

CHRISTIENNE KRASSUSKI FORTES

**UMA LEITURA SOBRE A PESSOA HUMANA E O COMÉRCIO NO
AMBIENTE VIRTUAL**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

CHRISTIENNE KRASSUSKI FORTES

**UMA LEITURA SOBRE A PESSOA HUMANA E O COMÉRCIO NO AMBIENTE
VIRTUAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: **Prof. Dr. Luiz Edson Fachin**
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Profª. Drª. Jussara Ferreira
Setor de Ciências Jurídicas, UEL/UNIMAR

Prof. Dr. Paulo Nalim
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 16 de março de 2006

Não há nada mais poderoso do que uma idéia cujo momento chegou.

(Victor Hugo)

SUMÁRIO

RESUMO	v
1 INTRODUÇÃO	1
2 PREMISSAS: A INSERÇÃO DA PESSOA NO AMBIENTE VIRTUAL.....	3
2.1 A virtualidade: uma questão filosófica em aberto	3
2.2 A trama de relações no espaço virtual e a integração entre as pessoas	7
2.3 A passagem do conceito clássico de sujeito de direito à noção de interesse, e sua adequação às interações virtuais	9
2.4 O transitar das pessoas pela Internet e a inclusão digital	14
2.5 As comunidades em interação no meio virtual: espaço público ou privado?	17
2.6 A convivência entre os direitos fundamentais no espaço virtual	24
3 AS NOVAS RELAÇÕES QUE OCORREM NA INTERNET: O COMÉRCIO ELETRÔNICO.....	56
3.1 O fundamento das relações no meio virtual: entre antigos e novos conceitos	56
3.2 Linhas gerais sobre o contrato nas visões clássica e contemporânea	66
3.3 O contrato eletrônico e suas peculiaridades: a expressão dinâmica do comércio na Internet	89
3.4 Contornos da responsabilidade civil na meio virtual: quando o dano surge em virtude das interações eletrônicas	129
3.5 O caráter imaterial da propriedade na Internet aplicado ao comércio eletrônico.....	136
3.6 Globalização, realidade virtual e o papel do Direito Privado na Internet	138
4 CONCLUSÃO.....	140
5 REFERÊNCIAS	143

RESUMO

Esse trabalho procura mostrar um panorama amplo a respeito da Internet e as relações que são formadas no meio virtual. O enfoque a ser dado põe como norte o ser humano como centro dessas relações. Assim, questões como a aplicabilidade dos direitos fundamentais; a eficácia desses direitos fundamentais nas relações privadas; a delimitação dos espaços públicos e privados; e a inclusão das pessoas no ambiente digital, entre outras, servem de premissas para a compreensão das relações comerciais na Internet. Com base nesses fundamentos, serão esboçadas linhas gerais sobre o comércio eletrônico em si e a formação do contrato por intermédio da Internet. Haverá também a exposição de pontos peculiares a essa nova forma de contratar, como a legislação aplicável; a validade da documentação eletrônica; a aplicabilidade do código de defesa do consumidor; a contratação internacional; a imaterialidade de bens que transitam eletronicamente; a responsabilidade civil e, por fim, serão delineados aspectos do advento da sociedade da informação e sua relação com o Direito Privado contemporâneo.

1 INTRODUÇÃO

Na pintura impressionista, o primeiro olhar encontra apenas manchas. Não há nada definido. Contudo, após pouco tempo de contemplação e um pequeno afastamento do observador, surgem as belas imagens.

Isso também acontece no computador. Na pequena tela – formada não mais de pano e tintas – há pequeninos pontos espalhados, cheios de luz e cor: os pixels. Cada pixel é um ponto luminoso do monitor que, ao lado de outros iguais a ele, forma as imagens na tela.

Quem se depara com um pixel isoladamente, assim como quem olha para cada mancha de tinta, ainda não tem noção das diversas paisagens que se apresentam na tela. Entretanto, à medida que melhor se detém sobre o todo, mais nítida se torna a imagem.

Quando se estuda a Internet, tudo parece ainda vago, indefinido. As incessantes novidades apresentadas pela tecnologia suscitam uma série de mudanças na realidade. Com isso, a visão que se tem a respeito das relações eletrônicas é pautada pela indefinição de contornos – diante da constante mutabilidade do meio.

Examinar a Internet é um desafio e uma necessidade. Desafio em virtude dessa inconstância que, em instantes, parece delinear uma nova paisagem. Necessidade porque, mesmo nessa instabilidade, é importante trazer segurança àqueles que nela mergulham.

Esse estudo procura alcançar uma visão abrangente sobre as relações que ocorrem no meio eletrônico, especialmente as contratuais. Tal qual o observador de uma obra de arte impressionista, que precisa se afastar da tela para poder enxergar a pintura em seu todo, propositadamente afastar-se-á de cada pixel isolado para encontrar os contornos gerais das imagens que se formam na tela do computador.

A primeira parte do trabalho fará uma leitura a respeito da passagem da noção de sujeito de direito ao conceito de interesse, aplicada às relações que ocorrem na Internet. Inicialmente, será apresentada a questão filosófica que permeia o virtual, e como o ambiente eletrônico possibilita a integração entre as pessoas, para mostrar como a moldura clássica do sujeito de direito se mostra insuficiente para englobar as relações acertadas através desse meio.

A contemplação da imagem formada na tela do computador se fará mais nítida a seguir, quando se dará maior ênfase à inserção da pessoa no ambiente virtual. Para tanto, serão pinceladas noções a respeito do modo com que elas transitam por esse ambiente – ou dele são excluídas. Também serão esboçadas as idéias principais a respeito de como as pessoas se organizam em comunidades na Internet e nelas interagem, bem como se farão breves apontamentos sobre a natureza daquele espaço, com a discussão a respeito de ser pública ou privada. Haverá, finalmente, um estudo um pouco mais densificado a respeito do modo com que os direitos fundamentais convivem nesse espaço virtual.

No segundo olhar sobre a tela em observação, que se seguirá às premissas apresentadas pela primeira parte do trabalho, serão delineadas as novas relações que ocorrem na Internet. Serão mostrados os fundamentos que permeiam as relações que surgem por meio da rede mundial de computadores e resgatará velhos conceitos sem olvidar a existência de novas visões, em uma perspectiva mais geral. A seguir, haverá uma análise mais detida sobre o contrato em si, que fundamentará a leitura seguinte: as características peculiares do contrato eletrônico como expressão do comércio realizado por intermédio da Internet. Por fim, haverá a dedicação a demais questões conexas ao comércio eletrônico.

Como toda obra humana, a Internet está suscetível a erros e imperfeições. Assim, para evitar eventuais falhas que venham a ocorrer, com o surgimento de danos às pessoas que dela se valem para interagir, é relevante se precisar como a responsabilidade

civil se manifesta nesse ambiente. Ao mesmo tempo, enquanto o contrato eletrônico se presta ao trânsito jurídico de bens e serviços através da Internet, também se mostra importante apresentar como a propriedade nela se revela, com sua instigante imaterialidade. Finalmente, será mostrada uma perspectiva mais abrangente a respeito da realidade virtual: como a sociedade da informação se manifesta e o papel desempenhado pelo Direito Privado na Internet.

Todas as nuances referentes às relações ocorridas na Internet que serão aqui esboçadas não pretendem, por evidente, apresentar uma posição definitiva sobre o assunto, e sim mostrar uma leitura panorâmica a respeito desse fenômeno que hoje faz parte do cotidiano de cada vez maior número de pessoas.

E por fazer parte da vida humana, deverá ser sempre lembrada a necessidade do Direito protegê-la em sua dignidade – mesmo quando a eventual ‘abstração’ que decorre do meio virtual acabe, de certo modo, por fazer com que muitas vezes se esqueça de que atrás de cada tela de computador existem pessoas reais e concretas que estão interagindo constantemente e causando modificações em suas vidas.

As demais pinceladas na tela virtual serão dadas com o passar do tempo, com a constante evolução da humanidade: afinal, a mais bela obra de arte – a do conhecimento - estará sempre inacabada. Entretanto, seguirá aqui uma pequena contribuição para que a dinâmica pintura da Internet seja um pouco mais compreendida e humanizada.

PREMISSAS: A INSERÇÃO DA PESSOA NO AMBIENTE VIRTUAL

2.1 A VIRTUALIDADE: UMA QUESTÃO FILOSÓFICA EM ABERTO

O foco desta leitura, que irá descortinar alguns aspectos de maior relevo sobre relações jurídicas traçadas no meio virtual, é o ser humano. Assim, nada mais natural que sejam volvidas as luzes desse estudo para a pessoa envolvida por esse novo modo de

transformação da realidade.

Antes, porém, de ingressar diretamente na questão do ser humano, é importante apresentar algumas linhas sobre o que é virtual. Como toda discussão que envolve reflexões de ordem filosófica, não há uma resposta fechada ao que seja a virtualidade. Pierre LÉVY, um dos filósofos que mais tem se detido sobre essa questão, adverte sobre a ‘oposição fácil e enganosa entre real e virtual’, em que a palavra virtual refletiria a ausência de existência, enquanto a realidade seria a presença tangível – algo que, embora tenha um aspecto de verdade, não pode fundar uma teoria geral a respeito desse assunto.¹

A partir de sua linha de pensamento, pode-se entender que o virtual vem a se apresentar como uma mutação na realidade – algo que não está, logo, em relação de oposição a esta. LÉVY apresenta, em contrapartida, a noção de ‘atual’ em oposição ao ‘virtual’. Ao contrário da ‘atualidade’, que seria a solução dada a um problema, a ‘virtualização’ acaba sendo uma nova forma de criação da realidade, de apresentação de

¹ Seguem excertos de sua obra, para melhor esclarecimento dos conceitos aqui apresentados: “A palavra ‘virtual’ vem do latim medieval *virtualis*, derivado por sua vez de *virtus*, força, potência. Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. [...] Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes.[...] Contrariamente ao possível, estático e já constituído, o virtual é como o complexo problemático, o nó de tendências ou forças que acompanha uma situação, um acontecimento, um objeto ou uma entidade qualquer, e que chama um processo de resolução: a atualização. [...] Virtualização não é uma desrealização (a transformação de uma realidade num conjunto de possíveis), mas uma mutação de identidade, um deslocamento do centro de gravidade ontológico do objeto considerado: em vez de se definir principalmente por sua atualidade (uma ‘solução’), a entidade passa a encontrar sua consistência essencial num campo problemático. [...] A atualização ia de um problema a uma solução. A virtualização passa de uma solução dada a um (outro) problema. Ela transforma a atualidade inicial em caso particular de uma problemática mais geral, sobre a qual passa a ser colocada a ênfase ontológica. Com isso, a virtualização fluidifica as distinções instituídas, aumenta os graus de liberdade, cria um vazio motor. Se a virtualização fosse apenas a passagem de uma realidade a um conjunto de possíveis, seria desrealizante. Mas ela implica a mesma quantidade de irreversibilidade em seus efeitos, de indeterminação em seu processo e de invenção em seu esforço quanto à atualização. A virtualização é um dos principais vetores da criação de realidade.”LÉVY, P. *O que é o virtual?* trad. de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996, pp. 15-18.

novos problemas e novas coordenadas.

O meio virtual, portanto, não está dissociado da realidade: ao contrário, é um aspecto dinâmico que a transforma: “... ainda que não possamos fixá-lo em nenhuma coordenada espaço-temporal, o virtual é real. Uma palavra existe de fato. O virtual existe sem estar presente”.²

Na Internet ocorrem diversos movimentos de virtualização, como o da informação, pois “... no centro das redes digitais, a informação certamente se encontra *fisicamente situada* em algum lugar, em determinado suporte, mas ela também está *virtualmente* presente em cada ponto da rede em que seja pedida” e o da comunicação, pelo fato do ciberespaço encorajar “um estilo de relacionamento quase independente dos lugares geográficos ... e da coincidência dos tempos.”³

Há várias situações que envolvem o fenômeno da virtualidade. Um exemplo é o caso da virtualização do corpo provocada pelos equipamentos que permitem a uma pessoa poder reviver a experiência sensorial da outra, como as máquinas fotográficas (experiência visual) e os gravadores (experiência auditiva), ou pelos equipamentos que permitem que seja investigado internamente sem que haja, no plano físico, nenhum corte nos tecidos do corpo (como os aparelhos de ultrassonografia ou de raio x).⁴ Assim, o virtual não abrange apenas a Internet.

Michel SERRES, por sua vez, delineou a reflexão a respeito da virtualidade sob outro viés: como um aspecto de uma nova cartografia, que se mostra necessária em virtude da constante mudança que ocorre hoje em dia. Antes presas à terra onde habitavam, agora há a possibilidade das pessoas viajarem de outro modo.

² LÉVY, P. *Cibercultura*. tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 48.

³ *Idem, ibidem*, p. 48.

⁴ *Idem, ibidem*, pp.28-29.

Na visão de SERRES, uma das mais importantes transformações no mundo global que está surgindo, e que demanda a existência de novos ‘mapas-mundi’, é a alteração da forma de habitar:

Já há muito tempo que telefonamos para os confins da Terra; as imagens vindas de longe deixaram de nos surpreender; separados por mil léguas, conseguimos reunirmo-nos para uma teleconferência e, inclusive, trabalhar juntos. Deslocamo-nos sem mover um dedo. Onde tem lugar essa conversa? Em Paris, no nosso quarto? Em Florença, de onde o nosso amigo nos responde? Ou em qualquer outro lugar intermédio? Não. Num sítio virtual. As antigas questões de lugar, onde é que nós falamos, você e eu, por onde passam nossas mensagens, parecem fundir-se e difundir-se, como se um tempo novo organizasse um outro espaço...⁵

A breve leitura dos filósofos escolhidos para ilustrar a discussão a respeito do virtual, muito embora evidencie olhares diferentes sobre a virtualidade, tem um ponto comum de intersecção: o virtual é real - seja como aspecto que suscita alterações na própria realidade, seja como um novo mundo em que se possa habitar.

O virtual como aspecto da realidade serve também para desmistificar a idéia de que a virtualidade está dissociada do mundo real, o que se aproxima do ser humano— que deve sempre nortear os estudos seja no Direito, seja em qualquer outra ciência – e se afasta de uma perigosa visão tecnicista e ‘robotizada’ da Internet.

A expressão ‘meio virtual’ é apresentada nesse estudo como sinônima de Internet, tendo em vista o objetivo específico deste trabalho, que é mostrar como o ser humano se relaciona com os demais através desse novo ‘espaço’ – como bem cartografou SERRES.

No entender de Ricardo Luis LORENZETTI, assim pode ser definida a Internet:

A Internet é ‘uma rede internacional ou de computadores interconectados, que permite que se comuniquem entre si dezenas de milhões de pessoas, bom (sic) como o acesso a uma imensa quantidade de informações de todo mundo’. Pode-se observar algumas características juridicamente relevantes: é uma rede aberta, posto que qualquer um pode acessá-la; é interativa, já que o usuário gera dados, navega e estabelece relações; é internacional, no

⁵ SERRES, M. *Atlas*. trad. João Paz. Lisboa: Instituto Piaget, p.12.

sentido de que permite transcender as barreiras nacionais; existe uma multiplicidade de operadores; tem uma configuração auto-referente, que não tem um centro que possa ser denominado ‘autoridade’, opera descentralizadamente e constrói a ordem a partir das regras do caos; tem aptidão para gerar suas próprias regras com base no costume; apresenta uma aceleração do tempo histórico; permite a comunicação em ‘tempo real’ e uma ‘desterritorialização’ das relações jurídicas; diminui drasticamente os custos das transações.⁶

Uma vez apresentado o palco – muito embora ainda não definido com todos seus contornos, passa-se ao ator principal do espetáculo da virtualidade: o homem.

2.2 A TRAMA DE RELAÇÕES NO ESPAÇO VIRTUAL E A INTEGRAÇÃO ENTRE AS PESSOAS

Na Internet há um paradoxo peculiar: cada um está, ao mesmo tempo, só e em relação. Uma pessoa, aparentemente reclusa em algum aposento, vê o mundo diante de seus olhos, projetado na tela de seu computador. E ao acionar os comandos dessa máquina – que no plano concreto parece ser sua única companhia – interage com uma gama enorme de outras pessoas, em diversas situações distintas. Dessas relações – que, silenciosamente, vão transformando o mundo dos fatos - advêm diversas conseqüências, que constituem um desafio do qual o Direito não pode se furtar.

Essa interatividade – característica marcante da Internet – está associada à própria natureza humana. O ser humano sempre procurou estabelecer ligações com seus semelhantes⁷. Essas ligações serviram de alicerce para o próprio desenvolvimento da humanidade, em todos os campos: desde a comunicação em si – o campo mais evidente, tendo em vista que as idéias, para serem transmitidas, necessitam de interlocução – até

⁶ LORENZETTI, R.L. *Comércio Eletrônico*. Trad.de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp.24-26.

⁷ Ressalve-se que esse estabelecer de ligações entre as pessoas não se restringe apenas às relações amistosas. Até mesmo quando o homem está em conflito com os demais estabelece relações, mesmo que não sejam estas desejáveis.

alcançar todas as demais ciências, entre as quais se encontra o Direito. Seja nos primórdios da vida – em que não havia grande complexidade nas relações entre as pessoas – até os tempos atuais, em que se vislumbra uma sociedade altamente pormenorizada.

Pietro PERLINGIERI afirma ser necessário “...tomar posição contra a concepção que considera o indivíduo como valor pré-social, relevante na ótica jurídica, prescindindo da relação com os outros”.⁸

Ao abordar a questão dos direitos individuais, ele rejeita a idéia do indivíduo isolado da sociedade em que vive, e eleva tais direitos à condição de “instrumentos para construir uma comunidade, que se torna, assim, o meio para a sua realização”.⁹

Assim, concebe a comunidade em função do homem: em seu entender, a formação social tem valor somente se atender à função do livre desenvolvimento da pessoa.¹⁰ No mesmo sentido, por se constituir em uma realidade com grande força na época contemporânea, a Internet deve ser compreendida como um meio de realização da pessoa, em sua dignidade.

Ao se integrar ao ambiente virtual - de modo idêntico àquele ao qual se incorpora nas demais relações que estabelece na sociedade em que vive (como ocorre nas relações de estudo, trabalho, esporte, entre outras), o homem se realiza em sua plenitude quando a própria formação social – no caso, a que se manifesta na Internet - traz condições para que ele desenvolva todo seu potencial como ser humano.

Essa perspectiva vai ao encontro da mais recente visão do Direito Civil, que alça a pessoa humana ao centro do sistema e afasta a idéia de isolamento entre os indivíduos,

⁸ PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.38.

⁹ *Idem, ibidem*, p.38.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 39.

como anteviu Luiz Edson FACHIN: “Os sinos dobram para reconhecer o fim da concepção insular do ser humano [...]”.¹¹ A Internet não subsiste no isolamento: pelo contrário, tem sua razão de existir no intercâmbio constante entre as pessoas que nela interagem.

2.3 A PASSAGEM DO CONCEITO CLÁSSICO DE SUJEITO DE DIREITO À NOÇÃO DE INTERESSE, E SUA ADEQUAÇÃO ÀS INTERAÇÕES VIRTUAIS

O Direito Privado clássico recebia notadamente influência do individualismo jurídico, com a existência de um sujeito de direito predeterminado que constituía centro da relação jurídica – a qual “... seria relação entre sujeitos regulada pela norma, isto é, pelo ordenamento no seu complexo”.¹²

A forma clássica de sujeito de direito - acabada e perfeita - já começa a se mostrar insuficiente no contexto contemporâneo. Na época em que foi concebida, atendia principalmente aos interesses individuais, em uma perspectiva egoística. Apenas as pessoas que se enquadravam no molde previamente conformado poderiam ser sujeitos de direito e titulares de direitos subjetivos. Pietro PERLINGIERI apresenta a visão clássica de direito subjetivo: “... o direito subjetivo é, afirma-se usualmente, o poder reconhecido pelo ordenamento a um sujeito para a realização de um interesse próprio do sujeito”.¹³

Daniel SARMENTO mostra que, na época do Estado Liberal, o papel do Direito Privado era o de garantir as regras do jogo, estabilizando as relações econômicas, assentando-se sobre dois pilares: propriedade e contrato, que eram vistos como expressões

¹¹ FACHIN, L.E. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.7.

¹² PERLINGIERI, P. *op. cit.*, p.114.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 120.

da autonomia do indivíduo que:

“...identificado pelo Código Civil, não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito, em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil. A ordem jurídica cerrava os seus olhos para a desigualdade de fato, que dominava o espaço privado, e com a sua aparente neutralidade, chancelava a opressão.”¹⁴

Do mesmo modo, nos dizeres de Luiz Edson FACHIN, a relação jurídica constitui uma percepção conceitual, um modo de ver a vida que reveste “... um direito que se afirma no confronto e na negação do outro. É um conceito superado por sua própria insuficiência, denunciada pela tentativa de captar, atemporalmente, pessoas, nexos e liames. Não é sob o argumento do rigor técnico ou conceitual que se deve abrir as portas para continuar submetendo a pessoa como idéia integrante da relação jurídica”.¹⁵

Afirma FACHIN que: “...Nos dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, a partir de uma nova formulação, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva sempre em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica...”¹⁶

Pietro PERLINGIERI destaca que há hipóteses de relação em que não há sujeitos determinados, individuados ou até mesmo existentes de um ponto de vista jurídico formal, como nas hipóteses em que existe uma relação entre centros de interesse determinados, mas sem existência do sujeito titular – o que leva a concluir que pode existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesse sem que ela se traduza necessariamente em relação entre sujeitos.

Afastando-se a pessoa como parte integrante da relação jurídica, esta pode ser

¹⁴ SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 91.

¹⁵ FACHIN, L. E. *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p.93.

apresentada como sendo relação entre situações subjetivas. O sujeito passa a ser elemento externo à situação, titular até mesmo ocasional das situações que compõem a relação jurídica. Assim, o que está presente no núcleo da relação é a ligação entre um interesse e outro, entre uma situação e outra.¹⁷

A aplicação da noção de interesse juridicamente relevante se ajusta à dinamicidade e à complexidade das relações ocorridas no meio virtual, em que muitas vezes se torna tarefa especialmente tormentosa – ou próxima da impossibilidade - a identificação dos sujeitos envolvidos em determinadas situações com relevância jurídica.

O exemplo ilustrado por Cláudia Lima MARQUES expõe essa dificuldade de identificação dos sujeitos em uma contratação eletrônica de consumo:

... o comércio eletrônico revisita a figura dos sujeitos de direito (ou agentes ou atores do comércio eletrônicos) envolvidos no negócio. O sujeito fornecedor agora é um ofertante profissional automatizado e globalizado, presente em uma cadeia sem fim de intermediários (portal, *website*, *link*, *provider*, empresas de cartão de crédito etc.), um fornecedor sem sede e sem tempo (a oferta é permanente, no espaço privado e no público), um fornecedor que fala todas as línguas (...) e utiliza-se da linguagem virtual (imagens, sons, textos em janelas, textos interativos, ícones etc.) para *marketing*, negociação e contratação. O sujeito consumidor é agora um destinatário final contratante (...), um sujeito ‘mudo’ na frente de um *écran*, em qualquer tempo, em qualquer língua, com qualquer idade, identificado por uma senha (...), uma assinatura eletrônica(...), por um número(...) é uma coletividade de pessoas...¹⁸

Na visão de relação jurídica exposta por PERLINGIERI, ela adquire um perfil funcional: os centros de interesse opostos são nela relacionados de modo a alcançar uma harmonização entre tais interesses – é o ordenamento do caso concreto.

A relação jurídica vista sob esse novo modelo rejeita a existência de um direito subjetivo ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito. O que existe é um

¹⁷ PERLINGIERI, P. *op. cit.*, pp. 114-115.

¹⁸ MARQUES, C. L. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 63-64.

interesse juridicamente tutelado, que em si mesmo possui limitações para o titular. Exemplos de limitações intrínsecas pelas quais sofrem as situações subjetivas seriam as decorrentes do conteúdo das cláusulas gerais, como as de ordem pública, lealdade, diligência e boa-fé.¹⁹

Essas limitações – que constituem o cerne do próprio interesse juridicamente tutelado – estão presentes também nas situações jurídicas que se apresentam na Internet. Recorrentemente falar-se-á sobre a necessidade de se respeitar a boa-fé na formação e conclusão de contratos eletrônicos; no dever de lealdade entre as pessoas que interagem no ambiente eletrônico; do dever de diligência, especialmente quanto às cautelas a serem tomadas nas transações devido às peculiaridades do meio virtual e, sobretudo, o respeito à ordem pública nas diversas situações que se apresentam na rede mundial de comunicações.

Como se verá posteriormente, o meio virtual é estruturado em redes e possui alta flexibilidade. Atar as relações ocorridas na Internet ao molde clássico se mostra insuficiente para a proteção de interesses em uma realidade que pode mudar seus contornos em instantes. A noção de interesse juridicamente tutelado, em oposição à idéia de sujeito de direito, possui um caráter mais maleável e que pode envolver situações que há pouco tempo eram completamente imprevisíveis – o que acaba por proteger as pessoas em relação.

Cláudia Lima MARQUES afirma que um dos ‘desafios negativos’ ou de ‘desconstrução’ na contratação eletrônica é a despersonalização, tendo em vista que no contrato realizado através da Internet “...a impessoalidade seria elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação em massa se reúnem: do contrato de adesão, e das condições gerais contratuais, ao *marketing* agressivo, à

¹⁹ PERLINGIERI, P. *op. cit.*, pp. 121.

catividade do cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, e à distância entre o fornecedor e o consumidor”.²⁰

A seu ver, como desafio positivo para reconstruir a dogmática desconstruída, encontrar-se-ia a repersonalização, que seria uma forma pela qual o comércio eletrônico, através de suas características peculiares, conseguiria atender aos interesses de cada indivíduo – como nos casos em que o consumidor possui maior margem de escolha para comprar determinado produto com características personalizadas, em que um dos exemplos é a aquisição de veículos pela Internet, com a possibilidade da pessoa escolher determinados acessórios; ou no caso em que o produtor procura se diferenciar dos demais, com a consolidação de sua marca – um exemplo é o do *site* diferenciado e interativo em relação aos demais.²¹

Embora ligada reflexamente a essa noção defendida por MARQUES, a idéia de repersonalização pode ser vista também se colocando o indivíduo como um ser coletivo, iluminado pela solidariedade social.

Isso se justifica porque enclausurar a pessoa em simples conceito jurídico – tal como era vista no Direito Privado clássico – acabaria por fomentar uma ficção que não se ajusta a uma realidade muito mais rica e multifacetada - da qual a Internet faz parte - e provocaria injustiças e exclusões.

Ao mesmo tempo em que se vê cada ser humano com suas características singulares, refutando-se generalizações excludentes, atualmente o desenvolvimento de suas potencialidades como pessoa está intrinsecamente ligado às relações com os demais.

As relações que ocorrem no meio virtual ajustam-se nessa nova perspectiva pelo fato delas dependerem de uma enorme rede de contatos. Uma visão que enquadraria cada

²⁰ MARQUES, C.L. *op. cit.*, p. 65.

²¹ MARQUES, C.L. *op. cit.*, pp. 111-117.

relação jurídica como sendo apenas uma troca entre dois sujeitos de direito acabaria por limitar o alcance dos fatos que ocorrem no meio virtual.

Isso porque, como já salientado linhas acima, não seriam todas as pessoas que possuiriam as características que as enquadrariam na moldura abstrata de sujeito de direito; bem como existiriam pessoas que, embora não participassem diretamente de determinada relação jurídica, poderiam ser por ela afetadas.

Como poderá ser observado no decorrer desse estudo, a Internet abarca diversas situações fáticas que escapam ao olhar mais clássico. Daí a passagem do sujeito ao interesse: no ambiente virtual, deve-se privilegiar a realidade, a pessoa humana, cada indivíduo considerado como ser ímpar e ao mesmo tempo em relação.

2.4 O TRANSITAR DAS PESSOAS PELA INTERNET E A INCLUSÃO DIGITAL

Uma vez esboçadas as linhas gerais a respeito do que se tem discutido sobre a natureza da virtualidade, do ser humano em relação como elemento imprescindível à própria existência da Internet e, por fim, a passagem da visão clássica para o conceito de interesse como modo de analisar as relações jurídicas no espaço virtual, passa-se agora ao modo com que a pessoa se integra a esse meio.

As interações ocorridas no espaço virtual dão ensejo a muitas situações que podem dar margem a incertezas quanto ao modo mais correto de se proceder. Essa dificuldade advém da complexidade do meio virtual e da sua relativa novidade em relação às formas mais usuais de interação.

Nesse capítulo, será realizada abordagem relativa às formas pelas quais a pessoa se insere no meio virtual, especialmente quando em relação com as demais pessoas, e os problemas que surgem dessa interação. Saliente-se que não será enfatizada a questão puramente tecnológica, como a necessidade da pessoa possuir acesso à Internet por intermédio de uma conexão de seu computador à rede mundial de computadores,

tampouco o modo pelo qual essa conexão é realizada, tendo em vista que escapa ao objetivo desse trabalho.

A integração da pessoa no meio virtual se dá de diversas maneiras. Uma delas diz respeito à tênue delimitação de espaços na Internet, que conduz a questionamentos a respeito das fronteiras dos espaços públicos e privados – considerando-se privado o espaço concernente à acepção latina do termo *privatus*: “pertencente a cada indivíduo; particular, próprio, individual”.²²

Discute-se aqui se a Internet pode ser considerada um espaço público ou privado, ou se ambas características convivem ou se misturam. A Internet tem um forte aspecto público, muito embora se saiba que nem todos possuem acesso ao meio virtual. Vladimir ARAS aponta esse problema surgido a partir da sociedade digital, em que há uma parcela da população rica em informação e outra, carente dela, dando ênfase à realidade brasileira:

Com a Internet (...) a sociedade cibernética, caracterizada pela difusão da informação por sistemas de telemática, passa a ser composta por uma elite, a daqueles plugados na rede, os *on-line*, que têm acesso ao conhecimento em qualquer parte e podem interagir com o mundo em tempo real. Navegam as ondas virtuais do mundo novo, etéreo, mas concreto, que surgiu com a Internet. Do outro lado, ou fora dessa sociedade, como marginalizados do mundo *hitech*, estão os desplugados, ou povo *off-line*, grupo muito mais numeroso que não tem computadores, não tem linhas telefônicas e às vezes nem mesmo é alfabetizado. Muitos brasileiros são analfabetos em português e serão analfabetos tecnológicos no século XXI. Estão isolados, em ilhas perdidas no oceano informacional. Não navegam. Não interagem. São naufragos do futuro.²³

Carlos Alberto ROHRMANN, ao tratar do direito de igualdade e o acesso da população às redes digitais, também destaca a preocupação quanto a esse problema:

Uma preocupação que atinge não só países em desenvolvimento, como o Brasil, mas também

²² HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>> Acesso em: <09.12.2005>.

²³ ARAS, V. *Analfabetos tecnológicos são os naufragos do futuro*. In: KAMINSKI, O. *Internet Legal: o direito na tecnologia da informação*. Juruá, 2003, pp.121-122.

os industrializados diz respeito à igualdade de acesso à rede, especialmente no que tange ao público jovem e escolar, a fim de se evitar que o que vem sendo chamado de ‘abismo digital’ ou ‘apartheid digital’ possa vir a agravar ainda mais as diferenças entre certos segmentos da população.²⁴

Observam-se movimentos que procuram minimizar essa situação em que apenas uma pequena parcela da sociedade – notadamente aquela que possui maiores condições econômicas para arcar com os custos da tecnologia necessária - tem acesso ao meio virtual, e ampliar tal acesso às camadas mais carentes. Trata-se da chamada ‘inclusão digital’.

A fim de trazer maiores esclarecimentos a respeito do alcance do significado da expressão ‘inclusão digital’, segue trecho de artigo que aborda com maior riqueza de detalhes sobre o assunto:

...Do mesmo modo que se convencionou tratar os desprovidos dos bens sociais básicos como marginais à sociedade estabelecida, os excluídos digitais apresentam-se como os marginais aos meios de acesso à informação e geração de conhecimento. (...) A inclusão digital possui o papel de resgatar os excluídos digitais ao contexto da sociedade movida pelos processos de criação, produção e sublimação da informação em conhecimento. Significa efetivar os excluídos digitais na sociedade da informação, por meio de políticas que visem ao seu crescimento auto-sustentável de forma colaborativa e gradual, não com medidas emergenciais e paliativas.²⁵

Sem olvidar a existência do debate sobre a exclusão de grande parcela da sociedade do acesso ao meio virtual - reflexo que é das próprias desigualdades sociais que atormentam o Brasil e o mundo desde longa data, e que reclamam urgente resposta por parte daqueles que conduzem a vida política e econômica nos países do globo - a partir desse momento serão estudadas as relações ocorridas entre as pessoas que nele estão incluídas, formando a comunidade virtual, bem como a dificuldade em definir a Internet como um espaço público ou privado.

²⁴ ROHRMANN, C.A. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 45.

²⁵ OLIVEIRA, P. C. *Inclusão Digital: Concepções e Ações em Jogo*. Disponível em : <<http://twiki.im.ufba.br/bin/view/PSL/InclusaoDigitalConcepcoesAcoes>> Acesso em: <17.01.2006>.

Muito embora aqui seja apresentada tal dificuldade em definir o espaço virtual, desde já se coloca em relevo a idéia de que a caracterização da Internet como um espaço puramente público ou privado seria altamente redutora. Opta-se aqui por encarar o público e o privado como aspectos da Internet, aspectos esses que muitas vezes se integram

2.5 AS COMUNIDADES EM INTERAÇÃO NO MEIO VIRTUAL: ESPAÇO PÚBLICO OU PRIVADO?

Uma das acepções de comunidade é “... a sociedade, ou grupo social, que habita um lugar determinado e tem afinidade histórica e cultural...”²⁶ No âmbito da Internet, “comunidade virtual” é “...construída sobre as afinidades de interesses, de conhecimentos, sobre projetos mútuos, em um processo de cooperação ou de troca, tudo isso independentemente das proximidades geográficas e das filiações institucionais”.²⁷

É no cerne dessas comunidades que começam a ser delineados os limites do público e privado, e também é nelas que eles se misturam. Antonio Jeová SANTOS faz uma analogia entre a Internet e a Ágora da Grécia Antiga, que era a praça onde se reunia a assembléia do povo, mas que possuía como aspecto primordial a compra e venda.

A seu ver, a “Ágora informática” seria o espaço “...em que produtos e serviços são oferecidos numa espécie de *marketing* eletrônico e pessoas se manifestam por meio de páginas *web*, nos *e-mails*, *chats* e fóruns de discussão (...) uma grande praça, uma praça globalizada em que todo o mundo participa, sem fronteiras...”²⁸

²⁶ SIDOU, J.M.O. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p.167.

²⁷ LÉVY, P. *Cibercultura*. tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, p. 127.

²⁸ SANTOS, A. J. *Dano Moral na internet*. São Paulo: Método, 2001, p.18.

Partindo-se da premissa de que o espaço virtual tem um destacado aspecto público em virtude do livre transitar das pessoas, resta analisar onde existem espaços privados na Internet.

Ronaldo LEMOS possui visão diferenciada a esse respeito, baseada na moldura teórica desenvolvida por Yochai BENKLER: haveria, em seu entender, preponderância de espaços privados no ambiente virtual. Ele apresenta uma divisão estrutural da Internet em três camadas: estrutura física, lógica e de conteúdo.

A estrutura física consistiria no conjunto de computadores que compõem a Internet e pelos meios físicos que os interconectam. Nessa camada, a Internet estaria totalmente sujeita ao regime de controle privado e propriedade privada. Cada computador pertence a uma pessoa ou entidade, e as ligações entre os computadores também são privadas.

A estrutura lógica da Internet seria o seu ‘código’, as linguagens que fazem com que as partes físicas podem se comunicar entre si, como os programas de computador. O controle, nessa camada, também seria predominantemente privado, tendo em vista que os sistemas operacionais – como é o caso do *Microsoft Windows* - são de propriedade da empresa que os criou,²⁹ salvo nas situações em que se utilizam os chamados “softwares livres”.³⁰ Julia COLLINS, ao discorrer sobre os códigos da Internet, diz que:

What one can do and say in cyberspace is shaped not only by tradicional law and social norms, but also by technical architecture, or ‘code’. Put as simply as possible, code is the

²⁹ LEMOS, R. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p.15.

³⁰ “Software Livre (Free Software) é o software disponível com a permissão para qualquer um usá-lo, copiá-lo, e distribuí-lo, seja na sua forma original ou com modificações, seja gratuitamente ou com custo. Em especial, a possibilidade de modificações implica em que o código fonte esteja disponível. Se um programa é livre, potencialmente ele pode ser incluído em um sistema operacional também livre. E importante não confundir software livre com software grátis porque a liberdade associada ao software livre de copiar, modificar e redistribuir, independe de gratuidade”. HEXSEL, R. *O que é Software Livre?* Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/SwLivre/>> Acesso em: <29.12.2005>.

*system of characters and functions programmed into the software that runs on the hardware, which together constitute the architecture that shapes and defines cyberspace. Code regulates entry into cyberspace, and, once you're in, monitors your whereabouts, determines your access to information, and allows or constrains your interactions with fellow 'Netizens'.*³¹

A estrutura de conteúdo, no entender de LEMOS, corresponderia a tudo o que é transmitido sobre as camadas física e lógica, como texto, *e-mail*, música, fotografia. Afirma LEMOS que também nessa camada há grande controle por regimes de propriedade, “como os direitos autorais, os direitos de marca ou outras formas de proteção à propriedade intelectual. Aí também se incluem os contratos, os termos de uso e os ‘contratos por clique’, todos configurando-se como instrumentos de controle do conteúdo que trafega na rede”.³²

Entretanto, LEMOS afirma que esse controle não é absoluto, pois “...em cada uma das camadas existem elementos que se configuram como *res commune*, isto é, bens de todos e, ao mesmo tempo, bens de ninguém, não sujeitos ao controle específico de ninguém ou de nenhuma entidade”.³³

Esses elementos são, segundo LEMOS, denominados de *commons* pela doutrina norte-americana, e se referem a tudo o que é de domínio público. Adverte o autor que o que define se um determinado bem é um *common* não seria sua possibilidade de compartilhamento por todos, mas o regime pelo qual a sociedade decide lidar com determinado recurso.

³¹ “O que cada um pode fazer ou dizer no espaço virtual é moldado não apenas pelo Direito tradicional ou regras sociais, mas também pela arquitetura técnica, ou ‘código’. Simplificando o máximo possível, código é o sistema de caracteres e funções programadas para o software que funciona dentro do hardware, os quais constituem juntos a arquitetura que desenha e define o espaço virtual. Os códigos regulam a entrada junto ao espaço virtual, e uma vez dentro dele, monitora os lugares nos quais você está, determina seu acesso à informação, e permite ou restringe suas interações com os demais usuários de Internet. COLLINS, J. *Building in cyberspace*. Harvard Law Bulletin, Summer 1999, p.4. (tradução nossa).

³² *Idem, ibidem*, pp. 16-17.

³³ *Idem, ibidem*, p. 17.

Para exemplificar, ele mostra a diferença entre “bem não-competitivo” – o fato de alguém usufruir desse bem não impede que os demais façam o mesmo, em igualdade de condições, e “bem competitivo” - cujo usufruto por parte de uma pessoa impede que as demais o façam. As obras literárias, quando se materializam em um suporte físico, são “bens competitivos”. Entretanto, se um texto se encontra em um computador, pode-se repassá-lo a outra pessoa sem que se perca o texto original: nesse caso, são “bens não competitivos”.

Na visão de LEMOS, a sociedade é que decide quando uma parcela dos chamados “bens não competitivos” não deverá ser tratada como *common*, de domínio público. Um exemplo de bem que poderia ser de domínio público, mas com caráter de competitividade artificialmente a ele atribuído, é a criação intelectual que, em virtude dos direitos autorais, tem sobre ele estabelecido um monopólio que não existiria, diante de sua natureza. Ronaldo LEMOS alerta sobre o problema de que os canais pelos quais passa a informação, e a própria informação em si, tornam-se privados e reduzem esse espaço dos *commons*.³⁴

No mesmo sentido entende José de Oliveira ASCENÇÃO: “... assiste-se a um perigoso movimento de ‘crescente monopolização e privatização da informação e do saber’. Os interesses instalados forçam constantemente as fronteiras da liberdade, criando novas zonas de exclusivo”.³⁵

Lawrence LESSIG também apontou, em entrevista à Folha de S. Paulo, a existência de uma diminuição na margem de liberdade na Internet: “A arquitetura da Internet era bastante livre no seu começo, ou pelo menos preservava a liberdade muito bem. Acontece que essa liberdade original está mudando, e o ciberespaço está se tornando

³⁴ *Idem, ibidem*, pp. 18-21.

³⁵ ASCENÇÃO, J.O. Direito da Internet e da Sociedade da Informação: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.70.

um espaço muito menos livre que no passado.”³⁶

A Internet, como se pode deduzir dos diversos enfoques expostos, é um espaço que pode englobar aspectos tanto públicos como privados, podendo-se também observar uma dinâmica: o que em determinado momento é considerado como um local estritamente privado no ambiente virtual, poderá em pouco tempo se tornar predominantemente público, bem como o fenômeno contrário pode ocorrer e eventuais problemas como a diminuição da liberdade, ou a violação da privacidade das pessoas, podem surgir em virtude disso.

Daniel SARMENTO, ao abordar o tema dos espaços públicos e privados, assim se manifestou:

Embora tenhamos empregado algumas vezes a sugestiva metáfora do ‘jardim e da praça’, em referência aos espaços público e privado, vimos como esta clivagem tradicional se relativizou, e como o cenário das relações privadas dificilmente tem as características idílicas de um aprazível jardim. Trata-se antes de uma arena povoada por conflitos deflagrados ou latentes, entre partes frequentemente desiguais.³⁷

À propósito dessa idéia, também afirma Vera Karam de CHUEIRI: “acerca do público e do privado tem-se a praça e o jardim[...]. A liberdade daquela se contrapondo à clausura deste. Ir à praça dá a dimensão pública da vida política, na medida em que neste espaço se pode questionar as estruturas da ordem, tomadas como algo diferente da dimensão individual/privada do viver”.³⁸

³⁶ MAISONNAVE, F; LOUZANO, P. *O futuro sombrio da Internet*. Caderno Mais!. Folha de S. Paulo, 05 de março de 2000, p.06.

³⁷ SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, pp. 378-379. A metáfora utilizada por SARMENTO referente ao jardim e à praça tem sua origem na obra de Nelson Saldanha, que faz uma analogia entre o jardim – símbolo do espaço privado – e a praça – que simbolizaria o espaço público. SALDANHA, N. *O jardim e a praça: o privado e o público na vida social e histórica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993.

³⁸ CHUEIRI, V. K. *Estado, Direito e Cidadania: So What? Site da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Seção Artigos. Disponível em :*

Assim, a resposta quanto aos limites dos espaços públicos e privados no meio virtual é indefinida e complexa diante da incerteza quanto à separação entre o público e o privado - que tem sido objeto de questionamento, especialmente face à interpenetração entre ambos os espaços - e, ao mesmo tempo, a indefinição quanto a seus limites.

No Direito Civil contemporâneo, a chamada clivagem entre público e privado perde sentido, por ter sua origem na concepção que vincula liberdade à propriedade, surgida na época em que o sujeito de direito seria apenas o 'sujeito proprietário' e, logo, mero elemento da relação jurídica.

Em uma visão que transcende a idéia de um Direito Civil patrimonialista - burilada na época das grandes codificações - e que desloca o centro do sistema do patrimônio para a pessoa humana, dá-se prevalência à efetivação dos direitos fundamentais, tanto nas relações entre o indivíduo e o Estado como nas relações entre indivíduos.

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que a Internet é um lugar, em vez de qualificá-la como um espaço público ou privado, optar-se-á por tratar de um espaço que possui seu aspecto público, que caminhará ao lado de seu aspecto privado – ou às vezes poderá até com ele se confundir.

O espaço virtual tem em si um forte aspecto público, pois uma vez que a pessoa a acesse através de seu computador, tem à sua disposição a possibilidade de entrar em *sites*³⁹ do mundo inteiro, sem necessidade de autorizações por parte de qualquer ente –

<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/estado_direito_cidadania.html> Acesso em: <16.12.2005>.

³⁹ *Site* é “local na Internet identificado por um nome de domínio, constituído por uma ou mais páginas de hipertexto, que podem conter textos, gráficos e informações em multimídia”. HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>> Acesso em: <19.12.2005>.

ressalte-se que essa desnecessidade de autorização se refere apenas à ‘visita’ aos *sites*.⁴⁰ O seu transitar é livre, bem como suas idéias podem – ao menos teoricamente- ser livremente manifestadas no ambiente virtual.

Todavia, deve-se ter cautela para que não se incorra em generalizações. A ampla liberdade na Internet, embora seja a regra na maioria dos países do globo, comporta exceções. Existem países em que há grande restrição ao uso da Internet, como China, Cuba, Irã, Arábia Saudita e Tunísia. Na China, diversos *sites* são bloqueados por terem conteúdo que vai de encontro aos interesses governamentais; no Irã, a manifestação de opinião contrária ao regime veiculada através da Internet – opinião esta desprovida de qualquer conteúdo ofensivo às autoridades, e que apenas mostra desacordo com o regime vigente - pode dar ensejo à prisão da pessoa que a emitiu; em Cuba, o acesso à Internet só é permitido a autoridades e a turistas; na Tunísia, os *e-mails* pessoais dos cidadãos são vasculhados.

...Atualmente, o campeão entre os países que impõem restrições ao uso da web é a China, segundo a organização Repórteres Sem Fronteiras (RSF). Por lá, os cerca de 100 milhões de internautas, quando acessam a internet, muitas vezes se deparam com a mensagem *this site cannot be displayed* (esse *site* não pode ser exibido, em português). ‘Em certos casos, essa mensagem aparece não porque o *site* está fora do ar, mas porque o endereço foi bloqueado pelo governo’, explica o jornalista Richard (nome fictício), 24 anos, que mora em Pequim. Segundo Julien Pain, editor de internet da RSF, na China são bloqueadas páginas que tratam de direitos humanos, democracia e que têm conteúdo pornográfico ou críticas ao governo...⁴¹

AMIRAHHMAD, citado por Vladimir Araujo CAVALCANTE, diz que “... a rede de computadores influencia o movimento estudantil de seu país, pois é graças a ela

⁴⁰ Adverte-se, porém, que existem *sites* na Internet cujo acesso não é permitido sem autorização – embora não seja ainda a regra. Exemplos são os *sites* que comercializam conteúdo informacional, como de revistas e jornais, que apenas têm parte de seu acesso liberado após o pagamento de determinado valor, estipulado previamente pelo “dono” do endereço eletrônico.

⁴¹ MARTINS, R. *Navegar pela Web pode dar cadeia*. Link Estadão. Seção Notícias – Internacional, 24.10.2005. Disponível em: <www.link.estadao.com.br/index.cfm?id_conteudo=5322> Acesso em: <08.12.2005>.

que os estudantes, apesar de seu acesso restrito, conseguem ter parâmetros de comparação quanto às práticas de liberdade, principalmente de imprensa”.⁴² Ao se transitar pelo ambiente virtual, portanto, diversas questões relativas a direitos de grande importância para a humanidade afloram de modo incisivo: são os direitos fundamentais.

2.6 A CONVIVÊNCIA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESPAÇO VIRTUAL

Ao adentrar o espaço virtual para detidamente observar os limites entre o público e o privado, vem também à lume a questão dos direitos fundamentais. Quem observa detidamente o ambiente virtual, pode muitas vezes se surpreender com a dinâmica dos direitos nesse espaço.

Muitas vezes, eles entram em conflito ou se misturam. Em outras, alguns deles prevalecem. O importante, reitere-se, é jamais perder de vista a proteção do ser humano em sua dignidade – o que é fundamento, saliente-se, dos direitos fundamentais que serão aqui estudados. Às vezes, a proteção da dignidade da pessoa humana encontrará abrigo na prevalência do direito fundamental à liberdade de expressão na Internet; em outras, essa liberdade cederá espaço à proteção ao direito à privacidade, para proteger o ser humano de invasões supérfluas em sua vida, como no caso de divulgação de dados pessoais através do meio virtual.

Ingo Wolfgang SARLET, ao analisar de forma aprofundada a eficácia dos direitos fundamentais, apresenta a problemática questão da delimitação conceitual e aponta a existência de outras expressões utilizadas largamente na doutrina e na jurisprudência, como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos

⁴² FRANZINI, R. *Internet ‘subverte’ jovens, diz iraniano*. Folha de São Paulo, São Paulo, 14 Jul. 1999 *apud* CAVALCANTE, V. A. *As Mil Faces da Liberdade na Internet: A Distância entre os Discursos e as Práticas*. Rio de Janeiro: Vladimir Cavalcante, 2004, p.111.

públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”.

Ele adotou a expressão ‘direitos fundamentais’, que se aplicaria àqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado’, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas que se reconhecem ao humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁴³

Essas expressões, embora possuam alcances diferentes, têm a mesma origem, tendo em vista que os direitos fundamentais possuem suas raízes nos direitos humanos, como ensina Danilo DONEDA:

Os Direitos Fundamentais encontram sua origem nos Direitos Humanos. Na concepção jusnaturalista do Direito de, entre outros Rousseau e Montesquieu, os Direitos Humanos eram caracterizados como sendo direitos válidos para todos os povos, em todas as épocas, derivados da própria natureza do homem, da qual resulta seu caráter inviolável, atemporal e universal. Os Direitos Fundamentais, surgidos da positivação do direito iniciada no século XVIII, refletiam a institucionalização dos Direitos Humanos pela sua inserção em códigos e cartas constitucionais, habilitando-os à vigência nos respectivos ordenamentos jurídicos.⁴⁴

Uma visão interessante é a de J.J. Gomes CANOTILHO, que optou pelo estudo dos direitos fundamentais como direitos positivados numa ordem constitucional. A seu ver, a positivação de direitos fundamentais significaria a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Os direitos

⁴³ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 31-33.

⁴⁴ DONEDA, D. C. M. *Correio eletrônico (e-mail) e o direito à privacidade na Internet*. Rio de Janeiro, 1999, 79p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (versão eletrônica).

fundamentais seriam como tais enquanto encontrassem reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento derivassem conseqüências jurídicas.⁴⁵

Como este trabalho analisa as relações ocorridas na Internet, em que tanto poderão ocorrer situações que dizem respeito aos estritos limites de determinado território – e que, logo, são alcançadas pelo direito constitucional positivo de cada Estado – como também se farão presentes várias outras situações que transcendem os limites territoriais dos Estados, serão adotadas – na esteira do pensamento de SARLET - ambas as expressões: ‘direitos fundamentais’, quando estiverem em questão as situações que são solucionadas no âmbito interno dos Estados; e ‘direitos humanos’, quando as soluções reclamam apoio do direito internacional, por envolverem conflitos que ultrapassam a fronteira de dois ou mais países.

Uma vez definida a opção conceitual⁴⁶, passa-se ao problema dos direitos fundamentais em si. SARLET afirma que “...em que pese este inquestionável progresso, na esfera da sua positivação e toda a evolução ocorrida no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais (...) percebe-se que, mesmo hoje...em plena era tecnológica, longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita”.⁴⁷

A fundamentalidade desses direitos, como mostra CANOTILHO - com influência na visão de ALEXY - se daria em sentido formal e material. No primeiro caso, as normas consagradoras de direitos fundamentais, em virtude do fenômeno da

⁴⁵ CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 377-379.

⁴⁶ Essa opção conceitual se justifica pelo fato de ocorrer grande dissenso doutrinário em relação à terminologia a ser utilizada em relação aos direitos fundamentais e direitos humanos. Desse modo, a fim de melhor expor o assunto analisado, e para evitar uma desnecessária falta de clareza, optou-se por um dos conceitos que mais têm sido utilizados pela doutrina – o que não significa, logo, que a exclusão dos demais implique dizer que eles não sejam igualmente válidos.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 23.

constitucionalização, seriam colocadas em grau superior da ordem jurídica; além disso, os procedimentos de revisão estariam, nesse caso, agravados e, sobretudo, as normas incorporadoras de direitos fundamentais seriam limites materiais da própria revisão; por fim, seriam normas de vinculatividade imediata.

Quanto ao sentido material, aponta CANOTILHO que este sentido é essencial para a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados; para a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais a alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal e, por fim, relevante também para a abertura a novos direitos fundamentais. Essa abertura consiste na chamada “cláusula aberta”, “princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais” ou, como prefere o autor, “norma com *fattispecie* aberta.”⁴⁸ Como se poderá constatar, a estrutura dinâmica da Internet está completamente em consonância com a abertura dos direitos fundamentais, dada sua flexibilidade.

A importância dessa visão consiste em mostrar que o fato de determinado direito não estar ainda inserido na ordem constitucional positiva de determinado país não implica dizer que este deva ser desconsiderado como direito fundamental: pelo contrário, a possibilidade de surgimento de novos direitos fundamentais justifica a sua não tipicidade. Na ordem constitucional brasileira essa abertura se mostra no art. 5º, §§2º e 3º:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁴⁸ CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 377-379.

Todavia, cabe lembrar que a opção pela classificação de direitos fundamentais como sendo aqueles acolhidos pela ordem constitucional de cada país tem no presente trabalho o objetivo de exposição didática do assunto, sem esquecer, porém, a possibilidade de existência de direitos fundamentais (no sentido material) que não tenham sido recepcionados expressamente pelo texto da constituição de cada país.

Edilson Pereira de FARIAS, ao tratar do mesmo assunto, resumiu assim a questão dos direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais, entendidos como a concreção histórica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, hodiernamente cumprem uma função primordial: constituem paradigma de legitimação de regimes políticos. (...) Inicialmente, foram concebidos como limites aos poderes do soberano. Eram as liberdades individuais oponíveis ao Estado. Constituíam-se, essencialmente, em *direitos de defesa* contra o Poder Público. Posteriormente, surgiram novos direitos que ao invés de uma postura negativa exigiram uma ação positiva do Estado. São os direitos sociais. Consistem, em regra, em *direitos à prestação* exequíveis pelo Estado. (...) No exercício dos direitos fundamentais, poderá suceder que um direito se choque com outro igualmente fundamental, situação que se denomina tecnicamente *colisão de direitos fundamentais*.⁴⁹

Os direitos fundamentais tiveram sua origem, logo, como garantia de liberdade do indivíduo diante do Estado, e surgiram na época em que prevalecia o modelo liberal. São os direitos que a doutrina chama de ‘direitos de primeira geração’⁵⁰ ou de ‘primeira dimensão’, e constituem liberdades negativas, deveres de omissão por parte do Estado.

Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK afirmam que as

⁴⁹ FARIAS, E. P. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 17.

⁵⁰ Há na doutrina mais recente uma forte crítica quanto ao uso do termo ‘gerações’ quanto aos direitos fundamentais: “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. SARLET, I. W. *op. cit.*, p. 49.

liberdades negativas são espaços de não-intervenção, tendo importância, nessa primeira geração de direitos fundamentais, a separação entre público e privado – já delineada no presente trabalho:

É do exame dessas liberdades que se revela a constituição da clivagem público e privado, uma vez que é precisamente na constituição dos direitos subjetivos que estabelecerá os limites de atuação do Estado. Pode-se identificar, pois, uma externalidade desses direitos – que se projeta para o Estado, contra o qual se dirigem – e uma internalidade, que constitui a condição de possibilidade para a consolidação de uma espacialidade privada. Externamente, esses direitos eram vistos como limites, searas de não-intervenção, espaços de liberdade, que se projetam verticalmente. Integra a seara do público - ou seja, do Estado – aquilo que se coloca na externalidade desses limites. Tais limites possuem, porém, uma internalidade, que constitui o espaço intangível da atuação do indivíduo: a espacialidade privada.(...) A clivagem entre público e privado foi elemento constitutivo da primeira geração dos direitos fundamentais.⁵¹

A segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais surgiu após as guerras mundiais, e consiste em direitos fundamentais à prestação (também chamados direitos sociais). Em vez de abstenção do Estado, eles reclamam uma atuação positiva por parte dele para que esses direitos sejam protegidos: são direitos que transcendem a ótica meramente individualista – embora se deva salientar que nessa dimensão ainda se reporta à pessoa individual, não se confundindo com os direitos coletivos e difusos da terceira dimensão - e que tem a busca da igualdade material como nota basilar.

Na segunda dimensão já se pode vislumbrar o início do rompimento da separação rígida entre os espaços público e privado, diante da necessidade da atuação positiva do Estado na vida das pessoas, a fim de procurar mitigar a existência de desigualdades no plano da realidade fática, antes encobertas pelo manto da igualdade formal.

A terceira geração, ou dimensão, consiste na existência de direitos

⁵¹ FACHIN, L.E.; RUZYK, C.E.P. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Aldacy Rachid Coutinho *et. al*; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.89.

fundamentais de participação ou solidariedade. Seu aspecto distintivo está na titularidade coletiva, muitas vezes indefinida ou indeterminável, e quanto ao fato desses direitos se destinarem à proteção de grupos humanos. SARLET, ao apresentar esse tema, afirma que essa dimensão pode ser uma resposta ao fenômeno conhecido por “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, assumindo especial relevância (...) 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...⁵²

O autor diz que podem ser suscitadas dúvidas quanto ao enquadramento desse direito na terceira dimensão dos direitos fundamentais, podendo ser na verdade resultado de novas reivindicações individuais, e por seu caráter preponderantemente defensivo, podem se enquadrar na categoria de direitos fundamentais de primeira dimensão, revelando a atualidade permanente dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptada às exigências do homem contemporâneo.⁵³

A observação de SARLET leva a concluir a relevância do estudo da Internet em relação aos direitos fundamentais, especialmente o modo com que esses direitos fundamentais podem ser violados e se manifestar no espaço virtual.

O livre trânsito de informações no interior das comunidades virtuais possibilita a manifestação de um dos direitos fundamentais mais conhecidos, que é o da liberdade de expressão.

A necessidade de comunicação por parte do ser humano remonta a seus primórdios: desde as primeiras civilizações já haviam sido estabelecidos meios de

⁵² SARLET, I.W. *op.cit.*, pp. 53-54.

⁵³ *Idem, ibidem*, p.54.

divulgação de idéias entre as pessoas. Na era liberal esse direito se mostrou de modo contundente, pois a “... a liberdade de imprensa era tida como o prolongamento do direito de opinião, como síntese das idéias liberais de liberdade e instrumento de defesa contra a autoridade ilimitada do Estado”.⁵⁴

A liberdade de expressão e informação é uma das características das atuais sociedades democráticas, em que se propugna o direito à livre manifestação do pensamento, tendo em vista o caráter pluralista e de diversidade de idéias decorrente do contexto social. A relevância do direito à liberdade de expressão foi assim destacada por Edilson Pereira de FARIAS:

...como um direito subjetivo fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões através da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informação verdadeira, sem impedimentos nem discriminações”. (...) Por contribuir para a formação da opinião pública na sociedade democrática, é estimada como um elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais.⁵⁵

A liberdade de expressão, como se salientou, é de relevância ímpar nos regimes democráticos. O regime brasileiro, desenhado pela Constituição de 1988, é fundado no princípio democrático. Democracia, na visão de José Afonso da SILVA,

... é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem... a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.

A seu ver, a Constituição brasileira assegura os valores de uma sociedade

⁵⁴ PAREDES, Marcus. *Violação da privacidade na internet* in Revista de Direito Privado (coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery), vol.9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 190.

⁵⁵ FARIAS, E.P. *op. cit.*, p. 158.

pluralista, o que se torna base para a construção de uma democracia também pluralista. Afirma ele que a sociedade pluralista respeita a pessoa humana e sua liberdade, e que “... optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos”, e que o regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais, sendo o lugar em que a liberdade encontra campo de expansão.⁵⁶

Segundo Pietro PERLINGIERI, “A informação, em uma sociedade democrática, representa o fundamento da participação do cidadão na vida do país e, portanto, do próprio correto funcionamento das instituições. A qualidade e a eficácia do comunicar, todavia, dependem sempre da formação de quem informa e dos destinatários da mensagem; e a formação destes é o resultado da liberdade da manifestação do pensamento”.⁵⁷

Diante do grande intercâmbio de informações que o acesso à Internet possibilita, o pluralismo acolhido pelas sociedades democráticas ganha relevo com as manifestações de diferentes culturas e idéias, oriundas de diversas partes do mundo, que coexistem no mesmo meio virtual. Daí entra em evidência o direito à liberdade de expressão e informação, inserido na Constituição nos artigos 5º e 220, cujos excertos se colocam a seguir:

Art. 5º, IV: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

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 nessa Constituição. §1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena

⁵⁶ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 125-126; 143; 233.

⁵⁷ PERLINGIERI, P. *op. cit.*, p.186.

liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social (...); §2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística.

A liberdade de expressão e informação surge da liberdade de manifestação do pensamento. O direito fundamental à informação compreende tanto os atos de comunicar como de receber informações pluralistas e corretas, o que protege tanto o emissor como o receptor no processo da comunicação. No aspecto passivo da relação de comunicação, advém o direito de ser adequadamente informado.

A manifestação desse direito fundamental, conforme já destacado, por orientar a opinião pública na sociedade democrática, torna-se condição para exercício da democracia pluralista e para exercício, por conseguinte, de outros direitos fundamentais. Todavia, essa liberdade, tal como qualquer outro direito fundamental, possui limites,⁵⁸ especialmente quando entra em conflito com outros direitos fundamentais de relevância.

Exemplos podem ser fartamente encontrados na jurisprudência brasileira, como no trecho de acórdão do Supremo Tribunal Federal adiante colacionado:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/04)

Carlos Alberto ROHRMANN, na mesma linha de pensamento, ao defender a necessidade de limitação da liberdade de expressão, assim ensina:

O direito à liberdade de expressão envolve duas vias, tanto a liberdade de manifestar o pensamento, seja por qualquer forma, quanto a liberdade de receber a manifestação de terceiros. A primeira envolve um direito de 'falar', enquanto a outra se refere ao direito de ter acesso ao que foi ou está sendo dito por terceiros. Mais uma vez, lembra-se de que se trata de

⁵⁸ FARIAS, E.P. *op. cit.*, pp.133-135.

um direito constitucional muito amplo e que, em determinadas situações concretas, pode envolver questões de direitos de terceiros que seriam lesados se a liberdade de expressão não fosse limitada.⁵⁹

Na Internet, o aspecto no qual a liberdade de expressão e informação possui relevo é, por evidente, o aspecto público: a manifestação de uma idéia implica na passagem do pensamento para os demais, que dela tomam conhecimento quando este pensamento é exteriorizado e se torna público.

A manifestação do direito à liberdade de expressão se encontra de modo claro na Internet: qualquer pessoa, se assim o desejar, pode criar um *site* e, através dele ou de endereços eletrônicos já existentes, exprimir suas opiniões a respeito de quaisquer assuntos; bem como pode publicar textos, artísticos ou não, de sua autoria. Destaque-se a facilidade com que isso pode se dar – tendo em vista que a maior parte desses serviços de informação se encontra à disposição de todos, e de modo gratuito.

A partir desse momento começa a interpenetração entre os aspectos público e privado no espaço virtual, pois na Internet coexistem – ao lado do direito à liberdade de expressão e informação - outros direitos fundamentais, como os direitos à intimidade e à privacidade.

Ao mergulhar no universo de direitos como os direitos à intimidade e à privacidade, é importante tracejar o modo pelo qual os direitos fundamentais convivem, especialmente em virtude da possibilidade de colisão entre esses direitos. Diante da consagração do respeito à vida privada como direito fundamental da pessoa humana,⁶⁰

⁵⁹ ROHRMANN, C.A. *op. cit.*, p. 141.

⁶⁰ J.J. Gomes CANOTILHO adverte que: “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”, embora ressalte que cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. CANOTILHO, J.J.G. *op. cit.*, p.396. Os direitos de personalidade tratados no presente trabalho, que correspondem aos enunciados no art. 5º, X, da Constituição Federal, são direitos fundamentais reconhecidos por nossa ordem constitucional.

esta constitui um limite natural contra eventuais excessos decorrentes do direito à liberdade de expressão.

Tais quais os direitos à liberdade de expressão e informação, os direitos à intimidade e à privacidade são direitos fundamentais com assento constitucional. Seu fundamento se encontra no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que prescreve serem invioláveis a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desses direitos.

Além disso, estão inseridos tais direitos como direitos da personalidade, “... que constituem o mínimo necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde o seu nascimento. (...). O objeto dos direitos da personalidade são, na realidade, ‘os modos de ser físicos ou morais da pessoa’, noutras palavras, os bens mais essenciais do ser humano”.⁶¹ Os direitos da personalidade mereceram um capítulo inteiro no Código Civil Brasileiro e estão disciplinados nos arts. 11 e seguintes.

Antigamente, havia uma controvérsia entre duas teorias atinentes aos direitos da personalidade, que seriam a pluralista – que defendia a existência de múltiplos direitos da personalidade, e a teoria monista, que sustentava a existência de um único direito da personalidade, originário e geral. Eram ambas teorias insuficientes porque estavam vinculadas aos direitos subjetivos patrimoniais. A partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana pela Constituição de 1988, tal princípio acaba por funcionar como uma cláusula geral de tutela da personalidade.⁶²

⁶¹ FARIAS, E.P. *op.cit.*, p.107.

⁶² TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. (org.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 33.

A personalidade, segundo Elimar SZANIAWSKI, é o conjunto de características da pessoa, sua parte mais intrínseca, cuja tutela efetiva só se encontra quando corresponde a uma cláusula geral constitucional pétrea. Ele entende que, na esteira do fenômeno da repersonalização no direito civil – que recoloca o indivíduo como ponto nuclear e principal destinatário da ordem jurídica – deverá ocorrer a aplicação dos valores inseridos nas normas constitucionais não só nas relações entre o Estado e o indivíduo, mas também entre os particulares.

Para o autor, não se pode conceber uma visão meramente privatística dos direitos de personalidade que o desvinculem da categoria ampla de direitos do homem. A partir da leitura norteada pela noção de dignidade do ser humano é que poderá ser formulada a verdadeira amplitude da noção de direito de personalidade.⁶³

Na visão de Pietro PERLINGIERI, a personalidade é o valor fundamental do ordenamento:

... e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.(...) Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva...⁶⁴

Assim, muito embora exista disciplina legal a respeito dos direitos da personalidade, não se pode conceber que estes se circunscrevam apenas às hipóteses enunciadas. Os direitos da personalidade, segundo a doutrina, possuem as seguintes características: tratam-se de direitos inatos, pois surgem com a própria existência da

⁶³ SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 56-58.

⁶⁴ PERLINGIERI, P. *op. cit.*, pp. 155-156.

pessoa humana; extrapatrimoniais – embora eventual lesão possa surtir efeitos patrimoniais; absolutos, pois oponíveis *erga omnes*; indisponíveis, abrangendo impenhorabilidade e irrenunciabilidade; imprescritíveis, pois sua lesão não convalesce com o tempo; e intransmissíveis. Todavia, essas características possuem temperamentos, como a concessão de uso de alguns dos direitos (como a imagem e o direito de autor).⁶⁵

Um fenômeno bastante comum na Internet é o da divulgação, por parte da própria pessoa, de grandes aspectos de sua vida através do meio virtual. Existem endereços eletrônicos em que colocam suas fotografias, relatam acontecimentos de seu cotidiano e expõem aspectos que, antigamente, eram considerados estritamente íntimos. Pode-se questionar se isso acaba, de certo modo, por implicar uma sutil ‘disposição’ dos direitos da personalidade por parte de seu titular. Um terceiro que venha a acessar a página da Internet sem conhecimento da pessoa que expôs fotografias que mostram seus aspectos particulares não estaria, em tese, afrontando o direito à privacidade dessa pessoa, por exemplo.

Uma vez esboçadas as características gerais dos direitos da personalidade, passa-se para alguns desses direitos que têm relação com a Internet. A intimidade, segundo Carlos Roberto Fornes MANTEUCCI, “...relaciona-se preponderantemente com os aspectos pessoais, crenças, segredos e particularidades do indivíduo”, enquanto a privacidade diria respeito “...às circunstâncias compartilhadas de maneira mais ou menos intensa com outras pessoas”.⁶⁶

O direito à privacidade surgiu a partir da defesa judicial do ‘direito a ser deixado em paz’, em ação proposta em Boston pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis,

⁶⁵ TEPEDINO, G. et al. *op. cit.*, p. 33.

⁶⁶ MANTEUCCI, C.R.F. *Privacidade e Internet*. In: Revista de Direito Privado (coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery), vol.19, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro de 2004, p.48.

diante do inconformismo do primeiro advogado com as matérias divulgadas pela imprensa a respeito de sua esposa.⁶⁷Essa ação inspirou um artigo publicado na “Harward Law Review”, publicado em 1890, onde eles afirmaram que a privacidade estava sendo agredida pelas “recentes invenções e métodos comerciais”, e que as pressões da sociedade moderna exigiam a criação de um “direito à privacidade”. Recusavam-se a acreditar que a privacidade devia morrer para que a tecnologia florescesse.⁶⁸

O direito ao segredo deriva do direito à intimidade. Uma espécie do direito ao segredo, que possui grande influência na Internet, é a do direito ao segredo das comunicações. Ele consiste na possibilidade de manutenção do sigilo das comunicações em geral e abrange, entre outros, o direito ao segredo telefônico, telegráfico e através da Internet. Elimar SZANIAWSKI, ao tratar desse assunto, revela a necessidade de descobrir meios de proteger os direitos da personalidade no ambiente virtual:

É urgente que se encontrem mecanismos eficazes que possam, efetivamente, tutelar a personalidade humana dos abusos e perigos que são praticados através dos *sites* de propaganda e informações pela internet, principalmente quando são dirigidos para fomentar a prática da violência, do racismo, da guerra ideológica, do vício, o desrespeito pela pessoa humana e os *sites* específicos de sexo com crianças e adolescentes, entre outros. Trata-se de uma tarefa difícil, geradora de polêmica e que, fatalmente, colidirá com o direito à liberdade de manifestação de pensamento e de informação...⁶⁹

Recentemente, o *Tribunal de Grand Instance* de Paris condenou a revista *Paris Match* por atentar contra esse direito. No caso, a revista havia divulgado em seu *site* da Internet reportagens acompanhadas de fotografias que diziam respeito à vida privada do autor da ação:

⁶⁷ TEPEDINO, G. *Informação e Privacidade*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 476.

⁶⁸ GARFINKEL, S. *A guerra da privacidade*. Trad. Luiz Roberto Mendes Gonçalves. Caderno Mais!. Folha de S. Paulo, 05 de março de 2000, p.12.

⁶⁹ SZANIAWSKI, E. *op. cit.*, pp. 305;310.

Le TGI de Paris, dans un jugement en date du 21 mai 2003, condamne Paris Match pour avoir continué à diffuser des articles portant atteinte à la vie privée. Le célèbre gardien Fabien B. avait déjà obtenu la condamnation de l'édition papier pour certains articles accompagnés de photographies parus entre 1998 et 1999 concernant sa vie privée.(...) Par constat d'huissier, Fabien B. fait constater à deux reprises la présence de ces articles sur le site...⁷⁰

Exemplos como esse mostram como a Internet contribuiu, de certo modo, também para uma mudança no modo com que sempre se encarou a privacidade. Agora, sustenta-se que o "...controle das informações pessoais leva também ao direito de determinar o modo de construção da própria esfera privada (...) mirando a capacidade de se proteger de julgamentos contextualizados, exercida ao controlar as condições sob as quais nossas informações pessoais serão reveladas aos outros".⁷¹ Guilherme Magalhães MARTINS apresenta seu olhar sobre a existência da superação da definição tradicional de privacidade, especialmente na Internet:

A privacidade, outrossim, é contemplada para além da sua definição tradicional, e matiz individualista, do 'direito de ser deixado só', passando seu foco ao controle, por indivíduos ou grupos, do exercício de poderes que se fundam na disponibilidade de informações (...).Na sociedade da informação, prevalecem definições funcionais da privacidade, referidas à possibilidade de um sujeito de conhecer, controlar, endereçar e interromper o fluxo das informações que lhe dizem respeito (...) porém, deve prevalecer a regra pela qual cada provedor, mesmo quando consinta no uso de pseudônimos ou garanta o anonimato na rede, providencie, ainda que no contrato de acesso, a identificação do usuário, como garantia dos imperativos de segurança e lealdade próprios da boa-fé objetiva, valores esses que, balanceados em face da privacidade, devem ser colocados em primeiro lugar.⁷²

⁷⁰ "O Tribunal de *Grande Instance* de Paris, em julgamento datado de 21 de maio de 2003, condenou Paris Match por haver continuado difundindo artigos que atentavam à vida privada. O famoso vigia Fabien. B. havia já obtido a condenação da edição impressa por certos artigos acompanhados de fotografias tiradas entre 1998 e 1999 concernentes à sua vida privada. (...) Pela observação do oficial de justiça, Fabien B. mostrou por duas vezes a presença daqueles artigos no *site*". (tradução nossa) _____. *Fabien Barthez obtient la condamnation de Paris Match pour atteinte à la vie privé* Legalis.net, 02.09.2003. Disponível em: <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=356> Acesso em: 30.12.2005.

⁷¹ TEPEDINO, G. *et al. op. cit.*, p. 59.

⁷² MARTINS, G. M. *Boa-fé e contratos eletrônicos via Internet. In: Problemas de Direito Constitucional*. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 144-145.

Assim, além do direito a ser deixado em paz, o direito à privacidade na Internet tem uma nova perspectiva, que é o da possibilidade da pessoa ter controle sobre as informações que lhe dizem respeito. Stefano RODOTÁ, ao analisar a questão dos direitos humanos e as novas tecnologias, agora no contexto da União Européia, discorre a respeito da conformação dos direitos fundamentais em função dessa nova realidade:

Le innovazioni scientifiche e tecnologiche hanno influito notevolmente sul quadro dei diritti fondamentali e si tratta di un'influenza destinata a permanere nel futuro. E' nata una nuova generazione di diritti che ha già trovato riconoscimenti in documenti internazionali e sovranazionali, in Costituzioni e leggi statali. Basta qui ricordare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, con i suoi articoli 3 e 8, ha dato cittadinanza e rango di diritti fondamentali alle nuove situazioni emerse nella dimensione bioetica e informatica. Al tempo stesso, però, in particolare le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, stanno producendo spinte nella direzione di forme sempre più capillari ed invasive nella sfera privata dei cittadini, mettendo in discussione consolidati diritti e libertà fondamentali.⁷³

A Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, mencionada por RODOTÁ, teria ensejado, inclusive, o surgimento de um novo direito fundamental, que seria o direito à proteção de dados pessoais.

Marcelo Cardoso PEREIRA, ao mencionar o artigo 8.1. desta Carta, que dispõe o seguinte: “Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”⁷⁴, defende – embasado também na característica de abertura dos

⁷³ As inovações científicas e tecnológicas têm influenciado notavelmente sobre o quadro dos direitos fundamentais e se trata de uma influência destinada a permanecer no futuro. Nasceu uma nova geração de direitos que já encontraram reconhecimento em documentos internacionais e supranacionais, nas Constituições e leis estatais. Basta lembrar a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia que, em seus artigos 3 e 8, deram cidadania e caráter de direitos fundamentais às novas situações que emergem das dimensões bioética e informática. Ao mesmo tempo, contudo, em particular as novas tecnologias da informação e da comunicação estão produzindo movimentos na direção de formas sempre mais sutis e invasivas nas esferas privadas dos cidadãos, colocando à lume discussão a respeito de direitos e liberdades consolidados (tradução nossa). RODOTÁ, S. *Diritti umani e nuove tecnologie*. In: Infoleges.it. Disponível em: <<http://www.infoleges.it/NewsLetter/Articoli/Scheda.aspx?IDArticolo=27>> Acesso em: <28.12.2005>

⁷⁴ Toda pessoa tem direito à proteção dos dados de caráter pessoal que a ela dizem respeito (tradução nossa).

direitos fundamentais - que “... esse novo direito fundamental à proteção dos dados pessoais frente ao uso dos meios informáticos e telemáticos já é uma realidade”.⁷⁵ LORENZETTI alcunha de “direito à autodeterminação da informação”, que incluiria “...a faculdade do indivíduo de dispor e revelar dados referentes a sua vida privada e sua livre disposição em todas as fases da elaboração e uso dos dados, ou seja, sua acumulação, sua transmissão, sua modificação e seu cancelamento”.⁷⁶

A par da discussão a respeito da existência desse novo direito fundamental, que teria origem no direito à privacidade, cabe destacar que um dos maiores problemas que norteia a questão dos direitos fundamentais é quando os direitos à liberdade de expressão e à privacidade entram em conflito, tendo em vista a igual e ímpar relevância que eles têm no ordenamento jurídico contemporâneo.

A Internet tem contribuído para o surgimento de diversas situações de conflito entre esses direitos fundamentais. Ícone do advento da Sociedade da Informação, através dela a transmissão de dados e informações ocorre em velocidade extremamente rápida, e em profusão.

Todavia, ao mesmo tempo em que há essa esfera de liberdade – como já destacado anteriormente - existe também a possibilidade de recorrente violação aos direitos fundamentais da personalidade, tendo em vista a disseminação de informações por todo o globo.

René Ariel DOTTI alerta para essa potencial violação: “A recente evolução técnica em matéria de tratamento automático da informação acrescentou uma nova dimensão aos ataques contra a liberdade do Homem”, e prossegue dizendo que a informática tem a grande possibilidade de desvendar as criaturas humanas e colocá-las ‘a

⁷⁵ PEREIRA, M.C. *Direito à intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 157-159.

⁷⁶ LORENZETTI, R.L. *op.cit.*, p.90.

nu'.⁷⁷ Além disso, DOTTI adverte que:

Para muito além dos prejuízos visíveis que pode acarretar o mau uso de algumas liberdades públicas, como, por exemplo, a liberdade de opinião que poderá atingir a dignidade das pessoas, a informática revela características muito peculiares de ofensa. Diversamente das agressões clássicas – analisáveis perante os tribunais – o registro e a divulgação de informações sobre as qualidades morais poderão ser processadas silenciosamente sem que os atingidos tenham a oportunidade de conhecê-las para discutir nos tribunais o seu conteúdo.⁷⁸

Podem ser descortinados diversos modos de violação de direitos por intermédio de *sites* da Internet. Um deles é a venda de bancos de dados sem a autorização das pessoas, sobre a qual se manifestou Ruy Rosado Aguiar em julgado proferido no STJ:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade: ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. (STJ, 4ª T, Resp 22.337-8-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13.02.1995)

Assim, evidenciam-se os interesses envolvidos pelo uso das informações. Em sede política, possibilita melhor conhecimento dos problemas da sociedade e possibilita rápida e eficaz solução, enquanto no setor privado, a obtenção de dados sobre as pessoas é importante para precisar o perfil e hábitos dos consumidores.⁷⁹

Um dos meios através do qual esses dados são obtidos é o preenchimento de

⁷⁷ DOTTI, R. A. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980, pp. 251-252.

⁷⁸ *Idem, ibidem*, p. 252.

⁷⁹ MANTEUCCI, C.R.F. *op. cit.*, p.49.

formulários nos *sites* dispostos na Internet. É bastante comum, por exemplo, que a pessoa, para adquirir algum produto no meio virtual, ou até mesmo como condição para prosseguir “navegando” através de determinadas *home-pages*, tenha de preencher formulários em que, além dos dados básicos relativos ao nome, cidade, endereço, coloque informações relativas a gostos pessoais, entre outras.

Uma situação extremamente comum e que denota completo desrespeito ao direito fundamental à privacidade é a venda desses dados a empresas interessadas, sem conhecimento e autorização por parte da pessoa cadastrada.

Outro modo de obtenção de dados é a utilização dos chamados *cookies*, que são dispositivos inseridos pelo fornecedor no computador do cliente e que guardam informações sobre o visitante de determinada página na Internet. A partir deles, o internauta acaba por fornecer – agora sem saber – informações sobre seus hábitos de compra, lazer, interesses de toda ordem, o que compromete em evidência sua privacidade:⁸⁰

Um exemplo recente de como a privacidade está ameaçada na Internet foi protagonizado pela DoubleClik, a maior companhia de propaganda do ciberespaço. Recentemente, a empresa admitiu que coloca um arquivo no computador sem o conhecimento do usuário, o que a possibilita monitorar quantas vezes este visita um *site* – informação que a empresa usa para enviar publicidade personalizada. Milhões de internautas já têm seus passos monitorados pela empresa, que está sendo processada por uma associação norte-americana que defende a privacidade eletrônica.⁸¹

Os *cookies*, quando utilizados de modo legítimo, podem constituir em ferramentas úteis para os usuários da Internet, pois servem para identificar o usuário, oferecer informação personalizada ou, nos casos de *sites* dedicados ao comércio eletrônico, podem ser utilizados para organizar as compras do usuário no “carrinho de

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 50.

⁸¹ MAISONNAVE, F; LOUZANO, P. *op.cit.*, p.05.

compras”.⁸²

O problema dos *cookies* consistiria na forma com que esses dados obtidos seriam utilizados, escapando ao objetivo de proporcionar uma mera personalização do *site*. Os dados, ora fornecidos para aquela finalidade, acabam por ser divulgados para outras empresas – notadamente de *marketing* - e permitem, com a associação dos dados, traçar um perfil de cada pessoa em concreto – o que devassa sua privacidade e pode, em cada caso concreto, ocasionar uma série de problemas às pessoas.

Pietro PERLINGIERI afirma que em relação aos procedimentos realizados na elaboração de bancos de dados “... apresenta-se uma série de problemas, ligados, sobretudo, à tutela da privacidade (*riservatezza*). (...) Problemas não simples, cuja solução depende dos interesses e dos valores envolvidos e, portanto, da finalidade do arquivo...”⁸³

José Afonso da SILVA adverte sobre o perigo dos bancos de dados e cruzamento de informações:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que descendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.⁸⁴

Gustavo TEPEDINO afirma que a tutela da intimidade “... representa uma defesa individual contra as agressões provocadas pelo muitas vezes devassador progresso científico”. Ensina o civilista que a administração dos bancos de dados consiste em um aspecto ainda inexplorado da violação da privacidade. Ao discorrer sobre o tema, ele ensina que:

⁸² PEREIRA, M.C. *op. cit.*, p. 195.

⁸³ PERLINGIERI, P. *op. cit.*, pp. 240-241.

⁸⁴ SILVA, J. A. da., *op. cit.*, pp. 208-209.

A memória eletrônica permite incontáveis associações de fatos, idéias e informações. A contrapartida é a atribuição de enorme poder ao titular desse depósito, detentor de dados atinentes à intimidade alheia. Se à memória estática de dados adicionamos o chamado “cruzamento de informações” entre computadores, multiplica-se, indefinidamente, o depósito, concebendo-se uma espécie de memória dinâmica, guardiã de formidável estoque de informações casadas ou superpostas. Através desse mecanismo, tão comum em nossos dias, não consistiria obra de ficção conjecturar uma alarmante intromissão na vida alheia, a partir do cruzamento de informações provenientes de múltiplas fontes.⁸⁵

Desse modo, depreende-se a importância de proteção aos dados pessoais na Internet. Marcelo Cardoso PEREIRA mostra que a utilização da informática no tratamento das informações pessoais, em virtude do grande volume de dados pessoais que circulam diariamente na Internet, fomenta a possibilidade de vulneração do direito à intimidade dos usuários da rede.

Afirma também que os modernos computadores, com sua grande capacidade de recolhimento de dados, conjugados à grande velocidade de transmissão desses dados por intermédio da Internet, representariam um perigo a mais para a intimidade dos indivíduos, especialmente quando utilizados para a elaboração de perfis pessoais na rede.⁸⁶

Nicoló LIPARI, ao discorrer sobre o processo de informação sob a perspectiva tecnológica, afirma que essa questão não se restringiria apenas aos problemas que, ao seu ver, já estariam sendo aprofundados pelos civilistas – como a proteção jurídica do software, o efeito legal da certificação obtida por meios informáticos e o valor da identificação eletrônica do sujeito – mas também quanto ao fato da pessoa, ao seu ver, já ser potencialmente portadora de um direito de ser corretamente e integralmente informada:

... per esempio, diritto ad avere accesso a tutte le informazioni che lo riguardano, quale che sia il supporto in cui sono memorizzate (...); diritto alla privatezza, cioè garanzia che le

⁸⁵ TEPEDINO, G. *Computador Bisbilhoteiro*. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 479.

⁸⁶ PEREIRA, M.C. *op.cit.*, p. 143.

informazione che riguardano il cittadino sono utilizzate solo per i fini per cui sono state raccolte e solo dalle persone autorizzate, con garanzia della dovuta riservatezza verso i terzi e contro tutti gli altri usi...⁸⁷

A fim de proteger os direitos da personalidade que potencialmente podem ser violados através da Internet, têm sido tomadas providências no âmbito internacional. Um exemplo é o da União Européia, com a criação de diretivas – que são instrumentos para harmonização das leis no âmbito comunitário e que “requer (...) um ato de cada Estado membro que a transforme em normas aplicáveis no ordenamento interno”⁸⁸ – a respeito da proteção dos dados pessoais.

A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho aplica-se aos dados tratados por meios automatizados (base de dados informática de clientes, por exemplo) e adota princípios que incidem sobre a qualidade dos dados, a legitimidade de seu uso (ou seja, quando há consentimento da pessoa ou, por exemplo, quando tais dados são necessários para a conclusão de um contrato de que ela seja parte); as categorias específicas de tratamentos (veda-se o tratamento pessoal de dados pessoais que revelem origem racial ou convicções políticas ou religiosas); a informação das pessoas que estão sendo objeto do tratamento de dados pessoais a respeito da identidade do responsável pelo recolhimento desses dados e a que eles se destinam; o direito a acesso a esses dados, o que pode possibilitar a retificação ou até exclusão de tais dados; a confidencialidade

⁸⁷ ... por exemplo, direito a ter acesso a todas as informações que lhe dizem respeito, qualquer que seja o suporte no qual estejam memorizadas; direito à privacidade, que garante que as informações concernentes ao cidadão sejam utilizadas apenas para os fins pelos quais foram recolhidas e apenas pelas pessoas autorizadas, com garantia do devido resguardo dessas informações contra terceiros e contra todos os outros usos... (tradução nossa).LIPARI, N. *Possesso dell'informazione*. In: *Il Diritto privato futuro*, 15. Università degli Studi di Camerino. Scuola di Specializzazione in diritto civile. Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri. Napoli: 2003, p. 59.

⁸⁸ PERLINGIERI, P. *op.cit.*, p.13.

desses dados e até mesmo o direito a se opor à coleta de tais dados.⁸⁹

Além dessa Diretiva, merece nota também a Diretiva 2002/58/CE, relativa à privacidade e às comunicações eletrônicas. Ela aborda temas como “... a conservação dos dados de conexão pelos Estados-Membros para efeitos de vigilância policial (retenção de dados), o envio de mensagens electrónicas não solicitadas, a utilização de testemunhos de conexão (*cookies*) e a inclusão de dados pessoais nas listas públicas”.⁹⁰

Um aspecto interessante é o modo com que essa Diretiva aborda o problema dos *cookies*, exposto linhas acima, cuja utilização é permitida no âmbito da União Europeia desde que haja prévio conhecimento das partes que o empregam e que seja utilizado para um fim legítimo.⁹¹

Em 14 de dezembro de 2005 foi aprovada uma Resolução Legislativa que altera dispositivos dessa Diretiva, e também trata da proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que será relativa à “conservação de dados tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis”. Um aspecto de destaque é a inserção, na Diretiva 2002/58/CE, de artigo que fala da necessidade de conservação desses dados para finalidades investigativas, como para solucionar casos de terrorismo, por exemplo:

(9 A) Nos termos do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, qualquer

⁸⁹ _____. *Proteção dos dados pessoais*. Site da União Europeia. Disponível em <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l14012.htm>> Acesso em: <28.12.2005>

⁹⁰ _____. *Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas*. Site da União Europeia. Disponível em <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l14012.htm>> Acesso em: <28.12.2005>

⁹¹ _____. Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). Site da União Europeia. Disponível em: <<http://europa.eu.int>> Acesso em: <28.12.2005>.

pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e da sua correspondência. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. Visto que a conservação de dados se tem revelado um instrumento de investigação necessário e extremamente eficaz em vários Estados-Membros, nomeadamente no âmbito de casos relacionados com o crime organizado e o terrorismo, é indispensável assegurar que as autoridades responsáveis pela aplicação da lei possam dispor dos dados conservados por um período determinado nas condições previstas na presente directiva. A aprovação de um instrumento de conservação de dados é, pois, uma medida necessária que obedece aos requisitos do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁹²

Diversas outras possibilidades de violações ao direito à intimidade podem ser enunciadas. Até mesmo a mera troca de correspondência virtual, através de *e-mails*, ou bate-papos realizados pela Internet, podem se prestar ao comprometimento da protecção à esfera íntima das pessoas envolvidas.

Exemplos bastante recorrentes disso são as invasões realizadas por *hackers*⁹³ –

⁹² _____. *Conservação de dados*. Textos aprovados pelo Parlamento. 14 de dezembro de 2005 Estrasburgo. Site da União Europeia. Disponível em <<http://www.europarl.eu.int>> Acesso em: <28.12.2005>.

⁹³ Há uma certa controvérsia em relação à correta utilização do termo *hacker*. Muito embora esse termo seja, em dicionários como o HOUAISS (HOUAISS, A. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>> Acesso em: <09.12.2005>), utilizado indistintamente tanto para aquele que é “entusiasta de computador; aquele que é perito em programar e resolver problemas com o computador” como para aquela “... pessoa que acessa sistemas computacionais ilegalmente”, tal como optou-se fazer no presente trabalho, a literatura especializada estabelece uma diferenciação entre hacker e craker: “...A hacker is a person intensely interested in the arcane and recondite workings of any computer operating system. Hackers are most often programmers. As such, hackers obtain advanced knowledge of operating systems and programming languages. They might discover holes within systems and the reasons for such holes. Hackers constantly seek further knowledge, freely share what they have discovered, and never intentionally damage data. A cracker is one who breaks into or otherwise violates the system integrity of remote machines with malicious intent. Having gained unauthorized access, crackers destroy vital data, deny legitimate users service, or cause problems for their targets. Crackers can easily be identified because their actions are malicious.” Tradução segue adiante: “... Um hacker é uma pessoa intensamente interessada nos secretos e profundos mecanismos de qualquer sistema operacional. Hackers são mais freqüentemente programadores. Desse modo, hackers obtêm conhecimento avançado de sistemas operacionais e linguagens de programação. Eles podem descobrir

peessoas que, dotadas de conhecimento técnico apurado e agindo dolosamente, acabam invadindo computadores e sistemas – e, eventualmente, podem ter acesso ao teor dessas mensagens trocadas pelo meio eletrônico e devassar seu conteúdo.

Marcelo Cardoso PEREIRA, ao mencionar o perigo proporcionado pela atividade dos *hackers*, alerta: “Podemos afirmar que a privacidade dos internautas está em uma situação periclitante. Com efeito, é possível que, por detrás de uma página na *web* dedicada ao *e-commerce*, possa estar um *hacker* mal intencionado, que, aproveitando-se da inocência da maioria dos usuários da Rede, ‘invade’ seus computadores em busca de informações (números de cartões de crédito, de contas bancárias etc.) ou simplesmente para divertir-se.”⁹⁴

Outro modo com que a troca de correspondência pela Internet é vulnerada se refere ao chamado *e-mail* (correio eletrônico) corporativo. As empresas fornecem um *e-mail* próprio, e o teor das mensagens trocadas acaba sendo acessível não apenas às partes que trocaram a correspondência virtual, mas também aos dirigentes da empresa.

Isso enseja uma discussão bastante apaixonada na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que alguns defendem a tese de que haveria uma violação à privacidade dos empregados e, em contrapartida, outros endossam a legitimidade dessa postura das empresas, tendo em vista que o *e-mail* corporativo seria um instrumento de trabalho e não deveria se prestar à troca de mensagens alheias à finalidade para a qual ele foi criado. Recentemente, a 1ª Turma do TST (Tribunal Superior do Trabalho) decidiu que o

regras dentro de sistemas e as razões de tais regras. Hackers normalmente procuram por mais conhecimento, compartilham livremente o que eles descobriram, e nunca danificam intencionalmente dados. Um cracker é aquele que quebra ou viola a integridade de máquinas distantes com más intenções. Ao conseguir acesso não autorizado, crackers destroem informações vitais, causam danos a serviços dos usuários ou causa problemas para seus objetivos. Crackers podem facilmente ser identificados porque suas ações são mal-intencionadas.____. *The difference between hackers and crackers*. Windows Security Threats Tips, 28.01.2003. Disponível em: <<http://searchwindowssecurity.techtarget.com/>> Acesso em: <31.12.2005>.

⁹⁴ PEREIRA, M.C. *op. cit.*, p. 143.

empregador pode rastrear o conteúdo do *e-mail* de trabalho do empregado:

Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. (TST, 1ª T, RR - 613/2000-013-10-00, rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 10.06.2005)

Existem também casos evidentes, por outro lado, de violação aos direitos da personalidade, quando são publicadas na Internet informações inverídicas ou que, de certo modo, causam constrangimentos à pessoa envolvida nas situações divulgadas – situações estas que deveriam ser circunscritas apenas e tão-somente à esfera privada dessas pessoas.

Tem sido bastante comum a ocorrência de divulgação de vídeos e fotografias sem consentimento das pessoas que tiveram suas imagens captadas, como o caso da jovem que, sem o saber, foi filmada tendo relações sexuais com seu namorado e este divulgou tal vídeo pela Internet:

“Esse vídeo, infelizmente, já se encontra fora de controle, ele pode estar no Camboja, na Ásia, Rússia, América do Norte. Quando alguma coisa é reproduzida na rede mundial de computadores, você perde o controle”, diz o promotor de Justiça Romero Lyra. A adolescente só soube que era vítima dessa exploração nesta semana - e imediatamente contactou a promotoria de Justiça. Em seguida, computadores foram apreendidos na casa do amigo do garoto que aparece no vídeo, também menor de idade, que teria gravado e colocado as imagens na Internet. “Com consentimento do próprio namorado, esse vídeo foi divulgado na rede mundial de computadores e o que ocorre é que essa brincadeira, de muito mal gosto, acabou resultando num fato criminoso”, declara Lyra.⁹⁵

⁹⁵ _____. *Jovem divulga na internet vídeo de sexo com a namorada*. Fantástico: sua revista eletrônica. Edição de 03.07.2005. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com>> Acesso em: <20.12.2005>.

Excetuando-se os casos em que há indubitavelmente um ato lícito (especialmente quando envolve alguma ação já tipificada na esfera penal, como nas situações como a do exemplo acima colocado, e nas que envolvem calúnia ou difamação pela Internet), existem situações intermediárias que causam muitas dúvidas. Assim, nos casos concretos em que se apresentam tais situações, é bastante tormentoso saber qual dos direitos deve prevalecer.

A maior dificuldade reside em saber qual dos direitos fundamentais deve prevalecer no caso concreto, tendo em vista a igual relevância de ambos na Constituição.

Inicialmente, importa salientar que a Constituição pode ser considerada como um sistema aberto de regras e princípios, o que enseja naturalmente a existência de pontos de tensão. Como bem assinalou CANOTILHO, “...Considerar a Constituição como uma ordem ou um sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um *compromisso* entre os vários atores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos e contraditórios”.⁹⁶

O autor português entende que a pretensão de dar validade absoluta a certos princípios com a criação de outros princípios com eles incompatíveis acabaria por destruir a unidade da Constituição. Para ele, em caso de conflito, os princípios não devem obedecer a uma lógica do ‘tudo ou nada’, mas ser objeto de ponderação e concordância prática, conforme o seu peso e as circunstâncias do caso. Na ponderação, equilibram-se e ordenam-se bens em situação conflitante (ou em relação de tensão) em determinado caso, buscando-se a solução justa para esse conflito. Nela, decide-se qual dos princípios, no caso concreto, tem maior peso ou valor.

Nas situações de colisão entre direitos fundamentais, outro instrumental que

⁹⁶ CANOTILHO, J.J.G. *op. cit.*, p.1182.

pode ser utilizado é a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - ou, conforme o magistério de Humberto Ávila, dos “postulados da proporcionalidade e da razoabilidade”.⁹⁷

BARROSO prefere utilizar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade de modo indistinto. Ele define a da razoabilidade como sendo um “... parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. (...) É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”.⁹⁸

Para ele, embasado na doutrina alemã – que, por sua vez, teria influenciado tanto a doutrina lusitana como a brasileira - o princípio da razoabilidade/proporcionalidade teria três requisitos: adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; necessidade ou exigibilidade, que impõe que seja verificada a inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins; e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito, que seria a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se as

⁹⁷ Em virtude da amplitude desse tema, bem como para não fugir ao objetivo do presente trabalho, apresentou-se aqui uma leitura mais breve a seu respeito. Para maior aprofundamento, recomenda-se a leitura das seguintes obras: BARROSO, L.R. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 213-239 e ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Ambas tratam da questão de aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade sob leituras diferentes. Ávila, inclusive, chega a questionar a definição da proporcionalidade e da razoabilidade como princípios, e defende a idéia de que ambos são postulados, por serem normas que estruturam a aplicação de princípios e regras.

⁹⁸ BARROSO, L.R. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 219.

vantagens trazidas superarão as desvantagens.⁹⁹

ÁVILA, por sua vez, entende que “A razoabilidade somente é aplicável em situações em que se manifeste um conflito entre o geral e o individual, entre a norma e a realidade por ela regulada, e entre um critério e uma medida (...). A proporcionalidade somente é aplicável nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim.”¹⁰⁰

Ao deparar com situações em que direitos fundamentais entram em conflito no ambiente virtual, mostra-se uma dificuldade em se tracejar, muitas vezes, qual deles deverá prevalecer em cada caso.

Assim, em virtude da necessidade de se alcançar ao máximo possível a efetiva aplicação desses direitos fundamentais, sem olvidar o núcleo essencial de qualquer um deles e apontar qual deles terá maior força em cada caso concreto, é importante usar critérios como os enunciados pela melhor doutrina do direito constitucional – como os que foram esboçados, em linhas gerais, neste capítulo.

Dessa forma, situações que hoje são prosaicas na Internet, como a divulgação de imagens, podem se tornar complicadas quanto aos limites. Divulgar uma imagem pode significar apenas a manifestação da liberdade de expressão de quem a captou, por exemplo. Ao mesmo tempo, divulgar a mesma imagem pode significar a violação da intimidade da pessoa que foi fotografada.

Em um hipotético caso, uma fotografia que, ao retratar uma grande catástrofe, acompanha uma reportagem jornalística de grande interesse informativo para o mundo, publicada em um *site* e que, ao mesmo tempo, retrata a dor pungente de uma pessoa gravemente ferida, com deformações em seu rosto a ponto de causar constrangimentos,

⁹⁹ BARROSO, L.R. *op. cit.*, pp. 223-224.

¹⁰⁰ ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 94.

fica difícil delimitar qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer, dada a importância tanto do direito à informação daqueles que acessam o *site*, como do direito à personalidade (no caso, direito à imagem) da pessoa retratada.

Devassar o conteúdo de um *e-mail* pode, à primeira vista, ser algo inconcebível em uma ordem constitucional que defende o sigilo de correspondência. Contudo, o mesmo *e-mail* pode ser considerado como uma ferramenta de trabalho – nos termos do julgado do TST colacionado linhas atrás, o que justificaria uma demissão por justa causa motivada por uma distorção no uso dessa ‘ferramenta’ – ou então, já fora do âmbito do trabalho, um *e-mail* pessoal poderá até mesmo ser meio de transmissão de mensagens de teor ofensivo a outras pessoas.

Em casos como esse, será necessário um juízo de ponderação para ver qual dos direitos fundamentais deverá prevalecer: o da privacidade da pessoa que usa o correio eletrônico, de não ver aspectos de sua vida privada observados por terceiros? O direito do empregador em fiscalizar a produção do seu empregado?

Ou, já considerando a hipótese de *e-mail* pessoal que atinge a outras pessoas, prevaleceria o direito ao sigilo daquele que enviou a mensagem, ou o direito à honra e à imagem da pessoa que se vê ofendida - ou até mesmo difamada - através do *e-mail*? E se as alegações da pessoa que diz ter sido vítima do teor difamatório do *e-mail* não forem suficientemente comprovadas? Qual direito deveria ser privilegiado?

Como foi apresentado neste capítulo, coletar dados a respeito de alguma pessoa em formulários dispostos na Internet ou através de dispositivos como os *cookies*, se ocorrer com seu consentimento, poderá ser algo razoável caso a obtenção dessas informações seja necessária para a realização de algum contrato que seja de interesse da própria pessoa.

Ao mesmo tempo, ao não usar das cautelas necessárias para a proteção desses dados e acabar, com tal omissão, permitindo que *hackers* tenham acesso a esses dados, ou

fornecer esses dados a outras empresas, há possibilidade de que exista violação de direitos fundamentais dessa pessoa.

Tudo dependerá do olhar com que se focalizará cada situação concreta. Em uma realidade dinâmica que é apresentada na Internet, fatos semelhantes poderão ter soluções diferentes, em cada caso. Daí a necessidade de uma leitura da Internet à luz dos direitos fundamentais, aberta a novas situações, e que privilegia a força dos fatos sobre a ultrapassada postura de sempre se amparar a moldes pré-determinados.

Deverá, contudo, o aplicador do Direito procurar alcançar, na análise das situações que surgem no meio virtual, a interpretação de cada caso que melhor atenda à dignidade da pessoa humana. Como bem assinalou Maria Celina Bodin de MORAES, em estudo sobre o conceito de dignidade da pessoa humana, ao fazer uma analogia entre a teoria da relatividade e os chamados “casos difíceis”, que seriam aqueles em que se põe a necessidade de ponderar interesses conflitantes:

Albert Einstein foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um calor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância, no vácuo, da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar essa analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, em relação, porém, ao único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre.¹⁰¹

Sem esquecer a influência dos direitos fundamentais nas relações ocorridas na Internet e a necessidade de sempre alçar o ser humano ao centro do sistema, o próximo passo, ao trilhar pelos caminhos do ambiente virtual, será pormenorizar as relações intersubjetivas que envolvem diretamente a prestação de serviços e fornecimento de bens na rede, bem como as conseqüências delas resultantes.

¹⁰¹ MORAES, M.C.B. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Aldacy Rachid Coutinho...[et. Al]; org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p.147.

AS NOVAS RELAÇÕES QUE OCORREM NA INTERNET: O COMÉRCIO ELETRÔNICO

3.1 O FUNDAMENTO DAS RELAÇÕES OCORRIDAS NO MEIO VIRTUAL: ENTRE ANTIGOS E NOVOS CONCEITOS

A partir desse momento, passar-se-á ao estudo das relações que ocorrem na Internet. Grande parte dessas relações se dá por intermédio da contratação eletrônica, para a qual será dado maior relevo.

Como todo estudo que necessita de fundamento, serão delineadas algumas noções de teoria geral dos negócios jurídicos, obrigações e contratos, muito embora seja importante pôr em evidência que essa opção metodológica não significa que haja uma perfeita compatibilidade entre os moldes antigos e esse novo modo de contratar, e sim que está sendo tracejado um ponto de referência para se possa guiar, com relativa segurança, através do ‘Atlas’ virtual – pedindo licença para tomar emprestada a feliz expressão de Michel SERRES .

Nesse ponto, servirá como norte o ensinamento de Ricardo Luis LORENZETTI, que ao advertir sobre a estrutura problemática do contrato eletrônico, explica que embora a maioria dos autores e dos precedentes jurisprudenciais aplique as regras gerais dos contratos para solucionar os casos em que se verifica o uso dos meios eletrônicos, tal prática não pode ocultar a complexidade dos temas que se apresentam e que abarcariam, em seu entender, um enorme espectro de questões que excederiam as regras gerais. Ainda, segundo ele,

...trata-se de um fenômeno que pode ser enquadrado dentro do estudo geral do impacto da tecnologia na contratação civil e comercial, mas que, na nossa opinião, não se limita a investigar uma nova hipótese fática a ser regida pelos conceitos e normas disponíveis, uma vez que a influência é ainda mais contundente: é uma nova hipótese de fato que obriga à

remodelação dos conceitos e normas existentes.¹⁰²

O pensamento do autor argentino se mostra coerente e demonstra a importância do estudo do comércio eletrônico. Se a Internet fosse uma hipótese de fato que se conformasse com perfeição à moldura já existente no ordenamento jurídico, a necessidade de se estudar o fenômeno do comércio eletrônico no Direito se mostraria desprovida de sentido. Entretanto, como se pode ver, a Internet apresenta diariamente novos desafios que ensejam a necessidade de um estudo diferenciado.

Os contratos eletrônicos são uma realidade recente, se for considerar a própria origem da Internet. Surgida durante a Guerra Fria, nos Estados Unidos, a Internet originalmente se prestava à proteção de dados estratégicos:

... Com uma rede onde não há um computador central, caso a Casa Branca fosse atingida, as informações “iriam” para o Pentágono. E se o mesmo acontecesse no Pentágono, as informações já estariam a salvo em outro lugar qualquer. Essa Rede era considerada à prova de bombardeio, pois o “sistema não caía” caso um dos pontos desaparecesse. Denominou-se tal Rede, que surgiu em 1969, de ARPAnet (*Advanced Research Projects Agency*). Na verdade essa rede interligava, originalmente vários centros de pesquisas.¹⁰³

Uma vez terminada a Guerra Fria, no início da década de 80 do século passado – época em que surgiu a denominação Internet - foi criada uma nova finalidade para essa rede: a interligação de laboratórios e universidades nos Estados Unidos e, depois, em outros países. Esse caráter estritamente científico da Internet apenas passou a dar espaço a outros interesses, como os comerciais, na década de 90, quando ela começou a expandir.

No Brasil, a primeira conexão foi feita em 1991, entre Rio e São Paulo. A Internet teve cunho apenas acadêmico até 1995, quando foi permitido o acesso à rede a usuários que estavam fora dos meios universitários, com a implementação pela Embratel

¹⁰² LORENZETTI, R.L. *op.cit.*, p.271.

¹⁰³ _____. *A história da Internet*. Site da Abranet – Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet>> Acesso em: <03.01.2005>.

do serviço definitivo de acesso comercial ao meio virtual.¹⁰⁴

Essa breve incursão histórica serve para ilustrar que a Internet - como um espaço que transcende os limites acadêmicos - começou a surgir no Brasil, e mesmo na realidade mundial, há pouco tempo. As interações, que antes tinham apenas objetivos científicos, passaram a englobar aspectos dos mais variados. Essa mudança na realidade dos fatos reclama, por conseguinte, uma resposta do Direito.

José António Pinto MONTEIRO, em conferência proferida em 03.10.2005 na Universidade Federal do Paraná, cujo tema por ele abordado foi a responsabilidade civil na negociação da informática, afirmou que quando surgem novos problemas, dever-se-ia buscar no próprio sistema jurídico a resposta para esse problema que apareceu. O Direito, a seu ver, é reacionário, pois a vida é quem cria os problemas. O sistema jurídico rejuvenesce por dentro, através da doutrina e da jurisprudência; e por fora, por intermédio da lei.¹⁰⁵

Como a Internet é realidade recente que está ‘rejuvenescendo’ o sistema jurídico, o fato de ainda estar surgindo legislação a respeito do assunto – e, como irá se tratar mais adiante no presente trabalho, no Brasil a situação está ainda mais incipiente do que em muitos países – bem como o fato da jurisprudência e a doutrina estarem começando a dar seus primeiros passos, não impede que os fatos que ocorrem no meio virtual estejam desamparados até que o Direito densifique soluções.

Assim, apesar de estarmos no século XXI, não será um retrocesso voltar às origens de muitas idéias que surgiram no século XIX – as quais influenciaram e continuaram influenciando o Direito Civil, bem como a nova visão do Direito Civil que questiona muitas dessas idéias, e que culminou em sua crise em fins do século passado.

¹⁰⁴ _____. *A história da Internet*. Site da Abranet – Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet>> Acesso em: <03.01.2005>.

¹⁰⁵ MONTEIRO, A.P. *A responsabilidade civil na negociação da informática*. Seminários de Direito Civil. Palestra Proferida na Universidade Federal do Paraná. Promoção: Núcleo de Estudos em Direito Civil – Virada de Copérnico e Programa de Pós-graduação em Direito. (03 de outubro de 2005).

Embora a Internet traga para o Direito Civil uma série de fatos novos, cujas soluções serão mais definidas na medida em que o tempo for passando, não serão esquecidas as antigas lições.

Como ensina Luiz Edson FACHIN, ao falar da turbulenta travessia para o reconhecimento de outro Direito Civil, não se deve também desprezar “...as planícies, os caminhos bem torneados, muito menos o flúmen tranqüilo da cognição adquirida. Crítica e ruptura não abjuram, *tout court*, o legado, e nele reconhecem raízes indispensáveis que cooperam para explicitar o presente e que, na quebra, abrem portas para o futuro”.¹⁰⁶

Assim, para melhor compreender as relações que ocorrem na Internet, retroceder-se-á na linha do tempo para resgatar os conceitos que surgiram na época clássica. Um dos mais importantes deles é o conceito de relação jurídica que é, no entender de Luis Cabral de MONCADA, “... toda e qualquer relação entre os homens na vida social, regulada e tutelada pelo direito”.¹⁰⁷

A relação jurídica, em sua visão clássica – estabelecida de forma clara por Savigny e desenvolvida pela Escola Pandectista Alemã, no século XIX¹⁰⁸, implica na existência de um vínculo entre o sujeito ativo – titular de um direito subjetivo *lato sensu* (que pode se apresentar como direito subjetivo *stricto sensu* ou direito potestativo) e o passivo, de quem o sujeito ativo pode exigir o cumprimento do dever jurídico ou um estado de sujeição.

A estrutura da relação jurídica é formada, logo, pela existência de no mínimo dois sujeitos – que, na concepção tradicional, são os portadores do interesse ou da vontade que servem de fundamento à pretensão ou direito, ou ao dever jurídico que decorrem

¹⁰⁶ FACHIN, L.E. *op. cit.*, p.06.

¹⁰⁷ MONCADA, L.C. *Lições de Direito Civil – Parte Geral*. 4ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 230.

¹⁰⁸ Os pandectistas, inspirados no sistema do Direito Romano, entendiam o Direito como um corpo de regras. Para eles, a lei era a fonte verdadeira e autêntica do Direito. REALE, M. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 418-419.

dessa relação. Além disso, há o objeto, que seria aquilo que motiva a sua constituição: no caso, é o interesse juridicamente protegido; um fato jurídico que estabelece a relação entre os sujeitos e uma garantia de sua eficácia.

Esse modelo de relação jurídica influenciou as codificações naquele século, e sua influência permanece até os dias atuais. O problema dessa visão consistia no fato de que o Direito positivava modelos para as relações que entendia relevantes, o que acabava por dividir as relações sociais entre as que eram protegidas pelo âmbito jurídico e as que não eram. Assim, o mundo que importava para o Direito consistia apenas nas categorias gerais e abstratas que eram previamente formuladas:

No sistema clássico, a primazia é colocar acima do que se verifica concretamente a previsão do modelo da relação jurídica. Para evitar que isso turbasse a compreensão da relação jurídica abstratamente considerada, o que interessa é um paradigma abstrato, que recolhe a realidade e faz com que a relevância jurídica dos dados se amolde a essa ordem previamente estabelecida (...). É como se a resposta sempre estivesse formulada antes da elaboração da própria pergunta.¹⁰⁹

No século XX, especialmente em virtude de muitas transformações na sociedade, com a mudança de postura do próprio Estado, que passou a interferir de modo mais contundente no âmbito privado e a tomar atitudes mais protetivas; com a paulatina mudança da visão que privilegiava o individualismo para outra, que se dá destaque à solidariedade e, por fim, já na esfera do Direito Civil, com o processo de descentralização normativa¹¹⁰ - que culminou mais tarde no movimento de constitucionalização do Direito Civil, a fim de retomar a unidade do sistema que havia sido quebrada com a insuficiência do Código Civil para abranger todas as situações que ocorriam no mundo dos fatos - percebeu-se uma mudança também no conceito de relação jurídica.

¹⁰⁹ FACHIN, L. E. *op.cit.*, p.96.

¹¹⁰ “O Direito Civil, no início do século XX, na Europa, e após a década de 30, no Brasil, deslocou o seu eixo centralizador do Código para leis especiais e estatutos jurídicos autônomos, caracterizando o fenômeno da descentralização ou desconcentração normativa”. GAGLIANO, P.S. *Novo curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o novo código civil): volume 1: parte geral*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.313-314.

O conceito de relação jurídica, assim estudado do ponto de vista da estrutura dos direitos obrigacionais, vinculando o devedor ao credor, não se mostra suficiente a explicar inúmeras situações dinâmicas e complexas do direito contemporâneo, insuscetíveis de simples enquadramento na categoria dos direitos subjetivos obrigacionais e no binômio sujeito ativo-sujeito passivo. Daí o surgimento da construção doutrinária que ampliou extraordinariamente a importância dogmática do conceito de relação jurídica, visualizando-a como relação entre centros de interesse juridicamente relevantes, que configuram situações jurídicas destinadas ao exercício de titularidade subjetiva.¹¹¹

Luis Cabral de MONCADA falou, a respeito da moldura fornecida pela visão tradicional de relação jurídica, que:

... A recente crise do direito civil, conseqüência das profundas transformações sociais desde os começos do actual século, afectou também a segurança deste esquema representativo (...).Ele deixou de ser a verdade quase *a priori* que há pouco era. Impregnado de abstrativismo, do espírito burguês duma sociedade que se julgava organizada para durar indefinidamente, tal esquema (...) achou-se, de repente, menos apropriado para abranger nas suas malhas toda a realidade das novas e mais recentes formações jurídicas das sociedades atuais. A deslocação do indivíduo, o sujeito de direito, como centro de todas as relações jurídicas, e, por outro lado, a profíleração de novos complexos de relações sociais centradas em torno de outras unidades dentro das quais o indivíduo hoje quase desaparece, tornam a classificação pandectística já insuficiente para nos dar uma visão exacta e eficaz da vida do direito moderno.

Entretanto, ainda discorrendo a respeito da relação jurídica, MONCADA adverte que, embora o esquema da pandectística alemã tenha deixado de permitir que fossem arrumadas convenientemente dentro dele todas as realidades do direito moderno (sic), isso não seria razão para que este esquema seja abandonado.¹¹²

Assim, como já foi esboçado no início desse estudo, o conceito de relação jurídica deve ser visto contemporaneamente com outro perfil, mais funcional:

Nos dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, a partir de uma nova formulação, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva sempre em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica. E é por isso que a palavra “coisa”, objeto de uma relação jurídica, cede lugar à definição mais ampla

¹¹¹ TEPEDINO, G. *et al.* *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 208.

¹¹² MONCADA, L.C. *op. cit.*, pp. 245-246.

que, a seu turno, se liga ao interesse, inclusive dos não sujeitos nos moldes tradicionais.¹¹³

Logo, nesse novo modo de visualizar a relação jurídica, cada pessoa tem sua posição no ordenamento jurídico delineada pela incidência de um fato jurídico qualquer que, por sua vez, faz surtir efeitos na sua esfera jurídica e que o insere na relação jurídica.

Para melhor explicar como o fato jurídico influencia na esfera jurídica das pessoas, especialmente na Internet, discorrer-se-á brevemente sobre essa categoria do Direito. Em sentido amplo, fato jurídico é todo acontecimento em virtude do qual começam ou terminam as relações jurídicas e que determina a ocorrência de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos e obrigações.

Os fatos jurídicos se dividem entre fatos humanos voluntários ou eventos naturais. Os primeiros— que interessam a esse estudo — também chamados de atos jurídicos *lato sensu*, derivam da atuação da vontade humana, positiva ou negativa, e se particularizam em duas espécies: ato jurídico *stricto sensu*, em que a declaração de vontade se dirige para produção de efeitos determinados previamente em lei, e negócio jurídico, em que a declaração de vontade está dirigida à regulamentação de interesses, cujos efeitos são permitidos em lei e desejados pelas partes. Como na Internet grande parte das relações ocorridas possuem contornos mais condizentes com a natureza de negócios jurídicos, essa categoria será apresentada com mais detalhes.

Há diversas teorias que procuram explicar o negócio jurídico, e que foram objeto de bastante dissenso doutrinário.¹¹⁴ As definições voluntaristas, mais comuns, entendem que o negócio jurídico é a declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos.

Em contraposição aos voluntaristas, surgiram as teorias objetivistas, em que o

¹¹³ FACHIN, L.E. *op. cit.*, pp.93-94.

¹¹⁴ As teorias a respeito da natureza do negócio jurídico foram rapidamente mencionadas a fim de conceder uma visão geral sobre essa categoria jurídica. Para maior aprofundamento, recomenda-se a obra de GAGLIANO, P.S. *Novo curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o novo código civil): volume 1: parte geral. 2ª ed. ver., atual. e ampl.* São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 313-325.

negócio jurídico seria um meio concedido pelo ordenamento para a produção de efeitos jurídicos: ou seja, o negócio jurídico teria conteúdo normativo, sendo um poder privado de criar um ordenamento jurídico próprio.

Entre os objetivistas, nasceram duas correntes: a da teoria da vontade, em que o elemento produtor de efeitos jurídicos é a vontade real – se não há correspondência entre a vontade real e a declaração emitida, prevalece a intenção; e a da teoria da declaração, que nega à intenção o caráter de vontade propriamente dita, e sustenta que o elemento produtor dos efeitos jurídicos é a declaração.¹¹⁵

Orlando GOMES entende que os negócios jurídicos constituem a mais abundante fonte de obrigações. Afirma o civilista que a singularidade dessa fonte de obrigações reside no caráter eminentemente voluntarista dos atos que compreende. “A obrigação proveniente de negócio jurídico é querida pelo obrigado. Ele a contrai intencionalmente, agindo na esfera de sua autonomia privada.”¹¹⁶

No mesma linha de pensamento, Francesco GALGANO diz que “...*L’essenza del negozio jurídico sta, dunque, nell’essere una manifestazione o dichiarazione di volontà, esplicita o risultante da um comportamento concludente, diretta a prudurre effetti giuridici, che l’ordinamento realizza in quanto voluti.*”¹¹⁷

Assim, o papel da vontade nos negócios jurídicos tem importância fundamental. Carlos Alberto da Motta PINTO afirma que o negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia privada ou autonomia da vontade, subjacente a todo o direito privado, e que consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica.

¹¹⁵ GAGLIANO, P.S. *op. cit.*, pp. 317-319.

¹¹⁶ GOMES, O. *Obrigações*. 16ª ed., rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.39.

¹¹⁷ “... A essência do negócio jurídico está, logo, em ser uma manifestação ou uma declaração de vontade, explícita ou resultante de um comportamento conclusivo, dirigido a produzir efeitos jurídicos, que o ordenamento concretiza na medida do desejado.” (tradução nossa). GALGANO, F. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Zanichelli Bologna, 1988, pp. 60-61.

Diz o autor português que esse princípio significa que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas:

Esta ordenação das suas relações jurídicas, este autogoverno da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de *negócios jurídicos*, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação de suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo.(...) A autonomia privada é um princípio fundamental do direito civil. É ela que corresponde à ordenação espontânea (não autoritária) dos interesses das pessoas, consideradas como iguais, na sua vida de convivência – ordenação autoformulada que é a zona reservada do direito privado (grifo no original).¹¹⁸

A autonomia privada – cuja definição clássica é autonomia da vontade - antes concebida como a garantia de que as partes teriam liberdade para decidir o conteúdo, forma e efeito de seus ajustes, tem seu conceito reformulado pela doutrina contemporânea.

Agora se entende que os valores constitucionais informam seu conteúdo: não é mais “... um ‘espaço em branco’ deixado à atuação da liberdade individual, mas, ao contrário, apenas recebe tutela na medida em que se conforme aos valores constitucionais. Os atos de autonomia são dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis.”¹¹⁹

Houve, logo, uma perda da conotação absoluta da vontade no negócio jurídico, diante de seu condicionamento por normas de ordem pública. Pablo Stolze GAGLIANO, a respeito dessa nova conformação do negócio jurídico, entende que:

... o Direito contemporâneo reconheceu que os agentes emissores da vontade não podiam ser considerados sempre partes iguais em uma dada relação jurídica, sob pena de se coroarem situações de inegável injustiça. A igualdade formal (...) cedeu lugar aos princípios da *igualdade material e da dignidade da pessoa humana*, o que representou a modificação do

¹¹⁸ PINTO, C. A. M. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 102-104.

¹¹⁹ TEPEDINO, G. *et al. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 211.

próprio *eixo interpretativo do negócio jurídico (e da sua principal espécie: o contrato)*. (...) urge reconhecer que a declaração de vontade, *sopro vivificador do negócio jurídico*, para ser válida e legítima (...) deve, atualmente, não apenas corresponder ao arcabouço de preceitos validantes do Código, mas, principalmente, respeitar os ditames constitucionais e os superiores princípios de respeito à ordem pública e de solidarismo social. (...) Em outras palavras, a limitação normativa da vontade, desde que respeitados os direitos fundamentais, significa *humanização nas manifestações da autonomia privada e condição social*.¹²⁰

Os negócios jurídicos normalmente são analisados em três planos distintos, que são os da existência, validade e eficácia. No plano da existência, a declaração de vontade, o objeto e a forma são elementos essenciais, sem os quais o negócio não chega a existir.

No plano da validade, são analisados os requisitos que qualificam os elementos essenciais: a declaração de vontade deve ser originada de agente capaz; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma, por fim, deve ser a prescrita ou não defesa em lei. O negócio jurídico válido é aquele com aptidão legal para produzir efeitos.

Por fim, no plano da eficácia, há a verificação quanto à possibilidade ou não de produção imediata de efeitos, tendo em vista que eles podem ser limitados por elementos acidentais, como a condição, o termo e o encargo ou modo¹²¹, que são estabelecidos pelas partes no exercício da autonomia privada.

A análise de cada plano do negócio jurídico também tem relevo no estudo dos contratos eletrônicos, que são os negócios jurídicos com maior destaque na Internet, como poderá ser visto posteriormente: um exemplo é a imputação da declaração de vontade em um contrato eletrônico assinado digitalmente, que é um requisito de existência. Se há adulteração na assinatura eletrônica, e a parte a quem é atribuída a realização do negócio jurídico virtual não teve nenhum ânimo volitivo em realizá-lo, tal negócio jurídico carece

¹²⁰ GAGLIANO, P.S. *op. cit.*, p. 315.

¹²¹ A condição permite que a eficácia da vontade declarada dependa de evento futuro e incerto; o termo, por sua vez, subordina o início ou o término da eficácia jurídica a um acontecimento futuro e certo; por fim, o encargo, que é mais comum em negócios gratuitos, é um ônus a ser cumprido pelo beneficiário do negócio jurídico, a fim de que obtenha uma vantagem que, decorrente do negócio pactuado, é maior do que esta restrição.

de existência.

Os negócios jurídicos, como meios de atuação da autonomia privada, normalmente são agrupados em duas classes: a dos negócios jurídicos unilaterais – em que basta uma só declaração de vontade, como é o caso do testamento, e a dos negócios jurídicos bilaterais ou contratos – que se constituem por duas ou mais declarações de vontade convergentes e que tendem à produção de resultado jurídico unitário, cujo exemplo mais conhecido é a compra e venda.

Dada sua importância, os negócios jurídicos bilaterais - ou contratos - merecerão especial atenção nas linhas a seguir.

3.2 LINHAS GERAIS SOBRE O CONTRATO NAS VISÕES CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEA

O contrato é visto por muitos como a figura mais importante do Direito Civil. Muito disso se deve à sua extrema maleabilidade, pois com o passar dos séculos ele foi se adaptando às mudanças sociais e culturais da humanidade. Como já afirmou Arnaldo WALD, “... poucos institutos sobreviveram por tanto tempo e se desenvolveram sob formas tão diversas quanto o contrato, que se adaptou a sociedades com estruturas e escalas de valores tão distintas quanto às que existiam na Antiguidade, na Idade Média, no mundo capitalista e no próprio regime comunista.”¹²²

Como instituto jurídico¹²³ que possuiu grande presença no percurso histórico da

¹²² WALD, A. *O contrato: Passado, Presente e Futuro*, Revista Cidadania e Justiça: 1º Semestre de 2000, Rio de Janeiro: Publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros, p.43, *apud* GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. Novo Curso de Direito Civil – Contratos. Volume IV, Tomo 1, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

¹²³ Instituto jurídico é “... cada uma das entidades componentes do cosmo jurídico, com disciplina própria. Assim, instituto do matrimônio, instituto da decadência, instituto do contrato etc.” SIDOU, J.M. OTHON. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p.421.

humanidade, cabe delinear alguns aspectos que marcaram o contrato, até mesmo para situá-lo no contexto atual e, sobretudo, para explicar o contrato eletrônico, que é reflexo de uma grande mudança ocorrida na sociedade humana, provocada pela informática.

Não se sabe exatamente quando o contrato surgiu, mas se pode afirmar que o contrato é oriundo do desenvolvimento intelectual do homem, quando ele deixou de se valer da força para conseguir seus objetivos e passou a conformar seus interesses com os de seu semelhante, conferindo estabilidade nas suas relações: seria a “justa medida de interesses justapostos.”¹²⁴

Na visão tradicional, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que resulta do encontro de declarações de vontade emitidas por dois sujeitos, devendo existir um consenso sobre os elementos essenciais do negócio.

Essas declarações de vontade convergem para o mesmo fim, que é o de suscitar modificação, alteração ou aquisição de direitos de natureza patrimonial. O contrato possibilita, assim, o trânsito jurídico – ou seja, a migração de bens, coisas e interesses.¹²⁵

Na formação do vínculo contratual, ainda na visão clássica, há a manifestação de vontade de um sujeito no pólo ativo, através da proposta - também conhecida como oferta, policitação, e a aceitação dessa proposta por parte do sujeito que se encontra no outro pólo da relação, cujas declarações, de conteúdo oposto mas convergente, ajustam-se na pretensão de produzir resultado jurídico unitário.

Adverte Carlos Alberto da Mota PINTO que “O contrato não é integrado por dois negócios unilaterais; antes cada uma das declarações (proposta e aceitação) é emitida em vista do acordo.”¹²⁶

¹²⁴ GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. Volume IV, Tomo 1, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 2.

¹²⁵ FACHIN, L.E. *op. cit.*, p.46.

¹²⁶ PINTO, C. A. M. *op.cit.*, p. 647.

Na visão atual, cada um dos pólos da relação jurídica contratual pode ter uma ou mais pessoas, pois o contrato se forma com o encontro de duas vontades. Fala-se na noção de “centro de interesses”, para configurar essa nova perspectiva. Como bem explica Francesco GALGANO, “*Si noti, tuttavia, che il concetto di parte del contratto non coincide con quello di persona: per parte si deve intendere centro di interessi...*”¹²⁷

Assim, várias pessoas podem se inserir no pólo ativo ou passivo da relação jurídica contratual, bastando o interesse delas ser homogêneo e a vontade de todos os indivíduos estar voltada para o mesmo fim. Tais interesses individuais, por serem idênticos, são considerados, para efeitos contratuais, como sendo um único interesse, proveniente do mesmo pólo da relação.

Segundo a visão tradicional, para se reputar válido o contrato, devem ser cumpridos requisitos subjetivos – referente às partes contratantes – e requisitos objetivos – pertinentes ao objeto. No que tange aos primeiros, todo contrato deve conter manifestação de vontades de contraentes dotados de capacidade genérica para contratar. Caso contrário, o contrato é nulo – hipótese das pessoas absolutamente incapazes de exercer atos da vida civil, sem representação ou assistência – ou anulável – quando se trata de contraente relativamente incapaz.

Um aspecto subjetivo de grande relevância é o consentimento das partes, que é a concordância em fazer parte da relação jurídica que nasce em torno de determinado objeto. Desse modo, não pode estar eivada de vícios – como o dolo, a coação, o estado de perigo e a fraude. Se uma pessoa está sendo forçada a fazer uma transação através da Internet com alguém que a ameaça com uma arma, na verdade não existe esse consentimento. O consentimento pode ser expresso ou tácito.

¹²⁷ “Note-se, todavia, que o conceito de parte do contrato não coincide com o de pessoa: por parte se deve entender como centro de interesses...” (tradução nossa). GALGANO, F. *Diritto Privado*. Nona edizione (com atlante di diritto comparato). Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 222.

Quanto aos requisitos relativos ao objeto do contrato, podem ser classificados em materiais e formais. Os materiais dizem respeito à licitude do objeto, que não pode contrariar a lei, a moral e os bons costumes. Assim, por exemplo, produtos contrabandeados, substâncias entorpecentes ou materiais fotográficos de pedofilia, que infelizmente costumam ser comercializados através da Internet, especialmente em *sites* de leilão virtuais, não podem ser objeto de contrato eletrônico, face sua evidente ilicitude.¹²⁸

Já no que concerne aos requisitos formais dos contratos, eles se referem à forma estabelecida. Salvo expressa disposição legal, os contratos possuem forma livre, muito embora seja mais comum a forma escrita. GALGANO, ao salientar a importância da liberdade das formas nos contratos, afirma: *“Il principio generale della libertà delle forme asseconda, superando l’antico formalismo dei contratti, la già segnalate esigenze di massima circolazione e di massima produzione della ricchezza. Il favore legislativo è per la conclusione, e non per la mancata conclusione, degli affari; ed è per la rapidità delle contrattazioni”*¹²⁹

Na Internet, há bastante discussão a respeito da forma dos contratos eletrônicos, tendo em vista que não estão materializados em papel – questão que será mais tarde abordada detalhadamente, diante das peculiaridades da documentação eletrônica.

¹²⁸ À título ilustrativo, é importante noticiar que, na esfera penal, a difusão da pornografia infantil através da Internet levou o legislador ordinário a alterar, através da Lei nº 10.764/03, a redação do art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para poder coibir essa prática criminosa: agora, quem "apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive Internet, fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente", estará sujeito a reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Evidentemente, por se tratar de objeto ilícito, também na esfera cível qualquer contrato que tenha por objeto a comercialização dessa espécie de material estará eivado de total nulidade.

¹²⁹ “O princípio geral da liberdade das formas assegura, superando o antigo formalismo dos contratos, a já apontada exigência de máxima circulação e de máxima produção da riqueza. A intenção da lei é pela conclusão, não pela falta de conclusão, dos negócios, e é pela rapidez das contratações.” GALGANO, F. *Diritto Privado*. Nona edizione (com atlante di diritto comparato). Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 246.

O objeto também deve ser possível física ou juridicamente no momento em que o contrato é constituído, bem como determinado ou determinável, versando sobre interesse capaz de ser convertido em dinheiro, direta ou indiretamente. Um exemplo de objeto impossível, e que a doutrina costuma utilizar recorrentemente, é a venda de terrenos na Lua.

Verifica-se que na Internet até mesmo existe tal ‘oferta’ de terrenos lunares através de *sites*, conforme atesta depoimento do mais novo “proprietário” de terreno lunar, André Veloso, em artigo de Jean BOËCHAT: "Minha compra mais exótica foi um terreno na Lua no *site* moonshop.com e, embora possa parecer estranho, recebi direitinho a minha escritura e o mapa, e só os US\$ 19,95 dólares devidos foram cobrados..."¹³⁰

De fato, o *site* “moonshop.com” oferta terrenos na Lua, com os seguintes dizeres: “*Amazing but true: You too can be the proud owner of a property on the Moon! The MoonShop webserver is soley (sic) dedicated to the sale of extraterrestrial properties on the Moon.*”¹³¹. Por evidente, trata-se de um objeto impossível fisicamente, o que também acaba por impossibilitar a contratação. Muitas vezes, algumas pessoas – normalmente por ingenuidade – acabam sendo ludibriadas por *sites* criados nesses moldes e realizam ‘pseudo-contratos’, que na verdade não são albergados pelo Direito e devem ser rigidamente afastados.

Há diversos princípios que iluminam os contratos, alguns já explicitados nesse trabalho. O mais conhecido deles é o princípio da autonomia da vontade – hoje também conhecido por autonomia privada, do qual se tratou no ponto referente aos negócios

¹³⁰ BOËCHAT, J. *Quem tem medo de comprar na Web?* Disponível em: <http://www.magnet.com.br/classic/rm/medo_comprar.html> Acesso em: <06.01.2005>

¹³¹ “Espantoso mas verdadeiro: você também pode ser o orgulhoso dono de uma propriedade na Lua! O MoonShop webserver é dedicado à venda de propriedades extraterrestres na Lua...” (tradução nossa)._____. Site do Moonshop.com. Disponível em:< <http://www.moonshop.com>>. Acesso em: <06.01.2006>

jurídicos - oriundo dos ideais iluministas do século XIX e decorrente de uma época em que houve a valorização do individualismo, em que as partes podem disciplinar, através de acordo de vontades, seus próprios interesses.

Desse princípio decorre o do consensualismo, em que basta o acordo de duas ou mais vontades para gerar um contrato válido, a não ser que haja alguma forma especial definida em lei.

Como já estudado, trata-se de um princípio não absoluto, pois está sujeito às restrições de ordem pública e aos bons costumes, tanto que hoje se fala na consolidação da noção de autonomia privada que, no entender do professor Luiz Edson FACHIN, traduz a esfera de liberdade garantida aos sujeitos para o exercício de direitos e de formação de relações jurídicas.

Carlos Alberto da Motta PINTO afirma que a autonomia privada tem sua manifestação mais expressiva nos negócios jurídicos bilaterais, ou contratos, enquanto liberdade contratual.¹³² Valer-se-á de seu estudo, em cotejo com a realidade presente na Internet, para mostrar como a liberdade contratual também se manifesta na rede.

Essa liberdade contratual possui diversos aspectos. Um deles se refere à liberdade de realizar contratos ou recusar sua celebração. Assim, se alguém está conectado à Internet poderá contratar com uma empresa que vende equipamentos esportivos e adquirir óculos para natação, por exemplo, face essa liberdade de realização de contratos. No sentido contrário, uma pessoa que visita um *site* de jogos eletrônicos e observa que, para poder jogar, deverá realizar pagamento de certa soma em dinheiro – e a seguir, reflete que não deseja realizar tal contratação - também pode se recusar a fazê-lo.

Outro aspecto dessa liberdade contratual se insere na liberdade de modelação de seu conteúdo: ou seja, os contratantes poderão tanto realizar contratos nos moldes já

¹³² PINTO, C. A. M., *op. cit.*, p.105.

previstos em lei (contratos nominados), como também acrescentar cláusulas diferentes a esses contratos (contratos mistos) e até mesmo criar contratos diferentes dos expressamente previstos em lei (contratos inominados).

Essa liberdade de fixação do conteúdo, porém, possui certos limites, como a lei, os bons costumes e a ordem pública. Na Internet, uma situação bastante comum é a venda ilegal de produtos pirateados,¹³³ como softwares e cds. Muitas pessoas fazem cópias desses programas de computador e de cds musicais sem a autorização de seus criadores, e anunciam tais produtos no espaço virtual.

Marcel LEONARDI alerta sobre o aspecto dessa realidade: “...No Brasil a distribuição ilegal de software acontece diretamente nas ruas, através de vendas de CDs ou DVDs piratas em camelôs e pontos de venda localizados usualmente na região central das grandes metrópoles, *além de vendas pelo correio com divulgação de "catálogos" via Internet e em websites de leilões eletrônicos* (grifo nosso).”¹³⁴

Evidentemente, por esbarrar em vedação legal, que é a legislação que tutela os direitos autorais, os ‘contratos’ realizados com o objetivo de vender esses produtos são nulos.

Outra forma de limitação à liberdade contratual, que no entender de Carlos Alberto da Motta PINTO é limitação de ordem prática, consiste nos chamados “contratos de adesão”, que serão vistos também no estudo do princípio *pacta sunt servanda*.

Esses contratos são hipóteses em que uma das partes, normalmente uma grande

¹³³ Pirata, em uma de suas acepções, é o que “... é realizado com apropriação da forma anterior ou com plágio ou cópia de uma obra anterior, com infração deliberada à legislação que protege a propriedade artística ou intelectual.” HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>> Acesso em: <05.01.2006>.

¹³⁴ LEONARDI, M. *Problemas de distribuição ilegal de software via Internet*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 489, 8 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5900>>. Acesso em: <05.01.2006>.

empresa, formula prévia e unilateralmente as cláusulas negociais – que ficam dispostas em formulários, por exemplo – e a outra parte ou aceita tais condições, mediante a adesão a esse modelo que lhe é apresentado, ou as rejeita, sem a possibilidade de modificação das cláusulas do contrato.

Como mostra Paulo Luiz Netto LÔBO, ao falar da padronização dos contratos:

A padronização dos contratos e sua formação por simples adesão por parte do público não deixou ao particular mais que a *liberdade* de contratar ou não contratar; o conteúdo, o tipo e todos os efeitos do negócio são subtraídos a seu poder. É freqüente a adoção de formulários para a contratação, em forma impressa, apenas se admitindo o preenchimento de claros para individualização do contratante e do objeto. A utilização crescente da computação impõe rígida observância de formulários. A informática exerce hoje papel de fundamental importância nas relações contratuais...”¹³⁵

A maior parte dos contratos realizados pela Internet é composta por contratos de adesão. Normalmente, a pessoa que deseja adquirir determinado produto através da Internet, como um aparelho de som, após visitar o *site* da empresa que o oferta, normalmente se depara com um formulário que já contém todas as cláusulas previamente estabelecidas.

O próprio *site* já possui em si o mecanismo que permitirá, ou não, a conclusão do contrato: o consumidor que anseia por adquirir o equipamento clica no botão que contém os dizeres “eu aceito”, ou clica naquele que corresponde aos dizeres “não aceito”, que aparecem na página da empresa após a apresentação na tela do contrato padronizado. Em casos como esse, não há possibilidade de discussão das cláusulas contratuais.

Entende Carlos Alberto da Motta PINTO que os contratos de adesão só constituem restrição à liberdade de contratar quando não há alternativa: ou seja, quando o particular, impelido pela necessidade, aceita ou não as condições elaboradas pela outra

¹³⁵ LÔBO, P.L.N. *op.cit.*, p.67.

parte, mesmo que lhe sejam desfavoráveis ou pouco eqüitativas.¹³⁶

Um marco importante na história dos contratos se encontra nas idéias iluministas do século XIX que, ao privilegiarem a vontade racional do homem, firmaram o princípio da força obrigatória do contrato ou *pacta sunt servanda*, em que houve uma valorização da força normativa do contrato.

O princípio do *pacta sunt servanda* possui grande influência na formação dos contratos até os dias atuais. Os contratos devem ser cumpridos pela mesma razão pela qual deve a lei ser obedecida, o que implica dizer que uma vez declaradas as vontades no acordo, este tem valor de lei entre as partes. Essa obrigatoriedade é importante, tendo em vista que esse caráter cogente do contrato é que lhe traz utilidade econômica e social. Sem que houvesse esse princípio, não haveria força jurídica para os contratos, o que incorreria em grande insegurança nessas relações.

A base do direito contratual está nessa obrigatoriedade, devendo o ordenamento jurídico oferecer a cada parte subsídios para que se possa obrigar o outro contratante a cumprir o contrato, sob pena de ocorrer execução patrimonial contra a parte que deu causa ao inadimplemento. Sem essa garantia, haveria uma constante insegurança na sociedade.

O princípio da força obrigatória do contrato, na época em que foi concebido, partia da idéia de que as partes contratantes seriam formalmente iguais, e a lei emanada de suas vontades era considerada uma lei imutável.

Todavia, com o passar dos tempos, o individualismo exacerbado acabou gerando desequilíbrios na sociedade – o que mostrou que a igualdade meramente formal era insuficiente, diante das flagrantes desigualdades no plano material - e ensejou a

¹³⁶ PINTO, C. A. M., *op. cit.*, pp. 113-114.

necessidade de um dirigismo contratual¹³⁷, com maior interferência do Poder Público nos contratos.

Arnaldo RIZZARDO, ao colocar o dirigismo contratual como princípio dos contratos, afirma que este princípio parte da necessidade de se controlar o individualismo contratual e vale-se das lições de Orlando GOMES, que diz consistir o dirigismo contratual na regulação do conteúdo do contrato por disposições legais imperativas, de modo que as partes, obrigadas a aceitar o que está predisposto na lei, não possam suscitar efeitos jurídicos diversos. RIZZARDO menciona a necessidade do Estado em intervir nas disposições dos negócios e reduzir a liberdade contratual, impedindo a celebração de determinadas obrigações, a fim de controlar o individualismo contratual.¹³⁸

Portanto, houve uma mudança paradigmática: passou a se mitigar a proteção exclusiva e individual da propriedade do homem, diante da necessidade de se proteger o ser humano em sua dignidade, o que limita a livre iniciativa e a liberdade irrestrita de ordem econômica.¹³⁹

Assim, após o aflorar dessas mudanças, o princípio do *pacta sunt servanda* passou a se tornar menos rígido, aceitando mecanismos de regulação do equilíbrio contratual, que procuram restabelecer o equilíbrio entre as partes, especialmente quando há mudanças bruscas durante a execução do contrato que alterem sua base econômica.

Além disso, vislumbra-se também a tendência à massificação das relações contratuais, com o advento dos contratos de adesão – já estudados nesse tópico - em que

¹³⁷ Paulo Luiz Netto Lôbo, ao tratar da padronização do conteúdo dos contratos, afirma que Josserand é criador da expressão ‘dirigismo contratual’, a qual possui duas formas: operação dirigida pelo Poder Público e operação dirigida pelo outro contratante. LÔBO, P.L.N. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p.67. Nesse tópico, em particular, será entendido o dirigismo contratual na primeira acepção, que é a interferência do Poder Público.

¹³⁸ RIZZARDO, A. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 23-24.

¹³⁹ PINTO, C. A. M., *op. cit.*, p. 5.

há uma ruptura da noção tradicional de contrato como encontro de vontades.

Com isso, a existência de cláusulas que oneram excessivamente uma das partes contratantes e que não puderam ser por ela discutidas durante a formação do contrato devem ser afastadas – o que, pela visão clássica desse princípio, não poderia ocorrer em virtude da imutabilidade das cláusulas contratuais – tornaram-se hoje, em virtude de sua mitigação, uma realidade recorrente no Direito.

Do princípio do *pacta sunt servanda* deriva a intangibilidade do contrato, em que não pode ocorrer modificação unilateral de seu conteúdo, haja vista ser ele fruto do encontro de vontades que se submeteram a determinadas condições para a consecução de certo objetivo.

A modificação no conteúdo do contrato deve ser feita com a concordância de ambas as partes, com seu aditamento, ou até suscitar o surgimento de um novo contrato. Com a modificação unilateral, haveria uma quebra na própria estrutura do contrato, pois a sua formação depende exatamente do acordo de vontades.

Do mesmo modo, o advento de cláusulas abusivas pode ensejar a nulidade de tais cláusulas no contrato quando este se baseia em condições gerais, que “...podem ser concebidas como regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar, de modo uniforme, compulsório e inalterável, aos contratos de adesão que vierem a ser concluídos entre o predisponente e os respectivos aderentes.”¹⁴⁰

Francesco GALGANO, ao falar das condições gerais nos contratos de adesão, diz que: “... *in alcune forme contrattuali, como i contratti in serie (...) accompagnati da condizioni generali di contratto (...) hanno la funzione di regolare in modo uniforme una intera serie di rapporti contrattuali (e vedremo che la libertà di determinare il contenuto del contratto è, in questi casi, libertà di una sola parte, di quella che predispose le*

¹⁴⁰ LÔBO, P.L.N. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.205.

condizioni generali del contratto)".¹⁴¹

Paulo Luiz Netto LÔBO, em trabalho a respeito das cláusulas abusivas, esclarece que são consideradas abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretando em contrapartida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual. Afirma o autor que através delas o predisponente estabelece conteúdo contratual iníquo, abusando da atividade que exerce e da debilidade jurídica do aderente.¹⁴²

Pelo princípio da relatividade dos efeitos do contrato, com regra geral, seus efeitos só atingem as partes que nele convencionaram, sem alcançar terceiros. Terceiros, tecnicamente falando, não participam da relação jurídica de forma pura – ou seja, são aqueles que não integram essa relação em nenhum momento. Os sucessores a título universal, por exemplo, são terceiros que não participam inicialmente do contrato, mas que acabam dele fazendo parte devido à transmissão das obrigações por via hereditária.

Um dos exemplos dos novos contornos dos princípios da autonomia privada e da força obrigatória do contrato se encontra no Código Civil, em que se dispõe que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O princípio da função social do contrato é um dos representantes do acolhimento pelo Código Civil das chamadas cláusulas gerais ou conceitos abertos,

¹⁴¹ “... Em algumas formas contratuais, como os contratos de adesão acompanhados de condições gerais do contrato, há a função de regular de modo uniforme uma série inteira de negócios contratuais (e veremos que a liberdade de determinar o conteúdo do contrato é, neste caso, liberdade de só uma parte, daquela que dispõe as condições gerais do contrato)”. (tradução nossa). GALGANO, F. *Diritto Privado*. Nona edizione (com atlante di diritto comparato). Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 221.

¹⁴² LÔBO, P.L.N. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 155.

indeterminados. As cláusulas gerais, em virtude de sua abertura, têm uma possibilidade de englobar um amplo leque de situações concretas, o que era dificultado pela adoção da estrita tipicidade. Luis Eduardo Franco BOUÉRES, em artigo que aborda as mudanças apresentadas pelo Código Civil de 2002, ressalta a importância dessa transformação:

Por fim, a mudança que se demonstra mais acentuada na legislação civil, é a adoção das cláusulas gerais. O uso das cláusulas gerais se dá, sobretudo, em face de uma nova abordagem interpretativa das disposições novas da legislação, bem como das já existentes no ordenamento. Não é somente a produção de preceitos genéricos, mas também o uso da interpretação sistemática dos artigos já existentes, como cláusula geral, dando ao intérprete, a liberdade maior de adequação da norma ao caso concreto. Essa mudança de enfoque, também é tendência anterior ao Código Civil de 2002, tendência esta que relega ao passado a regulamentação casuística, através de dispositivos de situação-tipo, onde o legislador tentava, como se possível fosse, regular todas as situações possíveis da realidade social.¹⁴³

Ricardo Luis LORENZETTI afirma que a cláusula geral é uma norma de sentido geral, não específico, cujo conteúdo deve ser determinado pelo juiz segundo a evolução da consciência social; e também uma medida, uma diretriz para a decisão, um modelo pré-constituído por um suporte fático normativo, abstrato.

Afirma o autor argentino que sua função é a adaptabilidade diacrônica ou histórica – com isso, a norma jurídica permite adotar diferentes significados concretos ao longo de diferentes períodos históricos e de acordo com a mudança dos costumes – e a pluralidade de valores – em que a cláusula dá lugar a diferentes concepções e não se inclina por uma delas, ainda que num mesmo período de tempo.

Em relação às cláusulas gerais, ele antevê a existência de um problema que poderá surgir em relação ao meio virtual: um juiz que, por exemplo, tem de solucionar um caso relacionado à Internet poderia se ver obrigado a considerar costumes muito distintos, de países e culturas estranhas à sua região. LORENZETTI questiona se o juiz pode

¹⁴³ BOUÉRES, L.E.F. *Adoção das cláusulas gerais é maior mudança na legislação*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33864,1>> Acesso em: <05.01.2005>

preencher o vazio legal com o *standard* da sua região, se deve compatibilizá-lo com o de regiões diversas do mundo envolvidas no caso, ou ainda se existe um *standard* originado da comunidade virtual. O problema está no fato do *standard*, ao qual se referem as cláusulas gerais, consistir em práticas sociais definidas geograficamente, como a boa-fé, a moral, e no espaço virtual não existir essa referência geográfica.¹⁴⁴

Uma vez pontuada a questão das cláusulas gerais e a notícia da posição de LORENZETTI sobre o assunto na Internet, prosseguir-se-á na abordagem da cláusula geral “função social do contrato”. Por ser conceito aberto e indeterminado, não é possível delimitar o conceito de função social do contrato *a priori*. Entretanto, pode-se entender que “... Em um primeiro plano, a socialização da idéia de contrato (...) propugna por um tratamento idôneo das partes, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais.”¹⁴⁵

Em um segundo momento, a função social do contrato pode ser entendida através das conseqüências de cada contrato realizado em relação à sociedade. Nesse caso, o contrato não é tão-somente um instrumento de circulação de riquezas, mas também possibilita o desenvolvimento social.

A função social do contrato possibilita a imposição de limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum. Não se pode conceber a existência de um contrato que, mesmo que no plano formal seja válido, acabe por afrontar os interesses da sociedade como um todo. Deverá, logo, a liberdade negocial encontrar esses limites sobretudo no interesse social e na dignidade da pessoa humana.

Outro aspecto que representa a adoção de cláusulas gerais e indispensável ao vínculo obrigacional de um contrato é a existência da boa-fé, disposta expressamente no

¹⁴⁴ LORENZETTI, R.L. *op. cit.*, pp. 39-41.

¹⁴⁵ GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. Volume IV, Tomo 1, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 53.

art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé é princípio que, além de fundamental à toda ordem jurídica, possui grande importância nos contratos e serve de contraponto ao princípio da autonomia privada. A boa-fé é “... uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza cogente.”¹⁴⁶

Arnaldo RIZZARDO, ao abordar esse princípio, diz que: “É este um dos princípios básicos que orientam a formação do contrato. As partes são obrigadas a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca...”¹⁴⁷

Ao ingressar no estudo da boa-fé, é importante delinear a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, pois é no segundo sentido que esse princípio se manifesta.

Cabe ressaltar que a boa fé contratual corresponde ao âmbito de atuação da boa fé objetiva, por ser “... uma expectativa legítima por parte do consumidor do produto ou do serviço, que deve ter motivos para confiar na contraparte, fugindo ao âmbito da boa fé subjetiva, própria de quem ignora a real situação jurídica...”¹⁴⁸

A boa-fé subjetiva consiste em um estado psicológico de quem se julga atuar

¹⁴⁶ GAGLIANO, P. S; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. Volume IV, Tomo 1, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72.

¹⁴⁷ RIZZARDO, A. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23.

¹⁴⁸ MARTINS, Guilherme Magalhães. *Boa fé e contratos eletrônicos via internet*. In: *Problemas de Direito Constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.140.

em conformidade com o direito (um exemplo é o caso daquele que desconhece o vício de negócio nulo ou anulável).

Já a boa-fé objetiva é uma regra jurídica, um princípio normativo que, aplicado aos contratos, constitui “... uma regra de conduta segundo a qual os contraentes devem agir de modo *honesto, correcto e leal*, não só *impedindo* assim comportamentos *desleais* como *impondo* deveres de *colaboração* entre eles (grifos no original). ”¹⁴⁹

Em todo contrato as partes devem cumprir os deveres principais, relativos ao adimplemento da prestação, como a entrega da coisa vendida, o pagamento do preço, a conservação da coisa vendida até a entrega, por exemplo.

A boa-fé objetiva se consubstancia nos deveres adjacentes a essa prestação, incidindo sobre as negociações preliminares, a própria formação do contrato em si e as fases posteriores a seu cumprimento, respeitando-se, portanto, a esfera jurídica da outra parte.

A boa-fé contratual está bastante ligada à interpretação dos contratos. Para se descobrir se as partes estão agindo de boa-fé, deve-se analisar a situação concreta, como as condições em que foi firmado o contrato, o nível sócio-cultural dos contratantes, o momento histórico e econômico.

Esse princípio acompanha a relação contratual desde o início, e permanece até mesmo após sua extinção. Além disso, o princípio da boa-fé traz os contornos da relação contratual, como ensina Carlos Alberto da Mota PINTO:

É ainda a boa fé que em certa medida *conforma a relação contratual*, pois é ela um dos critérios a que se recorre para determinar o *âmbito da vinculação negocial*. Quer dizer que ‘do contrato fazem parte não só as obrigações que expressa ou tacitamente decorrem *do acordo das partes*, mas também, designadamente, *todos os deveres que se fundam no princípio da boa-fé* e se mostram necessários a integrar a lacuna contratual. Nesta linha, importa sublinhar o papel decisivo da boa fé no enriquecimento do conteúdo do contrato, mormente por constituir a matriz dos denominados *deveres laterais*, como os deveres de cuidado para com a pessoa e o

¹⁴⁹ PINTO, C. A. M., *op. cit.*, p. 125.

patrimônio da contraparte, os deveres de informação e esclarecimento, etc (grifos no original).¹⁵⁰

O autor português também entende que, por acompanhar o contrato desde seu início, a violação da boa-fé pode gerar responsabilidade pré-contratual, responsabilidade contratual ou mesmo pós-contratual, a depender do momento em que ocorre a violação.

Ricardo Luis LORENZETTI, ao abordar o comércio eletrônico e as relações de consumo, afirma a necessidade da boa-fé na Internet, inclusive nas fases preliminares à contratação, especialmente em virtude da disparidade de forças existente entre quem detém a tecnologia utilizada (como é o caso da empresa que possui o *site* na Internet em que oferta seus produtos) e quem a desconhece ou não a domina em sua plenitude (o consumidor que acessa esse *site*):

Existe um consenso no cenário internacional sobre a existência de um dever de boa-fé que deve ser observado pelas partes no curso de negociações pré-contratuais. É interessante examinar os reflexos desse dever no plano da *Internet*, já que a utilização de tecnologia por parte de quem a domina possibilita uma importante vantagem comparativa na negociação. É certo que isso nem sempre é assim, mas também é verdade que nas relações de consumo ocorre uma assimetria especificamente vinculada ao uso da tecnologia, conforme assinalamos acima. Os comerciantes têm um dever geral de agir de boa-fé (...), o que se aplica ao uso da tecnologia. A boa-fé (como sinônimo de lealdade) revela-se em deveres concretos, como, por exemplo, na vedação da utilização de atributos especiais da tecnologia para ocultar a identidade ou aspectos essenciais da prestação oferecida.

Cláudia Lima MARQUES, quando fala a respeito dos deveres adjacentes à boa-fé nos contratos eletrônicos, enuncia diversos modos pelos quais a boa-fé deve se manifestar na Internet, tanto antes da realização do contrato, como no momento em este se forma e em sua execução:

Sejam consideradas ofertas de consumo ou não, há que se levar em conta que estas práticas comerciais dos fornecedores fazem nascer deveres de boa-fé gerais, como os de informação, identificação do ofertante, identificação de oferta comercial, cuidado com os dados do consumidor (dever de preservação da privacidade do consumidor, de proteção contra invasões no site ou na rede) e deveres de boa-fé específicos ao meio virtual, como o de confirmação

¹⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 126.

individual, de perenização da oferta e do contrato e deveres de cooperação na comunicação (o silêncio do fornecedor pode ser usual no comércio, mas é fonte de insegurança e quebra da confiança perante o consumidor), na execução à distância (geralmente por correio e outros meios de execução da prestação característica, que é a do fornecedor) e no pagamento à distância (cuidados ao retirar a quantia do cartão de crédito, com o número do cartão de crédito, etc.), somados a cuidados específicos aos perigos do meio virtual (criptografia, combate aos *hackers*, arquivação múltipla para evitar perdas, etc.). Nesses deveres específicos de uma boa-fé atualizados às práticas (e perigos) do meio eletrônico ou virtual, destaque-se o dever de possibilitar ao consumidor ‘perenizar a informação ou dado eletrônico, a evitar que a confiança despertada por uma oferta, publicidade ou contrato, seja frustrada com a mudança no tempo (imediate, muito fácil e sem custos no mundo virtual) das ‘regras do jogo’, da oferta, do leilão, do contrato etc.’¹⁵¹

Um princípio que deriva do princípio da boa-fé e que no entender de Carlos Alberto da Mota PINTO vem adquirindo uma particular densidade e identificação é o princípio da confiança, que se trata de acolher a idéia de que, em certos casos, dever-se-ia relevar juridicamente a confiança justificada de alguém no comportamento de outrem, quando este tivesse contribuído para fundar essa confiança e ela se justificasse igualmente em face das circunstâncias do caso concreto. “Essa relevância jurídica pode levar a *atribuir efeitos jurídicos* a uma situação tão-só aparente, ou ficar-se, como sucederá normalmente, por criar a *obrigação de indenização* pela frustração das legítimas expectativas.”¹⁵²

Esse princípio tem bastante relevância na fase de negociações preliminares ao contrato, pois a confiança em que as partes depositam entre si é fundamental para que haja a realização de um contrato. Cláudia Lima MARQUES é autora brasileira que aborda com profundidade a questão da confiança no comércio eletrônico, e a coloca como meta a ser atingida:

Confiar na aparência, na imagem, no som, na informação, no *click*, na presença de um ser

¹⁵¹ MARQUES, C. L. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004, pp. 263-264.

¹⁵² PINTO, C. A. M., *op. cit.*, p. 127.

humano ou de uma pessoa jurídica organizadora, em qualquer um dos computadores interligados no mundo. Confiança no meio eletrônico, na entrega, nos dados, na contratação, no armazenamento, na possibilidade de perenizar o negócio jurídico e de seu bom fim! Confiança na realização das expectativas legítimas do consumidor também nos negócios jurídicos do comércio eletrônico é a meta! Para alcançar a necessária “eficácia” dos instrumentos jurídicos (...) o Direito Privado deve evoluir para redescobrir o princípio da confiança (*Vertrauensprinzip*)!¹⁵³

MARQUES vai além e apresenta uma nova hipótese de estudo, por entender que a nova linguagem visual, fluida, rápida, agressiva, pseudo-individual e massificada dos negócios jurídicos de consumo à distância pela Internet estaria propondo desafios sérios para o Direito Privado, especialmente em relação ao paradigma moderno da boa-fé nas relações contratuais.

A seu ver, o uso de um meio virtual ou a entrada em uma cultura visual levaria a uma perda de significado ou de eficiência do próprio princípio da boa-fé. Ela diz que para alcançar a mesma eficácia que o uso da boa-fé havia tido no século XX, dever-se-ia, na era da Internet, “...evoluir para o uso de um paradigma mais ‘visual’ (de ‘aparência’), de menos fidelidade e personalização (*fides*), de menos eticidade (valorização-*bona*), e sim de mais socialidade (qualquer forma de ‘declaração’ vincula o profissional organizador da cadeia de fornecimento) e de coletiva repersonalização (realizar as expectativas legítimas de todo um grupo difuso de consumidores virtuais), a *confiança*, o paradigma-mãe da boa-fé!”¹⁵⁴

Tanto ao se conferir grande autonomia ao princípio da confiança a ponto de torná-la o paradigma que deve nortear o comércio realizado pela Internet, conforme propõe MARQUES, como considerá-la como um dos deveres anexos à boa-fé, de todo modo evidencia-se que sua influência é essencial na contratação eletrônica, diante da necessidade de se confiar na outra parte para que o próprio contrato venha a existir.

¹⁵³ MARQUES, C. L. *op. cit.*, p.47.

¹⁵⁴ *Idem, ibidem*, p. 47.

Como se mencionou o princípio da confiança, é importante destacar as funções que a boa-fé objetiva possui, segundo a doutrina: interpretativa, pois com base na boa-fé pode-se extrair da norma o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil; como função delimitadora do exercício de direitos subjetivos, em virtude da boa-fé não permitir que, por exemplo, sejam colocadas cláusulas leoninas (preceitos unilateralmente onerosos) em um contrato e, por fim, a boa-fé cria os já mencionados deveres jurídicos anexos de proteção. Exemplos desses deveres são da lealdade e confiança recíprocas (a lealdade se refere à transparência e à verdade, com correspondência entre a manifestação da vontade e a conduta manifestada; e a confiança, como já visto, tem relação com a crença de que a outra parte está agindo de modo honesto), a assistência (que é a mútua colaboração dos contratantes para o adimplemento da prestação principal do contrato), a informação (que consiste em oferecer à outra parte todos os dados a respeito das circunstâncias do negócio contratual, e do bem jurídico que é dele objeto), sigilo em relação a dados concernentes ao contrato, entre outros.

Guilherme Magalhães MARTINS, ao abordar a questão da boa-fé nos contratos eletrônicos, diz que tais deveres de conduta atingem contornos diferenciados na Internet :

Particularmente em matéria de contratações à distância, prática comum na sociedade de massas, traduzindo operações tais quais a compra e venda fora do estabelecimento comercial, mediante técnicas tais quais o telefone, o rádio, a televisão e sobretudo, nos dias de hoje, a Internet, rede descentralizada de comunicação baseada nos recursos da informática, apresentando peculiaridades quanto à formação e execução, aqueles deveres de conduta irradiados pelo princípio da boa-fé se manifestam de maneira igualmente diferenciada.

Ele prossegue e traz exemplos de como alguns dos deveres anexos podem se manifestar no ambiente virtual: o dever de lealdade, por obrigar as partes a se absterem, na pendência contratual, de comportamentos que falseiem o ‘jogo do negócio’, acabaria por ensejar o dever de prevenir a outra parte, por exemplo, sobre os riscos de eventual intromissão de *hackers*, além do dever de esclarecimento, que surgiria a respeito dos riscos e da segurança do próprio bem alienado.

Além disso, o dever de lealdade também incluiria uma obrigação de sigilo em face dos elementos obtidos por via da pendência contratual, e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte, como é o caso das informações relativas a cartões de crédito e contas bancárias, que devem ser preservados através de procedimento de segurança.¹⁵⁵ Cabe também recordar, quanto ao exemplo de MARTINS, a questão do direito fundamental à privacidade - analisada algumas linhas atrás neste trabalho, com o a exposição de problemas recorrentes no meio virtual, como o caso dos *cookies* e dos formulários preenchidos através da Internet.

Essa ligação entre um dos deveres anexos à boa-fé e a lembrança de um dos direitos fundamentais abordados no início deste estudo se faz necessária para mostrar também a possibilidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas - também conhecida por eficácia horizontal¹⁵⁶ - ocorridas na Internet, especialmente nas relações contratuais.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas possui tanto doutrinadores que a rejeitam e pugnam apenas pela aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, ou até afastam tal aplicação, bem como outros que a defendem.

Neste trabalho opta-se por apresentar os argumentos no último sentido (embora se advirta que existe dissonância na doutrina a esse respeito), tendo em vista que é a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência brasileira, como noticia Daniel

¹⁵⁵ MARTINS, G. M. *Boa-fé e contratos eletrônicos via Internet*. In: Problemas de Direito Constitucional. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.139.

¹⁵⁶ Para melhor aprofundamento sobre esse tema, recomenda-se a leitura das seguintes obras: SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 e SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. Tais obras, muito embora defendam a tese da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, apresentam também os argumentos a rejeitam.

SARMENTO.¹⁵⁷ Neste caso, apóia-se na corrente alemã da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, em que alguns direitos fundamentais vinculam os particulares diretamente.

Carlos Alberto da Mota PINTO, ao defender a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares, afirma que esta se aplica de três modos diferentes: através de normas de direito privado que reproduzem o seu conteúdo; por meio de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, cujo conteúdo é preenchido com os valores constitucionalmente consagrados; e, em casos excepcionais, quando não há cláusula geral ou conceito indeterminado adequado, aplica-se independentemente de mediação de regra de direito privado.¹⁵⁸

Ressalte-se que os modos pelos quais os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, especialmente quanto à forma e à intensidade, são diferentes da relação entre particular-Estado, diante do fato de que a autonomia privada tem maior força nas relações entre os particulares. SARLET, ao tratar do assunto, assim se manifesta: “Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra, prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal.”¹⁵⁹

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, segundo grande parte dos autores que se dedicaram a esse assunto, consiste “...no reconhecimento de que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve uma

¹⁵⁷ SARMENTO, D. *op. cit.*, pp. 374-375.

¹⁵⁸ PINTO, C.A.M. *op.cit.*, pp. 74-75.

¹⁵⁹ SARLET, I.W. *op.cit.*, p. 343.

ponderação de interesses, em que, no outro lado da balança, sempre vai figurar alguma emanção da autonomia privada, entendida em sentido amplo (autonomia privada negocial...)...”¹⁶⁰ Daniel SARMENTO também mostra alguns parâmetros para essa aplicação:

Um dos parâmetros (...) liga-se ao grau de desigualdade fática entre as partes da relação jurídica. A assimetria de poder numa determinada relação tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca, expondo a um risco maior seus direitos fundamentais. Por isso, quanto mais a relação for assimétrica, maior será vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Sem embargo, mesmo nas relações tendencialmente iguais, os direitos fundamentais incidem, para impor um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana, que é irrenunciável. Nestas ponderações, outro fator relevante é a natureza da questão sobre a qual gravita a controvérsia. (...) nos casos em que a autonomia do sujeito de direito ligar-se a alguma decisão de cunho puramente econômico ou patrimonial, tenderá a ser mais intensa a tutela ao direito fundamental contraposto.¹⁶¹

SARLET, em entendimento similar, assim apresentou sua visão a respeito da possibilidade de conflito entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada:

... vislumbra-se, no âmbito da problemática da eficácia privada dos direitos fundamentais, que as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem uma análise tópica, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um.¹⁶²

Dessa feita, quando há colisão entre dois direitos fundamentais há a necessidade de um juízo de ponderação nas situações concretas. Pode-se dizer que esse juízo é necessário em uma contratação eletrônica, quando há uma colisão entre a autonomia privada e um direito fundamental como o da privacidade, por exemplo.

¹⁶⁰ SARMENTO, D. *op.cit.*, p.373.

¹⁶¹ *Idem, ibidem*, pp. 375-376.

¹⁶² SARLET, I.W. *op.cit.*, p. 345.

Uma leitura sobre os princípios contratuais e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ainda que breve como a aqui realizada, possibilita uma compreensão a respeito da formação do contrato. Com base nessa fundamentação, sem olvidar a influência sempre presente dos direitos fundamentais, agora serão tracejados com mais profundidade os contornos dos contratos eletrônicos em si.

3.3 O CONTRATO ELETRÔNICO E SUAS PECULIARIDADES: A EXPRESSÃO DINÂMICA DO COMÉRCIO NA INTERNET

Uma idéia indissociável da noção de contrato eletrônico é a de comércio eletrônico (também conhecido por *e-commerce*), em cujo respeito a doutrina tem construído diversas visões. Serão aqui pinceladas algumas delas – e adverte-se desde já que embora muitas sejam diferentes entre si, representam o modo pelo qual as pessoas que têm estudado esse fenômeno estão observando essa nova realidade, especialmente à luz do Direito.

São muitas as definições de comércio eletrônico, dependendo do ponto de vista da área em que é trabalhado: como não se trata de um conceito estático, é grande a dificuldade em delimitá-lo, gerando muitas complicações para quem pretende colocá-lo em uma moldura dogmática: “ The definition is ever-changing and expanding to include more and more sectors of the economy, as the influence of electronic communications extends”.¹⁶³

Luis Olavo BAPTISTA afirma que o comércio eletrônico seria, de certa forma, o retorno do mascate, que se colocava diante do consumidor final e oferecia verbalmente

¹⁶³ “Essa definição está sempre mudando e expandindo para incluir mais e mais setores da economia, haja vista que a influência das comunicações eletrônicas está sendo ampliada”(tradução nossa). WHISTON, A.B., STAHL, D.O., e CHOI, S.Y. *The economics of electronic commerce*. Indianopolis: Macmillan Technical Publishing, 1997, p.12.

a mercadoria, eliminando a necessidade de deslocamentos físicos deste, propondo-lhe uma variedade de bens. Diz o autor que o mesmo acontece no comércio eletrônico, com a diferença de que isso se dá no ambiente virtual.¹⁶⁴

Ravi KALAKOTA e Andrew B. WHISTON apresentam diversas definições para o comércio eletrônico que, embora não sejam especificamente jurídicas, são importantes para uma visão mais geral do fenômeno. Para eles, de acordo com uma perspectiva da área das comunicações, é a entrega de informação, produtos e serviços por intermédio de redes de computador ou outros meios; já segundo uma perspectiva comercial, é a aplicação de tecnologia voltada para a automação de transações de negócios. Sob o ponto de vista da área de serviços, o comércio eletrônico é uma ferramenta que evidencia os anseios das firmas, consumidores, e gerencia o corte de custos dos serviços, por meio do incremento da qualidade das mercadorias e do aumento da velocidade de sua entrega. Visto por uma perspectiva mais ampla, enfim, comércio eletrônico poderia ser considerado como aquele que determina a capacidade de comprar e vender produtos e informações na Internet, e a prestação de serviços *on-line*.¹⁶⁵

O comércio eletrônico tem diversos aspectos, que dependem do grau de digitalização do produto ou serviço prestado, o processo e o agente de entrega deste (ou o intermediário). Consoante com o modelo tridimensional criado por Soon-Yang CHOI, um produto pode ser físico ou digital, tanto como o agente (que é a pessoa ou empresa que entrega o produto) e o processo pelo qual a operação comercial é realizada. Para ele, no comércio tradicional todas as dimensões são físicas, enquanto no comércio eletrônico puro todas são digitais. São muitas situações intermediárias, em que há uma mistura das

¹⁶⁴ BAPTISTA, L.O. *Comércio eletrônico: uma visão do direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (Serviço Técnico de Imprensa), v. 97, 1999, pp. 85-86.

¹⁶⁵ KALAKOTA, Ravi e WHISTON, Andrew B. *Electronic Commerce. A manager's guide*. New York: Addison Wesley, 1999.

duas formas de comerciar, com no mínimo uma situação sendo de comércio eletrônico.¹⁶⁶

Um exemplo é o de um livro comprado por meio da *Amazon*.¹⁶⁷ Não se trata de um comércio eletrônico puro, pois há entrega do livro por agente exterior ao meio virtual (nos EUA, a FedEx). Um caso de comércio eletrônico puro seria a compra de um software através de um *site* que disponibiliza o produto diretamente através da Internet. Em um caso como esse, tanto a entrega, como o modo de pagamento e o agente são digitais.

De qualquer modo, basta a existência de um aspecto digital - como no exemplo da *Amazon*, o produto é ofertado pelo meio virtual, bem como sua aquisição que se dá através da Internet - para caracterizar a existência de comércio eletrônico, mesmo que em sentido mais amplo.

As características essenciais do comércio eletrônico, segundo Semy GLANZ, são três: “1) A oferta se exprime por uma rede internacional de telecomunicações, ou no quadro de um serviço telemático; 2) A oferta se expressa de modo audiovisual; 3) a interatividade entre profissional e cliente”.¹⁶⁸

Para Teresa PASQUINO, comércio eletrônico é o conjunto de relações negociais que se instauram entre sujeitos por meio do uso de instrumentos informáticos e telemáticos, e está sempre destinado a relações jurídicas que têm como objeto a aquisição

¹⁶⁶ WHISTON, Andrew B., STAHL, Dale O., e CHOI, Soon-Yong. *The economics of electronic commerce*. Indianapolis: Macmillan Technical Publishing, 1997.

¹⁶⁷ A *Amazon* é uma loja virtual surgida em 1995, nos Estados Unidos, com o objetivo inicial de venda de livros através da Internet. Atualmente, é um dos maiores portais de venda de produtos pela internet, possibilitando a compra de brinquedos, objetos domésticos, computadores, entre outros. Amazon.com. Disponível em: <www.amazon.com> Acesso em: 23 out. 2002.

¹⁶⁸ GLANZ, S. *Contratos Eletrônicos*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000, p. 265.

de bens ou prestação de serviços.¹⁶⁹

Segundo Alain BESSOUSSAN, citado por GLANZ, o comércio eletrônico consiste em “... conjunto de trocas digitalizadas, ligadas a atividades comerciais, entre empresas, entre empresas e particulares e entre empresas e administrações”.¹⁷⁰

Entretanto, o comércio eletrônico não se limita à venda. Há diversos outros contratos realizados, como “... serviços bancários, contratação de seguros, jogos e apostas em loterias, fornecimento de notícias e até mesmo assinatura de jornais e provedores da própria Internet. Há também serviços e fornecimento de programas gratuitos, como consultas a bibliotecas e arquivos, legislação, jurisprudência, e outros”.¹⁷¹

No entender de Fábio Ulhoa COELHO, comércio eletrônico é “...a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços realizadas em estabelecimento virtual. A oferta e o contrato são feitos por transmissão eletrônica de dados. O comércio eletrônico pode realizar-se através da rede mundial de computadores (...) ou fora dela”.¹⁷²

Ele tem uma posição diferenciada em relação ao comércio na Internet e propõe a existência do estabelecimento virtual que, ao contrário do estabelecimento empresarial tradicional, é fisicamente inacessível, porque o consumidor ou adquirente deve manifestar a aceitação por meio da transmissão eletrônica de dados.

Também afirma COELHO que o tipo de acesso ao estabelecimento é que determina sua classificação: se este acesso é feito por deslocamento no espaço, é físico; se

¹⁶⁹ PASQUINO, T. *Comércio Eletrônico na União Européia (Mercado Telemático)*. Trad. de Erica de Oliveira Hartmann. IBEJ: Curitiba, 2003, p. 43.

¹⁷⁰ BESSOUSSAN, A. *Internet – aspects juridiques*. 2. ed., Hermes, Paris, *apud* GLANZ, S. *Contratos Eletrônicos*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000, p. 266.

¹⁷¹ GLANZ, S. *op. cit.*, p. 266.

¹⁷² COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial*, v. 3, 2000, p.32.

por transmissão e recepção eletrônica de dados, é virtual.

O estabelecimento virtual também reúne, no entender do autor, bens tangíveis e intangíveis indispensáveis à exploração da atividade econômica: “A livraria eletrônica deve ter livros em estoque, equipamentos próprios à transmissão e recepção de dados e imagens, marca, *know-how* etc.”¹⁷³

Tal qual o estabelecimento real, pode ter fundo de empresa – valor agregado ao conjunto de bens que o compõem, cujo valor é maior quando o *site* é visitado por quantidade expressiva de pessoas, abriga volume expressivo de transações, o seu *layout* é bem estruturado e atraente, os sistemas de segurança de transmissão de dados são confiáveis, entre outras qualidades que trazem o próprio valor.

A posição de COELHO é minoritária na doutrina, e no momento atual – em que ainda não há previsão legislativa a respeito de modo de registro de estabelecimento virtual, por exemplo – não há como ser adotada. Entretanto, não se deve ignorá-la, pois a arquitetura dinâmica da Internet e das relações sociais que nela se desenvolvem podem mostrar, futuramente, que a idéia de estabelecimento virtual é mais condizente com as necessidades que advêm das interações na Internet.

Ricardo Luiz LORENZETTI, em outra visão sobre o comércio realizado pela Internet, ao falar a respeito da definição de comércio eletrônico, afirma que esta, em primeiro lugar, é feita com referência a uma atividade caracterizada pelo meio tecnológico. Essa atividade existe sempre que são utilizados meios digitais para a comunicação, incluindo a Internet, radiodifusão e outras tecnologias similares, ou quando é feita a troca de bens digitais. Com isso, pode ser qualificada como comércio eletrônico toda atividade que tenha por objeto a troca de bens físicos ou bens digitais por meios eletrônicos.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 34.

Em segundo lugar, LORENZETTI afirma que são relações jurídicas que podem não ser comerciais. Por esse motivo, ele prefere utilizar a expressão “relações jurídicas por meios eletrônicos”, que compreende:

1. Relações de direito público: vínculos entre Estados, ou entre particulares e o setor público, realizados por meios digitais. 2. Relações de direito privado: a) entre empresas (*business to business*) o que abarca todos os tipos de atividade entre pessoas jurídicas de direito privado; b) entre empresas e consumidores (*business to consumer*); c) entre particulares, compreendendo todas as relações que se estudam no direito civil tradicional.¹⁷⁴

Outras fontes, além da doutrina, procuraram definir o comércio eletrônico. Deve-se dar especial atenção, em particular, às iniciativas legislativas que têm como principal finalidade dissipar as dúvidas a respeito dessas novas relações que surgem através da Internet.

Algumas delas, com alcance internacional, serão aqui apresentadas como exemplos de como o mundo jurídico tem visualizado o comércio realizado através da Internet. Deve-se ressaltar que, embora aqui estejam sendo mostradas as iniciativas legislativas de maior peso na contemporaneidade, isso não implica dizer necessariamente que elas propõem as melhores soluções para o comércio eletrônico.

Todavia, como elas são precedidas de grande discussão preliminar e acurada análise técnica, atualmente são as que se mostram mais compatíveis com a realidade mundial. Podem ser consideradas como as primeiras iniciativas de destaque no mundo para imprimir maior segurança nas relações virtuais.

Um dos maiores exemplos são as Leis Modelo desenvolvidas pela UNCITRAL¹⁷⁵, sigla da *United Nations Commission on International Trade Law*, ou

¹⁷⁴ LORENZETTI, R. L. *op.cit.*, pp.91-93.

¹⁷⁵ A UNCITRAL, criada pela Assembléia Geral da ONU em 1966, facilita o comércio mundial desenvolvendo convenções, leis-modelo, regras e guias legais criados para harmonizar a leis internacionais de comércio. _____. *Basic Facts about the United Nations*. United Nations: New York, 1998, p. 263.

Comissão das Nações Unidas de Direito Comercial Internacional, que tem sido usada como padrão norteador para muitos países legislarem a respeito do comércio eletrônico.

A Lei Modelo (ou Lei-Tipo, que é um modelo de lei que facilita a elaboração de leis internas) tem como objetivo principal oferecer aos legisladores nacionais uma série de regras internacionalmente aceitáveis, permitindo a remoção de obstáculos legais, proporcionando um ambiente legal seguro para o comércio eletrônico, e tem como âmbito de aplicação qualquer tipo de informação na forma de mensagem de dados usada no contexto de atividades comerciais. Desde sua adoção, a Lei Modelo tem sido usada como um parâmetro para muitos países, considerada como uma resposta apropriada às questões relativas ao *e-commerce*. Uma quantidade razoável de países recentemente apresentou, ou está na iminência de apresentar, leis que acolhem a Lei Modelo ou que a ela se remetem, pois se presta a auxiliar em algumas questões, pelo fato de já terem sido nela relatadas sugestões para saná-las.

A Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico (*Model Law on Electronic Commerce*, de 14 de julho de 1996, tem como principais temas disciplinados: a definição de mensagem eletrônica, transmissão eletrônica de dados, remetente, destinatário, intermediário e sistema de informação; questões interpretativas; reconhecimento jurídico das mensagens eletrônicas; equiparação plena do escrito eletrônico ao convencional, salvo na questão da assinatura eletrônica, que para preencher o requisito de validade necessita de métodos técnicos de identificação; a conservação da mensagem em sua forma original, sem modificações posteriores; admissibilidade de força probante às mensagens de dados, às quais não deve ser colocado nenhum óbice tão-somente pela sua natureza eletrônica; validade dos contratos eletrônicos e assuntos relacionados; transporte de mercadorias.

A fim de proporcionar maior segurança a respeito desse tema, em 2001 a UNCITRAL apresentou também a Lei Modelo sobre Assinaturas Eletrônicas (*UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures*), estabelecendo que as assinaturas digitais deveriam

ser consideradas como equivalentes às manuscritas, bem como regras básicas de conduta a serem observadas pelas partes envolvidas no processo da assinatura eletrônica.¹⁷⁶

Em 2005, outra iniciativa da ONU no âmbito do comércio eletrônico foi a Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Eletrônicas em Contratos Internacionais (*United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*), com o objetivo de remover obstáculos no comércio eletrônico. Aspecto interessante de destacar é a importância que a ONU dá ao *e-commerce*, como se pode inferir do trecho da Convenção destacado a seguir:

The States Parties to this Convention, Reaffirming their belief that international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States, *Noting* that the increased use of electronic communications improves the efficiency of commercial activities, enhances trade connections and allows new access opportunities for previously remote parties and markets, thus playing a fundamental role in promoting trade and economic development, both domestically and internationally, *Considering* that problems created by uncertainty as to the legal value of the use of electronic communications in international contracts constitute an obstacle to international trade, *Convinced* that the adoption of uniform rules to remove obstacles to the use of electronic communications in international contracts, including obstacles that might result from the operation of existing international trade law instruments, would enhance legal certainty and commercial predictability for international contracts and help States gain access to modern trade routes, *Being of the opinion* that uniform rules should respect the freedom of parties to choose appropriate media and technologies, taking account of the principles of technological neutrality and functional equivalence, to the extent that the means chosen by the parties comply with the purpose of the relevant rules of law, *Desiring* to provide a common solution to remove legal obstacles to the use of electronic communications in a manner acceptable to States with different legal, social and economic systems, *Have agreed* as follows...¹⁷⁷

¹⁷⁶ _____. *Electronic Commerce*. Home page da Uncitral. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce.html>. Acesso em: <11.01.2005>.

¹⁷⁷ Os Estados-partes dessa Convenção, reafirmando sua crença de que o comércio internacional baseado na igualdade e benefício mútuo é um importante elemento em promover amigavelmente relações entre Estados, percebendo que o uso crescente de comunicações eletrônicas melhora a eficiência de atividades comerciais, aumenta conexões comerciais e permite novas oportunidades de acesso para partes e mercados anteriormente distantes, portanto desempenhando um papel fundamental na promoção do desenvolvimento do comércio e da economia, tanto internamente

Um aspecto a se destacar nessa Convenção é considerado, por muitos, um dos maiores problemas do comércio eletrônico – e, como se verá a seguir, da contratação eletrônica: quando as partes contratantes, embora situadas no mesmo “meio virtual”, estão localizadas geograficamente em lugares diferentes do globo. Há uma grande dificuldade em compatibilizar as soluções que dá o Direito de cada país para as questões que surgem. Neste ponto, é inevitável a lembrança da lição de SERRES, filósofo estudado no início deste trabalho, que aponta a dificuldade em tracejar as fronteiras no ambiente virtual:

Dissolvendo as antigas fronteiras, o mundo virtual da comunicação conquista novas terras: junta-se às deslocações e, freqüentemente, substitui-as. As páginas do antigo atlas de geografia prolongam-se em redes que fazem troça das costas, das alfândegas, dos obstáculos, naturais e históricos, de que os mapas, fiéis, desenhavam outrora a complexidade; a passagem das mensagens ultrapassa as rotas das peregrinações. Tal como as ciências e as técnicas que, actualmente, se dedicam mais ao possível do que à realidade, também os nossos transportes, os nossos encontros e os nossos habitats se tornam freqüentemente mais virtuais do que reais. Poderemos nós habitar em semelhantes virtualidades?¹⁷⁸

Além da ONU, a União Européia, com o intuito de mitigar o problema da regulamentação no âmbito comunitário, acabou por tomar a iniciativa de estabelecer Diretivas pertinentes ao comércio eletrônico de modo específico - além daquelas

como internacionalmente, considerando que problemas criados pela incerteza como a do valor legal do uso de comunicações eletrônicas em contratos internacionais constituem um obstáculo para o comércio internacional, convencidos que a adoção de regras uniformes para remover obstáculos ao uso de comunicações eletrônicas em contratos internacionais, incluindo obstáculos que poderiam resultar da opeção de instrumentos já existentes no direito comercial internacional, poderiam aumentara segurança legal e previsibilidade comercial para contratos internacionais e ajudar os Estados a obter acesso a modernas rotas comerciais, sendo da opinião de que regras uniformes poderiam respeitar a liberdade das partes a escolher meios e tecnologias apropriados, valendo-se do uso dos princípios da neutralidade tecnológica e equivalência funcional, até o ponto em que os meios escolhidos pelas partes obedeçam aos propósitos de relevantes regras do Direito, desejando fornecer uma solução comum para remover obstáculos legais ao uso de comunicações eletrônicas de modo aceitável para Estados com diferentes sistemas legais, sociais e econômicos, acordaram como segue... (tradução nossa). _____. *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html > Acesso em: <11.01.2006>.

¹⁷⁸ SERRES, M. *op.cit.*, p.13

referentes à privacidade e à proteção de dados na Internet, analisadas no início deste estudo. Em 1998 houve a criação da primeira Diretiva, a Diretiva 98/27/CE, que já ressaltava que:

El comercio electrónico, em todas sus manifestaciones, es ya una realidad que atrae cada vez um mayor número de usuarios. Entre otras ventajas, las operaciones llevadas a cabo de este modo permiten reducir notablemente los costes de transacción y posibilitan al gran público un mercado de ámbito planetario, reduciendo en gran medida los inconvenientes derivados de las distancias geográficas. La Unión Europea, sensible a esta evolución, trabaja en la elaboración de una directiva que sirva de marco a la legislación de los Estados miembros.¹⁷⁹

A segunda diretiva data de 8 de junho de 2000, e foi elaborada em Luxemburgo. Trata-se da Diretiva 2000/31/CE, relativa aos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno, cujos destinatários são os Estados-membros.

No texto da própria Diretiva - que busca garantir a segurança jurídica e a confiança do consumidor por intermédio do estabelecimento de um quadro geral claro, que abranja aspectos legais do comércio eletrônico no mercado interno - acentua-se a necessidade de tal enquadramento: “O desenvolvimento dos serviços da sociedade da informação na Comunidade é entravado por uma série de obstáculos legais ao bom funcionamento do mercado interno, os quais, pela sua natureza, podem tornar menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento e a livre prestação de serviços. Esses obstáculos advêm da divergência das legislações, bem como da insegurança jurídica dos

¹⁷⁹ “O comércio eletrônico, em todas suas manifestações, já é uma realidade que atrai cada vez um maior número de usuários. Entre outras vantagens, as operações levadas a cabo por este meio permitem reduzir notavelmente os custos de transação e possibilitam ao grande público um mercado de âmbito planetário, reduzindo bastante os inconvenientes derivados das distâncias geográficas. A União Européia, sensível a essa evolução, trabalha na elaboração de uma diretiva que sirva de marco à legislação dos Estados-membros”(tradução nossa).União Européia, Directiva 98/27/CE *apud* SÁNCHEZ, G. O. *In: La prueba documental y los medios e instrumentos idoneos para reproducir imagenes o sonidos o archivar y conocer dados*. Coleccion ley de enjuiciamiento civil 2000, Madri: La Ley, 2000, p.163.

regimes nacionais aplicáveis a esses serviços.¹⁸⁰

A Diretiva procurou atender de modo amplo diversas situações que podem surgir do comércio eletrônico:

Examples of services covered by the Directive include online information services (such as online newspapers), online selling of products and services (books, financial services and travel services), online advertising, professional services (lawyers, doctors, estate agents), entertainment services and basic intermediary services (access to the Internet and transmission and hosting of information). These services include also services provided free of charge to the recipient and funded, for example, by advertising or sponsorship.¹⁸¹

Como instrumento hábil a possibilitar a existência do comércio eletrônico está o contrato, cujos contornos mais gerais e princípios já foram esboçados neste breve estudo.

Newton de LUCCA, em obra específica sobre a contratação no âmbito da informática, refere-se aos contratos eletrônicos como contratos telemáticos, que são “... os contratos que têm o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração...”¹⁸²

Semi GLANZ, por sua vez, afirma que contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas, e dispensam assinatura – ou exigem assinatura codificada ou senha. Para ele, contratos eletrônicos são contratos antigos, como a compra e venda e prestação de serviços, com novos meios de

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p.1.

¹⁸¹ “Exemplos dos serviços cobertos pela Diretiva incluem serviços de informação on line (tais como jornais on line), venda on line de produtos e serviços (livros, serviços financeiros e de agências de viagem), propaganda on line, serviços profissionais (advogados, médicos, corretores de imóveis), serviços de diversão e os serviços intermediários básicos (acesso à Internet e a transmissão e a hospedagem da informação). Estes serviços incluem também serviços gratuitos, mas financiados, por exemplo, por propaganda ou patrocinadores”.(tradução nossa). _____. *E-commerce Directive*. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/internal_market/e-commerce/directive_en.htm> Acesso em: <11.01.2005>

¹⁸² LUCCA, N. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.93.

utilização.¹⁸³

LORENZETTI entende que os contratos eletrônicos produzem uma mudança substancial em virtude do meio utilizado, pois possibilitam uma diminuição nos custos das transações, permitindo superar as barreiras de espaço, tempo e as impostas pelas legislações nacionais, bem como a diminuição dos custos de captação de contratantes e de celebração dos contratos. Por outro lado, ele adverte que quanto aos custos de execução a ordem parece inversa, pois a contratação *on line* apresenta grandes dificuldades quanto à execução dos acordos.

Ele enuncia, como principais problemas jurídicos oriundos dos contratos eletrônicos, a imputabilidade da declaração de vontade, a distribuição de riscos, a formação do consentimento e os graus de utilização do meio digital.

A imputabilidade da declaração de vontade em contratos eletrônicos possui uma peculiaridade: a vontade, por se expressar pelo meio eletrônico, implica dizer que a declaração negocial é transmitida mediante algoritmos que se dirigem a um receptor que os recebe, e transmite a aceitação por intermédio deles.

Isso, no entender de LORENZETTI, acarreta uma forte despersonalização, pois o declarante da vontade pode ser um sujeito que não é o dono do computador, nem mesmo aquele que o utiliza no momento concreto. Para ele, em um sistema jurídico baseado na tradição de unir a declaração com a vontade, e esta com a pessoa física, deve-se fazer um grande esforço para realizar uma atribuição de autoria na qual o sujeito declarante não fosse identificado de forma imediata.

Quanto à distribuição de riscos, LORENZETTI diz que se deveria dispor de uma regra de distribuição de riscos da declaração de vontade realizada *on-line*. Isto porque, ainda que se identifique o autor, existiriam riscos na emissão da declaração, que

¹⁸³ GLANZ, S. *Contratos Eletrônicos*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000, pp. 264-265.

poderia ser adulterada, trocada, apagada, captada por um terceiro ou enviada por um desconhecido.

No que se refere à formação do consentimento, devem ser precisadas as características especiais que deveriam apresentar a oferta, a aceitação e a adesão nos meios eletrônicos.

Quanto ao local e momento da celebração, o civilista argentino diz que é necessário determinar o momento em que o vínculo se torna perfeito, o local da celebração, a legislação aplicável e o tribunal competente. A seu ver, o problema nesse caso residiria no fato de que o chamado “consentimento eletrônico” seria entre presentes, porque as declarações são instantâneas, e entre ausentes, pois os contratos são celebrados entre sujeitos situados em lugares muito distantes – inclusive países diferentes.

Por fim, quanto aos graus de utilização do meio digital, ele afirma que a contratação por meios digitais pode influenciar o veículo ou a própria elaboração da declaração de vontade negocial, bem como influir no objeto, na documentação, no caráter instantâneo ou na duração do vínculo, na tipicidade, entre outras hipóteses. Ele coloca exemplos dessa influência, a seguir transcritos:

a) é possível que exista um sujeito que encaminhe um pedido de compra por e-mail e receba o produto pelo correio; neste caso, apenas a oferta e a declaração utilizam o meio eletrônico para o seu transporte; b) pode ocorrer que o contrato seja celebrado entre dois computadores programados, quando o meio eletrônico não somente é utilizado para transportar a declaração, mas também para elaborá-la; neste caso se faz presente um vínculo “interativo e automático”, no sentido de que se discute e se elabora no meio digital; c) pode suceder que o bem adquirido seja digital, e, nesta hipótese, o meio abarca não somente as declarações, mas também o objeto do contrato; d) em alguns casos o contrato se celebra *on-line*, mas a documentação acaba sendo reduzida a escrito e enviada pelo correio; em outros, as respectivas cláusulas são escritas e assinadas digitalmente...¹⁸⁴

Um ponto essencial a ser abordado no estudo dos contratos eletrônicos é como se dá sua formação. LORENZETTI afirma que no caso dos contratos eletrônicos é

¹⁸⁴ LORENZETTI, R.L. *op.cit.*, pp. 273-275.

aplicado o princípio jurídico da “não discriminação”: vigoram as regras gerais sem que se possa invocar a presença do meio digital para descartá-las. Assim, as regras gerais quanto à capacidade, ao objeto, à causa e aos efeitos do contrato – que foram analisadas no capítulo anterior – devem ser aplicadas nos contratos eletrônicos.¹⁸⁵

Em todo contrato, não apenas os realizados pela Internet, antes mesmo da formação do vínculo contratual podem ocorrer as chamadas negociações preliminares ao contrato, que se constituem em reflexões e entendimentos sobre o negócio.

Elas, dependendo das circunstâncias, podem ensejar responsabilidades para os que delas participam, quando há rompimento injustificado das negociações ou recusa em contratar. Entretanto, essa responsabilidade é pré-contratual: nessa fase ainda não há formação do contrato porque se presta à formação das vontades.

A responsabilidade pré-contratual acontece quando há ruptura das negociações, nos casos em que o contrato, ao se concluir, é nulo ou ineficaz ou se, em virtude da violação da boa-fé por alguma das partes, o contrato acaba sendo concluído com um conteúdo diferente. O dano causado é chamado “dano da confiança”, porque resulta de lesão de interesse contratual negativo.

É possível encontrar na Internet diversos exemplos de negociações preliminares à contratação. Um dos exemplos mais comuns é o dos *sites* de leilões virtuais, como o *site* brasileiro chamado Mercado Livre, em que há a possibilidade das pessoas - que estão potencialmente interessadas em adquirir os produtos que nele estão à venda - dialogarem com o vendedor de cada produto.

...Os membros da comunidade não apenas compram e vendem, mas também interagem em espaços reservados para perguntas e respostas, comentários e fóruns de discussões. Cada membro é identificado por um pseudônimo (apelido) e sua reputação é formada pelas qualificações dadas pelos demais usuários com quem negociou. Tanto o apelido quanto as qualificações são ativos valiosos, por indicar a experiência e a atuação de cada membro no

¹⁸⁵ LORENZETTI, R.L. *op.cit.*, p.289.

ambiente *on-line*.¹⁸⁶

Determinada pessoa, em exemplo hipotético, interessada em adquirir um novo modelo de celular, fascina-se por um celular anunciado no Mercado Livre por determinado preço. Através do mecanismo do *site*, ela entra em contato com o vendedor e indaga quais são as características do produto, se o preço pode ter seu valor diminuído ou se aceita troca por outro celular. Por sua vez, o vendedor pode aceitar a troca, ou até aceitar o novo valor. Essas negociações são caracterizadas como negociações preliminares, pois nesse momento ainda estão sendo discutidas as condições do contrato.

Entretanto, se nesse mesmo exemplo o vendedor, maliciosamente, oculta do potencial adquirente do produto determinada qualidade do produto, como a inexistência de garantia do celular, isso pode ensejar responsabilidade. Ou então, se o potencial comprador gera no vendedor uma legítima expectativa de que o negócio será realizado e, injustificadamente, desiste da contratação – o que acaba impedindo a venda do produto para outro interessado, gerando prejuízos ao vendedor, também pode surgir a responsabilidade neste caso: em ambas as situações, verificou-se a existência de violação ao princípio da boa-fé.

Outro modo através do qual se vislumbra a possibilidade de negociações preliminares pela Internet é através de correio eletrônico. Determinada empresa apenas anuncia em seu *site* que vende determinado tipo de produto, sem especificar detalhes, mas pode nele disponibilizar seu *e-mail*. Algum visitante do *site* em questão poderá, se o desejar, enviar-lhe outro *e-mail*, e com essa troca de correspondências através da Internet poderão negociar eventual contrato posterior.

A primeira fase efetiva de todo contrato é a da oferta ou proposta. É nela que

¹⁸⁶ _____. *O que é o Mercado Livre*. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_01> Acesso em: <12.01.2005>.

reside a declaração de vontade do proponente, voltada para a outra parte, declaração esta que exterioriza os elementos essenciais do negócio jurídico. Para que o contrato se conclua, a outra parte - o oblato - deve aceitá-la.

A proposta, ao contrário das negociações preliminares, deve apresentar de forma clara e objetiva os pontos principais do contrato: por isso, ela vincula a vontade do proponente. Ela deve ser completa, contendo os pontos essenciais à conclusão do negócio, e não deve se confundir com um simples convite para exame e aquisição de um bem, e mostrar a intenção de se obrigar, no caso de aceitação.

Segundo o texto do Código Civil, em seu art. 427, “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. O proponente só se libera dessa vinculação no caso de negativa da outra parte e no decurso do prazo estipulado na oferta, ou do prazo que é considerado razoável pelos usos e costumes.

A proposta contratual pode ser dirigida a um destinatário determinado ou, como é mais comum na Internet, estar na forma de uma oferta ao público. A oferta na Internet costuma se dar corriqueiramente através da publicidade. A página da Internet constitui uma oferta quando possui uma série de elementos essenciais, como dados sobre os produtos que podem ser adquiridos, como características, preços, formas de pagamento, modalidades de entrega e garantias.

Exige-se que a página seja dirigida a uma determinada pessoa ou, quando se trata de uma relação de consumo, há aplicação, no caso do Brasil, do Código de Defesa do Consumidor - que obriga o fornecedor que veicula ou se utiliza da publicidade. Isso porque no contrato de consumo a uma oferta ao público é vinculante: o contrato é concluído no momento em que o usuário declara sua aceitação.

Entretanto, quando não se trata de contrato de consumo, e no *site* não existirem os elementos constitutivos de uma oferta, há apenas um convite para ofertar por parte do

proprietário do *site*. Nesse caso, a pessoa que visita o *site* é quem faz a oferta e o contrato se realiza quando o visitante recebe a aceitação do proprietário.

A oferta no meio virtual, para que vincule a pessoa que esteja oferecendo o produto, deve ser suficientemente precisa. Ao mesmo tempo, deve ter ciência de que a outra pessoa aderiu à sua proposta. Se alguém decide ofertar um produto na Internet, como uma bicicleta, o *site* em que a proposta se encontra provavelmente conterá uma fotografia dessa bicicleta, suas características particulares, o preço, as formas de pagamento e de entrega do produto. Tudo, logo, colocado de forma clara a ponto de inculcar no potencial adquirente a real noção a respeito do produto. Trata-se do dever de informação – que, embora seja mais marcante na proposta, deve fazer parte não apenas nesta fase, mas em todas as demais fases contratuais. É a informação prestada pelo proponente que gera a confiança suficiente para a outra parte aceitar a proposta.

Após a proposta, segue-se a aceitação, que é o ato de aderência à proposta. Ela só tem valor quando está em total conformidade com a proposta feita – se não o for, é considerada uma nova proposta.

Normalmente os contratos realizados através da Internet, como já estudado, são contratos de adesão, sem margem para negociações preliminares – salvo exceções como a de *sites* como o Mercado Livre. Quem deseja contratar no meio virtual costuma se deparar com contratos prontos, redigidos unilateralmente pela empresa que está ofertando o produto, e apenas tem a opção de aceitá-lo na integralidade, ou não realiza a operação.

Uma classificação tradicional civilista que pode ser útil no estudo dos contratos eletrônicos é a de que ele pode ser feito entre presentes ou entre ausentes. LORENZETTI afirma que os contratos realizados por meios eletrônicos têm como características: a) as partes não estarem fisicamente presentes e b) o tempo em que transmitem a proposta e a aceitação pode ser instantâneo ou não.

Essas características, a seu ver, deram azo a uma grande discussão da

possibilidade de qualificar, de forma geral, se o vínculo contratual eletrônico se trata de vínculo entre presentes e entre ausentes. O autor argentino defende que o problema deve ser solucionado diante do caso concreto – muito embora saliente que essa distinção é importante para a fixação de critérios de distribuição de riscos que ajudem as partes.

O contrato entre presentes surge quando tanto a proposta como a aceitação ocorrem diretamente entre as partes. A contratação feita através de telefone é, por ficção jurídica, considerada feita entre presentes. A aceitação da proposta normalmente é instantânea, e vincula as partes. Porém, há casos em que, mesmo estando presentes as partes, essa proposta não é obrigatória, como nas ocasiões em que a proposta feita sem prazo não é imediatamente aceita.

Nos contratos celebrados instantaneamente não há transcurso de tempo relevante entre a oferta e a aceitação; além disso não importa que as partes não estejam fisicamente presentes ou se situem em lugares distintos. Há diversas hipóteses na Internet de contratação que pode ser qualificada como celebração instantânea, entre presentes. Quando uma contratação é realizada através de um *chat*, que é “forma de comunicação à distância, utilizando computadores ligados à internet, na qual o que se digita no teclado de um deles aparece em tempo real no vídeo de todos os participantes do bate-papo”¹⁸⁷, tanto a proposta como a aceitação ocorrem instantaneamente.

O mesmo pode se dizer quando as partes se valem de programas de videoconferência – “teleconferência realizada interativamente, com transmissão de imagem e som entre os interlocutores, via televisão, em circuito fechado ou rede de computadores”¹⁸⁸ para contratar. As partes simplesmente dialogam entre si por intermédio

¹⁸⁷ HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>> Acesso em: <15.01.2006>.

¹⁸⁸ HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br>> Acesso em: <15.01.2006>.

da Internet: têm a possibilidade de, inclusive, ouvir a voz e até mesmo observar as expressões de seus rostos. Muito embora as partes estejam geograficamente localizadas em pontos diferentes do mesmo país, o contrato é realizado como se elas estivessem situadas no mesmo lugar.

Roberto Senise LISBOA diz que a comunicação na Internet pode se realizar de forma sincronizada ou dessincronizada:

A comunicação sincronizada é imediata e permite a obtenção de resposta instantânea, por pressupor a coincidência temporal de conversação. Pode ocorrer a título de conversação privada (os chamados “bate papos”) (...). A conferência dessincronizada não é imediata, porém tornam-se desnecessárias tanto a coincidência geográfica como a temporal. Verifica-se tal comunicação, a título de conversação privada, tão somente através de *e-mails*.¹⁸⁹

Pode-se dizer, ao seguir a classificação apresentada por LISBOA, que na contratação eletrônica realizada entre presentes a comunicação que ocorre é a sincronizada, em virtude da resposta instantânea.

Os contratos eletrônicos também podem ser efetuados entre ausentes. Nessa espécie de contrato, as partes se manifestam de forma indireta, por intermediário ou por alguma forma de correspondência. Essa forma de contratação tem como característica principal a existência de um lapso de tempo relevante entre a oferta e a aceitação. Sua importância reside na distribuição de riscos entre as partes que estão contratando. Pode-se dizer que se trata de uma forma de comunicação dessincronizada.

O maior exemplo que se pode conceber de contrato eletrônico entre ausentes é o *e-mail* (*electronic mail* ou correio eletrônico). Tal qual uma carta convencional, o destinatário de um *e-mail* pode abri-lo muito tempo após o remetente tê-lo enviado. Esse lapso temporal é o fator determinante para considerar o contrato realizado através de *e-*

¹⁸⁹ LISBOA, R.S. *A inviolabilidade de correspondência na Internet*. In: LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (org.). *Direito & Internet - aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000, p.475.

mail como contrato entre ausentes – tendo em vista que, como já visto, tanto no contrato eletrônico “entre presentes” como no contrato “entre ausentes” não há presença física das partes contratantes.

São quatro as doutrinas mais conhecidas a respeito da determinação do momento em que o contrato realizado entre ausentes é concluído.

A teoria da aceitação - também conhecida por exteriorização ou declaração – considera o contrato perfeito quando o destinatário da proposta declarar aceita a oferta que lhe foi feita. Ela admite a formação do contrato antes que o proponente tenha conhecimento da aceitação. Assim, com base nessa teoria, basta que a pessoa remeta um *e-mail* à outra parte contratante, afirmando aceitar a oferta feita, para o contrato se realizar. Detalhes como o momento em que o proponente recebe o *e-mail* com a aceitação, por exemplo, ou até mesmo se ele vem a lê-lo, não são considerados nessa teoria: basta que o aceitante exteriorize que aceita a proposta.

A teoria da cognição ou informação, por sua vez, considera o momento em que o proponente toma conhecimento da aceitação como aquele em que o contrato se perfaz. Ao contrário da teoria da aceitação, apenas se considera formado o contrato quando o proponente tomou conhecimento efetivo da aceitação. Com essa teoria, um contrato celebrado através de *e-mail* só se realiza no momento em que a pessoa que formulou a proposta lê a correspondência eletrônica que contém a aceitação da outra parte.

A teoria da expedição considera formado o contrato quando o destinatário expediu, por qualquer meio, a aceitação. Para esta teoria, a aceitação em si não é suficiente: ela precisa ser exteriorizada através do ato de envio. Assim, os riscos que surgem a partir do envio até o recebimento da aceitação ficam por conta do ofertante, uma vez que o contrato já está formado. É a teoria adotada como regra no direito brasileiro. No contrato eletrônico formado através de *e-mail*, deve-se comprovar seu envio.

A teoria da recepção vê o momento da formação do contrato no recebimento da

aceitação pelo ofertante. Com isso, é necessário que o aceitante, além de declarar sua vontade interna de aceitar, a exteriorize através do envio dessa resposta e, por fim, que tal resposta chegue à esfera de ação do proponente, que é quando ele passa a ter condições de conhecê-la. Nesta teoria, os riscos durante o tempo de envio são ônus do aceitante.

Ela é utilizada em caráter excepcional em nosso direito, se a proposta não chegar no prazo estipulado pelas partes ou quando o proponente se compromete a esperar resposta. Ao se adotar a teoria da recepção nas contratações eletrônicas, o contrato só se reputa formado quando há certeza que, além do *e-mail* ter sido enviado pelo aceitante, ele tenha chegado à caixa de entrada do correio eletrônico do proponente.

Em caso de adoção dessa teoria, não há necessidade de que o proponente tenha lido o *e-mail* que contém a aceitação: basta que ele tenha tido condições de o ler. Com isso, o contrato não se forma em situações como aquelas em que o aceitante envia o *e-mail* com a aceitação da proposta, mas que não chega ao computador do destinatário por intervenção de um *hacker* que desvia a correspondência eletrônica.

LORENZETTI afirma que no direito comparado a tendência majoritária se inclina pela teoria da recepção, e diz que as legislações que foram especialmente editadas para solucionar a problemática relativa à contratação eletrônica estabelecem o dever do ofertante de enviar o aviso de recebimento da aceitação.

Ele traz como exemplo o Código Civil peruano, que dispõe em seu art. 1374 que “... se a contratação entre ausentes se realiza por meios eletrônicos, óticos ou outro análogo, o recebimento da declaração contratual será presumido sempre que o remetente receba o aviso de recebimento”.¹⁹⁰

Um ponto de grande pertinência em relação aos contratos eletrônicos é quando eles abrangem relações de consumo. No que tange a essa forma de contratação, noticia

¹⁹⁰ LORENZETTI, R.L. *op. cit.*, pp. 323-324.

LORENZETTI que se defende, tanto na União Européia como na Argentina, que se trata de um modo de contratar à distância. Isso porque o contrato é realizado sem a presença física simultânea do comprador e do vendedor, com a transmissão da proposta da contratação do vendedor e da aceitação do comprador por meio de comunicação à distância. Nesse caso, também seria aplicável o direito à retratação.¹⁹¹

Antes de explicitar como se realizam os contratos eletrônicos de consumo, é importante indicar que o contrato eletrônico também pode ser realizado de forma a não se configurar relação de consumo, como bem aponta Ronaldo Alves de ANDRADE¹⁹²: nesse caso, trata-se da relação jurídica conhecida como *business to business* ou B2B.

Essa relação contratual, segundo Fábio Ulhoa COELHO, não está sujeita à legislação de consumo porque o comprador não é o destinatário final do objeto do contrato; além disso, não enseja o dever de tornar claras e detalhadas, já no *site*, as informações a respeito dos produtos ou serviços, preços e condições de pagamento. Nesses *sites*, bastam informações genéricas e introdutórias, pois o conteúdo do contrato será especificado pela troca de *e-mails* que ocorrerá posteriormente.¹⁹³

Maria Eugênia FINKELSTEIN, ao diferenciar o B2B (*business to business*) do B2C (*business to consumer*), assim expôs:

O B2B envolve relações comerciais entre empresas quanto à comercialização de produtos e prestação de serviços entre produtores, fabricantes, fornecedores e importadores, sem a participação direta do consumidor final. As mercadorias adquiridas pelo B2B normalmente são produtos, insumos e suprimentos por parte das empresas, com a Internet integrando as partes. Já o B2C é ditado por relações de consumo do tipo fornecedor-consumidor. Neste sentido, mediante a utilização da Internet, as empresas na qualidade de produtoras e/ou fabricantes e/ou distribuidoras, vendem seus produtos ao consumidor final. É o chamado varejo eletrônico

¹⁹¹ LORENZETTI, R.L. *op. cit.*, pp. 322-323.

¹⁹² ANDRADE, R.A. *Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 104.

¹⁹³ COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial*, v. 3, 2000, pp. 50-51.

(...).¹⁹⁴

Cabe fazer um adendo em relação à terminologia: as expressões a que se referem os autores citados - bem como vários outros que estudam o comércio eletrônico - são na língua inglesa, em virtude da origem da Internet ser norte-americana (como já explicado nesse trabalho). A partir desse momento serão utilizados indistintamente os termos em inglês e as expressões correspondentes em português.

Uma vez destacadas as diferenças entre os contratos eletrônicos entre empresas e os contratos eletrônicos de consumo, ater-se-á nesse momento a essa espécie de contrato. Cláudia Lima MARQUES, em seu estudo a respeito dos contratos no Código de Defesa do Consumidor, enuncia diversos contratos do comércio eletrônico que, por envolverem consumidores, despertam interesse:

1. Os contratos de acesso técnico às redes eletrônicas (contrato entre o consumidor e um fornecedor de acesso – servidores, TVs a cabo e outros); 2. o contrato de venda *on-line*, venda de produtos materiais, que serão entregues *a posteriori* no local indicado pelo consumidor e venda de produtos imateriais (*software* etc.) a ser enviado pelo mesmo meio eletrônico; 3. contratos de bens “informativos”, bens totalmente desmaterializados, como músicas, revistas *on-line*, educação à distância, acesso a informações, a imagens, filmes, *trailers*, histórias em quadrinhos, jogos, *videogames* etc. Incluiríamos também: 4. os contratos de prestação de serviços *on-line* ou por Internet, como contratação com agências de viagens, transportadoras, seguradoras, bancos e financeiras....¹⁹⁵

A grande gama de contratos que envolvem relações de consumo na Internet denota a importância de se analisar os detalhes desse modo de contratação. O consumidor tem tratamento especial perante diversos ordenamentos jurídicos, especialmente em virtude de sua fragilidade em relação ao fornecedor. Como afirma LORENZETTI, as

¹⁹⁴ FINKELSTEIN, M.E.R. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004, p.34.

¹⁹⁵ MARQUES, C.L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais* 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 101.

empresas atuam profissionalmente perante consumidores leigos, o que os distancia em nível econômico e em nível de conhecimento.

Afirma o autor que essa característica se aprofunda o mundo virtual e fomenta o surgimento de três categorias de disparidades: disparidades econômicas, pois na Internet continuam figurando fornecedores com importante poder de negociação, disparidades de informação quanto ao objeto, porque no meio virtual se verificam diferenças no volume de informações referentes ao bem ou serviço que constituem o objeto da prestação. O produto constituído pela informação, segundo LORENZETTI, é:

- intangível, e por isso refratário à verificação empírica que o consumidor está acostumado a efetuar como prova da confiabilidade; - hermético, no sentido de que apresenta uma característica enigmática acerca da possibilidade de conhecê-lo da mesma maneira e grau de conhecimento que se tem sobre outros produtos; - mutável e flexível, o que significa que a experiência anterior não tem muita importância; - está inserido num complexo sistema de relações, uma vez que apresenta relações múltiplas com outros sujeitos ou outras partes.¹⁹⁶

Por fim, ele destaca a terceira categoria, que é a das disparidades tecnológicas:

Deve-se levar em consideração, outrossim, que a tecnologia é cada vez mais complexa em sua programação, mas se apresenta de maneira bastante simplificada perante o usuário, ocultando desse modo uma grande quantidade de aspectos que permanecem na esfera de controle do fornecedor. Pode-se afirmar que a tecnologia aumenta a vulnerabilidade dos consumidores, instaurando uma relação que não lhes é familiar.¹⁹⁷

Assim, mostra-se claramente a situação de fragilidade em que se encontra a pessoa, quando se insere em uma relação de consumo através da Internet: além das circunstâncias que normalmente já caracterizariam sua hipossuficiência, as características próprias do ambiente virtual acabam agravando os problemas que decorrem da disparidade entre as partes nos contratos de consumo.

Em relação aos contratos eletrônicos realizados no Brasil, a doutrina que estuda

¹⁹⁶ LORENZETTI, R.L. *op.cit.*, pp.363-364.

¹⁹⁷ LORENZETTI, R.L. *op.cit.*, p.365.

esse fenômeno à luz da Internet defende a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Nesse caso, o consumidor, pela definição legal (artigo 2º), é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Ronaldo Alves de ANDRADE afirma que a relação de consumo mantida por meio de contrato eletrônico, ainda que realizada por comunicação simultânea, caracterizará fornecimento de produto ou serviço fora do estabelecimento do fornecedor, pois o contrato é concebido sem a presença física dos contratantes, e somente a execução do contrato por parte do fornecedor ocorrerá no mundo real. Até mesmo a obrigação contratual do consumidor poderá ser virtual, ressalta ANDRADE: o pagamento por intermédio de cartão de crédito.¹⁹⁸

ANDRADE também retoma a questão do estabelecimento virtual– noção defendida por Fábio Ulhoa COELHO e já apresentada nesse trabalho - para endossar a necessidade de se entender os contratos eletrônicos de consumo como sendo contratos à distância. Segue exemplo de sua lavra, a respeito de uma contratação realizada através do *site* de supermercado, e que reflete bem essa questão:

... embora se fale em estabelecimento empresarial virtual eletrônico no qual o consumidor pode entrar virtualmente, como quando o consumidor adentra num *site* de supermercado e corre virtualmente seus corredores e prateleiras, não se pode deslembrar que o conceito jurídico de estabelecimento empresarial ou comercial engloba não só os aspectos imateriais, mas também e especialmente o aspecto material, que é constituído pelas mercadorias e pelo local onde está instalada a empresa. Nas relações efetivadas fora do estabelecimento – local físico onde está instalado o fornecedor – o consumidor está numa posição frágil e tende a realizar contrato que normalmente não realizaria se estivesse no local onde o produto ou serviço é colocado à venda; pois, ao dirigir-se a determinado estabelecimento comercial, refletiu na aquisição antes mesmo de nele adentrar, ao passo que, quando faz a compra de sua residência, dada a facilidade de processamento da aquisição, aumenta a possibilidade de que ela seja feita por impulso e sem qualquer reflexão, reflexão que se dará somente no momento do recebimento do produto ou serviço. Desse modo, tendo-se que o contrato eletrônico, além de ser celebrado no espaço virtual e, portanto, fora do estabelecimento físico do fornecedor, possui sua formação com o

¹⁹⁸ ANDRADE, R.A. *op. cit.*, p.106.

envio da aceitação, ato que é perpetrado do domicílio ou residência do consumidor com um simples premer do mouse, certamente deve ser considerado contrato celebrado à distância.¹⁹⁹

A importância de se entender o contrato de consumo como contrato entre partes ausentes reside na aplicação – no caso brasileiro - do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que instituiu o direito de recesso (ou direito de arrependimento), o qual permite com que o consumidor possa, dentro do prazo de 7 dias, desistir da contratação e possibilita que ele receba de volta a importância que pagou.

A maior parte da doutrina se pacificou quanto à aplicabilidade desse artigo nos contratos eletrônicos de consumo. Nesse sentido é o posicionamento de Maria Eugênia FINKELSTEIN: “É nosso entendimento que o direito de arrependimento aplica-se integralmente aos contratos eletrônicos, mesmo àqueles que por serem celebrados em *chats* de conversação caracterizam-se como contratos entre presentes, uma vez que todos os contratos eletrônicos são celebrados fora do estabelecimento do fornecedor sendo, portanto, contratos à distância”.²⁰⁰

Entretanto, há a voz de Fábio Ulhoa COELHO que – assente na sua teoria sobre estabelecimento virtual - afirma não ser tal artigo aplicável em nas situações em que o consumidor que compra pela Internet tem a mesma possibilidade de refletir a respeito da aquisição que possui aquele que se dirige a um estabelecimento real. Com isso, em seu entender, a aplicabilidade do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor seria excepcional nas contratações eletrônicas:

O art. 49 do CDC não deve ser aplicado ao comércio eletrônico, porque *não* se trata de negócio concretizado *fora* do estabelecimento do fornecedor. O consumidor está em casa, ou no trabalho, mas acessa o estabelecimento virtual do empresário; encontra-se, por isso, na mesma situação de quem se dirige ao estabelecimento físico. O direito de arrependimento é reconhecido ao consumidor apenas nas hipóteses em que o comércio eletrônico emprega *marketing agressivo*. Quando o *website* é desenhado de modo a estimular o internetenauta a

¹⁹⁹ ANDRADE, R.A. *op. cit.*, pp.108-109.

²⁰⁰ FINKELSTEIN, M.E.R. *op. cit.*, p. 275.

precipitar-se nas compras, por exemplo, com a interposição de chamativos ícones movimentados, em que as promoções se sujeitam a brevíssimos prazos, assinalados com relógios de contagem regressiva, então é aplicável o art. 49 do CDC. Caso contrário, se o *website* não ostenta nenhuma técnica agressiva, o direito de arrependimento não se justifica. Desse modo, se o cliente contrata aplicação financeira através de *homebanking*, ele não tem o direito de se arrepender, a menos que as informações enviadas à sua tela tenham trazido elementos típicos de *marketing* agressivo... (grifos no original).²⁰¹

O contrato eletrônico de consumo mencionado por COELHO, conhecido por *homebanking*, é realizado através de comunicação de computadores. Segundo Semy GLANZ,

... o cliente deve ter um computador, no qual se instala o programa fornecido pelo banco, permitindo ao cliente o acesso a vários serviços, em casa ou no local de trabalho, sem ir ao banco. (...). Tais serviços são feitos...pela Internet. Consistem em consultas a saldos, transferência de valores entre contas ou de uma pessoa a outra, e abertura de conta, além de pagamentos, os chamados *e-cash*, que podemos traduzir por dinheiro eletrônico. Tudo isso é feito através do acesso, pelo computador, à conta bancária...²⁰²

Além da questão do direito de arrependimento, nos contratos eletrônicos de consumo também deve ser - como em todos os contratos - observado o princípio da boa-fé objetiva. O dever de informação, por exemplo, disposto no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que toda informação veiculada por qualquer forma de publicidade integra o contrato que vier a ser celebrado. Esse dispositivo legal também é aplicável nos contratos realizados pela Internet e que envolvem relações de consumo, especialmente em virtude da publicidade inserida nos *sites*, que deve ser clara e precisa. Outra questão que surge nas relações de consumo virtuais é a dos contratos de adesão - os quais, já estudados nesse trabalho, surgem como instrumentos de contratação em massa. A interpretação de tais contratos deve ser feita com vistas a proteger a parte mais frágil na negociação, que é o consumidor contratante.

²⁰¹ COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial*, v. 3, 2000, p. 49.

²⁰² GLANZ, S. *Contratos Eletrônicos*. Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000, pp.268-269.

A utilização do Código de Defesa do Consumidor - ou da correspondente legislação consumerista de cada país - nas relações virtuais é relevante em virtude de seu caráter protetivo diante da Internet, pois a compreensão do mecanismo informático enseja um conhecimento técnico que está distante da maioria das pessoas.

Além disso, ela se mostra como um instrumento legislativo eficiente para a solução de conflitos que advêm do ambiente virtual, diante da existência da vulnerabilidade a que todas as pessoas estão sujeitas face às próprias peculiaridades do meio virtual, que graças à explosão de informações em alta velocidade típica da Internet, por muitas vezes acaba por induzir os consumidores a tomar decisões irrefletidas.

Os contratos eletrônicos, por serem formados no meio virtual, têm uma característica peculiar em relação à forma: a imaterialidade. Tais contratos, em vez de possuírem o papel como suporte físico – o que ocorre com a maior parte dos contratos hoje conhecidos – estão na forma de documentos eletrônicos.

A forma do contrato no Direito brasileiro, como se sabe, é livre – a não ser quando a lei expressamente a exigir. Como exemplifica Paula FORGIONI, “... a renúncia da herança jamais poderá assumir a forma eletrônica, já que é exigido que conste expressamente de escritura pública ou de termo judicial. Ao mesmo tempo, uma compra e venda de bem móvel pode ser celebrada sem que, obrigatoriamente, as partes reduzam o acordado a escrito”.²⁰³ A autora afirma que não haveria necessidade de qualquer novo texto de lei que repute o documento eletrônico válido, porque o nosso ordenamento jurídico assim já o considera.

Em que pese a respeitável opinião da autora, deve-se discordar em relação à desnecessidade de lei que aborde o documento eletrônico, por dois motivos. Em primeiro

²⁰³ FORGIONI, P. *Apontamentos sobre aspectos jurídicos do “e-commerce”* In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, ano XXXIX (nova série) São Paulo: Malheiros Editores, julho/ setembro 2000, p. 73.

lugar, sem legislação específica a respeito, afasta-se a possibilidade de contratos formais serem celebrados por via eletrônica – algo que acaba sendo um retrocesso, tendo em vista que a tecnologia deve servir para facilitar a vida das pessoas. Nada impede que futuramente, com a existência de legislação própria, as pessoas possam comprar um imóvel através do meio virtual. Negar essa chance seria restringir o acesso integral a todas as comodidades que o ambiente da Internet pode trazer.

Em segundo lugar, como se mostrará a seguir, o documento eletrônico possui certas peculiaridades que demandam a necessidade de regulamentação a respeito do assunto.

Raphael Antonio Garrigoz PANICHI diz que os contratos eletrônicos realizados por meio da Internet devem possuir preferencialmente certos requisitos para serem válidos ou para que eles possam ser usados como prova, que são: a certificação eletrônica, assinatura digital, autenticação eletrônica, para manter a autenticidade e a integridade do documento.²⁰⁴

De fato, deve ser feita uma ressalva aos requisitos enunciados por PANICHI : eles só devem ser considerados como essenciais para a validade do contrato eletrônico em situações como as dos contratos formais. Nos demais contratos, em que prevalece a forma livre, esses requisitos se prestam apenas à formação de um meio de prova mais robusto da existência do contrato.

A importância desses requisitos consiste, na verdade, em trazer maior segurança à contratação eletrônica, diante dos riscos que envolvem o meio virtual. Quem possui más intenções, e alto conhecimento técnico, pode adulterar com certa facilidade elementos fundamentais do contrato – o que poderá prejudicar as partes contratantes ou até mesmo

²⁰⁴ PANICHI, R. A. G. *Meios de Prova nos Contratos Eletrônicos, Realizados por meio da Internet*. In: Revista de Direito Privado (coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery), vol.16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 264.

terceiros.

Essa opinião é endossada por Fabiano MENKE, em seu estudo a respeito da assinatura eletrônica no Direito Brasileiro, ao salientar a relevância da certificação digital: “Para agregar mais segurança às comunicações virtuais, é necessário outro elemento que dê certeza àquela pessoa que recebeu uma mensagem eletrônica assinada digitalmente de que a pessoa que a assinou é realmente quem diz ser (...). É preciso que um terceiro de confiança de ambas as partes ateste que a chave pública daquela pessoa que assinou digitalmente realmente lhe pertence.”²⁰⁵

Muitas questões são debatidas sobre o reconhecimento da integridade do conteúdo do documento, em virtude dessa possibilidade de haver alterações. Além da questão do conteúdo do documento, Marcos Gomes da Silva BRUNO aponta como problemas que envolvem os contratos eletrônicos: a questão da identidade das partes contratantes – que está aberta a falsidades ideológicas; a contratação por parte de incapazes; e a falta de assinatura de próprio punho.

Ele ainda conclui que a plenitude do contrato eletrônico depende da capacidade de mantê-lo íntegro e não deteriorável, vez que sendo um suporte sujeito a adulterações imperceptíveis, perde parte de sua confiabilidade.²⁰⁶

Para que se prove que um contrato eletrônico não está eivado de máculas, as operações a serem realizadas devem ser condizentes com o próprio meio imaterial em que ele é formado. Por isso, termos como criptografia, certificação eletrônica e assinatura digital estão se tornando cada vez mais recorrentes no vocabulário jurídico da atualidade.

²⁰⁵ MENKE, F. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 48.

²⁰⁶ BRUNO, Marcos Gomes da Silva. *Valor Jurídico dos contratos eletrônicos*. In: Revista Bonijuris, ano XIII, nº 457, dezembro 2001, p.13.

A criptografia se configura com a transformação de uma mensagem em uma forma ininteligível, com a utilização de algoritmos e funções matemáticas codificadoras. A mensagem transmitida através da criptografia só será lida se o destinatário possuir a chave que recompõe a estrutura inicial da mensagem.

A codificação pode ser feita com apenas um código, utilizado tanto para criptografar como para descriptografar o texto: essa forma, contudo, não oferece muita segurança, pois nesse caso o sigilo se compromete porque tanto o remetente como o destinatário possuem conhecimento da chave; além disso, não possibilita uma perfeita identificação das partes, pois não se pode ter certeza sobre quem é o destinatário e quem é o receptor.

Para se obter maior segurança no processo de encriptação, utiliza-se com freqüência de duas chaves distintas, sendo a primeira de conhecimento apenas do remetente, servindo para transmissão da mensagem, e a segunda, de conhecimento exclusivo do destinatário, prestando-se à decodificação.

O sistema de chaves públicas e privadas tem como vantagem a possibilidade de identificação do remetente e do receptor, já que a chave privada é de conhecimento exclusivo do remetente, enquanto o destinatário deve conhecer a chave pública, correspondente à chave privada do remetente, e que é a única capaz de decodificá-la.

Esse sistema é conhecido por “criptografia assimétrica”. É essa chave privada - a assinatura digital do remetente - que será colocada nos contratos por ele propostos a fim de imprimir autenticidade ao documento eletrônico.

O procedimento de utilização de uma assinatura eletrônica, como foi delineado *supra*, envolve sua criação e verificação. A verificação da assinatura eletrônica envolve a constatação de que ela foi criada com a utilização da chave privada e de que a mensagem não foi alterada em seu conteúdo.

Paula FORGIONI ressalta que “a probabilidade de um mau funcionamento ou

falha de segurança na assinatura digital criptografada é extremamente remota e sempre inferior ao risco de falsificação de uma assinatura tradicional ou de um documento escrito”.²⁰⁷

A certificação eletrônica consiste na confirmação da associação entre uma pessoa e uma chave pública. Trata-se de um sistema que certifica a ligação entre a dupla de chaves e uma pessoa identificada, imprimindo segurança à contratação efetuada por meio eletrônico. A autoridade certificadora, uma vez confirmada essa ligação, emite certificados atestando a validade da assinatura digital.

A segurança de *home pages* que oferecem operações de alto risco potencial quando realizadas através da Internet (como é o caso das operações bancárias ou contratação de seguros) e a codificação de números de cartões de crédito também são obtidas por intermédio de métodos criptográficos.

Fabiano MENKE afirma que com a confirmação da autoridade certificadora “... tem-se a presunção de que o documento eletrônico provém da pessoa que o assinou (autoria), e que ele não foi alterado no seu percurso virtual (integridade). (...) a assinatura digital não tem a propriedade de atribuir a inalterabilidade do conteúdo assinado, mas sim possibilitar a detecção de se alguma alteração foi procedida, por mínima que seja...”²⁰⁸

Como salientado, ponto de grande importância na contratação eletrônica reside também na criação de legislação específica a respeito do comércio eletrônico. No caso brasileiro, há um projeto de lei específico sobre o assunto (PL 4.906/2001), que “dispõe sobre a validade jurídica e o valor probante do documento eletrônico e da assinatura digital, regula a certificação digital, institui normas para as transações de comércio

²⁰⁷ FORGIONI, Paula A. *Apontamentos sobre aspectos jurídicos do “e-commerce”*. In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, ano XXXIX (nova série), São Paulo: Malheiros Editores, julho/ setembro 2000, pp.81-82.

²⁰⁸ MENKE, F. *op. cit.* p.51.

eletrônico e dá outras providências”.

Atualmente ele se encontra na Câmara dos Deputados, após ter sido aprovado pelo Senado Federal. Nele também há o apensamento de diversos projetos de lei já formulados no Brasil sobre o assunto: PL 1.483/99, apresentado em 12/08/1999 pelo Dep. Dr. Hélio (PDT/SP), que institui a fatura eletrônica e a assinatura digital nas transações de "comércio" eletrônico; PL 1.589/99, apresentado em 31/08/1999 pelo Dep. Luciano Pizzato (PFL/PR), que dispõe sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica do documento eletrônico e a assinatura digital, e dá outras providências; PL 6.965/02, apresentado em 12/6/2002 por José Carlos Coutinho (RJ), que confere valor jurídico à digitalização de documentos, e dá outras providências; e PL 7.093/02, apresentado em 06/08/2002 por Ivan Paixão (SE), que dispõe sobre a correspondência eletrônica comercial, e dá outras providências.²⁰⁹

Esse projeto de lei, além de tratar das questões que já foram aqui abordadas sobre o comércio eletrônico em si, também aborda a questão da validade do documento eletrônico - que está hoje disciplinada por medida provisória, a MP 2200/02, que instituiu a “Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira”, ou ICP-Brasil, que é um “conjunto de técnicas, práticas e procedimentos com o objetivo de fornecer suporte à implementação e à operação de um sistema de certificação digital baseado em criptografia de chave pública”.

Em linhas gerais, quanto aos efeitos jurídicos do documento eletrônico, o projeto de lei brasileiro optou por seguir o que preceitua a Lei Modelo da UNCITRAL. Para a validação da assinatura digital, foi acolhido o sistema de criptografia assimétrica (ou de chave pública, o mesmo sistema da ICP - Brasil), mas com a ressalva de que, se porventura vierem a existir outros métodos igualmente eficazes para satisfazer seus

²⁰⁹ KAMINSKI, O. *Monitoramento legislativo*. Site Internet Legal. Disponível em: <<http://www.internetlegal.com.br/projetos/camara>> Acesso em: <14.01.2005>.

requisitos de validade, tais sistemas possam vir a ser também utilizados, e estabeleceu que tanto entidades públicas como privadas podem atuar como autoridades certificadoras, independentemente de autorização estatal.

Dada a relevância da matéria, no projeto de lei brasileiro também foi dada atenção especial no que tange especificamente ao comércio eletrônico. Preliminarmente, tratou-se da contratação eletrônica. Nela, foi trabalhado um novo conceito de contrato, o qual não está abarcado na codificação civil devido às suas peculiaridades, que advêm da troca de documentos eletrônicos emanados da manifestação de vontade das partes envolvidas na transação comercial.

Foi estabelecido também que essa manifestação de vontades se torna perfeita no momento em que o documento eletrônico é transmitido para o endereço eletrônico definido por acordo das partes e nele for recebido. Quanto às faturas e duplicatas eletrônicas, elas foram equiparadas às convencionais.

Optou-se também pela manutenção da eficácia do Código de Defesa do Consumidor, adaptando-se seus princípios à realidade do comércio eletrônico. O Projeto de Lei, consentâneo com a visão mundial sobre o tema, salientou a relevância da proteção da privacidade do consumidor, disciplina o modo com que os dados pessoais devem ser utilizados, primando pela manutenção do sigilo destes como regra geral.

Assim, o estabelecimento comercial só poderá solicitar as informações de caráter privado sobre o consumidor que forem necessárias à efetivação do negócio que está ofertando. Com isso, obriga-se o comerciante a resguardar essas informações a não ser que o consumidor o autorize, de modo prévio e expresso, a divulgá-las ou cedê-las a terceiros.

Por fim, no PL 4906/2001 houve a inclusão, no capítulo referente ao comércio eletrônico, das responsabilidades e obrigações dos provedores, sejam eles provedores de acesso, de conteúdo, conexão e transmissão de informações e de tratamento de dados, da

disciplina de suas obrigações e isenções de responsabilidade sobre o conteúdo veiculado, oriundas da natureza de sua atividade.

Como exemplo dessas obrigações é possível citar a obrigação de não tomar conhecimento a respeito do teor das informações que estão contidas nos documentos eletrônicos trocados por seu intermédio - e, como eventuais isenções, cabe mencionar aquelas que desobrigam o provedor de fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas.

Uma observação a ser feita, em relação à regulamentação do comércio eletrônico, é que sua importância reside no fato de trazer maior segurança jurídica nas relações realizadas através da Internet. Não se pode esquecer que o Direito é construído pelos fatos. À medida que a sociedade se desenvolve e se torna mais complexa, há a necessidade imperiosa do Direito em proteger as novas relações que surgem.

No caso da Internet, por se tratar de fato novo na sociedade humana, é natural que ainda não exista legislação específica em grande parte dos países – como é o caso brasileiro. Em outros já existem leis específicas sobre o comércio eletrônico em si, ou estão sendo inseridos, no corpo de sua legislação já existente, artigos que abordam aspectos pertinentes à Internet. É o caso dos Estados Unidos, Grã-Bretanha, Itália, Alemanha, França, Espanha, Portugal, Peru, Colômbia, México, entre outros. A maior parte desses países se baseou na Lei Modelo da UNCITRAL ou na Diretiva 2001/29/CE, da União Européia – que foram tratadas nesse trabalho. Ademais, o próprio projeto de Lei brasileiro se inspirou na Lei Modelo da UNCITRAL.

O uso dessas fontes para criação das leis internas se justifica pela necessidade premente de harmonização entre os países. Quanto mais díspares entre si forem as leis sobre comércio eletrônico, mais tormentosas e difíceis se tornam as contratações eletrônicas internacionais.

Todavia, o fato de ainda não existir legislação específica não impede que não possam ser buscadas soluções no ordenamento jurídico já existente, como é o caso

brasileiro: um exemplo a ser dado é a própria aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, deve-se dizer que a possibilidade de solucionar as questões que surgem por intermédio do que já existe em matéria legislativa não implica dizer ser desnecessária a regulamentação do comércio eletrônico no Brasil.

Pelo contrário, a existência de lei a respeito do assunto traz maior segurança em um ambiente que está bastante suscetível a mudanças de toda ordem, e aumenta a proteção das pessoas que navegam no meio virtual.

Há, porém, uma ressalva a ser feita: a lei brasileira sobre comércio eletrônico, ao mesmo tempo em que deve conceder maior garantia às pessoas, não poderá ser extremamente minuciosa e técnica, pois isso conduz ao engessamento das situações que se apresentam.

Se a sociedade humana já é mutável por natureza, a Internet catalisa essa característica: a cada instante ocorrem mudanças de toda ordem. Daí a importância de se buscar inspiração na técnica de cláusulas gerais, explicitada no início desse trabalho: quanto maior a abertura e plasticidade, maior a quantidade de fatos novos protegidos pelo Direito.

Ao abordar a questão da regulamentação do comércio eletrônico, mencionou-se a existência de legislação específica em outros países do mundo, e deu-se destaque ao fato dos países buscarem, tanto quanto for possível, a harmonização. Isso se explica pelo fato da Internet, mais do que nunca, desconhecer fronteiras: os limites do mapa geográfico são ignorados pelo meio virtual, e isso causa grandes incertezas quando se está diante de uma contratação internacional.

LORENZETTI diz que para alguns autores existe um espaço virtual, criador de um processo de desterritorialização, o que leva a crer que existem legislação e jurisdição especiais – pois o lugar de celebração e até mesmo a própria execução podem se realizar por meios eletrônicos. Em outro sentido, mostra que também se tem ponderado que se o

negócio jurídico foi celebrado por uma pessoa com domicílio em determinado país, com uma empresa com sede no mesmo país, e que o lugar de cumprimento do negócio também se situa no mesmo país, não haveria sentido sustentar que o lugar da celebração seria um espaço virtual, alheio ao mundo real.

Diz o autor argentino também que, na maioria dos casos que suscita conflitos, os locais de celebração e do cumprimento são predeterminados porque as partes têm uma conduta orientada à “ancoragem com o mundo real”. Um exemplo dessa ancoragem consiste na imposição por parte de lei de que o fornecedor dos serviços de informação se registre em determinado local. Adverte o autor, porém, que o processo de controle é impossível de ser detido, pois as relações virtuais têm sua própria autonomia por configuração de sistema, o que faz com que em alguns setores o “lugar” venha a ser virtual.²¹⁰

É de grande importância a definição do lugar em que os contratos eletrônicos se reputam formados, tendo grande importância no direito interno e internacional, pela necessidade de apurar o foro competente e determinar a legislação aplicável.

Normalmente, graças à liberdade contratual, as partes podem convencionar o local de celebração do contrato. Assim, um contrato eletrônico realizado entre dois particulares, em igualdade de condições, pode ter foro e legislação previamente escolhido por elas.

Entretanto, quando não ocorre fixação pelas partes, o lugar é determinado pelo legislador. Disciplina o art. 435 do Código Civil de 2002, do direito interno brasileiro, que “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”. Assim, se a transação virtual, cujo objeto é produto nacional, e esta ocorre entre dois sujeitos, em que o proponente está situado fisicamente em Goiás, e o aceitante no Rio de Janeiro, Goiás é

²¹⁰ LORENZETTI, R.L. *op. cit.*, pp. 325-326.

considerado como o local da conclusão do contrato. Nesse caso, como as duas partes estão no mesmo país, não se vislumbra dificuldade na determinação do foro e da legislação: aplica-se a lei brasileira em sua integralidade.

A situação começa a ficar mais complexa quando as partes residem em países diferentes. Em caso de contratação internacional, o ordenamento jurídico brasileiro disciplina que a “obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”, conforme disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Suponha-se que seja o proponente domiciliado na Itália, mas que no momento da contratação esteja conectado em um computador na França - onde está residindo no momento - e este negocie com um brasileiro que está no Rio Grande do Sul. No caso, a França é considerada como o local em que se constituiu a obrigação, pelo critério do ordenamento jurídico brasileiro.

O local da residência indica a lei do local da proposta, não se adotando o critério domiciliar devido à mobilidade das relações negociais, pois frequentemente se percebe que a efetivação dos negócios internacionais se dá fora do domicílio dos contratantes – algo que ocorre, sobretudo, nos contratos eletrônicos.

Contudo, um problema reside quando se trata de relação de consumo. Supondo-se que determinado consumidor, residente no Brasil, adquira um produto de uma empresa inglesa através da Internet. Quem formulou a proposta, ao anunciar o produto no *site* foi a empresa fornecedora: o local da contratação é a Inglaterra, se for considerar a Lei de Introdução ao Código Civil.

Isso acaba constituindo um problema de grande monta para o consumidor, parte normalmente mais frágil nesse tipo de relação contratual: em caso de controvérsia entre o consumidor e o fornecedor, teria o primeiro que entrar em juízo na Inglaterra, com todos os grandes custos financeiros que isso demandaria.

Evidentemente, enxergar o contrato eletrônico desse modo acaba por eliminar a

possibilidade, na grande maioria dos casos, de discussão judicial a respeito de seu conteúdo no plano fático.

Nesse caso, defende-se aqui a adoção das leis protetivas do local da residência habitual do consumidor, como já previu a Diretiva 2000/31/CE, até mesmo quando o consumidor acessa o *site* do fornecedor em local distante de sua residência – como aquele que está no saguão de um aeroporto em país diverso daquele em que reside e faz uma contratação eletrônica através de seu *laptop*.

Ao mesmo tempo, poderia se argumentar, em sentido contrário, que é impossível ao fornecedor ter conhecimento das diferentes leis consumeiristas ao redor do globo, o que em tese poderia afastar eventual responsabilidade por parte da empresa. Nesse ponto, é possível imaginar duas circunstâncias.

Primeiramente, quando uma empresa se coloca no mercado deve planejar seu público-alvo, pois há liberdade para optar pelos países que serão atingidos por sua oferta. Há *sites* na Internet que, por exemplo, só ofertam produtos para os países europeus.

Quando uma empresa pretende atingir o público-alvo global, atualmente – enquanto não há legislação harmônica em todo o mundo a respeito das questões que envolvem os contratos eletrônicos internacionais – deve considerar o risco de que eventuais conflitos decorrentes da contratação poderão envolver uma gama de países cujas leis internas podem ter perspectivas muito diferentes daquelas do país-sede da empresa ‘virtual’.

Outra circunstância, que deve ser reiterada, é a tendência harmonizadora das leis que tratam do comércio eletrônico, especialmente diante do teor da Lei Modelo da UNCITRAL e das diferentes Diretivas da União Européia. Com o gradual surgimento de legislação específica sobre comércio eletrônico em cada país do mundo, após a prévia discussão entre os diversos países do mundo sobre pontos comuns às questões referentes à contratação eletrônica, como tem ocorrido no âmbito da UNU e da União Européia.

Um ponto também a ser refletido é que, na possibilidade de adoção da teoria de que existam contratos virtuais entre presentes – como aqueles formados através de programas de comunicação instantânea - dependem estes da lei do lugar onde foram contraídos, não importando a nacionalidade, domicílio ou residência dos contratantes. Nesse caso, o problema de definição do ‘lugar’ se torna ainda mais complexo, especialmente se não há lei prevendo a chamada ‘ancoragem’ com o mundo real.

Ao exercitar mentalmente um exemplo, um contrato eletrônico realizado através de *chat* entre uma pessoa que, de seu computador no Brasil, vende um produto no Brasil para outra que está fisicamente na Nova Zelândia, pode ter seu local de formação definido pelo “meio virtual”: nesse caso, se o *site* em que houve a troca de mensagens instantâneas se encontra hospedada por um provedor de acesso norte-americano, pode-se em tese vislumbrar a possibilidade de existir uma definição de espaço em virtude da conexão à Internet. Assim, pode-se imaginar que o contrato se realizou nos Estados Unidos, porque o encontro de vontades teria se dado no ‘espaço virtual’ norte-americano.

A questão da competência internacional nos contratos eletrônicos ainda está em aberto e suscita muitas dúvidas e discussões, como as aqui enunciadas.

Muito embora haja controvérsia a respeito desse assunto, para minimizar as dúvidas decorrentes da aplicação das leis quando se cuidam de relações que transcendem as fronteiras internas de cada país, sugere-se um amplo e prévio estudo sobre as principais questões que abrangem o Direito e a Internet. Após tal estudo, deverão os países, em tentativas de harmonização, escolher os pontos comuns, entrar em acordo sobre as melhores soluções e, com base nessas soluções, incorporá-las em suas legislações internas. Nesse caso, será de grande valia o apoio do Direito Internacional.

Todavia, é necessário levar em conta, acima de tudo, a proteção da dignidade da pessoa humana, que deve imperar internacionalmente. Os países devem procurar, no momento de legislar e aplicar o Direito nas relações eletrônicas, a busca das soluções

mais condizentes com a tutela das pessoas que contratam pela Internet.

3.4 CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA MEIO VIRTUAL: QUANDO O DANO SURGE EM VIRTUDE DAS INTERAÇÕES ELETRÔNICAS

Essa discussão a respeito do local da contratação e da legislação aplicável possui sentido quando existem distorções que impedem que o contrato eletrônico siga seu rumo. Rotineiramente, a regra é que a contratação seja levada a efeito com sucesso: ambas as partes realizam um contrato perfeito, sem vícios, e acabam satisfeitas após o cumprimento das prestações correspondentes.

Quando as partes navegam na Internet há, porém, a possibilidade de desvio de rota, o que pode ensejar danos de toda espécie. Esses danos podem ter origem tanto na própria contratação como em situações que surgem no próprio meio virtual.

Como bem expõe Fernando Antonio de VASCONCELOS, “É muito fácil praticar-se dano pela Internet. Sua apuração e conseqüente responsabilização, no entanto, apresentam dificuldades. Os responsáveis pelos provedores são de difícil identificação, as mensagens voam com uma velocidade acima do normal, e os portadores de alguma anomalia encontram formas inusitadas e dolosas de provocar danos os mais diversos”.²¹¹

Os danos podem ser de origem patrimonial, cuja reparação se dá através da restauração da situação anterior, ou da recomposição patrimonial em valores pecuniários equivalentes; e de origem moral, que é incomensurável, e envolve violação a direitos da personalidade – o que, como já delineado nesse trabalho, costuma ocorrer de modo recorrente na Internet.

²¹¹ VASCONCELOS, F. A. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 173.

A possibilidade de existência de danos ocasionados através da Internet traz à memória a idéia de responsabilidade. SAVATER, citado por Maria Celina Bodin de MORAES, mostra a importância da responsabilidade nas relações humanas: “Com a instituição social da pessoa nasce o conceito eticamente básico de *responsabilidade*, que é tanto a vocação de responder *ante* aos outros, quanto ser responsável *pelos* outros”.²¹² BODIN defende a idéia de que o problema da responsabilidade civil traduz a exigência de determinar, segundo critérios temporais de conveniência, as condições em relação às quais um dano deve ser suportado por um sujeito ou outro.²¹³

De forma geral, consideram-se como elementos que fomentam a responsabilidade civil: a conduta humana que ocasiona a violação do dever jurídico, a ocorrência do dano e o nexo de causalidade entre essa violação e o dano causado.

A responsabilidade civil, em seus contornos iniciais, esteve calcada na noção de culpa: se a conduta da pessoa fosse culposa – culpa esta em sentido mais amplo, que envolve também a dolosa - haveria ela de indenizar a parte lesada por seu ato: cuida-se da chamada responsabilidade civil subjetiva, em que é necessária a prova da culpa do agente para ensejar reparação.

Mais tarde, com o aumento da complexidade das relações em sociedade, surgiu também a responsabilidade civil objetiva, que prescinde do elemento ‘culpa’ para sua caracterização: basta a existência do dano e do nexo de causalidade. Essa forma de responsabilidade, cabe pontuar, tem grande importância nas relações de consumo.

A responsabilidade civil na Internet tem sentido quando há dano causado, e ela

²¹² SAVATER, F. *Ética como amor-próprio* (1988), São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.149 *apud* MORAES, M.C.B. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

²¹³ MORAES, M.C.B. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20.

se presta à recomposição desse dano. Ela pode ser, em linhas mais gerais, extracontratual ou contratual. A responsabilidade contratual surge quando as partes não cumprem o que foi pactuado no contrato: está embasada na obrigação de adimplir o objeto da avença. Fala-se também, quando se trata da responsabilidade civil, em responsabilidade pré-contratual e pós-contratual – que ocorrem em momento anterior e posterior à formação do contrato em si. Por outro lado, a responsabilidade civil é extracontratual quando decorre de um ato ilícito, lastreada no dever geral de não prejudicar ninguém.

Na Internet existem diversos atores que podem desempenhar um papel fundamental na definição da responsabilidade: existem as pessoas que contratam em relação que não se define propriamente como de consumo, como particulares que negociam seus bens entre si; há também as pessoas que se envolvem em relações de consumo, como os fornecedores e os consumidores; e há também os provedores de Internet, que oferecem serviços de acesso à rede ou também de armazenamento de dados.

Em relação aos provedores da Internet têm ocorrido discussões tanto no campo doutrinário como no jurisprudencial, no tocante à atribuição de responsabilidade em face de eventuais danos causados no meio virtual.

Um exemplo marcante é o do Mercado Livre - citado nesse trabalho quando foram explicadas as negociações preliminares ao contrato - por ser um *site* que, mediante o pagamento de determinado valor, possibilita que qualquer interessado anuncie seus produtos ao público da Internet.

A grande discussão que se põe quando há algum dano decorrente de contratação realizada no *site*, como a entrega de produto defeituoso, o inadimplemento de uma das partes, entre inúmeras outras possibilidades de dano: deverá o Mercado Livre, como leciona o Código de Defesa do Consumidor, também se responsabilizar pelos danos causados àqueles que contratam através de seu *site*?

A jurisprudência, assim como parte da doutrina, entende ser negativa a resposta.

Recente julgado da Turma Recursal Única do Juizado Especial Cível do Paraná (acórdão TRU - 2004.0001527-3/0) afastou a responsabilidade civil do Mercado Livre em um caso no qual não houve a entrega do produto por parte do vendedor, cuja ementa segue a seguir transcrita:

RECURSO INOMINADO Nº 2004.1527-3/0, DA COMARCA DE LONDRINA

RECORRENTE: MERCADOLIVRE.COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA.

RECORRIDO: CLÁUDIO DE ANTÔNIO DE PAIVA SIMON

JUIZ RELATOR: VITOR ROBERTO SILVA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. CONFIGURAÇÃO. TEORIA DA ASSERTÇÃO. COMPRA E VENDA. INTERNET. VENDEDOR. INADIMPLÊNCIA. RESPONSABILIDADE. INTERMEDIÁRIO. AUSÊNCIA. MERA APROXIMAÇÃO. PEDIDO IMPROCEDENTE.1. A assertiva do autor no sentido de que a ré tem responsabilidade pelo cumprimento dos negócios oriundos do serviço de aproximação disponibilizado em seu *site* na Internet basta para legitimá-la a figurar no pólo passivo da demanda.2. O serviço prestado pela recorrente consiste em mera intermediação de compra e venda, pelo que não tem responsabilidade em caso de inexecução do negócio.Recurso conhecido e provido.

Nas razões do recurso, entendeu-se que a atividade do *site* é análoga à do corretor intermediário, porque não participa do negócio, não tem responsabilidade pelo seu efetivo cumprimento, nem mesmo sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, pois a sua atividade diria respeito à aproximação das partes e não ao cumprimento do ajuste principal.

Marco BRASIL também defende a isenção de responsabilidade nesse caso, mas com outro fundamento: a de que os anúncios dos vendedores no *site* são semelhantes aos anúncios de jornal: “... A natureza do negócio é assemelhada à dos classificados de jornais. O *site* está, assim como o jornal, disponibilizando espaço para que terceiros dele se valham, colocando conteúdo exclusivamente seu, sem interferência do veículo. A ninguém ocorre, por exemplo, responsabilizar o jornal caso o veículo nele anunciado

revele possuir algum defeito após a compra do mesmo por um leitor...”²¹⁴

Apesar destes respeitáveis argumentos, pugna-se aqui pela responsabilidade dos provedores que oferecem tal espécie de serviços na Internet, nos termos da legislação de consumo. Isso porque não há como se comparar uma realidade estática, que é a de um anúncio de jornal ou revista, com a realidade de um *site* no cerne do qual se fornecem inclusive os próprios mecanismos para pagamento da prestação contratual, como o pagamento através de cartão de crédito.

Do mesmo modo, a comparação da atividade da empresa com a de corretagem não se amolda com perfeição ao caso, porque a própria contratação ocorre através da utilização do espaço virtual da *home-page* da empresa e suas funcionalidades, bem como há participação ativa da empresa.

Situação diferente se vislumbraria quando houvesse apenas um *chat* no *site*, em que as partes pudessem se comunicar, ou quando nele apenas existissem anúncios dos vendedores, como ocorre em uma revista, ou jornal virtual. O Mercado Livre, assim como os demais *sites* de sua categoria, participam ativamente das negociações, como se pode depreender de informação constante de seu próprio *site*, com anúncio de serviço por ele oferecido:

Utilize os serviços do MercadoPago. MercadoPago é a forma mais rápida, fácil e segura de comprar seus produtos no MercadoLivre. Poderá pagar os produtos logo após efetuar o lance no *site*. Escolha a forma de pagamento mais conveniente: (Boleto bancário, Cartão de Crédito parcelado, cheque, etc). Tenha tranquilidade em todas as negociações realizadas, especialmente nas realizada à distância ou com valores altos. Receba o produto antes de liberar o pagamento ao vendedor. Faça pagamentos de valores elevados com total segurança. Pague suas negociações com cartão de crédito. Os dados pessoais das partes são armazenados em sigilo.²¹⁵

²¹⁴ BRASIL, M. *Leilão na rede: sites não são responsáveis pelos negócios que promovem*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/25791,1>> Acesso em: <07.02.2006>.

²¹⁵ _____. *Guia do Comprador: Conselhos para a compra*. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/org_ayuda.main?as_faq_id=680> Acesso em: <07.02.2006>.

Outra discussão a respeito da responsabilidade civil na Internet se dá quando há o envolvimento de atos por parte de terceiros. Há jurisprudência do antigo Tribunal de Alçada de Minas Gerais nesse sentido (Apelação Cível nº 441.467-9) que atribuiu responsabilidade ao banco cujo correntista teve valores de sua conta desviados por *hackers*:

O ABN Amro Real S.A. está obrigado a indenizar seu cliente Leonardo Pereira Alexandre em R\$ 2,5 mil por danos morais. Ele teve o dinheiro desviado de sua conta por hackers. A decisão é da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais. (...) De acordo com os autos, em 1º de outubro de 2002, o cliente foi surpreendido, ao retirar extrato detalhado de sua conta, com o desaparecimento de aproximadamente R\$ 3,4 mil. O dinheiro foi retirado pela Internet banking.(...) De acordo com o juiz Elias Camilo, relator, o Código de Defesa do Consumidor assegura que o fornecedor responde pelos danos causados pelo defeito na prestação do serviço, independentemente de culpa. "Tratando-se de um caso de desaparecimento de dinheiro da conta-corrente, em decorrência de fraude praticada por terceiro através do serviço de home banking, o vício decorre da ausência de segurança que é prometida ao consumidor através da publicidade promovida pelas instituições financeiras", ressaltou o juiz. O relator acrescentou ainda que o banco "tem conhecimento dos riscos das transações financeiras realizadas através da rede mundial de computadores e, assim, os assume ao oferecer insistentemente esta forma de serviço aos seus clientes". O juiz reconheceu os danos morais devidos, diante do incômodo sofrido por ele ao ter que tomar todas as providências para reaver seu dinheiro, "além do natural receio de sofrer significativa lesão em seu patrimônio".²¹⁶

O Superior Tribunal de Justiça também atribuiu responsabilidade a provedor de Internet que foi condenado a indenizar uma psicóloga que teve seu nome completo e o número de telefone de seu trabalho inseridos por terceiro e publicados em *site* de encontros, cuja página é de responsabilidade da empresa provedora de serviços de Internet:

DIREITO DO CONSUMIDOR E RESPONSABILIDADE CIVIL - RECURSO ESPECIAL - INDENIZAÇÃO - ART. 159 DO CC/16 E ARTS. 6º, VI, E 14, DA LEI Nº8.078/90 - DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF - PROVEDORA INTERNET - DIVULGAÇÃO DE MATÉRIA NÃO AUTORIZADA - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO - RELAÇÃO DE

²¹⁶ _____. *Internet banking: Banco é condenado por invasão de hacker em conta*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/31166,1> > Acesso em: <07.02.2006>.

CONSUMO - REMUNERAÇÃO INDIRETA - DANOS MORAIS - QUANTUM RAZOÁVEL - VALOR MANTIDO. 1 - Não tendo a recorrente explicitado de que forma o v. acórdão recorrido teria violado determinados dispositivos legais (art. 159 do Código Civil de 1916 e arts. 6º, VI, e 14, ambos da Lei nº8.078/90), não se conhece do Recurso Especial, neste aspecto, porquanto deficiente a sua fundamentação. Incidência da Súmula284/STF.2 - Inexiste violação ao art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta.3 - Quanto ao dissídio jurisprudencial, consideradas as peculiaridades do caso em questão, quais sejam, psicóloga, funcionária de empresa comercial de porte, inserida, equivocadamente e sem sua autorização, em *site* de encontros na internet, pertencente à empresa-recorrente, como "pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual", inclusive com indicação de seu nome completo e número de telefone do trabalho, o valor fixado pelo Tribunal *a quo* a título de danos morais mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso. Valor indenizatório mantido em 200 (duzentos) salários mínimos, passível de correção monetária a contar desta data. 4 - Recurso não conhecido. (STJ, 4ª T, Resp 566.468 -RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 23.11.2004)

Pode-se observar que ainda é nebulosa a questão da responsabilidade dos provedores de Internet, tendo em vista que a jurisprudência ainda está em construção. Deve-se, por ora, analisar cada caso concreto – pois existem diferenças entre os diferentes provedores: há aqueles que ofertam apenas o acesso à Internet, o que acaba por limitar, em tese, a sua responsabilidade por eventuais vícios decorrentes da prestação desse serviço; e há aqueles que oferecem não apenas o acesso, mas também conteúdo informacional e outros serviços.

Nesse segundo caso, indaga-se constantemente se há responsabilidade por parte de um provedor de conteúdo em relação às informações nele disponibilizadas. Quando se trata de uma revista virtual, a questão não gera muitas incertezas. O maior problema reside quando tal provedor oferece um espaço livre para que as pessoas que o acessam expressem seus pensamentos, como nos fóruns virtuais. Quando o teor das mensagens ofende direitos da personalidade de terceiros, por exemplo, deveria tal provedor ser responsabilizado?

Há quem entenda que sim, pois o provedor deve monitorar o conteúdo seu próprio *site*, e há também quem negue essa responsabilidade e a atribua exclusivamente à pessoa que redigiu o texto publicado.

Não se pode esquecer, também, a situação em que se encontram *sites* como os de leilões virtuais e bancários que, embora não ofereçam acesso à Internet, prestam serviços que podem ensejar responsabilidade quando ocorrem danos.

3.5 O CARÁTER IMATERIAL DA PROPRIEDADE NA INTERNET APLICADO AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico, em particular através da contratação eletrônica, possui um forte traço de imaterialidade. Essa imaterialidade não se encontra apenas no modo pelo qual o contrato realizado, em que há um contato ‘virtual’ entre as pessoas, tampouco pelo fato do instrumento contratual ser formalizado através de documentos eletrônicos. Não apenas o contrato - meio de realização do trânsito jurídico de bens - se desmaterializa, como muitas vezes os próprios bens que circulam através da Internet são imateriais também.

O exemplo mais forte é o da propriedade intelectual. Como se sabe, normalmente se atribui caráter dúplice aos direitos autorais: há o direito moral de autor, que corresponde à atribuição da autoria da obra àquele que a criou, resguardando o direito desse autor a impedir que terceiros se valham do produto de sua criação e o adulterem, ou usurpem sua autoria; e também há o direito de propriedade, que permite com que o autor tenha proveito econômico de sua obra.

No ambiente virtual existem bastantes exemplos de utilização indevida dos direitos autorais. São muito comuns situações em que pessoas de má-fé se apropriam da produção intelectual alheia sem atribuição de autoria, ou sem pagar a contraprestação correspondente a seu criador.

Exemplos de obras imateriais que se encontram na Internet são os *e-books*, ou livros eletrônicos; obras musicais; cursos ministrados à distância, *softwares*, entre outros. Todas essas obras podem ser objeto de contratos eletrônicos.

Entretanto, diante da vulnerabilidade do meio virtual, muitas vezes ocorrem apropriações desses bens imateriais sem o consentimento dos autores. No plano internacional, muitas gravadoras travam batalhas judiciais contra aqueles que fazem *download* de músicas sem o pagamento dos direitos autorais.

Circulam pela Internet textos literários de qualidade duvidosa, mas atribuídos a grandes autores, ou circulam textos de excelentes literatos que são atribuídos falsamente a outrem. Determinada pessoa contrata um serviço de ensino à distância, mas repassa o material sem consentimento do ministrante do curso a terceiros que não participaram da relação contratual. Pessoas com conhecimento razoável de informática fazem cópias de programas de computador sem pagamento da licença respectiva à empresa criadora. Situações como essas fizeram surgir inclusive a seguinte polêmica: se a Internet deve ser considerada um espaço de liberdade, cujo bem mais precioso é exatamente a informação, qual a razão dela não ser distribuída a todos que a ela desejam ter acesso?

Algumas pessoas chegam inclusive a ofertar as obras de sua criação gratuitamente no ambiente virtual, despojando-se por completo do direito à contraprestação pecuniária – mas fazem a ressalva quanto à autoria, que a elas deve ser atribuída como condição essencial para o uso do bem imaterial por elas disponibilizado. Outras, porém, têm pensamento no sentido inverso: apenas por contratação eletrônica, com o correspondente pagamento em dinheiro dos direitos patrimoniais de autor, oferecem sua produção intelectual.

Defende-se aqui a coexistência entre ambas correntes de pensamento, e considera-se nefasta a idéia de prevalência de uma delas com o aniquilamento da outra. Isso se justifica porque não se pode fazer com que alguém compulsoriamente disponibilize na Internet os frutos de sua criação, se o criador da obra despendeu grande parte de seu tempo e de seu labor para construí-la, necessita e deseja retribuição por isso. Ao mesmo tempo, a Internet deve ser mantida como espaço de coexistência e troca de

idéias e pensamentos. As pessoas que desejam partilhar de suas criações com as demais, e possuem em si o sentimento de que lhes trará mais benefício divulgar suas obras com gratuidade, também devem ter a liberdade de fazê-lo.

3.6 GLOBALIZAÇÃO, REALIDADE VIRTUAL E O PAPEL DO DIREITO PRIVADO NA INTERNET

Todas essas questões pontuadas se referem a aspectos do que se chama hoje de sociedade da informação. A sociedade que está envolvida no ambiente virtual tem, no entender do sociólogo Manuel CASTELLS, diversas características. A primeira delas é de que a informação é a matéria-prima dessa sociedade: são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia.

Essa característica enunciada por CASTELLS se explica pela divulgação massiva de informações de diversas espécies através da Internet, algumas com qualidade duvidosa, o que pode conduzir as pessoas à ignorância, em vez de incrementar seu conhecimento.

CASTELLS enuncia como segundo aspecto a penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias. Como a informação é parte integral de toda atividade humana, ele entende que todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados pelo novo meio tecnológico.

A terceira característica se refere à lógica de redes em qualquer sistema ou conjunto de relações, usando as novas tecnologias da informação: com essa lógica a rede é estruturada sem que se abra mão da flexibilidade, o que pode fomentar a inovação na atividade humana. Essa flexibilidade se refere ao quarto aspecto: não apenas os processos são reversíveis, como também as organizações e instituições podem ser modificadas e até alteradas profundamente, pela reorganização de seus componentes. Por fim, a quinta característica da sociedade da informação, segundo CASTELLS, é a convergência de

tecnologias específicas para um sistema altamente integrado: a transmissão de dados acaba se tornando a forma de comunicação predominante e universal.²¹⁷

A sociedade da informação tem, no entender do autor, papel central na idéia de rede. As redes são “... estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação. (...) Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio.”²¹⁸

A Internet, por ter essa estrutura dinâmica em redes, em que há uma constante construção e reconstrução em seu ambiente, acaba por facilitar o diálogo entre pessoas em pontos até mesmo opostos do planeta. A constante troca de informações – que é a matéria-prima da sociedade em rede – permite também a difusão de idéias que pode, de certo modo, conduzir as pessoas a uma certa homogeneidade de pensamento.

A realidade ‘virtual’, que é construída pela pluralidade de idéias, pode acabar por ‘igualar’, com o passar do tempo e o ininterrupto diálogo, as pessoas do mundo todo. Certos comportamentos, que antigamente estavam circunscritos a determinada região territorial do planeta, por exemplo, podem ser difundidos pela Internet e tomadas como o modelo ideal a ser adotados por todo o globo.

A globalização na Internet, logo, não se restringe apenas à derrubada de fronteiras comerciais: é muito mais ampla. Não há como questionar se essa troca de idéias é positiva ou não, pois envolve diversos fatores e cada situação concreta. Entretanto, a constante mudança provocada pela Internet, em virtude de sua estruturação em redes, pode mitigar o eventual problema de padronização massiva de comportamentos.

²¹⁷ CASTELLS, M. *A sociedade em rede*. vol. I. trad. Roneide Venâncio Majer. 8ª edição, rev. e ampl. São Paulo, Paz e Terra, 2005, pp.108-110.

²¹⁸ CASTELLS, M. *op. cit.*, p. 566.

No meio desse turbilhão e da revolução tecnológica, está o Direito Privado. Deverá ele se livrar das velhas amarras, para se adaptar a essa realidade extremamente dinâmica e mutável.

Deverá se adaptar à nova realidade sem que tente aprisioná-la em moldes pré-determinados. E, acima de tudo, com vistas à proteção das pessoas que estão no meio dessa grande rede, deverá servir como norte para limitar eventuais excessos decorrentes dessa realidade e que possam, porventura, feri-las em sua dignidade.

CONCLUSÃO

Como se pode observar do presente trabalho, a obra de arte eletrônica está em eterno processo de criação e recriação. Muito embora sejam delineados diversos detalhes, a obra é inacabada. Molda-se com facilidade às incessantes mudanças do homem e da tecnologia. Deve o Direito, assim como o pincel que acaricia uma tela com a tinta que carrega, ser flexível sem perder a identidade.

Esse pequeno esboço sobre as relações ocorridas no ambiente virtual foi estruturado em duas partes: a primeira procurou trazer a lume as premissas que levam a mostrar como a pessoa se envolve no meio virtual, e a segunda tracejou os contornos do comércio eletrônico.

Inicialmente, foram apresentadas as visões do virtual por parte dos filósofos Pierre LÉVY e Michel SERRES, que mostraram a virtualidade como um aspecto dinâmico de transformação do real. Essa fundamentação filosófica no início do trabalho se mostrou relevante para desmistificar a idéia de que o virtual seja um ‘mundo à parte’ do mundo concreto, visão que poderia incorrer no grave erro de afastar o ser humano do centro das relações ocorridas na Internet.

A seguir, mostrou-se como o ser humano está paradoxalmente só e ao mesmo

tempo em relação, quando interage no meio virtual. Só porque está em estado de aparente isolamento, que é quebrado pela comunicação proporcionada pela Internet, que o insere em relação com as demais pessoas, que estão fisicamente em outros lugares.

A interação do homem na Internet se deve à sua própria natureza de ser social, e ele só atinge sua plenitude como pessoa quando esse meio social – no caso, a Internet – proporciona os recursos necessários para que ele se desenvolva com dignidade. Essa visão vai ao encontro da visão mais recente do Direito Civil, que coloca a pessoa no centro do sistema jurídico. A Internet só tem sua razão de ser quando há interação entre as pessoas.

Ao prosseguir no estudo, foi realizada uma pequena passagem sobre a noção clássica de sujeito de direito e sua insuficiência para proteger as pessoas no meio virtual, dada a grande mutabilidade desse meio em contraposição à rigidez daquela moldura teórica. Como alternativa, defendeu-se a aplicação da noção de interesse juridicamente tutelado, a fim de englobar as situações imprevisíveis que podem surgir das interações virtuais, sem esquecer a proteção das pessoas que se encontram em relação na Internet.

Depois se mostrou como as pessoas se inserem no meio virtual, com o anúncio da existência de um grave problema, que é o da exclusão digital: nem todos possuem acesso à sociedade da informação; também se apresentaram as iniciativas de inclusão digital. A seguir, mostrou-se também a discussão a respeito do ambiente virtual: seria um ambiente público ou privado? Concluiu-se, após a apresentação de diversas visões a respeito do tema, que não há resposta definida a respeito do assunto, pois a Internet possui tanto aspectos privados como públicos.

É nesse ambiente ‘público-privado’ da Internet que se descortina a questão dos direitos fundamentais. Direitos como a liberdade de expressão e a privacidade se mostram diariamente no ambiente virtual, em diversas situações que foram relatadas no presente trabalho. Eventuais situações de conflitos entre esses direitos fundamentais deverá ser solucionada em cada caso concreto, sempre tendo o princípio da dignidade da pessoa

humana como parâmetro.

A segunda parte do trabalho ingressou no fundamento das relações ocorridas no meio virtual, que propiciam o surgimento de novos conceitos e idéias, sem esquecer os que já existem. Foram formuladas idéias gerais a respeito dos negócios jurídicos eletrônicos e apresentados os princípios gerais que informam a contratação em geral, bem como a eletrônica. Além disso, foram apresentados o comércio eletrônico e detalhes importantes a respeito da contratação eletrônica, como as iniciativas legislativas, o processo de formação do vínculo contratual eletrônico, as implicações dessas contratações nas relações de consumo e internacionais. Por fim, foram delineados aspectos da responsabilidade civil na Internet, e a grande dissonância entre doutrina e jurisprudência na busca das soluções mais acertadas em cada caso concreto. A presente leitura finaliza com a ênfase na imaterialidade no ambiente virtual, e mostra aspectos da sociedade da informação e seu diálogo com o Direito Privado.

Esse trabalho procurou mostrar como as relações na Internet podem ter grande aspecto humano e, ao mesmo tempo, são complexas e mutáveis. Elas se apresentam como um incessante desafio ao Direito, que era antigamente estático e agora precisa ser maleável a ponto de proteger o ser humano de situações que podem surgir inesperadamente, ou mudar seus contornos em alta velocidade. Reconhecer essa nova realidade implica, sobretudo, uma constante batalha, que não cessa aqui. Será construída diariamente, com o estudo constante sobre as intrincadas relações que ocorrem no ambiente virtual. É uma obra de arte inacabada, mas não menos bela: a cada instante, a paisagem na tela do computador alterna uma beleza diferente.

REFERÊNCIAS

_____. _____. Site do Moonshop.com. Disponível em: < <http://www.moonshop.com>>. Acesso em: <06.01.2006>

_____. *A história da Internet*. Site da Abranet – Associação Brasileira dos Provedores de Acesso, Serviços e Informações da Rede Internet. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/historiadainternet>>. Acesso em: <03.01.2005>.

_____. *Basic Facts about the United Nations*. United Nations: New York, 1998.

_____. *Conservação de dados*. Textos aprovados pelo Parlamento. 14 de dezembro de 2005 Estrasburgo. Site da União Européia. Disponível em <<http://www.europarl.eu.int>> Acesso em: <28.12.2005>

_____. *Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas*. Site da União Européia. Disponível em <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l14012.htm>> Acesso em: <28.12.2005>

_____. *Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, in *Jornal Oficial das Comunidades Européias*, 17 de julho de 2000, p. 2.

_____. *Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas)*. Site da União Européia. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=Directive&an_doc=2002&nu_doc=58> Acesso em: <28.12.2005>.

_____. *E-lei in Editoriais*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 5 de setembro de 2000.

_____. *E-commerce Directive*. Disponível em: < http://europa.eu.int/comm/internal_market/e-commerce/directive_en.htm> Acesso em: <11.01.2005>.

_____. *Electronic Commerce*. Home page da Uncitral. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce.html>. Acesso em: <11.01.2005>.

_____. *Fabien Barthez obtient la condamnation de Paris Match pour atteinte à la vie privé* Legalis.net, 02.09.2003. Disponível em: <http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=356> Acesso em: <30.12.2005>.

_____. *Guia do Comprador: Conselhos para a compra*. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/org_ayuda.main?as_faq_id=680> Acesso em: <07.02.2006>.

_____. *Internet banking: Banco é condenado por invasão de hacker em conta*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://conjur.estadao.com.br/static/text/31166,1> > Acesso em: <07.02.2006>.

_____. *Jovem divulga na internet vídeo de sexo com a namorada*. Fantástico: sua revista eletrônica. Edição de 03.07.2005. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/Fantastico/0,,AA989269-4005-0-0-03072005,00.html>> Acesso em: <20.12.2005>.

_____. *O que é o Mercado Livre*. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_01> Acesso em: <12.01.2005>.

_____. *Proteção dos dados pessoais*. Site da União Européia. Disponível em: <<http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/l14012.htm>> Acesso em: <28.12.2005>.

_____. *Status of Conventions and Model Laws in Home-page of UNCITRAL*. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/en-index.htm>> Acesso em: 2 nov. 2000.

_____. *The difference between hackers and crackers*. Windows Security Threats Tips, 28.01.2003. Disponível em: <http://searchwindowssecurity.techtarget.com/tip/1,289483,sid45_gci998037,00.html> Acesso em: <31.12.2005>.

_____. *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html> Acesso em: <11.01.2006>.

ALTMARK, Daniel e QUIROGA, Eduardo Molina. *Regimen Jurídico de los bancos de dados in Informática y derecho: aportes de doctrina internacional*, vol. 5. Buenos Aires: Depalma, 1991.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – introdução*. 5 ed. Ver., atual. e. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. Barueri, SP: Manole, 2004

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. *Direitos Autorais na Internet in Verba Juris*, ano II, nº 1, agosto de 1999.

_____. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O Direito de autor no ciberespaço* Disponível em: <www.digital-forum.net> Acesso em: 3 mar. 2000

_____. *O cinema na Internet, as hiperconexões e os direitos dos autores in Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra Editora: 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Comércio eletrônico: uma visão do Direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Serviço Técnico de Imprensa, v.94, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001

BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BERGEL, Salvador Darío. *Informática e Responsabilidad Civil in Informática y derecho: aportes de doctrina internacional*, vol. 2. Bauru: EDIPRO, 2001.

BLUM, Renato M. S. Opice (Org.) *Direito Eletrônico: a Internet e os tribunais*. São Paulo: Loyola, 2000.

BOËCHAT, Jean. *Quem tem medo de comprar na Web?* Disponível em: <http://www.magnet.com.br/classic/rm/medo_comprar.html> Acesso em: <06.01.2005>

BOUÉRES, Luis Eduardo Franco. *Adoção das cláusulas gerais é maior mudança na legislação*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33864,1>> Acesso em: <05.01.2005>

BRASIL, Marco. *Leilão na rede: sites não são responsáveis pelos negócios que promovem*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/25791,1>> Acesso em: <07.02.2006>.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. *Valor Jurídico dos contratos eletrônicos*. In: Revista Bonijuris, ano XIII, n° 457, dezembro 2001.

BUENO, Márcio. *A internet e o código de defesa do consumidor in Caderno Direito e Justiça*, Curitiba: O Estado do Paraná, 19 de novembro de 2000.

CAMARGO, Denise. *Burocracia eletrônica in Ecommerce*, ano 1, n° 2, São Paulo: Segmento, jan/fev/mar 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

CAVALCANTE, Vladimir Araújo. *As Mil Faces da Liberdade na Internet: A Distância entre os Discursos e as Práticas*. Vladimir Araújo Cavalcante: Rio de Janeiro, 2004.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. vol. I. trad. Roneide Venâncio Majer. 8ª edição, rev. e ampl. São Paulo, Paz e Terra, 2005.

CHAVES, Antônio. *Imprensa. Captação Audiovisual. Informática e os Direitos da Personalidade in RT 729*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Direitos Autorais na computação de dados: software, circuitos integrados, videojogos, embalagem criativa, duração dos direitos conexos*. São Paulo: LTr, 1996.

_____. *Criador da obra intelectual. Direito de Autor, natureza, importância e evolução*. São Paulo: LTr, 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Estado, Direito e Cidadania: So What?* Site da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Seção Artigos. Disponível em : <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/estado_direito_cidadania.html> Acesso em: <16.12.2005>

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2000

- COLLINS, Julia. *Building in cyberspace*. Harvard Law Bulletin, Summer 1999
- CORREA, Carlos Maria. *El derecho informático en América Latina in Informática y derecho: aportes de doctrina internacional*, vol. 2. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.
- COUTINHO, Aldacy Rachid et al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- DAOUN, Alexandre Jean et al. *Infojus. Seminário de Informática Jurídica. Realizado em: 27 e 28 de outubro de 2000, Curitiba-Paraná*.
- DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. *Correio eletrônico (e-mail) e o direito à privacidade na Internet*. Rio de Janeiro, 1999, 79p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (versão eletrônica).
- DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980
- FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. *Teoria Crítica do Direito Civil – À luz do novo Código Civil Brasileiro*. 2ª ed., ren. e. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996
- FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- FORGIONI, Paula. *Apontamentos sobre aspectos jurídicos do “e-commerce”* In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, ano XXXIX (nova série) São Paulo: Malheiros Editores, julho/ setembro 2000.
- FORTES, Christienne Krassuski. *Notas sobre o comércio eletrônico e suas implicações na realidade jurídica contemporânea: uma leitura interdisciplinar*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Porto Alegre: Síntese, v. 39, 2003 (Coleção Acadêmica de Direito, v. 42)
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Contratos*. Volume IV, Tomo 1, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Novo curso de direito civil: (abrangendo o código de 1916 e o novo código civil): volume 1: parte geral*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. Seconda edizione accresciuta. Bologna: Zanichelli Bologna, 1988.

_____. *Diritto Privado*. Nona edizione (com atlante di diritto comparato). Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 222.

GARFINKEL, Simson. *A guerra da privacidade*. Trad. Luiz Roberto Mendes Gonçalves. Caderno Mais!. Folha de S. Paulo, 05 de março de 2000

GANDELMAN, Henrique. *De Gutemberg à Internet. Direitos autorais na era digital*. 2. ed. Rio de Janeiro, Record, 1997.

GIANNANTONIO, Ettore. *El valor jurídico del documento electrónico In: Informática y derecho: aportes de doctrina internacional*, vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1991.

_____. *Trasferencia Electrônica de fondos y autonomia privada in Informática y derecho: aportes de doctrina internacional*, vol. 3. Buenos Aires: Depalma, 1991.

GLANZ, Semy. *Contratos eletrônicos in Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2000.

_____. *Internet e Contrato Eletrônico in RT 757*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16ª ed., rev., atual. e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES JR. Luiz Manoel. *O Controle Jurisdicional das mensagens veiculadas através da Internet, in RT 738*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *A disciplina jurídica do comércio eletrônico (e-commerce)*. Curitiba: Gazeta do Povo, 30 de julho de 2000.

GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2000.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

HAMMES, Jorge Bruno. *Internet, Nomes de Domínio, Marca e Nomes de Comércio In: Estudos Jurídicos V.33 n° 87 Unisinos*, 2000.

KALAKOTA, Ravi e WHINSTON, Andrew B. *Electronic Commerce. A manager's guide*. New York: Addison Wesley, 1999.

_____. *Frontiers of Electronic Commerce*. New York: Addison Wesley, 1999.

KAMINSKI, Omar. *Internet Legal: o direito na tecnologia da informação*. Juruá, 2003

_____. Site Internet Legal. Disponível em: <<http://www.internetlegal.com.br>>. Acesso em: <14.01.2005>.

HEXSEL, R. *O que é Software Livre?* Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/SwLivre/>> Acesso em: <29.12.2005>

KORPER, Steffano e ELLIS, Juanita. *The E-Commerce Book. Building the E-Empire*. San Diego: Academic Press, 2000.

KOSIUR, David. *Understanding Electronic Commerce*. Washington: Microsoft Press, 1997.

LAMBERTERIE, Isabelle. *Contratos Informáticos in Informática y derecho: aportes de doctrina internacional*, vol. 4. Buenos Aires: Depalma, 1991.

LEMONS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Ed.itora FGV, 2005.

LEONARDI, Marcel. *Problemas de distribuição ilegal de software via Internet*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 489, 8 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5900>>. Acesso em: <05.01.2006>.

LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* trad. de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996

_____. *Cibercultura*. trad. de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999

LINHARES, Marcel Queiroz. *Venda de veículos novos através da Internet: reflexos no campo da exclusividade inerente à concessão de veículos automotores*. in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro, ano XL (nova série) São Paulo: Malheiros Editores, janeiro / março 2001.

LIPARI, Nicolás. *Possesso dell'informazione*. In: Il Diritto privato futuro, 15. Università degli Studi di Camerino. Scuola di Specializzazione in diritto civile. Lezioni raccolte da Pietro Perlingieri. Napoli: 2003

LYNCH, Daniel C. e LUNDQUIST, Leslie. *Dinheiro Digital. O Comércio na Internet*. Trad.Follow – up Traduções e Assessoria de Informática. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Comércio Eletrônico*. Trad.de Fabiano Menke. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LUCCA, Newton de. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (org.). *Direito & Internet - aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, São Paulo: Edipro, 2000.

MAISONNAVE, Fabiano e LOUZANO, Paula. *O futuro sombrio da internet*. In *Caderno Mais!*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 5 de março de 2000.

MANTEUCCI, Carlos Roberto Fornes. *Privacidade e Internet*. In: Revista de Direito Privado (coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery), vol.19, São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro de 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Normas de proteção do consumidor (especialmente no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil*

Alemão de 1896 in Revista de Direito Privado (coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery), vol.4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais* 4. ed. rev., atual. e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa comercial, microempresas, sociedades comerciais, fundo de comércio*. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos Eletrônicos via Internet: Problemas relativos à sua formação e execução* in RT 776, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Rodrigo. *Navegar pela Web pode dar cadeia*. Link Estadão. Seção Notícias – Internacional, 24.10.2005. Disponível em: <www.link.estadao.com.br/index.cfm?id_conteudo=5322>. Acesso em: <08.12.2005>.

MATTE, Mauricio. *Internet - comércio eletrônico: aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de e-commerce*. São Paulo: LTr, 2001.

MORAES, Maria Antonieta Lynch de. *Possibilidade de caracterização do site na noção de estabelecimento comercial na lei complementar 87/96* in Revista de Direito Privado (coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery), vol.9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

MENKE, Fabiano. *Assinatura Eletrônica no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MONCADA, L.C. *Lições de Direito Civil – Parte Geral*. 4ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

MOUGAYAR, Walid. *Opening digital markets*. 2. ed. New York: McGraw Hill. 1998.

OLIVEIRA, Paulo Cezar. *Inclusão Digital: Concepções e Ações em Jogo*. Disponível em : <<http://twiki.im.ufba.br/bin/view/PSL/InclusaoDigitalConcepcoesAcoes>>. Acesso em: <17.01.2006>.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier Olivo. *Direito e internet: a regulamentação do ciberespaço*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1998.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática. Comercialização e Desenvolvimento Internacional de Software*. São Paulo: Atlas, 1997.

PANICHI, Raphael Antonio Garrigoz. *Meios de Prova nos Contratos Eletrônicos, Realizados por meio da Internet* in Revista de Direito Privado (coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery), vol.16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASQUINO, Teresa. *Comércio Eletrônico na União Européia (Mercado Telemático)*. Trad. de Erica de Oliveira Hartmann. IBEJ: Curitiba, 2003

PAREDES, Marcus. *Violação da privacidade na internet in Revista de Direito Privado* (coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery), vol.9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Comércio Electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Lisboa: Almedina, 1999.

_____. *Direitos de autor, códigos tecnológicos e a lei milênio digital in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, v. XXV, Coimbra Editora: Coimbra, 2000.

_____. *Informática, Direito de autor e Propriedade Tecnodigital*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra Editora: Coimbra, 2001.

_____. *The protection of intellectual property in the legal framework of electronic commerce and the information society in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, v. LXXVI, Coimbra : 2000.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. *Direito à intimidade na Internet*. Curitiba: Juruá, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTA, Eduardo S. *Código de Direitos autorais e acordos internacionais*. São Paulo: LEJUS, 1998.

PINHEIRO, Waldemar Álvaro. *Do registro de marcas alheias na Internet, in RT 753*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PINTO, Carlos Alberto da Motta. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996

REIS, Maria Helena Junqueira. *Computer Crimes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 23-24

ROCHA, João Luiz Coelho. *Contratos e obrigações virtuais in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, ano XXXIX (nova série) São Paulo: Malheiros Editores, outubro/ dezembro 2000.

RODOTÁ, S. Diritti umani e nuove tecnologie. In: Infoleges.it. Disponível em: <<http://www.infoleges.it/NewsLetter/Articoli/Scheda.aspx?IDArticolo=27>> Acesso em: <28.12.2005>

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de Direito Virtual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROVER, Aires José (Org.). *Direito e Informática*. Barueri: Manole, 2004.

- SÁNCHEZ, Guillermo Ormazábal. *La prueba documental y los médios e instrumentos idoneos para reproducir imagenes o sonidos o archivar y conocer dados*. Coleccion ley de enjuiciamiento civil 2000, Madri: La Ley, 2000.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral na internet*. São Paulo: Método, 2001.
- SANTOS, Maria Cecília de Andrade. *Contratos Informáticos – Breve estudo in RT 762*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SARLET, IngoWolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Internet: o direito na era virtual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SERRES, M. *Atlas*. trad. João Paz. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- SIDOU, J.M. OTHON. *Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- SOARES, José Carlos Tinoco. *Abuso de direito pelo uso de nomes de domínio na internet in RT 786*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- STUBER, Walter Douglas e FRANCO, Ana Cristina de Paiva. *A Internet sob a ótica jurídica in RT 749*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TAPSCOTT, Don. *The digital economy. Promise and peril in the age of networked intelligence*. New York: McGraw Hill, 1996.
- TEPEDINO, Gustavo (coordenador). *Problemas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org.). *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TURBAN, Efraim, LEE, Jae, KING, David e CHUNG, H. Michael. *Electronic Commerce. A Managerial Perspective*. New York: Prentice Hall, 2000.
- WHISTON, Andrew B., STAHL, Dale O., e CHOI, Soon-Yong. *The economics of electronic commerce*. Indianapolis: Macmillan Technical Publishing, 1997.

VASCONCELOS, Fernando Antônio. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2003.

VOLPI NETO, Angelo. *Comércio eletrônico: direito e segurança*. Curitiba: Juruá, 2001.