



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Direito Fundamental à privacidade em face dos novos veículos de publicidade de massa.

Gabriel Climaco de Queiroz Andrade

Rio de Janeiro
2014

GABRIEL CLIMACO DE QUEIROZ ANDRADE

O Direito Fundamental à privacidade em face dos novos veículos de publicidade de massa.

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Prof. Artur Gomes

Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Prof. Rafael Iorio

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE EM FACE DOS NOVOS VEÍCULOS DE PUBLICIDADE DE MASSA.

Gabriel Climaco de Queiroz Andrade

Graduado pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: No contexto da sociedade pós-moderna, em que a informação assume papel de destaque na produção de riquezas e promoção do bem estar, o presente trabalho se propõe a analisar os reflexos do uso desmoderado dos veículos de comunicação de massa. Pretende-se verificar até que ponto é interessante para o indivíduo ser destinatário de uma divulgação de informações em larguíssima escala, especialmente direcionada ao mercado consumidor. Diante disso, uma vez verificada a violação ao direito fundamental à privacidade, a depender do caso concreto, deve-se utilizar do mecanismo previsto no ordenamento jurídico para coibir tais práticas, qual seja a responsabilização pelo dano moral provocado, nos termos do art. 5º, X da Constituição da República.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Responsabilidade Civil.

Sumário: Introdução. 1. Pós-modernidade e direito fundamental à privacidade. 1.1. Os direitos fundamentais e a proteção da privacidade. 2. As formas de publicidade de massa. 3. Violação da privacidade e responsabilidade civil. 3.1. Da verificação do dano moral. 4. Atualidades: como o Estado trata o tema. 4.1. Direito comparado e necessária atuação do Poder Legislativo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Dentre as diversas consequências do fenômeno da globalização desde o final do século XX, pode-se destacar o surgimento de um novo modelo de organização da sociedade, no qual a informação desempenha um papel fundamental na produção de riquezas e na promoção do bem estar e da qualidade de vida das pessoas. E as novas tecnologias assumem papel importantíssimo nesse processo de formação e expansão dessa sociedade.

Os pontos positivos são inegáveis, como por exemplo, o aumento do acesso à informação, ainda que apenas para parcela da população, o encurtamento das distâncias e estreitamento das relações, a maior circulação de riquezas, entre outros. No entanto, também há aspectos negativos, em especial quando esse fluxo de informações se torna demasiadamente grande a ponto de não ser suportado pelos seus destinatários.

Diante desse panorama, o presente trabalho se propõe a analisar os reflexos do uso desenfreado dos veículos de comunicação de massa, que se caracterizam pela divulgação de informações em grande escala, de forma cada vez mais rápida, e com uma amplitude que atinge todo tipo de público (especialmente o mercado consumidor).

Sendo assim, objetiva-se definir até que ponto é bom para a sociedade ser alvo dessa enxurrada de informações, sem que isso afete seus direitos da personalidade, em especial o direito fundamental à privacidade previsto no art. 5º, X, da Constituição da República. E mais: uma vez verificada a violação desse direito, há no Ordenamento Jurídico mecanismo posto à disposição para coibir tais práticas, qual seja a responsabilização pela prática de dano moral. Resta, portanto, colocar em prática esse mecanismo a fim de dar efetividade os direitos fundamentais previstos na Constituição.

1. PÓS-MODERNIDADE E DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

No estudo da sociedade contemporânea, principalmente a partir da segunda metade do século XX, muito se tem falado no surgimento de uma nova era, essencialmente marcada pelo deslocamento de um sistema baseado na manufatura de bens materiais para outro que encontra suporte na informação. E os mais variados termos são utilizados para denominar essa nova era, tais como sociedade da informação, sociedade de consumo, pós-modernidade, entre outros.

Independente da nomenclatura utilizada, fato é que o presente sistema social evidencia diversas mudanças na sociedade, que possuem elementos positivos e negativos. Por exemplo, não obstante o avanço da tecnologia da comunicação ter proporcionado um grande aumento na circulação de informações, disponíveis a um número cada vez maior de pessoas, gerou como consequência a violação crescente da intimidade e da vida privada dos indivíduos.

Assim, por mais que os benefícios sejam inegáveis, não se pode deixar de levar em consideração essas consequências negativas, até para que, uma vez verificadas, elas possam ser minimizadas e/ou eliminadas. Nesse ponto se verifica o foco do presente trabalho: expor que, diante dessa situação, devem ser postos em prática os mecanismos fornecidos pelo Ordenamento Jurídico para preservar o direito fundamental à privacidade.

Antes disso, faz-se necessária a análise do contexto no qual está inserido o problema da privacidade: o fenômeno da globalização, o surgimento da chamada “sociedade da informação” e o consumismo.

O sociólogo Anthony Giddens¹, em sua obra “As consequências da modernidade”, aponta que um ponto comum do qual derivam os 3 fenômenos acima mencionados é a mudança na relação entre tempo e espaço que ocorreu ao longo da história.

Nas sociedades pré-modernas, espaço e tempo coincidiam amplamente, uma vez que as dimensões espaciais da vida social eram, na maioria das vezes, dominadas pela presença, por atividades localizadas. Já com o advento da modernidade, intensificaram-se as relações entre ausentes. O tempo, por seu dinamismo, se tornou um fator independente do espaço, que por sua vez é inerte, imutável.

Sendo assim, a separação entre tempo e espaço contribuiu para o dinamismo da sociedade pós-moderna, que não é mais restrita a hábitos e práticas locais. Ao contrário, ela é

¹ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 21.

capaz de conectar o local e o global instantaneamente, refletindo um processo de alongamento das relações sociais, que nada mais é do que a característica mais marcante da globalização.

Um dos aspectos fundamentais da globalização, que é pertinente ao presente trabalho e também contribui para o alongamento das relações sociais, é o desenvolvimento tecnológico, especialmente a transformação das tecnologias de comunicação, quando a internet passou a assumir papel essencial. Por exemplo, o morador de uma pequena vila de pescadores numa ilha do Caribe pode ter amplo acesso aos fatos que envolvem a economia mundial, as eleições de um país no Oriente, e o campeonato de futebol europeu.

Diante disso, vê-se que a transformação das tecnologias de comunicação, embora não seja o único fator, em muito colaborou para a intensificação da circulação de informações, contribuindo para o surgimento da chamada sociedade da informação. Esta se define, basicamente, como uma nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações.

Uma característica marcante dessa sociedade da informação, e que se relaciona diretamente com o objeto do presente trabalho, é o imenso avanço na infraestrutura da comunicação com o advento da internet. A possibilidade de troca de informações de vários usuários para outros muitos ao mesmo tempo revolucionou o sistema de comunicação.

A internet, portanto, é o principal meio de comunicação de massa, que permitiu a comunicação de todos para todos e amplo acesso à informação em escala global, quebrando as barreiras de tempo e de espaço. Como exemplo, basta que se pense no sistema de busca do “Google”, no qual qualquer pessoa, independente de localização física, pode encontrar praticamente todo tipo de informação que quiser, seja por meio do computador, *tablet* ou celular.

Ocorre que, não obstante o inegável progresso obtido, conforme exposto nas linhas acima, a intensificação das comunicações possui um aspecto negativo, qual seja, a possibilidade de se estabelecer um maior controle do comportamento dos indivíduos. Em algumas de suas obras publicadas na década de 1970, Michel Foucault tratou do tema da vigilância na sociedade contemporânea². E muito embora seu enfoque maior fosse sobre a vigilância em fábricas, hospitais e, especialmente, em prisões³, é possível se estabelecer uma analogia com o controle que hoje é exercido sobre a sociedade da informação.

Isso porque uma das principais razões dessa vigilância do modelo panóptico é a possibilidade de constituir um saber sobre os indivíduos vigiados. Ora, quanto maior for a quantidade de informações em relação aos indivíduos, maior será o controle do seu comportamento; e maior será a possibilidade de torna-lo útil para o fim que se deseja, qual seja, o delineamento do perfil das pessoas, das tendências de compras dos consumidores.

Essas informações pessoais podem ser obtidas das mais variadas formas, seja porque o cliente as forneceu voluntariamente (ao preencher um cadastro para aquisição de um cartão de fidelidade, por exemplo), seja por artimanhas eletrônicas realizadas por empresas que operam na internet. Essas empresas monitoram seus clientes, criam o perfil de cada um, e vendem informações de caráter pessoal para empresas de marketing.

De uma forma ou de outra, o que se busca é a vigilância das pessoas para que elas possam ser classificadas de acordo com seus gostos, hábitos de consumo e níveis sociais, informações essas de caráter estritamente pessoal e que acabam sendo comercializadas com o intuito de alimentar o marketing e fomentar o consumismo. Zygmunt Bauman⁴ elucida bem essa questão em sua obra “Vida para consumo”:

² MAIA, Antonio C. Sobre a analítica do poder de Foucault. *Tempo social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, n. 7, p. 96, out. 1995.

³ Foucault abordou o estudo do modelo arquitetural panóptico, que consiste basicamente na construção em forma de anel, com uma torre no centro, de forma a garantir a constante vigilância dos presos.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 11.

As empresas precisam identificar os clientes menos valiosos”, explica outro executivo. Em outras palavras, elas necessitam de uma espécie de “vigilância negativa”, ao estilo do *Big Brother* de Orwell ou do tipo panóptico, uma geringonça semelhante a uma peneira que basicamente executa a tarefa de desviar os indesejáveis e manter na linha os clientes habituais (...). Elas precisam de uma forma de alimentar o banco de dados com o tipo de informação capaz, acima de tudo, de rejeitar os “consumidores falhos” – essas ervas daninhas do jardim de consumo, pessoas sem dinheiro, cartões de crédito e/ou entusiasmo por compras, e imunes aos afagos do marketing. Assim, como resultado da seleção negativa, só jogadores ávidos e ricos teriam a permissão de permanecer no jogo do consumo.

Aliás, sob a ótica do consumismo, essa mesma sociedade (da informação) é também chamada de “sociedade de consumo”, na qual a capacidade de querer, desejar, ansiar e experimentar passou a ser o verdadeiro propósito do convívio humano e, principalmente, sustentáculo da economia. O ato de consumir se tornou um fim em si mesmo.

De acordo com Bauman⁵, os desejos sempre crescentes, associados ao consumo e descarte quase que instantâneos, são as principais razões da imediatidade, da pressa, da “vida agorista” dos cidadãos da era consumista. A substituição de mercadorias é contínua, pois tão logo o indivíduo adquire um bem, este já se torna obsoleto, fazendo-se necessário seu descarte a fim de que se abra espaço para novos bens. Forma-se um ciclo de consumo, no qual o mais importante é o movimento, a circulação de riquezas.

Somado ao crescimento exponencial da produção e, por conseguinte do seu descarte, tem-se o excesso de informação, oriundo essencialmente do marketing necessário para manter sempre ativo esse ciclo. O resultado lógico é que, em razão do demasiado volume de informação produzido, a maior parte é descartada pelo receptor, dada sua impossibilidade de absorção e assimilação. Bauman⁶ sintetiza a questão, ao afirmar que

Na acirrada competição pelo mais escasso dos recursos – a atenção de potenciais consumidores –, os fornecedores de pretensos bens de consumo buscam desesperadamente sobras não cultivadas do tempo dos consumidores, qualquer

⁵ Ibid., p. 44-46.

⁶ Ibid., p. 55.

brecha entre momentos de consumo que possa ser preenchida com mais informação. Esperam que alguma parcela da multidão anônima situada na extremidade receptora do canal de comunicação, no curso de suas buscas desesperadas pelas informações que necessitam, acabe cruzando por acaso com informações das quais não precisa, mas que os fornecedores desejam que absorva [...]

O alcance da felicidade é a promessa que está por trás de cada propaganda, provocando no indivíduo a sensação de que ele precisa adquirir um ou outro produto se quiser obter certa posição social e ser reconhecido por isso. O medo da exclusão, do não pertencimento à sociedade, fomenta os desejos dos consumidores, que na verdade são insaciáveis.

Diante disso, a propaganda exerce papel fundamental para manutenção do ciclo de consumo, uma vez que ela é o meio através do qual se mantém sempre ativo esse desejo insaciável dos consumidores: necessidades são criadas e, logo em seguida, são desprezadas, encaradas como já ultrapassadas, e que devem dar lugar a novas necessidades também criadas. A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros. Seguindo as lições de Bauman⁷, “sem a repetida frustração dos desejos, a demanda de consumo logo se esgotaria e a economia voltada para o consumo ficaria sem combustível”.

Assim sendo, esse é o panorama do atual momento de pós-modernidade: uma sociedade extremamente consumista, dinâmica, globalizada e que se baseia essencialmente da informação. Todavia, não se pode admitir que os indivíduos fiquem reféns das consequências negativas geradas pelos fenômenos mencionados, em especial com relação a violação ao direito fundamental à privacidade.

É preciso que se garanta ao indivíduo o exercício da privacidade, a fim de que ele possa dispor de um espaço reservado onde possa se voltar para si mesmo, sem que se sinta sob vigilância ou controle de outrem. Somente nesse espaço seguro e inviolável, o indivíduo

⁷ Ibid., p. 64.

pode exercer seu direito de autodeterminação e, conseqüentemente, de liberdade – que também é direito fundamental previsto no caput do art. 5º da Constituição da República.

1.1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE

De acordo com as lições de José Afonso da Silva⁸, direitos fundamentais se referem àquelas prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Os direitos são tidos como fundamentais exatamente porque tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive com as demais.

Tamanha é a sua importância, pois nascem e se fundamentam no princípio da soberania popular, uma vez que os direitos fundamentais refletem a sociedade num dado momento histórico. Em outras palavras, ao longo da história os direitos fundamentais foram sendo reconhecido e, principalmente, efetivados a depender das exigências da sociedade.

Isso explica o porquê de, desde as primeiras constituições, os direitos fundamentais terem passado por diversas transformações, tanto no que diz respeito ao seu conteúdo, quando à titularidade e eficácia. Na doutrina⁹, costuma-se dividir os direitos fundamentais em dimensões¹⁰, a depender exatamente dessas transformações que ocorreram ao longo dos anos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são originários do modelo liberal, de cunho individualista. São conhecidos como direitos negativos, uma vez que representam a

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 178.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 45.

¹⁰ A doutrina clássica se utiliza do termo “gerações”. Entretanto, modernamente a expressão recebe críticas, uma vez que se verifica o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais, de forma cumulativa, e não de alternância. A expressão “gerações” poderia sugerir falsamente a substituição gradativa de uma geração por outra, quando, em verdade, os direitos fundamentais se complementam. Por isso a doutrina moderna prefere utilizar o termo “dimensões”.

abstenção, a não intervenção do Estado na esfera privada. Aqui se enquadra o direito à privacidade previsto no art. 5º, X da CR.

Diante dos problemas sociais e econômicos advindos do modelo liberal-burguês, passou-se a demandar um papel mais ativo do Estado na realização da justiça social. É nesse contexto que surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão, que demandam prestações positivas do Poder Público a fim de que todos possam participar do bem-estar social.

Já os direitos de terceira dimensão – ou direitos de solidariedade e fraternidade – surgem a partir de uma preocupação com a coletividade, tanto que seus titulares não são os indivíduos isoladamente considerados, mas sim grupos específicos. A titularidade, portanto, é coletiva, difusa, como é o caso dos direitos à paz, ao meio ambiente equilibrado e à qualidade de vida, entre outros. Doutrinadores como Pérez Luño¹¹ enxergam os direitos fundamentais de terceira dimensão como

Uma resposta ao fenômeno denominado de “poluição das liberdades”, que caracteriza o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nesta perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida (...), bem como o direito de informática (ou liberdade de informática), cujo reconhecimento é postulado justamente em virtude do controle cada vez maior sobre a liberdade e intimidade individual mediante bancos de dados pessoais, meios de comunicação etc

De acordo com essa concepção, portanto, os direitos de terceira dimensão surgiram como uma resposta da sociedade às consequências negativas geradas pelo avanço tecnológico. A sociedade se desenvolveu de tal forma que certas liberdades garantidas pelo Estado, como a de expressão e de comunicação, começaram a se chocar com outras, como a privacidade.

Diante do conflito, surge a necessidade de proteção dos indivíduos coletivamente considerados, a fim de que seja possível harmonizar seus direitos com os outros, também

¹¹ LUÑO, Apud SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 49.

fundamentais, previstos na Constituição da República. Tanto que o art. 220, *caput*, e §1º, ao dispor sobre a liberdade de informação, impõe como limite a observância dos direitos fundamentais à privacidade, honra e imagem:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

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

Assim, como se percebe do estudo das dimensões dos direitos fundamentais, estes evoluíram em resposta às demandas da sociedade. E hoje se percebe uma premente necessidade de o Estado intervir para garantir um direito reconhecido há tempos, desde o liberalismo, qual seja a privacidade.

Nesse contexto, importante estabelecer a distinção entre simples reconhecimento e declaração dos direitos fundamentais e a sua garantia quando houver violação. Embora o texto da Constituição não distinga expressamente direito e garantia, a doutrina normalmente interpreta da seguinte forma¹²: os direitos correspondem às disposições meramente declaratórias, que imprimem sua existência legal, enquanto as garantias aparecem nas disposições assecuratórias, que limitam o poder em defesa dos direitos.

Nem sempre é possível fazer tal distinção, mas em muitos dispositivos fica nítido que o constituinte, ao prever um direito fundamental, instituiu um mecanismo de garantia desse direito, para que ele possa ser efetivado em caso de violação.

Por exemplo, o art. 5º, X da Constituição da República dispõe que “são invioláveis as intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse caso, os direitos

¹² SILVA, op. cit., p. 186.

são a intimidade, vida privada, honra e imagem, enquanto a garantia é representada pela inviolabilidade e pela possibilidade de indenização em caso de violação.

Especialmente no que diz respeito aos direitos à intimidade e à vida privada, que são objeto do presente estudo, primeiramente deve-se ressaltar que a maior parte da doutrina e jurisprudência não distingue tais expressões. Talvez pela dificuldade de conceituações independentes, costuma-se tratar intimidade e vida privada da mesma forma, como espécies do gênero “privacidade”.

José Afonso da Silva¹³, por exemplo, entende a privacidade como conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Em seguida, aponta que no Judiciário norte-americano a Suprema Corte há muito enfrentou esse tema e identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só (“*right to be alone*”).

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes¹⁴ leciona que, não obstante as divergências, há consenso no que diz respeito ao direito à privacidade como a pretensão de estar separado de grupos, mantendo-se o indivíduo livre da observação dos outros. Tal direito seria necessidade do ser humano, para própria saúde mental, sem a qual não há condições para o desenvolvimento livre da personalidade. Para ele:

O direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna. (...) Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. (...) Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.

¹³ Ibid., p. 206.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 280 e 281.

Assim, fica nítida a necessidade de se resguardar o direito à intimidade dos indivíduos, especialmente na presente sociedade pós-moderna. Para tanto, a Constituição da República previu expressamente no art. 5º, X, parte final, que a violação da privacidade pode gerar ao lesado direito à indenização por dano material ou moral.

A importância na proteção desses direitos fundamentais se dá por conta da estreita relação estabelecida com o princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá fundamento. A dignidade da pessoa humana, aliás, na condição de valor fundamental, exige o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Por essa razão que, modernamente, se reconhece a função do princípio da dignidade da pessoa humana de ser elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional. Tanto que muitos doutrinadores cuidam da função instrumental integradora e hermenêutica desse princípio, pois serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o Ordenamento¹⁵.

E nem podia ser diferente. Sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhes são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. Sem liberdade, sem autonomia pessoal – como capacidade de o ser humano formatar sua própria existência e ser sujeito de direitos – não há dignidade.

O já citado constitucionalista Ingo Sarlet, ao trabalhar a necessidade de proteção da identidade pessoal – no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual –, expõe a necessidade do respeito à privacidade, intimidade, honra e imagem, concluindo que só assim se alcança o livre desenvolvimento da personalidade e, por conseguinte, a dignidade humana.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 91.

Corroborando com tal raciocínio, apresenta trechos de decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional da Espanha¹⁶, nos seguintes termos:

O direito à intimidade, como derivação da dignidade da pessoa, implica a existência de um âmbito próprio e reservado em face de atuação e conhecimento dos demais, indispensável à manutenção de uma qualidade mínima de vida humana. O direito à intimidade, que assegura ao indivíduo um âmbito reservado de sua vida, encontra-se estreitamente vinculado à própria personalidade e deriva, sem dúvida alguma, da dignidade da pessoa humana.

A privacidade, portanto, deve ser preservada, pois assim se está respeitando a própria dignidade da pessoa do indivíduo. Esse princípio, então, deve ser encarado como limite à atuação do Estado e também dos indivíduos. Ou seja, as relações entre particulares também podem sofrer restrições para atender à dignidade.

Assim, o papel do Estado é ainda maior nos dias atuais: não só deve ser abster de invadir a esfera privada e violar os direitos dos indivíduos, como deve impedir que atos de outros indivíduos violem esses direitos. Em outras palavras, o Estado deve garantir que todos cumpram com o chamado dever geral de respeito¹⁷.

2. AS FORMAS DE PUBLICIDADE DE MASSA

Uma vez apresentado o contexto em que se desenvolve a sociedade de consumo, bem como a necessidade de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, em especial a privacidade, cabe agora expor as formas pelas quais se verifica sua violação.

Conforme já mencionado, a publicidade exerce papel fundamental para a manutenção do ciclo de consumo, pois se vale de mecanismos para manter sempre ativo o

¹⁶ Ibid., p.104.

¹⁷ Ibid., p.136.

desejo do consumidor. Mas antes de abordar essa sistemática, convém distinguir certos termos.

De acordo com a definição da *American Marketing Association – AMA*¹⁸, marketing é um conjunto de procedimentos que envolvem a criação, comunicação e entrega de um produto para o cliente, bem como a administração do relacionamento com eles. Assim, seus quatro pilares são: produto, preço, local de venda e promoção (ou propaganda *lato sensu*).

Por sua vez, a promoção é gênero do qual são espécies a propaganda *stricto sensu* e a publicidade, muito embora grande parte dos estudiosos trate os termos como sinônimos. A diferença sutil, mas relevante, é que a propaganda se refere à divulgação paga de informações, enquanto a publicidade é gratuita.

Dado esse panorama, agora é possível tratar da publicidade de massa: apesar de a comunicação autêntica ser a estabelecida com igualdade de condições entre emissor e receptor, isto é, com possibilidade recíproca de compreensão, a publicidade de massa é um sistema de comunicação que se promove num sentido único. Em outras palavras, o emissor envia a informação, mas não há a imediata resposta do receptor.

Caracteriza-se, então, pela divulgação de mensagens em larga escala, de forma muito rápida e ampla, pois atinge um número muito grande de pessoas. Mas esse público receptor não é indefinido ou aleatório. Ao contrário, os destinatários são minuciosamente selecionados, a partir de métodos de pesquisa que identificam cada tipo de consumidor a partir de suas necessidades, desejos, hábitos e gostos. É essa análise de mercado que é tida como base do planejamento publicitário.

Assim, uma vez selecionado seu público, a publicidade de massa é posta em prática pelas seguintes etapas: i) introdução da ideia no público pela apresentação do produto; ii)

¹⁸ PROPAGANDA e publicidade. Disponível em: <<http://www.conceitoideal.com.br/Publicidade-e-Propaganda/qual-a-diferenca-entre-propaganda-e-publicidade.html>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

conscientização da massa acerca da necessidade¹⁹ do produto e; iii) possibilidade de satisfação da necessidade pela aquisição do produto.

Se o indivíduo foi atingido por esse processo psicológico de persuasão, principalmente se o levou ao ato da compra, pode-se concluir que a mensagem publicitária de massa foi eficaz.

Pois bem. É esse o mecanismo utilizado para manutenção ativa do ciclo de consumo. E por isso é possível perceber a interdependência entre a sociedade de consumo e a publicidade de massa.

Feita essa apresentação, passa-se a abordar brevemente algumas das formas pelas quais se coloca em prática a publicidade de massa, especialmente os e-mails spam e o telemarketing.

O termo “spam” consiste no envio de mensagens de caráter publicitário, via internet, de forma indiscriminada, ou seja, sem que tenha havido qualquer solicitação por parte do consumidor. A doutrina²⁰ passou a utilizar a expressão como publicidade indesejada que abarrotava as caixas postais eletrônicas, obstruindo as mensagens relevantes. E segundo pesquisas realizadas, o spam representaria cerca de metade do tráfego de mensagens enviadas mundialmente.

Tal prática representa um custo elevado para a sociedade. De um lado, há a necessidade de investimento dos provedores para aumento da capacidade de armazenamento, bem como para desenvolvimento de programas anti-spam. De outro lado, verifica-se, além da invasão da privacidade, a perda de tempo para identificar e apagar mensagens indesejadas, e também os riscos da contaminação por vírus que podem causar danos ao patrimônio dos destinatários.

¹⁹ Essa necessidade, em verdade, é virtual. Ou seja, trata-se de uma necessidade criada pela publicidade de massa, que mais se assemelha a um desejo. E é esse desejo o verdadeiro motor da cadeia de consumo, conforme abordagem do primeiro capítulo do presente trabalho.

²⁰ ERENBERG, Jean Jaques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 58.

Sobre esses problemas, Ricardo Lorenzetti²¹ chamou a atenção:

O envio de e-mails não solicitados pelo usuário constitui um modo de publicidade que diminui sensivelmente os custos de transação com relação ao correio tradicional, já que, uma vez que se consiga uma lista de usuários, podem-se enviar quantidades enormes de mensagens com baixíssimos custos. Os problemas são enfrentados pelos usuários do computador, que poderá receber vírus ou ficar diante da saturação de sua caixa de correio eletrônico, além da invasão da privacidade.

Conforme bem apontado pelo doutrinador, o custo para envio dessas mensagens é quase zero, tratando-se de verdadeira forma de publicidade. Assim, não cabe a comparação, por exemplo, com a propaganda de rádio de televisão, que é paga e representa um dos grandes sustentáculos das próprias emissoras.

Em outras palavras, não bastassem os malefícios apontados pelo envio desmoderado de e-mails spam, trata-se de prática gratuita e que acaba trazendo benefícios tão somente para o remetente das mensagens.

Além desse, outro mecanismo muito utilizado pela publicidade de massa é o telemarketing, ou seja, a promoção de vendas realizada por telefone. Da mesma forma que os e-mails spam, trata-se de prática realizada a um custo muito baixo e que atinge uma enorme quantidade de pessoas. Assim como as caixas postais eletrônicas ficam abarrotadas, um indivíduo costuma receber dezenas de ligações diárias que visam o oferecimento dos mais variados produtos e serviços.

Isso porque, proliferam no mercado as empresas especializadas nesse tipo de venda à distância, na qual o operador de telemarketing atua da central de atendimento diretamente com os potenciais consumidores de diversos segmentos. Os mais comuns são cartões de crédito, assinatura de revistas e planos de telefonia, entre outros.

O problema maior, e que afeta diretamente a privacidade e o sossego do indivíduo, é a inconveniência dessas ligações, seja pelos horários em que são realizadas, seja pela forma

²¹ LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 392.

insistente e muitas vezes agressiva do operador de telemarketing. Como ele recebe um percentual sobre o total de vendas que efetua, não raro são extrapolados os limites do que seria tolerável.

São comuns as ligações após as 21 horas, normalmente sendo esse o único momento do dia em que a família pode se reunir. Também são corriqueiras as ligações em finais de semana e feriados, inclusive no início da manhã, quando as pessoas geralmente aproveitam algumas horas de sossego para descansar do ritmo acelerado da vida durante a semana. E como se isso não bastasse, o indivíduo ainda precisa convencer o operador de telemarketing de que não precisa ou não está interessado naquele produto ou serviço oferecido. Nitidamente um abuso de direito, refletindo condutas que ultrapassam a barreira do razoável.

Por fim, embora não seja voltada para o consumo, merece destaque a propaganda eleitoral, que também pode ser enquadrada como publicidade de massa a depender da forma como é feita.

Na última década, tornou-se comum a realização de campanha eleitoral por meios de comunicação mais modernos até então não utilizados, especialmente em redes sociais e por mensagens de texto de celular.

A conduta é tão invasiva e inconveniente quanto à dos e-mails spam e do telemarketing. Seja pelas redes sociais ou pelo celular, no período que antecede as eleições os eleitores têm recebido centenas de mensagens, normalmente enviadas pelos mesmos candidatos, como se pudessem ganhar o voto se valendo da insistência.

Assim, são verificados diversos reflexos em comum dessas três práticas de publicidade de massa – e-mails spam, telemarketing e propaganda eleitoral –, quais sejam a perturbação do sossego e violação da privacidade, principalmente porque normalmente o indivíduo jamais forneceu qualquer informação sua que permitisse o contato.

É chocante imaginar que, diariamente, seja pela internet ou por telefone, pessoas desconhecidas abordam milhares de outras pessoas, lhes chamando pelo nome, e munidas de todo tipo de informação relevante para se estabelecer um perfil de consumidor. Sem dúvida a privacidade vem perdendo espaço, tornando-se cada vez mais uma utopia na sociedade atual. No entanto, é possível (e necessário) por um freio nessas condutas. Basta colocar em prática os mecanismos que o Ordenamento Jurídico coloca à disposição. É o que se passa a abordar.

3. VIOLAÇÃO DA PRIVACIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL

A violação do direito a privacidade, assim como qualquer direito, bem como suas consequências, está inserida no estudo da responsabilidade civil.

De início, importante que se faça a distinção entre responsabilidade e obrigação: esta é o vínculo jurídico que se confere ao credor correspondente ao direito de exigir do devedor o cumprimento de determinada prestação. Já a responsabilidade só surge se o devedor não cumpre espontaneamente sua obrigação, ou seja, é consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

De acordo com as lições de Sérgio Cavalieri Filho²²,

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. (...) E sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário.

Assim, a responsabilidade civil nada mais é do que um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Não por outra razão, o Código Civil de 2002 dispõe que todo aquele que violar direito (art. 186) ou extrapolar os limites no exercício do seu direito (art. 187), gerando dano a outrem, comete ato

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 20.

ilícito. Em complementação, o art. 927 impõe ao causador do dano decorrente de ato ilícito o dever de reparação.

Da análise dos dispositivos acima mencionados, verifica-se que o Ordenamento adotou como regra geral a responsabilidade com base na culpa, isto é, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva. Assim, o pressuposto para que o causador do dano tenha o dever de indenizar é que ele tenha agido com culpa – em sentido *lato*, ou seja, dolo ou culpa *stricto sensu*.

Importante que se mencione, ainda, que a responsabilidade civil pode ser classificada, entre outros aspectos, por derivar de negócio jurídico entre as partes ou de obrigação extracontratual. Ou seja, na responsabilidade contratual o agente descumprir o avençado, tornando-se inadimplente; já na extracontratual, ele infringe um dever legal, sendo o caso dos já citados artigos 186 e 187 do Código Civil.

A responsabilidade extracontratual – ou aquiliana, como denominada pela doutrina – é a que guarda relação com a hipótese examinada no presente trabalho. Para que ela exista, não é necessário qualquer vínculo jurídico prévio entre a vítima e o causador do dano. Ao contrário, compreende a violação dos deveres gerais de abstenção, do dever genérico de não lesar, como os que correspondem aos direitos previstos no art. 5º, X da Constituição da República, entre eles a privacidade.

A sistemática do Código Civil, portanto, é bastante simples, e se aplica ao caso objeto do presente estudo: todo indivíduo é titular do direito fundamental à privacidade. Uma vez ocorrida sua violação pelo uso desmoderado dos meios de publicidade de massa, é simples a verificação do dano moral ao titular. Assim, caracterizado o ato ilícito praticado pelo violador, surge para ele o dever de indenizar.

Embora seja simples a sistemática, na prática a caracterização do ato ilícito e sua correspondente indenização requerem muita cautela. Isso porque existe a já mencionada

liberdade de informação, bem como os princípios de ordem econômica que garantem a livre iniciativa.

Por outro lado, pode surgir o dano quando se verificar abuso desse direito. Carlos Roberto Gonçalves²³ recorda que entre os romanos havia o princípio do *nemine laedit qui jure suo utitur*, ou seja, aquele que age dentro de seu direito a ninguém prejudica.

Contudo, o caráter puramente individualista do Direito há muito perdeu força. O citado doutrinador ensina que, embora não sejam ultrapassados os limites do direito subjetivo, é possível que o seu titular cause dano a outrem, e se isso ocorrer estará caracterizado o ato ilícito por abuso do direito (art. 187 do Código Civil), ainda que não exista culpa. Por isso, entende-se que o dever de não prejudicar terceiros é limitador dos próprios direitos subjetivos do indivíduo.

O professor Silvio Rodrigues²⁴ expõe com clareza a questão do ato ilícito por abuso de direito, sendo indiferente a ocorrência de culpa na conduta do agente violador:

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia.

Sendo assim, o direito genérico de informação previsto no art. 220 da Constituição da República deve encontrar limites no direito à privacidade, de titularidade individual por cada pessoa da sociedade. A utilização desmoderada dos meios de publicidade de massa extrapola o direito dos emissores da informação e pode causar dano moral aos receptores, que têm diariamente invadida, sem autorização, sua esfera particular.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.67.

²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil. Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

3.1. DA VERIFICAÇÃO DO DANO MORAL

De acordo com a conceituação de Carlos Roberto Gonçalves²⁵, “dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão que integra os direitos da personalidade (...) como se infere dos arts. 1º, III, 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”.

Todavia não se trata de qualquer dissabor, desconforto ou aflição. Traçando um paralelo com o raciocínio elaborado com relação ao abuso de direito, o professor Anderson Schreiber²⁶ explica que a verificação do dano moral não pode ser feita em abstrato, especialmente quando a conduta lesiva não é, a princípio, antijurídica, mas sim autorizada pelo Ordenamento. Nesses casos, cabe ao magistrado estabelecer a relação de prevalência entre os dois interesses em conflito, definindo as fronteiras entre atuação legítima de cada um nas circunstâncias do caso concreto. Violada essa relação de prevalência, há o dano moral indenizável. E concluindo o raciocínio, aduz o citado doutrinador:

A importância desta abordagem é significativa na medida em que abre, na prática, um novo espaço de discricionariedade judicial que permite ao magistrado selecionar, por meio do exame do dano, os interesses concretamente tutelados, substituindo o raciocínio subsuntivo tradicional²⁷ por uma efetiva ponderação de interesses conflitantes.

Sendo assim, a verificação do dano moral não pode seguir um padrão estático. Como dito, o magistrado tem discricionariedade para, no caso concreto, apontar sua existência e impor a indenização correspondente. A depender do grau de intervenção na esfera privada

²⁵ GONÇALVES, op. cit., p.384.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 187.

²⁷ O raciocínio subsuntivo tradicional que o autor se refere é aquele existente no sistema individual-liberal, quando a liberdade de ação era a regra e a responsabilidade, a exceção. Nessa época, não se admitia a responsabilização de um indivíduo que atuasse dentro da sua esfera de liberdades.

pelos já mencionados meios de publicidade de massa, é nítida a existência do dano moral, devendo-se questionar, apenas, o *quantum* de sua indenização.

A respeito do valor adequado da indenização, entende-se que o magistrado que o fixar deve agir com ponderação, tendo em vista que um valor ínfimo representaria verdadeiro incentivo ao ato ilícito, e que um valor extremamente elevado implicaria em enriquecimento sem causa.

A Ministra Nancy Andrighi²⁸, do Superior Tribunal de Justiça, explica que “inexiste fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro”. Para ela, devem ser considerados diversos fatores, como culpa ou dolo, posição social do ofendido, risco criado, gravidade da ofensa, situação econômica do ofensor, entre outros.

Nesse ponto, grande parte da doutrina entende pela natureza jurídica dúplice da reparação pelo dano moral, entre eles o civilista Yussef Said Cahali²⁹. Assim, na quantificação da indenização se devem levar em conta os caracteres compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ou seja, ao mesmo tempo em que consiste numa sanção imposta ao ofensor pela prática do ato ilícito, é também uma compensação atenuante da ofensa causada.

Nas palavras do citado doutrinador, “impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa”.

Por sua vez, a jurisprudência vem entendendo que, com relação ao infrator, o *quantum* indenizatório deve refletir não só punição, mas também deve corresponder a uma forma de educação, a fim de desmotiva-lo a cometer novos ilícitos. Fala-se, portanto, em

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1134677/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=registorador+e+publico+e+compensacao+e+filha+e+nascimento&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 jun. 2014.

²⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

caráter punitivo-pedagógico em relação ao infrator, além do caráter compensatório para a vítima. É o que se pode observar dos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ATOS DOLOSOS. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA REPARAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. (...)

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado.

2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.³⁰

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. (...)

A fixação do valor devido a título de compensação pelo dano moral aqui configurado deve atender ao princípio da razoabilidade, pois se impõe, a um só tempo, reparar a lesão moral sofrida pela parte autora, sem representar enriquecimento sem causa e, ainda, garantir o caráter punitivo-pedagógico da verba, pois a indenização deve valer, por óbvio, como desestímulo à prática constatada. (...)³¹

Sendo assim, é de suma importância o reconhecimento do caráter pedagógico na fixação de indenização por dano moral, especialmente na hipótese de violação do direito à privacidade pelos meios de comunicação de massa.

Nesse caso, tão importante quanto compensar o ofendido por uma violação já realizada, é desestimular o infrator a cometer novamente os atos violadores. Em outras palavras, enquanto não houver qualquer tipo de reprimenda econômica, o empresário só tem a lucrar com a publicidade exacerbada que realiza. Por outro lado, a partir do momento em que se começar a fixar indenizações, pode ser que a perda financeira seja maior que o ganho com a publicidade. Chegando-se a esse estágio, a publicidade de massa deixará de ser interessante

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1300187/MS. Rel. Min. Raul Araújo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1300187&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 jun. 2014.

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC nº 0170891-66.2011.8.19.0001. Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000435E572F284FC2AE800E2FF8B70ABDB09C503040B3F43>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

ao empresário, que terá de rever sua estratégia de marketing, enquanto o consumidor poderá melhor exercer sua privacidade.

Portanto, o presente estudo não se presta a fomentar a chamada “indústria do dano moral”, expressão que revela a preocupação com o crescimento exponencial do número de ações de indenização por dano moral, bem como sua produção mecânica, abstrata, visando apenas à obtenção de lucro. Ao contrário, o que se defende é a necessidade de reparação quando concretamente se verificar a ocorrência do dano moral.

A atuação discricionária do Judiciário estimula o que o professor Anderson Schreiber³² chama de “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil”, fenômeno que se caracteriza pelo afastamento das premissas da indenização por dano moral e acaba por trazer certa insegurança aos resultados dos processos judiciais. A fim de combater esse fenômeno, o autor sugere que se deve

Difundir a compreensão do dano como meio de seleção dos interesses merecedores de tutela. Não há dúvida de que, em um cenário de gradual objetivação da responsabilidade civil e de flexibilização da prova do nexo causal, a aferição do dano se eleva a único filtro capaz de, legitimamente, funcionar como instrumento de seleção das demandas de responsabilização. A melhor via parecer ser, portanto, a de reconhecer o dano ressarcível como cláusula geral, operando uma efetiva ponderação de interesses em conflito para fins de configuração de elemento imprescindível à deflagração do dever de reparar.

Nesse sentido, uma vez que se verifique o dano gerado pela conduta de publicitária de massa, no caso concreto, não há outro caminho senão a indenização.

O Direito Civil Constitucional se orienta no sentido de valorizar o ser humano em sua plenitude, com a preservação daqueles direitos que são imanentes à sua personalidade, como é o caso da privacidade. Por essa razão, a reparação do dano moral representa a proteção específica contra essas afrontas, e deve ser aplicada pelo magistrado sempre que se

³² SCHREIBER, op. cit., p. 192.

verificar efetiva lesão à privacidade em face do exercício desmoderado do direito de informação.

4. ATUALIDADES: COMO O ESTADO TRATA O TEMA

Grande parte dos problemas relacionados às violações à privacidade se deve por conta da falta de regulamentação sobre o tema no Brasil. Ainda que a Constituição da República preveja o direito à privacidade, bem como a possibilidade de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, o Legislador não definiu quais são as situações caracterizadas como infração.

O Direito Positivo não impõe limites, nem mesmo genéricos, à circulação de informações. Por exemplo, não existe lei que regule a relação entre empresas operadoras de telemarketing e os destinatários das ligações. Da mesma forma, a publicidade na internet, da qual pertencem os e-mails spam, não possui regulamentação.

Diante dessa situação, cabe ao intérprete suprir as lacunas deixadas pelo Legislativo. Importantíssima é a sua função, uma vez que, se o Judiciário não atuar, a tendência é que cada vez mais o direito à privacidade perca espaço.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar num recurso especial³³ da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

No caso, o autor da ação vinha recebendo da ré inúmeros e-mails de caráter pornográfico, embora não tivesse anuído com o envio dessas mensagens. Após diversas tentativas em obter a desvinculação de seu endereço eletrônico da lista de e-mails da ré, o autor recorreu ao Judiciário, alegando que além da invasão de sua privacidade, o conteúdo das

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 844736/DF. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=844736&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 08 jun. 2014.

mensagens ofendia sua honra, colocando-o em situações vexatórias perante sua esposa e colegas de trabalho.

O então relator Ministro Luis Felipe Salomão fez exatamente o que se espera do julgador num caso como esse: interpretou a Constituição à luz dos direitos fundamentais e proferiu seu voto levando em consideração as especificidades do caso concreto, concluindo, ao final, pela condenação da ré a pagar indenização pelo dano moral provocado ao autor. Pela clareza e precisão na abordagem do tema, se faz necessária a transcrição de partes do voto.

Primeiramente, o relator aponta a nocividade do fluxo intenso de e-mails spam, bem como a impossibilidade de serem todos detectados e bloqueados pelos programas de computador³⁴:

Cuida a presente controvérsia em saber se caracteriza dano moral, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, o envio ao usuário de internet, sem sua autorização expressa, o denominado “spam”, mensagem eletrônica contendo propaganda de fornecedor de produto ou serviço, no caso com a agravante de que as mensagens são eróticas, como reconhecido pelo acórdão vergastado. (...)

Na verdade, o envio de mensagens contendo propaganda, quando não autorizada expressamente pelo consumidor, constitui atividade nociva que pode, além de outras consequências, gerar um colapso no próprio sistema da Internet, tendo em vista o grande volume de informações transmitidas na rede. Ademais, o “spam” tem custo elevado para a sociedade, seja com a necessidade de investimento dos provedores para aumento de capacidade de armazenamento, desenvolvimento de programas “anti-spam” e pessoal, seja com a perda de tempo para identificar e apagar as mensagens indesejadas, e com os riscos dessas mensagens conterem “vírus” eletrônicos que eventualmente causam danos ao patrimônio dos destinatários.

Segundo Hocsman, o spam representa a metade do tráfego de mensagens enviadas mundialmente.

Diante disso, em um primeiro momento, a prática passou a ser combatida pelo desenvolvimento de programas de computador capazes de detectar e bloquear esse tipo de mensagem. Contudo, os programas, por mais desenvolvidos que sejam, não são capazes de triar todas as mensagens indesejadas, causando, ainda, um problema secundário, qual seja o bloqueio de “e-mails” que não configuram “spam”, os chamados falso-positivos.

Em seguida, sustenta que, diante da inexistência de legislação específica sobre o tema, qualquer tipo de abuso na forma de propaganda por meio de mensagens eletrônicas provocará a incidência das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor³⁵:

³⁴ Ibid., acesso em 08 jun. 2014.

Também convém assinalar que, no plano do direito comparado, desenvolveram-se soluções jurídicas para o problema, por meio da instituição de leis que proíbem esta prática, determinando sanções civis e penais. (...)

No Brasil, embora tramitando no Parlamento projetos de lei sobre o tema, não existe legislação específica. Por isso mesmo, havendo algum tipo de abuso na forma de propaganda eletrônica ou por meio da internet, é de se aplicar, em analogia à publicidade convencional, o Código de Defesa do Consumidor. Esse o ponto importante do precedente ora em exame. De fato, destaca-se que o destinatário da publicidade, seja ela por meio eletrônico, ou não, é equiparado ao consumidor, em face do disposto no art. 29 do CDC (...)

Outrossim, o art. 6º do CDC prevê, em seu inciso IV, que é direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (...). Combina-se o dispositivo supracitado ao disposto nos arts. 36, 37, § 2º, e 39, III, do CDC.

No caso em apreço, conquanto a ré tenha se identificado claramente, é forçoso reconhecer que agiu de forma abusiva, enviando mensagens com conteúdo erótico, mesmo após o autor ter solicitado sua exclusão da lista de envio.

Por fim, o relator aponta violação ao princípio da boa-fé, uma vez que o remetente dos e-mails insistia no envio, mesmo após o destinatário ter feito diversas solicitações de exclusão do seu nome da lista³⁶:

Ademais, verifica-se que a continuidade de remessa do “spam”, mesmo após o pedido para que fosse realizada a exclusão do autor da lista de correspondência eletrônica, configura comportamento violador do princípio da boa-fé, da conduta leal entre as partes, pois, embora tenha confirmado que cessaria o envio das mensagens indesejadas, continuou a fazê-lo.

Ainda que assim não fosse, é inegável que o envio insistente de mensagens não solicitadas, que persistiram mesmo após pedido de cessação da atividade, viola o direito de privacidade do autor, pois implica intromissão na vida alheia, perturbando a paz e intimidade da pessoa.

Assim, no caso dos autos, o envio de mensagens virtuais de conteúdo sexual, ao arrepio da vontade do destinatário, que, por mais de uma vez, requereu que o fornecedor cessasse a prática, representa, de fato, uma invasão a privacidade.

Infelizmente, as lições do Ministro Luis Felipe Salomão expostas no citado julgado³⁷ não foram suficientes para que o autor obtivesse a tutela jurisdicional. Em voto divergente, o Ministro Honildo Amaral de Mello Castro – desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá – negou a indenização, no que foi acompanhado pelos outros dois ministros participantes da sessão.

³⁵ Ibid., acesso em 08 jun. 2014.

³⁶ Ibid., acesso em 08 jun. 2014.

³⁷ Ibid., acesso em 08 jun. 2014.

Em síntese, fundamentou seu entendimento em três pontos: i) não se pode considerar como ato ilícito o envio de e-mails spam, em razão de falta de previsão legal; ii) não há dano moral porque os e-mails spam podem ser bloqueados ou deletados, além de ser possível solicitar a cessação do envio pelo remetente; e iii) a possibilidade “de se abrir um leque muito grande para ações de dano moral por envio de spam, que afetaria, sem dúvida, a Política Judiciária de multiplicidade de recursos, de milhares e milhares de ações de igual natureza”.

Com a devida vênia, a decisão que prevaleceu no caso em exame, além de equivocada, não se adequa aos ditames de boa-fé objetiva e efetivação dos direitos fundamentais, ambos em voga no Ordenamento principalmente após a Constituição da República de 1988 e Código Civil de 2002.

Em primeiro lugar, a falta de previsão legal não deve ser apta a justificar a inexistência de ato ilícito. O dinamismo da sociedade da informação não permite que o Legislador preveja todas as situações ilícitas, cabendo ao intérprete a sua caracterização no caso concreto (assim como se fez no voto vencido). Em certas situações, diante da ausência de previsão legal, o Judiciário deve intervir a fim de garantir a concretização dos direitos previstos na Constituição, sob pena de se frustrar as legítimas expectativas nela depositadas pela coletividade.

Sobre o tema, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, num julgamento sobre a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas³⁸, elucidou muito bem a questão:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total,

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 08 jun. 2014.

quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

Por sua vez, no que diz respeito à possibilidade de bloquear, deletar e solicitar a cessação do envio dos e-mails spam, é preciso olhar para o caso concreto. Na hipótese, o autor da ação já havia solicitado diversas vezes ao réu que interrompesse o envio das mensagens para a sua caixa de e-mails, o que não ocorreu.

Tal fato, aliás, é muito comum. A maioria dos e-mails spam contém a opção de desvinculação do endereço eletrônico destinatário da lista de e-mails do remetente. Ocorre que, mesmo após confirmada a exclusão do cadastro, tempos depois as mesmas mensagens voltam a ser enviadas, configurando uma invasão de privacidade que não tem fim³⁹.

Além do mais, o sistema de bloqueio de e-mails spam não é eficaz. Não raro, o programa identifica como spam um e-mail particular, que por conta da falha o destinatário acaba por nunca receber. E de outro lado, não detecta muitos dos e-mails verdadeiramente spams, trazendo o risco ao destinatário de ter sua máquina infestada com vírus que, normalmente, vêm a provocar danos ao patrimônio⁴⁰.

Por fim, no que tange ao terceiro e último ponto abordado no voto vencedor que ora se examina, verifica-se o caráter predominantemente político da decisão. O receio de se abrir um precedente para o ajuizamento de milhares de ações indenizatórias não pode, de forma alguma, justificar a não concessão da indenização em casos de flagrante dano moral.

³⁹ Esse ciclo ocorre comumente com diversos remetentes de e-mails spam, sejam eles os próprios fornecedores ou as empresas especializadas na divulgação da publicidade (*spammers*). São centenas de mensagens indesejadas recebidas, e mesmo após a exclusão do cadastro, o destinatário volta a recebê-las diariamente, fato que o mantém preso a um ciclo sem fim.

⁴⁰ Além dos gastos com manutenção, para limpar o computador infectado por vírus, muitos deles são nocivos a ponto de clonar informações pessoais, como por exemplo, dados bancários. Nesses casos, os danos patrimoniais são ainda mais evidentes e os prejuízos muito significativos.

Ao tratar da temática da “indústria do dano moral” – já exposta no capítulo antecedente – e dos cuidados necessários para que ela não venha a limitar o alcance do instituto, o professor Anderson Schreiber⁴¹ é preciso ao dizer que:

O que não parece admissível, contudo, é que se ataque o objeto pelo uso que se lhe dá. Vale dizer: diante de um número razoavelmente contido de casos esdrúxulos, a comunidade jurídica – e especialmente a comunidade advocatícia – tem apontado suas armas contra a própria expansão do dano ressarcível. O alvo parece inteiramente equivocado, na medida em que a expansão da ressarcibilidade corresponde a uma legítima ampliação de tutela dos interesses individuais e coletivos, sendo, antes, a sua invocação sem fundamento a causa das angústias que afligem a doutrina e banalizam a atuação dos tribunais.

Sendo assim, essas decisões puramente políticas, sob o pano de fundo de conter o avanço da “indústria do dano moral”, não podem se sobrepor ao direito à indenização previsto na Constituição da República, pois dessa forma se estará deixando de lado os próprios direitos fundamentais, no caso o direito à privacidade do art. 5º, X.

4.1. DIREITO COMPARADO E NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Conforme já mencionado, o grande obstáculo existente para efetivação do direito à privacidade frente às condutas de publicidade de massa é, sem dúvida, a falta de regulamentação do tema.

A análise do direito comparado, então, é de suma importância, tendo em vista que diversos países se mostram mais evoluídos em relação ao trato da matéria. Existem basicamente dois sistemas, adotados, respectivamente, na União Europeia e nos Estados Unidos.

⁴¹ SCHREIBER, op. cit., p. 192.

O primeiro deles é o chamado *opt-in*, no qual o usuário deve, voluntariamente, se cadastrar junto ao fornecedor para receber mensagens⁴². A proteção dos dados é grande e a confiança do consumidor é maior, uma vez que ele sabe quem é o remetente da publicidade e seu conteúdo.

Existe também o sistema *opt-out*, por meio do qual o usuário recebe as mensagens sem o seu consentimento, podendo a qualquer momento requerer a exclusão da lista em que está inscrito⁴³. Aqui a proteção é menor, todavia a liberdade de expressão é mais ampla.

Com relação aos e-mails spam, no Brasil se verifica uma sistemática similar ao *opt-out* americano, pois geralmente se encontra no final das mensagens a seguinte opção: “se quiser ser removido dessa lista, clique aqui”.

Entretanto, na prática o sistema não funciona. Conforme já mencionado, é muito comum que o destinatário solicite a exclusão, sem que, contudo, jamais seja retirado da lista de e-mails do remetente. Ou então, se efetivamente ocorre a exclusão, pouco tempo depois a pessoa volta a receber as mesmas mensagens.

Trata-se de um ciclo sem fim, pois diariamente a pessoa se vê obrigada a abrir dezenas de mensagens indesejadas, de diversos remetentes diferentes e com os mais variados conteúdos, e em seguida solicitar sua exclusão, mesmo sabendo que no dia seguinte terá de fazer, novamente, a mesma coisa. Trata-se de um sistema tão bem estruturado pelas empresas que é praticamente impossível que alguém fique permanentemente fora da lista.

No Brasil, embora haja alguns projetos de lei em trâmite, não existe ainda legislação específica sobre o tema. É o que propõe, por exemplo, o Projeto de Lei 2186 de 2003⁴⁴, que

⁴² PORTUGAL. Directiva nº 2002/58/CE, de 12 jul de 2002. Disponível em: <<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=964154>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

⁴³ ESTADOS UNIDOS. Lei nº 108-187, de 16 dez de 2003. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-108publ187/pdf/PLAW-108publ187.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

⁴⁴ BRASIL. Projeto de Lei nº 2.186/2003, de 08 out de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=136751&ord=1>>. Acesso em 08 jun. 2014.

“dispõe sobre o envio de mensagens não solicitadas por meio de redes de computadores”, ou seja, que tenta regulamentar o envio de e-mails spam.

Já no que diz respeito ao telemarketing, alguns entes da Federação já regulam o tema, como é o caso do Estado de São Paulo⁴⁵ e do Município de Porto Alegre⁴⁶. Em ambos os casos, foi promulgada lei que obriga as empresas operadoras de telemarketing a constituir e manter cadastro de pessoas que manifestem oposição ao recebimento desse tipo de ligação.

Ou seja, uma vez feita a inscrição nesse cadastro, as empresas não mais poderão contatar a pessoa que fez essa escolha. Trata-se, portanto, de mecanismo pertencente ao sistema *opt-out*.

Vale ressaltar que, no plano federal, há alguns projetos de lei em trâmite sobre o assunto, como é o caso do PL nº 4.508/2012⁴⁷, que “estabelece normas para o envio de ofertas de produtos ou serviços e informações sobre promoções por meio de serviço de telecomunicações, e cria o cadastro de usuários de telecomunicações inabilitados para o recebimento de chamadas de telemarketing”.

A iniciativa é louvável, e espera-se que em breve o Brasil tenha uma regulamentação em nível nacional sobre o tema. Mas a previsão legal, tão somente, não é o bastante. É necessário que se crie mecanismos de fiscalização, a fim de que essas disposições sejam efetivamente cumpridas. Do contrário, a lei se torna letra morta.

No que diz respeito à já mencionada propaganda eleitoral, por exemplo, há a Lei nº 9.504/97⁴⁸, que prevê no art. 57-G que “as mensagens eletrônicas enviadas por candidato, partido ou coligação, por qualquer meio, deverão dispor de mecanismo que permita seu

⁴⁵ BRASIL. Lei Estadual de São Paulo nº 13.226/2008, de 07 jul de 2008. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13226-07.10.2008.html>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

⁴⁶ BRASIL. Lei Municipal de Porto Alegre nº 9.053/2002, de 26 dez de 2002. Disponível em: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/biblioteca/integrais/lei_9053.htm>. Acesso em: 08 jun. 2014.

⁴⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 4.508/2012, de 09 out de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556644>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9.504/1997, de 30 set de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 08 jun 2014.

descadastramento pelo destinatário, obrigado o remetente a providenciá-lo no prazo de quarenta e oito horas”.

Nesse aspecto, importantíssimo papel fiscalizador deve assumir a sociedade, pois é ela própria a destinatária das leis e, por óbvio, dos direitos nelas garantidos. Os indivíduos, então, devem atuar ao lado do Estado na proteção de sua privacidade. Só assim será possível uma garantir a efetividade dos direitos fundamentais previstos no art. 5º, X da Constituição da República.

Na atual sociedade da informação, a publicidade de massa é tão intensa que realiza verdadeiro assédio nas pessoas, as quais têm seus desejos moldados pelo consumismo, a cada “oferta imperdível” que lhes é apresentada. No meio de toda a agitação incessante da vida cotidiana, há que se respeitar, portanto, os raros momentos de privacidade do indivíduo; deve-se preservar o “*right to be alone*” do direito americano, o direito a ser deixado tranquilo, em paz, de estar só.

Assim, trata-se de uma união de esforços: o legislador constituinte já fez sua parte ao prever o direito à privacidade e a possibilidade de responsabilização pelo dano moral no caso de violação. Cabe, agora, ao Poder Legislativo, regulamentar de forma específica cada uma dessas situações mencionadas no presente trabalho. E por fim, cabe à própria sociedade fiscalizar a eficácia de seus direitos, resguardando-se a possibilidade de se socorrer ao Poder Judiciário no caso de violação.

CONCLUSÃO

Encerrada a análise sobre os impactos dos meios de comunicação de massa no direito à privacidade na sociedade moderna, bem como os possíveis mecanismos para sua contenção, alguns pontos merecem ser destacados.

Em primeiro lugar, foi feita análise acerca do fenômeno da globalização atrelado ao desenvolvimento da tecnologia da comunicação, fato que possibilitou o crescimento exponencial da circulação de informações e do consumismo.

Diante desse contexto, verificou-se a existência de conflito entre o avanço da sociedade pós-moderna e o direito fundamental à privacidade garantido pela Constituição da República. Assim, foram aprofundados os estudos sobre os direitos fundamentais e a necessidade de sua efetivação, mormente quando a Constituição prevê mecanismos para tanto.

Em seguida, foi abordada a forma pela qual o excesso de informação circula na sociedade, isto é, pela publicidade de massa. A fim de manter ativo o ciclo de consumo, tornou-se fundamental o incremento da comunicação publicitária, o que pôde ser verificado, especificamente, pelos e-mails *spam* e pela atuação das operadoras de telemarketing. Assim, concluiu-se que, quando feitas de forma desmoderada, tais práticas violam o direito à privacidade.

Sendo assim, uma vez verificada, no caso concreto, a violação do direito fundamental à privacidade, deve ser aplicada a medida constitucionalmente prevista, qual seja a responsabilização do infrator pelo dano moral provocado. Diante disso, aprofundou-se o estudo acerca da responsabilidade civil e do dano moral, concluindo-se pela imprescindibilidade de seu reconhecimento quando, de fato, houver violação ao direito à privacidade, sem que isso configure um fomento à chamada “indústria do dano moral”.

Entretanto, por mais que se tenha pretendido demonstrar a plausibilidade de tal entendimento, não é essa a orientação predominante nos Tribunais do país. Assim, foi feita análise do julgado paradigma do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema. Na oportunidade, constatou-se que prevaleceu a decisão política do STJ, que não reconheceu o direito à indenização pelo dano moral por conta do receio de se abrir um precedente para o ajuizamento de milhares de ações indenizatórias.

Por fim, concluiu-se pela urgente necessidade em se regular o tema. Com a abordagem da matéria no Direito Comparado, verificou-se que a atuação do Poder Legislativo será de suma importância a fim de pacificar a questão. Porém, enquanto não editadas leis que delimitem a atuação dos *spammers*, a atividade de telemarketing, entre outras formas de circulação em massa de informação, é imprescindível a atuação do Judiciário. O magistrado, uma vez reconhecendo o dano moral decorrente da violação à privacidade, não pode se furtar a aplicar a indenização ao infrator, nos exatos termos previstos no art. 5º, X, da Constituição da República.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Lei Estadual de São Paulo nº 13.226/2008, de 07 jul de 2008. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2008/lei-13226-07.10.2008.html>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

BRASIL. Lei Municipal de Porto Alegre nº 9.053/2002, de 26 dez de 2002. Disponível em: <http://www.camarapoa.rs.gov.br/biblioteca/integrais/lei_9053.htm>. Acesso em: 08 jun. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.504/1997, de 30 set de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm>. Acesso em: 08 jun 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.186/2003, de 08 out de 2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=136751&ord=1>>. Acesso em 08 jun. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.508/2012, de 09 out de 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=556644>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1134677/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=registorador+e+publico+e+compensacao+e+filha+e+nascimento&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1300187/MS. Rel. Min. Raul Araújo. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1300187&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 08 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 844736/DF. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=844736&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 08 jun. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 08 jun. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC nº 0170891-66.2011.8.19.0001. Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000435E572F284FC2AE800E2FF8B70ABDB09C503040B3F43>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ESTADOS UNIDOS. Lei nº 108-187, de 16 dez de 2003. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-108publ187/pdf/PLAW-108publ187.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORENZETTI, Ricardo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

MAIA, Antonio C. Sobre a analítica do poder de Foucault. *Tempo social – revista de sociologia da USP*, São Paulo, n. 7, out. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. Directiva nº 2002/58/CE, de 12 jul de 2002. Disponível em: <<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=964154>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

PROPAGANDA e publicidade. Disponível em: <<http://www.conceitoideal.com.br/Publicidade-e-Propaganda/qual-a-diferenca-entre-propaganda-e-publicidade.html>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2012.