualização e a revolução nos meios de comunicação, a partir da década de 1980, ocorreu uma verdadeira revolução nos meios de comunicação interativos. Os dois primeiros experimentos, intitulados “tecnologias da liberdade”, aconteceram nos Estados da França e nos Estados Unidos. Na França, houve o MINITEL que funcionava como um canalizador, para que a França chegasse à sociedade de informação; nos Estados Unidos, o ARPANET, antecessor da Internet, serviu às forças armadas como estratégia militar (CASTELLS, 1999).

Verifica-se, pois, serem distintos os objetivos desses dois experimentos, e o sucesso do MINITEL deu-se por duas razões: em primeiro lugar, por funcionar como um desafio, informatizando a sociedade; em segundo, por se tratar de um sistema simples e acessível ao cidadão. Destarte, confirma-se que houve outros motivos que denotaram uma identificação pessoal do cidadão francês com o sistema (CASTELLS, 1999).

Visto que os primeiros serviços oferecidos – como previsão do tempo, informações culturais e de transportes, entre outras – estavam disponíveis por meio da telefonia. Assim, acompanhando a evolução do sistema e do entendimento das pessoas sobre seu uso, surgiram muitas opções de serviços *on line* (CASTELLS, 1999).

O contexto social do MINITEL ocorreu com o oferecimento de serviços sexuais ou conversas, não uma generalização, mas uma democratização desse contexto de fantasias. Essa euforia toda teve seu declínio na década de 1990, quando se evidenciaram suas restrições como um canal de comunicação devido a sua tecnologia estar obsoleta, definindo a capacidade de processamento das informações e tornando-se insuficiente para as necessidades da sociedade francesa. A alternativa apontada foi deixar o sistema ligado à Internet em nível mundial e oferecer esses serviços mediante pagamento por sua utilização, abandonando o caráter gratuito de outrora.

É importante salientar a brevidade do período da evolução das comunicações, o qual alterou a sociedade como um todo chegando às relações de trabalho. As quais passaram a serem mediadas pelo uso de computadores, *tablets*, telefones celulares, entre outros equipamentos eletrônicos (CASTELLS, 1999).

Nesta velocidade modificou-se todo o contexto de informação a nível mundial, visto que a circulação de informações se dá em tempo real. Com esse efeito a Sociedade da Informação apesar de algumas oposições a este termo, é o termo qual resume esta nova realidade virtual e complexa da sociedade moderna. A adoção desta expressão verifica-se a mais adequada à realidade moderna e de complexidade que o ser humano vive (ADOLFO, 2006).

O fenômeno social da inserção da internet no cotidiano das pessoas modificaria a sociedade e, com ela, todos seus apensos no sentido de estar coadunado com os fenômenos modificativos da sociedade como culturais, morais ou de costumes. Assim a Internet, provocou essa mudança com a criação de comunidades sociais, por exemplo, nascendo um favorecimento ao isolamento pessoal.

Propiciando aos indivíduos passearem apenas pelo ambiente virtual e se desvincularem da busca de inserir-se em “sociedades reais”, os quais provocam questionamentos sobre o uso demasiado da internet como meio de

comunicação. Mas esse ponto ainda não está esclarecido e nem encontrado um senso comum ou apropriado de sua utilização, pois tal aspecto poderá ser vislumbrado tanto negativamente como positivamente.

Destaca-se o fortalecimento das comunidades *on-line* formadas no ambiente virtual, uma vez permitindo que os indivíduos se expressem de maneira desinibida, sincera ou talvez expressões verdadeiras, é uma das consequências de se estar atrás de um aparelho que possibilite a comunicação e não presencialmente, diante do indivíduo. Certamente ações como esta, trará o fim de algumas relações de amizade no ambiente virtual (CASTELLS, 1999).

Buscam-se lembrar, ainda, os questionamentos sobre as comunidades virtuais, procurando saber se elas são reais. Em resposta, Castells afirma que sim e que não, por se tratarem de comunidades que se transportam para o plano virtual, fora do plano físico. Não se olvidando de que as comunidades físicas não refletem as comunidades virtuais, eis que as redes sociais, formadas por comunidades *on-line*, dispõem de grande diversidade entre seus membros e, em sua grande maioria, são interconectadas por laços fracos (CASTELLS, 1999).

Esses laços no sentido de que as comunidades virtuais podem ser formadas por perfis verdadeiros ou falsos, não há uma conexão entre os indivíduos como nas comunidades do plano físico, visto que nesse você vê e interage com a pessoa com quem se acredita relacionar. Já no ambiente virtual geralmente o contato é realizado por meio de textos, gravação de áudios entre outras formas o que possibilitam maior abertura para relacionar-se com perfis falsos.

Entre as tantas demandas que surgiram aliadas à transformação espacial das cidades, Castells menciona o exemplo do teletrabalho que se configura com o uso da tecnologia e promovendo a transformação das cidades, o que possibilita a seus planejadores e organizadores de serviços uma logística que melhor possa atender a população (CASTELLS, 1999).

Outro exemplo são as compras por meio da internet, em que as transações são realizadas *on-line* com isso um favorecimento para o aumento do *e-commerce*. O comércio eletrônico é visto como uma opção de comodidade em compras, favorecida pela ampla concorrência de empresas

que oferecem seus serviços e que foram geradas pelas redes de Internet, não sendo seu objetivo a unicidade apenas como uma alternativa (CASTELLS, 1999).

As tecnologias adquiriram especial destaque condicionando a sociedade à inserção tecnológica, e aos seus instrumentos aplicados no dia a dia, incluindo mecanismos de controle que objetivam a própria proteção dos indivíduos, mas que corroem a própria privacidade. Devido à velocidade e ao desenvolvimento das telecomunicações e à inserção de inovações tecnológicas, a esfera jurídica trouxe um vocabulário próprio e autônomo para estas inovações (DONEDA, 2006).

A rede chamada também de “ciberespaço” é um novo canal de comunicação que nasce da interligação dos computadores em escala mundial, especificando como as informações navegam e são fomentadas pelos seus usuários. Os recursos materiais das transmissões de dados, também chamados de *interfaces* conectam esse universo virtual com o real nos sistemas de informações. A evolução desse sistema incorreu na melhoria e na diversificação dos sistemas de comunicação (LÉVY, 2010).

A diversificação dos sistemas de comunicação ocorrida propiciou que fossem ampliados os meios de comunicações entre os indivíduos, tornando-a mais eficiente e veloz. Assim como esse espaço no qual circulam as informações são marcados como uma revolução destes meios de comunicação, o acesso às informações fora ampliado na mesma medida. Esse acesso às redes de internet propiciou um maior número de informações circulando criando um ciberespaço.

No ciberespaço se compartilham muito mais do que troca de mensagens de áudio ou texto, um exemplo é o meio acadêmico nos quais muitas obras intelectuais são compartilhadas. Relevante destacar que nem sempre o compartilhamento sem custos, de maneira gratuita dessas obras favorece tão somente a sociedade, que faz seu uso prevalecendo o interesse público sobre o privado e ao autor lhe são conferidos apenas os prejuízos também (ADOLFO, ROCHA, MAISONNAVE, 2017).

Não significa que os editores responsáveis pela veiculação de obras intelectuais queiram permanecer fechados diante das novas tecnologias, muito pelo contrário, pois estariam fora da linha produtiva. Entretanto apenas um

compartilhamento pela *web*, inviabiliza o controle da difusão por muitos formatos. Assim admite-se que o direito autoral atenta-se para o interesse social em conjunto entre autores e usuários (Adolfo, Rocha, Maisonnave, 2017).

Voltando a diversidade conceitual há uma diversidade conceitual acerca das expressões: ciberespaço, *world wide web*, sociedade em rede, sociedade do conhecimento, sociedade da informação, sociedade de informação, sociedade informacional, entre outras que ainda estarão por vir certamente. Todas envoltas em transformações sociais, culturais, territoriais o que proporciona tamanha diversidade de nomenclatura e conceituação sobre o termo relacionado ao espaço da internet ou ocupado pela internet (FORTES 2016).

Há uma diversidade conceitual acerca das expressões: ciberespaço, *world wide web*, sociedade em rede, sociedade do conhecimento, sociedade da informação, sociedade de informação, sociedade informacional, entre outras que ainda estarão por vir certamente. Todas envoltas em transformações sociais, culturais, territoriais o que proporciona tamanha diversidade de nomenclatura e conceituação sobre o termo relacionado ao espaço da internet ou ocupado pela internet (FORTES 2016).

Em continuação ao crivo conceitual, encontram-se várias acepções para definir a palavra “virtual”, porém há no mínimo três entendimentos sobre ela, o primeiro relaciona ao sentido técnico/informático, o segundo entendimento é de corrente e o último se dá no sentido filosófico. Quando se suscita a significação da “realidade virtual” depara-se com uma confusão entre estes sentidos (LÉVY, 2010).

Na seara filosófica o virtual é uma dimensão do real, não se opõe ao real, mas opõe-se ao atual visto que se trata de duas óticas diferentes da realidade. No sentido corrente, o critério para o real atrela-se a presença física, portando concluindo que o virtual significaria a irrealidade. E na interpretação técnica o virtual vem antes da concretização efetiva como o exemplo da árvore que está presente no grão, mas ainda não cresceu (LÉVY, 2010).

Desta forma o virtual existe, é real e não há necessidade da presença tangível para que algo exista. A informação passeia pelo real e o virtual, no real quando fixa sua base em determinado suporte, e no virtual quando pode ser

acessada de qualquer lugar como o exemplo da informação e da comunicação, apenas requisitando um ponto de acesso de rede de internet (LÉVY, 2010).

Apesar de inúmeras significações para a palavra comunicação como a distribuição, tornar algo comum, repartir, dividir, compartilhar entre outras denotações, a comunicação possui um papel imprescindível e destacável na história por toda sua construção. Sendo uma necessidade humana e na forma com que possa ser entendida a humanidade contou sua história e desenvolveu-se. Sendo a comunicação uma forma singular de socializar informações, sentimentos, opiniões, entre outros (PEREIRA, 2015).

Ademais não se trata de uma novidade a uma comunicação interativa, o telefone já tirou o caráter de novidade deste tipo de comunicação, o que é visto no ciberespaço é uma espécie de relacionamento que não depende de um lugar geográfico específico e nem de uma comunicação assíncrona (LÉVY, 2010). Assim o exercício de comunicar-se está atrelado a dois direitos a liberdade de expressão e a privacidade, em que possa exteriorizar pensamentos, ideologias e sentimentos e o segundo em ter seus pensamentos, sentimentos, intimidades e ideologias resguardadas (PERES, 2015).

Um breve apanhado histórico da privacidade e da intimidade se faz necessário para alicerçar as informações sobre o tema e demonstrar a relevância que irá embasar o capítulo 2 deste trabalho. Alia-se o surgimento da privacidade com a sociedade feudal, nos quais o isolamento, a intimidade era privilégio para poucos eleitos ou para quem fazia essa opção ou se fazia necessário este isolamento, como monges e pastores (RODOTÀ, 2008).

Assim há muito tempo discutiam-se os movimentos e direções das inovações tecnológicas e institucionais bem como os riscos para a privacidade. Não olvidando que os computadores de trinta anos atrás não podem comparar-se com as tecnologias aplicadas aos sistemas informáticos atuais e ferramentas mais velozes e eficientes no período atual (RODOTÀ, 2008).

Julgamentos relacionados à intimidade, porém não se confirma ser o primeiro julgado sobre esse tema, entretanto acredita-se ser o julgamento na França pelo Tribunal do Sena em que foi julgado o caso de dois desenhistas fizeram o retrato de uma pessoa em seu leito de morte por solicitação de sua irmã. Foi exposto o retrato e comercializado por estabelecimento comercial. O

juízo (Ocorrido em 16/06/1858) determinou a apreensão da obra e das fotografias realizadas a partir dela (MORI, 2001).

Visto que a problemática é antiga e apenas muda de forma, faz refletir a cerca do planejamento de uma legislação aplicável ao tratamento de dados e assim pensar em soluções coletivas e não individuais. Assim como as inovações tecnológicas são constantes e volumosas, as novas demandas vêm neste mesmo viés. Buscando amparo no ordenamento jurídico, destarte necessitam de soluções para longo prazo a fim de evitar a obsolescência das soluções jurídicas (RODOTÀ, 2008).

Assim caberá ao Estado a função da regulação das relações sociais, ordenando e regulando tanto interesses individuais como os coletivos (GONÇALVES, 2003).

As inovações ocorrem tão rapidamente que até mesmo a noção de bancos de dados em formato de arquivos pode tornar-se obsoleta ou até mesmo superada. A configuração de uma nova fronteira não está em computadores de uso pessoal. Ratificando que aos bancos de dados aplica-se o critério de proporcionalidade quanto ao seu sigilo, a esses são assegurados sigilos relativos, quando em conflito com direitos ou garantias fundamentais ao indivíduo (MARCACINI, 2002).

Dessa forma questionam-se as formas de regulação futuras, que permeiam entre um potencial transformador que as inovações tecnológicas possuem, e a direção que esta mudança esta se direcionando. São os principais questionamentos e neste ponto há que se concordar com a autora em razão das transformações sociais que a internet trouxe a sociedade contemporânea. E em virtude de como será direcionada essa transformação na sociedade (GONÇALVES, 2003).

Até mesmo porque o desenvolvimento da sociedade da informação ocorreu de forma tão veloz, que para esses direitos digitais modernos a solução encontrada no Poder Judiciário é de similaridades a legislação existente, ou seja, a doutrina. Não foram criadas ou pensadas legislações preventivas para esses danos modernos neste novo contexto social e cultural da sociedade. Foram estabelecidas legislações resolutivas, criadas e embasadas a partir da doutrina existente. Um dos objetivos da sociedade contemporânea é realizado pela maneira de como os cidadãos passariam a

dispor de meios de comunicação, expressão e informação, pensando em ações coletivas.

Esse período de criação e familiarização com as redes de internet pelos cidadãos foi também chamado como período 'pós-industrial', justificando a nomenclatura devido às novas tecnologias disponíveis na sociedade da informação tornarem-se complementares ao período anterior, da revolução industrial, ou seja, era o que faltava, em sentido complementar a revolução industrial (GONÇALVES, 2003).

A primeira geração de leis sobre o tratamento de dados virtual consagrou-se por meio do direito de acesso, criou-se um caminho de mão dupla. Ao oferecer um meio mais dinâmico para o patrimônio informativo, caíram as barreiras de sigilo que abrigavam as informações sobre outros indivíduos (RODOTÀ, 2008).

Transferindo ao Estado a instituição de normatização e regramento para a circulação de informações sendo retirada a ênfase da esfera privada para que contemplasse a coletividade de indivíduos. Entretanto a circulação de informações concentra-se atualmente nas mãos de grandes empresas privadas (RODOTÀ, 2008).

Uma crítica que se faz a sociedade da informação é o perigo da centralização de poder por meio do controle de informação, e sobre os meios de comunicação. Tanto na esfera pública ou privada, ambas requerem vigilância de suas próprias condutas (RODOTÀ, 2008).

Portanto ocorre a união entre esferas pública e privada nas quais a distribuição de poder se dá pela forma como passeia a informação e de como a informação considerada como uma fonte de poder é dividida. Considera-se essa distribuição de poder, a forma como são coletados os dados e a maneira como são postos em circulação como sendo o papel do cidadão na sociedade informacional (RODOTÀ, 2008).

Em que pese colocar em conjunto os controles individuais e coletivos da circulação de informações para manter equilibrados estes interesses, aliás, seria esse um dos pilares para manutenção harmônica da proteção dos dados pessoais, a busca pela regulação conjunta (RODOTÀ, 2008).

Uma relação harmônica entre regras e mercados poderia equilibrar a proteção no tratamento das informações. Porém em tempos de paz seriam

mais aceitas possíveis regulações da circulação de informações de outra banda de acordo com a emergência, crises econômicas, crises na segurança ou a instabilidade social de um período, se faz necessário um entrecruzamento de bancos de dados (RODOTÀ, 2008).

Há Estados que estimulam a *deregulation*, ou seja, a retirada do controle do governo, como os Estados Unidos da América, nas quais a privacidade seria cotada como um serviço oneroso disponível a quem quisesse ou necessitasse tê-lo (RODOTÀ, 2008).

Entretanto a disparidade de poder entre consumidor e fornecedor não se dá apenas pelo livre consentimento do consumidor usufruir ou não dos serviços de privacidade. Talvez o momento atual não comporte essa perspectiva dos Estados Unidos da América, em função do desnível de poder entre as partes, assim seria necessária que a intervenção legislativa regulasse as regras de mercado (RODOTÀ, 2008). Assim como nos Estados Unidos da América o Brasil também possui o consumidor como vulnerável nas relações de consumo.

A tese de que a regulação da proteção da circulação de informação apenas seria menos restritiva em tempos de paz econômica e social é refutada, pois se estaria dependente de um ciclo de acordo com as regras políticas, sociais e econômicas. Inviabilizando uma regulação efetiva da circulação, restrição e coleta de dados (RODOTÀ, 2008).

Obviamente que a tendência é de se libertar do contato de ciclo de crises, fugindo de ser este um argumento para a utilização autoritária de bancos de dados, sendo a criação de leis como forma de garantia. O problema não está na regulação nem mesmo no direito e sim na orientação para o futuro, como a criação de instituições adequadas às necessidades das novas tecnologias (RODOTÀ, 2008).

A construção da esfera privada com bases na liberdade é o supedâneo para a esfera pública, tendo em vista uma cidadania adequada às novas tecnologias. A sociedade da informação é também vista como uma oportunidade para a realização de direitos da cidadania especialmente os tocante a liberdade de expressão e de acesso à informação (GONÇALVES, 2003).

A herança jurídica romana do Direito Privado desde a era napoleônica circundou essencialmente os direitos privados do ser humano. O Direito Público aparece tempos à frente já com o Estado Moderno. Entretanto apesar das poucas normas de direito público em detrimento ao Direito Privado. Assim revela-se o primado do Direito Privado sobre o Direito Público pela persistência da presença do direito a propriedade (ADOLFO, 2006).

Dividem-se em público e privado a ordem jurídica por critérios de conveniência, visto que há momentos de acontecimentos públicos e outros privados. Os acontecimentos possuem aspectos de relevância privada e pública não necessariamente sendo exclusivamente jurídicos por intermédio de um sistema que evita a dicotomia. Aliás há que se destacar a unicidade dos Institutos do Público e do Privado sendo melhores tratados por dimensões do direito ou do dever (BOLESINA, REIS, 2016).

Esse momento de construção das esferas públicas e privadas depende da evolução da sociedade informacional em que convirja para uma sociedade de conhecimento e não para uma sociedade de vigilância ou de controle. Caso contrário poderia favorecer o autoritarismo dos Estados e entes privados como meio de gestão de crises. Para que o controle da circulação de informações não seja utilizado apenas com o viés econômico, seria se a criação de bancos de dados não possuírem esta única finalidade, com a ciência do indivíduo (RODOTÀ, 2008).

Os avanços tecnológicos nos sistemas de comunicação, objetiva em seu auge o momento em que um fato pudesse ser acessado simultaneamente por todas as pessoas no mundo, criando uma aldeia global. Além do sistema de comunicação o financeiro com os *home-brokers* (corretores de valores realizando seu trabalho de casa), já caminham no mesmo sentido, tornando-se cada vez mais dinâmicos complexos e velozes, os fatores de velocidade e de tempo são sentidos por toda parte (PINHEIRO, 2016).

Na era mercantilista nas quais as práticas econômicas eram desenvolvidas na Europa entre os séculos XV e XVIII, quando a comunicação se dava de maneira mais lenta, até mesmo uma crise entre dois países, chagava de maneira gradativa e não simultânea a todas as partes do mundo. Ao contrário de hoje, em que uma crise no mercado financeiro significa comunicação e efeitos imediatos por todos os países (PINHEIRO, 2016).

A globalização da sociedade e da economia exige uma globalização do pensamento jurídico que a acompanhe, extrapolando princípio da territorialidade para o Direito Comercial, não que esta tendência seja nova, o Direito Internacional já vem tratando de se globalizar por meio de tratados, convenções entre vários Estados (PINHEIRO, 2016).

Surgem dois grandes desafios para o Direito nas redes de internet, relacionados à territorialidade e a velocidade, o primeiro dá-se devido a criação de nações virtuais, ultrapassando limites geográficos e físicos e quanto ao segundo trata-se da rapidez com que as decisões precisam serem tomadas (PINHEIRO, 2016).

Não está sendo sugerida a criação de um direito específico para cada necessidade como um direito televisivo, um direito da internet, até mesmo porque por mais que se criassem tantas legislações quanto necessárias não acompanhariam a mesma velocidade das transformações ocorridas nas redes de internet (PINHEIRO, 2016).

Pierre Lévy já observa esses dois critérios de territorialidade e velocidade não como um desafio, mas sim como uma virtualização das organizações. Em que o indivíduo está cada vez menos dependente de locais determinados e horários. A extensão do ciberespaço acelera essa virtualização das organizações para a sociedade, passando a ter o uso inclusive de moedas virtuais, bancos virtuais (LÉVY, 2010).

Apesar das inúmeras discussões sobre a obsolência das legislações deve-se buscar formar leis mais amplas e genéricas, para que consiga ter uma sobrevida e consiga atender variados formatos de um único assunto (PINHEIRO, 2016).

A sociedade digital não é uma sociedade de bens, mas sim uma sociedade de serviços em que o mais importante objetivo é a detenção das informações, esse é o gatilho! Para que os princípios basilares relacionados a proteção dos direitos sejam à informação ou a não-informação são necessários equilibrá-los (PINHEIRO, 2016).

A privacidade na sociedade de informação insere-se conjuntamente com os conflitos entre direitos e deveres do indivíduo. O uso de informações pessoais para a criação de perfis é um dos primeiros problemas que surgem (RODOTÀ, 2008).

Porém demonstrado que não é fácil, mas necessário e urgente legislar acerca do direito e tratamento de dados pessoais nas redes de internet. Devido a essa necessidade, bem como novas demandas o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) veio comprovar, pois em um primeiro momento estabeleceu princípios norteadores para a regulação da internet no Brasil.

A ampla utilização dos dados pessoais engloba inúmeras atividades. Os dados pessoais na sociedade da informação personificam virtualmente a pessoa humana, em uma série de situações em que seria impossível a presença física. Porém torna-se uma atividade de risco pela exposição e os possíveis usos indevidos ou abusivos em relação aos dados (DONEDA, 2011).

O tratamento dos dados pessoais por meios automatizados se tornam arriscados até mesmo por que neles estão personificados o titular destes dados. Desta forma justifica-se a necessidade do titular deter disponíveis mecanismos de controle e automação de seus próprios dados. Em razão destes motivos vários ordenamentos jurídicos consideram a proteção de dados pessoais como um direito fundamental (DONEDA, 2011).

Questiona-se se estaria à sociedade preparada para essa ampla liberdade virtual, em razão de previsões legais como a liberdade de expressão e remoção de conteúdo em casos pontuais, a neutralidade na rede (art. 9ª da Lei n. 12.965). Esse questionamento se dá diante das inúmeras possibilidades tecnológicas de usos e meios e como pano de fundo a cortina do anonimato que em algumas áreas é quase impossível detectar autores de violações. Desta maneira alguns setores da sociedade sofrem mais do que outros com tamanha liberdade, como os setores de comunicação, portais de conteúdo provedores, *Internet Banking*, *Marketing digital*, entre outros.

Claro que a intervenção do Estatal trouxe várias soluções para problemas atuais como o exemplo das empresas que utilizam de dados de cidadãos brasileiros, mas presta serviço oriundo de outro país. Um dos pontos sensíveis do Marco Civil é a liberdade de expressão e a flexibilização da honra e imagem do indivíduo.

Assim a legislação contemplou a remoção de conteúdo de forma mais direta junto aos provedores de acesso, em casos que envolvam nudez, cenas de sexo, infrações aos Direitos autorais bem como exposição de crianças ou

adolescentes (PINHEIRO, 2016), além destas previsões, apenas com ordem oriunda do Poder Judiciário (art. 10 da Lei n. 12.965).

2.2 A proteção da privacidade na Sociedade da informação e novos parâmetros da proteção à privacidade dos usuários de internet

O objetivo neste capítulo é apresentar às definições da privacidade, intimidade, as finalidades destas garantias fundamentais bem como o cenário legislativo conferido a proteção de dados pessoais na sociedade da informação.

Conforme a evolução da responsabilidade civil se necessita de um reconhecimento da proteção à privacidade. Evolutivamente os reconhecimentos pelos valores legais das sensações desenvolveram uma legislação para “o incômodo” como a proteção conferida ao ser humano contra a poeira, aos odores, aos ruídos (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Além da proteção conferida à sensação ao corpo do indivíduo ocorre a canalização dessa proteção também para as emoções humanas. Assim como à expansão do direito à vida foi o crescimento da concepção jurídica da propriedade, abrindo a concepção para a intangível, nos produtos e processos da mente como exemplo as obras literárias, as marcas registradas, obras de arte entre outros. Todo esse desenvolvimento da legislação era inevitável, o Direito precisa acompanhar as transformações históricas da sociedade, dessa forma pensamentos, emoções exigem o reconhecimento legal (WARREN; BRANDEIS, 1890).

Entretanto falta uma definição conceitual para privacidade que pudesse transparecer o sentido semântico da palavra, porém não se trata de um problema apenas da doutrina brasileira. O problema não está em sua definição, mas sim em sua significação, raramente se reduz a uma perspectiva epistemológica conceitualista. Essa concepção objetiva até mesmo inconscientemente uma coesão do sistema, por meio de um processo de generalização (DONEDA, 2006).

No contexto da Constituição a privacidade deve ser interpretada junto com os demais direitos fundamentais. Dessa forma, não se insistirá em uma definição semântica e conceitualista do termo “privacidade”. Pois cada um deles tem um alcance próprio no campo da vida pública e vida privada para estabelecer limites. É difícil, entretanto saber o momento exato de começo da vida privada ou da vida pública (MORI, 2001).

Outro termo ligado à privacidade é a “intimidade”, nos quais denotam situações particulares e pessoais inerentes ao sujeito, invocando também o direito à tranquilidade. Quanto ao acolhimento do direito à privacidade, hoje como um direito fundamental, foi levado aos tribunais para sua apreciação, após a ocorrência de casos que envolviam celebridades da época, como o Príncipe Albert e a Rainha Vitória, na França (DONEDA, 2006).

Isso acontecia porque pessoas notórias detêm maior vulnerabilidade de sua privacidade, o que gera uma tendência a desdobramentos dos aspectos individualistas, modificando as relações entre indivíduo e Estado (DONEDA, 2006).

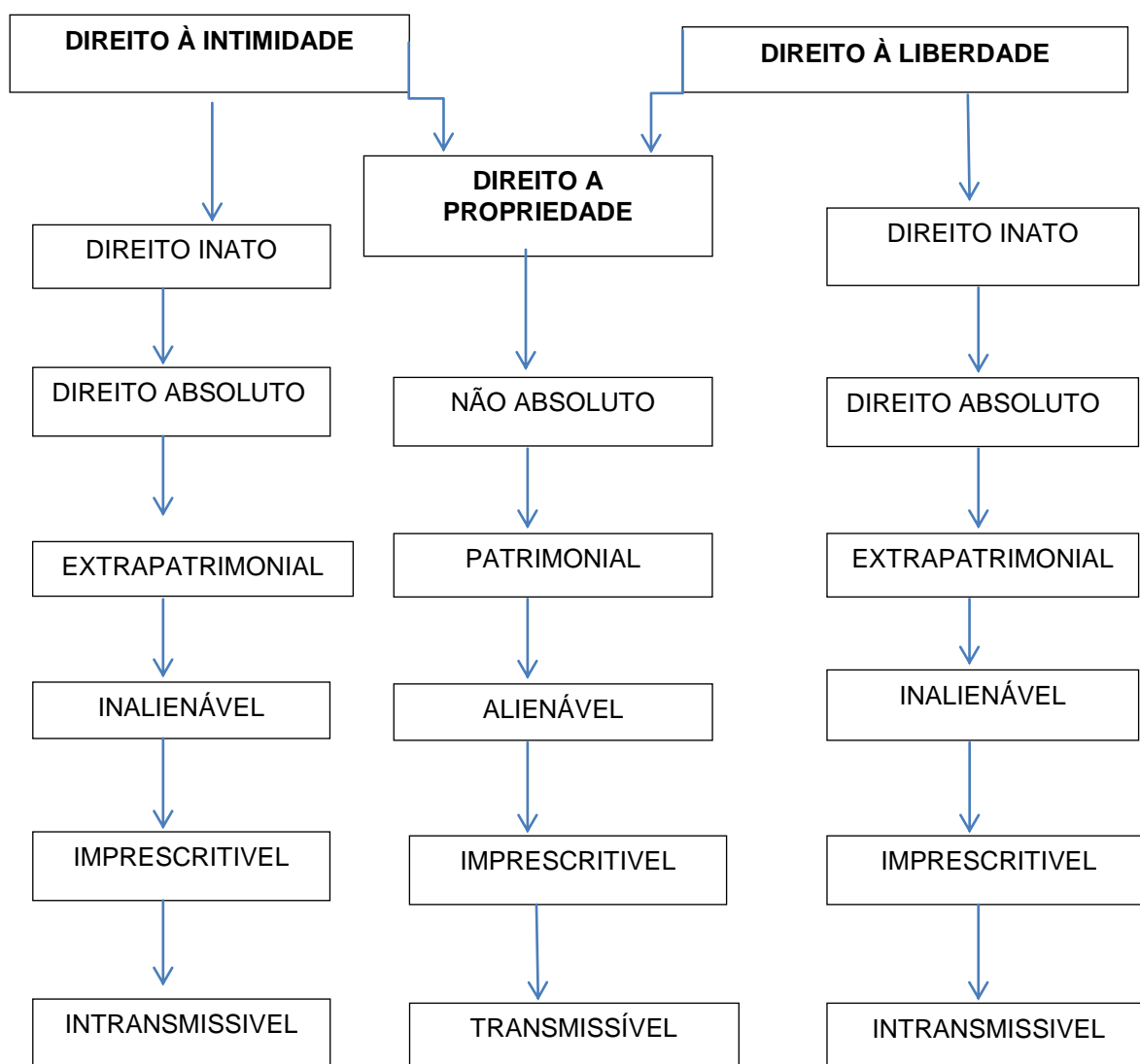
Dois fatores destacam-se para justificar a utilização de informações pessoais: a eficiência e o controle. O primeiro ente a fazer uso de informações pessoais foi o Estado, ainda que por motivos implícitos, ancorando-se na prerrogativa de que a administração pública tem necessidade de conhecimento de sua população. Isso pode ser obtido por meio de pesquisas ou censos em que determinadas informações são de cunho compulsório, satisfazendo, dessa forma, o critério da eficiência; já o parâmetro de controle é contemplado pela potencialização das informações pessoais colhidas, possibilitando maior conhecimento sobre a população para poder ter um controle mais eficaz (DONEDA, 2006).

A ideia da utilização de informações pessoais era muito mais atraente para o Estado do que para os interesses privados em função do alto custo despendido para coletar tais informações (DONEDA, 2006). A crítica firmada com relação a essa afirmação é de que ambos os mercados público e privado são atraídos pelo controle da informação, podendo essa ser considerada como a moeda deste período.

Assim como a vida privada a intimidade são bastante subjetivas tornando difícil a precisa significação. As colunas que embasam o direito a intimidade e à vida privada, ambos são direitos invioláveis de acordo com a Constituição, por se tratarem de direitos que abordam aspectos culturais e pessoais, devem permanecer flexíveis para que possam acompanhar as inovações tecnológicas. Dessa forma o direito à intimidade e à vida privada se debruça sob o principio fundamental da liberdade. A liberdade no sentido de

não intromissão de “poder ser deixado só”, e com o direito de escolha (DONEDA, 2006).

O princípio da liberdade abarca a intimidade e a vida privada apoiada no Direito a propriedade, essa propriedade referida à de dados pessoais. Assim ocorrendo um entrecruzamento de vários Direitos fundamentais. Reporta-se aos direitos de intimidade e liberdade atrelados ao direito a propriedade, apesar dos dois princípios serem intransmissíveis, visto que a intimidade e liberdade não passará de pai para filho, isso não ocorre com o Direito à propriedade. Direitos fundamentais da liberdade, intimidade e propriedade embasantes à proteção de dados.



Entretanto com o avanço das inovações tecnológicas no campo da informática, aumentam a importância da informação e baixam os custos, tanto para o processamento quanto para a coleta e tratamento das informações disponíveis, tornando a tarefa mais acessível e, desse modo, deixando de ser um privilégio apenas do Estado (DONEDA, 2006).

Deter informações sempre foi uma prerrogativa de poder. O contínuo fluxo de informações, contudo, foi capaz de balançar a equação - poder-informação-pessoa-controle; identificando, assim, uma nova estrutura de poder. Nas últimas décadas a privacidade sofreu alterações perfiláticas “o direito a privacidade não mais se estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, no paradigma de *zero relationship* (relacionamento zero), mas sim no eixo “pessoa-informação-circulação-controle”” (DONEDA, 2006).

A tendência da força expansiva da proteção de dados pessoais é uma característica dos “novos direitos” ou direitos modernos. A evolução da privacidade no ordenamento jurídico dá-se pela mutação do ambiente, da vigilância física para a vigilância de dados pessoais. O ponto alto marcante da evolução tem sido sua consideração como princípio fundamental, surgindo a partir daí, seus desdobramentos. A funcionalização da proteção à privacidade irradia uma disciplina de proteção de dados pessoais (DONEDA, 2006).

Há uma mudança nos paradigmas de proteção dos dados, à reserva da intimidade da vida privada do cidadão, antes da revolução causada pela era da informação, o sujeito detinha o controle das suas informações. Estava apenas em suas mãos o desejo em divulgá-la ou não. Com a inserção de ferramentas tecnológicas esse “poder” ou “controle” saiu de suas mãos.

Como exemplo pode-se utilizar a divulgação de material fotográfico por meio de mensagens em âmbito privado como o julgamento do Recurso em habeas corpus n. 85.605 - RJ (2017/0139017-4).

Acerca da troca de imagens pornográficas via *whatsapp* e *skype*, com adolescente. Uma das pretensões foi embasada na prevenção do novo delito, não conseguindo comprovação para o constrangimento ilegal. Sendo desprovido o Recurso. No âmbito privado o compartilhamento de dados na rede mundial de comunicação sai do controle do proprietário dos dados à medida que haja a disponibilização de uma única vez nas redes de internet, de maneira instantânea.

Sobre este julgado é suscitada uma relevante questão sobre a internacionalização do Direito em razão da comunicação não ser embarreiradas territorialmente. A constatação da internacionalidade do delito demandaria apenas que a publicação do material pornográfico tivesse sido realizada em “ambiência virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet” e que “o material pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes tenha estado acessível por alguém no estrangeiro, ainda que não haja evidências de que esse acesso realmente ocorreu” (RE 628.624, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Relator para acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2015, acórdão eletrônico. REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-062 DIVULG 05-04-2016 PUBLIC 06-04-2016), *(grifo e destaque nosso)*.

A tutela do direito a privacidade destina-se a proteger a não intromissão indesejada da vida privada, essa releitura da tutela tradicional deu-se em razão da necessidade de adequar-se ao progresso tecnológico e há sinais bastante evidentes desta mudança. A partir de 1970, a associação de privacidade à bancos de dados se tornaram latentes, e hoje quando se remete a eles não trata-se apenas de dados pessoais armazenados em bancos, trata-se do caráter confidencial desses dados pessoais, quais dados pessoais estão armazenadas, e também o direito de manter atualizadas estas informações (DONEDA, 2006).

A definição de banco de dados como sendo um conjunto de informações seguidas por uma lógica utilitarista que visa extrair o máximo das informações disponíveis (DONEDA, 2003). A privacidade é um elemento positivo para os direitos à liberdade, na qual instiga a cidadania, e detém uma posição de destaque quanto à proteção da pessoa humana, e é considerado um valor essencial da proteção integral da personalidade. A tutela da privacidade não é demonstrada por exercício arbitrário do titular em relação ao coletivo, assim como poderes os deveres vêm da mesma forma (DONEDA, 2006).

Desta maneira a tutela da privacidade aponta uma tendência crescente para uma administração de escolhas pessoais, tornando menos relevante o raciocínio que aponta os bens tutelados pela privacidade. Essa “administração” corrobora para o desenvolvimento da personalidade e individualidade sem

sofrer pressão do controle social, o titular dos dados pessoais assume a determinação do que será inserido ou exposto (DONEDA, 2006).

Como aspecto de definição as informações pessoais ancoram-se como elementos objetivos, a finalidade, a construção da esfera privada, os aspectos de desenvolvimento da personalidade. No sentido de considerar a privacidade como um valor e não como uma forma de tutela, no qual a última aplicação se dará embasada no princípio da dignidade da pessoa humana (DONEDA, 2006).

São perceptíveis as vantagens sob esta concepção, como a compreensão das informações que são dadas e recebidas, os problemas recepcionados pela tutela em que a privacidade é o centro do problema e em situações em que a privacidade figure-se como aspecto secundário (DONEDA, 2006).

Apesar de as primeiras normativas sobre a proteção de dados ocorridas nos anos 1960 e 1970, no cenário brasileiro a contemplação do contexto da internet adentrou na legislação com a Lei de Acesso a informação (Lei n. 12.527/2011), Lei de Crimes Informáticos (Lei n. 12.737/2012 e o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

Com matéria específica de proteção de dados pessoais tramita o Projeto de Lei n. 4060 de 2012 apensado ao Projeto de Lei n. 5276/2016. Em muitos países, a Legislação de proteção de dados pessoais mostra-se promissora, com a maioria dos países já estando pelo menos discutindo projetos de lei sobre proteção de dados pessoais.

Segundo a Organização para a Cooperação e desenvolvimento econômico (OCDE), em 2013, a qual realizou uma atualização sobre as diretrizes da proteção e da privacidade de dados pessoais. Notáveis são o grande tráfego de dados pessoais e as mais finalidades a que se destinam. Isso se deve ao aumento dos recursos tecnológicos e um acesso às redes de internet de maneira mais ampla e fácil, seja por meio de dispositivos móveis ou fixos.

As trocas de tecnologias analógicas para a digital e o crescimento do entretenimento possibilitaram investimentos capazes de obterem maior capacidade técnica de armazenamento e compartilhamento de dados pessoais,

além da diminuição de custos. Portanto, podendo ser armazenados por mais tempo por consequência expandindo o mercador consumidor.

Com o desenvolvimento de novas ferramentas e algoritmos expandindo a capacidade de armazenamento de dados pessoais, há um uso massivo por parte de empresas, governos e indivíduos, conforme Estudo promovido pela *Asociación por los Derechos Civiles (ADC)*, intitulado *como El sistema de protección de datos personales en América Latina: Oportunidades y desafíos para los derechos humanos*. Cada vez mais os dados pessoais, as imagens fotográficas, os vídeos, áudios são considerados como ativos econômicos e se tornando moeda para operações comerciais (ADC, 2016), cada vez mais a informação é o centro dos períodos histórico de transição, assim como ocorrida na revolução industrial.

Essa massificação do uso das redes de internet possibilitou a verificação de perfis de consumo, delinear o modo de uso das redes de internet. Com o acesso facilitado a ampla rede de comunicação, a transferência de dados torna-se mais presente e mais utilizada. Demandando novas formas de proteção, sejam elas por meio de legislação específica para o tema, o aumento da preocupação do coletivo em razão do individual, a educação voltada para a responsabilidade solidaria no contexto cultural e social.

A questão principal sobre a proteção à privacidade do indivíduo não está em conceitos éticos ou mesmo filosóficos, e sim como protegê-la. A importância disso vem demonstrada pela utilização de bancos de dados como a riqueza do século XXI. A delimitação do Estado por meio de regras e normas se faz necessária por instituir um limite da privacidade do indivíduo diante do direito à informação (PINHEIRO, 2016).

Esse limite veio regulamentado parcialmente por meio da Lei n. 12.965 de 2014 no art. 7º, incisos VII e VIII, assegurando o direito de não fornecer dados pessoais a terceiros, sem o consentimento do proprietário. Assegura o direito a informações claras da coleta de dados pessoais, objetivo da coleta e de maneira que sejam justificadas (BRASIL, 2014).

Torna-se evidente a necessidade de uma política clara de privacidade aos usuários de internet, visto que os dados pessoais são de propriedade do indivíduo cabendo somente a ele, ceder, consentir ou repassá-los. Da mesma forma que a criação de mecanismos de proteção e manutenção de provas em

caso de necessidade, foram abarcadas pelo Marco Civil, devido à velocidade das inovações tecnológicas devem ser assegurados meios probatórios para a proteção de dados pessoais.

Destarte por meio do art. 15 (Lei n. 12.965/2014) o qual prevê que provedores de aplicação de internet devem manter a guarda de registros de acesso e aplicações em um ambiente seguro e sob sigilo pelo prazo mínimo de seis meses. Podendo esse prazo ser superior de maneira cautelar por autoridades policiais, administrativas e ministério público. Sobre a guarda dos registros de conexão da rede de internet o período de guarda previsto no art. 13 é de um ano (BRASIL, 2014).

A legislação brasileira atualmente dispõe da garantia da privacidade dos dados pessoais por meio da Constituição Federal de 1988, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, do Decreto n. 7.962, de 2013 para o comércio eletrônico e da Lei n. 12.965/2014. Mesmo assim encontra-se problemas como a criação de perfis *fake* no *facebook*, o compartilhamento de dados pelo *secret*, o *ASK*, o *Lulu*, nos quais esses aplicativos permitem declarações anônimas (PINHEIRO, 2016).

Porém deve ser observado que a proteção à privacidade se dá a ambas as partes, vítima e autor, desenvolvendo um ambiente hostil e indesejado para as redes de internet. O compartilhamento de dados é uma importante ferramenta nas redes de internet favorecendo o conjunto coletivo, porém se utilizado com prudência. A partir do momento que ocorre o compartilhamento de dados sejam eles de qualquer natureza, fica comprometido o controle sobre eles.

Na sociedade de risco atual a prevenção aos danos torna-se a melhor solução para os problemas encontrados, a criação e muito importante, a divulgação de mecanismos de combate a violência para que a responsabilidade auferida pelo Poder Judiciário não se torne a única solução.

O uso da internet por crianças e adolescentes demonstra o significativo perigo para a perpetuação de danos aos dados pessoais, exposição nas redes de internet, bem como a mudança no cotidiano de crianças e adolescentes pela desmoderada inserção e uso da tecnologia virtual (olhando apenas sob o viés negativo das redes de internet). Em recente relatório emitido pela ONU sobre o

uso da internet por crianças e adolescentes, trouxe muitas questões importantes como o acesso e a utilização massiva das redes de internet.

Apesar de pouco divulgado pela mídia brasileira, o Proteja Brasil é um aplicativo gratuito, lançado em 2013, sendo uma iniciativa do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) ou "United Nations Children's Fund" sendo uma agência das Nações Unidas. Bem como da Secretaria de Direitos Humanos do Ministério da Justiça e da Cidadania entre outros parceiros. Esse aplicativo permite a realização de denúncias de violência a pessoas em situação vulnerável, como idosos, crianças, pessoas com deficiência entre outras vítimas de violação.

Dessa forma é possível fazer denúncias sobre *cyberbullying* (denotado com o uso da comunicação eletrônica para o envio de mensagens as quais tenham o propósito de intimidar ou hostilizar, principalmente realizados em ambientes escolares), (OXFORD, 1990).

Denúncias sobre pornografia infantil, exposição de imagens de nudez sem consentimento (*sexting*), o uso excessivo da internet pode prejudicar o desenvolvimento da criança e do adolescente, assim o tempo conectado nas redes de internet se torna relevante (UNICEF, 2016).

Se for levado em consideração o tempo que a criança ou adolescente passa estudando e dormindo mais o tempo conectado as redes, pode ocorrer a privação para outros hábitos saudáveis, os quais são fundamentais para o seu desenvolvimento. Entre muitas outras violências destacadas no aplicativo. No ano de 2016 o aplicativo que conta com os idiomas em português, inglês e espanhol ampliou o rol de funcionalidades se integrando ao disk 100 (UNICEF, 2016).

Outra ferramenta disponível há mais de doze anos é a *SaferNet* Brasil, criada em 2005 por um grupo de cientistas da computação, professores, bacharéis em Direito e pesquisadores, com o objetivo de promover a defesa dos Direitos Humanos na Internet no Brasil em razão da carência de políticas e ações governamentais que necessitavam de enfrentamento. A *SaferNet* Brasil é uma associação civil de direito privado, sem fins lucrativos nem vinculação político partidária, religiosa ou racial. Em razão da carência de políticas públicas de combate à pornografia infantil na Internet brasileira (*SaferNet*, 2017).

A SaferNet recebeu e processou em torno de 3.861.707 denúncias anônimas nos onze anos de trabalho, sendo 668.288 páginas (URLs) distintas, escritas em nove idiomas e hospedadas em mais de 86.143 hosts diferentes. Conectados as redes de Internet por meio de 50.405 números IPs (*Internet Protocol*, números identificadores de dispositivo conectado a internet) distintos, atribuídos para noventa e oito países em cinco continentes. Além disso, ajudou cerca de 13.268 pessoas entre outras atividades de uso e conscientização do uso seguro da internet (SaferNet, 2017).

Desta maneira graves problemas como ao uso indevido das redes de Internet para a prática de violação contra os Direitos Humanos, o aliciamento, a produção e a difusão de imagens pornográficas, racismo, homofobia, apologia e incitação a crimes contra a vida. Aos quais já estavam sendo vistos como crimes cibernéticos atentatórios aos Direitos Humanos presentes nas redes de internet.

Apesar da internet não ser originalmente criada para o público infantil, é massiva a utilização por crianças e adolescentes, fato preocupante já que o amplo acesso a informação, qualquer informação. Pode ser prejudicial se não for usado de forma consciente, o questionamento realizado é de como utilizar as redes de internet de forma consciente por crianças sem o completo desenvolvimento. Essa talvez seja uma das razões que o uso excessivo da rede poderia ser tutelado no rol de direitos da criança e do adolescente, rapidamente justificar-se-á as razões dessa sugestão.

Antes da avaliação da proteção de dados aos indivíduos dever-se-á classificar de que indivíduos estar-se-á falando, dando maior atenção as pessoas mais vulneráveis. Há vários instrumentos destinados a segurança dos usuários da rede, são destinados para uma maior segurança de dados, principalmente os relacionados aos documentos eletrônicos, exemplos disso são as assinaturas digitalizadas (MARQUES, 2005).

Surgiram alguns instrumentos que objetivam virtualizar a assinatura manuscrita tradicional como a assinatura digitalizada, a biometria a estenografia e as chaves simétricas e assimétricas as quais podem codificar como descodificar (MARQUES, 2005).

A assinatura digitalizada, por exemplo, é a reprodução em forma de imagem da assinatura original feita de próprio punho que configura uma marca

individual de cada indivíduo, para além das características físicas como as impressões digitais. Outro método de autenticidade é a criptografia, do grego *kriptós*, quer dizer, no seu significado mais simples coisa oculta, e *grafo*, quer dizer, escrita, assim se resume o método em transformar dados compreensíveis em incompreensíveis. Isto é, alterar um texto que possua uma linguagem reconhecível para um código específico (MARQUES, 2005).

Assim, a utilização da criptografia como um meio para preservação de garantias individuais, em função da dependência da sociedade moderna no tráfego de dados. Os Estados Unidos da América é um exemplo contrário ao alinhamento de requerer maior segurança, visto que apesar de ter uma tradição democrática de mais de dois séculos, ainda se manifesta de maneira intensa a restringir ou enfraquecer os sistemas de criptografia.

Uma democracia eficiente se configura por seu poder desmembrado, assim descentralizando-o, lembrando que a moeda atualmente se concentra na informação. De certo ponto pode-se falar em direito à criptografia já que é instrumento para preservar a garantia de outros direitos fundamentais (MARCACINI, 2002).

Inclusive a Receita Federal já nas declarações de imposto de renda de pessoas físicas já solicitam a declaração das *bitcoin*. De acordo com informativos da Receita federal deve-se utilizar o Programa de Apuração de Ganhos de Capital para auferir o rendimento por meio somatório em vendas das moedas virtuais (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2017).

Após conhecer ainda que brevemente algumas formas de proteção da privacidade na Sociedade da informação bem como alguns novos parâmetros da proteção à privacidade para os usuários de internet. Trazendo algumas organizações que trabalha com ações de combate a violência nas redes de internet, como difusão de imagens de pornografia infantil, discursos de ódio entre outras violações citadas.

O próximo subcapítulo trará definições conceituais de informação, dado, dados pessoais, dados sensíveis, dados anônimos, bem como os elementos para suas classificações. Tratando também da importância do tratamento de dados pessoais como um direito fundamental e a necessária proteção legislativa visto que ainda o Brasil não possui legislação específica aprovada para o tema.

2.3 Fundamentos da proteção de dados pessoais

Neste subcapítulo objetivos abordados serão os conceitos semânticos e contextuais dos termos como informação, dados pessoais, dados anônimos, bancos de dados, bem como o tratamento dos dados pessoais. A classificação à que são atribuídas, bem como os Direitos fundamentais à privacidade e a intimidade como Direitos personalíssimos, com essa contextualização serão melhor visualizados as aplicações no último capítulo.

Com relação aos termos “informação” e “dado” ambos denotam um fato, da mesma forma que o “dado” implica em ser fragmentado e mais primitivo como se fosse uma pré-informação. A informação menciona algo além das que já possuem nos dados, chegando à fronteira da cognição e nos efeitos no receptor da informação. O esclarecimento destes vocábulos faz-se necessário em razão da doutrina muitas vezes tratá-los indistintamente (DONEDA, 2006).

As diferenças sobre o significado atual e histórico para a “informação” é a inserção da tecnologia nas quais se multiplicam os modos de organização das informações, possibilitando um maior desenvolvimento e uso desde a coleta e tratamento dos dados até sua comunicação (DONEDA, 2006).

A informação independe do canal/meio que ela será propagada, não necessita de um suporte material. Ainda a informação deve vincular-se a pessoa referindo suas características de acordo com a lei como o seu nome, domicílio e suas ações como suas preferências enquanto consumidor, sua opinião expressa por meio das redes de internet. Essas são consideradas informações pessoais (DONEDA, 2006).

É necessário que haja vinculação entre a informação e o objeto para que possa ser considerada como informação pessoal, por exemplo, o comentário de terceiros sobre o sujeito nas redes de relacionamento não configura informações pessoais. Visto que não possui ligação direta com o sujeito. Ao contrário do dado, este pode referir-se a qualquer pessoa, não há vinculação do objeto com o sujeito, é o caso do dado anônimo (DONEDA, 2006).

O dado anônimo pode ser utilizado para chamadas não identificadas por intermédio de sistema de telefonia. Pode possibilitar a comunicação de

peças em que no momento estejam impedidos de exercer suas opiniões livremente, seja por vínculo ou qualquer outro impedimento atrelado ao sujeito (DONEDA, 2006).

Em seguida surgem os bancos de dados que por sua vez possuem particular proteção do Direito no tocante aos direitos de propriedade intelectual. Ainda, pode ser usado com recursos tecnológicos ou não, o que em muitos países divergem sobre a aplicação de proteção aos dados pessoais quando é realizado o uso de recursos informáticos. Buscando conceito de que o banco de dados informatizados que armazena um grande volume de dados e consegue processá-las de maneira rápida bem como entre cruzá-las, combiná-las de múltiplas maneiras e em um tempo muito breve (DONEDA, 2006).

Os bancos de dados são criados para o armazenamento de dados em arquivos confidenciais, a fim de captar e arquivar informações relativas à intimidade dos indivíduos. As informações nos bancos de dados armazenam não apenas informações relativas à intimidade conforme a autora reporta, mas há uma gama enorme de informações de consumo, de padrão do uso das redes de internet, fluxos de dados econômicos, entre tantos outros (MORI, 2001).

Alguns pressupostos podem ser usados para classificar os dados pessoais, como determinada informação sobre um sujeito, para aplicação e qualificação das normas, quanto aos dados pessoais. Estas informações pessoais podem ser divididas por categorias, como exemplo as informações referentes aos dados pessoais bancários inserem-se na categoria de sigilo bancário, conferindo uma proteção específica para cada categoria. (DONEDA, 2006).

Informações como dados genéticos são um exemplo de dados sensíveis, esta categoria nasceu da diferença entre o tratamento destes dados em relação aos demais. A inserção de determinados dados a categoria de dados sensíveis está relacionada com o grau de lesão que pode atingir o sujeito titular dos dados. A potencialidade de uma possível lesão se tais informações fossem disseminadas. A conclusão que se chega é de que o dado não é perigoso, perigoso é o uso que pode ser feito dele, o potencial lesivo esta na conduta, na disseminação desautorizada destes dados (DONEDA, 2006).

A solução de proibir tanto a coleta quanto o tratamento dos dados sensíveis, permanecendo ainda no exemplo dos dados genéticos, é vista por algumas legislações de que tratam a matéria como inviável. Entretanto no tocante a pesquisas científicas na área médica, nas quais trabalhar com dados sensíveis é imprescindível para a evolução da pesquisa, considerando que seu uso neste caso seja visto como lícito e legítimo (DONEDA, 2006).

Para categorizar os dados sensíveis, dever-se-ia estabelecer uma área na qual eles fossem potencialmente mais lesivos retornando a discussão sobre a propriedade dos dados pessoais, como direito a propriedade. Uma parte da doutrina reconhece como um direito a propriedade podendo ser operado como bens, proporcionando uma solução por meio do sistema econômico. Demanda-se uma tutela que seja centralizada no sujeito, acompanhando a circulação de dados (DONEDA, 2006).

Faz-se necessária uma tutela mais dinâmica que possa acompanhar e tratar os dados pessoais bem como sua circulação, porém sem centrar-se apenas no sujeito, como nos casos do direito à privacidade em que a figura central é o indivíduo. A informação para ser considerada como pessoal, será necessário que um vínculo especificamente a um determinado titular (DONEDA, 2016).

A informação deve ser entendida como a prolongação do sujeito representando diretamente sua personalidade. Para proteger esse direito é necessária uma lei que compreenda os problemas jurídicos da informatização da informação regulando os processos tecnológicos. Há necessidade de mencionar o estreitamento da relação entre o direito ao acesso e a proteção de dados. Se por um lado ocorre a coleta de dados necessários para cumprir o acesso de outro ocorre a compulsoriedade em fazê-lo para que se cumpra o exercício regular de direito ao acesso (DONEDA, 2006).

Há uma enorme distância entre o indivíduo e as grandes organizações que tratam as coletas de dados, portanto se torna difícil para que o cidadão tenha a percepção real da periculosidade e do sentido que as informações pessoais podem representar em organizações com refinado aparato tecnológico para o tratamento de dados (RODOTÀ, 2008).

Assim devem deslocar-se a responsabilidade do indivíduo enquanto desejo para reagir individualmente passando esta responsabilidade para o

controle social, assumindo a fragilidade do indivíduo frente a grandes organizações. Conquistando um aparato de vigilância coletiva tornando-se mais incisiva que a individual (RODOTÀ, 2008).

Embora tenha ocorrido o aumento da importância para a proteção de dados pessoais, inclusive como um direito fundamental autônomo reconhecida pela Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia (RODOTÀ, 2008). No Brasil atualmente no tocante a proteção de dados pessoais tramita o Projeto de Lei específica para o tema, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais como garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana.

A privacidade na era informacional tem se tornada temerária sobre sua efetividade, sustentada pelas lições de Stefano Rodotà quando menciona a realização de pesquisas sobre “digitais cerebrais”, em que a investigação da memória individual do ser humano pode ser considerada uma fonte de provas, quando apontadas eventos pretéritos (RODOTÀ, 2008).

Entretanto o questionamento que paira é sobre como assegurar a privacidade total do indivíduo sem violá-la em nome da segurança. Por meio do utilitarismo Bentham e Mill defendem essa tese, na qual justifica o aumento da vigilância ultrapassando os limites da ética (PINHEIRO, 2016).

A reflexão de John Stuart Mill questiona o limite justo da soberania do indivíduo sobre si mesmo? – Onde começa a autoridade da sociedade? – Que parte da vida humana deve ser atribuída à individualidade e que parte a sociedade? Cada uma das perguntas se reflete no controle do “eu”, da propriedade das informações pessoais que Rodotà menciona.

A individualidade deve governar aquela parte da vida que interessa ao indivíduo, e a sociedade essa outra parte que interessa principalmente a sociedade. O autor ainda infere que a sociedade tem sua base em um contrato, porém todos que recebem a proteção da sociedade devem oferecer algo em troca, o fato de viver em sociedade por si só já impõe uma linha de conduta do ser humano em relação aos demais. Devendo em primeiro lugar buscar não prejudicar os interesses dos demais, sendo por meio legal expresso ou por acordo tácito, devem ser considerados como direitos (MILL, 1859).

Em segundo lugar, cada pessoa deve fazer sua parte, seguir um princípio equitativo em que tanto o trabalho quanto o sacrifício para defender a

sociedade ou os membros dela de qualquer possível dano ou vexação. Para tanto, a sociedade tem o direito de impor obrigações entre seus membros, visto que os atos de um indivíduo podem prejudicar aos demais ou não dar consideração suficiente ao seu bem-estar do outro, sem chegar a violar direitos constituídos (MILL, 1859).

A interferência da sociedade tem que se estabelecer em presunções gerais as quais não podem ser inteiramente erradas, sem que sejam justas, pois correm o risco de ter sua aplicação equivocada a casos individuais pelas pessoas que não conhecem sua superfície (MILL, 1859).

O direito à privacidade é um Direito personalíssimo que possui como finalidade à proteção à dignidade humana. Ratificando a dificuldade em limitar esse direito. Desponta uma ambiguidade na tutela desse direito, o que possibilita mais de uma interpretação e causa divergência entre a doutrina e a jurisprudência. A Constituição Federal na relação entre a licitude das provas e o sigilo da fonte é um exemplo para o problema (MARCACINI, 2002).

De outra banda, recentes atentados terroristas ao redor do mundo corroboram para pôr em cheque o direito fundamental a privacidade, causando a erosão de alguns princípios subjacentes de proteção de dados pessoais, conforme aponta Rodotà por três motivos: a diminuição de garantias como exemplo a transferência de dados entre Europa e Estados Unidos da América, a extensão da diminuição de garantias para o mundo dos negócios e a inserção e disponibilidade de novas ferramentas tecnológicas disponibilizadas que nem sempre é possível controlá-los de maneira satisfatória pelas autoridades.

É contínuo o desafio de garantir e proporcionar maior segurança nas redes de internet, em escala global. Mesmo entre países autoritários como os Estados Unidos da América embasados no medo e combate ao terrorismo, mantém constante vigilância sobre os usuários das redes de internet e a ausência de uma legislação internacional favorece esses atos (PINHEIRO, 2016).

Entretanto a proteção de dados é uma utopia necessária, considerando que a privacidade no último século reinventou-se se acoplando a valores democráticos visíveis nas diferentes definições de privacidade no decurso do tempo. Estes valores democráticos falados no parágrafo anterior referem-se

aos dados pessoais fornecidos para um órgão específico e que são disponibilizados para outros, deixando transparentes os indivíduos e fora de qualquer controle, desenvolvendo uma redistribuição de poderes políticos e sociais (RODOTÀ, 2008).

Agregaram-se aos aspectos de liberdade expandindo os conceitos para a privacidade. Portanto o titular dos dados deve manter o controle de suas informações e ter total liberdade de construção de sua própria esfera particular (RODOTÀ, 2008).

Os exemplos citados anteriormente como os itens de segurança e o mundo dos negócios a partir de lógicas mercadológicas são movimentos que desbastam a proteção de dados. Desta forma se desgasta e desconsidera-se o Direito fundamental à proteção de dados em detrimento dos interesses de segurança e lógicas dos mercados econômicos (RODOTÀ, 2008).

Resume-se que a proteção de dados está sendo testada todos os dias, tanto beneficemente como ao contrário, as novas ferramentas tecnológicas permeiam a esfera da privacidade dos indivíduos. Essa reinvenção que Rodotà trata perpassa por dez pontos para desenvolver estratégias políticas e sociais de contenção deste desgaste e desenvolver seu potencial. Realizado um breve resumo dos pontos, porém se faz muito importante pelos mesmos e latentes problemas da contemporaneidade (RODOTÀ, 2008).

O direito fundamental a proteção de dados não tem as mesmas garantias por parte dos Estados. A União Europeia configura garantias e responsabilidades bem extensivas na proteção de dados pessoais. Rodotà critica como uma falha da União Europeia quando negociou transferência de dados de passageiros em bilhetes aéreos e retenção de dados especialmente depois dos ataques terroristas de 11 de setembro (RODOTÀ, 2008).

Em 12 de julho de 2016, o *Privacy Shield* substitui o acordo realizado em 2000 o *Safe Harbour* invalidado em outubro de 2015, em razão do vazamento de informações de espionagem NSA. Este último acordo prevê a regulamentação da transferência de dados pessoais entre a União Europeia e os Estados Unidos, sendo utilizados para fins comerciais objetivando as empresas de internet (RODOTÀ, 2008). O segundo ponto tratado por Rodotà é de não subordinação do direito fundamental a proteção de dados pessoais a nenhum outro direito.

O terceiro ponto trata sobre as restrições e limitações dar-se-ão apenas em condições determinadas e não por interesses. O quarto ponto vincula o direito a proteção de dados com a proteção a personalidade, assim dados genéticos não poderiam ser utilizados para negócios. O próximo ponto é bastante polêmico no qual Rodotà descreve como uma expressão de liberdade e de dignidade a proteção de dados, não podendo tolerar que um indivíduo seja mantido sob constante vigilância (RODOTÀ, 2008).

Hodienarmente vive-se em uma sociedade em completa vigilância, nas quais são acessíveis câmeras por meio de *smartphones*, *tablets*, câmeras de vigilância utilizadas para monitoramento na rua, no trabalho em residência, porém neste ponto permeia a dúvida se em nome da segurança não estaria o indivíduo colocando-se refém destas ferramentas e inovações tecnológicas por segurança e pondo-se *in vigilando* (RODOTÀ, 2008).

O próximo ponto trata da inviolabilidade da pessoa na dimensão eletrônica, ademais o sétimo ponto propõe uma coleta de dados apenas em casos que não se tenha outra alternativa, o oitavo ponto traz a necessidade de estudar o impacto à privacidade do indivíduo assim como se estuda o impacto ambiental. O nono aspecto refere-se ao aprimoramento e regulação de controles de dados e por último o direito fundamental à proteção de dados como componente da futura e necessária Carta de Direitos da Internet (*Internet Bill of Rights*), (RODOTÀ, 2008).

A sociedade contemporânea em constante evolução como a atual necessita se reinventar a cada a dia de maneira progressiva. O que se faz necessário é manter o equilíbrio entre os anseios individuais e os coletivos. Nestes pontos expostos anteriormente foi possível visualizar a necessidade de acordos entre nações para buscar o coletivo, como no acordo citado entre União Europeia e Estados Unidos da América.

Entretanto para conceder algo visando o coletivo, como maiores critérios de segurança são necessárias mudanças em que muitas vezes podem atingir a liberdade individual de determinado ser humano. Por esse exposto é possível notar um binômio entre segurança e privacidade em que nem sempre estarão paralelas. Um entrecruzamento entre ambos poderá atingir a sociedade em sua dimensão coletiva de direitos e garantias. Um dos aspectos

provocativos para a privacidade vem por meio da coleta e do tratamento dos dados pessoais.

Neste ponto não se trata de adaptar-se ou não as novas tecnologias, mas sim de uma mudança na qualidade. Pois a definição do termo “privacidade” é dotada de uma imensa fragilidade como o exemplo do “direito a ser deixado só” deflagrando a individualidade do sujeito como um direito a ser respeitado. Vislumbrando o Direito à privacidade como um direito a ser deixado só (RODOTÀ, 2008).

Não podem mais ser considerados como problemas da privacidade uma relação entre o recolhimento e a divulgação de informações. A comparação entre o ser humano que nada tem a esconder e o ser humano que está refém de seus próprios segredos, ou seja, são distintos como se fossem um, uma casa-fortaleza e o outro, como uma casa-vitrine, em que o indivíduo na primeira vislumbra o ser humano, como um ser egoísta e que a privacidade é seu maior bem e o outro transfere sua importância para as trocas sociais. (RODOTÀ, 2008).

A construção da sociedade do conhecimento como é conhecida atualmente baseia-se na moeda da informação, portanto necessita de regulamentação. Apesar de ter-se um Projeto de Lei n. 5276/2016 para a proteção dos dados pessoais no Brasil, ainda não se faz suficiente a proteção oferecida. Em que pese é preciso fazer escolhas, como exemplo: se se quer mais privacidade priorizando o individual ou se quer mais segurança priorizando a coletividade.

Os princípios fundamentais da livre-iniciativa e da liberdade de expressão podem ser suprimidos em razão da proteção de um bem maior, permanecendo paralelos um maior controle ou uma maior liberdade. (PINHEIRO, 2016). Então o objetivo volta-se para a manutenção equilibrada entre o individual e o coletivo, dessa forma a ponderação, a interpretação e a consciência coletiva trazem a baila aspectos culturais que antecedem as leis.

A consciência coletiva é muito mais visível no ser humano primitivo do que no homem moderno, visto que se tratava de uma questão de sobrevivência manter um espírito coletivo. Apesar disso, a comunidade europeia perversa em termos jurídicos o conceito de comunidade, dessa forma a Europa colabora

com as maiores inovações a cerca do Direito Digital definido como um direito comunitário (PINHEIRO, 2016).

A proteção de dados pessoais recai sob o manto do princípio fundamental da privacidade, aplicado ao espaço virtual, observando, entretanto suas derivações e particularidades. Porém a contextualização conceitual diversifica-se no espaço em que ocorre, e não em sua significação. Essa nova sociedade baseada na informação, no conhecimento, na comunicação em tempo real entre vários indivíduos e a forma com as redes de internet estão arraigadas no cotidiano são necessários os direitos a proteção. Proteção à privacidade, com o uso dos dados para as finalidades autorizadas, a propriedade dos dados pessoais como os dados sensíveis e genéticos, e a liberdade como a liberdade de expressão (PINHEIRO, 2016).

Os Direitos Humanos correspondem às prerrogativas indispensáveis ao bem-estar do ser humano e à sociedade, um mínimo essencial a ser garantido ao indivíduo bem como os instrumentos necessários para assegurar o gozo de tais direitos (MELO, 2010).

Portanto, são direitos reconhecidos e aceitos em um plano universal, não dependem de qualquer característica ou particularidade do indivíduo, bem como sua posição social, visto que a primeira fundamentação e a mais influenciadora foi o jusnaturalismo, entendendo que o Direito do ser humano vem muito antes do Estado, o ser humano já os possuía (GORCZEVSKI, 2009). São irrefutáveis a importância das doutrinas jusnaturalistas para o reconhecimento dos direitos fundamentais (SARLET, 2003).

A ideia de um direito natural é de que ele nasça com o ser humano permanecendo atrelado a ele, não podendo haver separação por sua natureza humana. Há várias teorias que se classificam como jusnaturalistas, como o jusnaturalismo teológico, jusnaturalismo racionalista, surgido de ideias iluministas, nas quais se destacavam que a partir do estado de natureza, justifica-se o Estado, a sociedade, o poder, apenas com as leis naturais não positivadas, não seria capaz de reger a sociedade civil (SARLET, 2003).

Definidos e adotados pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos como resposta à barbárie da Segunda Guerra Mundial, os Direitos

Humanos serviu de paradigma para os Direitos fundamentais incorporados na Constituição Federal de 1988 (FONTANA, REIS, 2011).

Apesar da identificação internacional de Direitos Humanos e na normativa constitucional brasileira serem Direitos Fundamentais, quanto à finalidade, tais expressões se assemelham. Após a Constituição de 1988 foi dado uma relevância aos Direitos fundamentais nunca antes dada (FONTANA, REIS, 2011).

Neste diapasão, precisa lição de que “Direitos fundamentais” e “direitos humanos” afastam-se, portanto, apenas no que tange ao plano de sua positivação, sendo as primeiras normas exigíveis no âmbito estatal interno, enquanto estes últimos são exigíveis no plano do “Direito Internacional” (MASSON, 2016).

O critério mais adequado entre as diferenças para Direitos fundamentais e Direitos humanos preleciona Pérez Luño é a concreção positiva, visto que o termo direitos humanos remonta conceitos mais amplos que direitos fundamentais os quais possuem sentido mais preciso visto que são limitados espacialmente e temporalmente (SARLET, 2003).

Cumprir destacar que alguns autores devido a essa confusão entre as terminologias e conceituação se valem da “expressão direitos humanos fundamentais”. Importante considerar que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as constituições (SARLET, 2003).

O Constitucionalismo liberal e os direitos fundamentais eram vistos de maneira subjetiva visto que o indivíduo buscava suas pretensões com base no direito positivado. A dimensão objetiva dos Direitos fundamentais é a agregação de novas fronteiras, pois se antes se pensava apenas no direito positivado, agora se expandiu esse pensamento, agregando o reconhecimento dos direitos fundamentais não apenas como limite para o Estado, mas como um norte para suas ações (SARMENTO, 2004).

Dessa forma sendo reconhecida como uma dupla dimensão de direitos fundamentais, simultaneamente objetiva e subjetiva. Na teoria contemporânea a atuação do Estado não pode contemplar a não violação dos direitos fundamentais é necessário à proteção e a ameaças que venham de terceiros, a atuação do Estado se torna mais ampla, envolvendo as atividades: legislativas, administrativas e jurisdicionais do Estado (SARMENTO, 2004).

Apesar do enfrentamento de diversas crises pelo Estado, ele é o principal garantidor da proteção dos direitos fundamentais e em diferentes contextos como o público e o privado. Portanto dentro da dimensão objetiva dos Direitos fundamentais, está o reconhecimento dos valores mais importantes, como a vida, a dignidade da pessoa humana, entre outras, eles penetram e moldam todo o ordenamento jurídico como princípios constitucionais (SARMENTO, 2004).

A dignidade da pessoa humana é como sendo um princípio, que a partir dele irradiam os demais princípios, visto que basta a existência da pessoa humana para que exista a dignidade, portanto um direito inato. Não é possível ter um conceito fixo sobre a dignidade da pessoa humana, em razão do pluralismo de sentidos que ela denota por ela mesma (SARMENTO, 2004).

Infere-se que os Direitos fundamentais tanto podem limitar como podem restringir a autonomia jurídica, de uma determinada relação jurídica para outra. O processo de ponderação entre direitos fundamentais e autonomia de vontade, serve para equiparar a igualdade material sempre que houver desigualdade material entre as partes (SARMENTO, 2004).

Respeitando o preceito constitucional e estabelecendo uma relativização necessária a autonomia privada. Além da igualdade ou desigualdade material outro fator essencial é o bem envolvido, pois se, tratar-se de bem jurídico essencial para a vida humana, eis que a autonomia de vontade terá uma menor proteção (SARMENTO, 2004).

Pretende-se distinguir a nova ideia de solidariedade em reconhecer que a desigualdade não é individual e sim uma característica social. Desta forma busca-se uma correção de justiça por intermédio do Estado e da sociedade. A ideia é sair deste universalismo europeu em que historicamente nos foi fomentado e criando grupos excluídos, e criar uma relação solidária entre o coletivo e o indivíduo (FARIAS, 1998).

Apesar de desmontar as ideias escritas nos séculos XVIII e XIX de que para serem iguais, todos deveriam parecer-se uns com os outros, uma igualdade uniforme, horizontal. Hodiernamente falar em igualdade é remeter a 'apapar as arestas' da desigualdade. Para Hanna Arendt nos tornamos membros de um determinado grupo por decisão própria a fim de garantia por Direitos iguais, pois não nascemos iguais (ALEXY, 2008).

Entende-se que os 'direitos a proteção' devem ser aqui compreendidos como os direitos do titular dos Direitos fundamentais frente ao Estado que efetua sua proteção contra intervenções de terceiros. Portanto podendo ter os mais diversos objetos de proteção e diversidade nas formas de proteção. Além de proteções como a vida, saúde, liberdade, propriedade e tudo mais que seja digno de proteção, são objetos de proteção, tendo como ponto de partida os direitos fundamentais (ALEXY, 2008).

Assim como a diversidade nas formas de proteção, por exemplo, as normas de responsabilidade civil, em comum nesta diversidade os direitos a proteção são direitos constitucionais em face do Estado. Delimitando as esferas do sujeito e exigindo uma demarcação. Desta maneira os direitos de proteção são Direitos constitucionais que o Estado deve esculpir e aplicar de uma determinada maneira a todos os sujeitos de direito da mesma hierarquia (ALEXY, 2008).

A existência do direito à proteção perpassa por dois aspectos um questiona sobre o que deve ser protegido? E o outro, como deve ser protegido? A não proibição de uma ação não significa que essa proibição é permitida desta forma não fundamenta nem a participação nem a imputação do Estado na sua realização, se assim fosse um convite privado entre dois indivíduos teria que ser imputado ao Estado. Estar-se-ia diante de uma responsabilidade universal por parte do Estado (ALEXY, 2008).

Assim sem extremos o que se pretende é que o Estado tenha certo tipo de responsabilidade, para algumas ações, de um cidadão em relação a outro. As ações que o estado chama para si a responsabilidade são as intervenções em que conflitem bens como a vida, a liberdade e a propriedade. A responsabilidade do Estado está no dever de impedir intervenções de um cidadão em relação ao outro, em bens protegidos por direitos fundamentais (ALEXY, 2008).

3. TEORIAS CLÁSSICAS E AS NOVAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste capítulo serão abordadas as teorias clássicas da responsabilidade civil bem como os novos pressupostos. O objetivo é a contextualização conceitual para que no Capítulo 3 possam ser analisadas já com bases conceituais formadas. A noção de Direito está intimamente ligada a composição de conflitos de interesses.

No capítulo anterior verificou-se a construção histórica da Sociedade da informação transformou a sociedade. Inserindo a sociedade em uma modernidade líquida conforme refere Bauman, em razão da mutabilidade e maleabilidade do líquido, a qual se molda, se modifica a todo o momento. A modernidade no estágio sólido é sedentária, territorial sendo mal visto os hábitos nômades como a extraterritorialidade, oriunda do estágio fluído da modernidade a qual atualmente vive-se. A submissão do indivíduo a sociedade o torna dependente até certo ponto dela (BAUMAN, 2002).

Quando o indivíduo coloca-se sob a proteção da sociedade ou sob uma coerção social, e nesse ponto há uma contradição, pois o indivíduo é livre, mas dependente da proteção da sociedade, essa coerção social é propulsora a força emancipadora do sujeito. Portanto não há contradição entre dependência e liberdade, visto que para almejar a liberdade é necessária a submissão as normas da sociedade, não pode ter libertação indo contra a sociedade (BAUMAN, 2002).

Da mesma maneira é tratada também a proteção da privacidade na sociedade da informação, como proteger-se em uma sociedade de vigilância e quais parâmetros da proteção à privacidade dos usuários de internet são dispostos. Neste subcapítulo foram levantadas as questões conceituais e de tratamento de dados pessoais, bem como os fundamentos e os princípios da proteção de dados pessoais para que possa ser demonstrado como a responsabilidade civil insere-se neste contexto da sociedade moderna ou líquida. Verifica-se a partir das teorias clássicas até os novos pressupostos que as novas demandas exigem evolução por parte da sociedade como um todo.

Apesar da discussão diante da crise da modernidade, fala-se em era pós-moderna em razão de que os fundamentos da modernidade não foram capazes de resolver os problemas da humanidade. Nesse diapasão se socorre do Poder Judiciário para buscar o equilíbrio entre as relações entre interesses protegidos pelo ordenamento jurídico. Na sociedade pós-moderna, vivendo em um período pós-industrial a riqueza concentra-se na posse de conhecimento e informação e não mais nos meios de produção, acabamos condenados a superficialidade com o enorme volume de informações circulando (SARMENTO, 2004).

Frequentemente depara-se com o termo “crise dos pressupostos” da responsabilidade civil, e fala-se acerca de sessenta anos em crise. Historicamente nas décadas de 1960 e 1970 especialmente na Europa o instituto da responsabilidade civil ocupava o lugar de destaque no sistema judiciário. Destacando o Estado da França ao qual a palavra “crise” era menos utilizada que os termos “morte” e “declínio” conjuntamente com “crise”. Entretanto atualmente o significado é diverso daquele, visto que o termo “crise” esta ligado ao “excesso”, convertendo a responsabilidade civil em uma ideologia jurídica que adentra as mais variadas áreas do Direito (RODOTÀ, 2008).

Demonstra assim a importância do estudo das teorias clássicas que embasam as novas teorias, oriundas da crise dos pressupostos tradicionais e acompanhando a evolução das demandas judiciais. Desta forma reconstruindo o esquema da responsabilidade civil em torno do dano.

O momento que manifesta essa reconstrução e orientação é torno da proteção focada nos interesses coletivos, característico do Estado de bem-estar social. Percebe-se a evolução da responsabilidade civil em conjunto com os demais sistemas jurídicos, passando o foco da vítima e da sanção para o dano legitimando novos interesses apesar da ausência de normas específicas (RODOTÀ, 2008).

A teoria clássica aponta como pressupostos da responsabilidade civil o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Uma barreira formou-se na tentativa da vítima ser indenizada por um dano, quais: demonstrar o nexo causal entre a conduta do ofensor e o dano e a demonstração da culpa. O nexo causal é o elo entre o dano e o comportamento do agente. Desta forma o instituto da

responsabilidade civil não poderia existir sem que haja esta relação de causalidade, entre a conduta e o ato ilícito (DINIZ, 2012).

As maiores dificuldades emergem das inúmeras hipóteses que contribuem para a causa do dano. Devendo ao magistrado a discricionariedade para definir a qual delas deverá ser imputado o dever de reparação pelo ofensor. O nexo causal é explicado por mais diversas construções teóricas destacando-se algumas teorias como a da interrupção do nexo causal, da causalidade proporcional ou adequada a teoria da equivalência de condições (MORAES, 2007).

A jurisprudência tem feito uso indistintamente das teorias mencionadas acima, apesar de haver a necessidade da deflagração do dever de reparação, sem que qualquer ação, interrompa o nexo de causalidade entre a produção do dano (entre causa e efeito). Dentro das inúmeras teorias adotadas pelo tribunais e diante de numerosas demandas, deve ser imputado à reparação da causa vinculada ao dano direto e imediato, e em casos excepcionais ao dano indireto (MORAES, 2007).

Estas duas provas necessárias à obtenção de indenização e reparação, as quais se tornaram filtros para o instituto. Evitando que demandas com pedidos banais chegassem ao Poder Judiciário. Oportunizando as cortes judiciais maiores margem ao uso da interpretação e a inserção de aspectos sociais, econômicos e éticos (SCHREIBER b, 2015).

O Direito esta em um momento, em que não é possível fixar-se apenas no conhecimento da posituação do direito e a forma de aplicá-lo para o embasamento de decisões. Com isso a inserção da teoria da argumentação jurídica corrobora para decisões mais justas para ambas as partes, favorecidas pelo conhecimento de seus fundamentos o que permite o debate (ALEXY, 2001).

Estando diante do pensamento pós-positivista ao aplicar a Teoria da argumentação jurídica como ferramenta para a solução de casos concretos, nos quais, se contrapõe princípios constitucionais e normas jurídicas, destinando a decisão judicial para o viés interpretativo. Entretanto é necessária a explanação dos fundamentos utilizados pelo julgador para evitar decisões arbitrárias (ALEXY, 2001).

A nova função assumida pelos juízes se torna mais assistencial do que jurídica propriamente dita, como exemplo: ensinar aos pais como acompanharem seus filhos, como educarem seus filhos, percebe-se uma clara transferência da responsabilidade social, visto que tais relações sempre foram regidas pela vida social, pelos costumes inerentes a sociedade para a responsabilidade do poder judiciário, causando uma massiva “judicialização das relações sociais” dos indivíduos e ampliando as atribuições do Poder Judiciário (GARAPON, 1996).

O que antes era regido pelos usos e costumes, agora tem sua responsabilidade transferida. Outro ponto favorável ao aumento destas demandas que chegam ao Poder Judiciário é a garantia do acesso à justiça a todos, ou seja, “a proibição de recusa de justiça”, tornando-se um substituto a política, canalizando as ânsias e necessidades da sociedade que poderiam ser resolvidas por meio de políticas públicas, para a mão da justiça (GARAPON, 1996).

A aplicação pura e simples da lei positivada não contempla a todas as situações que o legislador não pôde prever no momento de sua elaboração. A evolução da sociedade não permite que isso ocorra devido à velocidade do surgimento de novas demandas e de decisões urgentes, os casos difíceis também chamados de *hard cases*, são um exemplo. Quando há duas normas em colisão devem se sopesar ambos os argumentos para que se alcance a solução mais justa possível (STRECK, 2002).

Para Gadamer não é possível que o intérprete da norma coloque-se no lugar do outro, na interpretação deve haver compreensão. Portanto para que possa haver compreensão, é necessário uma pré-compreensão amparada em um conhecimento prévio para que atue como ponto de partida do sistema (STRECK, 2002).

A partir deste raciocínio, pode-se afirmar que para considerar uma norma válida, ela necessita estar de acordo com a Constituição, não olvidando que a pré-compreensão mencionada anteriormente é utilizada neste ponto, sendo necessário um conhecimento prévio para realizar esta aferição (STRECK, 2002).

Deve-se o grande contingente de demandas jurídicas que recaem sob o manto da responsabilidade civil, não há maneiras de prever todas as

situações conflituosas do convívio humano. Sem contar a generalidade de assuntos que fazem parte da seara da responsabilidade civil, e as inseridas cotidianamente em razão da evolução da sociedade.

Assim destinam-se grande peso a interpretação dos magistrados as demandas judiciais, porém os filtros citados anteriormente mecanizavam as ações dos magistrados, estando muito próxima a linha entre a justiça e a injustiça, a segunda pelo cometimento de uma injustiça ao afastar um dano sofrido que não poderia ser reparado e a primeira da justiça de se ter a responsabilização do ofensor e o ressarcimento do dano quando possível.

Assim o objetivo geral deste capítulo é demonstrar brevemente a evolução da responsabilidade Civil desde as civilizações primitivas até as atuais, bem como as teorias clássicas e os novos pressupostos da responsabilidade civil. Assim no desenvolvimento do capítulo será demonstrada a evolução de um individualismo para um ideário de solidariedade, deslocando o individualismo para o coletivo.

3.1. Conceito dos termos responsabilidade, imputação e reestruturação conceitual na sociedade moderna

Neste subitem serão demonstrados os conceitos dos termos da responsabilidade, da imputação desde a relação primitiva conceitual. A lei aquiliana a qual introduziu o elemento da culpa como parte integrante do instituto da responsabilidade. Serão citadas as ementas dos julgados do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2016, relacionados à responsabilidade civil, como forma de verificar se esta evolução dos elementos pode ser encontrada comprovando a doutrina.

Com efeito, os julgados que tratam do uso de dados pessoais se os novos pressupostos da responsabilidade civil, se estão sendo e como são utilizados. Para demonstrar quão flexível encontra-se o instituto da responsabilidade civil. Porém para o entendimento do surgimento destes novos elementos é necessário fazer uma releitura por mais que breve da teoria clássica da responsabilidade civil.

Começando por uma das inquietantes dúvidas sobre o conceito semântico do termo responsabilidade é como ele está sendo utilizado na contemporaneidade. Percebem-se certas lacunas conceituais, se por um lado no Direito Civil entende-se como a obrigação de reparação de danos e no Direito Penal destina-se a obrigação de suportar o castigo, ou seja, o responsável está obrigado a alguma coisa (RICOEUR, 2008).

Destaca-se a importância desse delineamento conceitual para embasar o entendimento a cerca dos pressupostos tanto novos quanto os clássicos. Fora do campo semântico do verbo responder ao qual se refere a responder a alguém, responder por algo e responder a quem, há um conceito fundador do verbo responder que é o verbo imputar (RICOEUR, 2008).

O termo responsabilidade corresponde à ideia de prestação de contas dos atos praticados pelo sujeito que encaminha a uma suscetibilidade de imputação a partir do ponto de vista ético, que suporta as consequências de certo comportamento. Do ponto de vista normativo relaciona-se diretamente com a exigibilidade do sujeito que deva prestar contas dos atos praticados por ele, desde que capaz. Assim responsabilidade é sinonímia de imputabilidade (JORGE, 1999).

A imputação é uma relação primitiva com a obrigação em que a obrigação de reparar ou de sofrer uma pena, é somente um complemento. Segundo os melhores dicionários imputar é a atribuição de uma ação condenável a alguém, ação que a põe frente a frente a uma obrigação ou uma proibição que essa ação infringe. Verifica-se, portanto um ciclo que se remonta entre retribuição e atribuição e vice-versa, sendo notada a derivação da atribuição à retribuição (RICOEUR, 2008).

Não se pode olvidar que até meados do Séc. XIX o verbo francês *imputer* podia ser entendido no sentido semântico de atribuição, porém atribuição pode ser feita sem os sentidos de censura ou de benesse, mas de falta. Pode-se assim imputar¹ algo a alguém como, por exemplo, imputar um livro a um autor que se presume o ser. Ainda sob a contribuição da Teologia, nos quais os méritos de Cristo são atribuídos à conta do homem confirmando a derivação relatada anteriormente, girando em torno da justificação (RICOEUR, 2008).

Um dos conceitos mais primitivos sobre a responsabilidade civil pode ser encontrado no Direito Romano, a partir da vingança particular. Do Direito Romano até a atualidade há um lapso temporal de pelo menos treze séculos (CATALAN, 2011).

Historicamente o primeiro ordenamento o Código de Hamurabi, com data de 2200 a.C. consagrando para o ordenamento jurídico a lei do talião. No Direito indiano, destaca-se o Código de Manu, datado no século XIII a. C trouxeram importantes conceitos como a previsão de indenização por defeito velado da noiva, indenização pelos danos causados aos animais, como o exemplo da devastação dos campos e por fim a contribuição do Direito hebraico consagrando literalmente a pena de Talião (STOCO, 1996).

Uma forma primitiva de reparação do dano sofrido, entretanto uma reação espontânea e selvagem talvez, equiparada a justiça feita pelas mãos. A vingança privada outrora uma forma de repressão ao dano, passa atualmente

¹ As definições denotativas dos termos latinos *putare* e *imputatio* estão ligados a comparação à 'conta' como na definição de accountable: "liable (ligabilis, that can be found) to be called to account, orto answer to responsibilities and conduct; answerable, responsible" (RICOEUR, 2008, p.37).

para o domínio jurídico objetivando uma maneira de regulação e reação legalizada (LIMA, 1998).

Uma forma primitiva de reparação do dano sofrido, entretanto uma reação espontânea e selvagem talvez, equiparada a justiça feita pelas mãos. A vingança privada outrora uma forma de repressão ao dano, passa atualmente para o domínio jurídico objetivando uma maneira de regulação e reação legalizada (LIMA, 1998).

Percebe-se quão importante é a alusão ao Direito Romano o qual conhecia as hipóteses da responsabilidade objetiva, um exemplo desse fato é de que no período clássico quem detém a guarda da coisa responde pelo seu perecimento. E a reparação firmava-se sob a existência do nexo de causalidade auferindo a conexão entre a conduta do agente e a lesão. (CATALAN, 2011).

Posteriormente surgem as composições tarifadas e voluntárias, em que a última trata da restituição pelo ofensor à vítima na forma de uma quantia em dinheiro ou por objetos. A primeira composição fica a critério da vítima, mas ambas almejam o ressarcimento do dano sofrido pela vítima. Após a inserção da ideia do ressarcimento à vítima, veio a Lei das XII tábuas em que era fixado ao ofensor o valor da pena que deveria ser paga (LIMA, 1998).

A Lei das XII Tabuas determinava o valor indenizatório e regulador para os casos concretos, porém sem que houvesse, um princípio geral, norteador para a responsabilidade civil. Esse princípio vem com a Lei Aquiliana, nome dado à responsabilidade civil à época. Entretanto ambas referem-se a casos concretos e não uma regra geral como o Direito moderno (LIMA, 1998).

A lei Aquília pode ter introduzido a culpa como um dos elementos formadores da responsabilidade civil há autores que a defendem e outros que ao lado da tese de que o elemento da culpa veio sendo introduzida historicamente aos poucos a medida do surgimento das interpretações. Destarte a introdução do elemento subjetivo da culpa corroborou para a evolução do direito romano substituindo a pena por uma reparação ao dano (LIMA, 1998).

Estes conceitos advindos do Direito Romano como o princípio da responsabilidade aquiliana são formadoras bases do direito moderno no quesito da responsabilidade civil. O movimento iniciado na França desenvolveu

novos parâmetros utilizados pela doutrina influenciando diretamente a jurisprudência não se dedicando apenas a culpa como um elemento único que ensejava a reparação do dano, ventilou-se o risco criado, alargando assim o conceito da culpa. O Código Civil francês por meio do art. 1.382 entalhou a culpa como fundamento da responsabilidade Civil (LIMA, 1998).

A culpa aquiliana (culpa extracontratual) é uma expressão utilizada para a distinção entre a culpa contratual e extracontratual. No Direito brasileiro, a responsabilidade aquiliana se encontra amparado no art. 159 do Código Civil prevendo que a reparação ao dano destina-se a quem por ato omissivo, imprudente, negligente ou voluntário, for capaz de violar o direito de outrem e lhe causar com isso prejuízo deve repará-lo (STOCO, 1996).

O progresso da responsabilidade civil é de ordem social, científica e mecânica. A sede por justiça e o bem estar moral faz com que o dever de reparação seja honrado. Um exemplo é o sobrevivente de acidente, a vítima passiva e inerte ao acontecido, causa no ser humano; dos homens do séc. XX, um mal estar moral, em que algo lhe é devido. São acontecimentos combustíveis para a busca de um equilíbrio jurídico (JOSSERAND, 1941).

Logo que um desastre acontece, precisa-se de um responsável, não são mais aceitos como destino apenas, é visto como um ato inerente ao ser humano. A ideia da velha teoria tradicional da responsabilidade civil fundamenta-se no elemento da culpa, é uma herança do Direito romano repassado de século a século e que resistiu a modificações por movimentos sociais políticos até mesmo revoluções violentas (JOSSERAND, 1941).

O ideário principal recai na capacidade do agente e não mais na justiça de Deus. Nessa dialética pré-histórica conceitual de imputação a justiça soberana de Deus dava-se pelo modo como Deus aceitava o pecador em razão de sua justiça. Para Kant a ideia de imputação consiste na relação entre atribuir uma ação a um indivíduo e a qualificação moral dessa ação. O termo responsabilidade como o firmado no plano jurídico é de origem recente e sem inscrição na tradição filosófica. Ao fim e ao cabo há vários conceitos que extrapolam a seara jurídica, e vão além da evolução moral do indivíduo (RICOEUR, 2008).

A ideia da responsabilidade é o ato de reparar danos, o Código Civil Francês se ancora na culpa para embasar três ideias: é necessário haver um

dano, o conhecimento da norma pelo autor e se havia outra opção de ação para o sujeito ativo. Desta forma a culpa e a punição estão lado a lado, mas atrelada ainda o dever de reparação, essas ideias contemporaneamente são refutadas para abrir um novo horizonte para um direito de responsabilidade sem culpa incorporando os ideais de solidariedade (RICOEUR, 2008).

O termo responsável pressupõe que alguém é responsável pelos seus atos, e por atos de outrem. Mas há que se reparar que a obrigação não saiu de cena, ela tornou-se uma obrigação do cumprimento de deveres. Ela extrapola o domínio da reparação insistentemente, desta forma o termo se impõe à filosofia moral (RICOEUR, 2008).

A ideia de obrigação ganhou relevante importância após a Revolução industrial e o desenvolvimento do capitalismo, pois descreveram meios para a realização das trocas de bens e serviços. O contrato tornar-se um negócio jurídico em que a conjunção das vontades das partes são reproduzidas por meio dele. A concepção de obrigação foi influenciada por doutrinadores alemães, em que se estabeleceu a ideia de obrigação integrada a satisfação. De um lado a obrigação de satisfação pelo devedor e a responsabilidade do credor pelo patrimônio do devedor (PODESTÁ, 2000).

Hodiernamente a posição de destaque é a vítima e não mais o pressuposto autor do dano, de fato que é a vítima quem vai exigir a reparação do dano sofrido, saindo da esfera da culpa. Um dos exemplos significativos da responsabilidade pelo risco foi sobre os acidentes de trabalho nos quais se tornaram obrigatória à realização de seguros preventivos relativa ao risco da atividade do empregador (RICOEUR, 2008).

Saindo da esfera da gestão individual e partindo para o coletivo, aliás, esse binômio é recorrente neste tema, tamanha é sua relevância. O que revela um maior alcance da responsabilidade pelo risco, nos quais a vítima a qual sofreu o dano pode ensejar a reparação mesmo sem a comprovação da culpa (RICOEUR, 2008).

Uma das raízes da teoria da responsabilidade civil tem como princípio fundamental a *neminem laedere*² em que para manter o equilíbrio no convívio

² A terminologia do latim define como a ninguém ofender. Disponível em: http://tradutor.babylon-software.com/latim/portugues/neminem_laedere.

social dos sujeitos é necessário que eles tenham responsabilidade, já que são seres dotados de racionalidade, inteligência, liberdade e autonomia. Equiparar-se-á com um ônus que vida em sociedade.

O fator mais importante da teoria da responsabilidade civil é a preocupação com as vítimas de danos, nos quais o aparato judiciário do Estado lhe ofereça meios de reação em razão do dano sofrido. As ideias de estabelecimento de paz, respeito e tolerância no convívio social são fundantes para o instituto. A proteção da dignidade humana (ofertada pelo Direito) não permite que condutas danosas permaneçam impunes na sociedade (BITTAR, 2014).

A função da responsabilidade civil pode ser pensada por ângulos distintos, podendo ser de caráter punitivo, ou como punitiva e preventiva ao mesmo tempo e como reparadora. Acredita-se que atribuir a primeira função com a finalidade evitar ou desencorajar a práticas de atos ilícitos não seja suficiente para sustentar a ideia de que a responsabilidade civil seria uma sanção ao ato ilícito em analogia ao Direito penal (JORGE, 1999).

A definição do ato ilícito possui varias dificuldades parte-se do ponto que se trata de uma antijuridicidade. A antijuridicidade no sentido amplo define-se por englobar qualquer situação em que haja uma reação jurídica negativa a conduta, algo contrário ao Direito. Outra dificuldade encontra-se no conteúdo da antijuridicidade, se ela deveria ser concebida apenas objetivamente, de uma conduta contrária à norma, independente da verificação da vontade ou não do sujeito (JORGE, 1999).

A ação praticada por ação ou omissão do agente mesmo que seja não intencional a prejudicar outrem, mas que ainda sim causa prejuízo estar-se-á no campo dos atos ilícitos, podendo gerar um dano indenizável. Podendo constituir-se de um único ato ou vários, ou ainda originado de uma conduta ilícita. Na seara do Direito Civil importam saber quais foram às consequências desta conduta, caso haja a existência deste ato ilícito na esfera privada, o objetivo é reparar o dano causado bem como repará-lo patrimonialmente (VENOSA, 2013).

A consequência jurídica do ato ilícito é a obrigação de repará-la. Contudo o ato não poderá ser considerado como ilícito se a responsabilidade for determinada sem culpa. Por mais que tenham havidos progressos desta

teoria, para que haja a responsabilidade é necessário haver a culpa, recomendada pela teoria subjetiva a qual continua ser a regra geral. A obrigação de indenizar vem disposta nos arts. 186 e 927 do Código Civil, bem como as consequências jurídicas pelos arts. 944 a 954 do Código Civil (DINIZ, 2012).

Ou subjetivamente ao admitir que a ilicitude se dê em relação a condutas voluntárias. Portanto o olhar objetivo da conduta analisa, estar ou não, em desconformidade com o direito e em um plano subjetivo analisar a conduta qualificada fazendo um juízo de valor desta conduta (JORGE, 1999).

Da teoria do ato ilícito que origina a responsabilidade civil acrescidos de demais fatos geradores oriundos da sociedade moderna dando origem as responsabilidades: objetiva e subjetiva (BITTAR, 2014). O ato ilícito é sempre algo que esta em desconformidade com o ordenamento jurídico, porém há dificuldades para delimitar basicamente a conduta antijurídica.

Dos elementos formadores da teoria clássica como o ato ou omissão, o dano causado, o nexos de causalidade e a culpa, esse último elemento é o mais preocupante trata-se para alguns doutrinadores como Saleilles o laço entre o dano e o fato. Porém essa referencia não conceitua a culpa no sentido da teoria subjetiva da responsabilidade. O elemento da culpa é a parte integrante do ato ilícito (LIMA, 1998).

Na teoria da responsabilidade há um parecer distinto e objetivo, objetivo porque não contempla a conduta do autor do dano. Não exige a culpa como sendo um elemento que integra a responsabilidade, a teoria do risco. Ao contrário deste posicionamento há a doutrina dos apreciadores da culpa *in concreto* na qual só ocorre a responsabilização se houver a culpa moral. A crítica a essas duas teses é de serem excessivas, e especificamente a culpa *in concreto* não levar em consideração os fatores psicológicos do agente (LIMA, 1998).

Na esfera Cível, a culpa engloba o dolo e a culpa de maneira estrita. Quando a finalidade indenizatória caso seja determinada a culpa do agente, não importa se tenha havido dolo ou culpa, a indenização poderá ser solicitada em ambas as situações. Não há um princípio determinante na fixação da indenização englobando o dolo ou a culpa, menos, ou mais grave. No entanto, não pode se olvidar a previsão do art. 944 do Código Civil de 2002, do qual a

indenização será medida pela extensão do dano, podendo ser reduzida a critério do magistrado quando ocorrer uma desigualdade entre a gravidade da culpa e o dano (VENOSA, 2013).

A imputação de prejuízos pela aplicação da teoria do risco é inerente ao titular de Direito subjetivos, em via de regra os prejuízos são suportados por ele. De qualquer Direito subjetivo podem surgir prejuízos, que em muitas vezes podem estes prejuízos recair sobre outrem. Deste prejuízo nasce o dever de indenizar, neste sentido a indenização na seara dos danos patrimoniais tem como objetivo restituir o patrimônio do lesado (JORGE, 1999).

Importante fazer duas considerações a teoria do risco criado e a teoria do risco integral. A teoria do risco criado, é bem mais ampla e mais benéfica para a vítima, considera que toda e qualquer atividade que venha a expor outrem ao risco, torna aquele que a realiza responsável mesmo em casos que não haja atividade econômica, porém encontram-se excludentes para essa forma. Ao contrário da teoria do risco integral que não admite qualquer excludente, sendo a mais extremada e adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (MORAES, 2006).

Existe uma controvérsia não a qual das teorias do risco, por exemplo, se aplicaria ao art. 927 do Código Civil, mas o que delimita as expressões, "atividade normalmente desenvolvida" e à apresentação do risco "por sua natureza". Deveria ser entendida como uma conduta reiterada, habitual e não em atividades econômicas sazonais, no entanto a justificação da responsabilidade civil pela teoria do risco é extremamente debatida nos Tribunais. Com base no enunciado n. 38, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovido pelo Conselho de Justiça Federal no ano de 2002, foi oferecida uma interpretação mais restritiva à cláusula "atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano" devendo gerar a reparação independente da culpa (MORAES, 2006).

Sobre a imputação dos prejuízos é importante destacar a diferença com relação à inexecução lícita ou ilícita. Caso a inexecução seja lícita, a imputação será abarcada pela teoria do risco, em sendo ilícita devem ser suportados os prejuízos causados pelo lesionante, a esta se chama de responsabilidade civil (JORGE, 1999).

Sendo assim para caracterizar o elemento da culpa é necessário que haja uma vontade consciente, pois bem, há uma contradição nas próprias definições conceituais como se pode verificar. Seria impossível atribuir a culpa a um agente alienado, diante do elemento fundamentado pela teoria clássica. (LIMA, 1998).

As presunções de culpa, advindas da legislação alçaram a vítima a uma situação menos desfavorável do que antes em que não havia a inversão do ônus da prova. Estes aspectos demonstram um alargamento na extensão do conceito da culpa (LIMA, 1998).

Destarte quanto mais ampla a responsabilidade pelo risco maior será a busca pelo responsável o que coloca a ideia da solidariedade afastada, pela razão de que se a esfera do risco é ampla. Proporcionando de um lado mais segurança, de outra banda essa segurança oferece proteção, o que caminha mais para uma reparação do que para os ideais de solidariedade.

O que falar sobre a decisão? A decisão depende de uma série de probabilidades e ocorrências, mas não podem ser esquecidos os fatos ao acaso, e os que não se tem controle, a situação de fatalidade, contrária a responsabilidade assim conforme define Paul Ricoeur a fatalidade pode ser atribuída a ninguém por a responsabilidade deve ser atribuída obrigatoriamente a alguém. É necessário reestruturar a responsabilidade comparando-a como uma paisagem jurídica em tanto a imputação, como a solidariedade e o risco se encontram em seus justos e respectivos lugares (RICOEUR, 2008).

O argumento de que a responsabilidade se reestrutura perpassa pela pelos planos jurídicos em que o autor é responsável por seus atos ou aos atos que deu causa e no plano moral nos quais o indivíduo é responsável por *outrem*. A situação ideal é que o a responsabilidade moral preenchesse as lacunas do plano jurídico da responsabilidade (RICOEUR, 2008).

A doutrina clássica tradicional afirmava que a responsabilidade decorria de ato voluntário de uma atitude contrária à lei, mesmo que fosse realizada por negligência, imperícia ou imprudência. Para tanto, os pressupostos tradicionais do dever de indenizar eram construídos com base na premissa do Código de 1.916 que exigia uma conduta dolosa ou culposa que contrariasse o ordenamento jurídico (ALTHEIM, 2012).

Somente a partir do começo do século XX é que se passou a contemplar o direito independente de culpa em casos específicos expressos na lei. São pressupostos tradicionais da responsabilidade civil: o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade (ALTHEIM, 2012).

Busca-se na responsabilidade civil a reparação para tais danos sofridos, ratificando o ensaio da teoria da responsabilidade civil estudar situações de imposição a alguém o dever jurídico de responder pelas consequências sofridas pela vítima por um fato danoso (ALTHEIN, 2008).

Historicamente o supedâneo da responsabilidade civil na legislação brasileira dava-se em três pilares – a culpa, o dano e o nexo causal –, onde era necessária a prova da culpa e do nexo causal para a obtenção de um *quantum* indenizatório. A isso era dado o nome de filtro da responsabilidade civil, pois evitava a chegada ao sistema judiciário de casos que não contemplassem esses elementos. Hodiernamente, infere-se o surgimento da erosão desses filtros devido à perda da importância da culpa e do nexo causal (SCHREIBER, 2009).

A palavra culpa denota vários conceitos. Uma das formas encontradas para expressar aqui sua definição é ancorada em três bases – negligência, imprudência e imperícia – revestidas pelos caracteres moral e psicológico. A responsabilidade civil vem por meio da teoria objetiva, consagrada em dois casos: quando houver lei que assim o definir e quando houver atividade de risco. Não há especificação nem delimitação sobre as atividades de risco. Entretanto o agente deve responder pelos riscos derivados, a responsabilidade objetiva ganhou novos adeptos encerrando esse império exclusivo da culpa, outrora conhecido por ‘tripla liberação’ (SCHREIBER, 2009).

A construção da responsabilidade civil fazia e ainda faz parte da maioria dos manuais com a necessária presença de seus três pilares: o dano, o nexo causal e a culpa. A exigência rigorosa, principalmente, das provas da culpa e do nexo causal por parte dos tribunais tornava quase impossível o alcance indenizatório. As inovações industriais e tecnológicas trouxeram à tona a quase impossibilidade da prova da culpa, resultando no reconhecimento de um grande número de danos a que não seria atribuído ressarcimento em razão dessa dificuldade.

Como solução momentânea, emergiu a presunção da culpa, o que não redundou em resultados satisfatórios, em razão de presunções absolutas interpretadas pelos tribunais, reforçando a ideia da erosão do filtro da culpa na responsabilidade civil. Uma das mais profundas controvérsias se dava sobre a determinação do fundamento embasador da responsabilidade Civil. A questão foi distribuída em duas teorias: a doutrina objetiva, focada na teoria do risco ou da responsabilidade sem culpa; e a doutrina subjetiva ou teoria da culpa (PEREIRA, 2000).

A invenção da responsabilidade sem culpa veio como inspiração do Direito Romano consolidado pelo direito canônico influenciado diretamente pelo Código de Napoleão. No Direito brasileiro o Código Civil de 1916 alicerçou o instituto da responsabilidade civil pela prática do ato ilícito, ou seja, na forma de cláusula geral em que o elemento principal era a culpa *lato sensu*. Desta forma para que surgisse o dever de indenizar a vítima necessariamente deveria estar presente a culpa por parte do agente ofensor. Correspondendo a uma ideia de sanção ao ato ilícito (MORAES, 2006).

Os pressupostos tradicionais da responsabilidade subjetiva são culpa, dano e nexa causal, apesar da existência destes elementos desde o Código de Napoleão pelo art. 1382, que então influenciou na elaboração do Código Civil de 1916, refletindo esses mesmos elementos trazidos para o Código Civil de 1916 (SCHREIBER, 2015).

A responsabilidade subjetiva depende que haja culpa do agente ofensor, quando se avista a culpa como caracterizadora do dever de indenização. O Direito brasileiro enfeitou as distinções entre delitos e quase delitos do Código francês. Para o Direito brasileiro, ambos os atos, originados com dolo ou culpa geram o dever de indenizar a vítima, medindo a o dano e não a intensidade da conduta causadora do dano, pelo agente (VENOSA 2013).

O Código de 1916 não levava em consideração a intensidade da culpa do agente ofensor, eram distinguidas apenas as culpas grave, leve e levíssima. Nas quais a culpa no grau grave era atribuída às ações decorrentes de imprudência ou negligência, ficando muito próxima ao dolo. No grau leve de culpa era direcionada a conduta de um ser humano comum no quesito de atenção, mas não de um ser humano cuidadoso (VENOSA, 2013).

No grau levíssimo a culpa relacionava-se com a conduta de uma pessoa de atenção, porém para que fosse evitado o dano precisaria que fosse um ser humano extremamente cuidadoso, mesmo assim gerando o dever de indenização. Esta distinção é totalmente irrelevante para a doutrina tradicional visto que no Código de 1916 o elemento nuclear da responsabilidade civil fundava-se no prejuízo e não no grau da culpa (VENOSA, 2013).

Atualmente a doutrina contemporânea baseada na doutrina francesa atual, admite como o exemplo do dano moral, que a indenização tenha um sentido mais amplo, com finalidade social, punitiva não tendo apenas um caráter de reparação do dano, quando lhe é imposto um pagamento pelo ofensor. No entanto alinha-se em acordo com o art. 944, caput do Código Civil a regra geral da medida aplicada será atribuída pela extensão do dano (VENOSA, 2013).

Alguns critérios para distinguir a culpa é o da culpa in concreto e da culpa in abstrato. Em que na primeira investiga-se a conduta do agente, e na culpa in abstrato, a responsabilidade pressupõe como padrão o homem médio da sociedade. No ordenamento brasileiro adota-se a culpa in concreto. Citando outras modalidades como a culpa in *eligendo* pela escolha do representante, como o exemplo a entrega da direção do carro para pessoa não habilitada (VENOSA, 2013).

A culpa *in vigilando* decorre da ausência de fiscalização necessária sobre outrem como exemplo, os atos do preposto são suportados pelo empregador, ou no caso do proprietário de veículo automotor que não mantém a manutenção do veículo em dia, comprometendo a segurança de outrem (VENOSA, 2013).

Dentro da responsabilidade civil baseada no elemento da culpa devem haver a prova dos elementos constitutivos deste ato ilícito para que haja a reparação do dano. A tendência jurisprudencial de alargamento do conceito da culpa possibilita um leque maior na busca de reparação de danos. Foi criada a culpa presumida, chegando-se a da teoria da responsabilidade objetiva que escapa ao elemento da culpabilidade, esse por sua vez elemento central da responsabilidade subjetiva (VENOSA, 2013).

Como eram deixadas muitas demandas com danos sem reparação, passou-se a ter a ideia de quão importantes são a causalidade e a reparação

do dano já que a ideia de culpa se tornava insuficiente por vezes. Essa teoria alimenta melhor a finalidade da justiça social, entretanto não pode ser aplicado deliberadamente. Contudo já tem a previsão legislativa da responsabilidade objetiva, aplicação da teoria do risco, na qual cada um deve suportar os riscos da atividade na qual se dedica, e em casos que hajam danos devendo ser reparados (VENOSA, 2013).

Apesar da previsão pelo art. 159 do Código Civil de 1916, em que a ação ou omissão ainda que voluntária, violando o direito ou causando prejuízo a outrem fica obrigado à reparação do dano. Entretanto se faz necessário comentar que mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916, já estava suscitada a responsabilidade civil sem o elemento da culpa. No art. 1529 era trazida essa previsão vislumbrando as situações como a queda de objetos de edifícios (SCHREIBER, 2015).

Novamente a doutrina permanece inerte diante da necessidade da demonstração do caráter culposos da conduta do ofensor, e na demonstração do nexo causal entre a conduta culposa do ofensor e o dano originado, assim denominados como filtros da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2015).

Essa deterioração lenta dos filtros se dá na perda da importância por provar a culpa e o nexo de causalidade. Essa degradação dos elementos tradicionais baseia-se na sociedade moderna focada em reparar os danos sofridos, demonstrando ser mais efetivo para a proteção da dignidade humana da solidariedade entre outros princípios fundamentais (SCHREIBER, 2015).

Afastadas as presunções de culpa, um novo supedâneo para a responsabilidade civil vai surgindo, a responsabilidade objetiva, ancorada na teoria do risco, e independente da culpa do indivíduo. Ocorreram diversas alterações relacionadas ao entendimento da culpa, pois, atualmente, a sua prova está em erosão como filtro da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2015).

São temerários, porém, os aspectos positivos dessa mutação, quanto a uma enxurrada de danos ressarcíveis devido à evolução da sociedade. Uma vez que ela se encontra separada da preocupação moral e promovendo a transferência da atenção para a prova do nexo causal. Contudo lembrando que por mais que emergjam uma enormidade de demandas cabe a discricionariedade judicial identificar estes danos ressarcíveis. As alterações na

técnica legislativa apenas tonificam a necessidade de parâmetros mais seguros junto à atuação judiciária nesta identificação (SCHREIBER, 2015).

Em suma caso de surjam novos danos considerados como ressarcíveis, ou novos interesses os quais sejam merecedores de proteção, passa-se a reconhecer a existência de um novo dano bem como uma nova excludente de ilicitude, causando a ampliação da área dos danos ressarcíveis e das excludentes de ilicitudes (SCHREIBER, 2015).

Portanto revelando uma nova faceta ao dano, proporcionando o funcionamento deste como cláusula geral. Permitindo que o Poder Judiciário ao se deparar com cada caso concreto verificar se este é digno de proteção, não apenas de forma abstrata (SCHREIBER, 2015).

A teoria da culpa não conseguia resolver satisfatoriamente as demandas devido à insegurança em que a vítima permanecia. Devido a pouca probabilidade em conseguir provar a culpa do agente tornando incapaz de responder com justiça e equidade. Assim a teoria do risco vem para equilibrar as condições entre vítima e ofensor, aproximando assim a vítima para condições iguais as do ofensor. Entrelaçados entre os princípios da igualdade, da solidariedade humana, o desenvolvendo uma consciência de responsabilidade é que esta ancorada a teoria do risco (LIMA, 1998).

Importa determinar no sistema objetivo da responsabilidade civil responde-se mesmo sem culpa. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima precisa demonstrar que existem elementos fundamentais para sua pretensão. Destacando o comportamento culposo do ofensor. Na culpa presumida, ocorre apenas e somente uma inversão do *onus probandi* (STOCO, 1996).

Desta forma em determinadas circunstâncias presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para resguardar-se do dever de indenizar a vítima. Este foi um modo encontrado para afirmar a responsabilidade civil, sem que houvesse a necessidade de provar à vítima a conduta culposa do ofensor, isto sem repelir o elemento subjetivo da teoria clássica (STOCO, 1996).

A teoria do risco não prega a o anti-individualismo, mas sim visa proteger a coletividade, esta se falando de danos oriundos de atividades realizadas pelo ser humano. A análise do nexos causal por parte dos tribunais

não foi tratada com o mesmo rigor dado a culpa. Direcionando para o deslocamento da preocupação com o resultado obtido mais do que com o caminho percorrido no emprego de seus julgamentos, a erosão da culpa e do nexo causal como filtros para a reparação empurram para o dano o elemento essencial da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2015).

Admite-se que a teoria do risco não chegou a substituir a teoria da culpa nos sistemas jurídicos de maior expressão e nem poderia ter sido de outra forma. Porém encontram-se na legislação brasileira hipóteses de responsabilização do ofensor segundo a teoria da culpa fundamentada na teoria objetiva (STOCO, 1996).

Seria mais proveitosa se pudesse ter-se a convivência das duas teorias, em que na teoria da culpa exteriorizaria a noção básica e o princípio geral da responsabilidade, aplicando-se a doutrina da teoria do risco nos casos previstos. Ou quando a lesão proviesse de uma situação criada por quem explorasse profissão ou atividade que pudesse expor a vítima ao risco do dano sofrido (STOCO, 1996).

Busca-se, então, compreender com os filtros que esse deslocamento da importância para o resultado do agente causador, em detrimento da causa, encerra o reinado da culpa como objetivo na teoria clássica da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2015).

3.2 Novos pressupostos teóricos da teoria da responsabilidade civil

O instituto contemporâneo da responsabilidade civil tem sido caracterizado por muitas incertezas causadas por inúmeros entendimentos e interpretações, como, por exemplo, soluções diferentes para casos semelhantes. Para tanto, a jurisprudência e a doutrina compara-se a uma babel de idiomas em que não se consegue chegar às respostas por estarem em desacordo com as perguntas. (SCHREIBER, 2015).

Devido a essa instabilidade, surgem muitas demandas perseguindo indenizações. Com a inserção das inovações tecnológicas, o potencial danoso elevou-se em razão da velocidade com que as informações são veiculadas, da disposição de novos mecanismos tecnológicos, da comunicação de muitas pessoas umas com as outras sem que existam barreiras físicas. A recente evolução das demandas judiciais ratifica a decadência dos ensinamentos, os quais previam que não haveria dever de reparar sem que fossem demonstradas as provas de culpa, donexo causal e do dano sofrido (SCHREIBER, 2015).

O primeiro elemento, a culpa, visto antes como um dos fundamentos principais da responsabilidade, e não, propriamente, como seu componente, era de difícil alcance pelo autor da demanda e hoje vem descartado. Independentemente se a culpa é presumida ou auferida atualmente é detém um papel de menor importância, entretanto já foi a estrela central da responsabilidade civil. Acreditava-se que o nexode causalidade adquiriria prestígio e que os juízes lhe dariam tanta importância e notoriedade quanto à culpa, o que não ocorreu, visto que sua preferência dava-se em analisar o caso concreto (SCHREIBER, 2015).

Após o afastamento da culpa e a dispersão do nexocausal, apenas resta o dano. Os danos são interpretados como entes abstratos em que seja necessária sua ligação com uma norma que possa comportá-los, visando tutelar o direito da vítima (SCHREIBER, 2015).

Em alguns casos ocorre a inversão de provar a culpa, mas ela não é excluída em razão disso, pelo contrário, se reafirma sua qualidade de elemento para a responsabilização. Na doutrina objetiva, dentro das novas teorias da responsabilidade civil não se exige que a responsabilidade civil seja a

resultante dos elementos tradicionais como a prova da culpa, o dano, o nexo de causalidade entre ambos (STOCO, 1996).

Ancora-se entre o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar a imputabilidade ou sequer investigar a antijuridicidade do fato, o importante na garantia do ressarcimento é verificar se ocorreu o dano e se dele emanou prejuízo. Em caso positivo, o autor do fato causador do dano é considerado como o responsável (STOCO, 1996).

Por conseguinte, ao se depararem com danos morais ressarcíveis, as cortes verificam os critérios da prova, como a humilhação, a vexação, o sofrimento a que a vítima foi exposta. Porém o critério de proteção à vítima tem gerado uma indústria do dano moral, causando uma onda de reparações indiscriminadas, diferente das que são aplicadas ao dano patrimonial sofrido, no qual o menor prejuízo necessita de reparação (SCHREIBER, 2015).

Nos danos morais, não pode ser considerado para critério de indenizar o mero dissabor. Com o intuito de proteção à vítima de danos, o Direito não mais se interessa por quem causou o dano, mas centra-se em quem poderá suportá-lo. E isso não acontece por despreparo dos magistrados, mas sim, pela evolução constante de clamar pela solidariedade, exigindo-se que o reconhecimento dos danos se torne um efeito colateral da sociedade (SCHREIBER, 2015).

Os pressupostos da responsabilidade civil, como se viu, situam-se na culpa, no dano e no nexo causal. Cabe destacar que os pressupostos assimilados são os elementos que precisam estar na situação fática para que nasça o dever da reparação (ALTHEIM, 2012). As provas da culpa e do nexo causal foram chamadas de filtros da responsabilidade civil ou filtros de reparação por serem responsáveis por selecionar as demandas que objetivam o ressarcimento que é julgado (SCHREIBER, 2015).

A partir do momento em se refutassem os filtros, o Poder Judiciário deveria acolher todos os pedidos de ressarcimento, causando quase um colapso na instituição. Tal cenário é responsável pela erosão desses filtros tradicionais, provocando o esgotamento da importância da prova da culpa e do nexo causal como filtros para as ações de reparação de danos (SCHREIBER, 2015).

A prova da culpa era quase inatingível, razão por que também foi chamada de prova diabólica. Muitas vezes, seria praticamente impossível a demonstração de culpa por parte da vítima, como, por exemplo, em um acidente de trabalho no interior de uma fábrica (SCHREIBER, 2015).

Nesse caso, há diversos fatores que poderiam influenciar o acidente, como o desconhecimento dos mecanismos de funcionamento da máquina, a vulnerabilidade no momento do acidente, bem como poderiam ser encontrados subsídios capazes de demonstrar culpa por parte do empregador. O risco iminente do trabalho realizado em máquinas aliado a fatores cotidianos torna inviáveis as provas da culpa do empregador nesses casos (SCHREIBER, 2015).

O exemplo dos acidentes de trabalho ocorridos durante a Revolução Industrial, que aconteciam em decorrência de falhas, distração de operadores no momento, lembrando-se da condição humana dos trabalhadores, muito bem pode esclarecer a imagem do funcionamento do elemento culpa. Uma forma de superar a barreira da demonstração da culpa pela vítima abriu espaço para que fosse facilitado o acesso da vítima à reparação (SCHREIBER, 2015).

A partir desses episódios, passou a ocorrer a transferência da responsabilização aquiliana para a responsabilização contratual; a culpa negativa; a presunção da culpa; a teoria do risco, entre outras. Nenhuma, porém, alcançou o efeito da teoria do risco para a prova da culpa. O aceite da teoria do risco influencia a discussões mais sofisticadas incluindo a teoria risco-proveito, risco-criado, risco de empresa, risco integral e a teoria do risco mitigado, todas canalizadas para o propósito de uma responsabilidade independente de culpa (SCHREIBER, 2015).

A fundamentação da responsabilidade objetiva na teoria do risco é questionável nos dias atuais, a exemplo disso, o dano em que a vítima é atingida por objeto que cai de dentro de apartamento, por mais que esteja preso ou seguro por qualquer aparato interno, não oferece um risco social (SCHREIBER, 2015).

Infere-se que a responsabilidade objetiva perde seu fundamento exclusivo do risco para motivar decisões. Em casos como o do exemplo citado acima, torna-se impossível à vinculação entre o dever de indenizar e o agente causador do dano. Alterou-se, portanto, o ângulo de visão do Direito para

responsabilidade objetiva, que não mais se fundamenta no discurso do risco, mas em uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator subjetivo (SCHREIBER, 2015). Destacando-se que a morte da culpa vem na contramão da ascensão do dano. E que o direito da responsabilidade civil caminha para tornar-se uma indenização de danos (HOFMEISTER, 2002).

A convicção firmada de que a culpa cedeu espaço para o risco, e de que em muitas hipóteses ocorra a responsabilidade sem culpa. Necessita-se demonstrar que o fundamento da responsabilidade civil não se dá apenas na teoria da culpa ou na teoria da responsabilidade sem culpa, mas nas múltiplas aplicações da responsabilidade civil (LIMA, 1999).

Aumentou o número de demandas jurídicas disciplinadas pela responsabilidade objetiva caracterizando a dualidade entre a culpa e o risco. Uma vez introduzida no ordenamento jurídico a responsabilidade objetiva exige três pressupostos os quais são a atividade que deflagrou o dano, o próprio dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano (TEPEDINO, 1999).

A teoria objetiva da responsabilidade civil, partindo do elemento real e incontestável fornecida ao magistrado, ou seja, a insegurança da vítima e a desigualdade material entre os que criam os riscos e os que suportam os efeitos destes riscos criados. Foi na segurança jurídica a corda que se encontrou como meio de segurança jurídica. Sendo responsabilizado o ser humano pelo fato que for originado pelo exercício de sua atividade (LIMA, 1999).

Materializada essa noção de responsabilidade, porém sem procurar um elemento moral subjetivo o qual é à base da teoria subjetivista, não refuta os princípios elevados moralmente dentro de um sistema mais solidarista. Que não vê os indivíduos de maneira isolada, mas sim como um organismo em que todos os membros sejam solidários (LIMA, 1999).

Para rebuscar a exceção à aplicação do risco integral deve se admitir três premissas às causas de exclusão da responsabilidade como um elemento desconstitutivo do nexo causal bem como a solução dos conflitos atendendo ao princípio da justiça social e da solidariedade social (TEPEDINO, 1999).

Para satisfazer as injustiças geradas pela necessidade da prova da culpa, a presunção da culpa representou uma proposta de solução intermediária, atuando entre os extremos de negar a teoria do risco como

fundamento da responsabilidade objetiva e de provar a culpa por parte da vítima. Destarte, a presunção relativa passou a absoluta no cotidiano dos tribunais de modo que o magistrado já presumia definitivamente a culpa por parte do ofensor dispensando para a finalidade de responsabilização (SCHREIBER, 2015).

O reconhecimento da insuficiência dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil para propor soluções às demandas judiciais, em recentes decisões, deixa de contemplar, pelo menos, um de seus três pressupostos. Dessa forma as posições doutrinárias trazem novos elementos a partir da legislação existente como fonte de solução para os casos fáticos. Com essa inserção de novos elementos torna o instituto da responsabilidade civil mais dinâmico e flexível, proporcionando um maior número de ferramentas para que os operadores do Direito analisem os casos envolvendo a reparação de danos (ALTHEIM, 2012).

A relação tradicional da responsabilidade civil com o princípio de que dano injusto deveria ser reparado, o dano contrário ao ordenamento jurídico. O Código Civil brasileiro por meio do art. 159 trouxe como regra geral a responsabilidade subjetiva, em que pudessem ser reclamadas reparações aos danos injustos sofridos por atos culposos. Coube a jurisprudência o alargamento da responsabilidade subjetiva que englobasse a presunção da culpa, em determinados casos (TEPEDINO, 1999).

Uma apelação Cível julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação de reparação de danos morais, manteve a condenação do apelante. Foi avaliado na decisão o dano injusto sofrido pelo apelado e a configuração do ato ilícito na forma de abuso de direito sob a base do art. 187 do Código civil (Apelação Cível. decisão monocrática. Responsabilidade civil. Ação de reparação de danos morais. Cobrança vexatória de dívida no local de trabalho. constrangimento indevido. Abuso de direito. art. 187 do código civil. Ato ilícito configurado. Dano injusto. Reparação por danos morais devida. Arbitramento do “quantum” indenizatório. valor mantido, (Nº CNJ: 0416146-85.2016.8.21.7000).

Outra apelação cível julgada pela nona câmara de Porto Alegre³ reconhecendo o dever de indenizar e majorando o valor indenizatório o elemento utilizado neste acórdão foi levado em conta à gravidade e a extensão do dano causado. A exposição de fotos íntimas nas redes de internet que toma proporções enormes e repercute na vida social, econômica e íntima das vítimas. O julgador inferiu que a majoração se devia desestimular condutas semelhantes.

Entretanto não há uma unanimidade a respeito dos novos elementos entre os autores contemporâneos, porém as diferenças inferidas são muito mais terminológicas do que reais (FERREYRA, 2001).

Com o declínio dos pressupostos tradicionais, eis que surgem novos requisitos para o dever de indenizar, adotando uma postura tópico-indutiva pelo operador do Direito. Destarte, busca-se a solução para o caso concreto, levando-se em consideração as particularidades inerentes a cada situação (ALTHEIM, 2012).

Extraíndo-se os pressupostos contemporâneos da doutrina, têm-se como novos elementos a antijuricidade, o dano injusto, o nexo de imputação (ou fator de atribuição) e o nexo de causalidade. O autor ainda complementa dizendo que, com relação à antijuricidade, esse componente poderá estar inserido dentro do dano injusto e/ou do nexo de imputação. Porém, se apenas um dos elementos estiver presente, ele não será capaz de gerar a responsabilidade civil, sendo necessária a presença dos demais itens (ALTHEIM, 2012).

A antijuridicidade como elemento componente dos novos pressupostos da responsabilidade civil surge tanto em atos lícitos como em ilícitos, nos quais a diversidade se debruça sobre a oposição ao ordenamento jurídico. Entretanto

³APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA À HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. POSTAGEM DE FOTOGRAFIA DA AUTORA EM PRÁTICA SEXUAL EM SITE DE RELACIONAMENTOS NA INTERNET, COM COMENTÁRIOS DEPRECIATIVOS. MATERIAL COM CUNHO VEXATÓRIO. VEICULAÇÃO APÓS O ROMPIMENTO DO CONVÍVIO CONJUGAL. EXPOSIÇÃO INDEVIDA. ATO ILÍCITO. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO OFENSOR, QUE AGIU COM PROPÓSITO DE VINGANÇA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL "IN RE IPSA". ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO DO MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA. CONDIÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA PRESUMIVELMENTE PRECÁRIA DO OFENSOR.

deixa ser essencial o dever que foi infringido, pois a antijuridicidade está atrelada a lesão dos seus interesses, o ponto fundamental então se centraliza no dano e não na conduta (PEREIRA, 2007).

Na seara da responsabilidade civil, é necessário evitar a confusão entre atos ilícitos e atos antijurídicos (ALTHEIM, 2012). Verificado um determinado dano, é preciso saber se ele é antijurídico pela conduta estar em desacordo com o ordenamento jurídico, em sendo não necessita entrar sob a ótica analítica de dados psicológicos no comportamento do lesante (PEREIRA, 2007).

A verdadeira ilicitude tem suas bases em dois elementos – a antijuridicidade e a culpabilidade – nos quais os atos antijurídicos refletem a contrariedade da norma jurídica, que ainda é muito mais ampla do que a ilicitude. Os atos ilícitos são definidos por todas as ações ofensivas aos direitos alheios ou proibidos pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa a título de culpa ou dolo (ALTHEIM, 2012).

Dessa forma, para que o dano seja reparado, é necessário que esteja em desacordo com o ordenamento jurídico. A antijuridicidade se dá no mesmo momento em que ocorre o dano, em uma visão contemporânea, haja vista que, antes disso, apenas a contrariedade ao ordenamento jurídico não era capaz de gerar a responsabilidade (ALTHEIM, 2012).

Dano injusto é a lesão do bem protegido que atinja a dignidade da pessoa humana ou seu patrimônio, conforme a prática jurisprudencial já utiliza⁴. O dano é considerado como injusto pela conduta do agente ofensor estar contrária a previsão do ordenamento jurídico.

⁴Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESFAZIMENTO DE SOCIEDADE CONJUGAL DE FATO. AUTORA VÍTIMA DE AMEAÇA DE MORTE E EXPOSTA PELO EX-COMPANHEIRO A DIVERSOS CONSTRANGIMENTOS EM SEU LOCAL DE TRABALHO, UMA SALÃO DE BELEZA. REDUÇÃO E PERDA DE CLIENTELA E FECHAMENTO DO ESTABELECIMENTO. CONDENAÇÃO DO RÉU NA SEARA CRIMINAL PELO DELITO DE AMEAÇA DE MORTE, CAPITULADO NO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 935 DO CC. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. ANTIJURIDICIDADE E REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO RÉU COMPROVADAS. DANO INJUSTO. DEVER DE REPARAR NA SEARA CÍVEL. Cuidando-se de responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana, somente haverá o dever de indenizar se evidenciada a presença conjunta dos elementos caracterizadores do ato ilícito (art. 186 do CC). Hipótese em que o réu, após finda sociedade conjugal de fato mantida com a autora, passou a ameaçá-la e causar-lhe graves constrangimentos no local de trabalho, com perda de clientela e fechamento do negócio. .

Em que pese à qualificação do dano injusto não se apega a verificar os aspectos subjetivos da conduta lesionante, essa depende da ponderação contraposta dos interesses entre as partes (lesionante e da vítima). O nexo de imputação, ou fator de imputação, responde a quem é imposto o dever da indenização e o porquê, ou seja, trata-se do fundamento para imputar o dever de indenizar ao agente, porém também abrange o dano (ALTHEIM, 2012).

O nexo de causalidade na teoria clássica da responsabilidade civil exigia uma ligação entre a conduta do agente o qual tenha o dever de indenizar e o dano que a vítima tenha sofrido (ALTHEIM, 2012). A relação entre a conduta do agente e o dano sofrido exige limitações, para que não haja uma responsabilidade civil muito ampla (SCHREIBER, 2015).

Assim, o dever de indenizar surge a partir do comportamento do agente causador do dano. Sendo esse um elemento da teoria da responsabilidade civil, dessa maneira, A premissa inicial é de que os elementos são mutáveis da teoria da responsabilidade civil. Pois variam de acordo com o tempo e o local, acompanhando as novas demandas: o que é considerado um dano hoje, pode não ter a mesma característica em um tempo divergente, tanto quanto o que se considera dano em um país pode não ser considerado em outro (ALTHEIN, 2008).

A função central da responsabilidade civil deverá ser a reparação dos danos sofridos, partindo da indenização ao lesado, promovendo a divisão da responsabilidade pela sociedade e construindo a “*responsabilidade social*”

REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. CABELEIREIRA E MASSAGISTA. PROFISSIONAL AUTÔNOMA. CESSAÇÃO DA ATIVIDADE. LUCROS CESSANTES. MONTANTE INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA SENTENÇA COM RAZOABILIDADE, CONSIDERADO UM PERÍODO DE SEIS MESES. ART. 402 DO CC. Em decorrência dos atos danosos praticados pelo réu, houve cessação das atividades profissionais que a autora mantinha como autônoma. Fechamento do negócio próprio de salão de beleza e centro de estética. Presumível a perda de rendimentos que compunham o seu ganha pão. O montante estabelecido na sentença a título de reparação por danos materiais (lucros cessantes) deve ser mantido, pois arbitrado com razoabilidade, como prevê o art. 402 do Código Civil. DANO MORAL "IN RE IPSA". Evidenciada a prática de ofensas pessoais grave constrangimento e ameaças perpetradas pelo réu contra a autora na presença de outras pessoas, daí resulta o dever de indenizar. "Dano moral in re ipsa", dispensando a prova do efetivo prejuízo sofrido pela vítima em face do evento danoso. ARBITRAMENTO DO "QUANTUM" INDENIZATÓRIO. VALOR REDUZIDO. COMPATIBILIZAÇÃO COM A CONDIÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DOS LITIGANTES. Montante da indenização reduzido em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto APELOPARCIALMENTE PROVIDO.

(SCHREIBER, 2009). Verificando a prática jurisprudencial pesquisando pelo termo “responsabilidade solidária” e “responsabilidade social”, encontraram-se seis⁵ julgados pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2016.

⁵PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 124 E 174 CTN. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 7 DO STJ.1. Os Embargos de Declaração merecem prosperar, uma vez que presentes um dos vícios listados no art. 535 do CPC. Na hipótese dos autos, o acórdão embargado não analisou a tese apresentada pela ora embargante. Dessa forma, presente o vício da omissão. 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem assentou que: não merece reproche a conclusão do juízo a quo no que tange à responsabilização solidária de pessoas físicas (por meio da desconsideração da personalidade jurídica).

3.3 Da responsabilidade civil para a responsabilidade solidária

O maior desafio para a sociedade contemporânea é educacional a fim de evitar danos sociais, fazendo uso dessa ampla liberdade sem qualquer responsabilidade. A procura do Poder Judiciário tem sido um caminho como um substituto à política, ou a falta de políticas públicas com este viés. Como o Poder Judiciário não pode deixar de responder as demandas, e se, não há soluções disponíveis por meios políticos, o Poder Judiciário tem sido um caminho bastante requisitado para a regulação de interesses (GARAPON, 1996).

O juiz não pode ser visto aqui como um reabilitador de instância política, mas como garantidor do cumprimento do Direito. A justiça não pode se recusar a julgar, ela precisa julgar com as informações que estão disponíveis a ela, tendo essa obrigação (GARAPON, 1996).

Porém se houverem outros meios para a resolução de conflitos certamente haverá menos demandas não só para a reparação civil. Essa ideia mais solidária para a responsabilidade civil é uma das alternativas de acompanhar a sociedade contemporânea. Certamente seria muito mais fácil e simples renunciar-se a julgar devido às dificuldades que uma situação possa apresentar, porém a justiça precisa tomar uma decisão (GARAPON, 1996).

A velha estrutura individualizada da responsabilidade civil acaba por si só a se tornar uma situação injusta, uma vez que se compromete muito mais com a satisfação da vítima do que com a conduta originária do dano. Apresenta-se, dessa maneira, o deslocamento da responsabilidade para a solidariedade (SCHREIBER, 2009).

Percebe-se a solidariedade social como integrante do Direito contemporâneo, no qual o princípio da solidariedade social influenciou a responsabilidade civil, extraindo-a da sua histórica base individualista. Ocorrendo uma conscientização sobre o foco da responsabilidade civil, que se ancora na solidariedade social para a reparação de danos, e não, objetivando a repressão de condutas negligentes (SCHREIBER, 2009).

Essa interpretação leva ao entendimento de que há solidariedade tanto na causa como na culpa, sendo, portanto, necessário haver solidariedade, também, na reparação do dano. Onde há a transferência do foco para o dano,

dando-se importância menor à culpa e ao nexo causal, retrai-se a imputabilidade moral para uma reparação eficaz aos danos causados. As provas da culpa e do nexo causal possuem visíveis erosões em seus papéis na responsabilidade civil, e, embasados na necessidade de asseverar a reparação dos danos sofridos às vítimas, os tribunais têm-se mostrado sensíveis à questão (SCHREIBER, 2009).

A jurisprudência demonstra a eliminação ou a transferência do peso da culpa e do nexo causal, com a finalidade de garantir indenização ao ofendido. Embora seja evidente que não foram canceladas ou excluídas a importância da culpa e a do nexo causal das bases da responsabilidade civil, ocorrendo apenas seu deslocamento para o dano. Nota-se, portanto, a existência de crescente conscientização sobre o fato de que a responsabilização não se dá pela causa, e sim, pelo resultado, ou seja, a relevância dada é ao dano causado, não à conduta do agente (SCHREIBER, 2009).

Conforme julgamento em ação de obrigação de fazer cumulada com responsabilidade civil por parte do provedor de acesso, para que fosse fornecido o localizador (URL) da página ou de recurso disponível nas redes de internet. Foi fixado entendimento de que não poderiam responder objetivamente a inserção de informações ilegais por terceiros. Não há como obrigar ao exercício de um controle das informações dispostas nos sítios de pesquisa pelos internautas. Sob a análise da responsabilidade pelos respectivos danos foram avaliados os quesitos de requisitos mínimos para conseguir serem identificados os usuários das redes.

Em relação à análise da responsabilidade civil, o provedor de acesso é considerado como solidário com quem efetivamente gerou o dano, se, quando chegar ao seu conhecimento a ocorrência do dano e nada foi feito em relação ao fato como por exemplo a remoção de conteúdo ofensivo. Foram analisados o dano e a conduta do ofensor como pressupostos da responsabilidade civil.

A evolução das teorias da responsabilidade civil demonstra que o Direito estaria preocupado com o dano, e em havendo um dano injusto caberia reparação. Em resumo se antes se dizia que não poderia haver responsabilidade se não houve o elemento da culpa, hoje a culpa foi substituída pelo dano injusto (ALTHEIN, 2008).

Estas mudanças evolutivas conceituais de responsabilidade continuam caracterizando o Estado como interventor preocupado com a justiça social. Já se desenhando outro modelo distinto de Estado no Brasil e em outros países, trata-se de um Estado subsidiário (um Estado que busca parcerias com a iniciativa privada), e que passa a mudar sua forma de atuação, em vez de agir coercitivamente, ele emprega técnicas de administração consensual (SARMENTO, 2004).

Ocorre o problema de que antes no Estado Social o público avançava sobre o privado agora se inverte. Em uma sociedade como a brasileira com baixo nível de mobilização política o Estado se instrumentaliza em prol de Direito privados das elites, temendo que o Estado se torne muito flexível para uns e que continue duro com outros se teme que estas “novidades” do Direito no Estado pós-social. Este retraimento do Estado expandindo a atuação da iniciativa privada enseja uma multiplicação de esferas providas de cobertura dos direitos humanos, desprotegeria o cidadão diante do poder social (SARMENTO, 2004).

A crise do Estado do bem-estar e o agravamento da crise econômica só fortalece o poder social de alguns atores privados, observando a incapacidade do Estado de garantir Direitos básicos à população carente, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais de 2ª geração parece uma boa saída. Recuperando a noção de solidariedade e revestindo-a de juridicidade. Assim poderes econômicos privados têm não apenas o dever moral de garantir certas prestações sociais, mas em alguns casos a obrigação de fazê-lo (SARMENTO, 2004).

A solidariedade se insere no contexto da sociedade contemporânea como uma ligação entre o indivíduo e o coletivo. Porém é necessário situá-la no contexto histórico, no lado ocidental não se trata de um pensamento novo, e possui duas vertentes uma estoicista e o cristianismo primitivo. Na Europa com a Revolução Francesa foram introduzidas as ideias de filantropia e caridade com uma noção de dever assistencial, demonstrando a forte preocupação com os ideais de fraternidade (FARIAS, 1998).

A descoberta da solidariedade ocorre somente no fim do século XIX, porém fora da ideia assistencialista, desta forma é uma nova maneira de pensar a relação entre o indivíduo e a sociedade e o Estado. Portanto ocorre a

superação moderna de uma visão fraternalista, de caridade ou de filantropia distanciada do conceito da solidariedade (FARIAS, 1998).

Traduzida pela possibilidade de pensar em políticas concretas como um condutor para a construção de uma política social. Um dos exemplos mais explícitos do discurso solidarista é a previdência social como o exemplo de uma sociedade seguradora construindo um dever jurídico de solidariedade (FARIAS, 1998).

Trazendo a solidariedade como um dos pedestais para as atividades estatais. São pretensas novas legitimidades para o Estado, por intermédio da solidariedade, a democracia permanece a serviço da sociedade e Estado. Ainda referindo ao contexto histórico conceitual da palavra solidariedade era designado pelos juristas romanos como um laço entre devedores, em que cada um responsável por uma quota parte também respondia pelo todo (FARIAS, 1998).

O critério mais adequado entre as diferenças para: direitos fundamentais e direitos humanos preleciona Pérez Luño é a concreção positiva, visto que o termo direitos humanos remonta conceitos mais amplos que Direitos fundamentais os quais possuem sentido mais preciso visto que são limitados espacialmente e temporalmente (SARLET, 2003).

Cumprir destacar que alguns autores devido a essa confusão entre as terminologias e conceituação se valem da expressão “direitos humanos fundamentais”. Importante considerar que os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as constituições (SARLET, 2003).

O Constitucionalismo liberal e os direitos fundamentais eram vistos de maneira subjetiva visto que o indivíduo buscava suas pretensões com base no direito positivado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a agregação de novas fronteiras, pois se antes se pensava apenas no Direito positivado, agora se expandiu esse pensamento, agregando o reconhecimento dos direitos fundamentais não apenas como limite para o Estado, mas como um norte para suas ações (SARMENTO, 2004).

Dessa forma sendo reconhecida como uma dupla dimensão de direitos fundamentais, simultaneamente objetiva e subjetiva. Na teoria contemporânea a atuação do Estado não pode contemplar a não violação dos Direitos fundamentais é necessário à proteção e a ameaças que venham de terceiros, a

atuação do Estado se torna mais ampla, envolvendo as atividades: legislativas, administrativas e jurisdicionais do Estado (SARMENTO, 2004).

Apesar do enfrentamento de diversas crises pelo Estado, ele é o principal garantidor da proteção dos direitos fundamentais e em diferentes contextos como o público e o privado. Portanto dentro da dimensão objetiva dos Direitos fundamentais, esta o reconhecimento dos valores mais importantes, como a vida, a dignidade da pessoa humana, entre outras, eles penetram e moldam todo o ordenamento jurídico como princípios constitucionais (SARMENTO, 2004).

A dignidade da pessoa humana é como sendo um princípio, que a partir dele irradiam os demais princípios, visto que basta a existência da pessoa humana para que exista a dignidade, portanto um direito inato. Não é possível ter um conceito fixo sobre a dignidade da pessoa humana, em razão do pluralismo de sentidos que ela denota por ela mesma (SARMENTO, 2004).

Inferre-se que os Direitos fundamentais tanto podem limitar como podem restringir a autonomia jurídica, de uma determinada relação jurídica para outra. O processo de ponderação entre direitos fundamentais e autonomia de vontade, serve para equiparar a igualdade material sempre que houver desigualdade material entre as partes (SARMENTO, 2004).

Respeitando o preceito constitucional e estabelecendo uma relativização necessária a autonomia privada. Além da igualdade ou desigualdade material outro fator essencial é o bem envolvido, pois se, tratar-se de bem jurídico essencial para a vida humana, eis que a autonomia de vontade terá uma menor proteção (SARMENTO, 2004).

Pretende-se distinguir a nova ideia de solidariedade em reconhecer que a desigualdade não é individual e sim uma característica social. Desta forma busca-se uma correção de justiça por intermédio do Estado e da sociedade. A ideia é sair deste universalismo europeu em que historicamente nos foi fomentado e criando grupos excluídos, e criar uma relação solidária entre o coletivo e o indivíduo (FARIAS, 1998).

As intervenções do Estado e da sociedade vêm remontadas pela busca de uma correção à justiça social, objetivando a diminuição ou a eliminação das desigualdades sociais. Reconhecendo que as desigualdades são sociais e não individuais apenas. Os problemas oriundos das desigualdades sociais como a

fome, a precariedade ou até mesmo a falta de saúde, o desemprego são confrontados a sociedade moderna cotidianamente. A inserção da ideia de solidariedade surge como uma ideia-força na contemporaneidade, uma ideia de representação coletiva que esteja mobilizada (FARIAS, 1998).

Não é mais possível pensar no coletivo sem tratar do problema das desigualdades sociais. Ao contrário do que pensa no Estado de solidariedade não é o Estado contra sociedade, e contra o mercado, a sua atuação não é reduzida apenas pela sua intervenção, mas sim como um círculo, como um complemento um do outro e não em polos opostos (FARIAS, 1998).

Nas relações de responsabilidade a definição mais aproximada vem por meio da obrigação, de garantia. Não é suficiente definir responsabilidade dizendo que responsável é a pessoa que responde no sentido de obrigação, a simples consciência dos atos importa em aspectos de responsabilidade. Além disso, responsável e responsabilidade são palavras cognatas, possuem uma ideia de equivalência, entretanto imperfeita (AGUIAR DIAS, 2006).

A responsabilidade não é tratada apenas no sentido jurídico, mas também na vida social dos indivíduos, assim não depende de qualquer premissa a palavra responsabilidade, mas da premissa do dever obrigacional. Resumindo a responsabilidade como resultante da ação expressada pelo comportamento do homem diante do dever ou de uma obrigação (AGUIAR DIAS, 2006).

O indivíduo que se sente moralmente responsável diante de Deus, de sua consciência, deve avaliar o estado de consciência de sua alma, desta forma a partir da resposta verificar-se-á sua responsabilidade moral. Estando no campo do pensamento não importando se houve prejuízos gerados por seus atos a responsabilidade jurídica somente existirá se houver prejuízo efetivo (AGUIAR DIAS, 2006). Mais uma vez corroborando com o deslocamento da culpa para o dano injusto.

A evolução da responsabilidade civil no Direito brasileiro, saí do sistema individual para o sistema solidarista de reparar o dano. O antigo fundamento da culpa não se sustenta sozinho, são necessários outros elementos para a aferição da reparação. No tocante a reparação o Direito se esforça ao máximo para se aproximar o mais perto possível de minimizar os danos sofridos (AGUIAR DIAS, 2006).

A evolução da reparação do dano inicialmente preocupa-se com a harmonia e o equilíbrio e dinâmico para orientar o Direito. O instituto da responsabilidade precisa ser dinâmico e maleável, pois deve se moldar a cada tempo mantendo a finalidade de reestabelecer o equilíbrio desfeito pelo dano, esse foi um dos motivos para até hoje não haver uma teoria unitária para a responsabilidade civil (AGUIAR DIAS, 2006).

4. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NAS REDES DE INTERNET POR MEIO DAS NOVAS TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

À medida que surgem novos danos advindos da sociedade contemporânea e complexa com a inserção de novas tecnologias no cotidiano surgem conjuntamente, há a necessidade da reconstrução doutrinária em razão destas novas demandas. Uma das verificações que serão realizadas neste capítulo é a análise do entendimento dos Tribunais de Justiça do Estado Brasileiro sobre a aplicação ou não, dos pressupostos da nova teoria da responsabilidade civil no período compreendido entre 01/01/2016 à 31/12/2016. A escolha deste período se dá em razão de analisar o período de doze meses completos antes da elaboração desta pesquisa.

O objetivo neste capítulo é verificar se há a aplicação dos novos pressupostos da responsabilidade civil ou não, visto que o surgimento de novos danos necessita destas novas construções jurisprudenciais e doutrinárias. Serão analisados os termos “dados pessoais” e “redes sociais” dentro do assunto limitado a responsabilidade civil e na esfera cível. Essa delimitação é importante devido ao imenso número de julgados disponíveis com a temática da responsabilidade civil.

Os termos para a pesquisa, foram delimitados pelo círculo envolvendo - responsabilidade civil relacionada aos danos - relacionados com a proteção dos dados pessoais nas redes de internet. Bem como as violações ocorridas no período temporal acima citado, e com o intuito de relacionar os julgados que envolvam a responsabilidade civil e os danos com dados pessoais e nas redes sociais.

Fechado esse círculo para a delimitação nas buscas nos Tribunais, serão investigados os conteúdos dos julgados, a fundamentação que serviu de base para proferir as sentenças. Dessa, forma verificando a construção jurisprudencial utilizada em torno dos danos gerados. E como estão sendo enfrentadas estas demandas pelos Tribunais.

Atualmente ainda não existe uma legislação específica para tutelar a proteção e o tratamento dos dados pessoais pelos meios informáticos no

Brasil, porém este será um tema para o último subcapítulo em que serão abordados os meios de proteção de dados pessoais na legislação brasileira bem como citado o Direito internacional. Entretanto, como já foram citadas no capítulo 2 algumas abordagens da legislação internacional não serão repetidas neste momento da pesquisa.

Serão necessários alguns esclarecimentos conceituais, para melhor entender as relações de tratamento de dados pessoais e aplicações de mecanismos de segurança no tratamento destes dados. Porém, de maneira enxuta, para que surjam reflexões sobre os mecanismos de segurança nos meios informáticos visto ser impossível esgotar esse tema. Com o objetivo de estender esse entendimento e alinhá-lo à prevenção de danos. Caso haja um enfoque para prevenção não se estarão demandando energias para as punições.

Para tanto, o primeiro conceito a ser trabalhado se dá pela definição de tratamento de dados pessoais, qual constitui no registro, na organização, conservação, adaptação, consulta, recuperação, ou qualquer forma de colocar-se os dados à disposição, sejam por meio de alteração, atividades de bloqueio ou destruição dos próprios dados pessoais (DIRETIVA 95/45 UE). A seguir serão levantados os mecanismos de segurança para esse tratamento de dados pessoais.

4.1 Sistemas de segurança nas redes de internet: como mecanismo de proteção de dados pessoais

Neste subcapítulo não se pretende trazer todos os mecanismos existentes para a proteção de dados pessoais, seria tarefa impossível em termos de instrumentos informáticos, pois poderia estar-se criando um novo meio neste momento.

Portanto serão destacados alguns meios de proteção mais comuns pelos sistemas informáticos, bem como conceitos semânticos, de bancos de dados, estenografias, criptografias, chaves simétricas e assimétricas. Especificamente quanto à proteção de dados serão abordados assuntos como o direito à autodeterminação informacional e à proteção à privacidade do ser humano.

O desenvolvimento das coletas, arquivamento e tratamento de dados pessoais é fruto da vontade e da evolução da sociedade na era digital. É inegável que o conjunto de informações sobre clientes são uma importante ferramenta, inclusive em forma de ativos ou como fonte para o comércio de bancos de dados para as empresas ou público alvo interessados. De um lado depara-se com empresas captando informações sobre seus próprios usuários, ou consumidores de um determinado grupo econômico, sendo esses formadores de um número maior de dados (BELLEIL, 2001).

De outra banda depara-se com uma nova situação, a de se ter clientes, podendo ser remunerados ou não, por fornecer suas informações/dados, por meio de seu consentimento expresso. Destaca-se que esta nova projeção de obtenção de dados, é uma forte progressão da sociedade da informação, que já vem sendo suscitada desde o início da propagação das redes de internet. Desta forma tem-se um meio de comunicação construindo uma mercantilização da informação/dado pessoal como fonte econômica (BELLEIL, 2001).

Um dos temas sensíveis deste assunto é tratar a questão da territorialidade em razão deste modelo de comercialização de dados, uma vez que haja uma mercantilização destas informações/dados pessoais surge o questionamento de como serão tuteladas estas transferências de dados entre os Estados à nível internacional. Refletindo acerca do assunto a Directiva n. 95/46/ CE, prevê que sejam respeitadas as transferências de dados, porém

sendo um importante fator determinante o nível de proteção conferido ao país não membro da União Europeia (no âmbito da Directiva) envolvidas nas transferências de dados (DIRECTIVA N. 95/46/CE).

As regulações jurídicas por meio eletrônico encaminham-se para a definição da territorialidade pelo (lugar) da ocorrência do ato ilícito (ou lugar em que foram produzidos os danos). Entretanto há a necessidade de adaptação pelo ordenamento jurídico ao mundo virtual, o exemplo é a ubiquidade, em que possam se revelar dificultosa a verificação da localização territorial. Inclusive a doutrina especializada aponta para uma provável desterritorialização das relações estabelecidas por meios informáticos (MIRAGEM, 2004).

Retornando a abordagem comercial do tratamento dos dados pessoais, com essa visão capitalista para o uso dos dados pessoais, originada nos Estados Unidos da América, será mais uma demanda que o Direito precisará regular especificamente, com legislação específica para o tratamento do tema. Não é possível, em meio a sociedade da informação, prever os conflitos que estarão por vir a medida que a tecnologia se remonta diariamente. Estar-se-á falando de novas tecnologias criadas a todo o instante.

Será inevitável o estabelecimento de um mercado econômico para os dados pessoais, porém o objetivo desses, é que funcione em prol dos produtores e proprietários desses dados. Entretanto a regulação do tratamento destes dados precisa ser eficaz e rápida, o que não reflete a realidade brasileira neste momento (BELLEIL, 2001).

Com o intuito de clarear alguns conceitos verifica-se que os bancos de dados pessoais são criados muitas vezes sem a anuência do cliente, a exemplo disso, uma das funções da *toolbar* é de motor de busca, em que a cada acesso e busca dentro do provedor, esse instrumento envia todos os históricos de visitas informando quais sítios foram vistos (BELLEIL, 2001).

Dessa forma, mapeando a relação de uso e de consumo do usuário. Outro exemplo é o *eBay*, que a partir de abril de 2001, o tratamento de dados pessoais dos seus usuários começaram a ser considerados como ativos da empresa. Formando bancos de dados de grande valor comercial (BELLEIL, 2001).

Esta forma da comercialização de dados é um tema bastante polêmico e repetitivo nos Tribunais estando sempre em pauta nos pedidos de reparação

civil. À exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul das ações envolvendo dados pessoais e responsabilidade civil, dos vinte e quatro processos julgados no ano de 2016, sete foram sobre a comercialização de dados pessoais.

Inclusive tem-se orientação jurisprudencial acerca desse tema após reiterados pedidos de reparação civil, versando sobre o tratamento de dados particulares, como o nome do indivíduo, os números identificadores como os registros civis e o cadastro de pessoas naturais, número de telefone, ou seja, dados que possam de alguma forma, identificar o ser humano de maneira específica. Estes dados pessoais quando compartilhados com outras pessoas identificadas com o mesmo propósito, não afetam a reserva da privacidade ou da intimidade.

Como exemplo desse problema, os dados pessoais que podem ser acessados por um grupo de assinantes de um contrato em que inclusive este titular, assim todos, tem acesso aos dados pessoais de todos os usuários. Porém resta claro que se trata de um contrato em que a disposição dos dados pessoais circula apenas entre os usuários deste contrato especificamente. Não devendo ser divulgados estes dados para pessoas que não estejam vinculadas a esta relação contratual.

A tutela da privacidade necessita ser ampliada e revista pelo ordenamento, pois a inserção das inovações tecnológicas permite que os dados pessoais que representam o ser humano sejam julgados, irradiando informações acerca da personalidade (DONEDA, 2006).

O direito de autodeterminação informativa do sujeito é um direito fundamental não apenas partes da garantia do direito a privacidade e a intimidade. Esse direito se compara a um manto capaz de proteger os sujeitos das paredes de vidro impostas pela sociedade vigilante (CASTRO, 2005).

O direito de autodeterminação está mais inclinado a ser um direito de defesa, um direito em que sejam garantidas as reservas da vida privada do sujeito e se protegendo das intromissões de terceiros em informações que lhe pertençam (CASTRO, 2005).

O direito a autodeterminação informativa é considerado um fortalecedor dos conteúdos do direito a privacidade porque obriga a ordem jurídica bem como a sociedade em geral sua observância. Com a tutela do tratamento de

dados pessoais o direito a autodeterminação engloba as atividades de coleta, armazenamento, utilização, troca, cessão entre outros impondo suas práticas aos bancos de dados (LAEBER, 2007).

Defendido como um direito de terceira geração o direito a autodeterminação define quais informações o sujeito detentor das mesmas quer que sejam partilhadas, é uma forma de liberdade de suas informações, nas quais se escolhe o que se quer compartilhar com os demais sujeitos (CASTRO, 2005).

A proteção dos dados pessoais no direito à autodeterminação informativa deve ser precedida pelo princípio da necessidade, ou seja, se houver um meio para atingir a finalidade que não o tratamento de dados, deve ser escolhida essa opção, permitindo a identificação da pessoa apenas em casos serem imprescindíveis essa informação (LAEBER, 2007).

A facilidade de transferências de dados pelas redes de internet pode facilmente ser mantida em paraísos de dados, locais em que a legislação para a proteção e tratamento de dados é muito mais permissiva ou em alguns casos sequer existam. Logo se chama a atenção para o desenvolvimento de uma legislação protetiva e que observe meios que restrinjam as transferências de dados para Estados que não possuem pelo menos um mínimo nível de proteção no tratamento dos dados (LAEBER, 2007).

Voltando as tecnologias de segurança para os dados pessoais, dois símbolos de atentado a privacidade de dados pessoais são o *spam* e os *cookies*. Os *cookies* podem ser comparados como ficheiros em que no momento que o usuário de internet visitar determinado sítio, é depositado esse ficheiro em seu computador. Estes pequenos programas objetivam memorizar e analisar os movimentos realizados pelo internauta, para diversas finalidades, porém sem que o usuário saiba (BELLEIL, 2001).

Os *cookies também* podem ser utilizados de maneira positiva, ou seja, na utilização da memorização de senhas, podendo demonstrar os resultados das pesquisas realizadas (favoritas) rapidamente. Porém todos os navegadores proporcionam a opção de bloqueá-lo se o utilizador assim o quiser, portanto seu aceite não é obrigatório (BELLEIL, 2001).

O e-mail está consolidado hodiernamente como uma das mais importantes ferramentas de comunicação, principalmente nos ambientes

corporativos, assim sendo já faz parte da rotina dos internautas. A medida que há o aumento no uso dos e-mails, mensagens instantâneas sejam por meio de dispositivos móveis ou não, o *spam* representa um mal para a sociedade da informação, pois propaga conteúdos falsos nas redes, envia e-mails não solicitados, e é utilizado para envio de mensagens com códigos maliciosos que podem retirar informações, bem como ainda destruir arquivos depositados no instrumento utilizado (PINHEIRO, 2016).

Os *spamming* são uma espécie de correio eletrônico não solicitado, que possui uma capacidade de transmissão do *spam* muito grande e com custo baixíssimo, pois são menos agressivos que os *cookies* em relação à privacidade. Algumas técnicas defensivas, desenvolvidas para a segurança como a criptografia, estenografia, *remailer*, *firewall*, *Pró-sofware*s de supressão, de encriptação de informações, *anti-spam*, *Script*, entre outros, citados neste trabalho apenas com o objetivo de conhecimento sobre a proteção de dados nas redes de internet (BELLEIL, 2001).

Porém o *spam* é tido como uma praga mundial para as redes de internet, assim a melhor maneira de combate é por intermédio de programas que possam identificar e repeli-los, boas práticas bem como pela denúncia dos usuários receptores de mensagens junto aos provedores de acesso, com o intuito de coibir tais práticas maléficas (PINHEIRO, 2016).

A questão fundamental aqui é ressaltar que por mais mecanismos de segurança que possam ser criados, a aplicação e a eficácia da legislação depende também dos usuários das redes de internet no tocante a prevenção e ao cuidado ao utilizar-se das redes de internet.

A segurança eletrônica a partir do elemento da criptografia é uma forma de comunicar-se seguramente em que são utilizados mecanismos capazes de esconder e cifrar textos, é um instrumento utilizado desde o império romano. A criptografia é uma das ferramentas mais utilizadas para a segurança eletrônica de dados e seu aperfeiçoamento e maleabilidade às novas tecnologias surgidas foram satisfatórias até o momento do surgimento de novos rompimentos (MARQUES, 2005).

Esses sistemas são formados por conceitos matemáticos e abstratos capazes de efetuar a cifragem por meio de um algoritmo. Não mais embaralhando as letras alfabéticas, mas sim embaralhando o próprio *bit* do

documento eletrônico. Para oferecer a proteção efetiva e completa dos dados pessoais é necessária à identificação do remetente, a autenticação criptografada do remetente, o impedimento de rejeição dos dados codificados (MARQUES, 2005).

Bem como a verificação no momento em que será processada a identificação da mensagem criptografada e por último a privacidade, que tornam as mensagens criptografadas inacessíveis a outros que não o destinatário (MARQUES, 2005).

Apesar de todos esses cuidados com relação à segurança de documentos eletrônicos, como a responsabilidade civil se reconstrói diante destas demandas é um dos questionamentos que são realizados envolvendo os novos pressupostos da responsabilidade civil. A criptografia como instrumento de segurança dos meios informáticos trouxe maior segurança para as transações realizadas no ciberespaço (MARQUES, 2005).

Outro dispositivo de segurança disponível aos usuários são as criptografias simétricas com chaves privadas e as assimétricas por meio de chaves públicas. Ambas consistem no uso de chaves eletrônicas formadas por métodos matemáticos irreversíveis, ambas são capazes de cifrar e decifrar mensagens codificadas (MARQUES, 2005).

No Supremo Tribunal Federal foi julgado o Agravo de Instrumento 564765 originário do Tribunal do Rio de Janeiro em que ratificou a assinatura digitalizada como não sendo um formalismo processual, trata-se de uma exigência que objetiva impedir a prática de atos os quais a responsabilização não seria possível. E no qual o Agravo de Instrumento arguia a regulamentação para que o uso fosse resguardado.

Entretanto o entendimento da Corte é de que apenas a petição na qual o advogado assente originalmente sua assinatura, é a que possui validade. Não se trata de certificação digital ou documento digital protegido por meio de certificado digital trata-se de uma garantia eletrônica não regulamentada (AI 564765).

Apesar de ameaçada a privacidade dos seres humanos, o tratamento de dados pessoais traz muitas vantagens, e não seria possível um retrocesso neste momento. Existem várias disposições sobre o tratamento de dados

personais e a regulação que objetivam o consenso entre o direito à informação *versus* direito sobre a informação (CASTRO, 2015).

Sempre em sede paralela de um lado, se tem a livre circulação de informações como: pedidos de compartilhamento de dados, recepção de compartilhamentos e por outro lado o direito a intimidade do ser humano detentor destes dados. Também se depara com o direito a intimidade negativa, a qual é o direito de negar informações pessoais assim como o recolhimento destas e a sua propagação (CASTRO, 2015).

No tratamento de dados pessoais em sede principiologica, destaca-se o princípio da qualidade dos dados, encontrados nos artigos 5º à 9º da Directiva n. 95/46/ CE (FERNÁNDEZ, 2017). Visto que o Brasil não possui uma legislação específica para o tema até o momento, entretanto deve-se pensar como estão sendo tratados, abordados estes temas por outros Estados. O princípio da qualidade de dados pode ser percebido nos julgados citados, já que a maioria se trata de alguma forma atrelada com a exposição de dados pessoais, sensíveis ou particulares.

O princípio da qualidade de dados envolve outros princípios relativos como da licitude e da lealdade, em que o titular dos dados deve ser informado sobre a finalidade do recolhimento dos dados, a identificação de quem o faz o momento da realização. Outro princípio destacado é o da exatidão e da atualização dos dados, a fim de evitar o desfasamento e desatualização dos dados (CASTRO, 2015).

A construção deste direito como um direito fundamental deriva de inúmeras preocupações em razão dos potentes mecanismos de busca, de armazenamento e de pesquisa proporcionadas pelas ferramentas informáticas. Essas potencialidades informáticas como a organização, armazenamento e cruzamento de grande quantidade de dados pessoais em grande velocidade não é compatível com a falta de normas jurídicas que visem sua regulação (CASTRO, 2015).

Verificam-se algumas exigências para os tratamentos de dados pessoais, como a necessidade do consentimento detentor dos dados, para a execução de contratos em que a obrigação legal a que esse esteja sujeito e a proteção dos dados a pessoas físicas ou legalmente incapazes de conceder ou não a exposição de seus próprios dados (DIRECTIVA N. 95/46/CE).

Importante destacar as definições de dados pessoais e dados sensíveis, esses são relacionados às crenças pessoais da pessoa humana como as filosóficas, políticas, religiosas, os dados que compilam informações sobre a saúde, aos dados genéticos e vida sexual encontram-se acostados pelo art. 7º da Lei n. 6.798 da legislação portuguesa e da Directiva 95/46/CE.

E vem com uma definição aproximada no Anteprojeto de Lei do tratamento de dados pessoais, por meio do art. 5º, inciso III, deve ser destacado que não está aprovado ainda neste momento. Já os dados pessoais relacionam-se aos dados identificadores a pessoa humana, sejam dados numéricos ou que de alguma forma a identifiquem (FERNÁNDEZ, 2017).

Serão permitidos por meio de interesse público caso o tratamento dos dados sejam indispensáveis ao exercício de suas atribuições legais. Importante salientar que conforme prevê o art. 24º da Directiva 95/46 não está relacionado o tratamento de dados pessoais das pessoas coletivas (Directiva 95/46/CE). Assim o processamento dos dados pessoais é orientado pelos princípios da proporcionalidade, precisão, relevância e adequação sendo essas bases para o princípio da qualidade de dados (FERNÁNDEZ, 2017).

A preocupação com a neutralidade da rede vem sendo tratada desde a edição da Lei n.9.472/1997 que dispõe sobre os serviços de telecomunicações e a criação da ANATEL. O objetivo da neutralidade da rede é tratar de maneira igual toda informação que leva, não importando o conteúdo da informação, a identidade do internauta (SILVA, 2017).

A União Europeia recepcionou o princípio da neutralidade da rede em 2011, colocando o ciberespaço como um local em que a liberdade de expressão será manifestada de forma livre e não poderão ser submetidas a discriminação injustificada (SILVA, 2017).

A Lei n. 12.965/2014 determinou a recepção da neutralidade da rede, com desprendimento pelo seu conteúdo por meio do art. 9º, parágrafos 1º e 3º, não admitindo qualquer discriminação pelo conteúdo dos dados transportados e proibindo o tratamento diferenciado em razão de origem ou destino das informações (SILVA, 2017).

Destaca-se a importância da neutralidade nas redes de internet, para evitar que sejam favorecidos alguns conteúdos em detrimento de outros como

a informação tornou-se um importante ativo no campo econômico poderia haver alguma espécie de preferência pelos provedores (SILVA, 2017).

Assim a neutralidade da rede ajuda na proteção do direito do consumidor, conforme a pesquisa nos Tribunais dos Estados brasileiros é o primeiro do ranking em número de ações relativas à proteção de dados pessoais nas redes de internet. Após a globalização econômica dos anos de 1990, vários níveis de regulação inerentes ao ciberespaço enquanto objeto de regulação. Para tanto não existe atualmente agência internacional especializada como Agência da ONU para a internet (MASSENO, 2017).

4.2 A (in) aplicação das novas teorias da responsabilidade civil à proteção de dados pessoais nas redes de internet: Apresentação da jurisprudência aplicada nos Tribunais de Justiça.

Para verificar se estão sendo aplicados os novos pressupostos da responsabilidade civil serão realizadas buscas nos Tribunais de Justiça, serão recortados e citados julgados com o mesmo tema e a mesma construção doutrinária a fim de não deixar enfadonha a leitura. Neste subcapítulo não se pretende trazer todas as abordagens doutrinárias e jurisprudenciais, porém as mais recorrentes nos tribunais, devido à extensão da pesquisa.

Ao investigar o termo “dados pessoais”, encontrou-se um crescimento de demandas nos últimos cinco anos nos Tribunais de Justiça. O que mais chama a atenção na pesquisa jurisprudencial é a predominância da invocação da Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990 pelo grande número de julgados englobando esse tema. Isso se repete em todos os tribunais da Federação.

O lapso temporal é definido pelo período de 01/01/2016 à 31/12/2016, em que foram encontrados processos para a busca do termo "dados pessoais", entre eles a maioria dos julgados referem-se sobre os temas: inclusão indevida em cadastro de inadimplentes. Apenas sobre o registro e comercialização de dados cadastrais de consumidores, foram encontrados quinhentos e trinta e seis julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram encontrados vinte e quatro julgados com a pesquisa dos termos “dados pessoais”, em que a grande predominância versa sobre a inclusão indevida em cadastro de inadimplentes e a comercialização de dados pessoais. Ao investigar o termo "redes sociais" e como pesquisa de assunto “responsabilidade civil”, no Tribunal do Rio Grande do Sul, foram encontrados oito julgados tratando especificamente sobre o tema. Ao analisar a fundamentação dos relatores verificou-se que o pressuposto central não mais se concentra.

Embora os pressupostos clássicos já tenham resolvido muitas demandas ao longo da trajetória do instituto da responsabilidade civil, atualmente encontram-se defasados para as investidas das novas demandas oriundas da Sociedade da informação. Se a reparação do dano e seu posterior ressarcimento quando for possível, eram objetivos únicos para o instituto da

responsabilidade civil, agora se exige um aperfeiçoamento do mesmo, visando não somente resolver por meio de soluções as demandas na esfera individual, mas, com uma visão mais coletiva do assunto.

O que se destaca da mesma forma é a formação de banco de dados de consumo para a comercialização, a qual não é proibida pelo sistema jurídico brasileiro, porém há que se distinguiem os conceitos de dados privados e dados sensíveis. Desta forma demonstrada à relevância, encontrou-se esse assunto pacificado por meio do julgamento da Apelação Cível n. 70069420503.

O julgamento desta Apelação Cível fez seu juízo com base na informação que os dados pessoais quais foram divulgados, se tratavam de dados sensíveis ou não, averiguando que eram dados pessoais portanto não eram dados sigilosos. As informações em que seu uso se dá, nas relações cotidianas como nome, identificação numérica de documentos, não merecem a tutela para a ofensa aos direitos de personalidade.

Não havendo violação ao verificar os pressupostos da responsabilidade civil invocados, apenas os julgadores se ativeram a questão do dano, justificando que sem dano não há o dever de indenizar. Esse julgado serve de referência para as ações que versam sobre o que são os dados sensíveis e os dados pessoais. (Apelação Cível Nº 70069420503, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 25/08/2016). Sobre a responsabilidade civil para que ela ocorra é necessário que tenha havido o dano a um bem jurídico, havendo ainda a necessária comprovação por intermédio de uma prova real e concreta da lesão sofrida (DINIZ, 2012).

Um exemplo claro é as demandas que chegam ao Poder Judiciário como as trocas de mensagens ofensivas, grosseiras, a propagação dos discursos de ódio entre pessoas por intermédio das redes de internet. Porém tais condutas não podem ser deixadas impunes, servindo a condenação como uma espécie de punição para estas atitudes desmedidas. A Busca pelo termo “redes sociais”, no tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontrou oito julgados para os termos de busca.

A busca pelo termo “dados pessoais” no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, gerou quinhentos e dezessete julgados, acompanhando da mesma forma o Tribunal do Rio Grande do Sul, a predominância dos julgados versa

sobre o Direito Civil/Direito do Consumidor. Em análise ao julgamento da Apelação Cível n. 2015.023340-9, da Quarta Câmara de Direito Civil, observou-se a aplicação da teoria do risco integral. Suscitado o dano presumido causado pela inscrição indevida em órgão de cadastro de inadimplentes, sendo considerada desnecessária a prova, também se utilizou como pressupostos da responsabilidade civil o estabelecimento do nexos causal (causa e efeito) entre o prejuízo e a conduta ilícita (Apelação Cível n. 0306302-59.2016.8.24.0036).

Não se estará falando em tendência da responsabilidade civil, mas sim no resultado da observação do comportamento de parte dos julgados de um tribunal específico. Analisando a construção jurisprudencial foi perceptível verificar a perda da importância da prova da culpa. Visto que a predominância de julgados refere-se às relações de consumo, sendo aplicadas a teoria da responsabilidade objetiva fundamentada pela teoria do risco.

No Tribunal de Justiça do Paraná foram encontrados cento e cinco julgados com a pesquisa dos mesmos termos, em que a grande predominância versa sobre a Inclusão Indevida em Cadastro de Inadimplentes acompanhando os demais Tribunais. Sobre os julgados envolvendo a repetição de indébito são inúmeros nos Tribunais de Justiça, são vistos que o dever da reparação do dano oriunda da verificação do dano dispensando a prova de haver tido prejuízo ou não (prova do dano). Dessa maneira a responsabilidade tem origem no fato da violação (STOCO, 2004), (TJMA – Apelação Cível 43.641I).

No capítulo anterior quando suscitado à solidariedade paralela a responsabilidade, foi em razão de prevenir os danos pensando na coletividade. Atualmente a responsabilidade civil age de maneira ativa e não proativa, não esta visando a prevenção apenas tão somente as ações. Talvez se a atuação do instituto da responsabilidade civil fosse de maneira preventiva diminuiria consideravelmente o número de intervenções do Estado na vida das pessoas.

Claro que se trata de uma visão em longo prazo, porque o pensamento solidário não se estabelece do dia para a noite, requer a atuação de vários atores. A atuação da sociedade e a inserção destas novas perspectivas primarão por uma educação solidária das pessoas, sendo o começo para a reação de prevenção por parte da sociedade.

O julgamento do Agravo de instrumento do Processo n. 70069337558 é um exemplo do que a exposição nas redes de internet possa chegar a número

ilimitado de pessoas, por meio dos compartilhamentos nas redes de internet. O pedido da reforma da decisão em primeiro grau pautou-se na solicitação em afastar a determinação da quebra de sigilo dos dados dos usuários que somente comentaram ou compartilharam a publicação questionada (Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Redes sociais. Imagem e comentários ofensivos à honra da autora. Abuso no exercício da liberdade de expressão, TJ/RS).

Assim manteve-se a decisão de exclusão da imagem publicada na rede social assim como o fornecimento do *IP* dos representantes da página de veiculação da imagem, dos responsáveis pela publicação da foto, comentários e compartilhamento da mesma. Caso não mantivesse a decisão anterior seria difícil esperar o final do processo para a reparação dos danos que talvez pudessem ser irreversíveis a parte (Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Redes sociais. Imagem e comentários ofensivos à honra da autora. Abuso no exercício da liberdade de expressão, TJ/RS).

Os relatos realizados de maneira voluntária nas redes de internet, em *sites* de relacionamento são atos privados e legítimos dos titulares dos dados. A disponibilização de diários informativos particulares veiculados por meios de *blogs* (espécie de diário *online*), *sites* como *Youtube* entre outros, *sites* de relacionamentos como o *Orkut* (em desuso atualmente), é de exposição voluntária do titular destes dados, o que se auto compromete no quesito de sua privacidade (CANTALI, 2009).

No Tribunal de Justiça de São Paulo a pesquisa por “dados pessoais”, no ano de 2016 focando apenas nas ações versando sobre a responsabilidade civil desta forma sendo possível averiguar os pressupostos utilizados, retornou o resultado de trezentos e setenta e quatro acórdãos. Sendo a grande maioria envolvendo ações relativas à responsabilidade civil por violações ao Código de Defesa do Consumidor, em ações declaratórias de inexistência de débito cumuladas com pedido de danos morais, em ações de inexistência de restrições cadastrais.

Outra parcela grande de ações foi o uso indevido de dados pessoais nas violações do Direito à imagem. Veiculação de vídeos ou publicações vexatórias nas redes de internet, por intermédio de *blogs*, canais de vídeos, em que o pedido principal é de dados que possam levar a identificação dos

responsáveis pelo ato ilícito, bem como pedidos de remoção de conteúdo relacionado à imagem, remoção de comentários, bem como todo e qualquer item que se relacione com a violação cometida. Estes dois pontos são a grande fatia dos julgados deste Tribunal.

Com relação aos pressupostos invocados nos acórdãos relacionados à Lei n. 8.078/1990, apontam para a responsabilidade objetiva, por tratar-se de relação de consumo e porque as atividades que envolvem a manutenção de dados pessoais de clientes ou de terceiros geram riscos para o direito da personalidade do ser humano. Invocando o art. 927, parágrafo único do Código Civil, na qual a responsabilidade civil independe da culpa.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais foram encontrados seiscentos e noventa e sete julgados com os critérios de pesquisa utilizados na busca “dados pessoais” dentro da perspectiva da responsabilidade civil no ano de 2016. Com relação à análise do uso dos pressupostos verificaram-se os elementos indispensáveis que configuraram a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar foi o ato ilícito ou a culpa, a presença do dano e o nexo de causalidade.

Em reiterados acórdãos são afirmativas as ações em que deve ser ponderada a colisão de princípios fundamentais e ratificando que o direito a informação não é um direito absoluto. Julgados em que o tema trata da veiculação de dados pessoais como a imagem por fotos, vídeos em que a veiculação jornalística extrapola os limites de manifestação de pensamento, violando a intimidade de outrem.

Embora o direito à imagem detenha expressa proteção constitucional, bem como a honra e a intimidade, sendo esses contrapostos ao direito à informação, foi ponderado o exame do direito ou não de indenizar não pela análise da culpa, mas pelo abuso do Direito (art. 187/ Código Civil/2015). A interpretação englobou os pressupostos da responsabilidade subjetiva, quais, conduta humana comissiva ou omissiva; culpa do autor do dano, nexo de causalidade e dano material ou moral experimentado pela vítima (TJSE-Apeleção 201617324).

Dessa forma é impossível que a prova do dano moral seja igualada a prova do dano material. O dano moral *in re ipsa* emana do fato ofensivo, caso seja comprovada a ofensa será demonstrada naturalmente o dano moral

(FILHO, 2004). Na mesma linha de desnecessária comprovação do prejuízo por se tratar de dano in re ipsa os julgados (TJPB-ApCiv 0065794-62.2012.815.2003 - 4.^a Câmara Cível - j. 3/5/2016 - v.u. - julgado por Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho - DJe 3/5/2016 - Área do Direito: Civil).

Importante destacar brevemente os efeitos do dano moral, os quais não poderão ser quantificados por valor econômico. Visto que muitas demandas para a proteção de dados tenham seus pedidos principais cumulados com danos morais. Contudo encontra-se superada a controvérsia quanto à reparabilidade do dano a qual está consagrada pelo Direito positivado bem como pelos Tribunais.

Visando corrigir o problema a jurisprudência tem se utilizado de critérios para quantificá-lo de maneira a atribuir um caráter punitivo ao instituto da responsabilidade civil, o que é impróprio fazê-lo. Se utilizando de requisitos que destaquem a gravidade dos danos, a intensidade da culpa, a capacidade econômica do ofensor (MORAES, 2007).

Em sede recursal para julgar agravo regimental em agravo de instrumento resultando pelo não provimento da pretensão em sede recursal. O tema relativo à configuração de responsabilidade civil pelos danos causados à imagem e honra por publicação de matéria jornalística em editorial de revista de grande circulação nacional em que as ofensas foram dirigidas ao autor (AI 815300).

Nos quais foram contrapostos a liberdade de manifestação e o direito de informação ao direito à imagem, assegurados constitucionalmente. Trata-se de colisão de direitos fundamentais, porém a solução não impõe o afastamento integral de um ou de outro, mas sim em sua adequação proporcional em que no caso concreto apresentado frente ao Direito à imagem os demais Direitos (AI 815300).

Com efeito, para que houvesse o dever de indenizar foram verificados os pressupostos da responsabilidade civil a conduta ilícita da ré, o dano e o nexo de causalidade em acordo com o art. 159 do CC/1.916, legislação aplicável ao caso devido às datas dos fatos. Ao analisar os pressupostos a conduta ilícita restou comprovada em razão do excesso no exercício regular do Direito. O nexo de causalidade foi comprovado pela atribuição de causa e efeito, pelo elo entre a conduta ilícita e o prejuízo sofrido pela vítima. A prova

dos danos morais sofridos não pôde ser realizada, visto tratar-se de Direito imaterial (AI 815300).

O Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a sentença de improcedência de 1º grau, referente ao pedido de indenização por danos morais devido à inclusão do nome da parte autora em cadastro restritivo de crédito, em virtude de débito exigível. Ao analisar os pressupostos utilizados no julgado manteve-se a decisão de que nenhuma indenização era devida em relação à pretensão do dano moral pela não existência do nexo de causalidade (AI 815300/ TJSP).

Em razão dos inúmeros julgados referente às relações de consumo é necessário realçar o princípio da dignidade humana como alicerce para o Direito do Consumidor. A sociedade de consumo esta em constante movimento estimulada pelas constantes mudanças (REIS, SILVA, 2017). Resta comprovadas a afirmação acima pelas buscas nos Tribunais brasileiros. As buscas realizadas no Tribunal de Pernambuco resultaram em 85 julgados, a grande maioria das demandas versando sobre ações declaratórias de inexistência de débito, negatização indevida, cadastro de proteção ao crédito, prevalecendo as relações de consumo como nucleares nas demandas deste Tribunal.

No Tribunal do Rio Grande do Norte a busca trouxe 18 julgados delimitados neste tema. Os julgados abordando o tema da pesquisa restou em 6, sendo desses, 3 julgados referindo-se a alegação de inclusão de dados pessoais em cadastros de restrição ao crédito e os demais para retificação do nome. Os pressupostos utilizados nestes acórdãos contemplaram verificação da ocorrência ou não do ato ilícito, o elemento da culpa e o dano. No exemplo de um dos casos o pedido de indenização de danos morais pelo argumento da inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, foi improcedente porque não restou demonstrado o ato ilícito, bem como no elemento da culpa a constatação da culpa exclusiva do autor da ação (Apelação Cível/ TJRN-0125003-42.2014.8.20.0001).

No Tribunal de Justiça da Paraíba foram encontrados no período de 2016, 19 julgados delimitados pelo tema. Mais uma vez a grande maioria das demandas versa sobre ação ordinária de cobrança, e ação declaratória de inexistência de débito com pedido de reparação por danos morais. No Tribunal

de Justiça do Estado de Sergipe foram encontrados 5 julgados compreendendo a delimitação dos termos da pesquisa. Um dos julgados versa sobre ação de indenização por danos morais por erro no resultado de exames oftalmológicos, entrando na categoria de dados sensíveis, englobados pela responsabilidade objetiva. O que não restou comprovado a não existência do ato lesivo, ausente este pressuposto da responsabilidade civil objetiva há também a ausência no dever de indenizar.

Uma vez que a responsabilidade civil de quem que realiza exames médicos é objetiva, como se trata de um fornecedor de serviços, abarca-se pelo Direito do Consumidor. Porém a ausência dos pressupostos foi não restarem demonstrados o ato ou ação, o dano e o nexo de causalidade, dispensada a prova da culpa neste caso. Porém percebe-se a manutenção dos pressupostos das teorias clássicas da responsabilidade civil (Apelação Cível n. 201500809774- TJSE).

Apesar de ter ocorrido à inconformidade nos seus dados pessoais não ocorreu a alteração nos resultados dos exames, devido ao erro ocorrido não estar no resultado dos exames. No entanto como não foi praticado nenhum ato lesivo que tenha gerado um dano e ausente de seus pressupostos não cabe invocar a responsabilização civil. As demais demandas versam sobre as ações declaratórias de inexistência de débito e nulidade contratual.

No Tribunal de Justiça de Alagoas permanecem a maioria dos 8 julgados delimitados com os termos de pesquisa em ação de repetição de indébito. No tribunal de Justiça do Estado do Ceará foram encontrados 10 julgados em que a temática-núcleo das ações versa sobre a anulação de contratação de serviço de terceiro e ações indenizatórias de inscrição indevida em cadastros de inadimplentes. Em um dos julgados em que estão reunidas as duas problemáticas nucleares resultou no pedido de danos morais pela não contratação de serviço de telefonia bem como ter sido inscrito em cadastro restritivo de crédito.

Analisado o julgado sob a ótica da responsabilidade civil objetiva restou configurado o dano moral. A argumentação utilizada neste julgado e em muitos outros dos quais tratam a mesma questão, foi de que a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastro restritivo de crédito, por si só, enseja reparação por danos morais. Não se faz necessária à prova dos danos sofridos

pela vítima, estes danos são presumidos. (Apelação Cível n. 0036118-05.2011.8.06.0112/ TJCE).

No Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão foram encontrados 9 julgados. Dentre esses, um destes se diferenciou da linha que vem sendo seguida das ações indenizatórias pelos pedidos de nulidade contratual e inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado do Maranhão em face da sentença proferida julgou parcialmente procedente na condenação por danos morais.

Na origem, a autora narrou que, movida pelo interesse de obter informações acerca de seu histórico de contribuições para fins previdenciários, tomou ciência de que, no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), constava a informação de que a Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão (ALEMA) incluía seu nome indevidamente como se ela pertencesse ao quadro de servidores da instituição. O que lhe causou muito mais que um mero dissabor, sentindo-se constrangida pelo fato de ser atribuída como funcionária fantasma, sendo que pertencia como servidora na realidade ao Poder Judiciário do Estado do Maranhão (Apelação Cível n. 0000167-57.2010.8.10.0084- TJMA).

Sendo demonstrado o dano extrapatrimonial quando a ofensa de natureza moral a qual dispensa ser comprovada de forma objetiva sua ocorrência. Pois estas circunstâncias são suficientes para comprovar o dano moral, em vista da ofensa à dignidade e à honra da cidadã. Portanto não há necessidade de exigir que sejam demonstrados os danos extrapatrimoniais (Apelação Cível n. 0000167-57.2010.8.10.0084- TJMA).

No Tribunal de Justiça do Pará foram encontrados 18 julgados versando sobre os mesmos temas anteriormente mencionados. No Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul foram encontrados 10 julgados sobre a mesma temática e sendo invocados os mesmos pressupostos da teoria clássica da responsabilidade civil. Os Tribunais de Justiça do Piauí foi delimitado em apenas 1 julgado pertinente ao caso. O Tribunal de Justiça de São Paulo como um dos tribunais que mais possuem julgados versando sobre essa temática foram encontrados 307 julgados.

Nos demais Tribunais de Justiça foram aplicados os mesmos termos e requisitos de pesquisa, porém a temática central continua a mesma com

pouquíssimas variações. No entanto como resposta ao problema de pesquisa os elementos utilizados pelos Tribunais na maioria dos casos referem-se as teorias clássicas, e poucas situações percebeu-se um avanço para a aclamada atenção a vítima.

4.3 A proteção de dados pessoais no Brasil e a perspectiva normativa internacional sobre o tema

A evolução tecnológica da sociedade reflete a necessidade de instrumentos que possam defender seus direitos relativos ao uso de dados pessoais por terceiros no ambiente virtual. O controle e a defesa destes direitos não são atingidos pela legislação anterior, visto que alcançavam a tecnologia, devido à fragmentação das informações relacionadas aos dados pessoais. Os paradigmas tecnológicos mudaram em função da condição do fornecimento de dados pessoais para participar da vida social (DONEDA, 2006).

Devido aos menores custos de processamento e armazenamento de dados por meio de sistemas de informação, tanto o processamento quanto o armazenamento de dados pessoais alcança todos os aspectos da vida moderna. Devido a essas novas demandas a preocupação na proteção do tratamento de dados pessoais se deu em escala mundial, porém não são preocupações modernas visto que Portugal já havia reconhecido como Direito fundamental em 1970, e o Estado da Alemanha em 1980. No ano de 2000 foi reconhecido como direito fundamental pela União Europeia (CUEVA, 2017).

A participação do indivíduo é intrínseca ao processo de proteção de dados, cabe ressaltar que deverá ser levada em consideração em um contexto geral, em torno da solicitação e/ou revelação de dados pessoais. Para que assim sendo possa estabelecer meios que o protejam quando for necessário. Há uma verdadeira urgência da regulamentação é o aumento expressivo do uso de bancos de dados interconectados pela internet, tornando-se cada vez mais difícil sua localização (DONEDA, 2006).

No Brasil não há uma unicidade no tratamento de dados pessoais aprovada até o momento, para tanto se vale da Constituição Federal de 1988 bem como com legislações infraconstitucionais protetoras de matérias específicas. Quando a proteção de dados pessoais torna-se derivada da privacidade protegida por princípio constitucional, essa operação coloca-se sob o manto da Constituição (DONEDA, 2006).

A proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro preserva a informação por meio de garantias à liberdade de expressão. Ainda

que confrontados com o direito à privacidade ou com a proteção à personalidade (BRASIL, 1988).

A conceituação para os direitos de personalidade são divergentes na doutrina, dessa forma algumas conceituações são determinados como os direitos da personalidade demarcados pelos aspectos inerentes ao sujeito e a projeção destes para o exterior (mundo), (FRANÇA, 1988). Definidos como uma categoria especial e sustentados no princípio da dignidade humana garantindo o respeito ao seu próprio ser e em qualquer manifestação irradiada espiritualmente ou fisicamente (BELTRÃO, 2005).

Considerado como um conceito indeterminado a tutela deve proteger toda a extensão da pessoa humana, nos seus mais diversos aspectos como físico, espiritual e moral. Aspectos que compõem sua própria personalidade, com o intuito de prevenir e proteger o comportamento antijurídico que viole o princípio da dignidade humana do ser humano (GARCIA, 2007).

A Constituição Federal de 1988 introduziu o *habeas data* como uma forma de ação constitucional, no qual inicialmente requisitava informações que apenas o poder público detinha bem como informações de órgãos responsáveis pela repressão durante o regime militar. Posteriormente foi regulamentado pela Lei n. 9.507, de 1997 (DONEDA, 2011; BRASIL, 1988).

Não se configura como eficaz o suficiente para como uma garantia fundamental de proteção aos dados pessoais, visto que não há nem instrumentos que pudessem conduzir o *habeas data* a isso. Associa-se à proteção de liberdades negativas, necessitando da assistência de um advogado bem como a comprovação da recusa no fornecimento de informações pelo responsável público ou privado dos bancos de dados (DONEDA, 2011; BRASIL, 1988).

A crítica que se faz ao instituto a vista disso é de que se torna muito ineficaz as necessidades de proteção no tratamento de dados pessoais nas redes de internet. Considerado majoritariamente pela doutrina brasileira como um remédio simbólico (DONEDA, 2011).

Deve ser destacado que o *habeas data* não possui caráter preventivo, aplica-se apenas aos bancos de dados públicos e ainda deve ser demonstrada a prova da recusa no repasse das informações. Observa-se que o aspecto é totalmente de correção do problema posto, não se podem extrair medidas

preventivas, o que não representa uma solução definitiva para o problema da insuficiente proteção no tratamento dos dados pessoais (LAEBER, 2007).

Porém há várias inserções de legislação voltadas diretamente para os meios informáticos como a Lei n. 7.232/1984 chamada de “Lei da informática” de Portugal a qual disciplinou a Política Nacional de informática, estabelecendo princípios, diretrizes e objetivos, além de criar e instituir órgãos que pudessem capacitá-los para atividades relacionadas a informática (ZANON, 2013).

As legislações internacionais devem ser trazidas na pauta deste sub capítulo para verificar os meios disponíveis que outros Estados possuem e que quão urgentes e necessários deve ser realizada pelo Brasil.

Em novembro de 2003 em Santa Cruz de La Sierra na Bolívia, produziu-se um tratado no qual se tornou reconhecida a importância do direito fundamental à proteção de dados pessoais, sendo o Brasil um dos países signatários deste tratado. Mesmo se o Brasil não converter-se em signatário deste tratado, seria possível coadunar a legislação infraconstitucional com dispositivos constitucionais para que ambos servissem como supedâneo para a construção expressa de uma efetiva proteção de dados pessoais (ZANON, 2013).

Outro elemento regulador da proteção de dados pessoais na internet situa-se no Marco civil da Internet (Lei n.12.965/2014) o qual positivou o uso da internet no Brasil. Em seu art. 3º, inciso III, encontra-se a disciplina quanto à proteção dos dados pessoais. Também se faz presente no ordenamento brasileiro o *habeas data*, instituto concebido pela Constituição e inserido em outros ordenamentos jurídicos na América Latina, com determinadas reservas, trata-se de um modelo que pode circular no subcontinente (DONEDA, 2006).

Um dos mecanismos mais utilizados são as redes de internet sem fio, sem a necessidade de fazer uso de cabeamento para se conectar as redes de internet, chamada WI-FI ou *wireless fidelity* (sentido denotativo de fidelidade sem fio). Importante abordar esse assunto devido ao grande número de compartilhamentos das redes de WI-FI seja por meio de fornecimento das chaves de acesso ou por livre acesso (TEIXEIRA, 2005).

Não importa quantos internautas estejam logados ao mesmo roteador de um usuário específico, para o provedor de acesso (fornecedor da conexão dos serviços de internet aos consumidores, para este fim considerar-se-á o

sentido estrito da significação), esta conexão será considerada como uma, pois a conexão será identificada por um único IP. O roteador do usuário é que fará a identificação por intermédio de IPs internos atribuídos a cada internauta (TEIXEIRA, 2005).

Esse breve relato foi necessário para lembrar que os provedores de acesso não são responsáveis pelos atos ilícitos dos usuários, da mesma forma se aplica a quem compartilha as redes de Wi-Fi com exceção dos sistemas autônomos. A responsabilidade civil que deve ser aplicada em caso de responsabilização por compartilhamento da rede sem fio é a partir da teoria da culpa e não pela teoria do risco. O Marco civil da Internet traz em seu art. 13º a competência de guarda pelo prazo de um ano das informações como a hora de início e fim da conexão, o tempo de conexão e o endereço de IP, pelo administrador do sistema autônomo (BRASIL, 2014, TEIXEIRA, 2005).

Conforme entendimento abrandado pelo Superior Tribunal de Justiça o provedor de acesso deve viabilizar a identificação dos usuários como medida preventiva ao anonimato nas redes de internet, bem como fornecer os registros de IP dos computadores em que foram utilizados para os cadastros de contas (REsp 1306066/MT).

Entretanto guarda de informações por parte dos fornecedores de acesso regulados pelo art. 15º da Lei n. 12.965/2014 pelo prazo de seis meses para os registros de acesso e aplicações nas redes de internet não abrangendo a guarda de dados pessoais dos usuários da rede (BRASIL, 2014).

A responsabilidade civil por parte dos provedores de internet em violações de Direitos autorais praticadas por usuários tem posicionamento jurisprudencial de ser reconhecidos como responsáveis contributivos ou vicários, não sendo constatado o *fair use*. Reconhece-se a responsabilidade contributiva do provedor de internet com relação à violação de propriedade intelectual, quando há intenção ou indução para que terceiros cometam ato ilícito. Nos casos de responsabilidade Vicária é quando se tem lucratividade com os atos ilícitos praticados por terceiros e podendo limitar que essas ações continuem a produzir danos, o provedor não o faz (STJ - REsp 1.512.647 - 2.ª Seção).

Com relação à conduta ilícita foi fundamentada em sede de primeiro grau a responsabilização em *sites* varia de acordo com o caso concreto,

podendo ser reconhecida a responsabilidade objetiva pela aplicação do risco da atividade como a responsabilização subjetiva, a qual dependerá de provação do ofendido, bem como a prova da culpa ou dolo. Porém foi aplicada ao caso a responsabilidade subjetiva (STJ - REsp 1.512.647 - 2.^a Seção - j. 13/5/2015 - julgado por LUIS FELIPE SALOMÃO).

Em razão da violação de direito autoral nas redes de internet, deve responder o responsável após ser notificado e esse, nada fazer para eliminar o dano ao titular da obra. Após a comprovação da comercialização ilegal, caracterizando o ato ilícito, bem como a ilicitude culposa pela inércia do provedor de acesso e o nexo causal entre a conduta e o dano. Podendo verificar a análise dos pressupostos utilizados neste julgado e que espelham muitos outros de Tribunais diferentes, porém com argumentos semelhantes a presença do ato ilícito, o nexo de causa e efeito e a comprovação do dano material são parâmetros utilizados para sua reparação (STJ - REsp 1.512.647 - 2.^a Seção).

Sobre o Direito autoral como um instrumento da efetivação da liberdade de expressão, incidem duas hipóteses uma de maneira negativa e outra positiva. Em que poderá servir como fundamento e como limite para o Direito de autor, visto que o objeto de proteção é justamente a expressão. Entretanto deve ser delimitado terminologicamente a palavra “expressão”, no Direito do autor relaciona-se com as manifestações exteriores, o que vai ao encontro dos preceitos à liberdade de expressão (ASCENSÃO, 2008).

Justamente o Direito de exteriorização do pensamento. Poderia ser realizada com a mesma liberdade a exteriorização do pensamento havendo ou não Direito do autor. Destaca-se esse sentido em razão da relevância indireta sobre a liberdade de expressão pelo Direito do autor (ASCENSÃO, 2008).

Retornando a algumas observações críticas, destaca-se a palavra administrador, considera-se sendo a pessoa física que por seu intermédio a pessoa jurídica assume direitos e obrigações, ainda podendo ser sócio da empresa ou não, entretanto é o responsável técnico da empresa. Talvez essa não tenha sido a melhor expressão empregada pelo Marco Civil, visto que se responsabilizar o administrador enquanto pessoa terceira, e sendo que a guarda das informações citadas acima não pode ser cedida a terceiros, a quem caberá a responsabilidade civil? (TEIXEIRA, 2005).

Uma das influências externas sofridas pelo Brasil foi de Portugal e Espanha ambos saídos do período pós-ditatorial. Mesmo antes da Constituição de 1988, os Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo já contemplavam leis sobre o acesso e a ratificação de dados pessoais. Necessário esclarecimento de que o *habeas data* incute para si a responsabilidade de efetivação desse Direito, chamando atenção por parte da sociedade para a negligência quanto à proteção de dados pessoais no país (DONEDA, 2006).

Falando de influências externas podem ser citadas algumas disposições jurídicas que contemplam o tratamento da proteção de dados como a Lei n. 67/98 de 26 de outubro conhecida como a Lei da Proteção de Dados Pessoais (âmbito português). A Lei n. 41/2004 relativas ao tratamento dos dados pessoais e de proteção à privacidade nos meios de comunicações eletrônicas (âmbito português).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, por meio do artigo 12º (Âmbito internacional). A Diretiva 95/46/CE a qual se relaciona a proteção de dados pessoais bem como a circulação desses dados (âmbito europeu). A diretiva 97/66/CE relativa à proteção de dados pessoais e a proteção da privacidade dos sujeitos nas telecomunicações, a Organização Internacional do Trabalho relativa à proteção de dados da vida dos trabalhadores, entre outras relevantes.

Entretanto conforme já mencionadas no capítulo anterior, outras influências advindas dos Estados Unidos da América, são todas legislações com importantes reflexões e disposições normativas. Destarte novamente volta-se a questão da necessidade de atuação de prevenção para a proteção de dados pessoais. Desta forma, um sistema de proteção de dados qual seu instrumento principal seja por meio de recurso judicial depois de esgotadas as formas administrativas de resolução de conflito não se apresenta como adequado às exigências (DONEDA, 2006).

Diante de um necessário conjunto de soluções persiste a discussão sobre os dados pessoais se se tratam de bens jurídicos ou não quanto a sua natureza. A mercantilização das informações não é um mal em si, porém a dúvida paira entre a tutela desse direito, pois se a tutela dos dados pessoais for “proprietária”, seriam direitos reais sobre os dados pessoais seria incompatível com a condição de direito fundamental (DONEDA, 2006).

Esse tratamento proprietário insere-se dentro da tutela aquiliana na qual detém a visão completamente patrimonialista em que a responsabilidade civil em casos de responsabilidade objetiva, mesmo que a demonstração do dano seja um dos maiores problemas enfrentados na efetivação da tutela da privacidade (DONEDA, 2006).

Há uma dificuldade ancorada no consentimento do proprietário dos dados pessoais, ainda é visto como um dos pontos mais sensíveis da matéria. Pois a partir do consentimento do uso dos dados atribui-se ao Direito Civil tutelar considerando a autonomia de vontade tanto da circulação dos dados pessoais nas redes de internet e dos direitos fundamentais do sujeito (DONEDA, 2006).

Portugal por meio da Comissão Nacional de Proteção de Dados dispõe em seu 27º que o tratamento dos dados pessoais por entidades devem ser notificados a comissão antes que sejam realizadas e depois de realizadas. Permitindo que possam ser controlados e como foram realizados este tratamento. Disponibilizando um direito de acesso ao proprietário destes dados inclusive para que o mesmo possa realizar eventuais alterações das informações prestadas em um momento posterior (CASTRO, 2005).

Esta é uma forma de definir condições para os tratamentos de dados como prazo de conservação dos mesmos, formas de correção e/ou de eliminação de dados pelo seu proprietário, se poderá haver intercomunicação de dados, se este serão transfronteirados. As formas de atualização de dados, a finalidade deste tratamento entre outras exigências contidas neste instrumento disponibilizado pela comissão (CASTRO, 2005).

Esse consentimento reflete direto na privacidade e na personalidade tratando de disposições como a imagem, o corpo, identidade pessoal. Ao observar estas disposições na seara do Direito Civil há que se atentar para o ato do consentimento, que por si só não caracteriza um sistema de proteção de dados (DONEDA, 2006).

Aliás, para que um dado seja considerado pessoal deve conter algo capaz de identificar o sujeito, seja por meio de números, alfabeto, registros gráficos ou outro meio eficiente de reconhecimento do sujeito. Para os dados anônimos mesmo se referindo abstratamente a um determinado sujeito não podem ser considerados como dados pessoais (CASTRO, 2005).

À pessoa cabe revelar sua vontade da divulgação ou não de seus dados pessoais, porém muitas vezes acaba por não poder exercer sua vontade visto que, para o acesso a determinados bens e serviços necessário se faz este fornecimento. Uma das coisas que chamou atenção nesta pesquisa foi o grande número de ações no ano de 2016, envolvendo o comércio de dados pessoais, porém a principal fundamentação encontrada nos Tribunais é de tais bancos de dados não continham dados sensíveis e sim dados privados questão pacificada pelo julgamento da Ação Civil Pública n. 001/1.14. 0178998-7.

Conforme pode ser observado na pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça o comércio de dados pessoais sem a expressa autorização do titular dos dados viola os direitos a intimidade e ao sigilo das informações, destaca-se a distinção entre dados, dados pessoais e dados sensíveis para a aplicação de ato ilícito. Caso seja reconhecida a conduta ilícita restará o dever de indenizar. Com efeito, há o dano injusto decorrente de uma conduta ilícita sendo, portanto indenizável contemplando a aplicação dos novos pressupostos da responsabilidade civil.

Em relação ao conceito do ato ilícito encontram-se duas correntes, objetiva e subjetiva, a primeira orienta-se pela conduta relacionada a materialidade, pela verificação de sua contrariedade ao ordenamento jurídico. Já a corrente subjetiva engloba os aspectos do juízo de valor, entretanto esses posicionamentos podem ser colacionados como metodológicas para o ato ilícito (JORGE, 1999).

Conforme a pesquisa nos Tribunais avança percebeu-se que quando a vítima do dano não tem o IP (*internet protocol*), necessita auferir essa informação diretamente com o provedor para que possa buscar a responsabilização pelos danos sofridos. Entretanto a Constituição brasileira apreciou a questão da informação através das garantias à liberdade de expressão e do direito à informação, nos arts. 5º, IX, XIV, XXXIII, XXXIV e art. 220 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Nesse sentido a privacidade do ser humano é afetada pela maneira com que é veiculada e a finalidade de sua utilização acerca das informações inerente a ele. Torna-se imprescindível a participação do titular dos dados pessoais em procedimentos que façam uso de suas próprias informações.

Esse conteúdo, portanto deve possuir registros e informações sobre a divulgação e a finalidade das informações contidas neste espaço. Não permitindo qualquer uso desviado destes parâmetros, consistindo em práticas desleais, com exceção as autorizações realizadas por meio da legislação positivada (EUA, 1973).

Outro problema é a exposição de imagens não autorizadas nas redes de internet, situação que trata a Lei. Nº 12.737 de 30 de novembro de 2012, dispõe sobre a tipificação penal para os crimes de informática, como a invasão de computador alheio e falsificação de cartão de crédito ou débito, esse equiparado a documento pessoal pelo art. 3º, § único (BRASIL, 2012).

A última movimentação legislativa até o momento foi em 09 de novembro de 2016 por emissão de parecer e apensamento ao Projeto de Lei n. 4060/2012. A análise ao Anteprojeto de Lei (Projeto de Lei n. 5276/2016) para a proteção de dados pessoais que dispõe o tratamento para os dados pessoais e proteger a dignidade da pessoa humana ainda encontra-se pendente de aprovação do Plenário. Porém gerando excelentes perspectivas para a proteção dos dados pessoais (BRASIL, 2016).

O Anteprojeto de Lei n. 5276/2016 traz como objetivo central a regulação específica do tratamento dos dados pessoais buscando a prevenção de violações a dignidade da pessoa humana bem como a privacidade. No art. 5º vem definindo conceitos de dados pessoais, dados sensíveis muito próximos às definições de outras legislações internacionais, citadas anteriormente (Projeto de Lei n. 5276/2016).

Inseridos conceitos como os dados anônimos e a anonimização, nas quais seja impossível identificar o titular destes dados, bem como o procedimento que possibilite descaracterizar o dado pessoal, tornando-o assim incompatível com qualquer realização associativa. Este é considerado como um ponto cego para a legislação e a sociedade, visto que o PL não está contemplando os dados anônimos (SENACON, 2017).

Desta forma uma das contribuições realizadas para o PL, aborda justamente os dados anônimos como sendo um ponto cego na legislação, desde sua criação, não sendo abarcada na aplicação da Lei, em caso de aprovação do PL. Caso fossem corporificados e identificados por meio de um processo de identificação estaria protegido pelo PL (SENACON, 2017).

Destaca-se que a criação do PL é um dos momentos para tentar de alguma maneira prever todas as possíveis situações de violação, razão disso a ampla discussão e o grande número de contribuições a elas. Porém a impossibilidade disto ocorrer é de que assim como os conceitos para a proteção de dados pessoais vai se reconstruindo.

O instituto da responsabilidade civil por meio de seus pressupostos vai se reinventando conjuntamente, possibilitando a criações de uma tríade entre a proteção para o tratamento dos dados pessoais – novos pressupostos da responsabilidade civil – da responsabilidade para a solidariedade. Essa reinvenção se dá pela reconstrução das teorias clássicas de acordo com o momento histórico em que se vive a sociedade.

Importante destacar que a inovação para a identificação de dados pessoais cresce diariamente, assim amplia-se as possibilidades para que diminua cada vez mais a existência de dados anônimos (DONEDA, 2016 - 30º Seminário Internacional da ABDTIC). Porém trata-se de uma aposta, pois as redes de internet são meios velozes para criações e recriações a todo instante, de novos mecanismos de segurança e de rompimento de segurança, ou seja, para finalidades diversas. Entretanto não contemplar os dados anônimos já na criação da legislação se estará deixando uma janela aberta para possíveis violações sem amparo legal.

É evidente que a textura aberta da Constituição Federal podendo se extrair diversos aspectos como a privacidade no momento histórico vivido pela sociedade, permitindo que a sociedade adapte as necessidades à tutela constitucional. Entretanto, não se ter regulamentada ainda legislação específica para o tratamento de dados na legislação brasileira é estar em risco e sobrecarregar os demais institutos do ordenamento jurídico a cobrar uma tarefa, para qual precisa ajustar-se. Não se configura como uma situação fática ideal.

Em 2007 eram em torno de quarenta países que tinham regulado a proteção de dados pessoais de alguma maneira (CASTRO, 2006). Em 2016, cerca de cento e dez países já tem regulamentado esse tratamento (DONEDA, 2016). Estamos a mais de sete anos desde o início dos debates já tendo passado por duas consultas públicas nos anos de 2010 e 2015, porém a concretização ainda continua inerte.

5. CONCLUSÃO

Ao verificar junto à construção jurisprudencial sobre a aplicação ou não das novas teorias da responsabilidade civil, percebe-se que continua na maioria dos casos a utilização dos elementos clássicos caracterizadores do instituto da responsabilidade civil. Apesar da construção teórica de novas teorias apontarem para o foco na reparação do dano.

Observando as demandas e a enxurrada de novos danos advindos da sociedade moderna, em que a constante evolução das redes de internet provoca inúmeras mudanças na sociedade da informação. Destacou-se a importância do tema comprovado pelo muitos julgados vistos. A maioria dos julgados delimitados por sua atuação em sede de sociedade da informação, ou seja, necessariamente fazendo uso dos meios tecnológicos de comunicação, e relacionados à aplicação do filtro da proteção de dados pessoais, percebeu-se que a maiorias dos casos relacionam-se a efetividade da proteção do consumidor.

Foi proposto verificar se são aplicados os pressupostos das novas teorias da responsabilidade civil e em caso positivo avaliar o modo como estão incidindo na prevenção contra a violação da proteção de dados. Portanto o questionamento levantando foi o fato de se realmente serem aplicadas ou não, as novas teorias da responsabilidade civil na proteção efetiva dos dados pessoais nas redes de Internet.

Comprovando a segunda hipótese, qual se ancorava na hipótese negativa à aplicação dos pressupostos teóricos das novas teorias da responsabilidade civil. Permanecendo a doutrina, a fazer uso ainda dos pressupostos teóricos da teoria clássica, alcançando o objetivo geral deste trabalho.

Verificou-se que a proteção de dados pessoais no Brasil carece de aprovação de legislação específica para o tema. Ainda assusta saber que esta em tramitação o Projeto de Lei a mais de sete anos, e grandes mudanças acontecendo neste ínterim. Deve se chamar a atenção para a constante evolução na formulação e aplicação no tocando ao cenário internacional para a

legislação voltada a proteção de dados. Cresceu nos últimos anos a aderência de muitos Estados preocupados com o tema, o que amedronta é permanecer na categoria de Estado sem legislação específica para o tema, e com o qual futuramente possa sofrer barreiras em razão disso.

Visto que algumas legislações internacionais sobre o tema preveem, por exemplo, que a manutenção e tratamento do banco de dados pessoais possam ser realizados apenas entre países que possuem tal requisito. Podendo dificultar o progresso em sede econômica pela falta de legislação específica.

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) trouxe um avanço para a época de sua aprovação, porém não trouxe a previsão de diversas situações em desamparo atualmente. Vieram estabelecer garantias, princípios bem como direitos e deveres, porém com muitas insuficiências na efetivação das garantias necessárias a sociedade da informação. A ampliação da esfera privada dos indivíduos se amolda no quesito de proteger-se da sociedade, talvez seja contraditório falar em mais privacidade em tempos de exposição desmedida nas redes de internet.

Ao verificar junto à construção jurisprudencial sobre a aplicação ou não das novas teorias da responsabilidade civil, percebe-se que continua geralmente a utilização dos elementos clássicos caracterizadores do instituto da responsabilidade civil. Apesar da construção teórica de novas teorias apontar para o foco na reparação do dano.

Observando as demandas e a enxurrada de novos danos advindos da sociedade moderna, em que a constante evolução das redes de 'internet' provoca inúmeras mudanças na sociedade da informação. Destacou-se a importância do tema comprovado pelo muitos julgados envolvendo o tema. A maioria dos julgados delimitados por sua atuação em sede de sociedade da informação, ou seja, necessariamente fazendo uso dos meios tecnológicos para a comunicação. Relacionados a aplicação do filtro da proteção de dados pessoais, percebeu-se que a maioria dos casos relacionam-se a busca pela efetiva da proteção ao consumidor.

Assim a ideia nesta conclusão foi verificar se estavam sendo aplicados os pressupostos das novas teorias da responsabilidade civil ou não. As hipóteses iniciais eram de, em caso positivo, avaliar o modo como incidiam na prevenção contra a violação da proteção de dados. Portanto, o questionamento

levantando foi o fato de se realmente seriam aplicadas ou não, as novas teorias da responsabilidade civil na proteção efetiva dos dados pessoais nas redes de Internet.

Os novos danos oriundos da sociedade da informação estão enraizados na sociedade e confirmados pelo aumento no uso das redes de 'internet'. Como foi observada na elaboração desse trabalho, a falta de uma legislação efetiva para a proteção de dados pessoais no Brasil, faz com que o país se mantenha em atraso a muitos outros países. Em razão de que a preocupação com a proteção de dados pessoais aumenta cada vez mais pelo poder que a detenção de informação proporciona a quem a detenha.

Desta forma muitos países nem sequer poderão compartilhar bancos de dados pelo simples fato do Brasil não possuir legislação específica para o tema comprometendo a segurança e a perda econômica para o país. Utilizando essa informação para demonstrar a importância e a estagnação a que se permanece.

A segunda hipótese foi comprovada, a qual se ancorava em hipótese negativa à aplicação dos pressupostos teóricos das novas teorias da responsabilidade civil. Permanecendo a doutrina, a fazer uso ainda dos pressupostos teóricos da teoria clássica, alcançando o objetivo deste trabalho de verificação. Importante destacar que por mais avanços que o instituto da responsabilidade civil tenha tido, não adotadas na integralidade pela jurisprudência.

Assusta saber que está em tramitação o Projeto de Lei para a proteção de dados pessoais a mais de sete anos, e grandes mudanças acontecerão e estão acontecendo neste ínterim, devido ao rápido avanço das novas tecnologias. Entretanto, deve se chamar a atenção para a constante evolução na formulação e aplicação no tocante ao cenário internacional de legislação voltada para a proteção de dados. Cresceu nos últimos anos a aderência de muitos Estados preocupados com o tema.

Visto que algumas legislações internacionais sobre o tema prevê, por exemplo, que a manutenção e tratamento do banco de dados pessoais possam ser realizados apenas entre países que possuem tal requisito. Podendo dificultar o progresso em sede econômica pela falta de legislação específica.

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) trouxe um avanço para a época de sua aprovação, porém, não trouxe a previsão de diversas situações em desamparo. Veio estabelecer garantias, princípios bem como direitos e deveres, porém, com muitas insuficiências na efetivação das garantias necessárias a sociedade da informação. A ampliação da esfera privada dos indivíduos se amolda no quesito de proteger-se da sociedade, talvez seja contraditório falar em mais privacidade em tempos de exposição desmedida nas redes de 'internet'.

É difícil compreender como avançaram os novos danos em razão de sua complexidade e expansão, porém limita-se o julgador a costurar os retalhos protetivos de que lhe estão disponíveis no tocante a proteção de dados pessoais. Costurar as proteções infraconstitucionais e como pano de fundo fazendo uso da Constituição Federal.

Nessa linha o instituto da responsabilidade civil tem por escopo a reparação de danos para garantir o direito a vítima. Os novos danos ocorridos na sociedade da informação em tese seriam melhor contemplados pelos novos pressupostos e não pelas teorias clássicas. Nos pressupostos da teoria clássica são necessários o ato ou a ação omissiva antijurídica, culpa, o dano e o nexo de causalidade. O problema para a vítima, nesta teoria é conseguir demonstrar a culpa e o nexo de causalidade do ofensor, assim tornando bastante seletivas as demandas que chegavam ao Poder Judiciário (SCHREIBER, 2005).

Esses filtros ou barreiras como são chamadas as provas da culpa e do nexo de causalidade eram vistos como impeditivos para que surgissem demandas frívolas ao Poder Judiciário. Assim quando se menciona a erosão dos filtros da responsabilidade civil, refere-se a prova da culpa e do nexo causal e perda de sua importância ao longo do tempo. Esses pressupostos das teorias clássicas não satisfariam as demandas com os novos danos como satisfizeram anteriormente.

Não se pode olvidar que a evolução da sociedade contempla em mudanças, tanto na forma como ocorrem os danos, quanto o elo que faz suas ligações. Apesar dessa nova interpretação de insuficiência frente aos novos danos, verificou-se pelas reiteradas demandas sobre bancos de dados serem utilizados de forma diversa de sua finalidade. Portanto uma conduta

antijurídica, os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil foram invocados para embasar as sentenças. Desta forma percebe-se uma lacuna entre a doutrina e a jurisprudência, entre o que é discutido como filtros da responsabilidade civil e o conjunto de interpretações.

As inovações tecnológicas trouxeram um alargamento dos danos ressarcíveis oriundas das novas demandas. Os pressupostos das novas teorias da responsabilidade civil centram-se em reparar o dano injusto permanecendo a atenção em relação à vítima e não apenas com o intuito sancionador.

Neste contexto os pressupostos relacionados ao dever de indenizar como a culpa e o nexo de causalidade deslocam a importância para o dano. O dano dentro das novas teorias vem ascendo ao centro do instituto da responsabilidade civil, como um elemento capaz por si de atrair atenção da construção jurisprudencial (SCHREIBER, 2015).

Observou-se durante a pesquisa o deslocamento da visão doutrinária e jurisprudencial do individualismo para o coletivo, com a inserção dos elementos das novas teorias da responsabilidade civil. O reconhecimento de que a desigualdade não se trata de individualismo, mas como uma característica social de determinado grupo. E que ao vislumbrar o coletivo, estar-se-á criando uma relação de solidariedade entre indivíduo e coletivo, talvez pudesse ser este, uma forma mais eficaz de conter demandas frívolas, do que os elementos-barreira das teorias clássicas da responsabilidade civil.

Como resposta ao problema da pesquisa, o reiterando, verificar se são aplicados os pressupostos teóricos contemporâneos das novas teorias da responsabilidade civil para proteção de dados pessoais nas redes de Internet? Como resposta foi verificada que a maioria dos julgados permanece ancorada nos pressupostos das teorias clássicas. Estar-se-á falando de julgados em que foi delimitado o meio virtual como campo, ou seja, inseridos na sociedade da informação. Ademais se constata a urgente e necessária legislação protetiva para os dados pessoais no Brasil, o que faz com os julgadores costurem as legislações existentes como forma de prolatar sentença.

REFERÊNCIAS

ADC. **Asociación por los derechos civiles.** Disponível em: <<http://adc.org.ar/>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

ADOLFO, Luiz G. S.; ROCHA, Ieda; MAISONNAVE, Laura L. **O compartilhamento de obras científicas na internet.** Scielo Brasil. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340142012000200021&script=sci_ar_text&tlng=e>. Acesso em 05 out. 2017.

_____. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação.** 387 p. (Tese de Doutorado) Universidade do vale do Rio do Sinos - UNISINOS. São Leopoldo, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica.** Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar.** 1. ed. (ano 2008), 3.^a reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ASCENSÃO, J. de O. **A função social do direito autoral e as limitações legais.** In: ADOLFO, L. G. S. (Coord.). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes.** Curitiba: Juruá, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura.** Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil.** São Paulo: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade, por uma Teoria Geral da Política.** Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra S/A, 2010.

BOLESINA, Iuri; REIS, Jorge R. **A dicotomia jurídica público-privado no direito civil constitucionalizado**. III Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado. UNISC, 2016.

BRASIL. **Constituição: República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 29 de junho de 2017.

_____. Controladoria Geral da União. **Acesso à informação pública: uma introdução à Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Brasília, 2011a. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/acessoainformacao/materiaisinteresse/CartilhaAcessoInformacao.pdf>>. Acesso em: 19 de dezembro de 2017.

_____. **Transparência pública**. 2011b. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/controlSocial/documentos/FolderTransparencia.pdf>>. Acesso em: 19 de novembro de 2017.

_____. **Lei n. 12.737, de 30/11/2012**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 17 de janeiro de 2018.

_____. **Regulamenta a lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990**, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013>. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.tj-sp.jus.br/>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tj-sp.jus.br/>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Terceira Turma. REsp 1306066/MT, Brasília 17 de Novembro de 2012. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21539721/recurso-especial-resp-1306066-mt-2011-0127121-0-stj/inteiro-teor-21539722> >. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRAVO, Álvaro Sánchez. **A nova Sociedade Tecnológica: da inclusão ao controle social**. A Europ@ é exemplo?. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da Informática, privacidade e danos pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. 374p.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos (1969): **Pacto de San José da Costa Rica. 1992.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 14 de novembro de 2017.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, José de Aguiar . **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro : Forense, 1994. v. 1 e 2.

DICIONÁRIO **Oxford Advanced Learner's Dictionary**. Oxford University Press. Oxford. 1990. Disponível em : <https://en.oxforddictionaries.com>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 29 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

DONEDA, D. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. EJJL-Espaço Jurídico: Journal of Law 12 (2), 91-108.

_____. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

_____. Um código para a proteção de dados pessoais na Itália. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 4, v. 16, p. 117-132, out./dez. 2003.

EUA. *Records, computers and the rights of citizens*. **Reporto f the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems**, 1973. Disponível em: <aspe.hhs.gov/datacncl/1973privacy/c3.htm>. Acessado em : 18 de outubro de 2018.

EUR-LEX. **Protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/all/?uri=celex:31995l0046>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNÁNDES, Aníbal Manuel da Costa. **A dimensão política da Segurança para o Ciberespaço na União Europeia: A Agenda Digital, a Estratégia de Cibersegurança e a cooperação UE-OTAN**. 2015, 135 p. Dissertação Realizada para Obtenção do Grau de Mestre em Relações Internacionais pela Universidade dos Açores (6.º Edição 2012/2014).

FERREYRA, Roberto A. Vázquez. **El acto ilícito: significado, estructura y evolución**. In: **GESUALDI**, Dora Maria (Coord.). *Derecho privado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FORTES, Vinicius B. **A Privacidade e a Proteção dos Dados Pessoais no Ciberespaço como um Direito Fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil**. Seqüência: estudos jurídicos e políticos, v. 35, n. 68, 2014, p. 109-127.

_____. Vinicius Borges. **Os Direitos de Privacidade e A Proteção de Dados Pessoais na Internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação**. Lisboa: Almedina, 2003.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promesas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos Humanos, Educação e Cidadania: Conhecer, Educar, Praticar**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Tradução de Raul Lima. Revista Forense, São Paulo, n. 456, p. 52-63, jun. 1941.

LAEBER, Márcio Rafael Silva. **Proteção de dados pessoais : O Direito à Autodeterminação informativa.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, DTR, v. 37, p. 59-80, jul./set. 2007.

LÉVY, P. **Cibercultura.** Rio de Janeiro: Editora 34, 1999.

_____. **As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática.** São Paulo: Editora 34, 2010.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2. ed. rev. e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo : RT, 1998.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia.** Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet.** Curitiba: Juruá, 2005. 234p.

MILL, John S. **On Liberty.** London: John W. Parker and Son, West Strand, 1859.

MIRAGEM, Bruno. **O Conceito de Domicílio e sua repercussão nas relações jurídicas eletrônicas. A aplicação da lei no espaço e a internet sob a perspectiva do Direito Brasileiro.** Revista de Direito Privado, [S.L], v. 19, p. 10-45, jul./set. 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva.** Revista dos Tribunais, vol. 854/2006, p. 11 – 37, dez/2006, DTR\2006\726.

_____. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORI, Michele K. **Direito à Intimidade versus Informática.** Curitiba: Juruá Editora, 2001.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil.** Volume I. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil.** Coimbra : Almedina, 1999.

OCDE. **Organização para a cooperação e desenvolvimento económico.** Disponível em: <www.oecd.org/>. Acesso em: 11 jan. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet.** Curitiba: Juruá, 2006.

PERES, Eduardo Pereira. **Liberdade de expressão e violação da privacidade na sociedade da informação: Uma análise a partir do Marco Civil da Internet e dos novos paradigmas da responsabilidade civil.** 2015. 140 p. (Dissertação de Mestrado) Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, 2015.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital.** São Paulo: Saraiva, 6ª Ed. 2016.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Cyber Rights: Direitos Fundamentais dos cidadãos digitais e a existência de uma ordem pública global através da internet.** Revista dos Tribunais, [S.L], v. 971, p. 167-185, set. 2016.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2000. 280 p.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Receita federal- imposto de renda pf e pj.** Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/>>. Acesso em: 13 set. 2017.

RECUERO. Raquel. **Redes sociais na Internet.** Porto Alegre: Sulina, 2009.

REIS, Jorge Renato Dos; SILVA, Rogerio Da. O Princípio da Solidariedade como forma de harmonizar os conflitos decorrentes das relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, [S.L], v. 112, n. 4268, p. 339-363, jul./ago. 2017.

RICOEUR, P. **O justo 1.** Trad.: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. **Direitos fundamentais sociais e a solidariedade: notas introdutórias.** In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos.** Tomo 11. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

RODOTÀ, Stéfano. **A vida na sociedade da vigilância - a privacidade hoje.** Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAFERNET BRASIL. **Enfrentamento aos crimes e violações aos direitos humanos na internet.** Disponível em: <new.safernet.org.br/>. Acesso em: 26 fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SENACON. **Secretaria nacional do consumidor.** Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/5>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Joseane Suzart Lopes Da. **A responsabilidade civil dos provedores em face dos consumidores de produtos e serviços contratados no ambiente virtual: A relevância do Marco Civil da Internet regulamentado pelo Decreto Federal 8.771/2016.** Revista de Direito Civil Contemporâneo, [S.L], v. 10, n. 469, p. 151-190, jan./mar. 2017.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro : Forense, 1997. v. 1.

_____. **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro : Forense, 1993.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos.** Revista dos Tribunais, vol. 731/1996, p. 86 – 88, set/1996.

_____. **Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos.** In: **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil.** Vol. 1, p. 607 – 610, out /2011. DTR\1996\378.

_____. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial.** São Paulo: RT, 1999.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEIXEIRA, Tarcisio. **WI-FI - Risks and limitations of liability sharing**. Revista dos Tribunais, [S.L], v. 961, p. 19-34, nov. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

WARREN S D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.