

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET: UMA DEFESA DE SUA
SISTEMATIZAÇÃO**

Mestrado em direito

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO**

2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NA INTERNET: UMA DEFESA DE SUA
SISTEMATIZAÇÃO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Dra. Maria Helena Diniz.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2006

Banca Examinadora

Aos meus pais que me ensinaram o valor da família.

À minha avó Graça pelo amor infinito.

À *Princesa* Renata, amada e companheira eterna, mãe dos maiores tesouros da minha vida: Pedro Paulo e Juliana.

AGRADECIMENTO

A gratidão e reconhecimento a todos que me possibilitaram o aprimoramento, e o investimento de tempo e esforço necessários para o presente trabalho, em especial, meu pai, Renato Ribeiro, modelo também como professor e advogado, que foi meu *alter ego*.

A minha irmã Maria Camilla e meu cunhado (também irmão) Rodrigo que se empenharam na pesquisa e compra de livros na Itália.

Ao amicíssimo Gilberto Haddad Jabur que me deu a oportunidade e me apresentou a Professora Maria Helena Diniz, exemplo de dedicação e amor ao ensino.

Aos fraternos associados do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP, muitos egressos da valorosa Comissão dos Novos Advogados que tive a honra de coordenar ao lado de Ivo Waisberg, sob a presidência de Rui Celso Reali Fragoso, com sólidas e sinceras amizades.

Aos meus leais companheiros de escritório, homenageados na pessoa do inigualável colega Mário Amaral Vieira Júnior.

Ao saudoso Professor Miguel Reale que iluminou e incentivou meu trabalho desde sua gênese.

“Se a publicação de um livro alberga vários determinantes, há, no presente, também o de contribuir para o reconhecimento de que o Direito é uma das ciências fundamentais da experiência humana, numa época em que parece só haver olhos abertos e extasiados para a tecnologia, como se esta pudesse significar algo divorciada do problema ético essencial do homem.”

Miguel Reale, prefácio em julho de 1968, *O direito como experiência : introdução à epistemologia jurídica*, 2. ed., 3. tir., São Paulo, Saraiva, 2002, p. XXXVIII.

SUMÁRIO

Resumo.....	VIII
<i>Abstract</i>	IX
1. A segunda fase da comunicação social.....	1
1.1. Deslumbramento da sociedade da informação.....	6
1.2. Desobediência civil: este é o mundo que queremos viver?.....	14
1.3. A rede como novo paradigma.....	20
1.4. As funções da norma e da responsabilidade civil. A utopia da segurança jurídica.....	26
2. As grandes questões de responsabilidade civil na internet	
2.1. A nova fase do direito civil.....	34
2.2. Evolução da responsabilidade civil. Da culpa ao risco.....	41
2.3. Das estradas de ferro à <i>information superhighway</i>	55
2.4. Lacuna jurídica.....	58
2.5. Responsabilidade dos provedores.....	64
2.6. Os contornos do acesso aos dados. A busca pela informação.....	77
2.7. Direitos virtuais e o monitoramento do <i>e-mail</i>	92
2.8. Convivendo com o epistoleiro. O combate estrênuo contra o <i>spam</i> . 107	
2.9. Responsabilidade dos pais pelos filhos.....	114
2.10. As dificuldades da prova da autoria e do dano	118
3. Em defesa da sistematização	
3.1. A dúvida de Miguel Reale.....	125
3.2. A teoria sociológica da estrutura de Parsons e Merton.....	129
3.3. Por uma convenção internacional.....	133
Conclusões.....	143
Bibliografia.....	151

RESUMO

A utilização da internet revolucionou a sociedade ao proporcionar o acesso a informação e aproximar pessoas. Dessa forma, tempo e dinheiro ganharam outra dimensão com as ferramentas disponibilizadas, o que, num primeiro momento, causa, ainda, o deslumbramento do usuário.

Neste contexto revolucionário de rede, surgem problemas de alta complexidade que ameaçam a segurança dos usuários, e do próprio sistema. A partir dessa necessária busca pela segurança, emergem as grandes questões jurídicas relacionadas, num primeiro momento, com a premissa de liberdade da internet. Quem tem o poder de regular, competência para julgar, quais as normas aplicáveis, qual a forma e limites de controle de um espaço ocupado e desocupado aleatoriamente?

A ausência de controle e o anonimato também foram duas molas propulsoras do desenvolvimento da internet, resguardando a intimidade do ser humano. Mas, proporcionaram um ambiente interessante e convidativo para o cometimento de atos ilícitos pelos obstáculos técnicos de responsabilização.

Não obstante o bosquejo sobre a regulação da internet, o sistema tradicional de responsabilização é dissecado sob o ângulo dessa nova realidade. Fatos e valores novos demonstram a necessidade de elaboração de normas apoiadas na teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.

A proteção da sociedade como forma de tutela do próprio indivíduo, é valor debatido pela ciência humana, refletindo numa crescente responsabilização objetiva. Porém, a peculiaridade da internet mostra-se incompatível com o esforço de preenchimento de lacunas jurídicas.

O estudo da sistematização da responsabilidade, da análise econômica do direito e da teoria da confiança resulta na apresentação de uma proposta para a internet.

ABSTRACT

The use of the Internet revolutionized the society when providing the access to the information and to approach people. Of this form, time and money had gained another dimension, what, at a first moment, cause, still, the dazzle of the users.

In this revolutionary context of net, problems appear of high complexity that threaten the security of the users, and the proper system. To leave of this necessary search for the security, the great related legal questions emerge, at a first moment, with the premise of freedom of the Internet. Who has the power of regulating, ability to judge, which the applicable norms, which the form and action limits of a busy and vacated space without order?

The absence of control and the anonymity had also been two propeller springs of the development of the Internet, protecting to the privacy of the human being. But, they had provided to an interesting environment for torts, because of the difficult of the identification.

In spite of the quick look on the regulation of the Internet, the traditional system of liability is hardly studied under the angle of this new reality. New facts and values demonstrate the necessity of new norms, supported in the three-dimensional theory of Miguel Reale.

The protection of the society, as form of protection of the proper individual, is value debated for sciences human beings, reflecting in an increasing objective liability.

However, the peculiarity of the Internet reveals incompatible with the effort of fulfilling of legal gaps. The study of the economic analysis, and the theory of the confidence it results in a proposition for the legal treatment for the Internet.

1. A segunda fase da comunicação social

Seria a internet apenas e tão somente mais um meio ou um modo de relacionamento do ser humano, não havendo nenhuma novidade no campo do direito, em especial nas teorias desenvolvidas para a responsabilidade civil?

Exatamente esse é o objetivo do nosso trabalho, ou seja, reunir, analisar e interpretar as novas relações extracontratuais trazidas pela internet, e sistematizá-las dentro das teorias de responsabilidade civil tradicionais, identificando novas diretrizes, propondo uma nova abordagem legal.

No desafio a que nos propomos, utilizaremos a teoria tridimensional do direito¹, de Miguel Reale, porque ela nos fornece as ferramentas necessárias para atingirmos o nosso objetivo, sob o prisma da inter-relação entre o fato, o valor e a norma.

Dessa forma, dois serão os focos de nossa atenção: a internet e a responsabilidade civil.

Nossa missão não será tratar a internet como uma coqueluche, vergando-nos às suas incríveis e reconhecidas possibilidades de comunicação e alcance, mas retratar seus principais aspectos relevantes para a responsabilidade civil, identificando pontos comuns e de divergência nas teorias existentes. Muito mais do que analisar profundamente o fenômeno da internet, nosso escopo é estudar esse fenômeno sob o ângulo do direito, e, em especial, os seus reflexos culminantes na responsabilização civil.

¹ Miguel Reale (*Fontes e modelos do direito : para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994, p.78) pondera: “Um dos objetivos da teoria tridimensional do Direito, inspirada por uma visão de integralidade, é demonstrar que, sob pena de incidir-se em várias formas de reducionismo, o jurista, no momento hermenêutico da compreensão das regras jurídicas, não pode fazer abstração de como elas se constituíram, a que razões de fato e a que motivos de valor visaram a atender.”

Deveras, o contexto histórico é fundamental na identificação da importância da internet para o ser humano e para a sociedade. É um dos aspectos primordiais do sucesso da internet, sem dúvida, é a possibilidade de comunicação. Essa comunicação, desde Shin-equi-unninni² e ao longo da evolução, mostrou-se uma necessidade constante e um objetivo perseguido diariamente. Exemplo irrefutável são os telefones celulares que, há pouco mais de uma década, não faziam parte da realidade, alcançando, atualmente, todas as classes sociais, e demonstrando o desejo e a necessidade de comunicação do ser humano, independente da posição sócio-econômica.

A comunicação revela-se e desenvolve-se a partir da realidade, da estrutura e do ser humano, como esclarece Miguel Reale a partir da afirmação de Ortega y Gasset de que “eu sou eu e a minha circunstância”, evidenciando a dimensão do “homem situado”, sem perder de vista o “mundo dos valores que o transcende”, pois o ser humano, por seus atos e omissões, interfere na sua vida e de sua coletividade, necessitando ser razoável e proporcional.³

A partir dessa constatação de que o ser humano não está só, é decorrência lógica sua cadeia de relacionamentos, cujas circunstâncias e interesses possibilitam alcançar objetivos, e poder. Isso porque o ser humano, desde os primórdios, diante da necessidade de relacionamento, descobriu a comunicação tornando-a sua principal

² Shin-equi-unninni é considerado o primeiro autor identificado da história, cujos escritos sumérios feitos em doze pedras há mais de 5 mil anos, constavam o seu nome, o que era raríssimo. As pedras, apesar de parcialmente destruídas, foram encontradas nas ruínas da biblioteca de Assurbanipal, rei da Assíria (669-633 A.C.). Relatam passagens históricas, o dilúvio de Babilônia, descrições detalhadas da criação do mundo, e as aventuras de Gilgamesh, antigo rei de Uruk, cidade da Babilônia. A epopéia vivida por Gilgamesh contempla a rejeição do amor da deusa Ishtar, suas batalhas. Porém, foi a morte de seu melhor amigo, Enkidu, que o levou a sentir pavor da morte, fazendo-o procurar por seu antepassado Uta-Napishtim, a quem expressou seu desejo de ser imortal. Consulte sobre isso: John Maier (trad.) e John Gardner (ed.), *Gilgamesh*, Nova Iorque, Vintage Books, 1985.

³ Confira: Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, 4. ed. rev. e aum., São Paulo, Saraiva, 1986, p.99.

ferramenta. Sem dúvida, uma ferramenta poderosa até os dias de hoje, possibilitando o convencimento e a expansão de idéias.

Esse poder de comunicação decorre da transcendência do indivíduo cuja característica ideológica, consubstanciada em tomada de posição⁴, determina opções e decisões dentro de uma sociedade.

A comunicação, outrossim, é meio de expressão e formação cultural que possibilita o conhecimento e contemplação de culturas, numa busca incessante do encontro, do diálogo, do envolvimento, da troca, e, por conseguinte, do crescimento. Dessa forma, a comunicação está enraizada na essência do ser humano, dando sentido à sua existência como ser social, oferecendo oportunidades e potencializando ganhos.

A história do ser humano é indissociável da história da comunicação. Basta verificar a evolução da comunicação em seus vários estágios: comunicação não verbal: sonora (tambor) e simbólica (fogo, tinta); comunicação oral: códigos que expressam sensações e sentimentos; comunicação escrita que começou com o pictograma (representação gráfica de idéias através de desenhos), passou pelo papiro (escrita na planta), pelo pergaminho (no couro), até chegar ao papel (descoberto na China há mais de dez séculos, chegando à Europa só no século XII). Porém, um marco da comunicação humana foi a descoberta da Tipografia (com Guttemberg em 1445). Ela significou multiplicação e baixo custo dos escritos. Uma revolução que abriu a era da *comunicação social*.

A evolução do ser humano galgou uma escada dos sons e símbolos, para as palavras, para a escrita, e finalmente para a impressão, possibilitando um relacionamento mais amplo e diferente, que impulsiona a evolução em virtude do processo de armazenamento, transporte, difusão e perpetuação do conhecimento.

⁴ Consulte para o significado de ideologia: Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*, 4. ed. 2. tir., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 155.

Essa evolução ocorreu por força de a comunicação não ser um conceito fechado, ou uma simples exposição de idéias com objetivos de persuasão como um discurso de mão única. A comunicação é um verdadeiro processo de busca onde participam todos os agentes envolvidos, e, quando a informação flui completa, transparente e acessível, é capaz de prevenir quase todos os problemas.

Nessa busca incessante surge a internet, de forma peculiar, em 1969, oriunda do projeto militar norte-americano ARPA (*Advanced Research Projects Agency*)⁵, como um meio alternativo de comunicação na política de defesa nacional, na hipótese de serem interrompidos os tradicionais canais de comunicação. Posteriormente, a internet desenvolveu-se pelo meio acadêmico, que construiu coletivamente a rede, num espetacular fenômeno de colaboração, onde todos têm acesso idêntico aos recursos, não havendo um proprietário.⁶

É inevitável o paralelo a ser traçado entre a internet (*bits*⁷) e as formas de comunicação anteriores (símbolos, palavras, escrita e impressão) na medida em que

⁵ A origem é citada no relatório dos fatos do memorável julgamento sobre a constitucionalidade do *Communications Decency Act of 1996 (CDA or "the Act")*: "The Internet had its origins in 1969 as an experimental project of the Advanced Research Project Agency ('ARPA'), and was called ARPANET. This network linked computers and computer networks owned by the military, defense contractors, and university laboratories conducting defense-related research. The network later allowed researchers across the country to access directly and to use extremely powerful supercomputers located at a few key universities and laboratories. As it evolved far beyond its research origins in the United States to encompass universities, corporations, and people around the world, the ARPANET came to be called the 'DARPA Internet', and finally just the 'Internet'." Consulte a íntegra da decisão: <<http://www.law.duke.edu/boylesite/aclureno.htm>> Acesso em: 25 fev. 2006, ou <<http://cyber.law.harvard.edu/fallsem98/aclu.html>> Acesso em: 25 fev. 2006.

⁶ Maria Eugênia Finkelstein, *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*, São Paulo, Síntese, 1. ed., 2004, pp. 36-7; Marcos Rolim Fernandes Fontes, *Nomes de domínio no Brasil*, São Paulo, Quartier Latin, 1. ed., 2006, p. 53. Consulte sobre o histórico da Internet, inclusive no Brasil, p. 31-61. Ver por todos sobre a estrutura da internet, o principal cientista pesquisador do laboratório de ciência da computação do Massachusetts Institute of Technology (MIT): Tim Berners-Lee, *The World Wide Web: Past, Present and Future*, em: <<http://www.w3.org/People/Berners-Lee/1996/ppf.html>> Acesso em: 25 fev. 2006.

⁷ Interessantíssima a abordagem sob o ângulo da diferença entre bits e átomos como forma de avaliar as conseqüências da *vida digital* feita por: Nicholas Negroponte, *A vida digital* (trad. Sérgio Tellaroli, supervisão técnica Ricardo Rangel), 2. ed., 6. reimp., São Paulo, Companhia das Letras, 2002, pp. 17-85.

ambas têm por base códigos, o que, neste aspecto, demonstra apenas uma sofisticação de forma a partir da mesma base, sendo certo que a internet evoluiu para agregar, também, sons e imagens.

O surgimento da internet, decorridos 500 anos (5 séculos) da descoberta da tipografia, inaugura o que denominamos de *segunda fase da comunicação social*, não somente pela evolução da forma, mas fundamentalmente pela capacidade de difusão, cujas repercussões culminaram na cibernética⁸. Esta fase foi consagrada mundialmente pela doutrina como sendo a sociedade da informação⁹, ou ainda a “Era do Acesso”¹⁰”

⁸ A cibernética foi o termo utilizado por Nobert Wiener com o propósito de desenvolver uma técnica e linguagem para enfrentar o problema do controle e da comunicação em geral. Em 1948, foi a primeira abordagem de que a sociedade é compreendida pelo estudo das mensagens e das facilidades de comunicação. Consulte: Nobert Wiener, *Cibernética e sociedade, o uso humano e de seres humanos* (trad. José Paulo Paes), 7. ed., São Paulo, Cultrix, 2000. Vide, também, o primeiro estudo sobre os aspectos jurídicos da cibernética, a Juscibernética: Mario Giuseppe Losano, *Informática jurídica* (trad. Giacomina Faldini), 1. ed., São Paulo, Saraiva, Ed. Universidade de São Paulo, 1976. E, posteriormente, a partir do trabalho de Mario Losano, há a dissertação de mestrado que deu origem à obra de Alexandre Freire Pimentel, *O direito cibernético : um enfoque teórico e lógico-aplicativo*, 1. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

⁹ O Programa HPCC (*High Performance Computing and Communications*), que ganhou notoriedade mundial a partir de 1991/92, pode ser considerado o começo do processo que hoje perpassa governos e empresas sob o rótulo de sociedade da informação. Inicialmente voltado para o avanço da tecnologia de redes e computação nos EUA e com um viés basicamente acadêmico, expandiu-se a partir de 1993/94 para incluir a iniciativa da *National Information Infrastructure* (NII), impulsionada pela administração Clinton/Gore, com foco na abordagem de desafios concretos da economia e sociedade americana. A chamada NII foi o mote inicial a partir do qual, em 1994, os EUA lançaram a idéia da *Global Information Infra-structure* (GII) como um desafio mundial a ser enfrentado por todos os governos. O modelo de execução do Programa, matriciado pelas agências federais envolvidas (NSF, Nasa, DOE, EPA e outras), é exemplar e inspirador de várias iniciativas subsequentes, inclusive do Programa Sociedade da Informação. Ao longo do processo, termos diferentes foram cunhados. Os mais difundidos são "Infra-estrutura de Informações" e "Sociedade da Informação". A diferença é de ênfase na **origem**. O termo "*Information Infrastructure*" foi lançado pelos EUA, sublinhando o aspecto em que eles eram mais fortes, isto é, na pré-existência de uma plataforma de computação/comunicações e de um conjunto de serviços genéricos de suporte a aplicações que não tinham competidores. E, muito no espírito norte-americano, a idéia implícita era de que as **aplicações** deveriam ser livres, irrestritas, do jeito que os usuários quisessem. Já o termo "*Information Society*" deriva da resposta da União Européia ao desafio lançado pelos EUA com a NII e, em seguida, com a GII. A ênfase em "*Information*" traduz o viés da Europa em favor de aplicações envolvendo aspectos multiculturais e multilingüísticos, uso social de tecnologia etc. Por outro lado, a ênfase em "*Information*" em lugar de "*Infrastructure*" também reflete o fato (visto agora, à distância) de que em termos de infra-estrutura o que a União Européia fez foi acelerar a privatização de empresas de telecomunicações, não tanto no sentido de privatizar completamente quanto no sentido de promover a injeção de capital privado. Consulte: Tadao Takahashi (org.), *Sociedade da informação no Brasil : livro verde*, Brasília, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 7, disponível para download em: <<http://diamante.socinfo.org.br/livroverde/download.htm>> Acesso em: 24 fev. 2006. A bibliografia

que revela um novo ser humano com um profundo sentimento e consciência de inclusão, mas ao mesmo tempo formando uma sociedade de massa, na qual o indivíduo encontra-se insatisfeito, não obstante o horizonte que a tecnologia lhe abre¹¹.

1.1. Deslumbramento da sociedade da informação

Estabelecemos a premissa de que a internet, objeto de nosso estudo, representa um fenômeno, tanto pela sua surpreendente capacidade de modificação da interação do ser humano e expansão prodigiosa, quanto pelo interesse científico despertado, especialmente porque há muito porvir, considerando o estágio inicial de ferramentas disponibilizadas, bem como o aumento da utilização por um contingente ainda excluído digitalmente.

Não se perca de vista, outrossim, a capacidade da internet de produzir eficácia como fato jurídico, o que lhe confere o *status* de fenômeno jurídico¹², e, assim, tem merecido a atenção dos juristas ao redor do mundo.

Mesmo sendo grandioso esse fenômeno, com um pouco mais de uma década de utilização no Brasil, a literatura nacional sobre as questões jurídicas da internet é

sobre a origem e desdobramento da sociedade da informação é vasta: José de Oliveira Ascensão, Sociedade da informação, *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, vol. 1; Garcia Marques e Lourenço Martins, *Direito da informática*, Coimbra, Almedina, 2000; Pedro Cordeiro, A gestão colectiva na sociedade da informação, *Direito da sociedade da informação*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, vol. 2; Maria Eduarda Gonçalves, *Direito da informação*, Coimbra, Almedina, 2003; Manuel Castells, *A sociedade em rede*, São Paulo, Paz e Terra, 2002; Sérgio Amadeu Silveira, *Poder no ciberespaço: o estado-nação, a regulamentação e o controle da internet*, Dissertação (Mestrado em Ciência Política) USP, São Paulo, 2000; Armand Mattelart, *História da sociedade da informação*, São Paulo, Edições Loyola, 2002; Dário Moura Vicente, *Direito internacional privado problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, Almedina, 2005.

¹⁰ Consulte: Jeremy Rifkin, *A era do acesso* (trad. Maria Lucia G. L. Rosa), 1. ed., São Paulo, Makron Books, 2001, pp. 3-12.

¹¹ Vide: Miguel Reale Júnior, *A invenção do futuro : um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade*, (org. Jorge Forbes, Miguel Reale Júnior, Tercio Sampaio Ferraz Junior), São Paulo, Manole, 2005, pp. 21-7.

¹² J. M. Othon Sidou, *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003, p. 390.

restrita. Bem verdade que a restrição insere-se no aspecto quantitativo, pois há textos de qualidade os quais tivemos a oportunidade de apreciar e serão analisados ao longo deste trabalho.

De qualquer sorte, estamos diante de um desafio, pelo viés de direito comparado que nos propusemos a enfrentar.

Esse desafio é real porque pouco se escreveu sobre alguns dos pontos objeto do nosso trabalho, sendo inédita a abordagem escolhida para o problema que aflige nosso modo de viver. Ofereceremos uma solução concreta para a lacuna jurídica surgida em decorrência do novo paradigma estabelecido pela internet, razão pela qual aproximaremos conceitos estranhos à doutrina tradicional da responsabilidade civil, defendendo a necessária sistematização da responsabilização.

Na qualidade de observadores e agentes dessa nova realidade podemos identificar as exigências da sociedade moderna, e apontar caminhos em consonância com o atendimento das expectativas, dissociados de um plano cerebrino.¹³

A revolução¹⁴ representada pela internet é impressionante, impulsionando a sociedade da informação, e revelando a importância desta ferramenta para o desenvolvimento do país¹⁵.

¹³ Miguel Reale (*O direito como experiência : introdução à epistemologia jurídica*, 2. ed., 3. tir., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 164) ensina que a finalidade é o objetivo da ação, como valor racionalmente reconhecido: “No caso particular do direito, é a implicação dialética de forças efetivas, de natureza fática e axiológica, que engendra a estrutura normativa, como já tive a oportunidade de dizer, mas há uma particularidade digna de nota: *a normatividade jurídica marca sempre um momento de racionalidade volitiva, de equacionamento de fatos segundo valores, numa necessária conversão do axiológico em teleológico.*”

¹⁴ Consulte: Andrew L. Shapiro, *The control revolution : how the internet is putting individuals in charge and changing the world we know*, Nova Iorque, Century Foundation book, 1999, pp. 9-11; Ivo Waisberg, O novo direito e o velho princípio, *Conflitos sobre nomes de domínio : e outras questões jurídicas da Internet* (org. Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais e Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 417-18.

¹⁵ Em relatório divulgado, em março de 2005, pelo Fórum Econômico Mundial, o Brasil é o 46º no índice de aptidão para integrar redes, o que demonstra de um lado um longo caminho a percorrer, e de outro um infinito universo de oportunidades geradas pelo desenvolvimento. Não

A transmissão de conhecimento e o valor do virtual¹⁶ são os novos paradigmas que se estabelecem na sociedade em relação ao espaço e ao tempo.

O espaço físico do átomo ganha nova dimensão, infinita, com os *bits* que possibilitam armazenar, por exemplo, bibliotecas inteiras num espaço virtual. Livros, músicas, vídeos, todas as formas de expressão ganham um novo espaço, muito mais acessível, pelo menos em tese para todos. É natural, nesse início, a constatação da existência de excluídos digitais, que estão à margem da sociedade da informação. Porém, a exclusão digital revela uma esperança, além da preocupação¹⁷, na medida em que o baixo custo e a possibilidade de transferência de dados de um ponto ao outro do planeta em instantes, realmente indica um horizonte de acesso à informação sequer imaginado por Thomas Jefferson, idealizador das bibliotecas públicas e da consulta gratuita aos livros.¹⁸

É impressionante, também, a alteração do parâmetro do tempo¹⁹, sendo certo que a internet muito está contribuindo para isso. Todo e qualquer equipamento realiza suas funções mais rapidamente que seus antecessores, numa busca infinita por fazer mais coisas e de forma mais rápida. As pessoas conectam-se em todos os lugares, sem capacidade de priorizar urgência ou importância, como se estivessem no limite da vida²⁰.

obstante a crítica que possa ser feita quanto ao índice, a metodologia, ou mesmo a isenção da instituição, é fato que deve haver uma política nacional coordenada para inclusão digital e crescimento da economia digital. Disponível em: <<http://www.link.estadao.com.br/index.cfm?idconteudo=3030>> Acesso em: 31 mar. 2006.

¹⁶ Confira: Marco Aurelio Greco, *Internet e direito*, 2. ed. rev. e aum., São Paulo, Dialética, 2000, p. 17-21.

¹⁷ Vide: Pierre Lévy, *Cibercultura* (trad. Carlos Irineu da Costa), 2. ed. 5. reimp., São Paulo, Ed. 34, 2005, pp. 235-38.

¹⁸ Consulte: Nicholas Negroponte, *A vida digital*, cit., p.10.

¹⁹ Basta considerar que os fusos horários somente passaram a ser relevantes quando a velocidade atingiu o meio de transporte do ser humano, cuja pesquisa para diminuição desse tempo também é uma meta constante no deslocamento frenético.

²⁰ Vide: Georges Gusdorf, *A agonia da nossa civilização* (trad. Homero Silveira), 2. ed., São Paulo, Convívio, 1982, pp. 61-8.

A fixação de prazos e a necessidade de transmitir informações em tempo real são a busca incessante dos profissionais da atualidade. Não somente os veículos de notícias, mas principalmente todos que participam da cadeia econômica estão pressionados, atônitos²¹, pela velocidade da informação, sendo o tempo um critério para definição da existência e do tamanho do lucro.

Essa mudança influencia, inclusive, a divisão de passado, presente e futuro do processo histórico²² que se dinamiza ao ponto de perturbar a compilação de fatos, e demonstrar uma crise de relevância nas realizações. Nunca se fez tanto em tão pouco tempo, e a perspectiva é de aumento da produção, em virtude da velocidade e do acesso à informação e manipulação dos dados a um número indeterminado de pessoas.

Ressalte-se a relevância como contraponto à quantidade de realizações. Não obstante a polêmica sobre a legitimidade para definir relevância, é incontroverso que nunca se leu, viu e ouviu tantas barbaridades, sendo o discernimento o grande diferencial na luta pela informação.

A perda de referência também mostra seus sinais na ausência de consciência do contexto e dos objetivos a serem alcançados. Estando tudo pronto, tão disponível, o ser humano parece abatido por uma letargia impressionante, assistindo a fatos de sua vida como se fosse um filme de ficção.²³

²¹ Tercio Sampaio Ferraz Junior (A liberdade como antinomia recíproca de acesso à informação, *Direito e Internet : relações jurídicas na sociedade informatizada* (coord. Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins), 1. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 243-44) escreve: “No mundo informático, este paradoxo, situado no terreno da simultaneidade e da rapidez das trocas de informações, provoca uma espécie de *curto circuito* na noção de liberdade: toda decisão de informar seria, ao mesmo tempo, anárquica e conformada. (...) Portanto, este *curto-circuito*, pensado nos quadros da antiga posição *indivíduo/sociedade*, conduz, à primeira vista, ao velho problema do papel do Estado como assegurador da liberdade.”

²² José Eduardo Faria, Informação e democracia na economia globalizada, *Comércio eletrônico*, (org. Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg), São Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 18.

²³ Confira: José Eduardo Faria, Informação e democracia na economia globalizada, cit., p. 21.

Os comportamentos de letargia e frenesi, alternados ou constantes, arraigados na sociedade atual, trazem, sem dúvida, reflexos na saúde e relacionamento das pessoas. A alteração de conduta do ser humano médio é um fator considerável, tornando-o mais propenso a causar e sofrer danos pela intolerância, imprudência, negligência, ou omissão.

Ainda, por mais evoluída, acessível e facilitada que esteja a internet, a imensa maioria de usuários ainda é jejuna, devendo essa deficiência de conhecimento, inclusive dos aspectos técnicos, ser elemento preponderante na análise dos problemas.

E, portanto, se nesse âmbito da internet temos outro *standard* de conduta do ser humano médio, duas conclusões são cristalinas: a) a interpretação deve ser diferenciada levando em consideração as circunstâncias, o esclarecimento e a consciência dos agentes para solucionar os problemas com equilíbrio; e b) tal necessidade específica é um clamor por normatização, evitando-se que o arbítrio seja causa de injustiça quando a questão for posta no Poder Judiciário.²⁴

É evidente que toda a decisão está sujeita ao arbítrio de seu julgador, em especial daqueles defensores de uma postura rígida, fundada no art. 130 do Código de Processo Civil, com atuação isolada do magistrado. Por outro lado, mesmo considerando o processo como diálogo construído pelas partes, conduzido pelo juiz, é explícito o arbítrio na valoração de provas.

Porém, uma legislação adequada, informadora dos princípios, serve de base para decisões mais justas, haja vista os inúmeros exemplos de julgamentos após, e com base, no Código de Defesa do Consumidor, mas, fundamentalmente, como ensina

²⁴ Neste momento cumpre destacar o magistrado como aplicador do direito e a valoração axiológica. Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 289-95.

Miguel Reale, é o princípio da legalidade que garante a subsistência e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.²⁵

A preocupação tem sua razão de ser pelo valor econômico que a expansão comercial da internet representa na atualidade. O sociólogo francês Dominique Wolton analisando tal expansão comercial, ocorrida há pouco mais de dez anos, critica sua classificação de mídia, concorrente ou complementar, comparada aos jornais, à televisão e ao rádio. Com suas inúmeras possibilidades de serviços como banco, *shopping* e pesquisa, a internet transcende ao conceito de plataforma de distribuição de conteúdo. Wolton lembra que a internet agrupa tipos e estatutos diferentes de informação, e oferece inúmeras possibilidades de expressão, fóruns e *chats*, ferramentas indisponíveis para os jornais e canais de televisão. Enquanto a grande imprensa é regulada por leis que remontam há mais de cinquenta anos, os códigos da tecnologia de informação ainda estão em construção.²⁶

Apesar da internet parecer um comércio do futuro, nunca olvidemos suas ferramentas de interação e acesso às bases e bancos de dados, razão pela qual não podemos, efetivamente, reduzir a internet ao comércio, numa ótica exclusivamente consumerista, onde todas as questões seriam resolvidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

E mesmo que assim o fosse, somente como argumento de reforço, aquele Código não soluciona os impasses surgidos no âmbito internacional, cuja ocorrência é freqüente diante da ausência de fronteiras. Apontamos essa grande questão, também como forma de delimitar nosso tema, pois trataremos a responsabilidade civil fora do contexto consumerista, mesmo cientes de que nossas linhas gerais, também se prestarão ao consumidor. Isso porque, patente a imbricação de responsabilidades há

²⁵ Vide: Miguel Reale, *O estado democrático de direito e o conflito de ideologias*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 99.

²⁶ Consulte: Dominique Wolton, *Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias* (trad. Isabel Crossetti), Porto Alegre, Sulina, 2003, p. 83-155.

muito discutido pela doutrina sob o pálio da responsabilidade pré-contratual ou culpa *in contrahendo*²⁷.

Ressalte-se que a sociedade da informação representa uma grande possibilidade de alcançar o ideal de educação com o avanço, difusão do conhecimento e o acesso para todos os povos, além de viabilizar a livre circulação das idéias como preconiza a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura)²⁸.

Uma das maiores virtudes da internet, que justifica a preocupação com sua regulação, consiste na permissão de acesso de todos à informação. Contudo, esse ideal de amplo acesso, ainda beneficia os mais favorecidos, bastando consultar os dados da ONU sobre os usuários no Brasil e pelo mundo para constatar que representam uma minoria do total da população, mas uma maioria dos detentores do poder econômico.²⁹

²⁷ Vide: Ana Prata, *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*, reimp., Coimbra, Livraria Almedina, 2002; Antônio Chaves, *Responsabilidade pré-contratual*, 2. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo, Lejus, 1997; Carlyle Poppe, *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, 1. ed., 3. tir., Curitiba, Juruá, 2003.

²⁸ A Comunicação e Informação é uma das cinco áreas temáticas da UNESCO e, como tal, é parte integrante de seus Programas de Ação desde 1947 quando a Primeira Conferência Geral aprovou as primeiras ações estratégicas da Organização. A área temática de Comunicação e Informação é orientada por três objetivos principais: Promover o livre fluxo de idéias e o acesso universal à informação; Promover a expressão do pluralismo e da diversidade cultural na mídia e nas redes mundiais de informação; Promover o acesso universal às tecnologias de comunicação e informação. No Brasil, as ações da UNESCO em Comunicação e Informação são realizadas por meio de acordos de cooperação técnica com o governo (federal e estadual), em parceria com organizações não governamentais e diretamente, por meio de apoio a projetos-piloto. Essas ações incluem: Apoio à difusão das novas tecnologias de informação e comunicação para o desenvolvimento, particularmente às ações de inclusão digital e de modernização tecnológica da administração pública; Estímulo ao uso das novas mídias para a educação presencial e a distância; Promoção de conteúdos em língua portuguesa na internet; Estímulo ao desenvolvimento das comunicações, particularmente pelo apoio ao treinamento de comunicadores comunitários no uso de novas mídias digitais; Apoio às ações que promovam e defendam a liberdade de expressão. Consulte: <<http://www.unesco.org>> e <<http://www.unesco.org.br>> Acesso em: 26 fev. 2006.

²⁹ Consulte: *site* da ONU para as estatísticas: <<http://unstats.un.org>> Acesso em: 26 fev. 2006.

A preocupação com o acesso irrestrito³⁰ é sem dúvida um dos temas fundamentais, por estar relacionado com uma das premissas da internet, cujo monopólio norte-americano³¹ também merece que se deitem luzes de preocupação sobre a vinculação dos meios de comunicação aos detentores de capital, evitando a construção de uma doutrina dirigida cerceadora, por conseguinte, da capacidade de discernimento, julgamento e escolha.³²

Nesse ambiente digital, cada vez mais presente a perda de contato com o raciocínio, a perda de percepção do sentido das coisas, que transforma as telas dos monitores em dogmas insuperáveis.³³

Em virtude dessas tendências, não é de hoje a preocupação com a *coisificação*³⁴ do ser humano, em razão de um processo de liquidação em longo prazo, com objeção de consciência.

Se de um lado, na visão de Thoreau³⁵, alcançamos os céus por ter nossas bibliotecas repletas de livros clássicos, não há dúvida que, de outro lado, a cultura de

³⁰ Ver: Carlos A. Afonso, *Internet no Brasil: o acesso para todos é possível? Policy Paper*, n. 26, Fundação Friedrich Ebert/ILDES, set. 2000.

³¹ Coincidência ou não, os maiores fornecedores mundiais de acesso à Internet são todos americanos, em decorrência do custo infinitamente inferior que nos países europeus, o que leva os fornecedores desses países a também utilizar os Estados Unidos.

³² Confira: José Eduardo Faria, *Informação e democracia na economia globalizada*, cit., p. 23.

³³ Nessa linha de raciocínio, formidável a ponderação de Marcelo Tas (Terceirização: coisa do capeta? Link, *O Estado de S. Paulo*, 7 de março de 2005, p. L2): “Mas não há nada que justifique mais os meus temores do que as mocinhas das empresas que nos atendem pelo telefone. Estas, sim, são as legítimas representantes do monstro deformador da terceirização. Foram amestradas a usar o gerúndio e a empurrar o abacaxi de volta pra gente como se o problema não fosse delas. E o pior é que não é mesmo.”

³⁴ José Antônio Peres Gediél, *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*, *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord. Luiz Edson Fachin), Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p.58-85; Maria Helena Diniz, *Questões jurídicas da fertilização “in vitro”*, *Caderno jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, ano 1, vol. 1, n. 2, São Paulo, ESMP/Imprensa Oficial do Estado, jul. 2001, p. 46; Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002), São Paulo, Saraiva, 2002, p. 5-9.

³⁵ Henry David Thoreau, *Desobediência civil* (trad. Sérgio Karam), reimp., Porto Alegre, L&PM, 2004, p. 68.

massa transformou os clássicos em produtos de consumo³⁶, deixando de ser obras de estudo detido, como observou Arendt³⁷.

O deslumbramento escancarado nos usuários, que têm a sensação de um Cristóvão Colombo, em virtude da radical mudança dos parâmetros de espaço e tempo da comunicação, da informação, gera, conseqüentemente, uma abertura na sociedade que se vê diante da efetiva possibilidade de alcançar projeção e dinheiro, em síntese o poder de várias formas.

1.2. Desobediência civil: este é o mundo que queremos viver?

Atualmente, com a real possibilidade de poder, o ser humano enxerga uma realidade diferente na internet.

Entretanto, a gênese dessa fundamental ferramenta de comunicação teve inspiração no compartilhamento puro de esforços e informações para construção de um objetivo comum, o que motivou e motiva inúmeros movimentos libertários, cujo marco deu-se em 8 de fevereiro de 1996, em Davos na Suíça, quando John Perry Barlow lançou *A Declaration of the Independence of Cyberspace*³⁸, tendo, por isso, sido equiparado ao Thomas Jefferson do ciberespaço.

A reunião do Fórum Econômico Mundial, em Davos, tem sido, ultimamente, o palco de diversas manifestações de personalidades que não estão engajadas em governos ou lideranças de empresas, despertando, ainda mais, a atenção sobre o evento que ocorre no início de cada ano.

³⁶ Consulte sobre a sociedade de massa e o consumo: Newton de Lucca, *Direito do consumidor*, São Paulo, Quartier Latin, 2003, p. 340-49.

³⁷ Hannah Arendt, *Society and culture, culture for the millions?: mass media in modern society*, Norman Jacobs ed., Princeton, D. Van Nostrand Co. Inc., 1961, p. 43-53.

³⁸ Disponível em: <<http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>> Acesso em: 26 fev. 2006.

A declaração de independência do ciberespaço, lançada em 1996, insurge-se, de forma hostil, contra a interferência dos governos do denominado mundo industrial, fundada na autoridade da liberdade que rege o espaço cibernético.

Nesse contexto, Miguel Reale relembra a lição de Benjamin Constant para demonstrar historicamente que: “‘Liberdade entre os antigos’, proclamara o autor de *Adolphe*, ‘significa participação ao poder do Estado; liberdade entre os modernos é liberdade perante o Estado.’”³⁹

Há, na declaração, o repúdio à possibilidade de construção pública da rede, a qual deveria ter seu desenvolvimento natural impulsionado pelas ações coletivas de seus membros anônimos. Alega que a riqueza de seus mercados somente está submetida à sua própria regulação, não havendo espaço para qualquer imposição.

John Barlow, em sua declaração, descarta a possibilidade de interferência para solução dos erros e conflitos os quais serão identificados e resolvidos de forma natural pelos próprios usuários, justificando, inclusive, a formação de um “Contrato Social” específico. Considerando que o espaço cibernético consiste em idéias, transações e relacionamentos próprios, está sendo criado um mundo sem privilégios ou preconceitos, com liberdade de expressão plena, onde os conceitos legais sobre propriedade, expressão, identidade, movimento e contexto nunca poderão ser aplicados porque não existe matéria no espaço cibernético.

O ciberespaço, então, seria governado a partir da ética, um interesse próprio da rede. Um “código dourado” é lançado como a esperança de solução para os conflitos, respeitando e incentivando a realização dos sonhos de Jefferson, Washington, Mill, Madison, de Tocqueville e Brandeis, que não se coadunam com o pavor contra a liberdade do mundo. A indústria daria lugar ao meio de transporte global do

³⁹ Miguel Reale, *Horizontes do direito e da história*, 3. ed. rev. e aum., São Paulo, Saraiva, 2000, p.7.

pensamento que não exige fábricas para consumir-se, e espalha-se pelo mundo, imune a qualquer soberania, buscando um mundo mais justo e humano do que o mundo criado pelos governantes.

No livro que condensa o pensamento sobre a desobediência civil, escrito por Thoreau no auge da Guerra de 1846 entre os Estados Unidos e o México, considerado um guia dos libertários, o melhor governo seria aquele que não governa, quando o ser humano estiver preparado.⁴⁰

Mas será que o ser humano está preparado?

Considerando que a declaração de independência, de John Barlow, proclama a ausência de legitimidade para qualquer regulação da internet, pregando a liberdade absoluta, este seria o ápice de um movimento iniciado pela desobediência civil?⁴¹

Apesar de radical, a declaração de independência tem seus motivos em decorrência da mesma preocupação externada acima, quanto à aparente letargia do ser humano, transparecendo a existência de um controle dos meios de comunicação de massa, eliminador da individualidade⁴², apesar dos exemplos recentes⁴³ de que toda a pressão não surte o efeito pretendido.

⁴⁰ Consulte: Henry David Thoreau, *Desobediência civil*, cit., p. 7.

⁴¹ Maria Garcia (*Desobediência civil : direito fundamental*, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 317), na mais profunda obra sobre o assunto, explica que: “*Desobediência civil* é, portanto, uma forma particular de resistência ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania. É o direito público subjetivo que consiste em medidas ou técnicas de proteção das prerrogativas de cidadania.” E complementa: “A *desobediência civil* pode-se conceituar como a forma particular de contraposição, ativa ou passiva, do cidadão à lei ou ato de autoridade, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania.”

⁴² Maria Garcia (*Desobediência*, cit., p. 316) ensina: “De outro aspecto, o mundo moderno assistiu e vimos constatando que os totalitarismos expressos, é dizer, aqueles cuja ideologia, símbolos, diretrizes e ações demonstram claramente os seus rumos e objetivos – esses totalitarismos substituíram-se por modos velados, pelas ideologias permissivistas, descompromissadas, numa pacificação/uniformidade do avanço tecnológico, do homem unidimensional, desindividualizado – a tecnocracia buscando nivelar todas as distinções culturais, com desprezo à personalidade individual. A vontade da comunidade passa a ser fabricada pelos controladores dos meios de comunicação de massa e a individualidade desaparece na voragem do social – do todo social.”

O posicionamento demonstrado na declaração de independência é parte de um trabalho desenvolvido por uma organização, a *Electronic Frontier Foundation (EFF)*, fundada em 1990, também por John Barlow, que ao lado da *American Civil Liberties Union (ACLU)* e da *Electronic Privacy Information Center (EPIC)*⁴⁴ defendem de forma aguerrida os direitos digitais, entre outros, a liberdade de expressão, privacidade, inovação e os direitos dos consumidores.

Não se pode negar a importância da iniciativa desses movimentos, essenciais para o debate e equilíbrio na defesa dos direitos fundamentais, como o ocorrido quando do primeiro grande embate, a constitucionalidade do *Communications Decency Act (CDA)*⁴⁵, editado em 01 de fevereiro de 1996, pelo Congresso dos Estados Unidos da América do Norte que, sob a motivação de evitar a propagação da obscenidade e violência pelas facilidades dos meios de comunicação prejudicial aos menores de idade, imputou responsabilidade, ao provedor de conteúdo para a internet⁴⁶, de verificar e vetar as informações.

Indubitável que a declaração de independência do ciberespaço é uma pronta resposta contra a aprovação do *Communications Decency Act (CDA)*, o qual foi questionado judicialmente, exatamente no mesmo dia da declaração de independência, 08 de fevereiro de 1996, em ação distribuída perante a Corte Federal da Filadélfia, e após um grande debate que mobilizou a sociedade norte-americana, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, em 26 de junho de 1997, declarou a

⁴³ Bill Clinton não foi afastado da presidência, mesmo tendo admitido uma relação não apropriada com Monica Lewinski; George W. Bush reelege-se após declarações contrárias expressas dos principais jornais e da mídia.

⁴⁴ Consulte os *sites* destas três entidades: <<http://www.eff.org>>; <<http://www.aclu.org/>>; <<http://www.epic.org/>> Acesso em: 27 fev. 2006.

⁴⁵ Vide: < http://www.epic.org/free_speech/CDA/cda.html > Acesso em: 27 fev. 2006.

⁴⁶ Os provedores podem ser classificados como: de acesso à internet, de serviços de correio eletrônico, de informações ou conteúdo, e de hospedagem. Confira: Erica B. Barbagalo, Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet, *Conflitos sobre nomes de domínio*, cit., pp. 343-48. Há o projeto de lei 4.906/2001 que pretende classificar os provedores. Veja a crítica de: Ronaldo Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, 1. ed., Rio de Janeiro, Editora FGV, 2005, pp. 36-49.

inconstitucionalidade⁴⁷, considerando a existência de violação à primeira emenda⁴⁸ de sua Constituição, que garante a liberdade de expressão, razão pela qual os termos vagos da legislação não autorizam a interferência do governo.

Logo após o julgamento pela Suprema Corte, foi editada uma nova medida com o mesmo objetivo, em 23 de outubro de 1998, intitulada *Child Online Protection Act*⁴⁹, estabelecendo a responsabilidade do provedor de conteúdo que divulgasse material de sexo explícito, inapropriado para menores, sem um sistema de verificação da idade, sob pena de prisão de seis meses ou multa de cinquenta mil dólares, podendo haver cumulação. Pelo mesmo diploma foi criada uma comissão temporária de dezenove membros (*COPA Commission*) para estudar várias ferramentas tecnológicas e métodos para proteger menores de material prejudicial, tendo apresentado seu relatório⁵⁰ ao Congresso em 20 de outubro de 2000.

Em paralelo ao trabalho dessa comissão, a nova lei também foi questionada judicialmente, considerada como uma seqüela da lei anterior (*Communications Decency Act (CDA)*). A Corte Federal da Filadélfia, em 01 de fevereiro de 1999, determinou a suspensão da lei até o julgamento final, que ainda não teve desfecho. A Suprema Corte, por sua vez, determinou⁵¹, em 29 de junho de 2004, a instrução do processo para verificação da possibilidade e eficiência dos filtros com finalidade de evitar o acesso de menores, invalidando o julgamento que considerou inconstitucional a nova lei, mantendo, porém, ainda, sua suspensão.

⁴⁷ Consulte a íntegra da decisão: < <http://www.law.duke.edu/boylesite/aclureno.htm> > Acesso em: 25 fev. 2006, ou < <http://cyber.law.harvard.edu/fallsem98/aclu.html> > Acesso em: 25 fev. 2006.

⁴⁸ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” Disponível em: < <http://www.loc.gov/index.html> > Acesso em: 27 fev. 2006.

⁴⁹ Vide: < <http://www.epic.org/freespeech/censorship/copa.html> > Acesso em: 27 fev. 2006.

⁵⁰ Confira: < <http://www.copacommission.org/> > Acesso em: 27 fev. 2006.

⁵¹ Consulte a íntegra do julgamento: < <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/03-218.ZS.html> > Acesso em: 27 fev. 2006.

Sem adentrar, por ora, na análise da questão de direito, o que faremos no capítulo 2, salta aos olhos as conseqüências da atuação da sociedade civil na discussão e defesa dos direitos fundamentais. Apesar das diferenças entre os sistemas processuais, é exemplar a união de esforços e argumentos sobre a liberdade de expressão, demonstrando a consciência da garantia constitucional, bem como a correta utilização do direito para confirmação do direito⁵².

Serve-nos o exemplo, também, para confirmar um dos momentos a que o operador do direito é chamado para corrigir e superar conflitos e contradições insuperáveis na experiência humana como ensina Miguel Reale, ou seja, o momento de verificar, após a norma posta, se esta não contradiz a Constituição, ou se há necessidade de solução de conflito de normas.⁵³

No caso concreto analisado, as duas leis americanas questionadas judicialmente, notou-se que a pressão e as providências da sociedade civil tiveram resultados impressionantes, em especial, após a primeira lei ter sucumbido, pela criação de uma comissão específica para estudar várias ferramentas tecnológicas e métodos para proteger menores de material prejudicial, demonstrando a percepção do Poder Legislativo em evoluir na solução do problema em conjunto com a sociedade que representa.

⁵² Nesse sentido escreve Celso Fernandes Campilongo (*O Direito na sociedade complexa*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 109): “(...) talvez, entre nós, na periferia da modernidade jurídica, ao contrário do que ocorre com outras Cortes Constitucionais ou em centros onde, na verdade, essa separação entre sistema jurídico e sistema político é mais nítida, é mais consolidada, ao invés do Direito ser utilizado para confirmar o Direito, do sistema jurídico funcionar num sistema de feed-back positivo, ou seja, aplicar o Direito por meio do Direito para confirmar o Direito, talvez, entre nós, esteja ocorrendo um perverso fenômeno de utilização do Direito para o descumprimento do Direito por meio de pretextos jurídicos. Ou seja, um sistema de feed-back negativo e não positivo que, sob uma roupagem jurídica, uma fachada jurídica, na verdade se permite corromper, se permite desvirtuar”. Vale também a constatação de Miguel Reale (*O direito como experiência*, cit., p. xxv): “Por iguais razões, tenho especial simpatia pelo *Common Law*, que não é ‘a lei comum’, como se poderia supor, mas sim ‘o direito comum’ que emerge das intencionalidades e comportamentos individuais e coletivos, cuja juridicidade os tribunais vão consagrando.”

⁵³ O outro momento fundamental será também objeto de nosso estudo quando o Poder opta por uma solução normativa, em detrimento de outra norma ou de outro objetivo (Política do Direito). É a lição de Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito*, cit., p. 94.

Salta aos olhos, o amadurecimento da sociedade civil que além de ter demonstrado publicamente a ilegitimidade e a inconstitucionalidade da lei, socorreu-se da via própria consistente em levar ao Poder Judiciário a ameaça de lesão ao seu direito, tendo obtido resposta célere, razão pela qual não podemos classificar como desobediência civil⁵⁴, pois não houve desrespeito à lei, mas proteção judicial no exercício pleno da cidadania numa nova dimensão: a dimensão da rede.

1.3. A rede como novo paradigma

Sob a perspectiva de uma nova dimensão social representada pela rede, estrutura da internet, temos a obrigação de estabelecer uma premissa de qual teoria será a base para a explicação do direito, e que servirá para identificarmos o modelo jurídico⁵⁵ sobre a responsabilidade civil na internet.

Não há dúvida que foi Hans Kelsen, com suas obras *Teoria pura do direito*⁵⁶ e *Teoria geral das normas*⁵⁷, que teve o êxito de criar um sistema piramidal, coerente e completo, organizando todas as normas e fixando uma norma fundamental.

Mario Losano observa que a pirâmide tornou-se um vocábulo corrente do jurista, destacando que o sistema de Kelsen é prático, porque facilita o entendimento

⁵⁴ Confira Maria Helena Diniz (*Compêndio de introdução à ciência do direito*, 15. ed. à luz da Lei n. 10.406/02, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 334-35): “A desobediência civil é uma forma particular de desobediência, na medida em que é executada com o fim imediato de mostrar publicamente a injustiça, a ilegitimidade e a invalidade da lei e com o fim mediato de induzir o legislador a mudá-la.”

⁵⁵ Segundo Reale, a Ciência do Direito é formada por modelos jurídicos prescritivos e modelos jurídicos hermenêuticos. Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito*, cit., p. 95.

⁵⁶ Hans Kelsen, *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado), 6. ed., São Paulo, Matins Fontes, 2000.

⁵⁷ Hans Kelsen, *Teoria geral das normas* (trad. José Florentino Duarte), Porto Alegre, Fabris, 1986.

do direito, e tem uma função psicológica ao transmitir a certeza de que o direito está completo e ordenado.⁵⁸

As metáforas arquitetônicas de construção, utilizadas pelos pandectistas, incentivaram Kelsen a estudar a estrutura do Direito e elaborar sua teoria, que teve a oportunidade de ser aplicada na prática em 1920, quando colaborou, como consultor constitucional e conselheiro do presidente, na criação da Constituição da Áustria Republicana, e, especialmente, para criação de uma Corte constitucional que serviu de modelo para outras instituições nas décadas seguintes. A razão de ser da criação da Corte constitucional, a qual ele integrou na qualidade de juiz constitucional, era a proteção da coerência da pirâmide normativa pelo risco de normas desrespeitarem os níveis hierárquicos, ou seja, criou-se o controle de constitucionalidade das normas, garantindo a norma fundamental. Porém, Kelsen deixou a Áustria quando identificou que a mudança na forma de composição da Corte Constitucional, com a indicação dos juizes constitucionais pelo Governo, e não mais pelo Parlamento, representava uma incoerência no sistema normativo austríaco.⁵⁹

Não obstante a coerência da teoria de Kelsen, e de suas atitudes, Miguel Reale, por considerar que há correspondência entre a experiência jurídica e a Ciência Jurídica, tece sua crítica quanto ao todo unitário e escalonado de normas que não compreendem a experiência jurídica e o ordenamento jurídico que a torna positiva e objetiva. Ao invés da pirâmide escalonada de um único sistema de normas, há um ecossistema complexo que abrange inúmeros sistemas e subsistemas normativos que se escalonam distintamente, porém sempre condicionado, *ab initio*, pelos horizontes da Constituição que é centro do sistema.⁶⁰

⁵⁸ Vide: Mario G. Losano, Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais (trad. Marcela Varejão), *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 16, jul-dez. 2005, p. 269.

⁵⁹ Confira: Mario G. Losano, Modelos teóricos, inclusive na prática, cit., pp. 266-70.

⁶⁰ Consulte: Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito*, cit., pp. 82-95.

Portanto, é nítida a diferença entre Kelsen e Reale na medida em que a Constituição está em posição distinta no sistema. Para Kelsen a Constituição está no ápice da pirâmide, ao passo que Reale a considera no centro do sistema.

Entretanto, Miguel Reale vai além ao dar a dimensão da abrangência da Constituição que disciplina outros ordenamentos de juridicidade não-estatal, configurando-os como sistemas autônomos que representam a expressão da liberdade e da autonomia dos indivíduos e dos grupos em múltiplas e diferentes formas de vida social, ou seja, inovações, como a internet, estariam fora da pirâmide de Kelsen, mas dentro do sistema de Reale.⁶¹

Portanto, é intuitivo identificar um modelo de rede, no lugar da pirâmide, muito mais flexível, e que permite percorrer todo o ordenamento conforme as remissões explícitas e implícitas de cada norma, o que, apesar de sua complexidade, não é técnica desconhecida dos juristas.⁶²

O citado modelo de rede também possibilita solucionar as intrincadas, e cada vez mais constantes, questões que ultrapassam os limites territoriais⁶³, quer seja pela globalização⁶⁴, quer seja pela tecnologia, que redundam em conflitos de competência

⁶¹ Consulte: Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito*, cit., p. 90.

⁶² Vide: Mario G. Losano, *Modelos teóricos, inclusive na prática*, cit., pp. 281-82.

⁶³ Confira: Jonathan Zittrain, *Be careful what you ask for: reconciling a global internet and a local law*, Harvard Law School, research paper n. 60, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395300> Acesso em: 11 mar. 2006.

⁶⁴ Conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional*, 5. ed. totalmente refundida e aum., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 17): “O problema hoje, é o de saber se o *processo de institucionalização da modernidade* sucessivamente desenvolvido – *Estado Nacional – Estado de direito – Estado democrático – Estado social* – não teria chegado ao fim. Deixaremos de lado, e por agora, as querelas relacionadas com o ‘Estado-providência’ e concentrem-nos em mais um mote da pós-modernidade político-constitucional – *a perda do lugar e da inércia geográfica e territorial* (B. Guggenberg). Assim, os fenómenos da *globalização*, com os inerentes problemas de interdependência e modificações nas formas de direcção e controlo dos regimes e sistemas políticos, levam necessariamente à questão de saber como se devem estruturar deveres e obrigações para lá dos ‘confins do Estado territorial’ (S. Hoffman alude aqui, de forma sugestiva, a ‘*Duties beyond Borders*’). Como se poderão regular deveres e obrigações na ‘ausência’ de um centro político estadual?”

legislativa, ou questões de soberania como o recente caso de censura do governo chinês quanto ao conteúdo da internet.

A economia da China, na atualidade, tem seu enorme crescimento acelerado, não só pelo seu tamanho de sua população, e pelo baixo custo da mão-de-obra, mas, principalmente, pela conjugação destes fatores com a oportunidade de consumo e acesso, outrora inexistente. De certa forma, imagina-se um bilhão de pessoas correndo atrás do prejuízo⁶⁵, ou melhor, da oportunidade.

Por tais razões, todas as grandes empresas de internet lançaram seus produtos, portais de internet, ferramentas de busca, ferramentas de comunicação entre outros, os quais passaram a sofrer censura do governo chinês sob a alegação de que determinadas palavras ou endereços eletrônicos seriam subversivos e tipificados como crime com pena de prisão de dez anos.

Naquele momento, gerou-se um conflito quanto ao mencionado direito à liberdade de expressão e a soberania de um país.

Mesmo sendo a censura inadmissível para a nossa democracia, há que se compreender que por aquelas plagas chinesas a realidade é distinta, havendo manifestação de soberania. Todavia, qual o alcance das determinações chinesas? Elas detém o espaço cibernético?

Por ora, a solução encontrada pelas empresas foi no sentido de obedecer aos pedidos de censura, alegando que seria melhor um acesso mais restrito, do que nenhum acesso, e que deveriam respeitar as leis dos países em que atuam, o que evidentemente é apenas um discurso de fachada, que esconde o medo da perda do mercado e dos lucros.

⁶⁵ Esse prejuízo poderia ser contestado em razão de tantas inutilidades que o mercado oferece. Porém, não ter a opção de escolha, é um inegável prejuízo.

E a questão é grave não somente porque a Google e a Microsoft admitiram publicamente que seus produtos para o mercado chinês tinham o conteúdo censurado, mas pela atitude da Yahoo, que revelou a identidade do jornalista Shi Tao condenado a dez anos de prisão. E nada minimiza tais fatos, nem as declarações de Bill Gates de que não há capacidade de esconder informações, pois o ser humano sempre as encontrará.⁶⁶

Até a Wikipedia, a enciclopédia virtual cujas informações são incluídas pelos próprio usuários, foi bloqueada em outubro de 2005, certamente por conter verbetes sobre assuntos que causam desconforto ao governo chinês como a Praça da Paz Celestial.⁶⁷

Além de tais empresas aceitarem a censura como moeda de troca para seus negócios, atualmente são instrumentos para a prisão de pessoas e cometimento de injustiças. A momentânea impossibilidade de alterar o *statu quo*, não significa que se deve com ele concordar e servir para o seu fortalecimento.

Parece-nos evidente que muito mais do que uma questão de conflito de normas, trata-se de uma questão de conflito de interesses.

Isso porque em recente entrevista ao *Financial Times*, Bill Gates afirmou que nenhum de seus provedores está fisicamente na China⁶⁸, o que por si só mostra que o braço longo do governo chinês não alcança o seu conteúdo. O medo das empresas norte-americanas consiste nas conseqüências da recusa no atendimento ao pleito da

⁶⁶ Confira: Tom Keller Jr., Leões da web viram tigres de papel, *O Estado de S. Paulo/The New York Times*, 12 de fevereiro de 2006, p. A18.

⁶⁷ Ver: Philip P. Pan, O colapso da Wikipedia na China, Link, *O Estado de S. Paulo/The Washington Post*, 27 de fevereiro de 2006, p. L9.

⁶⁸ Consulte: <<http://news.ft.com/cms/s/3855568e-9ddc-11da-b1c6-0000779e2340.html>>
Acesso em: 15 fev. 2006.

China, pois haveria o bloqueio do acesso à internet, e, por conseguinte, a galinha dos ovos de ouro seria morta como na fábula de Jean de La Fontaine.

É patente que as empresas norte-americanas têm interesse em obedecer para não prejudicar os seus negócios, contudo a opinião pública, a imprensa, e recentemente o Legislativo norte-americano estão reagindo.

O congressista Chris Smith, *chairman* do subcomitê das relações internacionais dos direitos humanos da Casa dos Representantes, está propondo um projeto de lei, o *Global Online Freedom Act of 2006*, que relacionaria os países que restringem a internet, tendo sido identificados inicialmente: China, Irã, Vietnã, Cuba e Arábia Saudita, criando políticas específicas, como a proibição que empresas norte-americanas instalem seus provedores nestes países, e modifiquem o conteúdo atendendo aos pedidos de restrição. Para redação do projeto, houve a primeira audiência em 15 de fevereiro de 2006, com os representantes das maiores empresas norte-americanas do setor de internet, iniciando um processo de busca da solução.

Uma solução que não seria alcançada pela pirâmide de Kelsen, pois ela não consegue escalonar a complexa imbricação entre as relações de direito nacional, internacional e supranacional, sendo exemplo o Mercado Comum Europeu⁶⁹, cada qual com o seu sistema jurídico próprio⁷⁰, o que nos remete, como explica Reale, a um

⁶⁹ Marco Aurelio Greco (*Internet e direito*, cit., p. 13) observa: “Isto é particularmente nítido quando se examinam os movimentos regionalistas especialmente na Europa, como, por exemplo, o da Liga Lombarda, na Itália o que está ocorrendo com os bascos na Espanha, o caso na Irlanda do Norte ou, mais amplamente, o fracionamento ocorrido com a União Soviética que se desmembrou em vários Países ou, mais tristemente, o sucedido com a antiga Iugoslávia. Em todos estes exemplos, o conceito comum que os acompanha é o conceito de distanciamento de um mito universalista para a ampliação de um ‘realismo local’. *Quarta* – Esta é a tendência de união de complementaridades. Na medida em que as individualidades são acentuadas, elas se apresentam insuficientes para enfrentar a complexidade do contexto mundial. Daí a tendência à aproximação integrando realidades distintas mas complementares. Isto fez com que surgissem as figuras da Comunidade Européia, do Mercosul, da Nafta etc., retratando a busca de sintonia da complexidade dentro da unidade, com todas as dificuldades que isto implica.”

⁷⁰ Mario Losano conclui entendendo que a pirâmide de Kelsen não pode ser descartada, por atender parte da realidade, ainda não transformada, de nossa sociedade, devendo conviver com o modelo da rede. Mario G. Losano, *Modelos teóricos, inclusive na prática*, cit., pp. 283. Contudo,

novo paradigma normativo que guarde correspondência com a experiência social, mesmo com todas as alterações que sobrevierem.⁷¹ E sendo a sociedade da informação, fruto desta experiência social, sem dúvida, a rede é este novo paradigma⁷², e a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale nos auxiliará na busca pelo modelo jurídico para solucionar as questões de responsabilidade civil na internet.

1.4. As funções da norma e da responsabilidade civil. A utopia da segurança jurídica

Sempre se buscou a segurança jurídica pelo benefício consistente na garantia do indivíduo de agir com liberdade e ter seus direitos pessoais e patrimoniais preservados de forma a não ser surpreendido em seus planos. E na medida em que o ser humano evolui, não há dúvida que maior é o grau de segurança almejado. Basta verificar, no recente processo de globalização, que a segurança jurídica tem sido um dos termômetros dos investimentos, principalmente estrangeiros.

Esta segurança jurídica concretiza-se quando as regras do jogo são, prévia, e formalmente informadas aos participantes, ou seja, o direito que cada cidadão tem de saber quais as normas que devem ser seguidas para que suas relações jurídicas sejam válidas e eficazes, como explica Leonardo Greco.⁷³

adeptos que somos da teoria tridimensional do direito, entendemos não ser aplicável a pirâmide de Kelsen por não contemplar a dinâmica da experiência jurídica, sendo certo que a teoria de Reale contempla exatamente esse modelo de rede, descrevendo-o nesta dimensão, apesar de não haver a denominação.

⁷¹ Vide: Miguel Reale, *O direito como experiência*, cit., pp. 165-66.

⁷² Leia: José Joaquim Gomes Canotilho, *“Brançosos” e interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 335.

⁷³ Confira: Leonardo Greco, Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior, *Problemas de processo judicial tributário* (coord. Valdir de Oliveira Rocha), vol. 5, São Paulo, Dialética, 2002, p. 199. José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional*, cit., p. 384): “Embora o princípio da segurança jurídica seja considerado um elemento essencial do princípio do Estado de direito, não é fácil sintetizar o seu conteúdo básico. Além das imbricações que ele tem com o princípio da protecção da confiança, pode dizer-se que as ideias nucleares da segurança jurídica se desenvolvem em torno de dois conceitos: (1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica: uma vez adoptadas, no forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável que a sua alteração se verifique quando ocorram pressupostos materiais

Deveras, podemos concluir que a transparência possibilita a avaliação e planejamento, o que é essencial para evitarem-se riscos que acarretem danos, sendo papel da ciência promover a proteção dos valores fundamentais do ser humano.

Porém, como vimos em relação à mudança de paradigma, da pirâmide à rede⁷⁴, a ciência tem sofrido com a velocidade e complexidade dos novos problemas, o que é manifesto reflexo do fato social, levando-nos a refletir de forma crítica sobre métodos e princípios adequados, revelando uma crise do direito pela perda de certeza e segurança, na observação de Francisco Amaral.⁷⁵

A crise do direito propalada⁷⁶ incita-nos a refletir, principalmente, sobre quais soluções poderiam ser adotadas pela ciência normativa⁷⁷.

Sob essa ótica, parece transparente a conquista do princípio da legalidade como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito⁷⁸, conjugada com o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, nos termos do art. 6º da Lei de

particularmente relevantes. (2) *previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.”

⁷⁴ Vale novamente a referência ao artigo de Mario Losano, com a ressalva que fizemos na nota 70 sobre a conclusão. Mario G. Losano, Modelos teóricos, inclusive na prática, cit.

⁷⁵ Francisco dos Santos Amaral Neto (Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro, *O direito civil no século XXI* (coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 167-68) pondera: “Na história das ciências momento há em que, chegando a certo grau de maturidade, surge a necessidade de uma reflexão crítica sobre seus resultados particulares, estudando-se a formação do seu patrimônio teórico, a determinação do seu método e os princípios sobre os quais elas se desenvolvem. A ciência jurídica não foge a isso. Pelo contrário. Enfrentando novos problemas, decorrentes da inadequação ou até insuficiência dos modelos jurídicos da modernidade, o direito está em crise, sendo um dos seus mais evidentes sintomas a perda crescente da certeza e da segurança, valores históricos fundamentais da ordem jurídica.”

⁷⁶ Consulte: Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2. ed. rev. e integrada, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 8-9. Miguel Reale, *O estado democrático de direito e o conflito de ideologias*, cit., p. 99

⁷⁷ Maria Helena Diniz (*A ciência jurídica*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 151) explica, em síntese: “A ciência do direito é uma ciência normativa, mas, para evitar equívocos, convém esclarecer as três acepções da expressão ‘ciência normativa’: ciência que estabelece normas (Wundt); ciência que estuda normas (Kelsen); e ciência que conhece a conduta através de normas (Cossio).”

⁷⁸ Consulte sobre o princípio da legalidade como primado do direito: Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 49-51.

Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), e art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

A importância e repercussão de cada um desses temas, cuja análise aprofundada revelaria, nos levaria longe de nossa idéia de demonstração do liame entre segurança e confiança⁷⁹.

Entretanto, ciente dos necessários cortes que devemos fazer, sobretudo diante da nossa meta consistente em recolher elementos de sustentação para o modelo jurídico solucionador das questões de responsabilidade civil na internet, ressaltamos nesta discussão a necessidade de constar das normas jurídicas (lei, contrato, sentença⁸⁰) a confiança e a garantia de respeito aos direitos consagrados.

Nesta perspectiva, Canotilho explicita que a ligação entre confiança e segurança jurídica está presente quando o cidadão confia que seus atos têm efeitos jurídicos duradouros pela garantia que a norma lhe confere, e porque praticados respeitando a legalidade, estando neste contexto garantidos o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁸¹

Portanto, não é exagero afirmar que o ser humano tem a confiança no silo de seus direitos fundamentais, tanto na relação com o particular, quanto em relação ao Estado.

Enfim, como solucionar a crise de segurança jurídica?

⁷⁹ Consulte: Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004; Cláudia Lima Marques, *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.

⁸⁰ Goffredo da Silva Telles Junior (*O direito quântico*, 1. ed., São Paulo, Max Limonad, 1971, p. 262-63) ensina: “Tanto podem ser normas jurídicas os artigos das leis, como as cláusulas de um contrato, de um estatuto, de um regulamento, de um pacto. Serão jurídicas as normas que forem *autorizantes*, isto é, que autorizem o lesado pela sua violação a exigir, com apoio oficial da sociedade, o cumprimento da norma que foi violada, ou a reparação do mal sofrido.”

⁸¹ Confira: José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, cit., p. 377-78.

Não há outro remédio senão a norma jurídica, destacada sua finalidade de proteção da sociedade, inclusive como forma de proteção individual, estando umbilicalmente unidas as atividades do ser humano e da sociedade, na demonstração de Maria Helena Diniz.⁸²

Além da finalidade de proteção, a norma jurídica garante os meios de obter-se o seu cumprimento em razão de sua característica de bilateralidade, por dirigir-se a duas pessoas. De um lado impõe a obrigação, e de outro autoriza o lesado a exigir o dever na hipótese de violação.⁸³

Essa característica de imperativo autorizante da norma é explicada por seu criador Goffredo Telles Junior: “A definição completa da NORMA JURÍDICA – da NORMA DE DIREITO – é a seguinte: *IMPERATIVO AUTORIZANTE, HARMONIZADO COM A ORDENAÇÃO ÉTICA VIGENTE*. Tal norma é *imperativa*, porque é um mandamento. É *autorizante*, porque autoriza a reação competente contra o ato que a viola. É um imperativo *harmonizado com a ordenação ética vigente* porque, pelo simples fato de ser *norma*, é mandamento condizente com o que é tido como *normal*.”⁸⁴

E sem perder de vista a teoria tridimensional do direito, que é nosso norte na busca pelo modelo jurídico para as questões de responsabilidade civil na internet, Maria Helena Diniz esclarece que a norma jurídica, ao dirigir-se à conduta social do

⁸² Maria Helena Diniz (*Compêndio de introdução à ciência do direito*, cit., p. 376-77) ensina: “É óbvio que a obediência às normas de aperfeiçoamento não é essencial à preservação da sociedade, pois elas têm em vista o bem individual. Mas a violação das normas de garantia acarretaria o aniquilamento do grupo social: sem normas jurídicas, a sociedade acaba desaparecendo. Ora, a sociedade é um bem necessário aos homens para a consecução dos fins humanos. Em consequência disso, pelo simples fato de viverem em sociedade e de desejarem continuar a servir-se dela, os homens aderem à norma jurídica, que, por sua vez, é autorizante, pois só assim assegura a paz e a ordem social.”

⁸³ Vide: Maria Helena Diniz, *Conceito de norma jurídica como problema de essência*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p.140.

⁸⁴ Goffredo da Silva Telles Junior, *Iniciação na ciência do direito*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 103.

ser humano determinando-lhe a maneira de agir (*dever ser*), faz aflorar sua *essência ética*, ditando os valores do ser humano ajustáveis à realidade social, revelando uma fonte axiológica comum.⁸⁵

Vencidos os obstáculos da legitimidade, validade, efetividade, obrigatoriedade e imperatividade⁸⁶, apresenta-se a norma jurídica como a advertência necessária dos limites da conduta humana sob a iminência incontestável de repressão desestimulante, fixando claramente a responsabilidade pelos danos causados.

E sob esta perspectiva modeladora da conduta humana, cumpre destacar que a norma é uma descrição verbal do curso concreto da ação considerado desejável, combinado com a injunção de tornar certas, conforme aquele curso, ações futuras.⁸⁷ Trata-se da análise sociológica de Talcott Parsons, que sempre foi motivo de estudos de Miguel Reale, desde a teoria tridimensional do direito à definição de estrutura da atividade definidora da responsabilidade civil independente de culpa.

A idéia de equivalência de contraprestação ínsita a noção de responsabilidade se traduz numa repercussão obrigacional da atividade humana, que não é exclusiva da vida jurídica, mas de todos os aspectos da vida social, como destaca Aguiar Dias.⁸⁸

Assim, permeando as normas e a própria essência do ser humano, a responsabilidade é inserida na norma jurídica com a exata função de auxiliar o árduo trabalho de alcançar a segurança jurídica, na afirmação de Carneiro da Frada.⁸⁹

⁸⁵ Confira: Maria Helena Diniz, *Conceito de norma jurídica como problema de essência*, cit., p. 61-2.

⁸⁶ Consulte: Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Teoria da norma jurídica*, cit., p. 161 e s.

⁸⁷ Talcott Parsons, *The structure of social action – a study in social theory with special reference to a group of recent european writers*, 4. impressão, Nova Iorque, The Free Press, Londres, Collier-Macmillan Limited, 1966, p. 75.

⁸⁸ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 10. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, Forense, 1995, vol. 1, p. 2.

⁸⁹ Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada (*Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997, p. 15) assevera: “A responsabilidade civil é um instituto jurídico que comunga da tarefa primordial do Direito que consiste na *ordenação e distribuição dos riscos e contingências que afectam a vida dos sujeitos e a sua coexistência social*. (...)”

Portanto, apesar da abrangência, a primeira decisão a ser tomada, tanto pelo cientista do direito, quanto pela política legislativa, é escolher⁹⁰ quais circunstâncias devem merecer a destacada proteção da norma e, por conseguinte, a segurança jurídica, como por exemplo, dentre a massa de eventos danosos que permanentemente ocorrem, aqueles que merecem ressarcimento.⁹¹

Porém, essa escolha de quais normas de conduta serão jurídicas, não é uma vontade exclusiva do legislador, sendo fundamental a observância da consolidação de determinado fato valorado no seio social, ou seja, as partes envolvidas em determinada atividade consolidam uma conduta, agindo de modo uniforme e constante, de forma a elevar esta norma de conduta à categoria de norma jurídica, como ensina Eduardo Espínola.⁹²

E essa problemática acentua-se especialmente no campo que selecionamos para nosso trabalho, o da responsabilidade extracontratual, sendo distinta a dinâmica da responsabilidade contratual, como acentua Carneiro da Frada, pois com a relação contratual há uma delimitação da liberdade de agir, e dos riscos ensejadores da responsabilidade.⁹³

No que tange à função da responsabilidade civil, exsurtem as funções punitiva e reparadora conforme consagrado pela doutrina⁹⁴, com prevalência do entendimento

Por isso mesmo, é tarefa irrenunciável do Direito a *institucionalização das expectativas* e a *promoção da segurança*.”

⁹⁰ Consulte sobre a escolha do jurista: Pietro Perlingieri, *Profili del diritto civile*, 3. ed. rev. e ampl., 1. reimp., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 10-1.

⁹¹ Confira: Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?*, cit., p. 32.

⁹² Vide: Eduardo Espínola, *Sistema do direito civil brasileiro*, vol. 1, 4. ed., Rio de Janeiro, Conquista, 1960, p. 54-5.

⁹³ Ver: Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?*, cit., p. 33.

⁹⁴ Consulte: José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit., p. 14-6; Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 23-4; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, 9. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro,

sobre sua função reparadora em nosso direito, e a dupla função, reparadora e punitiva, no direito americano.

Ressalte-se, ainda, a função preventiva da responsabilidade⁹⁵, da qual estamos de pleno acordo, razão pela qual unimos nesse mesmo item, norma e responsabilidade, pela profunda semelhança de suas funções: preventiva, sancionatória, reparatória⁹⁶.

Contudo, nossa abordagem, sem olvidar esses aspectos, visa colocar em evidência o aspecto de segurança ínsito na responsabilidade civil que tem a dupla função, ensina Maria Helena Diniz, de: “a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.”⁹⁷

Porém, mesmo sendo esse o desejo da sociedade, é sabido que não há como reparar todos os danos causados em virtude de problemas de prova e de interpretação, o que deixa uma inconsistência na almejada segurança jurídica.

Desde o Iluminismo, quando se verificou a impossibilidade de ser estabelecida segurança jurídica absoluta, constatou-se a utopia da idéia, diante da ambivalência de

Forense, 1998, p. 9-11; Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Elementos de responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 4-6; Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 5. ed. rev. aum. e atual., de acordo com o novo Código Civil, 3. tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 35; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil : responsabilidade civil*, v. 4, 5. ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 14.

⁹⁵ Consulte: Fernando Noronha, *Direito das obrigações : fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 437-42; Francisco dos Santos Amaral Neto, *Direito civil: introdução*, 5. ed. rev. atual. e aum., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 558; Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 47-52; Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 319-20; Philippe Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 1. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 5.

⁹⁶ Guido Alpa desmembra em quatro as funções da responsabilidade, quando considera além da prevenção, sanção e reparação, também restabelecimento ao estado anterior que existia antes do prejuízo. Guido Alpa, *Responsabilità civile e danno – lineamenti e questioni*, Bolonha, il Mulino, 1991, p. 53-4.

⁹⁷ Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro responsabilidade civil*, v. 7, 19. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 8-9.

interpretação resultante das várias técnicas interpretativas e dos vários sentidos interpretativos.⁹⁸

Não obstante, a utopia de alcançar-se segurança jurídica como função da norma e da responsabilidade, é patente que o exercício nesse sentido representa um momento único do ser humano nessa busca, conforme ensina Miguel Reale: “À luz dessas considerações de ordem geral, mas em contraste direto com o que acontece na práxis jurídica, verifica-se que o ser e o fazer do homem, enquanto membro de uma coletividade, pratica, nem pode deixar de praticar, constantemente, atos valiosos para si e para os outros e que, na medida em que implica a pessoa do outro, põe uma exigência de medida, de composição ou de harmonia. A norma jurídica, por tal motivo, assinala sempre um momento de pausa, de objetividade relativa no decurso das operações incessantemente realizadas pelos indivíduos e pelos grupos, representando *a forma positiva de qualificação axiológica do fato em dada conjuntura.*”⁹⁹

E sob essa luz, fixadas as premissas de uma conjuntura especial do fenômeno jurídico da Internet numa sociedade em rede, onde se altera também o paradigma da liberdade, é fundamental a existência de norma jurídica estabelecendo responsabilidade, buscando o máximo de segurança jurídica possível segundo o princípio da legalidade que sustenta o Estado Democrático de Direito.

2. As grandes questões de responsabilidade civil na internet

⁹⁸ Vide: Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico* (trad. João Baptista Machado), 8. ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 205-07.

⁹⁹ Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 99-100.

2.1. A nova fase do direito civil

A atual fase do direito civil objetiva dar efetividade aos direitos da pessoa humana, buscando o seu desenvolvimento e de sua dignidade¹⁰⁰, em especial por constituir fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), sendo diretriz do ordenamento jurídico na ponderação de interesses.

Nesse sentido, fixando esta diretriz na legislação infraconstitucional, Miguel Reale ressalta a dinâmica dos valores, na exposição de motivos do projeto do Código Civil: “Muito embora sejamos partícipes de uma ‘sociedade em mudança’, já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizente com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil, como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento. Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente; reconhecendo-se cada vez mais que o direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos Códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.”¹⁰¹

O trabalho da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil¹⁰², constituída por José Carlos Moreira Alves (parte geral), Agostinho Neves de Arruda

¹⁰⁰ Consulte: Pietro Perlingieri, Normas constitucionais nas relações privadas, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 74.

¹⁰¹ Miguel Reale, *O projeto de código civil : situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 73.

¹⁰² Sobre interessantíssimo histórico dos anteprojetos, e preterição de Caio Mário, consulte: Caio Mário da Silva Pereira, *Direito civil : alguns aspectos da sua evolução*, 1. ed., 2. tir., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 122-27.

Alvim (obrigações), Sylvio Marcondes (empresa), Ebert Vianna Chamoun (coisas), Clóvis do Couto e Silva (família) e Torquato Castro (sucessões), supervisionada por Miguel Reale, e sem dúvida, muito influenciada pela teoria tridimensional do direito, e pela premissa do direito como experiência, trouxe ao direito civil uma totalidade da realidade, rompendo com uma autonomia infundada da ciência jurídica. Os fatos e valores sociais, econômicos, políticos, religiosos, éticos, passam a influenciar diretamente a ordem normativa e vice-versa.¹⁰³

Até na alterada seqüência dos livros do Código, nota-se a preocupação com a coerência, uma vez que guarda correspondência com a evolução natural do ser humano (nascimento, direitos, obrigações, responsabilidade, empresa, propriedade, família e sucessão).

A entrada em vigor do novo Código Civil trouxe outra dimensão normativa para a responsabilidade civil¹⁰⁴, quando se instituiu as hipóteses de responsabilidade objetiva (arts. 927, parágrafo único, 931 e 933) com base na teoria do risco. Ressalte-se a responsabilidade objetiva, que era imposta por lei para casos específicos¹⁰⁵, mas foi devidamente sistematizada pelo novo Código, e, por conseguinte, com uma abrangência infinitamente maior, ou seja, em todas as hipóteses que o aplicador do direito entender que a natureza da atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implique em risco.

Porém, é importante mencionar uma questão polêmica sobre a adoção exclusiva da responsabilidade civil subjetiva no Código Civil de 1916. Os arts. 1.528 e 1.529, que correspondem aos arts. 937 e 938 do novo Código Civil, e que tiveram

¹⁰³ Vide: Pietro Perlingieri, *Profili del diritto civile*, cit., pp. 9-10.

¹⁰⁴ Consulte a crítica de Fernando Noronha no sentido de que o tema da responsabilidade civil poderia ter sido melhor disciplinado. Fernando Noronha, *Direito das obrigações : fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil*, v. 1, cit., pp. 548-51.

¹⁰⁵ V.g.: Decreto n. 2.681/12 (estradas de ferro); Lei n. 5.316/67 e Decreto n. 61.784/67 (acidentes de trabalho); Decreto-Lei n. 277/67 (Código de Mineração); Lei n. 6.453/77 e CF, art. 21, XVIII, c (atividade nuclear); Lei n. 6.938/81 (dano ambiental); Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica); Lei n. 8.078/90 (fato do produto ou do serviço); CF, art. 37, §6º e CC, art. 15 (prestação de serviço público).

apenas ajuste de redação, são exemplos considerados pela doutrina como de responsabilidade objetiva¹⁰⁶.

O art. 1.528 cria uma situação obscura, ao estabelecer a responsabilidade do dono de edifício em construção, pelos danos que resultarem de sua ruína, por falta de reparos cuja necessidade seja manifesta. Isso porque, apesar do artigo iniciar estabelecendo a responsabilidade objetiva, inclui no final um elemento subjetivo. Esta restrição, segundo Clovis Bevilacqua, parece tirar o caráter puramente objetivo, mostrando que a responsabilidade não é tão absoluta.¹⁰⁷

Caio Mário da Silva Pereira esclarece que a dúvida criada pelo legislador nacional, também ocorre no direito francês provocando manifestações conflitantes de De Page, Starck, Marty *et* Raynaud, Malaurie *et* Aynés, Colin *et* Capitant.¹⁰⁸

Com relação ao art. 1529, Clovis Bevilacqua entende que não há dúvida quanto à responsabilidade objetiva, bastando que haja dano no ato de atirar coisa para fora da casa, não podendo ser alegado pelo proprietário que o ato foi praticado por terceiro.¹⁰⁹ Contudo, Caio Mário da Silva Pereira, apesar de resignar-se quanto ao estabelecimento da responsabilidade objetiva, em exceção à doutrina, ressalta que não deveria haver responsabilização do condomínio, mas da unidade habitacional que causou o dano, pois cada unidade é tratada como propriedade autônoma.¹¹⁰

Entretanto, Renan Lotufo explica que são hipóteses de presunção de culpa, sob a denominação de responsabilidade objetiva, os casos dos arts. 1.521, 1.527, 1.528 e

¹⁰⁶ Consulte: Álvaro Villaça Azevedo, Responsabilidade civil – I, *Enciclopédia Saraiva do Direito* (coord. Prof. R. Limongi França), v. 65, 1. ed., São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 340-42.

¹⁰⁷ Vide: Clovis Bevilacqua, *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua. Edição histórica*, v. 2, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975, p. 678.

¹⁰⁸ Confira: Caio Mário da Silva Pereira, *Direito civil : alguns aspectos da sua evolução*, cit., p. 113.

¹⁰⁹ Ver: Clovis Bevilacqua, *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua. Edição histórica*, v. 2, cit., p. 679.

¹¹⁰ Consulte: Caio Mário da Silva Pereira, *Direito civil : alguns aspectos da sua evolução*, cit., p. 113.

no enunciado da súmula 341 do Supremo Tribunal Federal. A diferença consiste no fato de que as hipóteses de responsabilidade objetiva não têm qualquer relação com a culpa, diferentemente das hipóteses legais acima mencionadas, pois se houver prova da culpa da vítima a presunção é desfeita, o que nunca ocorreria com a responsabilidade objetiva.¹¹¹

Mesmo ainda precoce, verifica-se que o novo Código Civil atingiu seu desiderato, caindo por terra as discussões sobre a conveniência e oportunidade da nova codificação¹¹². Apesar de inegavelmente árdua a tarefa de todos os operadores do direito, em especial dos magistrados, que darão os contornos definitivos das questões sob a luz do novo Código, mostra-se, porém, infundada qualquer alegação de um Código desnecessário.

É certo que não há perfeição na lei, e nunca haverá, por isso muito se evoluirá com a doutrina e jurisprudência enfrentando as novas realidades, desde que se tenha consciência do momento, como ensinou Clovis Bevilacqua ao comparar os Códigos com os sistemas filosóficos, que sintetizam uma concepção do mundo.¹¹³

A mudança não é radical, por opção declarada¹¹⁴, nem o poderia ser, quando se trata de um Código que deve ser o repositório do que está consolidado na sociedade,

¹¹¹ Vide: Renan Lotufo, *Curso avançado de direito civil : volume 1 : parte geral*, (coord. Everaldo Augusto Cambler), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 302.

¹¹² Miguel Reale (O sentido inovador do projeto do novo Código Civil (exposição e debate), *RF* 286, p. 27) citou Hegel, inúmeras vezes, referindo-se à oposição de Savigny quanto ao momento oportuno para uma nova codificação: “Mas tenho a impressão de que quem tinha razão nesta matéria era HEGEL, quando dizia que todo tempo é tempo de se codificar quando se tem consciência do tempo.” Consulte a obra mais citada contra a codificação: Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, 4. ed., Milão, Giuffrè, 1999. Consulte ainda: Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado* (trad. Vera Maria Jacob de Fradera), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 42-4, 52, 68-76, 270, 391; Stefano Rodotà, Diálogos com a doutrina, *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 11, Rio de Janeiro, Padma, 2000, p. 302; Renan Lotufo, Da oportunidade da codificação civil, *Revista do Advogado*, n. 68, dez. 2002, p. 19-30.

¹¹³ Ver: Clovis Bevilacqua, *Em defesa do projecto do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1906, p.15.

¹¹⁴ Consulte: Miguel Reale, O sentido inovador do projeto do novo Código Civil (exposição e debate), cit., p. 23.

na doutrina e na jurisprudência, e não um balão de ensaio para verificação *a posteriori* se a experiência ajusta-se na sociedade.

Inserir a responsabilidade objetiva no Código Civil, de forma sistemática, é avanço constatado pela simples comparação com a exposição de motivos do primeiro anteprojeto da parte das obrigações, elaborado por juristas do porte de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hamnemann Guimarães que declararam à época: “Na reparação civil predominou, ainda, o conceito de culpa, que por sua elasticidade permite extensão suficiente no enfrentar as exigências atuais do comércio jurídico (art. 151). Acentuou-se, por isso, que a reparação não resulta apenas de procedimento contrário à lei, mas de qualquer conduta desviada dos bons costumes e das normas de vida social, princípio que, com ductilidade, afeiçoa-se à mudança contínua das exigências da atividade moderna (art. 142). Ressalvados ficaram, todavia, os preceitos especiais reguladores da reparação civil em matéria de acidentes de trabalho, transporte e concorrência desleal, onde a responsabilidade puramente objetiva já tomou definitivamente o campo ou vê crescer cada dia sua influência dominadora (art. 185).”¹¹⁵

O Código Civil preferiu¹¹⁶ as normas jurídicas abertas, utilizando princípios e cláusulas gerais, conferindo maior flexibilidade para o aplicador do direito no caso concreto¹¹⁷, evitando, por conseguinte, o envelhecimento precoce da lei. E quanto aos princípios da eticidade, socialidade e operabilidade, estes permeiam todo o Código, sendo a chave para o intérprete e o aplicador do direito.

E talvez, aqui, a maior de todas as riquezas do novo Código Civil: a possibilidade de solução concreta dos problemas, caso a caso, e com clareza. Essa

¹¹⁵ Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hamnemann Guimarães, Reforma do Código Civil – Exposição de motivos do ante-projeto da parte das obrigações, *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 33, n. 1, jan. 1941, p. 7.

¹¹⁶ Consulte: Miguel Reale, O sentido inovador do projeto do novo Código Civil (exposição e debate), cit., p. 23.

¹¹⁷ Confira: Pietro Perlingieri, *Profili del diritto civile*, cit., pp. 31-2.

clareza é um dos pilares da direito civil constitucional como demonstra Pietro Perlingieri ao afirmar que o intérprete não pode limitar-se a utilizar a fórmula legislativa, mas indagar a *ratio iuris*, pois o dever de clareza não deve ser uma premissa, mas o resultado da interpretação.¹¹⁸

Evidencia-se, ainda, a preocupação e busca do equilíbrio necessário entre o indivíduo e a sociedade¹¹⁹, num momento histórico definitivo onde houve o triunfo do princípio da socialidade, com a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, mas sem perder de vista a pessoa humana como valor fundamental.¹²⁰

A Constituição Federal, por seu turno, estabelece em seu preâmbulo, e nos arts. 3º e 170, a missão do Estado Democrático no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, onde são assegurados o exercício dos direitos sociais e individuais, garantindo existência digna e o desenvolvimento conforme os ditames da justiça social.

Constata-se com o advento da Constituição Federal de 1988, um choque de perplexidade na doutrina e na jurisprudência, pelo fato da Constituição disciplinar diretamente matérias que, até então, eram de tratamento exclusivo da lei ordinária, muito particularmente por tratar de matéria objeto de regulação exclusiva do Código Civil. Porém, é evidente que a superveniência do texto constitucional, dentro do estudo das hierarquias das normas, implicará que ele sempre será o facho, a fonte de iluminação do sistema, sendo ele que deverá ditar os valores essenciais do nosso sistema, por ser reflexo de princípios fundantes¹²¹.

¹¹⁸ Ver: Pietro Perlingieri, *Profili del diritto civile*, cit., p. 69.

¹¹⁹ Eduardo Espínola (*Sistema do direito civil brasileiro*, cit., p. 45) observa que: “A liberdade de ação de cada um deve ser limitada, de modo a serem satisfeitas, ao mesmo tempo, as necessidades existenciais e evolucionais coletivas e singulares, formando aquele conjunto harmônico, de que falam CHIRONI e ABELLO, capaz de dar o melhor e máximo resultado.”

¹²⁰ Vide: Miguel Reale, *Visão geral do projeto de código civil*, RT, 752:23.

¹²¹ Consulte: Renan Lotufo, *Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição, O novo Código Civil e a Constituição* (organizador: Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, pp. 11-30.

Ressalte-se, nesse contexto, a velocidade das mudanças, aliada a imprevisibilidade e surgimento de fatos que condicionam realidades nunca imaginadas. Diante destas circunstâncias, há a alteração de conduta do ser humano, podendo haver descumprimento de uma obrigação, o que, normalmente, seria causa para a responsabilização.

Porém, diante de circunstâncias como a onerosidade excessiva, até mesmo a rigidez de uma obrigação contraída passa a ser flexibilizada. Numa época em que se ampliam os vínculos entre os indivíduos e a comunidade pelo desenvolvimento da comunicação, essa flexibilização revela uma função mais criativa da Justiça, uma posição mais aberta e compreensiva do Código Civil, a partir do princípio da eticidade baseada no valor representado pela pessoa humana na qualidade de fonte de todos os valores.¹²²

As Constituições incrementaram seus conteúdos com novas matérias, e matérias tratadas tradicionalmente por civilistas passaram a ser regradas pela Constituição.¹²³ Assim, a matéria residual de natureza civil está presente na norma fundamental. Desse movimento, surgem duas conseqüências: o Código Civil perdeu seu caráter exclusivo, e compartilha-se com a Constituição.

Dessa forma, sobre os princípios e regras constitucionais referentes ao direito privado geral debruça-se a doutrina, sem olvidar a diretriz interpretativa da Constituição como fundamento de validade para todos os preceitos, sendo o marco a partir do qual se erige a ordem jurídica, destacando o caráter inicial e inovador.¹²⁴

¹²² Vide: Miguel Reale, *O projeto do novo código civil*, 2.ed. reform. e atual., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 9.

¹²³ Ricardo Luis Lorenzetti (*Fundamentos do direito privado*, cit., p. 252) pondera: “A Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito Privado. De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.”

¹²⁴ Ver: Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 349-50.

Atualmente, é possível incorporarmos a nova etapa na doutrina, todavia não concluída, que bem pode ser definida como especificação e elaboração de um direito civil constitucional, resultado não somente de uma releitura do Código Civil e das normas em geral, a luz dos princípios constitucionais, mas também como consequência da superação da presumida contraposição entre as normas jurídicas contidas nos Códigos e os princípios políticos presentes na Constituição. Dessa forma, o exame do conteúdo jurídico-civil da Constituição delimita o direito civil constitucional, que caracteriza um sistema de normas e princípios normativos relativos à proteção do ser humano, e suas dimensões, com a finalidade de fixar as bases de regulação de tais relações, como nas hipóteses de responsabilização civil.¹²⁵

2.2. Evolução da responsabilidade civil. Da culpa ao risco

A responsabilidade civil é um dos temas mais apaixonantes do direito, tanto pela riqueza de conceitos e discussões que se espraiam por todo o direito, como pelo seu aspecto fundamentalmente prático de solucionar os problemas causados pelos danos na sociedade.

À vol d'oiseau sobre o sistema de responsabilidade, pontuaremos suas diretrizes, considerando que o presente trabalho não se propõe a apresentar um curso sobre responsabilidade civil, mas, sim, encadear o raciocínio para a abordagem das questões da internet.

O sistema de responsabilidade civil tem sua dinâmica na correta aplicação dos princípios da culpa e do risco, cujo principal trabalho é de autoria de Alvino Lima, com o qual obteve a Cátedra de Direito Civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco¹²⁶, que ao lado de José de Aguiar Dias, com a principal obra sobre a

¹²⁵ Confira: Joaquín Arce Flórez-Valdés, *El derecho civil constitucional*, Madri, Civitas, 1991, pp. 37-40 e 178-79.

¹²⁶ Ver: Alvino Lima, *Culpa e risco*, 1. ed. 2. tir., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1963.

responsabilidade civil¹²⁷, Wilson Melo da Silva¹²⁸ que tratou da responsabilidade sem culpa, e Agostinho Alvim versando sobre inexecução das obrigações¹²⁹, que constituem leitura indispensável e fundamental para abordagem do tema.

Ressalte-se a dinâmica na aplicação da culpa e do risco como resultado de uma longa e acelerada, em especial no último século, evolução da responsabilidade civil, sendo quase inacreditável imaginarmos que na gênese do instituto a reparação consumava-se com a vingança contra o ofensor ou o seu grupo social.¹³⁰

Maria Helena Diniz conceitua com precisão a responsabilidade civil como “a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).”¹³¹

Izhak Englard, Ministro da Suprema Corte de Israel, cuja interessante obra¹³² escolhemos como pano de fundo pela sua diversidade de abordagem de sistemas, tratando tanto do *civil law* quanto do *common law*, traça a origem filosófica da norma de responsabilidade civil moderna dentro da teoria do direito natural, baseando-se principalmente em Pufendorf que definiu os elos do sistema jurídico como sendo a razão e a vontade.

¹²⁷ Confira: José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, cit.

¹²⁸ Consulte: Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1974.

¹²⁹ Vide: Agostinho Neves de Arruda Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 1980.

¹³⁰ Confira: Francisco dos Santos Amaral Neto, *Direito civil: introdução*, cit., p. 560.

¹³¹ Consulte: Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro, v. 7 : responsabilidade civil*, cit., p. 40.

¹³² Consulte: Izakh Englard, *The philosophy of tort law – applied legal philosophy*, Aldershot, Dartmouth Publishing Group, 1993.

A vontade plena é premissa da culpa, e representa a construção dogmática oitocentista cuja face é do liberalismo econômico então dominante, caracterizando a responsabilidade subjetiva, a única existente àquela época.¹³³

Orlando Gomes aprofunda-se no estudo da culpa considerando que o indivíduo só é responsável se o prejuízo que ocasionou deriva de um ato de vontade, que deve ser apurado como sendo vontade legítima ou uma atividade ou abstenção ilícita, razão pela qual a noção de culpa apresenta-se sendo uma conjugação entre os postulados filosóficos do individualismo e as normas jurídicas. Exsurge a responsabilidade civil como obrigação jurídica de reparar o dano causado.¹³⁴

Nesse momento são claras as idéias de quando há o ilícito, há a idéia de culpa, e da perspectiva moral da responsabilidade civil centrada na conduta do ser humano.

Porém, observa Louis Josserand, o desenvolvimento de uma idéia objetiva de responsabilidade cresceu de forma contundente e irreversível, sempre visando assegurar a reparação da vítima. No campo prático a jurisprudência estendeu outra medida à responsabilidade contratual, eliminando a responsabilidade delitual. E no campo teórico, o legislador francês passa a estabelecer e reconhecer a presunção de culpa, bem como substitui a noção de culpa pelo conceito de risco, o que caracteriza a progressão da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva.¹³⁵

Izhak Englard sustenta que a responsabilidade civil está fundada em duas discussões, uma ética e a outra moral. Na diretriz ética, há uma contraposição entre a concepção funcional e a não funcional, e na diretriz filosófica, existe a contraposição entre a justiça corretiva e a distributiva.¹³⁶

¹³³ Ver: Judith Martins-Costa, Os fundamentos da responsabilidade civil, *R.T.J.E.*, vol. 93, p. 42.

¹³⁴ Confira: Orlando Gomes, *A crise do direito*, São Paulo, Max Limonad, 1955, p. 173.

¹³⁵ Vide: Louis Josserand, *Evolução da responsabilidade civil* (trad. Raul Lima), *Revista Forense*, vol. LXXXVI, 1941, p. 551.

¹³⁶ Confira: Izhak Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 7-16.

Numa outra ótica, Englard observa a dicotomia característica da responsabilidade civil, consubstanciada no critério de imputação, ou seja, culpa contra risco, o que particularmente nos interessa para entender todos os passos de construção do modelo.¹³⁷

Assim, a responsabilidade por culpa ocorre quando há infração de um dever, seja este legal, seja contratual, que o agente devia ter evitado, conduzindo-se de maneira a não faltar a ele. Destacam-se o dever violado e a imputabilidade do agente conforme explica Caio Mário da Silva Pereira.¹³⁸

Englard discute a relação entre as considerações éticas e sociais da norma de responsabilidade civil, a relação entre a justiça corretiva e a distributiva, e a relação entre culpa e responsabilidade objetiva. Sobre as classificações das teorias de responsabilidade civil, Englard destaca a teoria monista da análise econômica do direito, que se funda na prevenção de danos por força da norma de responsabilidade civil, conforme teorias de Calabresi, Posner e Weinrib.¹³⁹

Considerando a teoria de Richard Posner, que tem por princípio a maximização da riqueza, Englard contrasta-a com o princípio ético. A justiça corretiva é funcional para o princípio da maximização da riqueza, enquanto que a justiça distributiva objetiva a fundação de um Estado justo.¹⁴⁰

Portanto, aquele era o momento da responsabilidade subjetiva sustentar suas razões de existência, com base na ética, na economia e no pragmatismo. Philippe Le Tourneau esclarece tais razões¹⁴¹ demonstrando vantagens da responsabilidade

¹³⁷ Ver: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 21-5.

¹³⁸ Consulte: Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 2, 15. ed. 2. tir., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 232.

¹³⁹ Confira: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 29-31.

¹⁴⁰ Vide: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 36-43.

¹⁴¹ Consulte: Philippe Le Tourneau, *La responsabilité civile*, cit., p. 9-13.

subjetiva no campo da ética, porque amparadas por uma visão humanista da sociedade, onde todo o indivíduo, animado por uma razão, utiliza seu livre arbítrio e é senhor de seu destino, aliado aos conceitos de liberdade, consciência e responsabilidade que são complementares e indissociáveis.

As razões econômicas são fundadas nos argumentos de que a teoria do risco desestimularia e prejudicaria o desenvolvimento em razão da incerteza e de seus altos custos, não havendo um modelo de seguro para suportar o pagamento dos danos.¹⁴²

E, finalmente, a responsabilidade subjetiva teria sua virtude no aspecto prático, pois seria impossível prever todas as hipóteses de reparação, valorizando o princípio da precaução, na medida em que haveria o estímulo para a prevenção, antes de reparar.

Porém, algumas dificuldades, em especial o efeito social da ausência de reparação, ocasionam, inclusive, a divergência sobre os requisitos da responsabilidade, tendo sido apontados por diversos juristas elementos diversos com culpa, antijuridicidade, dano, fato danoso e imputabilidade.¹⁴³

Englard destaca, também, a teoria cética, desenvolvida por Richard Abel, a qual considera que a norma de responsabilidade produz desigualdade social,

¹⁴² Fernando Noronha (Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização, *Revista de Direito Civil*, n. 64, São Paulo, RT, 1993, p. 16) assevera: “O dogma da culpa era especialmente adequado ao individualismo do ‘laissez faire, laissez passer’, novecentista, tutelando os interesses da dominante classe dos empresários (a ‘burguesia’, como então se dizia): em nascentes economias industriais, como eram as européias e também a norte-americana desse Século XIX, obrigar à reparação de danos ditos ‘inevitáveis’, apesar de toda a diligência, implicaria em prejudicar o desenvolvimento econômico, impondo às empresas custos tidos como inoportáveis, porque elas, ao tempo, não estavam em condições de impedir os acidentes, nem de transferir para a sociedade o ônus respectivo, através da indústria seguradora, então ainda incipiente.”

¹⁴³ Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*, v. 7 : *responsabilidade civil*, cit., p. 41) ensina: “Deveras, díspares são as conclusões dos juristas sobre os elementos imprescindíveis à caracterização da responsabilidade civil, pois, p. ex., Marty e Raynaud apontam o ‘fato danoso’, o ‘prejuízo’ e o ‘liame entre eles’ com a ‘estrutura comum’ da responsabilidade; Savatier apresenta a culpa e a imputabilidade como seus pressupostos; Trabucchi exige o fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade.”

principalmente porque o lesado que for melhor orientado e defendido pelos profissionais contratados tem uma possibilidade muito maior de ressarcimento do que os menos favorecidos. Demonstra a existência de um círculo vicioso onde os menos favorecidos estão em inferioridade constante diante da norma de responsabilidade civil. E, finalmente, uma teoria pluralista que coloca lado a lado a análise econômica e a ética, propósito da justiça distributiva, da responsabilidade moral e social, numa tentativa de comparar a eficiência com a liberdade.¹⁴⁴

Ao iniciar a discussão sobre a responsabilidade objetiva, é importante destacar que a equidade é o fundamento da responsabilidade objetiva, pois *ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*, ou seja, quem lucra deve responder pelo risco ou pelas desvantagens.¹⁴⁵

Ao tratar da responsabilidade objetiva, Englard elenca as posições de Thomasius, Wolf, Savigny, Gierke, Mataja, Saleilles. Segundo Thomasius, a responsabilidade objetiva está consubstanciada em pura causalidade, e é a única que pode garantir a paz e a tranquilidade social. Wolf, sucedendo Thomasius, aborda o tema fazendo uma aproximação da imputabilidade com a liberdade. Nesse momento, reflete sobre a idéia de codificação, principalmente baseado em Savigny, segundo o qual o direito deve ser reduzido ao um complexo de proposições éticas da natureza humana, baseado na filosofia de Kant.¹⁴⁶ Por isso, considera a responsabilidade objetiva como resquício, o que é combatido veementemente por Orlando Gomes, mostrando a falsidade deste juízo de valor, porquanto baseado em civilizações sem o grau de civilização da sociedade romana.¹⁴⁷

Englard destaca que a responsabilidade objetiva contraria a teoria de concepção ética de Savigny, e o conceitualismo dos pandectistas, porque não se

¹⁴⁴ Confira: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 67-9.

¹⁴⁵ Consulte: Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7 : *responsabilidade civil*, cit., p. 55-6.

¹⁴⁶ Confira: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 93-5.

¹⁴⁷ Ver: Orlando Gomes, *A crise do direito*, cit., p. 177.

adequa à liberdade individual, e sim à ideologia liberal, profetizada pela economia e indústria. Sintetiza a posição de Gierke que critica o sistema abstrato de Savigny sustentando que a responsabilidade objetiva é fundada na justiça social, justiça essa que é tarefa do direito privado. Ressalta a observação de Mataja que em matéria de dano, nenhum legislador reagiu ao fato realizado (*fait accompli*), e conseqüentemente remediar uma perda que é irrecuperável. O trabalho do legislador é reduzido a duas operações: introduzir os mecanismos de prevenção e distribuir o dano entre as pessoas, segundo a exigência da justiça e da economia.¹⁴⁸

Constata-se que o critério da culpa não é suficiente, porque a vítima resta sem reparação em todos os casos que a conduta do ofensor não é culposa, o que leva a uma preferência para a responsabilidade objetiva. Essa tese provocou inúmeras reações, tendo sido acolhida por Saleilles¹⁴⁹ na sua teoria do risco, o que à época era uma exceção. E, por isso, surgiu um grande movimento contrário, liderado por Hauriou, e seguido por Ripert, Demogue e Esmein, acusando a generalização da teoria do risco, considerando-a um anacronismo.¹⁵⁰

Georges Ripert tenta, ainda, buscar uma aproximação dos conceitos, em defesa da responsabilidade subjetiva, segundo a qual as expressões risco criado e risco profissional despertariam a idéia de uma atribuição dos atos ao seu autor, portanto uma idéia de responsabilidade subjetiva. Critica a responsabilidade objetiva, por outro lado, considerando-a um regresso à regra bárbara da vingança.¹⁵¹

Nesse contexto, Boris Starck estabelece um novo ângulo para a responsabilidade civil, fundado na vítima, que passaria a ter a garantia de ter seus

¹⁴⁸ Consulte: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 96-102.

¹⁴⁹ Caio Mário da Silva Pereira (*Direito civil : alguns aspectos da sua evolução*, cit., p. 116) recorda que: “Realizando trabalho hermenêutico, Saleilles argumenta que o vocábulo *faute* contido no art. 1.384 foi empregado no sentido de *fait*, equivalendo à causa de qualquer dano. A proposição originária surge, em 1897, em estudo especializado: *Les accidents de travail et la responsabilité civile – essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle*.”

¹⁵⁰ Consulte: Orlando Gomes, *A crise do direito*, cit., p. 174-75.

¹⁵¹ Georges Ripert, *A regra moral nas obrigações civis* (trad. da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira), São Paulo, Livraria Acadêmica, 1937, p. 213.

direitos respeitados pela sociedade. Essa nova teoria surge como uma terceira via para responder as principais críticas das teorias da culpa e do risco.¹⁵²

É afastada a posição do autor do dano, para privilegiar-se a posição da vítima, isso porque, a então proteção da humanidade pelo direito e a moral é abalada pelas modificações sociais.

Na teoria da culpa, pela sua dificuldade de prova, restavam inúmeras situações sem indenização, o que prejudicava as vítimas e começou a causar comoção social. A teoria do risco, por sua vez, era acusada de limitar o desenvolvimento da atividade econômica ao impor o ônus de arcar objetivamente pelos prejuízos causados.

A culpa equivale-se à pena privada cuja função é de prevenção, ou seja, o Poder Judiciário deveria fixar a pena com o intuito de desestímulo.

Boris Starck confere o *status* de direito subjetivo à segurança, razão pela qual sempre haverá responsabilização pelos danos causados, pois constituem atos ilícitos pela afronta àquele direito subjetivo da segurança. E essa construção desse direito subjetivo à segurança é feita a partir da premissa da existência de conflitos de direitos subjetivos.¹⁵³

Na verdade, pretendia Boris Starck apresentar uma solução com base na ponderação do limite para garantir-se um mínimo de segurança sem prejuízo da atividade, ou seja, uma solução para o conflito de direitos subjetivos. A proposta é no sentido de ser encontrada a virtude do equilíbrio.

¹⁵² Consulte: Boris Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, L. Rodstein, 1947, pp. 37-77.

¹⁵³ Consulte: Boris Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile*, cit., pp. 195-202.

Porém, como observa Wilson Melo da Silva, a teoria de Starck sofre as mesmas críticas da teoria do ato normal de Ripert, de 1902, pois para a apuração da anormalidade sempre seria necessário recorrer aos critérios de culpa clássica.¹⁵⁴

Englard constata que as teorias tradicionais, todas a partir da culpa, nada mais são do que reprodução da Filosofia do Direito de Hegel. Em decorrência da evolução desse pensamento, o legislador não afasta o princípio da culpa, mas introduz a responsabilidade objetiva fundada no risco. Englard registra a solução extremista, inadequada, de alguns legisladores mais audazes que pretenderam substituir o sistema tradicional de responsabilização por um sistema geral de garantia social (*alternative compensation systems*), onde tudo seria indenizado por tal sistema.¹⁵⁵

Na verdade, como esclarece Pontes de Miranda, todas essas mudanças na teoria existem por razões de técnica econômica, política e jurídica, variando a teoria da responsabilidade conforme o momento histórico que explica a noção de responsabilidade.¹⁵⁶

Ao ponderar que a maior parte dos problemas de responsabilidade civil fundase na tomada de posição funcional ou ética, como nas questões de privacidade (*privacy*), danos punitivos (*punitive damages*), indenização coletiva (*mass torts*), Englard conclui que muitas normas de responsabilidade civil são resultado de propostas contrastantes, refletindo os esquemas da justiça corretiva, que é objetivo do direito privado, e da justiça distributiva, escopo do direito público. O sistema pluralista é incoerente, pois composto de valores e objetivos conflitantes. De outra forma, o sistema monista, fruto da escolha dos juristas e economistas, é coerente, mas não assegura a prevenção do dano, nem a eficiência econômica. O sistema fundado na

¹⁵⁴ Vide: Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, cit., p. 64.

¹⁵⁵ Confira: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 109-17.

¹⁵⁶ Confira: Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. LIII, 3. ed. reimp., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972, p. 57.

justiça corretiva é individualista, sendo seu resultado insatisfatório, ao passo que o sistema com base na justiça distributiva é igualmente perigoso, porque utópico.¹⁵⁷

A conclusão de Englard é por um sistema misto, e pluralista, que objetiva assistência social e vigilância. Uma tarefa árdua para o legislador em decorrência da amplitude e importância dos interesses envolvidos, não podendo, *a priori*, privilegiar uma posição. Independente da lei, o juiz deve encontrar a solução mais adequada para a administração racional e justa do dano.¹⁵⁸

Tais ponderações são o resultado de uma mudança sem precedentes, onde o princípio de direito *neminem laedere*, enunciado por Ulpiano, está cada vez mais presente para o ser humano, sendo uma das molas propulsoras de todo o movimento para que não haja dano sem reparação.

Com a evolução da sociedade e o avanço da tecnologia¹⁵⁹, houve uma expansão dos centros urbanos, crescimento das indústrias, razão pela qual, conseqüentemente, multiplicaram-se as situações de perigo, e, efetivamente, cresceram os danos causados pelas máquinas, criando uma situação peculiar, até então, onde os agentes causadores dos danos foram considerados *anônimos*¹⁶⁰ por Henry, Jean e Léon Mazeaud.

Note-se que esse “anonimato”, ou seja, a impossibilidade de imputar-se culpa a alguém, aliado ao fato de que a lei não determinava quem deveria arcar com o risco, levava a vítima a suportar o dano (*casus sentit dominus*). Tal circunstância de irreparabilidade do dano não tinha mais sentido, o que elevou o risco à categoria de fundamento da responsabilidade civil.

¹⁵⁷ Ver: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 135-53.

¹⁵⁸ Consulte: Izakh Englard, *The philosophy of tort law*, cit., pp. 175-90

¹⁵⁹ Confira: William W. Fisher III, *Promises to keep : technology, law, and the future of entertainment*, Stanford, Stanford University Press, 2004, pp. 11-37.

¹⁶⁰ Vide: Henry, Jean e Léon Mazeaud, *Leçons de droit civil - obligations – théorie générale*, t. 2, v. 1, 6. ed., Paris, Montchrestien, 1978, p. 350.

É evidente que o risco já existia, sempre existiu, mas foi a mudança social que lhe deu relevo, servindo de justificativa para instituição da reparação de danos, independentemente de culpa. Ou seja, quando existe o risco, surge a responsabilidade sem culpa, com o mesmo fundamento excepcional do acidentes nas estradas de ferro, visando uma justiça distributiva.

O acidente no trabalho é a primeira situação de risco a ser protegida por essa nova concepção objetiva, que terminou por proteger, também objetivamente, o consumidor do produto fabricado.¹⁶¹ Esse é o exemplo marcante da evolução da responsabilidade objetiva que modificou a cadeia produtiva, e a atividade empresária.

Assim, a culpa deixa de ser um obstáculo para a reparação, não só pelo pesado ônus de prová-la, mas fundamentalmente pela necessária existência de reparação por quem deu causa ao risco. Ou seja, aquele que proporciona riscos ou danos por determinado ato, obtendo lucro, ou benefício, deve arcar com os ônus de reparar os prejuízos causados em consequência desse ato.

Fernando Noronha observa um fenômeno baseado na coletivização e expansão dos danos suscetíveis de reparação, bem como na objetivação da responsabilidade, decorrentes da revolução industrial.¹⁶²

Inegável, portanto, que o movimento é de distribuição social do risco, na medida em que o dever de indenizar cabe, independente de qualquer nexo de causalidade, àquele que se beneficiou da atividade que levou ao dano, como destaca Menezes Cordeiro.¹⁶³

¹⁶¹ Consulte por todos: João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil do produtor*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

¹⁶² Ver: Fernando Noronha, *Direito das obrigações : fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil*, v. 1, cit., p. 540.

¹⁶³ Consulte: António Menezes Cordeiro, *Direito das obrigações*, vol. 2, Lisboa, AAFDL, 1986, p. 263.

Para a teoria do risco importa, apenas e tão somente, o nexo causal entre fato e o dano, ao passo que a idéia anterior (subjetiva) era o nexo causal entre a culpa do agente e o dano.

Georges Ripert explica que os juristas se preocuparam em encontrar o fundamento, qual o novo princípio, do direito à reparação. Desenvolveu-se a idéia de atribuição, onde o risco profissional, risco da propriedade e o risco criado são fórmulas de atribuição.¹⁶⁴

A partir da tendência de aumentar as garantias oferecidas à vítima, Caio Mário da Silva Pereira insistiu na evolução da teoria da culpa para o risco criado, por considerá-la mais democrática e humana, porquanto coloca em evidência a necessária proteção do ser humano num mundo onde o desenvolvimento cria riscos de danos que escapam ao controle individual.¹⁶⁵

Contudo, na teoria do risco ainda remanesce a possibilidade de exclusão da responsabilidade, especialmente quando há culpa da vítima, o que não ocorre com a responsabilidade sem culpa. Nota-se que a responsabilidade sem culpa já existia no campo dos direito reais, sendo comum a confusão entre a responsabilidade objetiva e a teoria do risco. Há uma identidade somente em relação aos efeitos, mas a diferença consiste no fato de que as hipóteses de responsabilidade objetiva não têm qualquer relação com a culpa, diferentemente da teoria do risco que pode ter a presunção de culpa desfeita, o que nunca ocorreria com a responsabilidade objetiva.¹⁶⁶

Ainda, nessa evolução da teoria do risco, surge a teoria do risco integral como circunstância mais radical, onde haveria o dever de indenizar mesmo sem a prova do

¹⁶⁴ Confira: Georges Ripert, *A regra moral nas obrigações civís*, cit., p. 212-13.

¹⁶⁵ Confira: Caio Mário da Silva Pereira, *Direito civil : alguns aspectos da sua evolução*, cit., p. 142.

¹⁶⁶ Ver: Renan Lotufo, *Curso avançado de direito civil : volume 1 : parte geral*, cit., p. 314.

nexo causal, e sem que se possa alegar o extraordinário, constituindo norma solidamente objetiva.¹⁶⁷ Ressalte-se que a responsabilidade objetiva exige o nexo de causalidade, mas a teoria do risco integral, pela gravidade do dano, dispensa culpa e nexo, o que ocorre em casos excepcionais.¹⁶⁸

Tal circunstância pode ser exemplificada pela atividade nuclear que foi objeto de profunda análise da doutrina. Carlos Alberto Bittar concebeu o que denomina de um terceiro sistema, de caráter especialíssimo, sobre as atividades nucleares, cujo aspecto fundamental é o risco exacerbado decorrente da exploração da atividade nuclear. Nessa modalidade, há uma concepção objetiva radical das “leis atômicas”, fundada em princípios específicos em virtude dos altos riscos envolvidos.¹⁶⁹

Seu sistema é arquitetado segundo a necessidade de ser estabelecido o denominado “risco nuclear” como fundamento da responsabilidade, criando-se lei sobre a indenização, com vinculação do Estado. Pretende a concentração da responsabilidade para o explorador da atividade, numa limitação de termos e valores na conformidade de leis específicas, além da instituição obrigatória de garantia prévia, através de seguro, para o desenvolvimento da atividade nuclear.¹⁷⁰

Bittar demonstra que essa realidade não é tão distante, pois a tecnologia possibilitou o manejo de materiais, com esse nível grave de risco, nos centros urbanos, notadamente os hospitais e laboratórios.¹⁷¹

¹⁶⁷ Ler: Guilherme Couto de Castro, *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 18.

¹⁶⁸ Consulte: Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, *Comentários ao novo Código Civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, v. 13, 1. ed., 2. tir., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p.15.

¹⁶⁹ Vide: Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, cit., pp. 100-06.

¹⁷⁰ Consulte: Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, cit., pp. 127-34.

¹⁷¹ Confira: Carlos Alberto Bittar, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, cit., p. 162-63.

Nesse movimento de alicerçar o risco como fundamento da responsabilidade civil, ressurgiu a vetusta alegação de limitação ao exercício da atividade econômica pelo pesado ônus da indenização.

Porém, essa idéia pode ser afastada pelo princípio da solidariedade que equilibra os interesses e direciona para a harmonia social.¹⁷²

Patente a nova fase do direito civil, nesse claro exemplo de *ancoragem*¹⁷³ que evidencia o direito civil constitucional, em sua faceta mais profunda, observa Pietro Perlingieri ao vislumbrar a solidariedade constitucional como uma referência da igualdade e da dignidade social.¹⁷⁴

Assim sendo, a solidariedade é mais um, e fundamental, elemento para o panorama de abordagem das questões de responsabilidade civil na internet, porquanto presente nas relações jurídicas contemporâneas, como explica Roberto Mangabeira Unger. A tutela jurídica dos atos e das relações pré-contratuais, as doutrinas relativas à boa fé e ao abuso de direitos são manifestação de apoio do direito privado às relações da comunidade.¹⁷⁵ Relações contemporâneas que substituíram o físico pelo virtual.

2.3. Das estradas de ferro à *information superhighway*

¹⁷² Ver: Patrícia Ribeiro Serra Vieira, *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*, 1. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 88.

¹⁷³ Vide: Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, cit., p. 232-35.

¹⁷⁴ Consulte: Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 168.

¹⁷⁵ Mangabeira Unger, numa abordagem inédita, sintetiza: “Os direitos de solidariedade são forma legal às relações sociais de confiança e responsabilidade. Os objetivos da teoria dos direitos de solidariedade se estendem para além dos objetivos limitados do programa institucional, até as relações comunitárias e pessoais transformadas que uma democracia forte tem condições de ajudar a gerar e manter. O estabelecimento de um sistema de direitos que atribui um lugar explícito para os direitos de solidariedade representa uma parte de um plano de transformação institucional. Mas também serve à transformação cultural-revolucionária das relações pessoais que acompanham lado a lado o plano de aumentar a autonomia da democracia.” Roberto Mangabeira Unger, *Política: os textos centrais, a teoria contra o destino*, 1. ed., São Paulo, Boitempo, Santa Catarina, Editora Argos, 2001, pp. 377-79.

Tomas Kuhn, em 1962, no seu célebre livro “*The Structure of Scientific Revolutions*”¹⁷⁶ apresenta sua visão do progresso científico, sustentando que a realidade ou o contexto que se quer pesquisar ou entender, conforme cada momento do tempo, está constituído por um conjunto infinito e caótico de dados que um marco conceitual dominante permite interpretar. Esse marco interpretativo é denominado por “ciência”, e é aceito até que as discrepâncias entre a realidade e os dados tornem-se tão gritante que outro paradigma substitua o anterior. O paradigma dominante determina categorias analíticas, a seleção dos dados e as formas de tratamento dos mesmos, valores, etc. Como exemplos, temos o sistema solar de Copérnico que substituiu ao de Ptolomeu. O mesmo fez o relativismo de Einstein com respeito à física newtoniana a qual, por sua vez, tinha substituído a aristotélica. Ou seja, a ciência não avança de forma lenta e gradual, com contribuições pequenas. O conhecimento avançaria, segundo Kuhn, mediante revoluções, rupturas de paradigmas.

Assim é a internet.

O ser humano que viajava de trem, hoje se locomove na *information superhighway* com a velocidade dos átomos, sendo impressionante o momento vivido pela humanidade.

E o atual momento não é somente o da internet, mas de todos os meios de comunicação, razão pela qual não se deve confundir a *information superhighway* com a internet, na medida em que aquela abriga outros meios, como os canais de televisão que estão adentrado na era digital, onde se pode assistir aos programas conforme a vontade do telespectador, sem precisar gravar ou apressar-se para cumprir outros compromissos, e, no futuro, com a conjugação da internet, será possível obter informações mais detalhadas sobre qualquer conteúdo exibido, bem como adquirir, imediatamente, qualquer produto exposto no programa.

¹⁷⁶ Consulte: Thomas S. Kuhn, *Estrutura das revoluções científicas* (trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira), São Paulo, Perspectiva, 1975.

As inovações e promessas revelam que a informação adquiriu um valor autônomo, independente do veículo utilizado para obtê-la. Talvez, o exemplo mais marcante dessa realidade é a empresa Google, a mais famosa e utilizada ferramenta de busca de informação no conteúdo da internet. A Google foi idealizada por dois jovens no quarto da Universidade de Stanford a partir de uma ferramenta rudimentar de pesquisa de conexões na internet, em 1995. Dez anos depois, a Google é um empresa de capital aberto cujo crescimento nos últimos cinco anos foi de 400.000%.¹⁷⁷

E porque a Google cresceu tanto? Porque nos oferece a possibilidade de saber o que queremos. Basta colocar a palavra e ela nos mostra tudo que queremos e muito mais. Ou como ela mesma define sua missão: “Organizar as informações do mundo e torná-las universalmente acessíveis e úteis.”¹⁷⁸

Porém, o ser humano não está satisfeito. A discussão do momento é encontrar a fórmula para a resposta perfeita, conforme o perfil de quem pergunta.

Contudo, existe uma peculiaridade na ferramenta de busca. Consiste no resultado pago, aquele anunciante que paga para aparecer em primeiro lugar. Isso porque os resultados das buscas aparecem em razão da relevância do *link*, onde está o conteúdo, a informação desejada. A relevância é determinada pela política de cada empresa que fornece os resultados, mas de forma geral apresenta-se como relevante quem tem muitos acessos ou muitas interligações com outros *links* também de muito acesso. Tal circunstância abre a possibilidade de manipulação, ou seja, produzir inúmeros acessos de forma artificial, o que tem sido sistematicamente denunciado e combatido pela empresa de busca que retira a prioridade do fraudador.

¹⁷⁷ Confira: John Battelle, *A busca : como o Google e seus competidores reinventaram os negócios e estão transformando nossas vidas* (trad. Nivaldo Montingelli Jr.), Rio de Janeiro, Elsevier, 2006, p. 203.

¹⁷⁸ Confira: John Battelle, *A busca*, cit., p. 119.

Mas, seria ético colocar um resultado em primeiro lugar, mediante pagamento, e não avisar essa condição para quem acessa? Em outras palavras, o usuário da ferramenta de busca na internet tem direito de saber se o resultado encontrado é fruto da relevância ou de anúncio? Qual o direito de ter o seu resultado catalogado e indicado?

As questões além de interessantes, somente demonstram a força produzida pela difusão de informações na internet. Aprofundando no tema, há casos reais de comerciantes que tiveram o desenvolvimento de seu negócio prejudicado, porque era baseado na consulta livre da ferramenta de busca, e houve mudança no critério de relevância tirando-os do topo da lista, e, por conseguinte, tirando-lhes a clientela, o que obrigou, muitos, a aderir ao sistema de pagamento, anúncio.

Esse procedimento de busca inverte o antigo processo de alcançar a informação na medida em que o ser humano pode buscá-la onde quiser, o que aumenta e pulveriza o poder decisório do indivíduo isolado. Essa realidade aliada ao valor da informação em si, independente do meio e forma que é veiculada, são questões para delicadas soluções jurídicas em virtude da distância, difusão que escapa ao controle jurídico.¹⁷⁹

O ser humano é dono de suas ações, sendo evidente que a responsabilidade não está nas estrelas, mas dentro dele. Ao agir gera-se um efeito, e mesmo que não se tenha a dimensão disso, há responsabilidade por ele.

E os efeitos da internet têm a marca de uma *destruição criadora*¹⁸⁰ que remove conceitos, e imputa pesados ônus para a sociedade, em especial, para o operador do direito que deve preocupar-se com o arcabouço legal.

¹⁷⁹ Marco Aurelio Greco, *Internet e direito*, cit., p. 11-3.

¹⁸⁰ Consulte: Arnoldo Wald, Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil, *O direito civil no século XXI* (coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 75.

Nessa medida, e com os olhos postos na responsabilidade civil, que devemos vasculhar a procura das normas aplicáveis identificando as lacunas jurídicas.

2.4. Lacuna jurídica

A crise da responsabilidade civil surge quando o sistema deixa de funcionar.

Tivemos a oportunidade de demonstrar que a internet modificou os paradigmas, sendo nosso dever encontrar as normas aplicáveis. Para tanto, optamos iniciar a partir da Constituição Federal.

São claros alguns princípios, que servem de fundamento para o Estado Democrático de Direito, entre eles a soberania (CF, art. 1º, I), inclusive nas relações internacionais quando se tem a independência nacional (CF, art. 4º, I), que traz a tona o problema da regulação da internet. Considerando que a internet não é propriedade de ninguém, e não há foro ou domicílio oficial, como pode ser exercida a soberania? O parágrafo único do art. 1º ao estabelecer que todo o poder emana do povo, nos leva ao paralelo de que na internet, também o poder emana do povo, no caso os usuários (que potencialmente são todas as pessoas), não havendo, contudo, o exercício do poder por meio de representantes eleitos, mas por cada indivíduo, revelando um poder difuso.

Considerando que as relações na internet desenvolvem-se sem fronteiras, sem olvidar a tendência mundial de integração supranacional (CF, art. 4º, parágrafo único), a questão está interligada com direitos que venham a ser estabelecidos em tratados internacionais que o Brasil faça parte (CF, art. 5º, §2º), ou a jurisdições que se submeta, como no caso do Tribunal Penal Internacional (CF, art. 5º, §4º).

Além da soberania, temos como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e os valores sociais do trabalho

e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV) que estão presentes nos objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), promovendo o bem de todos (CF, art. 3º, IV) e garantindo o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II). Todos esses valores conjugados são os contornos da ordem econômica (CF, art. 170) e exigem um cuidadoso trabalho hermenêutico¹⁸¹.

As atividades desenvolvidas na internet são bem-vindas e sua abrangência garante o exercício da cidadania (CF, art. 1º, II), evitando os excluídos e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, III).

O acesso à informação (CF, art. 5º, XIV) e à cultura (CF, arts. 215 e 216) pelos meios eletrônicos de comunicação social (CF, art. 222), aliado ao poder da associação (CF, art. 5º, XVI, XVII, XVIII e XX), presentes nos *chats*, grupos de discussão e ferramentas de mensagem instantânea, garantem o desenvolvimento da atividade econômica (CF, art. 170), respeitados os limites dos direitos autorais (CF, art. 5º, XXVII e XXVIII), marcários (CF, art. 5º, XXIX) e do consumidor (CF, art. 5º, XXXII).

A liberdade com responsabilidade é um direito fundamental, razão pela qual é garantida a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (CF, art. 5º, IV), exatamente para garantir o direito de resposta (CF, art. 5º, V), evitando que danos sejam causados sem a possibilidade de reparação, o que coloca em evidência a inquietante questão do sigilo de fonte, uma vez que são os provedores detentores da informação que pode identificar o usuário. Neste caso, podem os provedores alegar que há a proteção do sigilo de fonte necessária ao exercício profissional (CF, art. 5º, XIV) ou a inviolabilidade de sigilo de dados (CF, art. 5º, XII)?

O direito à segurança protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, tornando-as invioláveis em absoluto (CF, art. 5º, X), diferentemente do

¹⁸¹ Vide: Miguel Reale, *O estado democrático de direito e o conflito de ideologias*, cit., p.44.

que ocorre com a inviolabilidade da casa (CF, art. 5º, XI) e o sigilo das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII) que permitem sua flexibilização por ordem judicial.

A informação tem tratamento especial ao lhe ser garantido o acesso (CF, art. 5º, XXXIII), inclusive com um meio específico, *habeas-data* (CF, art. 5º, LXXII), o que se aplica aos provedores e *sites* que detêm bancos de dados, sendo públicas as informações processuais, em princípio (CF, art. 5º, LX), o que garantem maior transparência com a consulta pela internet.

Last but not least, exsurge a garantia da legalidade, de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II), objetivando assegurar ao cidadão o conhecimento das regras do jogo, traduzindo uma necessidade de normatização de questões tão fundamentais como a responsabilidade na internet. A norma sempre acabará surgindo, na medida em que a omissão do legislador é solucionada pela jurisprudência ao aplicar o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) estabelecendo normas.¹⁸²

Isso porque, não queremos viver tempos obscuros como aqueles em que obrigou Ruy Barbosa a impetrar *habeas corpus* para exercer o seu direito de reunião e livre manifestação de pensamento, quando da sua candidatura à presidência da República, cuja manifestação do Supremo Tribunal Federal foi emblemática ao ressaltar o princípio da legalidade.¹⁸³

¹⁸² Maria Helena Diniz (*As lacunas no direito*, cit., p. 117) escreve: “Donde se conclui que a teoria das lacunas tem uma dupla função: a) fixar os limites para as decisões dos magistrados, demonstrando o que se deve entender por sistema jurídico, ressaltando sua composição complexa em subsistemas, bem como sua interligação com normas de outros sistemas, colocando em pauta os ditames das normas de proibição do *non liquet*: art. 4º e 5º da Lei da Introdução ao Código Civil e art. 126 do CPC; b) justificar a atividade do Legislativo. O Ordenamento jurídico é, portanto, dinâmico e não estaticamente pleno, uma vez que prevê meios legislativos e judiciais para estender a esfera do disciplinado para a do não regulado.”

¹⁸³ HC 4.781, Relator Ministro Edmundo Lins, julgado em 5.4.1919, concedendo a ordem por unanimidade. Confira: *Revista Forense*, v. XXXI, pp. 212-216.

Mesmo sendo a Constituição a luz que ilumina todo o sistema, e tendo regulado matéria que era exclusivamente do direito civil, é no Código Civil e na legislação infraconstitucional que as normas devem estar dispostas para segurança e confiança dos usuários.

Dessa forma, cumpre-nos analisar a regra de responsabilização do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, verificando se ela atende às novas circunstâncias, na medida em que tal regra estabelece que há a responsabilidade sem culpa quando houver atividade de risco normalmente desenvolvida pelo autor dano, devendo haver somente a prova do nexo causal.¹⁸⁴

Porém, na internet, muitas vezes o autor do dano não desenvolve nenhuma atividade, mas se utiliza de quem está estabelecido para produzir o dano, bastando citar o exemplo daquele que publica num determinado *site* na internet o anúncio ofensivo à imagem e honra de terceiro.

Quem seria o autor do dano? Haveria o elo entre o autor do dano e a atividade desenvolvida. Quais os limites de responsabilidade dos *sites* que publicam anúncios, notícias? Como solucionar a questão? Seria a hipótese de responsabilizar os *sites* usados, para que haja uma conscientização de prevenção e cadastro de usuários, possibilitando, inclusive, o ressarcimento pela ação regressiva? Ou simplesmente, um retorno ao passado sombrio, onde a vítima arca exclusivamente com o dano? Estas são algumas das inúmeras indagações que enfrentaremos a seguir, mas cuja resposta aponta uma lacuna jurídica.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Vide: Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro, v. 7 : responsabilidade civil*, cit., p. 56.

¹⁸⁵ Maria Helena Diniz (*Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, 11. ed. adaptada à Lei 10.406/2002, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 110-11) ensina: “Uma vez admitida a questão da existência das lacunas jurídicas, surge a da sua identificação, isto é, da sua *constatação*. Esta problemática abrange duas facetas: 1ª) a concernente ao ordenamento jurídico, que se caracteriza pelo fato de se saber em que limite a norma é omissa, ou seja, até que ponto não é aplicável sem um complemento, até onde, em caso de lacuna, pode-se interpretar a lei e até que ponto integrá-la; 2ª) a referente à dificuldade de determinação da medida em que a ausência de norma pode ser tida como lacuna. De maneira que o problema se resume na definição da lacuna, na sua classificação, nos meios

Há lacuna jurídica, pois não conseguimos identificar se houve ou não omissão do comportamento devido, bem como determinar qual seria o comportamento devido.¹⁸⁶

Maria Helena Diniz esclarece que o ordenamento jurídico sempre nos oferece princípios e normas latentes para solução de casos não prescritos em lei, porém, tal constatação, não retira a característica lacunosa do direito, mesmo sendo ao mesmo tempo sem lacunas. Isso porque o fenômeno jurídico é captado de forma dinâmica, o que esclarece a circunstância do direito ser ora lacunoso, ora sem lacunas.¹⁸⁷

Nestas circunstâncias, temos a lacuna como um recurso ideológico que permite a solução mais justa ao caso concreto permitindo a utilização de fatores extrapositivos, tornando-os positivos, sendo certo que não se cria direito novo quando se integra ou subsume, apenas aplica-se uma norma individual ao caso concreto.¹⁸⁸

Por outro lado, cumpre destacar que o magistrado, como aplicador do direito, é quem interpreta de verdade, pois não está apenas sob a égide da legislação, mas dos valores sociais vigentes.¹⁸⁹

através das quais o órgão jurisdicional completa as normas, nos limites dessa função integradora, no sentido de uma neutralização política do Judiciário.”

¹⁸⁶ Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, cit., p. 103.

¹⁸⁷ Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, cit., p. 115.

¹⁸⁸ Maria Helena Diniz, *As lacunas no direito*, cit., p. 294.

¹⁸⁹ Maria Helena Diniz (*Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*, cit., p. 139-40) pondera: “A ciência do direito, articulada no modelo teórico hermenêutico, ao encarar a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa, relacionando a hipótese de conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista o seu sentido, assumindo, então, uma atividade interpretativa, tendo uma função primordialmente avaliativa, por propiciar o encontro de indicadores para uma compreensão parcial ou total das relações, surge como uma teoria hermenêutica, por ter, dentre outras, a tarefa de: (...) b) verificar a existência da lacuna jurídica, constatando-a e indicando os instrumentos integradores, que levem a uma decisão possível mais favorável, argumentada no direito vigente, mesmo quando se trate de critérios conducentes a uma decisão *contra legem*, nas hipóteses de lacunas axiológicas e ontológicas.”

E a constatação da existência de lacuna jurídica para as questões da responsabilidade civil na internet não representa crítica ao novo Código Civil ou ao legislador, pois como observa Afranio Lyra: “Os fatos não são criados pela norma jurídica. Ao contrário, esta é que surge para ajustá-los aos reclamos da vida social. O normativismo jurídico vem sempre com atraso. Daí as questões criadas pela incessante evolução, e pelas inevitáveis mutações da sociedade, pendentes de regulamentação legal. Em tais casos, manifesta a insuficiência da legislação, há que ser invocada a iniciativa criadora da jurisprudência.”¹⁹⁰

Porém, para que o direito possa cumprir sua finalidade de composição de interesses de forma justa¹⁹¹, promover a confiança e a segurança jurídica, é fundamental disciplinar algumas circunstâncias como a responsabilidade dos provedores.

2.5. Responsabilidade dos provedores

Quais as ideologias que sustentam, verdadeiramente, de um lado a regulação, e de outro a liberdade absoluta na internet?

Haveria ofensa à liberdade de expressão nas hipóteses de regulação da internet? Não há limites a serem fixados?

Para responder essas indagações, devemos lembrar a origem de direitos e obrigações que fortaleceram a sociedade civil e os indivíduos na relação com os poderes do Estado. Surgiram, na Europa e nos Estados Unidos, no momento em que a burguesia consolidou-se como classe social e liderou o questionamento ao poder absoluto da monarquia.

¹⁹⁰ Afranio Lyra, *Responsabilidade civil*, 2. ed., São Paulo, Vellenich Editor, 1979, p. 39.

¹⁹¹ Confira: Renato Ribeiro, A analogia como forma de integração, *RT* 68, vol. 529, nov. 1979, p. 27.

A Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra, em Runnymede, perto de Windsor, no ano de 1215; a Petição de Direitos de 1628, requerida pelos comuns e pelos lordes espirituais e temporais; o *Bill of Rights* de 1689, também na Inglaterra do século XVII; são todos documentos que afirmam direitos e liberdades do povo inglês, restringindo o poder do soberano.

Ainda, a Constituição norte-americana que, em 1791, incorporou os direitos e as liberdades individuais nas suas dez primeiras emendas.

E, no ápice desse movimento de afirmação dos direitos humanos surge a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", proclamada na França, em 1789, no contexto de uma revolução contra o poder absoluto do rei e pelo fim dos privilégios do clero e da aristocracia.¹⁹²

Diferentemente dos ingleses, que afirmaram direitos apenas para os nascidos no seu país, a declaração francesa proclamava os direitos do homem e do cidadão para a humanidade inteira, e por isso foram reconhecidos como direitos universais.

A “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” preceitua em seu art. 4º que a liberdade consiste em poder fazer tudo quanto não incomode o outro. Assim o exercício dos direitos naturais de cada ser humano não tem limites senão nos que asseguram o gozo destes direitos aos outros membros da sociedade. Estes limites não podem ser determinados senão pela lei.¹⁹³

¹⁹² Marco Aurelio Greco (*Internet e direito*, cit., p. 12) afirma: “A partir da Revolução Francesa desenvolveu-se o que se pode denominar de um ‘mito universalista’, segundo o qual o ‘homem’ seria uma entidade abstrata titular de interesses uniformes e investido de valores ‘universais’ onde quer que ele se encontrasse. Esta foi uma grande conquista da história da Humanidade da qual não se pode abrir mão, especialmente no âmbito dos chamados Direitos Humanos, porém, a idéia de valores universais está sendo obrigada a conviver com uma concreção de seus conteúdos tendo em conta realidades locais.”

¹⁹³ Disponível: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm>> “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.” Acesso em: 12 mar. 2006.

Essa constatação da necessidade de lei para determinação dos limites remonta, portanto, ao ano de 1789, e mostra-se mais atual como nunca, em especial dirigida à *vexata quaestio* sobre a regulação da internet, razão pela qual a questão da liberdade encontra-se no âmago da experiência do Direito e de toda experiência ética.¹⁹⁴

Mesmo não sendo a regulação da internet o nosso tema, não há como negligenciar o enfrentamento, mesmo que superficialmente, para fixar outra premissa de nosso trabalho.

Dessa forma, mesmo sendo forte a concepção de liberdade absoluta e reconhecidos os valores básicos e inalienáveis da pessoa humana, na atualidade há uma busca pela sintonia de interesses, compatíveis com a realidade e com o contexto de experiências¹⁹⁵, como ocorre claramente na internet.

Ressalte-se a dificuldade de discussão da regulação, na medida em que a internet foi construída de forma aberta e democrática, sem que ninguém fosse proprietário de qualquer espaço ou padrão¹⁹⁶, sem que houvesse um poder único, o que revela que o conceito de Estado-Nação não atende à nova realidade, mas não significa que a internet seja um ambiente sem regras.¹⁹⁷

E aqui nos dedicamos à análise da regulação de conteúdo, na medida em que a regulação de estrutura da internet, internacional e no Brasil, seria objeto de outro estudo.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Consulte: Maria Garcia, *Desobediência civil : direito fundamental*, cit., p. 306.

¹⁹⁵ Ver: Marco Aurelio Greco, *Internet e direito*, cit., pp. 12-3.

¹⁹⁶ Veja: Marcos Rolim Fernandes Fontes, *Nomes de domínio no Brasil*, cit., p. 53.

¹⁹⁷ Confira: Marco Aurelio Greco, Poderes da fiscalização tributária no âmbito da Internet, *Direito e Internet : relações jurídicas na sociedade informatizada* (coord. Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins), 1. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 180.

¹⁹⁸ Vide: Marcos Rolim Fernandes Fontes, *Nomes de domínio no Brasil*, cit., pp. 58-75.

Ora, o romantismo dos primeiros usuários, dos libertários, é ofuscado pelo largo acesso e exploração comercial da internet, que, para sua própria subsistência passa a exigir a regulação, como forma de sustentar as garantias e liberdades do mundo virtual.¹⁹⁹

Mesmo sendo evidente a necessidade de regulação, nada justifica atentar contra os direitos fundamentais da liberdade e da dignidade humana, estando acesa a discussão, já nesse passo, então, quanto aos limites dessa regulação.

Dessa forma, a liberdade é construída de forma compartilhada, e não mais de forma individual, diante da plena e necessária comunicação dos seres humanos, numa rede de conexões que transforma, que unifica o ambiente e o indivíduo, alterando a antiga concepção de que a liberdade termina quando começa a do outro, para uma concepção de liberdade conjunta.²⁰⁰

¹⁹⁹ Ronaldo Lemos da Silva Junior (Perspectivas da regulamentação da Internet no Brasil – uma análise social e de direito comparado, *Comércio eletrônico*, cit., p. 171) afirma: “Questões como o acoplamento do mundo virtual às instituições do mundo real, nesse sentido, tornam-se relevantes. É neste momento que a regulação se faz necessária. Como visto, a Internet não regulada pelas instituições do mundo real segue seu próprio caminho regulatório, pautado primordialmente por imperativos econômicos que na maioria das vezes desconsideram consequência políticas ou valorativas. Assim, muito embora a regulação pelas instituições tradicionais também possa se feita com intuítos econômicos, outros déficits importantes surgem no sentido de se prevenir uma fratura ainda mais significativa entre as instituições formadas *on-line* e aquelas forjadas no âmbito social. A regulação, assim, além de fins econômicos, deve buscar, ainda que através da manutenção de garantias procedimentais como liberdade de expressão e democracia *on-line*, a fundamentação do mundo virtual nas aspirações sociais do mundo real.”

²⁰⁰ Tercio Sampaio Ferraz Junior (A liberdade como antinomia recíproca de acesso à informação, cit., p. 245) ensina: “O que se propõe, a meu ver, nestas reflexões, é uma alteração no antigo princípio do Iluminismo, segundo o qual a dignidade humana está centrada na liberdade individual e a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro. Com efeito, o que está sendo proposto é que a dignidade humana deve estar centrada no *viver em livre comunicação um com o outro*. Na verdade, hoje, o que deveria ser dito é que ‘a liberdade de um começa onde começa a liberdade do outro’. Esta fórmula talvez nos fizesse pensar que o indivíduo deva deixar de ser visto como um ente isolado (agente) que se relaciona *com* outros (paciente) e vice-versa, mas como um *ente comunicativo*, uma *unidade agente/paciente*, numa rede de conexões. Ou seja, ninguém é *ou* agente *ou* paciente nas suas relações, mas sempre agente/paciente num complexo comunicativo (rede). O fato aí reconhecido é que, fora desta rede (rede de informações comerciais, bancárias, de cadastramentos, de registros civis, de registros bancários, de empregados na empresa, de informações em geral etc.) qualquer um, se pensado isoladamente, é um nulo. Em consequência, a liberdade/dignidade se experimentaria nesta rede e só seria apropriadamente pensada se a própria rede fosse livre enquanto

A partir desta unificação do indivíduo e do ambiente, o novo paradigma representado pela rede interfere nas esferas de liberdades diante das inúmeras oportunidades geradas pela internet. Há um evidente risco de violação do sigilo de dados e comunicação e de propagação de danos em virtude da atividade dos provedores.

Inicialmente, cabe esclarecer que há vários tipos de provedores de acesso, daí resultando a dificuldade de tratar o tema em sua generalidade. Poder-se-á tomar a expressão “provedor de acesso”, em seu sentido corriqueiro, isto é, aquele que disponibiliza o endereço na internet, armazena e insere o *site* para a rede e presta e coleta informações para seus usuários. Contudo, tecnicamente, tal provedor é designado por Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI), sendo ele a entidade que presta o serviço de conexão à internet (SCI), conforme prescreve a Norma 004/95, aprovada pela Portaria n. 148, do Ministério das Comunicações.

O Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) controla o fluxo, mas não controla o conteúdo. É quem possibilita que a conexão à internet, sendo, portanto, uma figura presente em qualquer circunstância.

Analisando sob o ângulo do conteúdo há diferentes níveis conforme o serviço prestado, como se pode constatar ao identificar a existência de provedores de hospedagem, de *e-mail*, de conteúdo e o provedor próprio.

Esta figura do provedor próprio, se utiliza apenas de um provedor de serviço de conexão à internet, que possui o controle total de fluxo e conteúdo, podendo identificar todos os acessos realizados, quem o fez e para onde, bem como armazenar os registros de inserção de conteúdo.

um meio (processo) de comunicação. Isto é indivíduo e seu meio ambiente informático formariam um todo essencialmente uno.”

O provedor de hospedagem, por sua vez, tem acesso e registro do conteúdo, porém não o controla, sendo responsável pelo armazenamento de dados e a visualização no ambiente da internet. Está presente na relação na qualidade de terceiro.

O provedor de *e-mail* controla o fluxo de mensagens enviadas de um endereço ao outro. Tecnicamente tem acesso ao conteúdo, apesar de caracterizar uma violação. Em outras palavras, diferentemente de uma carta tradicional, cuja violação de conteúdo é facilmente constatada, a leitura de mensagens eletrônicas não pode ser identificada. Ou seja, há uma presunção, mas não a certeza, de que o conteúdo das mensagens eletrônicas não foram lidas por terceiros. Da mesma forma que os provedores de serviço de conexão à internet e hospedagem, o provedor de *e-mail* é um intermediário que possibilita que dois ou mais endereços comuniquem-se.

É importante esclarecer que a identificação na internet é feita por endereço: protocolo da internet (IP) ou pelo endereço eletrônico. Toda a conexão feita à internet é identificada por um protocolo, um número, que permite localizar fisicamente onde está o computador.²⁰¹ Tal circunstância revela a importância do cadastro, do banco de dados, para quem disponibiliza a conexão à internet para terceiros, como frequentemente tem ocorrido nas universidades, salas de aeroportos, restaurantes, entre outros, e especialmente, quem explora comercialmente cobrando pelo acesso.

Após a conexão, a utilização do endereço eletrônico passa a ser uma segunda forma de identificação, na medida em que os endereços somente são disponibilizados após um cadastro. Entretanto, não há nenhuma garantia da veracidade das informações do cadastro, o que torna muito fácil obter endereços eletrônicos que impossibilitam a identificação correta do usuário, muitas vezes utilizados para o envio de mensagens não solicitadas (*spam*), que trataremos em capítulo próprio. A mesma crítica sobre o cadastro também se estende quando se registra um nome de domínio, ou seja, a

²⁰¹ Vide: Marcos Rolim Fernandes Fontes, *Nomes de domínio no Brasil*, cit., pp. 75-95.

identificação para o seu local na internet, pois apesar de serem solicitados dados de identificação de pessoas físicas ou jurídicas, não há a conferência da veracidade dos dados fornecidos, o que facilmente poderia ser resolvido mediante uma interligação com o banco de dados de um órgão público que detivesse a relação de identificação, evitando, assim, a fraude.

O provedor de conteúdo, por sua vez, tem o controle total do conteúdo, pois a informação é inserida por ele. Mas, a utilização comercial da internet criou situações complexas, como a veiculação de anúncios cuja veracidade do conteúdo muitas vezes não é verificada pelo provedor. Exemplo marcante dessa circunstância foi o julgamento do recurso especial n. 566.468, em 23 de novembro de 2004, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Naquele julgamento houve a apreciação de recurso contra a condenação sofrida por um provedor de conteúdo, em decorrência da divulgação do nome e do telefone em *site* de encontros na internet, sem autorização e que causou prejuízo à determinada pessoa por identificá-la como participante de programas de caráter afetivo e sexual.

Entendeu-se por configurada a relação de consumo, na medida em que o conceito de serviço abrange tanto a remuneração direta quanto a remuneração indireta, e assim sendo, aplicável a responsabilidade objetiva, cuja prova da excludente não se apresentou.

Dessa forma, houve a imposição ao provedor de conteúdo de um dever de cautela e verificação que não permita a veiculação de informações inverídicas sob pena de indenização.

Os provedores de conteúdo também disponibilizam salas de bate-papo (*chats*), com acesso, na maioria das vezes, gratuito, mas cujo conteúdo não é de

responsabilidade do provedor, bem como não está sujeito ao sigilo de comunicações, conforme recente diretriz do julgamento do recuso em *habeas corpus* n. 18.116, julgado em 16 de fevereiro de 2006 pelo Superior Tribunal de Justiça.

A questão surgiu no julgamento de um recurso que objetivava o trancamento da ação penal cujos fatos foram identificados por uma interceptação da INTERPOL de uma conversa do acusado em sala de bate-papo na internet, no momento em que houve a transmissão de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes.

Entre outros argumentos contidos no recurso, sustentou-se que a prova foi obtida de forma ilícita uma vez que houve a violação do sigilo de comunicação. Contudo, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a conversa realizada em sala de bate papo da internet, não está amparada pelo sigilo das comunicações porque o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais.

Sem pretender esgotar os exemplos, mas destacando os mais significativos e recorrentes, inúmeras são as questões relacionadas com os leilões virtuais, que também são instrumentos de venda direta, onde os usuários cadastram-se para vender e comprar produtos. Estaria o *site* isento de responsabilidade? Seria o *site* o causador do dano?

A questão tem gerado diferentes soluções, mas o fulcro funda-se na identificação da responsabilidade solidária. Dessa forma, para incidência do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a responsabilidade solidária, o *site* deve ser causador do dano em conjunto àquele que não entrega um produto vendido, ou entrega-o com defeito. Como regra geral, os *sites* de leilão apenas aproximam as partes, não participando diretamente de cada transação. Porém, participam de forma indireta fornecendo meio para que as relações concretizem-se.

A despeito da ausência de normas sobre a matéria, parece-nos acertada a decisão proferida no Processo nº 002.03.049.124-1, em tramite perante a 1ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro da Comarca de São Paulo, onde a juíza Lais Helena Bresser Lang afastou a responsabilidade de um *site* de leilão pela ausência de entrega de um produto adquirido, sob o fundamento de que a solidariedade não se presume, devendo decorrer da lei ou da vontade das partes.

Outra questão interessante ocorreu nos Estados Unidos da América do Norte, cujo recente julgamento em primeira instância pelo juiz James Kleinberg, do Tribunal de Santa Clara, na Califórnia, no mês de março de 2005, considerou que os blogueiros (pessoas que divulgam notícias de forma constante em *site* específico) não têm privilégio de sigilo de fonte de informação como os jornalistas. A questão surgiu porque a empresa Apple processou os *sites* appleinsider.com, thinksecret.com e powerpage.com pela divulgação de detalhes sobre o Asteroid, um software de música em desenvolvimento, que ainda está sob sigilo comercial. A Apple obteve sentença para obrigar a divulgação das fontes que forneceram as informações sobre o produto ainda não lançado. Os réus anunciaram a interposição de um recurso defendendo o sigilo da fonte em equiparação aos jornalistas.²⁰²

No direito comparado, em 28 de outubro de 1998, o então presidente norte-americano, Bill Clinton, assinou a lei conhecida como *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA)²⁰³ que estabelece a responsabilidade de provedores de acesso e provedores de conteúdo. O DMCA cria determinadas condições conforme a atividade que, se atendidas, exoneram a responsabilidade do provedor (*safeharbors*). Uma das interessantes ferramentas criadas pelo DMCA é a notificação para retirada de conteúdo, feita ao provedor por quem se sente prejudicado, o que gerou uma avalanche de requisições. A partir dessa experiência foi criado o *Chilling Effects*

²⁰² Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2005/03/12/technology/12blog.html>> Acesso em: 10 mar. 2006.

²⁰³ Disponível em: <<http://www.copyright.gov/legislation/hr2281.pdf>> Acesso em: 12 mar. 2006.

*Clearinghouse*²⁰⁴, um projeto que possibilita a discussão pública sobre a procedência de um pedido de retirada de conteúdo, como forma de proteger o conteúdo na internet, uma vez que houve muita retirada de conteúdo pelo receio de responsabilização, sem que os provedores sequer verificassem a veracidade dos pedidos. O projeto existe em razão da parceria do *Berkman Center for Internet & Society* da Faculdade de Direito da Universidade de *Harvard*; Faculdade de Direito da Universidade de *Stanford*; Faculdade de Direito da Universidade de *Berkeley*; Faculdade de Direito da Universidade de *San Francisco*; Faculdade de Direito da Universidade de *Maine*; *George Washington School of Law*; *Santa Clara University School of Law*; e *Electronic Frontier Foundation*. Apesar do DMCA ter sido utilizado como modelo em diversos países, foi desprezado no Brasil pelo Projeto de Lei 4.906/01.²⁰⁵

O desenvolvimento da internet ocorre em função da tecnologia que permite a comunicação sem limites. A partir dos exemplos citados, verifica-se que a informação é o grande produto de um provedor, mas, ao mesmo tempo, seu grande risco, diante da possibilidade de identificação do usuário. O uso comercial do espaço cria o dever de verificação da informação sob pena de responsabilização, o que certamente aumenta o custo operacional do negócio.

Exsurge o questionamento das empresas do ramo da internet sobre suas políticas de coleta de dados, inclusive os dados pessoais, que permitam a identificação.

No mesmo sentido deve ser a postura em relação à censura de conteúdo ocorrido na China, devendo as empresas arquivar as solicitações de retirada de conteúdo, inclusive anotando os dados retirados. Isso porque, ultrapassado o regime de exceção, não há dúvida que surgirão os documentos comprobatórios da conduta de limitação do conteúdo e da expressão, o que levará a julgamento e poderá influenciar no desempenho econômico das empresas envolvidas na repressão.

²⁰⁴ Consulte <www.chillingeffects.org> Acesso em: 10 mar. 2006.

²⁰⁵ Confira: Ronaldo Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., pp. 31-64.

Por outro lado, há a preocupação com a possibilidade de identificação e com o conteúdo das inúmeras violações aos direitos humanos, como ocorre, em especial, com a pornografia infantil.

Nesta nova realidade o ser humano é substituído, cada vez mais, pela máquina. Os atos são praticados por máquinas, mas, obviamente, sob o comando de seres humanos. Portanto, as atividades na internet, sem norma específica, acabarão sendo reguladas pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil.

E até que existam normas específicas, é nosso dever a análise do parágrafo único do art. 927 do Código Civil que encerra a regra de responsabilidade objetiva²⁰⁶, ao lado da regra de responsabilidade subjetiva prevista no *caput*.

O parágrafo único do art. 927 do Código Civil utiliza uma cláusula geral a partir do seguinte contexto: Há responsabilidade, independente de culpa, quando a natureza da atividade normalmente desenvolvida implicar risco.

É interessante observar a proximidade desta disposição com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o que é explicado pelo fato do projeto de lei do Código Civil ser muito anterior e ter sido a fonte de inspiração, havendo verdadeira identidade entre as disposições.²⁰⁷

²⁰⁶ Objetivando a discussão doutrinária foram realizadas as Jornadas de Direito Civil, em duas edições. Na primeira houve a aprovação, pela comissão científica, do enunciado n. 38 sobre o art. 927, mas não fornece outros elementos, restringindo-se ao texto da própria norma: “a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.” Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2006.

²⁰⁷ Consulte: Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 173.

Desta constatação extrai-se o dever de segurança²⁰⁸, de proteção que a atividade deve assegurar dentro da expectativa de quem dela participa, como na hipótese de quem acessa determinado *site* para obtenção de uma informação e não espera ter seu computador infectado por vírus, ou vasculhado por ferramentas específicas que lhe incluem em inúmeras listas de oferecimento de produto ou serviços.

Portanto, há uma expectativa de que não haja dano ao participar de determinada atividade, especialmente nas atividades relacionadas à internet que não podem ser consideradas perigosas, como àquelas situações ocorridas com usinas nucleares onde são gravíssimas as conseqüências do dano.

Mas, mesmo não podendo ser classificadas como perigosas, as atividades na internet apresentam um risco cada vez mais comprovado e constante²⁰⁹, e que nos faz meditar sobre a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, em especial nas questões que não envolvam relação de consumo.

Até que haja norma específica, a possibilidade de aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil traz o temor de serem inviabilizadas as atividades na internet, por imputar um ônus demasiadamente grande²¹⁰. Apesar do risco inerente às atividades de internet, deve haver uma distinção de quem exerce as atividades com técnica e segurança de forma a não lhe ser imputada a responsabilidade, deixando para as excludentes de responsabilidade a justificativa de eventuais danos.

²⁰⁸ Confira: Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, *Comentários ao novo Código Civil*, cit., pp. 153-54.

²⁰⁹ Miguel Reale (Visão geral do novo código civil, *RT*, 808:17) ensina: “É claro que, no quadro de uma compreensão ético-social do Direito, não se concebe mais a teoria da responsabilidade civil com base apenas no elemento subjetivo da culpa, sendo aquela considerada devida, objetivamente, quando a natureza mesma da atividade desenvolvida pelo autor do dano já implica graves riscos para quem dela participa.”

²¹⁰ Consulte: Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 173.

São excludentes da responsabilidade a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou de força maior²¹¹ e, atuando exclusivamente no campo contratual, a cláusula de não-indenizar²¹². Na maioria das hipóteses a presença de uma excludente de responsabilidade atenua ou extingue o dever de ressarcir, justamente por atenuar ou extinguir a relação de causalidade.

Com efeito, se a culpa é exclusiva da vítima, inexistente, por definição, culpa do agente causador do dano, e obviamente não há relação de causa e efeito entre o ato culposo deste e o prejuízo, ou seja, o agente que deu causa ao prejuízo. Se o fato derivou da atividade de terceiro, não há relação de causalidade entre o ato gerador do prejuízo e este.

A configuração do caso fortuito ou a força maior ocorre pela impossibilidade de cumprimento da obrigação, independente da sua dificuldade ou do seu custo. Nesse sentido, a dificuldade ou custo para implementação de níveis de segurança satisfatórios para proteção do usuário da internet não pode ser fundamento para excludente de responsabilidade.²¹³

²¹¹ Clovis Bevilacqua (*Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua. Edição histórica, v. 2, cit., 173-74*) escreve: “Conceitualmente o caso fortuito e a força maior se distinguem. O primeiro, segundo a definição de HUC, é ‘o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes’. A segunda é ‘o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer’. Não é porém, a imprevisibilidade que deve, principalmente, caracterizar o caso fortuito, e, sim, a inevitabilidade. E, porque a força maior também é inevitável, juridicamente, se assimilam estas duas causas de irresponsabilidade. Uma seca extraordinária, um incêndio, uma tempestade, um inundação produzem danos inevitáveis. Um embargo da autoridade pública impede a saída do navio do porto, de onde ia partir, e esse impedimento tem por consequência a impossibilidade de levar a carga ao porto de destino. Os gêneros que se acham armazenados para ser entregues ao comprador são requisitados por necessidade da guerra. Nesses e em outros casos, é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou de caso fortuito. Por isso, o Código Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. O essencial é, pois, que do fato resulte a impossibilidade, em que se acha o devedor, de cumprir a obrigação.”

²¹² A cláusula de não-indenizar também é conhecida como cláusula de irresponsabilidade. Confira: José Aguiar Dias, *Cláusula de não-indenizar*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1947.

²¹³ Adalberto Simão Filho, Dano ao consumidor por invasão do site ou da rede – inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito e força maior, *Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes* (coord. Newton De Lucca e Adalberto Simão Filho), 1. ed., Bauru, Edipro, 2000, p. 106.

A mesma linha de raciocínio deve ser adotada nas circunstâncias onde haja liame contratual, sendo certo que não gera isenção a simples declaração de que não é responsável pelo conteúdo (*disclaimers*) quando for deliberada a divulgação de tal conteúdo na internet²¹⁴. O *click-wrap*, por sua vez, na função de cláusula de não-indenizar ou de limitação da responsabilidade²¹⁵, não tem validade diante da adesividade dos contratos entabulados virtualmente, invariavelmente contratos de consumo, o que também o invalida (CDC, art. 51, I), além da desobediência ao requisito da bilateralidade do consentimento.

Portanto, no campo da responsabilidade dos provedores é imprescindível a definição do *Tatbestand*, a descrição abstrata de uma conduta passível de ser punida, qual o comportamento devido, criando direitos e deveres de forma específica, para completar o princípio geral de direito de não lesar o outro.

Para atender todas as peculiaridades das atividades da internet, objetivando evitar danos e garantindo o desenvolvimento sem que haja insegurança quanto ao ressarcimento, é fundamental a definição, por norma específica, da responsabilidade dos provedores em diferentes níveis, criando obrigações específicas e gerais, como uma política de banco de dados.

2.6. Os contornos do acesso aos dados. A busca pela informação

A análise da responsabilidade dos provedores desperta a discussão sobre direitos fundamentais como a liberdade de expressão, a privacidade, o sigilo dos dados, temas suficientes para obras específicas. Entretanto, analisando a questão sob o

²¹⁴ Ricardo Luiz Lorenzetti, *Comércio eletrônico* (trad. Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 458-61.

²¹⁵ Ressalte-se a dificuldade de diferenciação entre a limitação e exclusão de responsabilidade. Consulte: Ana Prata, *Cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 615-68. António Pinto Monteiro, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 413-37.

ângulo da responsabilidade civil na internet, podemos enfrentar estas questões de forma objetiva.

E um dos temas sensíveis é o acesso ao banco de dados, cuja importância decorre de sua base que contém o perfil e as estatísticas do conteúdo e da postura do usuário da internet.

Nesse contexto, analisamos a questão da restrição de conteúdo da internet determinada por diversos governos, em especial o da China, e a discussão da constitucionalidade da lei norte-americana denominada *Child Online Protection Act*, que pretendia estabelecer a responsabilidade do provedor de conteúdo que divulgasse material de sexo explícito, inapropriado para menores, sem um sistema de verificação da idade, sob pena de prisão de seis meses ou multa de cinquenta mil dólares, podendo haver cumulação.

Não obstante, o *Child Online Protection Act* ter criado uma comissão temporária de dezenove membros (*COPA Commission*) para estudar várias ferramentas tecnológicas para proteger menores de material prejudicial, e ter entregue o seu relatório final ao Congresso norte-americano, o governo moveu ação contra a Google para ter acesso à sua base de dados, alegando que a Yahoo, Microsoft e America Online colaboram com as requisições.

O advogado geral do governo norte-americano está pedindo uma amostragem aleatória de cinquenta mil endereços da internet acessados pelo sistema de busca do Google, e uma amostragem aleatória de cinco mil perguntas submetidas ao Google no período de uma semana. Inicialmente o governo americano pretendia ter o acesso a um milhão de endereços e perguntas. Esses pedidos são justificados como o meio de exercer o direito de defesa na ação que discute a constitucionalidade do *Child Online Protection Act*.

A Google recusa-se a fornecer qualquer informação alegando a proteção de sua propriedade intelectual em razão do compartilhamento de informações confidenciais, e que as informações solicitadas violariam a privacidade de seus usuários.²¹⁶

Esta questão é a ponta de um grande problema que a internet trouxe em razão da adesão e expansão, especialmente quanto à identificação e o padrão de comportamento de quem navega pelo ciberespaço, diante da vulnerabilidade da segurança no ambiente eletrônico²¹⁷.

Atualmente, todas as atividades do ser humano estão relacionadas com banco de dados e cadastros, como o jornal que é entregue pela manhã, o abastecimento de combustível no automóvel, os diversos grupos de pessoas que nos relacionamos, as correspondências que recebemos, nas atividades bancárias e financeiras, nossas identidades, a identificação de nossos bens, entre tantos outros exemplos.

Então, a partir de um cadastro feito num estabelecimento, o seu endereço pode ser descoberto, indicado ou vendido. Em paralelo, na internet, sua atenção está sendo perseguida por ferramentas e programas como os *cookies*, *spyware*, *web bugs* (gráficos-espiões) e *hidden identifiers* (identificadores ocultos) e outros dispositivos análogos podem entrar nos terminais dos usuários sem o seu conhecimento a fim de obter acesso a informações, armazenar informações escondidas ou permitir a que

²¹⁶ Disponível em: <<http://abcnews.go.com/Technology/wireStory?id=1725969>> Acesso em: 15 mar. 2006.

²¹⁷ Fermín Morales Prats (Prólogo à obra de Esther Morón Lerma, *Internet y derecho penal: "hacking" y otras conductas ilícitas em la red*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999, p. 15) pondera: "Así, la eclosión de la Red suscita un ámbito de tensión cifrado en la necesidad de tutelar la *privacy* del usuario (traducida en un derecho al anonimato) *versus* seguridad pública y seguridad nacional como intereses colectivos. Pero, por encima de este primer ámbito de tensión, se sitúa outro más amplio; la Red nace como nueva autopista de la información bajo la égida de la anomia, por cuanto la ausencia de regulación jurídica y, por tanto, de límites y de control definen Internet. Sin embargo, la evolución de esta autopista de la información con prontitud há desvelado la necesidad de abordar su estatuto jurídico; la difusión e identificación de contenidos y conductas ilícitas en la Red y el anhelo de convertir ésta em um nuevo mercado virtual sitúan al poder público en la necesidad de desarrollar los mecanismos jurídicos e institucionales que gobiernen Internet."

sejam rastreadas as atividades do utilizador. A diferença da internet é que ela expôs as informações e tem enorme capacidade de captar dados.

Os *cookies* são partes de uma informação registrada a partir da movimentação de um usuário na internet, cujo tamanho ocupa um mínimo espaço no disco rígido do computador. A informação registrada pode incluir o nome do *site* visitado que emitiu o *cookie*, o local específico visitado no site, senhas, nomes de usuários, números de identificação como cartões de crédito fornecidos em formulários. Porém, em tese, os *cookies* somente funcionam no mesmo local que foi registrada a informação, facilitando o acesso numa outra conexão.

Poderia ser comparado à memória virtual que ajuda com atalhos para que não sejam digitados dados informados anteriormente, por exemplo, o endereço de entrega de um produto comprado numa loja virtual, onde já houve uma compra. Funciona como uma padronização em todos os sistemas de buscas na internet gerando um perfil, um histórico de consultas realizadas por um usuário.

Contudo, os *cookies* funcionam em dois estágios, ambos de forma não autorizada pelo usuário. No primeiro estágio informações pessoais e preferências são armazenadas no computador do usuário sem seu consentimento ou conhecimento. Durante o segundo estágio, os *cookies* são transferidos clandestina e automaticamente da máquina do usuário para o servidor da internet. Todas as vezes que o usuário consultar um *site* haverá a transmissão do *cookie* com a informação pessoal.

Qual seria o limite para sua privacidade?

Há que se respeitar o desejo do ser humano de não dar conhecimento de dados e informações pessoais, por sua mera ausência de vontade, o que representa um importante ponto de equilíbrio.²¹⁸

Por tais razões foram criadas políticas de privacidade onde as empresas que se utilizam de ferramentas como os *cookies* declaram, em regra, o compromisso de proteger a privacidade e que as informações pessoais coletadas podem ser combinadas, inclusive com outras empresas, para oferecer uma experiência personalizada. Mas, garantem que não há comercialização da lista de cliente para terceiros, podendo, contudo, fornecer algumas informações para empresas contratadas.²¹⁹

Primeiramente, cumpre destacar que dificilmente as pessoas lêem as declarações de privacidade, tamanha a ânsia de chegar logo ao que buscam, tornando-se um alvo fácil para a obtenção de informações.

E da mesma forma que as declarações de privacidade não são lidas, muitos sequer sabem da sua existência e de ferramentas como os *cookies*, usufruindo dos benefícios de um acesso personalizado sem imaginar a razão para isso, ignorando e vivendo alienados, num torpor que conduz grande parte de nossa sociedade.

Todavia, para quem tem consciência da existência dos *cookies* há possibilidade de instalar um *software* que restringe a coleta de informação, ou habilitar as restrições no software de navegação na internet instalado no computador. Pode-se bloquear todos os *cookies* ou liberar apenas alguns que são confiáveis e utilizados constantemente pelos usuários.

²¹⁸ Ler: Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 253.

²¹⁹ Como exemplo pode ser verificada a Declaração de Privacidade do MSN e do Windows Live, com última atualização em outubro de 2005. Disponível em: <<http://privacy2.msn.com/pt-br/fullnotice.aspx>> Acesso em: 15 mar. 2006.

Paralelamente, surgiu em abril de 2002 o projeto de protocolo P3P (Platform for Privacy Preferences) que permite uma proteção automática das informações que trafegam na internet, ao estabelecer um padrão da indústria possibilitando aos usuários ter mais controle sobre o uso da informação pessoal nos locais visitados na internet. Em seu nível mais básico, o protocolo P3P é um conjunto de perguntas de múltipla-escolha, cobrindo os aspectos principais de políticas da privacidade de um local da internet. Após o exame, o *site* é instantaneamente desobstruído e aparece como um local seguro de tráfego de informação pessoal dos usuários.²²⁰

Outra grave preocupação são os *spywares* (programas-espiões), *web bugs* (gráficos-espiões) e *hidden identifiers* (identificadores ocultos) que são arquivos ou programas instalados nos computadores dos usuários com a finalidade de recolher ou monitorar as informações. Muitas vezes são instalados com a autorização do usuário que sem ler as condições de uso do *site*, concordam, e, como consequência, tem instalado o *spyware* que se auto-executa em segundo plano enquanto há a conexão na internet. As informações capturadas são armazenadas em servidores para serem, geralmente, comercializadas sob o chamariz de listas de clientes que são difundidas como mensagens não solicitadas (*spam*), que teremos a oportunidade de analisar detidamente em item específico.

Os *spywares* não são considerados ilegais nos Estados Unidos da América do Norte, havendo inúmeras empresas que comercializam as informações coletadas como a DoubleClick²²¹ especializada em marketing digital e tecnologias para propaganda na internet, alegando que não usam o nome, endereço, e-mail ou telefone para a propaganda, e que todos os envios de mensagens ou veiculação de propaganda são autorizadas, havendo a possibilidade, inclusive, de bloquear a captura de informações pelo *spyware*, o que justificaria a transparência e o controle pelo usuário.

²²⁰ Confira: Lorrie Faith Cranor, *Web Privacy with P3P*, 1. ed., Sebastopol, O'Reilly Media, 2002, pp. 3-11.

²²¹ Consulte: <www.doubleclick.com> Acesso em: 15 mar. 2006.

Nota-se, claramente, que houve uma especialização em obter informações cadastrais e padrões de comportamento de forma legal, e ilegal, de tal forma que a privacidade sofre um verdadeiro risco de ser violada constantemente, e o mais grave, sem que a vítima sequer imagine que está sendo monitorada por programas denominados *keyloggers*, que registram e copiam *e-mails*, históricos de navegação, transcrições de programas de mensagem instantânea, reproduções do que é exibido na tela do computador.

Na Comunidade Européia, a preocupação com o tema levou à edição da Diretiva 95/46²²² para harmonizar as disposições dos Estados membros no sentido de remover os obstáculos à livre circulação de dados sem diminuir a proteção dos dados pessoais.

A importância da diretiva ao conferir direitos às pessoas, como norma legislativa européia, está no fato de servir de fundamento para interposição de medida judicial, independente da inserção e aplicação na legislação do Estado membro da Comunidade Européia.

Nos termos da Diretiva 95/46, há proteção em qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais (captura, armazenamento, divulgação, etc.). Denomina como tratamento de dados, os dados armazenados por processos automatizados ou não (banco de dados). Não há a aplicação da Diretiva 95/46 quando os dados são tratados por razões puramente pessoais (v.g. agenda pessoais), ou em questões de segurança pública, de defesa ou de direito penal, porque são prerrogativas nacionais, e não se incluem nas competências da Comunidade Européia.

Posteriormente, houve a edição da Diretiva 97/66²²³ que regula especificamente a proteção da privacidade no setor das telecomunicações, estipulando

²²² Consulte: *Official Journal of the European Communities*, n. L. 281, 23 nov. 1995, p. 31.

²²³ Confira: *Official Journal of the European Communities*, n. L. 024, 30 jan. 1998, p. 1.

que os Estados membros devem garantir a confidencialidade das comunicações, tornando ilegal a interceptação ou vigilância. Adicionalmente, a diretiva estipula que as pessoas podem exigir que o seu nome seja omitido de listas telefônicas impressas ou eletrônicas.

Em 31 de julho de 2002, houve a edição da Diretiva 2002/58²²⁴ que protege a privacidade nas comunicações eletrônicas, o que não retira a incidência das outras diretivas. Seria ilógico excluir um meio de transferência de dados como a internet do âmbito de aplicação da diretiva sobre proteção de dados. A atenção deve ser ainda maior, considerando o volume e a natureza múltipla das transferências de dados pessoais transmitidos pela internet em todo o mundo, incluindo países sem proteção adequada. A diretiva sobre proteção de dados é neutra, aplicando-se as suas disposições independentemente do meio tecnológico utilizado para tratar os dados pessoais. Dessa forma, a diretiva aplica-se à captura invisível de dados pessoais efetuada na internet, como no caso dos *cookies*, *spywares*, *web bugs* e *hidden identifiers*.

A necessidade das diretivas funda-se no fato de que a informação, relativa às pessoas, é armazenada e usada em muitas situações da vida quotidiana, podendo ser obtida diretamente ou pelo banco de dados. Nesse contexto, há a possibilidade desses dados serem usados para outros fins, ou partilhados com terceiros.

A evolução da tecnologia, em conjunto com as novas redes de telecomunicações, torna muito mais fácil a transferência de dados além das fronteiras de dados, em especial dentro da Comunidade Européia. Considerando a intensificação da frequência com que os dados são anotados e trocados, torna-se necessário regulamentar essas transferências, para que os dados sejam tratados com lealdade e segurança para fins explícitos e legítimos. É garantido o direito de informação sobre

²²⁴ Vide: *Official Journal of the European Communities*, n. L. 201, 31 jul. 2002, p. 37.

quando e por que razões são tratados os dados pessoais, o direito de acesso aos dados e, se necessário, o direito de emendar ou eliminar.

Nos termos das diretivas os responsáveis pelo tratamento de dados são pessoas ou organismos que determinam as finalidades e os meios de tratamento, tanto no setor público (uma biblioteca pública responsável pelo tratamento dos dados dos seus utilizadores) como no privado (uma empresa seria responsável pelo tratamento dos dados dos seus clientes e empregados).

Os dados pessoais só podem ser manipulados, ou seja, anotados e utilizados posteriormente, se houve o consentimento de forma inequívoca, isto é, se o titular concordou livre e especificamente após ter sido informado convenientemente. A manipulação dos dados ocorrerá, ainda, se a lei ou o contrato assim o determinar, ou para proteção de um interesse essencial à vida da pessoa.

Os responsáveis pela manipulação dos dados são obrigados a observar determinados princípios que não só visam proteger as pessoas, mas representam uma declaração de boa prática comercial, razão pela qual os dados serão tratados de forma justa e legal, havendo anotação apenas para fins explícitos e legítimos, contribuindo para um tratamento eficaz e confiável. A anotação dos dados devem guardar relação ao objetivo da sua coleta, devendo ser atualizados, se necessário.

Nesse sentido, os responsáveis pelos dados devem prever medidas razoáveis para que as pessoas possam retificar ou eliminar dados incorretos, respeitando o direito ao pleno acesso e a transparência, evitando, inclusive, que os dados pessoais sejam mantidos por tempo superior ao necessário.

Há, também, a previsão que o direito à privacidade pode, por vezes, entrar em conflito com a liberdade de expressão. Assim, é competência dos Estados membros

estabelecerem as exceções às suas leis de proteção de dados, de forma a conseguir um equilíbrio entre os direitos fundamentais, igualmente importantes.

Em busca deste equilíbrio, no ambiente da internet muitos são os desdobramentos quando estão presentes circunstâncias como: liberdade de expressão, liberdade de informação, publicidade, sigilo, privacidade, honra, imagem.

Uma primeira constatação pode-se verificar no julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Mandado de Segurança n. 9.744, em 27 de outubro de 2004, onde se pretendia impedir que se tornassem públicos resultados preliminares de investigação sobre o repasse de verbas públicas.

A discussão foi travada tomando-se como argumentos de um lado, que a administração deve nortear-se pela observância dos princípios da publicidade e transparência de seus atos, e de outro lado, que a publicidade de informações ainda não confirmadas, afronta o princípio constitucional de presunção de inocência.

A questão que se põe é o equilíbrio entre a liberdade de informação, sempre necessária em qualquer sociedade democrática, e a necessidade de sigilo para o êxito de investigações de ilícitos penais e administrativos, bem como a preservação da presunção de inocência, da intimidade, da imagem e da honra de pessoas físicas ou jurídicas que estejam sendo investigadas. Ou seja, o conflito entre a intimidade e a publicidade que representa colisão de direitos fundamentais entre o administrador e o administrado, onde deve ser revelada a informação socialmente útil²²⁵.

No caso julgado, por maioria, entendeu-se que o legislador, nos termos do arts. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal, fez uma opção clara e evidente pela publicidade, pois somente a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais

²²⁵ Leia: Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*, cit., p. 355.

quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, sendo públicos todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário.

Todavia, é possível que, em prejuízo às garantias individuais, a publicidade, especialmente no âmbito da internet, venha trazer à tona informações distorcidas, sendo este um limite interno da liberdade de expressão e informação.²²⁶

E este limite de veracidade tem sido utilizado de forma recorrente em decisões sobre informações contidas no *site* Orkut, uma comunidade de relacionamento virtual alimentada por usuários, que ingressam somente mediante convite dos integrantes, contendo dados, comentários pessoais, e grupos dedicados a um tema específico.

Por tais razões o *site* Orkut virou referência para consulta de vida pregressa do ser humano para todas as finalidades possíveis como, processos de seleção, concursos, ações judiciais.

Por outro lado, o exercício destas atividades estimula a liberdade de expressão, de maneira extremamente informal, direta e muitas vezes desproporcional e ilegal. Existem comunidades que negam direitos humanos, pregam violência, confessam furtos, vendem drogas, trocam experiências sobre bombas, articulam rachas no trânsito por todo o Brasil, revelando o pensamento e modo de agir da própria sociedade, o que tem gerado uma reflexão sobre a utilização do Orkut e os limites da liberdade de expressão, despertando a atenção e gerando, inclusive, ações judiciais.

No Estado do Rio de Janeiro, o juiz Roque Fabrício de Oliveira Viel, da 2ª Vara Cível de Teresópolis, concedeu liminar determinando a um estudante retirar nome de colégio do Orkut. O estudante havia criado a comunidade com o nome do colégio de freiras que havia estudado, porém algumas pessoas começaram a fazer

²²⁶ Consulte: Edilsom Pereira de Farias, *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, 2.ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 164-65.

ataques pessoais às freiras, aos professores e a criticar os métodos de ensino, o que motivou a ação do colégio.

Porém, apesar da questão prejudicial ser a eventual ofensa ao colégio, a causa de pedir e o fundamento da decisão foi no sentido que o colégio não havia concedido qualquer autorização para fazer uso do nome e da marca, o que é elemento distintivo da empresa, integrando seu patrimônio.²²⁷ Nota-se que a questão foi decidida em razão da proteção dada pelo direito marcário, não enfrentando a questão da liberdade de expressão.

Outro caso, bastante comum, são as comunidades específicas que fazem referência a algo ou alguém, muitas vezes expressando um sentimento como “eu amo” ou “eu odeio”. Sentindo-se ofendido por ser o mote de algumas comunidades “eu odeio”, “eu tenho vergonha”, um deputado obteve uma antecipação de tutela para retirada dessas informações do *site* do Orkut.

Em 17 de novembro de 2005, a juíza Gisele Mendes Camarço, do Juizado Especial Cível de Jurunas, no estado do Pará, concedeu parcialmente o pedido do deputado afastando, em razão da garantia constitucional da liberdade de expressão, o pedido de cancelamento de acesso ao Orkut de todas as pessoas que aderiram às referidas comunidades. Não houve, também, deferimento ao pedido de fornecimento de dados dos responsáveis pela Comunidade, considerando que há a garantia do sigilo de dados.²²⁸

Contudo, esta questão de sigilo de dados tem um contorno interessante em relação à autorização dada pelo usuário ao cadastrar-se no Orkut, pois há uma cláusula, nos termos de adesão ao serviço, que garante, aos proprietários do sistema,

²²⁷ Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/31280,1>> Acesso em: 19 mar. 2006.

²²⁸ Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39612,1>> Acesso em: 19 mar. 2006.

direitos a toda a informação que for inserida, estabelecendo que ao submeter, postar ou mostrar quaisquer materiais através do serviço orkut.com, automaticamente é dado direitos mundiais, não-exclusivos, sub-licenciáveis, transferíveis, sem royalties, perpétuos e irrevogáveis, para copiar, distribuir, criar trabalhos derivativos, ou executar e exibir publicamente tais materiais.

Nesse contexto, para correta avaliação da questão, é fundamental a distinção entre dados não-sensíveis que são aqueles dados que identificam o indivíduo em sociedade cuja intimidade ganha relatividade, e os dados sensíveis que se referem à intimidade absoluta do indivíduo.²²⁹

Mas, mesmo sendo dados não-sensíveis há a proteção da intimidade razão pela qual há a preocupação com a enorme quantidade de informações que os sistemas tentam coletar durante o processo de registro. Tudo para ser utilizado posteriormente, conforme as preferências dos usuários, em futuras campanhas de *marketing*.

Ressalte-se o intuito de publicidade nas atividades do Orkut, pois ninguém efetua um cadastro para ficar oculto, além da transferência da propriedade dos dados para a empresa, o que retira a proteção absoluta do sigilo. Porém, quanto aos dados de cadastro que identificam o usuário, se estiverem ocultos por escolha da pessoa, somente em circunstâncias excepcionais poderão ser requisitados por ordem judicial, por caracterizar uma limitação ao direito à intimidade.

Não há como fixar uma regra para limitar direitos, solucionando a colisão, sendo certo que sempre haverá prejuízo, um mal menor, ou, analisando, por outro ângulo, será privilegiado e concedido um benefício em razão das circunstâncias específicas. A solução é dada pela jurisprudência, que realiza a ponderação dos bens

²²⁹ Consulte: Renato Afonso Gonçalves, *Banco de dados nas relações de consumo. A manipulação de dados pessoais, os serviços de restrição ao crédito e o habeas-data*, São Paulo, Max Limonad, 2002, pp. 26-7; Catarina Sarmiento e Castro, *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 88-100.

envolvidos, para resolver a colisão pelo critério do sacrifício mínimo dos direitos em jogo.²³⁰

Em todos os *sites* onde há processos de registro, ou que possibilitam a interação do usuário que inclui informações, as políticas de uso permitem que o proprietário ou administrador do *site* exerça o poder de exclusão, sem aviso ou notificação prévia, como ocorre nas hipóteses de informações falsas ou ofensivas.

O Orkut desperta tanta polêmica pela abrangência de usuários e pela liberdade de inserção de informações, que o transforma num banco de dados gigantesco, e que confronta com a realidade dos bancos de dados públicos no Brasil.

Os países em desenvolvimento têm como característica a existência de banco de dados falhos o que revela um grave erro estratégico, diante do poder da informação. Quando há banco de dados, estes são incompletos, com estruturas tecnológicas ultrapassadas e sem a devida elaboração estatística, o que resulta em situações aberrantes como o constante censo ou recadastramento de aposentados tumultuando a relação entre a sociedade e o governo.

Nesse sentido, ciente dessa necessidade o governo regulamentou, pelo Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005, a modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União; pelo Decreto n. 5.482, de 30 de junho de 2005, o Portal da Transparência do Poder Executivo Federal que tem por finalidade veicular dados e informações detalhados sobre a execução orçamentária e financeira da União na internet; e pelo Decreto n. 5.644, de 28 de dezembro de 2005, a integração da Secretaria da Receita Federal, órgão do Ministério da Fazenda, e a Secretaria da Receita Previdenciária, órgão do Ministério da Previdência Social, com o compartilhamento de informações de

²³⁰ Confira: Edilsom Pereira de Farias, *Colisão de direitos*, cit., pp. 175-83.

interesse para a execução das respectivas competências, com vistas ao aumento da eficiência das atividades de fiscalização, arrecadação e cobrança dos tributos que administram, mediante interligação na internet.

A internet é uma realidade e uma ferramenta indispensável na busca pela eficiência e transparência em prol do interesse público, cujos dados coletados de forma lícita e concatenada possibilitarão a aplicação correta dos recursos e fiscalização da sociedade.

No âmbito da responsabilidade civil, a obtenção de informações de forma autorizada, ou seja, com a concordância do usuário não gera repercussões em razão do consentimento, desde que não utilizadas de forma a malferir a imagem ou honra do usuário. Eventualmente, poderia discutir-se a imposição de cláusulas nos contratos para registro, porém ninguém é obrigado a acessar determinado *site*. Haveria, ainda, a questão da autorização em cadeia, ou seja, a cláusula que autoriza o fornecimento das informações capturadas para outras empresas, e a ausência de informação clara dos riscos inerentes à transferência de dados. Contudo, retornamos à questão inicial, e fundamental, do consentimento, e sem perder de vista, que este mercado específico sustenta uma política de transparência e controle pelo usuário que pode solicitar sua retirada da lista.

Entretanto, mesmo nos casos de concordância, há a hipótese dos vírus, programa que invade o computador causando, cumulativamente ou não, a perda de dados, sobrecarga, incapacitação, furto de dados, contaminação de outros computadores que estejam interligados por rede, ou que recebam mensagens eletrônicas do computador infectado.

As políticas de coletas de dados são seguras de tal forma a não causar danos aos usuários?

Note-se que os vírus são arquivos executáveis, sendo certo que a maioria dos *cookies*, utilizados para coleta de dados, são arquivos de textos, diferentemente, porém, dos *spyware* que, por natureza, são arquivos executáveis e podem conter vírus.

As empresas que comercializam informações autorizadas utilizando-se dos *spywares* têm o dever de garantir a segurança, tomando todas as medidas adequadas para garantir a segurança dos seus serviços, se necessário em conjunto com o provedor, informando os usuários sobre quaisquer riscos específicos de violação da segurança da rede.

O dever de informação não exclui a responsabilidade, inclusive a obrigação da empresa, as suas expensas, adotar as medidas necessárias para remediar quaisquer riscos novos e imprevistos e restabelecer o nível normal de segurança do serviço.

Contudo, em regra, há o maior cuidado com os vírus, pois, caso contrário, estariam prejudicando o seu próprio mercado de trabalho. Entretanto, da mesma forma que os *spywares* são utilizados de forma lícita, há um grande mercado ilegal que tem como consequência a contaminação por vírus.

Parece-nos que a criptografia, atualmente uma medida obrigatória para operações bancárias, terá larga expansão como forma de evitar o monitoramento e a quebra de sigilo. É bem verdade que a mesma máquina que cria o código para criptografar, também tem capacidade para quebrá-lo.

Outra providência interessante para proteger o enorme crescimento da internet é a implantação da arquitetura das redes neurais que possibilitarão que os roteadores da internet possam analisar os dados mediante padrões, tentando minimizar as ocorrências de danos por vírus e *spam*.

Não se procura uma solução infalível, mas uma solução que atenda às novas exigências do ser humano médio.²³¹

2.7. Direitos virtuais e o monitoramento do *e-mail*

Os direitos virtuais têm seu alicerce nos direitos e garantias fundamentais estatuídos em nossa Constituição Federal, destacando-se o direito à intimidade (CF, art. 5º, X; CC, art. 21) que não se confunde e está incluída no direito à privacidade. Inclusive no ambiente da internet, o ser humano tem o direito de impedir intromissões e invasões, quer seja nas suas manifestações internas, na sua intimidade, quer seja, nas manifestações externas, que constituem a privacidade (CF, art. 5º, XI e XII).²³²

A questão que se põe é se esses direitos são absolutos. Existe exceção? Quais os contornos de proteção?

É essencial identificar uma nova leitura do ordenamento jurídico a partir do direito fundamental da pessoa humana, o que não é retrocesso do direito privado, mas um progresso nos princípios constitucionais, com a despatrimonialização do direito civil.²³³

²³¹ Ronaldo Lemos (*Direito, tecnologia e cultura*, cit., pp. 24-5) afirma: “A arquitetura afeta profundamente a Internet e os canais digitais de comunicação. É valendo-se dela que se torna possível construir ferramentas e implementar mecanismos para o *fechamento* de conteúdo na rede. Dependendo da arquitetura, uma determinada mensagem enviada pode ser interceptada e lida por quaisquer terceiros enquanto trafega até o destinatário (tal qual um cartão postal) ou pode ser fechada, permitindo que apenas o seu destinatário possa ler a mesma (tal qual um envelope fechado). É o caso, por exemplo, das comunicações com sites de bancos, onde as mensagens trocadas entre o banco e o usuário só podem ser lidas por estes dois pólos da comunicação e não por intermediários. Isto ocorre não porque existe uma lei, uma norma social ou por fatores diretamente atribuídos ao mercado. Isto acontece porque a arquitetura da comunicação com o banco é diferente da comunicação com outros usuários e, portanto, torna-se confidencial entre as partes graças a um mecanismo técnico chamado criptografia, independente da intervenção da lei, do mercado ou de normas sociais.”

²³² Vide: Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro, v. 7 : responsabilidade civil*, cit., 154.

²³³ Consulte: Pietro Perlingieri, *Profili del diritto civile*, cit., pp. 11-2 e 64.

Assim, não só o Estado e seus órgãos são destinatários dos direitos fundamentais, mas também os sujeitos de direito privado, razão pela qual tais direitos fundamentais são relevantes para a interpretação do direito privado, produzindo efeitos como princípios gerais de direito.²³⁴

O direito à vida privada, corolário da dignidade da pessoa humana, deve ser protegido e respeitado, impedindo-se a interferência na esfera íntima do ser humano. Contudo, muitas são as hipóteses em que o interesse público, valor também fundamental, choca-se com o direito à vida privada.

Cumprе ressaltar que a fórmula para conciliar nunca será exata, na medida em que deverá ser aplicada de forma casuística a prevalência de um interesse público sobre a proteção à vida privada.

É inolvidável a alteração de valores de nossa sociedade, haja vista que o nosso Código Civil tem com um dos seus princípios fundamentais a socialidade. Atualmente, o novo Código Civil privilegia a coletividade, deixando o homem de ser o centro.²³⁵

Contudo, mesmo com tal realidade mitigada, não há como se admitir a total prevalência do interesse público sobre a vida privada. Por se tratar de dignidade da pessoa humana, somente situações muito específicas poderiam autorizar a interferência, tais como: acontecimentos históricos, descobertas científicas, biografias de pessoas famosas.

Todavia, nem mesmo nessas situações é autorizada a interferência total da intimidade, pois a informação buscada para publicidade deve ser apenas aquela de

²³⁴ Ler: Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado* (trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto), Coimbra, Livraria Almedina, 2003, pp.52-75.

²³⁵ Confira: Miguel Reale, *História do novo código civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 54-7.

interesse da coletividade, e não como curiosidade ou mesmo exposição do corpo ou de demais fatos íntimos, por exemplo, correspondências e ligações telefônicas.²³⁶

Os parâmetros para autorizar a interferência deve obedecer limites do exercício de um direito a partir da própria medida deste direito, desde que não prejudique um direito alheio, relativamente ao interesse de ordem pública considerando as características da pessoa envolvida e da circunstância em que ocorreu o fato.²³⁷

No contexto do direito de informar considera-se, para balanceamento dos valores²³⁸, que a intimidade tem uma profundidade maior do que a privacidade, e na hipótese de haver colisão de direitos entre inadmissibilidade de censura (público) e a possibilidade de violação a um direito individual (privado) deve haver a aplicação do princípio da proporcionalidade que indicará qual direito constitucional a ser preservado.²³⁹

No ambiente da internet, a questão aflora quando o usuário ao registrar-se em inúmeros *sites* ou concordar com os termos de utilização que são impostos pode ter suas informações pessoais divulgadas.

Todavia, a preocupação não está, exclusivamente, nas questões contratuais, mas também as relações extracontratuais. E, o *e-mail*, talvez seja a ferramenta mais sensível a estas ocorrências, por conter uma quantidade maior e contínua de informações de caráter privado, com e sem liame contratual.

²³⁶ Vide: “Ocorre, no entanto, que o direito à intimidade estabelece um limite ao direito de informação ao impor o respeito ao segredo da vida privada. É por essa razão que, na dialética do conflito e da complementaridade da tutela desses dois direitos, é preciso ponderar o interesse público de se procurar, receber e difundir uma informação.” Celso Lafer, *A reconstrução dos direitos humanos : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, 5. reimp., São Paulo, Companhia das Letras, 2003, p. 242.

²³⁷ Rubens Limongi França, *Manual de direito civil*, vol. 1, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 276.

²³⁸ Consulte: Pietro Perlingieri, Normas constitucionais nas relações privadas, cit., p.74-5.

²³⁹ Vide: Renan Lotufo, Responsabilidade civil na Internet, *Direito e Internet*, cit., p. 240.

O ser humano, não satisfeito com a utilização equilibrada desse importante instrumento de comunicação, transportou para o mundo virtual alguns males, sendo certo que são cometidos alguns abusos, inclusive ilícitos, através do *e-mail*, ou que se noticia por eles. *Spam*, vírus, fraudes, golpes, notícias falsas, lesões à honra e imagem, são apenas algumas das ameaças aos usuários.

E exatamente são essas hipóteses que justificam a preocupação quanto à responsabilidade extracontratual.

Por outro lado, muitas dessas violações ocorrem ou origina-se em ambientes de trabalho, utilizando-se a estrutura de uma empresa que, em razão da necessidade imposta pelo avanço tecnológico, utiliza-se dos recursos eletrônicos.

Como meio de defesa, surgiu o monitoramento do *e-mail* pelos empregadores, o que tem gerado inúmeras questões polêmicas, pois poder-se-ia considerar intimidade o conteúdo dos *e-mails* impossibilitando o empregador de violá-los, ainda mais por tratar-se de correspondência, estando a questão desvinculada do contrato de trabalho.

Pode haver acesso ao inteiro teor do *e-mail*? Esse acesso poderia ocorrer sem a participação ou expressa anuência do empregado? Estaria caracterizada a violação da correspondência e a ilegalidade?

A questão, como ocorre naturalmente com as novidades, passa por uma acomodação a partir da adoção de determinadas práticas, além da orientação do Poder Judiciário no julgamento de casos idênticos ou semelhantes, bastando consultar o Recurso Ordinário n. 02771.2003.262.02.00-4, julgado, em 01 de dezembro de 2005, pelo Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região²⁴⁰, e o Recurso de Revista n.

²⁴⁰ Inteiro teor do acórdão disponível em: <www.trt02.gov.br> Acesso em: 20 mar. 2006.

613/2000-013-10-00, julgado, em 18 de maio de 2005, pelo Tribunal Superior do Trabalho²⁴¹, e que a seguir analisaremos.

Deveras, há desdobramentos distintos conforme a providência adotada pelo empregador. Isso porque, na medida em que a estrutura utilizada não é do empregado, poderia ocorrer, inclusive, a responsabilização da empresa na hipótese de um dano causado no exercício da função, nos termos do art. 932, III, do Código Civil.

É da essência da relação de emprego, da subordinação, que haja a fiscalização da atividade (CLT, art. 2º) para que a produtividade seja alcançada, sem danos a nenhuma das partes. Se assim o é nas atividades manuais, pelas mesmas razões também haverá controle na utilização dos recursos eletrônicos, que em muitos casos substituíram o ato mecânico.

Porém, nada justifica a devassa, o que não se confunde com o controle identificado pelas chamadas políticas de *compliance* que orientam os empregados a agirem de acordo com as normas da empresa, sob o fundamento do princípio de direito de *honeste vivere*.

A orientação é fundamental para demonstrar que o uso do *e-mail* no ambiente de trabalho é destinado à troca de mensagens contendo assuntos pertinentes às atividades profissionais, de forma identificada, precisa e objetiva. O acesso ao *e-mail* é pessoal e intransferível, sendo vedada a utilização de *e-mails* de terceiros.

Dessa forma, deve ser explicitado aos que utilizam *e-mail* de uma organização pública ou privada que é vedado o envio e o armazenamento de mensagens contendo material ilegal ou não ético, tais como obsceno, ofensivo, preconceituoso, discriminatório, correntes, protegido por leis de propriedade intelectual, vírus ou qualquer outro tipo de programa danoso e anúncios publicitários.

²⁴¹ Inteiro teor do acórdão disponível em: <www.tst.gov.br> Acesso em: 20 mar. 2006.

Por outro lado, ao usuário deve ser permitida a participação em fóruns e listas de discussão de assuntos relacionados ao trabalho, tanto no âmbito profissional quanto educativo.

A grande preocupação oriunda da utilização inadequada do *e-mail* está no risco para o desenvolvimento econômico, e na necessidade de obter elementos de prova para a punição. Não se perca de vista que em muitas atividades, como no mercado financeiro, é necessária a troca de mensagens e dados eletrônicos para a concretização de negócios jurídicos, o que viabiliza e é a própria razão de ser da atividade. Alega-se que a ausência de controle permitiria a proliferação de atos ilícitos.

O risco evidenciado é utilizado como argumento no sentido de que não se pode admitir absoluta a vedação de controle dos *e-mails*, sob pena de inviabilizar a própria atividade econômica que é desenvolvida a partir desse recurso eletrônico. Outro argumento tem seu fundamento no fato de que o endereço pertence ao empregador, sendo sua propriedade, nos termos do art. 1.228 do Código Civil, devendo, apenas, ser estabelecido os limites de utilização pelo empregado.

O empregado ao utilizar um *e-mail* estaria, na verdade, num endereço eletrônico, que se encontra registrado num determinado domínio. Como exemplo, imaginemos que João trabalha na empresa X, e que o seu *e-mail* é joao@x.com.br. Cumpre destacar, que o símbolo @ é traduzido pelo advérbio de lugar da língua inglesa “at”, ou seja, “em”. Dessa forma, o *e-mail* significa João em X, tendo-se a certeza de que aquele endereço está nos domínios da empresa X, sendo João um integrante daquela rede.²⁴²

²⁴² Confira: José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Aspectos jurídicos do *e-mail*, *Conflitos sobre nomes de domínio*, cit., pp. 371-72.

Portanto, sob o argumento de que o endereço não pertence ao empregado, o monitoramento das mensagens não representaria violação de direito. Alia-se outro argumento de que o uso do *e-mail* é permitido para fins de trabalho, portanto de total interesse da empresa, sendo uma ferramenta para atingir sua finalidade econômica.

As decisões judiciais acima mencionadas sustentam que a inviolabilidade de correspondência é somente a pessoal, não se confundindo com o recurso eletrônico do *e-mail* que não seria um serviço postal, mas um meio de comunicação²⁴³, uma ferramenta de trabalho sob o comando do empregador que possibilita o desenvolvimento da atividade econômica.

Após muita reflexão²⁴⁴, identificamos alguns argumentos procedentes na defesa do monitoramento, porém, apenas apontam para a necessidade de fixação da premissa para uma correta exegese do texto constitucional.

A resposta deve ser construída a partir do art. 5º, XII, da Constituição Federal e, no direito comparado a partir da quarta emenda²⁴⁵ à Constituição norte-americana, do art. 5º da Diretiva 2002/58²⁴⁶, sem olvidar o art. 12 da “Declaração Universal dos Direitos Humanos” que garante que: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida

²⁴³ Veja: Alexandre Agra Belmonte, *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*, São Paulo, LTr, 2004, p. 64.

²⁴⁴ Sustentamos, outrora, a possibilidade de monitoramento, posição revista e justificada no presente trabalho. Consulte posição anterior: José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Aspectos jurídicos do *e-mail*, *Conflitos sobre nomes de domínio*, cit., pp. 371-72.

²⁴⁵ “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” Disponível em: <<http://www.loc.gov/index.html>> Acesso em: 22 mar. 2006.

²⁴⁶ “Member States shall ensure the confidentiality of communications and the related traffic data by means of a public communications network and publicly available electronic communications services, through national legislation. In particular, they shall prohibit listening, tapping, storage or other kinds of interception or surveillance of communications and the related traffic data by persons other than users, without the consent of the users concerned, except when legally authorised to do so in accordance with Article 15(1). This paragraph shall not prevent technical storage which is necessary for the conveyance of a communication without prejudice to the principle of confidentiality.” Confira: *Official Journal of the European Communities*, n. L. 201, 31 jul. 2002, p. 43.

privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques a sua honra e reputação. Todo o homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

Nos Estados Unidos da América do Norte destaca-se o precedente *O'Connor v. Ortega* referente à privacidade no ambiente de trabalho, julgado em 31 de março de 1987²⁴⁷. O caso teve origem em 1981, quando oficiais de um hospital, incluindo o diretor executivo, Dr. Dennis O'Connor, suspeitaram de irregularidades na organização de programa de residentes do médico Ortega. Os oficiais conduziram uma investigação que incluiu várias buscas no escritório do Dr. Ortega, com a apreensão de papéis. Tais documentos posteriormente foram usados para retirar a credibilidade de testemunhas que depuseram em favor do Dr. Ortega no processo administrativo.

O caso resultou no julgamento da Suprema Corte Norte-Americana da questão sobre a qual seria a razoável expectativa de privacidade garantida pela quarta emenda. Será que o empregado tem expectativa de plena privacidade no seu ambiente de trabalho?

A decisão da Suprema Corte, por maioria de votos (5x4), sustentou que as buscas não violaram as garantias previstas na quarta emenda norte-americana, ressaltando que a razoabilidade apresenta-se como critério suficiente para buscas relacionadas ao trabalho de funcionários públicos. A realidade do ambiente de trabalho seria um limitador das expectativas de privacidade.

A alta controvérsia dessa questão não está apenas na divergência dos votos dos ministros, mas especialmente pelo poder que se confere ao empregador, o que evidentemente não é legítimo e distancia-se da neutralidade do Poder Judiciário para interferir na esfera privada.

²⁴⁷ Disponível em: <<http://www.justia.us/us/480/709/case.html>> Acesso em: 31 mar. 2006.

É bem verdade que o precedente envolve relações públicas, o que, diferentemente de uma relação privada, submete-se ao interesse público. E por tais razões, o precedente é explícito no sentido de que a análise de constitucionalidade deverá ser caso a caso, observada as peculiaridades. De qualquer forma, passou a ser utilizado como precedente judicial nas disputas em que se alegou violação de privacidade dos empregadores pelos empregados.

No Brasil, a Constituição Federal, no art. 5º, XII, protege todo e qualquer cidadão da inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, dados e das conversas telefônicas, sendo imprescindível a verificação da forma utilizada para obtenção da prova, cujo conteúdo é ilícito, como comumente ocorre com o envio de *e-mail* com material pornográfico pelo empregado no exercício de suas funções.

O Código de Processo Civil estabelece que para provar a verdade dos fatos em que se fundam a ação e a defesa (art. 332), pode ser utilizada qualquer reprodução mecânica, como a eletrônica, que faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade (art. 383), cujas normas são aplicáveis subsidiariamente ao processo penal (CPP, art. 32).

Todavia, os meios legais de prova têm o limite da moralidade legítima, o que impede que determinadas provas sobreponham-se às garantias constitucionais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inadmissão, em qualquer processo, de provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI). A Constituição Federal impede a utilização de provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude, repelindo a doutrina do *male captum, bene retentum*, fixando a premissa de que a prova obtida por meios ilícitos deve sempre ser afastada por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade.²⁴⁸

²⁴⁸ Consulte: Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 60-82.

Qualquer que seja o interesse público, não há como se sobrepor aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão, garantindo a proteção constitucional da intimidade e privacidade.

A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir o cidadão - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas, um reflexo fundamental, na medida em que a pessoa tem o impostergável direito de não ser denunciada, julgada ou condenada com base em elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Nesse contexto, estabelecendo os limites da ilicitude, a prova obtida de forma lícita, mas cuja gênese foi ilícita, é contaminada irreversivelmente, sendo clássico exemplo da confissão extorquida sob tortura. Classifica-se essa circunstância como ilicitude por derivação a partir da doutrina norte-americana denominada *Fruit of the poisonous tree*, que criou a metáfora da árvore envenenada que envenena todos os frutos.²⁴⁹

A prova oriunda de interceptações de mensagens eletrônicas, realizadas com inobservância das prescrições constitucionais, revela-se prova materialmente ilícita. Não se presta para fundamentar postulações acusatórias, nem conferir substrato a juízos condenatórios. O ato de interceptar clandestinamente, além de constituir crime, ofende diretamente a cláusula do devido processo legal. Ninguém pode ser acusado, julgado ou, o que é mais grave, condenado com base em provas ilícitas. Ressalte-se que a exigência do *due process of law*, destinando-se a garantir a pessoa contra ação arbitrária, colocando-a sob a imediata proteção das leis.

²⁴⁹ Ada Pellegrini Grinover, A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal, *RPGESE*, vol. 37, 1992, pp. 46-7.

A ilicitude desse meio de prova, consistente na ilegítima interceptação de comunicação telefônica, que evidentemente é análoga ao *e-mail*, foi proclamada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do *habeas corpus* n. 69.912-0, julgado em 26 de dezembro de 1993, por maioria de votos (6x5)²⁵⁰, que considerou nulas as provas e suas conseqüências, cujo fundamento do art. 573, §1º do Código de Processo Penal tem aplicação subsidiária nos termos do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, impedindo que o empregador monitore os *e-mails* dos empregados.

A questão ainda não atingiu níveis alarmantes em decorrência dos custos envolvidos para o empregador que acabam por criar uma espécie de liberdade²⁵¹, mas cuja perspectiva de diminuição de custos deverá ampliar a prática do monitoramento.

É impossível distanciar a discussão do monitoramento em razão de sua finalidade, isso porque é evidente que a preocupação do empregador é no sentido de obter provas para utilizá-las em processo judicial, como inequivocamente está demonstrado nos precedentes citados, e em todos os casos noticiados. A ausência dessa intenção ou motivação de produzir provas não invalida os argumentos de garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Portanto, nem o uso, nem a propriedade, se apresentam como a questão essencial, sendo inócua a obtenção de autorização para o controle, o que tem sido prática constante em todos os contratos de trabalho de grandes empresas.

Nessas relações é evidente a aplicação da boa-fé que cria direitos e obrigações, apesar de não expressos, cuja função possibilita a interpretação, a integração, a correção do contrato, a imposição de deveres laterais ou proibindo o exercício abusivo

²⁵⁰ Vide: *RTJ*, 110:798.

²⁵¹ Lawrence Lessig, *Code and others laws of cyberspace*, Nova Iorque, Basic Books, 1999, p. 145.

de direitos.²⁵² Ressalte-se, nesse passo, invocando o direito alemão, a *supressio* que não permite a supressão de um direito usufruído por terceiro, por ato de mera tolerância. A *surrectio*, por sua vez, dá contornos a um direito que não está positivado, mas é prática corriqueira dotada de efetividade social.²⁵³

Nesse contexto é fundamental a lealdade recíproca, a clareza e inteireza nas informações, evitando criar expectativas e impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, que se seguem na fase contratual, e até mesmo, na fase pós-contratual, pois a boa-fé também cria deveres posteriores ao término do contrato. Na qualidade de norma de comportamento cria, para as partes, deveres positivos como os deveres de colaboração, inclusive de informação, e cria, também, deveres negativos, por exemplo, os deveres de lealdade, especialmente o de manter sigilo.²⁵⁴

A autonomia da vontade é delimitada pelo ordenamento jurídico, hipótese do art. 421 do Código Civil, onde a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. E considerando a existência de um direito indisponível, assim considerada a intimidade como um direito da personalidade²⁵⁵, não pode haver estipulação que fere a dignidade da pessoa humana, como preceito fundamental da Constituição Federal (art. 1º, III), cerne de todo o nosso ordenamento jurídico.

Ressalte-se que nenhum empregado tem o poder de negociação para excluir de seu contrato de trabalho uma cláusula que autorize o controle dos *e-mails*, cujo

²⁵² Confira: Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado : sistema e tópica no processo obrigacional*, 1. ed., 2. tir., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 427-72.

²⁵³ Consulte: Antonio Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 2001, pp. 797-836.

²⁵⁴ Vide: Antonio Junqueira de Azevedo, Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, *Revista de Direito do Consumidor* vol. 18, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 25.

²⁵⁵ Carlos Alberto Bittar (*Os direitos da personalidade*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 1) ensina: "Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos".

conteúdo inconstitucional alia-se ao problema da adesividade, sendo inadmissível tratá-lo e persegui-lo como um inimigo, travando uma luta contra as utilizações dos recursos eletrônicos.²⁵⁶

Assim, os contratos de adesão que estabelecem a disposição de dados sensíveis são nulos de pleno direito por malferir a função social do contrato, em razão da boa-fé objetiva, e principalmente pela afronta a um direito indisponível que é o direito de personalidade.

Da mesma forma, o empregado está protegido na hipótese de utilizar-se de serviço gratuito ou pago de um provedor de *e-mail*, acessando remotamente suas mensagens, pela internet, no computador da empresa. Estas mensagens também não poderiam ser objeto de controle. Note-se a diferença entre os casos anteriores onde o *e-mail* utilizado era do empregador. Nesse caso o *e-mail* é de propriedade e uso exclusivo do empregado.

De nada vale o argumento de que estrutura e o ambiente são destinados à atividade profissional, e de propriedade do empregador. Porém, pode o empregador bloquear o acesso a determinados *sites*, inclusive os que hospedam o conteúdo do provedor de *e-mail*. Mas, mesmo sendo possível e tolerado o acesso aos mais diversos *sites*, é evidente que o empregado deve fazê-lo de forma moderada, não interferindo na produtividade e cumprimento das obrigações, sujeitando-se às sanções legais, como a demissão por justa causa em situações excepcionais.

A alegação de que aspecto público do ambiente de trabalho ou da própria internet tornam públicas as informações inseridas não é verdadeira. Isso porque, deve ser observada a intenção de divulgação da informação como se diferencia claramente

²⁵⁶ Cabe o paralelo ao discurso insensato proferido por George W. Bush, em 05 de agosto de 2004: "*Our enemies are innovative and resourceful, and so are we. They never stop thinking about new ways to harm our country and people, and neither do we.*" Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2004/08/20040805-3.html>> Acesso em: 22 mar. 2006.

entre uma troca de *e-mails* e uma publicação num *site* pessoal. A troca de *e-mails* ou uma conversa (*chat*) não autorizam a invasão e desconsideração do direito à reserva de intimidade da vida privada²⁵⁷, cujo conceito foi desenvolvido a partir do texto “*The right to privacy*” escrito em 1890 por Samuel Warren e Louis Brandais defendendo o direito a ser deixado em paz (*right to be left alone*)²⁵⁸.

As questões enfrentadas ressaltam o contexto e a dimensão do conceito de rede implicando, por conseguinte, numa exegese distinta do ordenamento jurídico, em especial quanto ao art. 5º, XII da Constituição Federal.

Com o advento da Lei 9.296/96, houve a regulamentação para que houvesse determinação judicial da quebra desse sigilo telefônico constitucionalmente garantido, desde que presentes determinados requisitos, na medida em que se buscava outro bem maior, também resguardado pela Carta Magna.

Note-se que o art. 5º, XII da Constituição Federal menciona o sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas, mas não previu a internet. A internet está protegida pelo art. 5º, XII da Constituição Federal? Pode haver determinação judicial para fornecimento de dados no âmbito da internet?

A internet não foi mencionada pela Constituição Federal porque não se cogitava a realidade que hoje vivemos. Dessa forma, é importante ressaltar que a ela não foi excluída pelo legislador.

Numa interpretação sistemática podemos observar que a internet contempla algumas hipóteses previstas no art. 5º, XII da Constituição Federal, tais como a

²⁵⁷ Confira: Domingos Soares Farinho, *Intimidade da vida privada e media no ciberespaço*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 45-47.

²⁵⁸ Samuel Warren e Louis Brandais, *The right to privacy*, *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, pp. 193-220.

correspondência, os dados, as comunicações telefônicas, representando outro meio de transmissão, guardadas suas complexidades e inter-relação com outras ferramentas de comunicação.

Portanto, a ordem judicial também pode contemplar pedido de informações de relações na internet. Entretanto, é interessante destacar que estas hipóteses estão vinculadas à investigação criminal e à instrução processual penal, razão pela qual se vislumbra um obstáculo de obtenção de informações em processos que versem sobre responsabilidade civil.

Em 10 de março de 2006, um diretor da filial brasileira do Google, que controla o Orkut, prestou esclarecimentos no Ministério Público Federal de São Paulo, tendo recebido um relatório de 150 páginas elaborado pela ONG Safernet, indicando a prática de crimes contra os direitos humanos. Apesar de essenciais as providências do Ministério Público, inclusive para dar legitimidade às lutas e manifestações esparsas, a convocação não teve alcançado o seu objetivo que era a assinatura de um termo de cooperação que tornaria mais fácil o intercâmbio de informações na hipótese de ordem judicial.²⁵⁹

Porém, o resultado da ação do Ministério Público é bem maior do que se tivesse a assinatura do termo de cooperação, representa um despertar de um representante da sociedade civil para um grave problema que faz o ser humano viver numa situação limite, escondendo-se por trás de um labirinto que é a internet, lutando contra a paz e a ordem, sob pena de tornar sem sentido os valores fundamentais.

Aliás, na própria política de privacidade do Google e da maioria dos *sites* há o alerta de que poderão informar os dados solicitados por ordem judicial, não se discutindo, nem se fixando condições, pois o comando judicial deve ser cumprido.

²⁵⁹ Ver: Rodrigo Martins e Paulo Baraldi, Google é intimado por crimes no orkut, Link, *O Estado de S. Paulo*, 20 de março de 2006, p. L3.

Ainda, a divulgação pode ocorrer por causa da lei do país em que os dados estiverem armazenados e processados, portanto, fora do Brasil. Podem ser divulgadas se houver determinação judicial, ou se o administrador do *site* entender que sua divulgação é medida necessária para proteção e segurança do produto ou de um determinado grupo.

Além da enorme discricionariedade que o administrador do *site* tem para abrir mão da privacidade ou intimidade de terceiro, ressalte-se que não há o menor controle da eventual devassa dos dados, mesmo que se alegue o respeito ao *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA), ou as diretivas da Comunidade Européia, o que constitui ato ilícito quando há extrapolação dos limites contratuais²⁶⁰.

2.8. Convivendo com o epistoleiro. O combate estrênuo contra o *spam*

A tecnologia e a internet nos fornecem novas formas de fazer coisas antigas, da educação ao entretenimento, entre elas a correspondência eletrônica realizada pelo *e-mail*.

Todavia o poder dessa ferramenta trouxe como efeito colateral o que se denominou *spam*, ou seja, mensagens não solicitadas enviadas à nossa caixa postal que, em regra, oferecem produtos e serviços, muitas vezes de conteúdo ilícito.

A origem dessa prática é atribuída ao casal de advogados norte-americanos do Estado do Arizona, Laurence A. Canter e Martha S. Siegel, que enviaram mensagens para um grupo de discussão na internet sobre uma loteria do visto de permanência e trabalho norte-americano (*green card*)²⁶¹, objetivando angariar clientes. Posteriormente, os advogados lançaram o livro "*How To Make A Fortune On The*

²⁶⁰ Vide: Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, cit., p. 92.

²⁶¹ Disponível em: <<http://web.archive.org/web/20011214024742/math-www.uni-paderborn.de/~axel/BL/CS941211.txt>> Acesso em: 31 mar. 2006.

Information Superhighway" divulgando um novo conceito de negócios sobre a maneira de gerar valor.²⁶²

O termo *spam* surgiu por associação a um episódio da série da televisão inglesa *Monty Python*, encenado num café onde constava no *menu* um presunto picante enlatado da marca norte-americana SPAM da empresa Hormel Foods Corporation²⁶³. Todos os pratos continham o presunto como acompanhamento, estando o nome escrito repetidamente em todo o cardápio.²⁶⁴ Desta repetição surgiu a associação com o envio repetido de mensagens não solicitadas para membros de grupos de discussão e listas privadas de *e-mails*. Criou-se o rótulo de *spam* para o envio de mensagens não-solicitadas.²⁶⁵

Apesar de a prática ter sido condenada ferinamente, constata-se que o *e-mail* não é apenas uma ferramenta, mas uma modificação das regras dos negócios, o que foi rapidamente identificado por alguns empreendedores que se tornaram milionários, o que representa um novo paradigma da economia.

Pesquisas, realizadas em 2004, demonstram a força da nova forma de comunicação ao indicar que são enviados 76.8 bilhões de *e-mails* por dia, e um usuário corporativo recebe uma média de 94 mensagens diariamente. Desse total de mensagens enviadas, 77% (setenta e sete por cento) são *spam*, mensagens não solicitadas, cujo reflexo representa uma perda anual de produtividade por trabalhador equivalente a U\$1.934,00 (mil novecentos e trinta e quatro dólares norte-americanos). O custo global do *spam* é superior a U\$22 bilhões de dólares.²⁶⁶

²⁶² Disponível em: <http://www.eff.org/legal/cases/Canter_Siegel/> Acesso em: 31. mar. 2006.

²⁶³ Disponível em: <<http://www.spam.com/>> Acesso em: 31 mar. 2006.

²⁶⁴ A íntegra do diálogo está disponível em: <<http://www.detritus.org/spam/skit.html>> Acesso em: 31. mar. 2006.

²⁶⁵ Disponível em: <<http://www.eff.org/Misc/Publications/E-journals/Eye/940616.eye>> Acesso em: 31. mar. 2006.

²⁶⁶ Disponível em: <<http://www.mxlogic.com/index.html>> Acesso em: 31 mar. 2006.

Mas não é somente no custo que o *spam* atinge os usuários de *e-mail*, mas também pela perda de tempo causada pela necessária limpeza das mensagens imprestáveis ou constantes verificações nos filtros de mensagens para identificação de mensagens indevidamente bloqueadas.

Isso porque, o grande temor causado pelo *spam* não está somente no seu conteúdo que contém propagandas, correntes, boatos, ameaças, difamação e pornografia, mas, por ser utilizado como meio para furtar dados ou dominar o computador para utilizá-lo numa rede de disseminação de vírus ou mensagens.

Os computadores são dominados por programas conhecidos por *malwares* (vírus, cavalos de tróia, *spywares*, *backdoors*, *keyloggers*, *worms*, *bots* e *rootkits*) que instalam códigos provocando danos no próprio computador e em outros que estejam conectados ou que recebam mensagens.

E talvez a faceta mais impressionante seja a capacidade de escravizar o computador alheio criando redes remotas para envio de *spam*. Os computadores agem como robôs enviando mensagens sob o comando de um *hacker* que evidentemente lucra na proporção das mensagens enviadas, beneficiando-se do anonimato na medida em que usam a identificação de um terceiro computador.

Dessa forma, muitos usuários acabam por enviar *spam* sem sequer ter conhecimento deste fato, em razão da manipulação dos códigos do computador.

Atualmente, o *phishing* e o *pharming* são duas outras práticas muito utilizadas que conseguem ser implementadas pela denominada engenharia social²⁶⁷, ou seja, uma forma dolosa obtenção de dados mediante ardil, enganando o usuário de internet.

²⁶⁷ Kevin D. Mitnick e William L. Simon, *MITNICK – a arte de enganar* (trad. Kátia Aparecida Roque), São Paulo, Pearson Makron Books, 2003, pp. 18-24.

O *pharming* consiste no redirecionamento do usuário da internet para *sites* fraudulentos, apoderando-se ilícita e temporariamente de determinado endereço na internet, ou contaminando-o, com a finalidade de obter dados.

O *phishing* ou *scam* é uma técnica contra o usuário de *e-mail*, que, muitas vezes descuidado, atende à solicitação acreditando que seja verdadeira, como usualmente é feito com *e-mails* falsos (*spoof e-mails*) que parecem ser enviados por renomadas empresas, instituições financeira ou órgãos públicos. Esses esquemas que convencem o usuário são sempre aliados a subterfúgios técnicos que furtam números de cartões de crédito, senhas, entre outros dados. Recentes pesquisas indicam que 58% dos usuários recebem um *e-mail* com *phishing* por dia.²⁶⁸

Tamanho o crescimento destas técnicas, no sentido de furtar dados dos usuários da internet, que não só os computadores são atacados, tendo se iniciado a invasão dos telefones celulares.

Isso ocorre pelo envio de mensagens não-solicitadas, *spam*, na forma de mensagens de texto para os celulares, e o furto de dados quando há conexão com a internet pelo aparelho.

O quadro apresentado demonstra que a larga utilização das novas tecnologias aliadas à internet são um enorme mercado a ser explorado, o que estimula o ser humano a criar inúmeras formas de atingir o seu potencial cliente, como ocorre com os *adwares*, ou seja, as propagandas que aparecem quando acessamos determinados *sites*. Janelas aparecem (*pop-ups*) sobre a tela original tornando inevitável não reparar no que está sendo oferecido. Porém, muitas vezes, tais *adwares* são instalados por *hackers* que monitoram computadores criando um enorme mercado de divulgação forçada de propaganda, como se constata com a indústria da pornografia.

²⁶⁸ Disponível em: <<http://www.antiphishing.org/>> Acesso em: 31 mar. 2006.

Os abusos criaram um fato social que mereceu a atenção do legislador internacional, como na Comunidade Européia que, em 31 de julho de 2002, editou a Diretiva 2002/58 regulando a necessidade de prévio consentimento para o envio não-solicitado de *e-mail* comercial. Nas hipóteses de cadastro anterior realizado pelo próprio usuário do *e-mail*, os dados não podem ser repassados para outras empresas, e deve ser facilitado o direito de objeção ao recebimento de propaganda.

Na mesma direção podemos citar o *CAN-SPAM Act of 2003*²⁶⁹, que entrou em vigor nos Estados Unidos da América do Norte, em 01 de janeiro de 2004, para regular o comércio e impor limitações e penalidades na transmissão de mensagens comerciais não-solicitadas pela internet.

A fixação da política pública norte-americana tem suas bases no interesse de regulação determinando que os remetentes não enganem os destinatários sobre o conteúdo e a identificação do *e-mail*, e estabelecendo o direito de rejeitar o recebimento dos *e-mails* com propaganda diretamente ao remetente, sendo que as infrações são penalizadas com multa e prisão.

Há ainda projetos de lei norte-americanos como o *Anti-Phishing Act of 2005*²⁷⁰ para criminalizar a conduta de quem se utiliza da internet para a obtenção ilícita de informação pessoal, e o *U.S. SAFE WEB Act of 2005*²⁷¹, que dá poderes ao *Federal Trade Commission* para combater o *spam* ilegal, *spyware*, a fraude e a trapaça na internet.

²⁶⁹ Disponível em: <<http://www.spamlaws.com/federal/108s877.shtml>> Acesso em: 31 mar. 2006.

²⁷⁰ Disponível em: <<http://www.spamlaws.com/federal/109s472.shtml>> Acesso em: 31 mar. 2006.

²⁷¹ Disponível em: <<http://www.spamlaws.com/federal/109s1608.shtml>> Acesso em: 31 mar. 2006.

No Brasil, contudo, não existe nenhuma lei sobre o assunto, mas, conforme já abordamos, há necessidade de identificar se o *spam* configura-se como abuso do direito sob a ótica do art. 187 do Código Civil Brasileiro.²⁷²

A conclusão é bastante óbvia diante da prática abertamente utilizada, não sendo incomum receber mensagens não-solicitadas vendendo listas e cadastros de *e-mail* para divulgação.

Infelizmente, a comercialização dos bancos de dados é usual na utilização de mala-direta tradicional, razão pela qual recebemos inúmeras correspondências cujas etiquetas mostram alguns sinais de identidade com outras, o que revela a comercialização de cadastro para propaganda.

Entretanto, com relação ao *e-mail* a questão agrava-se de forma considerável em decorrência do custo infinitamente menor de envio da mensagem eletrônica ao invés da carta tradicional, o que intensificou sua utilização, inclusive mudando hábitos de divulgação da sociedade.

Tramitam alguns projetos de lei cujas diretrizes são as mesmas adotadas pela Comunidade Européia e os Estados Unidos da América do Norte, determinando que haja a indicação clara do remetente e do conteúdo e a possibilidade de solicitar a retirada da lista de envio para não receber mais mensagens.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 36, estabelece a obrigação da publicidade ser veiculada de forma clara e objetiva facilitando ao consumidor sua identificação. Ou seja, não há sentido para proibição de veiculação, mas esta não deve utilizar-se de subterfúgios, nem obrigar que o usuário a leia.²⁷³

²⁷² Veja: José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Aspectos jurídicos do *e-mail*, *Conflitos sobre nomes de domínio*, cit., pp. 373-75

²⁷³ Consulte: José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, A responsabilidade civil pelo *e-mail*, *Comércio eletrônico*, cit., p. 395.

Dessa forma, a chave que propomos para solucionar a questão do *spam*, até que haja legislação, está na aferição pelo magistrado se há excesso no exercício do direito de comunicação, extrapolando os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ressalte-se que não se trata de ato ilícito, mas de categoria autônoma, configurada pelo abuso do direito em razão da antijuricidade da conduta.²⁷⁴

Portanto, a aplicação da norma e a configuração do abuso do direito ocorrerão conforme um critério de razoabilidade e proporcionalidade na aferição da conduta de envio do *e-mail*, pois inúmeros são os fatores que delimitam a conduta, tais como a repetição, a forma utilizada para obtenção do endereço eletrônico, a existência de pedido de cessação do envio.

Aliás, muitas mensagens utilizam o recurso de oferecer a exclusão da lista de envio como uma forma de certificar-se que o *e-mail* é válido, ou seja, é lido pelo usuário, o que certamente o torna mais valioso, inclusive para fins de comercialização de cadastro.

O aplicador do direito tem o ônus de valorar o limite da tolerância do destinatário e a conduta do remetente, para caracterizar o abuso do direito e punir adequadamente, proporcionalmente, desestimulando a continuidade da conduta, pela condenação em danos morais arbitrando²⁷⁵ a indenização devida (CC, art. 946), diante da gravidade e extensão dos fatos lesivos.

2.9. Responsabilidade dos pais pelos filhos

²⁷⁴ Confira: José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, O abuso do direito e a justiça social, *O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito* (coord. José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves), Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 356-61.

²⁷⁵ Consulte: Miguel Reale, *Temas de direito positivo*, São Paulo, RT, 1992, p. 25.

A *sociedade permissiva contemporânea*²⁷⁶ trouxe à tona um grave problema de comportamento e responsabilidade dos menores, cuja previsão legal foi modificada pela entrada em vigor do novo Código Civil.

Isso porque havia a presunção de culpa conferindo a oportunidade dos pais provarem que não haviam violado seus deveres, possibilitando, por conseguinte, que a jurisprudência examinasse as circunstâncias de eventual exoneração de responsabilidade dos genitores²⁷⁷. Porém, nos termos do art. 933 do novo Código Civil, a responsabilidade passa a ser objetiva, tornando os pais responsáveis pelos danos causados pelos filhos, cujo ressarcimento regressivo não existe em face da solidariedade familiar.²⁷⁸

A conscientização dessa responsabilidade objetiva deve levar os pais a não se acomodarem na vigilância dos filhos, não só pela norma que estabelece a responsabilidade, mas pela gravidade das circunstâncias.

Apesar de nos atermos às hipóteses de responsabilidade civil pelos danos materiais e morais que podem ser causados, ressaltando-se o aumento constante da prática de crimes por menores que dominam os códigos e meandros da internet.

Essa nova realidade revela uma geração totalmente adaptada à segunda fase da comunicação social, onde a internet é parte indissociável do convívio e da interação com a sociedade.

²⁷⁶ Ler: Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, cit., p. 91.

²⁷⁷ Confira: Sofia de Vasconcelos Casimiro, *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 71-2.

²⁷⁸ Vide: Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro, v. 7 : responsabilidade civil*, cit., 530-31.

A partir da premissa do pátrio poder, e do dever de zelar pela saúde, educação, bem-estar dos filhos, surgiu a exigência de um controle legítimo das atividades e do acesso à internet.

Este controle avançou em três frentes distintas: a conscientização, o *software*, a lei.

A conscientização revela uma faceta sociológica na medida em que está intimamente relacionada com a confiança estabelecida entre pais e filhos, bem como a estruturação da família. Mesmo não sendo objeto do nosso trabalho, a realidade mundial demonstra as falhas e as dificuldades nesta seara.

Dessa forma, muito além da lei, é fundamental que o Estado tenha a preocupação e a iniciativa de propor uma política pública para conscientizar e educar, evitando o crescimento de nova categoria de criminosos e danos para a sociedade.

Aliás, a coqueluche da utilização do Orkut revelou-se um problema, pois a forma de rever amigos, saber notícias de quem estava distante, indicar as preferências pessoais, inclusive com fotos, pode ser utilizada para a prática de crimes como estelionato, seqüestro, ou simplesmente o oferecimento de produtos e serviços pelo envio de *spam* para toda a rede de contatos, ou a inserção de notas (*scraps*) intrusas nos perfis dos contatos.

A cultura brasileira da amizade, de camaradagem, acaba por escancarar dados da intimidade que possibilitam traçar um perfil da pessoa, facilitando o trabalho planejado de um criminoso, em especial por conta das fotos pessoais, de familiares, e de hábitos que tornam vulnerável o usuário, quer seja menor ou não. Há que se rever a conduta dos adultos, e orientar os menores.

Os pais têm a seu dispor, além da educação e a conscientização, ferramentas técnicas que possibilitam o controle efetivo dos *sites* navegados, inclusive podendo bloquear o acesso a determinados endereços, com programas em pacotes vendidos pelos sistemas de segurança para computadores de empresas como a Trend Micro, Symantec, McAfee e LookSmart que oferece os produtos CyberPatrol e NetNanny.

Tamanho o clamor desta realidade que a Microsoft estuda lançar um programa gratuito para pais monitorar o que é feito e visto na internet pelos filhos. O aplicativo de segurança permitirá aos pais filtrarem as páginas de internet e receberem relatórios sobre o que os filhos visitam na rede. A empresa também planeja permitir aos pais controlarem com quem os filhos comunicam-se por *e-mail* ou mensagens instantâneas.²⁷⁹

Contudo, muitos não possuem em sua residência um computador com acesso à internet adequado para suas necessidades, passando a utilizar a prestação de serviços de terceiros, cujo comércio tomou vulto com a proliferação dos *cybercafês*.

Mas o ambiente estranho tem sido motivo de muita preocupação dos pais, e um chamariz para quem pretende utilizar o computador alheio para a prática de atos ilícitos ou imorais, criando um convívio muitas vezes pernicioso, colocando em risco a segurança pessoal e familiar.

Todos estes fatores motivaram a edição, no Estado de São Paulo, da Lei n. 12.228, de 11 de janeiro de 2006, regulamentada pelo Decreto 50.658, de 30 de março de 2006, que restringe o acesso a *lan houses*, *cyberoffices* e *cybercafês*, estabelecimentos que oferecem jogos, acesso à internet e outros serviços ligados à informática.

²⁷⁹ Disponível em: <<http://www.microsoft.com/brasil/security/default.msp>> Acesso em: 31 mar. 2006.

Conforme determina o art. 2º da norma, todos os clientes deverão ser cadastrados, e no cadastro deve conter informações como: nome completo, data do nascimento, RG, endereço, telefone, filiação, escola, turno. O estabelecimento deverá registrar a hora inicial e final de cada acesso do cliente, identificando inclusive os equipamentos utilizados pelos usuários e expor em local visível a lista de todos os jogos disponíveis com resumo e classificação etária deles.

As *lan houses* não poderão permitir a entrada de menores de 12 anos que estejam sem os responsáveis e, acima dessa idade, até os 16 anos, apenas com autorização por escrito dos pais.

A lei também prevê punição para os estabelecimentos que permitirem que menores de 18 anos permaneçam após a meia-noite. No horário normal, deverão informar o turno das aulas que frequentam.

Há a proibição de venda de cigarros, bebidas, tendo sido estabelecido o limite máximo de três horas de utilização dos computadores. Os comerciantes também terão de comprovar se utilizam *softwares* originais, além de estabelecer os critérios de locação das máquinas, a forma de pagamento do serviço e como é feito o cadastro.

O Procon de São Paulo, órgão vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, será o responsável pela fiscalização e cumprimento da lei, podendo aplicar multas que variam de três a dez mil reais, conforme a análise jurídica das infrações e respectivo processo administrativo. Em caso de reincidência, além da multa, haverá suspensão ou fechamento das atividades.

Contudo, o principal ponto da legislação é a determinação de que os dados devem ser armazenados por cinco anos para controlar o acesso de adolescentes e coibir a prática de crimes virtuais, como clonagem de cartões e ações de *hackers*, pois a dificuldade da prova da autoria e do dano é um dos grandes desafios da internet.

2.10. As dificuldades da prova da autoria e do dano

Seria justo deixar sem reparação, o usuário da internet lesado, porque se tornou impossível provar a autoria do dano?

E muitas vezes a questão da autoria está intimamente relacionada com a questão da autenticidade, na medida em que o art. 225 do Código Civil prevê a reprodução eletrônica como meio de prova plena, se a parte contra quem for exibido não impugnar a exatidão.

O ambiente da internet é extramente hostil para as questões de prova de fatos, quer seja em relação a constante mudança das informações disponíveis na rede, quer seja pela alta tecnologia envolvida que retira do ser humano médio a possibilidade de comprovação, tendo que se socorrer da técnica de um perito.²⁸⁰

Esta dificuldade é manifesta como no conhecido agravo de instrumento n. 625.519, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 25 de outubro de 2004, onde houve a divulgação pela internet de informações falsas sobre uma suposta crise de uma instituição financeira. Houve o envio de uma mensagem, para vários destinatários, contendo informações prejudiciais. A publicidade foi tamanha, inclusive chegando ao conhecimento de outras instituições financeiras, ao ponto de causar rumores, que motivaram uma resposta da instituição financeira mencionada na mensagem. Desmentido o boato, perguntava-se quem teria sido o autor da mensagem original.

No caso concreto houve a instauração de inquérito policial, sendo certo que o raciocínio seria válido para um processo judicial. A prova foi perseguida com a

²⁸⁰ Consulte: Renan Lotufo, Responsabilidade civil na Internet, *Direito e Internet*, cit., p. 225.

identificação do local de onde a mensagem partiu, conforme informação do provedor que mantinha o cadastro daquela conta.

Assim, o exame realizado pelo setor de Investigação de Crimes de Alta Tecnologia da Polícia Civil, com laudo definitivo assinado por dois peritos criminais, identificou a data, e que a mensagem partiu de um *cybercafé*, em Londres, Charles Street, 25, de uma conta criada minutos antes no provedor gratuito (Hotmail). Nos dias seguintes, a caixa postal foi acessada por várias vezes com a utilização da senha pessoal criada. As investigações constataram que outras conexões foram feitas na conta, com endereço (IP) diferente do *cybercafé*, em Londres. Foi identificado um endereço (IP) de um provedor nacional localizado na sede de uma empresa no Brasil, cujo sócio tornou-se o acusado.

A prova tornou-se mais contundente quando, após todas as informações acima terem sido obtidas por ordem judicial, houve determinação de apreensão dos computadores da empresa, onde se encontrou cópia em arquivo, quase integral, do texto. Posteriormente verificou-se que o acusado estava em Londres na mesma data que a mensagem foi enviada, e que tinha escritório na mesma rua do *cybercafé*, em Londres. A ação teria sido motivada em razão do processo judicial que uma das empresas do acusado moveu contra a instituição financeira.

Discutiu-se, no recurso entre outros argumentos, a competência e a licitude da prova obtida em virtude da quebra de sigilo, o que foi confirmado em razão da autorização judicial para todas as providências, bem como a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido da possibilidade de aproveitamento dos atos de investigação praticados sob ordem de juízo que venha a ser declarado incompetente, o que não anula as provas.

Caio Mário da Silva Pereira explica, rompendo com a concepção tradicional, que o conceito de culpa contratual e a aquiliana partem da mesma idéia ética, e as duas

geram um dano, o que fundamenta uma doutrina civilista de unidade de culpa.²⁸¹ Portanto, a diferença está no ônus da prova, sendo certo que na aquiliana há sempre o dever de provar o alegado, e no contrato pressupõe-se correto o que foi entabulado. Toda a culpa está sujeita à prova, que somente pode ser dispensada pela lei.

E neste contexto, grande é a divergência sobre as fraudes em contas bancárias, ocorridas mediante o furto de senhas, umas das questões mais corriqueiras de violação na internet.

Independente da decisão final do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n. 2591 sobre a incidência do Código de Defesa do Consumidor no Sistema Financeiro Nacional, a questão que se põe é de ônus da prova.

Isso porque no julgamento do agravo de instrumento n. 562.298, pelo Superior Tribunal de Justiça em 18 de junho de 2004, houve o reconhecimento de que deve ser invertido o ônus da prova na execução dos contratos bancários quando evidenciada a ausência de cautela da instituição financeira, ao permitir que terceiros tivessem acesso à conta bancária pela internet, efetuando movimentações não autorizadas.

Entretanto, posteriormente, em 21 de outubro de 2004, o Superior Tribunal de Justiça julgou o recurso especial n. 602.680, e em caso análogo onde houve saque, foi imputada a responsabilidade e ônus da prova ao correntista, que detém a senha pessoal e intransferível e, portanto, eventuais saques irregulares na conta somente geram responsabilidade para o banco se houver prova de que a instituição financeira agiu com negligência, imperícia ou imprudência.

Mesmo sendo distintas as hipóteses, o argumento sustentado pela defesa da instituição financeira foi exatamente o mesmo. Contudo, a hipótese de transação pela

²⁸¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. 2, cit., p. 233-34.

internet sempre registrará a identidade de quem recebeu, diferentemente do saque físico de uma conta ocorrido num caixa expresso. Tal registro possibilitará uma maior riqueza de provas no sentido de que houve fraude.

Todavia, em ambos os casos, parece-nos que há a obrigação de um sistema de proteção cada vez mais eficiente, ao ponto de evitar fraudes transações, mesmo que a senha seja furtada, como muitas instituições financeiras já aprimoraram no sentido de exigir uma segunda senha aleatória mediante dispositivo eletrônico, ou a transação num computador que tenha um certificado de autenticação válido devidamente instalado.

O fato é que a tecnologia desenvolveu-se de tal forma a possibilitar que sejam identificados diversos elementos de uma atividade na internet, não sendo esse o óbice para que o dano não seja reparado. Ultrapassada a questão da possibilidade técnica de produção da prova, resta identificar quem arcará com a produção da prova, o que pode ser um obstáculo real dentro da questão do ônus da prova.

Dessa forma, além de determinar quem perseguirá a verdade dos fatos, tal ônus é acrescido de um custo financeiro que pode elevar-se dependendo da complexidade da perícia, em especial dependendo do valor envolvido na transação.

Por tais razões, sendo a técnica processual capaz de modernizar-se e ter melhor utilidade social e política no processo, como instrumento de pacificação, eliminando conflitos com justiça²⁸², é dever do magistrado buscar a verdade ultrapassando os obstáculos específicos surgidos nos casos concretos, o que vale dizer, por exemplo, que se existir verossimilhança no alegado, pode haver inversão de ônus pela eventual dificuldade financeira ou de obtenção da prova.

²⁸² Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, pp. 127-37.

Há, ainda, a diretriz da pertinência para a obtenção da prova, que muitas vezes pode ser protegida pela garantia fundamental à intimidade. O magistrado só deve autorizar uma prova dessa natureza se for indispensável, estritamente necessária, se for o único meio de prova.²⁸³ E na hipótese de autorização, o trabalho da perícia depende da existência do banco de dados, além da colaboração de quem os armazena.

Contudo, há possibilidade de uma ação preventiva, ou mesmo ação com o intuito de constituir prova ou por legítima defesa.

As instituições financeiras, abaladas pelo enorme crescimento das lesões ocorridas na internet, passaram a utilizar a mesma estratégia dos *hackers*, ou seja, criaram o conceito da engenharia reversa onde obtém dados de supostos *hackers* através da coleta sem consentimento.

Excluindo a hipótese de engano quanto à pessoa suspeita, não nos parece que a estratégia de segurança incorra em violação desde que os atos de defesa não excedam a proteção do usuário.

Isso porque a legítima defesa não é ilícita, nem punível, pois configura-se como aquela necessária para afastar uma agressão ilícita e atual.²⁸⁴

No que tange ao problema da autenticidade da prova, difundiu-se a utilização da ata notarial para verificação de fatos na internet.

²⁸³ Consulte a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, proferida em 12 de abril de 2000, no julgamento da medida cautelar no mandado de segurança n. 23.669: “Em consequência desse postulado, cumpre advertir que a legitimidade do ato de quebra do sigilo bancário, além de supor a plena adequação de tal medida ao que prescreve a Constituição, deriva da necessidade de a providência em causa respeitar, quanto à sua adoção e efetivação, o princípio da colegialidade, sob pena de essa deliberação reputar-se nula.” Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=23669&CLASSE=MS&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M> Acesso em: 18 mar. 2006.

²⁸⁴ Vide: Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, cit., pp. 38-9.

A ata notarial foi criada pela lei n. 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, após ter seu uso consolidado pelos notários como prática costumeira²⁸⁵. Os arts. 6º e 7º da lei n. 8.935/94 atribui aos tabeliães de notas competência para lavrar ata notarial, uma vez que este tem fé pública, descrevendo fatos que presencia ou presenciou, vendo e ouvindo com seus próprios sentidos, sendo, portanto, documento que possui a mesma força probante da escritura pública, na esteira da decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do pedido de suspensão de liminar e de sentença n. 128, em 19 de maio de 2005.

No caso da internet, para não depender exclusivamente da prova testemunhal, utiliza-se a ata notarial para testemunho de fatos presenciados pelo notário, certificando a existência de informações que podem desaparecer, comprovando a veracidade e a integridade, inclusive determinando local, dia e hora do acesso ao *site*, - *e-mail*, ou arquivo digital. É a transcrição de um ato ou fato em documento próprio²⁸⁶.

Portanto, há uma autenticação do fato, sendo esta a novidade da ata notarial, conforme prevê o art. 6º da lei n. 8.935/94 ao enumerar as atribuições do tabelião, e no inciso III, que diz que ao notário compete autenticar fatos. Na ata notarial não há negócio jurídico, mas a constatação de um fato que deve ser relatado de forma objetiva, sem opiniões ou impressões subjetivas do tabelião.²⁸⁷

Dessa forma, o conteúdo da ata notarial tem a qualidade da autenticidade, por que é confirmada por ato de autoridade com fé pública, e transmite segurança quanto à existência do ato.²⁸⁸

²⁸⁵ Confira: José Flávio Bueno Fischer e Karin Regina Rick Rosa, *Ata notarial e as novas tecnologias*, *Ata notarial* (coord. Leonardo Brandelli), Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 2004, p. 206.

²⁸⁶ Vide: Leonardo Brandelli, *Atas notariais*, *Ata notarial*, cit., p. 44.

²⁸⁷ Ler: Narciso Orlandi Neto, *Ata notarial e a retificação do registro imobiliário*, *Ata notarial*, cit., pp. 157-56.

²⁸⁸ Consulte: Walter Ceneviva, *Ata notarial e os cuidados que exige*, *Ata notarial*, cit., pp. 83-8.

E não há dúvida da força probante da ata notarial pela expressa previsão no art. 217 do Código Civil, e arts. 364 e 365 do Código de Processo Civil. É um instrumento de grande valia para os profissionais do direito que, eventualmente, podem até dispensar perícias caras e demoradas, às vezes tardias.²⁸⁹

Mas, a ata notarial não tem presunção absoluta de veracidade, podendo ser valorada pelo juiz numa ação judicial, conforme o conjunto de provas existente. Isso porque a ata notarial retrata um fato jurídico, não valendo por si só como as escrituras públicas que contém negócios jurídicos e atos jurídicos de declaração unilateral de vontade.²⁹⁰ A ata notarial, apesar de não constituir prova cabal, em muitas vezes será a única opção de conferir autenticidade ao fato, podendo ser a prova principal do processo, e equivale à medida cautelar de produção antecipada de prova, sem ter que se socorrer do Poder Judiciário²⁹¹, revelando sua importância para solucionar as questões relacionadas com a internet.

3. Em defesa da sistematização

3.1. A dúvida de Miguel Reale

Responsabilidade subjetiva ou objetiva?

²⁸⁹ Vide: Amaro Moraes e Silva Neto, A importância da ata notarial para as questões relativas ao ciberespaço, *Ata notarial*, cit., p. 201.

²⁹⁰ Confira: João Teodoro da Silva, Ata notarial, *Ata notarial*, cit., p. 21.

²⁹¹ Kioitsi Chicuta, Ata notarial e sua utilização como prova judiciária, *Ata notarial*, cit., p. 183.

Gustavo Tepedino explica a gênese desse movimento da responsabilidade objetiva no direito público, ressaltando a ampliação da responsabilidade civil a partir da fonte legislativa o que revela a busca por uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma, e em especial pelo avanço tecnológico, critérios objetivos são estabelecidos para dividir os riscos da atividade econômica e da autonomia privada, além de novos mecanismos de seguro social (CF, art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, 'c'; art. 37, §6º), o que impulsiona a atividade do legislador infraconstitucional e da jurisprudência para a reparação civil e da repartição social dos danos.²⁹²

A leitura da responsabilidade civil é realizada sob a ótica do direito civil constitucional, sendo certo que afloram os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, estabelecidos no art. 3º, incisos I e III, da Constituição Federal, na busca efetiva de proteção da sociedade como um todo, o, que, em última análise, protege o indivíduo.

Para alcançar esse desiderato de proteção, o legislador transferiu para o direito público a matéria de responsabilidade objetiva.

Porém, a preocupação com a justiça distributiva como vertente de um aspecto público da proteção do social, não pode ser alijada das tarefas do direito privado por representar um importante reflexo social na medida em que há o efeito distributivo das normas jurídicas, sendo certo que a imputação da responsabilidade civil baseia-se em critérios de fracionamento e difusão de custos.²⁹³

²⁹² Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, 2. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, pp. 175-76.

²⁹³ Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do direito privado*, cit., p. 226.

Ao lado do ato ilícito²⁹⁴, fonte de responsabilidade civil, surge a imediata necessidade de proteção do coletivo contra os riscos, sendo que tais preocupações oriundas dos fatos sociais parecem escapar, numa visão menos atenta, ao direito privado.

A partir dessa constatação, Gustavo Tepedino aponta a preocupante ruptura sistemática de um modelo dualista com uma norma geral de responsabilidade civil subjetiva, prevista no Código Civil de 1916. Dessa forma, tudo era regulado pelo antigo art. 159, tendo crescido o tratamento da responsabilidade objetiva por legislação esparsa. Apesar da jurisprudência organizar a estrutura desse sistema de reparação, a doutrina ignora este sistema em virtude do corte metodológico que divide o direito público e o privado, atribuindo à este último somente a responsabilidade aquiliana, sendo matéria do direito público a responsabilidade objetiva. Este equívoco metodológico é repetidamente visto quando se retira da seara do direito civil a responsabilidade civil do Estado (CF, art. 37, §6º), demonstrando a ruptura do sistema de responsabilidade civil. A realidade social não se coaduna com um direito civil individualista, devendo ser atendido o comando constitucional do dever de solidariedade social.²⁹⁵

É evidente que a matéria da responsabilidade objetiva somente pode ser tratada pelo direito privado.

Não obstante o traço social marcante da responsabilidade objetiva, como mecanismo de distribuição de riscos, tal não lhe empurra para uma disciplina de direito público.

²⁹⁴ Francisco dos Santos Amaral Neto (*Direito civil: introdução*, cit., p. 568) assevera: “Enquanto para a doutrina ato ilícito é todo aquele contrário à norma jurídica, imposta pelo Estado (lei) ou pela autonomia privada (contrato), o Código Civil brasileiro restringe o respectivo significado, limitando-o ao teor do art. 186, dele separando o ilícito contratual, ou inadimplemento obrigacional, referido no art. 389. O Código Civil brasileiro tem assim dois sistemas distintos, o que resulta de ato ilícito e o que resulta da inexecução contratual. A expressão ‘responsabilidade civil’ significa, de ordinário, o primeiro, a que se referem os arts. 186 e 927; o sistema da contratual está nos art. 389 e segs., compreendendo ainda a disciplina da mora (CC.arts. 394 a 401).”

²⁹⁵ Vide: Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, cit. 175-77.

E mesmo que se alegue que os casos de responsabilidade civil na internet encontram fundamento diverso daqueles dois tradicionais (culpa e risco), ou seja, uma responsabilidade *ex lege* com base em conflito entre direitos²⁹⁶, todos devem estar recolhidos dentro do mesmo sistema de responsabilidade civil.

A constitucionalização do direito civil vem em defesa da sistematização da responsabilidade no direito privado, pela nova dimensão que passam a ter institutos, como a responsabilidade civil.

Com o alargamento das relações jurídicas, a relevância da responsabilidade não passa despercebida do olhar atento da sociedade, especialmente pela maior interferência direta do Estado nas relações de direito privado, cuja perspectiva de interpretação civil-constitucional permite a adequação de institutos de direito civil à realidade, tornando-os compatíveis com as atuais necessidades sociais e econômicas.²⁹⁷

A dicotomia do direito, público e privado, tem um caráter didático²⁹⁸, sendo sua divisão cada vez mais tênue na atualidade diante da recorrente e esperada troca de valores em suas respectivas esferas, evidenciando uma cristalina complementaridade explicada por Miguel Reale²⁹⁹.

²⁹⁶ Consulte: Karl Larenz, *Derecho de obligaciones*, t.2, Madri, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 690 e s; Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, 7. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 208 e s.

²⁹⁷ Ler: Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, cit., p. 21.

²⁹⁸ Confira: Pietro Perlingieri, *Profili del diritto civile*, cit., p. 55.

²⁹⁹ “Na dialética de complementaridade, no campo das ciências humanas, os fatores polares e contrários geram ‘sínteses tendenciais’ ou abertas, em uma ‘solidariedade funcional’. (...) Sendo a realidade jurídica essencialmente temporal, cambiante e tridimensional e, mais ainda, uma composição necessária de estabilidade e movimento, penso que só uma dialética pluridimensional a ela se ajusta, tal como a dialética da complementaridade, que se desdobra em várias perspectivas, entre as quais lembro as que correlacionam, necessária e reciprocamente, termos opostos ou distintos, numa relação de implicação ou de co-presença, ou então de funcionalidade entre contrários, entre meios e fins, entre forma e conteúdo, ou entre as partes e o todo.” Vide: Miguel Reale, *Horizontes do direito e da história*, cit., p. 347.

Não obstante a simbiose entre o direito público e o direito privado, a responsabilidade objetiva não deveria ser tratada pelo direito público, pois faz parte de um só sistema de responsabilidade, sistema esse de direito privado.

A partir dessa constatação que observamos a ruptura sistemática quando o direito público trata da responsabilidade objetiva, legando a responsabilidade subjetiva ao direito privado.

Todavia, o art. 927 do novo Código Civil elimina a ruptura ao estabelecer a responsabilidade subjetiva no seu *caput*, e a responsabilidade objetiva no seu parágrafo único.

Essa nova configuração é explicada por Miguel Reale: “Responsabilidade subjetiva ou responsabilidade objetiva? indagava eu. Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa.”³⁰⁰

Por essa razão que a responsabilidade subjetiva está no *caput* e a objetiva no parágrafo único. Até nisso houve coerência, não fazendo sentido críticas ventiladas no sentido de que a responsabilidade objetiva deveria ser disciplinada em artigo separado.

Não há prevalência da responsabilidade civil sobre a objetiva, sendo certo que ambas têm a mesma importância no sistema do Código Civil, não havendo sentido em

³⁰⁰ Miguel Reale, *Estudos preliminares do código civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

se falar em regra e exceção. Aplicar-se-á a responsabilidade subjetiva e objetiva conforme o caso em discussão.³⁰¹

Mas, o que realmente destaca-se no art. 927 do novo Código Civil é a sistematização da responsabilidade que estava fragmentada em prejuízo do direito privado. Ou seja, com a inserção da responsabilidade objetiva no Código, desaparece aquela tônica de que a responsabilidade objetiva era matéria do direito público, o que era pernicioso para a unidade sistemática.

O art. 927 do novel Código Civil corrige o enquadramento indevido da sistemática da responsabilidade civil, unindo a responsabilidade objetiva e subjetiva, havendo tratamento da teoria do risco em conjunto com o conceito de estrutura.

3.2. A teoria sociológica da estrutura de Parsons e Merton

No parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil houve a combinação da teoria do risco com a idéia de estrutura, conforme explicado por Miguel Reale na introdução ao volume editado, em 1984, pelo Ministério da Justiça, dando conhecimento da análise feita, por todos os membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, das 1.069 emendas oferecidas pela Câmara dos Deputados ao projeto a ela enviado, em 1975, pelo Presidente Ernesto Geisel.³⁰²

A sensível e ponderada percepção de Miguel Reale, em evitar o reducionismo sistemático, o fez pesquisar a estrutura como um conceito sociológico, pois as questões sociológicas têm sentido, também, para explicar as grandes transformações da história,

³⁰¹ Consulte: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código Civil anotado e legislação extravagante*, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, nota 3 do art. 927, p. 488.

³⁰² Miguel Reale (O sentido inovador do Código Civil, *Emendas ao projeto de Código Civil com pareceres da Comissão Relatora*, Brasília, Ministério da Justiça, 1984, p. XI) observa: “Há juristas, com efeito, que dominados pelo vício de um *reducionismo sistemático*, situam os problemas jurídicos em termos de *aut-aut*, à maneira inexorável de Kierkegaard, na sua tragédia existencial, como se a vida fosse compatível com esta opção extrema; ou é isto, ou não é...”

suas revoluções e crises, declínios e renascimentos, em ligação com as tensões estruturais.

Nessa busca, Émile Durkheim propõe uma teoria do fato social, demonstrando que pode haver uma ciência sociológica objetiva e científica, como nas ciências físico-matemáticas. Durkheim defende também o primado da sociedade sobre o indivíduo, pois as sociedades têm prioridade histórica sobre os indivíduos e as sociedades têm prioridade lógica sobre os indivíduos. Assim, os fenômenos individuais devem ser explicados a partir da coletividade, e não a coletividade pelos fenômenos individuais. Ou seja, um fato social só pode ser explicado por um outro fato social.³⁰³

Ressalte-se que Durkheim, a exemplo de Auguste Comte, é um pensador positivista. Daí a crença de que a sociedade possa ser analisada da mesma forma que os fenômenos da natureza. A sociologia tem, assim, como tarefa, o esclarecimento de acontecimentos sociais constantes e recorrentes. O papel fundamental da sociologia seria o de explicar a sociedade para manter a ordem vigente. A função da sociologia seria a de detectar e buscar soluções para os problemas sociais, restaurando a normalidade social e convertendo-se dessa forma numa técnica de controle social e de manutenção do poder vigente.

A partir desse movimento, surgiu uma tendência de uma sociologia funcionalista, que é uma das mais difundidas nas sociedades capitalistas, em primeiro lugar nos Estados Unidos. O pensamento de Émile Durkheim foi retomado e desenvolvido especialmente por dois sociólogos americanos, Talcott Parsons e Robert King Merton, sem dúvida os maiores responsáveis pelo desenvolvimento do funcionalismo moderno.

³⁰³ Émile Durkheim, *As regras do método sociológico* (trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz), 6. ed. 2. reimp., São Paulo, Editora Nacional, 1974.

É nesse contexto que Miguel Reale explica como construiu o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, tendo por ponto essencial a atenção à responsabilidade objetiva ao verificar a estrutura dos negócios. O conceito de estrutura é sociológico e filosófico fundamental ao explicar o conceito de natureza das coisas, o que não se confunde com o direito natural, como mostra a obra de Talcott Parsons e Robert King Merton.³⁰⁴

Talcott Parsons apresenta, em sua principal obra, uma teoria da ação com base na síntese das tendências no trabalho de Alfred Marshall, Émile Durkheim e Max Weber, restabelecendo o modelo de teoria na sociologia. Parsons defende uma teoria sistemática contra várias formas de impérios, situações que representam a acumulação de fatos. Ao mesmo tempo, Parsons sustenta um realismo analítico contra os teóricos que consideram as teorias como ficções convenientes.³⁰⁵

Uma teoria satisfatória, para Parsons, deve fornecer uma estrutura de referência para analisar a intrincada coexistência da ordem social com voluntarismo, bem como apresentar uma estrutura de referência para analisar o surgimento de um sistema complexo cuja função não pode ser reduzida a leis explicando o funcionamento das partes, pois deve haver uma interpenetração entre os fatores de controle do todo e fatores de controle das partes. Por tais razões, Parsons decreta a falência de três sistemas: a) o utilitarismo e teoria econômica que envolvem uma teoria do comportamento social racionalista e individualista; b) o positivismo que envolve redução do comportamento humano a leis da física ou biologia; c) o idealismo baseado em teoria que reduzem o fenômeno social como emanações dos valores culturais; concluindo que a orientação ética é o guia do ser humano, sendo o propósito final dos atos.³⁰⁶

³⁰⁴ Miguel Reale, *Estudos preliminares do código civil*, cit., p. 67.

³⁰⁵ Talcott Parsons, *The structure of social action – a study in social theory with special reference to a group of recent european writers*, cit., pp. 728-31 e 753-57.

³⁰⁶ Talcott Parsons, *The structure of social action – a study in social theory with special reference to a group of recent european writers*, cit., pp. 51-74 e 725-26.

Na mesma linha, Robert King Merton introduz a noção de teorias de médio alcance (*theories of the middle-range*) para a sociologia, que representa uma mescla das grandes teorias e das estreitas observações empíricas.³⁰⁷

A partir das luzes dessas linhas de Parsons e Merton, Miguel Reale explica que a *estrutura* ou a natureza de um negócio jurídico quando importar na existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, há responsabilidade objetiva, pois quem a explora dela locupleta-se, independente de culpa, como na hipótese do transporte.³⁰⁸

Portanto, a idéia de estrutura passa a ser uma referência do todo, mostrando o seu espectro coletivo, em contraposição ao individualismo jurídico, revelando mais uma faceta dos princípios da eticidade e da socialidade.

Dessa forma, a responsabilidade civil é imprescindível para a harmonia da sociedade na medida em que o sistema de reparação ou repressão de danos representa uma noção de justiça enquanto equilíbrio, sem a idéia de culpa, cuja relação indissociável e balanceada entre o todo e as partes resulta na distribuição da justiça que é escopo do direito.³⁰⁹

A reparação somente começou a ser compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano, momento em que se busca um responsável.³¹⁰

E para restabelecer o equilíbrio violado, é essencial desfazer tanto quanto possível os efeitos do dano patrimonial ou moral, restituindo o prejudicado ao *statu*

³⁰⁷ Consulte: Robert King Merton, *Social theory and social structure*, ed. rev. e aum., Glencoe, Free Press, 1957, pp. 9-10, 275-80 e 326-32.

³⁰⁸ Vide: Miguel Reale, O sentido inovador do Código Civil, cit., p. XI.

³⁰⁹ É a lição de Judith Martins-Costa, Os fundamentos da responsabilidade civil, cit., p. 35.

³¹⁰ Confira: Louis Josserand, Evolução da responsabilidade civil, cit., p. 550.

quo ante, especialmente em decorrência do prodigioso avanço tecnológico que agita o problema da responsabilidade, pela quantidade de riscos criados.³¹¹

O restabelecimento do equilíbrio patrimonial, na qualidade de função da reparação, revela-se muito além do aspecto material, quando o ser humano encontra-se diante da revolução das máquinas, agora aliada à internet, estando em jogo a liberdade, como já vaticinava Franklin Delano Roosevelt, no seu discurso antes da Convenção Democrática da Filadélfia que aceitou sua indicação para candidato à presidência, em 27 de junho de 1936.³¹²

O tratamento do novo e delicado problema de reparação civil, restabelecimento do equilíbrio, e definição de responsabilização para as inúmeras relações com a internet, indica a necessidade de uma forma especial.

3.3. Por uma convenção internacional

O direito é a estrutura da sociedade e expressão de sua cultura³¹³, o que justifica a existência de diferenças entre os ordenamentos. Contudo, não há como imaginar uma teoria ou diretriz de interpretação distinta de um afinado sentido real e prático, pois o direito está imerso no *mundo da vida (Lebenswelt)*³¹⁴, tanto para

³¹¹ Vide: Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil : Fontes acontratuais das obrigações – Responsabilidade civil*, vl. 5, 4. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 158-59.

³¹² “Since that struggle, however, man's inventive genius released new forces in our land which reordered the lives of our people. The age of machinery, of railroads; of steam and electricity; the telegraph and the radio; mass production, mass distribution - all of these combined to bring forward a new civilization and with it a new problem for those who sought to remain free.” Disponível em: <<http://www.geocities.com/presidentialspeeches/nomafdr36.htm?200520>> Acesso em: 20 mar. 2005. Tradução livre: Desde deste esforço, entretanto, o gênio inventivo do homem liberou forças novas em nossa terra que requisitou novamente as vidas de nossos povos. A era das máquinas, das estradas de ferro; do vapor e da eletricidade; o telégrafo e o rádio; produção maciça, distribuição maciça - toda a estes combinou para trazer para a frente uma civilização nova e com eles um problema novo para aqueles que procuraram permanecer livre.

³¹³ Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 65-6.

³¹⁴ Na nota introdutória da obra *O direito como experiência*, cit., Miguel Reale refere-se a *Lebenswelt* como *mundo da vida comum*, o que parece realmente mais ilustrativo, inclusive pelo fato da nota introdutória ter sido feito após vinte e quatro anos (1992) do lançamento da obra (1968),

estruturas normativas racionalmente elaboradas, quanto para as novas formas espontâneas não classificadas³¹⁵, como ocorre com a internet que não tem mais nada a ver com computadores, mas com a vida das pessoas.³¹⁶

Por tais razões é imprescindível que se conheça o fato, a arquitetura da tecnologia possibilitando estruturar a norma adequadamente³¹⁷ para enfrentar os problemas de eficácia, fundamento e vigência (validade normativa) do direito enquanto experiência.³¹⁸

E não se perca de vista que o fato evidentemente tem sua repercussão econômica, cujo impacto das práticas na internet, com interdependência em outros setores do mercado, representa um novo paradigma da economia a partir de sua estrutura e funções de valores³¹⁹, e, portanto, deve ser submetida à análise econômica do direito.

A análise econômica do direito possibilita a compreensão da função e do sentido das instituições jurídicas, porque o conhecimento dos dados econômicos é reflexo da interpretação jurídica.³²⁰

Todavia, na ação humana há uma pluralidade de motivações, não podendo admitir-se que haja redução apenas aos aspectos econômicos ou utilitaristas. Não cabe exaurir a análise do direito sob o perfil econômico, mesmo que se admita que muitas vezes haja uma transformação em valores econômicos. É inegável a utilidade da

revelando, ainda, tratar-se de continuação e especificação da *Teoria tridimensional do direito*, sendo, como denominou, “duas obras geminadas”.

³¹⁵ Vide: Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 102.

³¹⁶ Nicholas Negroponte, *A vida digital*, cit., p. 12.

³¹⁷ Confira: Ronaldo Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., pp. 9-12.

³¹⁸ Consulte: Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito*, cit., p. 79.

³¹⁹ Miguel Reale, Variações sobre a democracia e mídias, *O Estado de S. Paulo*, 25 de março de 2006, p. A2.

³²⁰ Orlando Gomes, *A crise do direito*, cit., p. 65.

análise econômica, em especial por sua contribuição para a eficiência do direito, porém ela não representa, sozinha, a complexidade da ciência jurídica.³²¹

Mas é essencial contar com a análise econômica do direito para identificar a importância e o valor da internet para a sociedade, em especial pela necessária flexibilidade do mercado de trabalho que as novas tecnologias impuseram, sobrepondo a atividade e desenvolvimento econômico sobre a dignidade da pessoa humana.

Sendo inadmissível relegar a dignidade da pessoa humana, Carnelutti pontua com clareza solar que a função do direito é impor ética à economia, servindo de instrumento necessário da política³²², com destaque para os direitos de solidariedade que não se confundem com uma atitude benevolente, mas como meio de afirmação e confirmação de direitos nas relações jurídico-sociais.

É imperativa a alteração da postura do jurista que deve acompanhar a revolução tecnológica para adotar as medidas necessárias, inclusive revendo as premissas de sua dogmática³²³, principalmente porque a novo paradigma da economia impõe responsabilidade e privilegia a informação.

A ausência de tratamento das questões da internet e a sistematização da responsabilidade civil trazida pelo novo Código Civil remetem-nos obrigatoriamente para a busca de um modelo jurídico, que somente pode ocorrer com o fluxo vital da experiência³²⁴.

³²¹ Pietro Perlingieri, *Profili del diritto civile*, cit., p. 62-3.

³²² Confira: Francesco Carnelutti, *Teoria geral do direito* (trad. A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro), Coimbra, Arménio Amado, 1942, p. 92.

³²³ Vide: Arnoldo Wald, Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o código civil, *Direito e Internet : relações jurídicas na sociedade informatizada* (coord. Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins), 1. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 15.

³²⁴ É o que ensina Miguel Reale, *O direito como experiência*, cit., p. 165.

E exatamente nesse ponto que a colaboração de Parsons e Merton mostrou-se fundamental ao eliminar a abstração e reconhecer a concretude do modelo jurídico, que pode ser prescritivo ou hermenêutico.³²⁵

O modelo jurídico hermenêutico para a responsabilidade civil na internet deve considerar os direitos à informação, à segurança e à confiança, que merecem a proteção do Poder Judiciário como direitos subjetivos, sem perder de vista que a responsabilidade civil não se presta apenas para a reparação dos danos, mas para prevenir danos.

O dever de informar e a transparência não devem estar presentes somente nas relações contratuais, mas na plenitude da vida do ser humano. Hodiernamente aflora em todos os cantos uma necessária informação e transparência de tudo que trafega pela sociedade, possibilitando que o ser humano garanta sua liberdade ao conhecer suas opções, refletindo para decidir.

Na Comunidade Européia vigora o modelo consumerista do princípio da transparência que utiliza o parâmetro do “*consommer moyennement, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé*”³²⁶, que se aplica, também, à internet. Mesmo sendo o consumo, o objeto da relação, não há como olvidar que o ambiente complexo da internet não é transparente, em virtude do embaralhamento da enorme quantidade de informação em conjunto.

A informação possibilita competitividade, produtividade, sendo o bem mais valioso da nossa atual economia, inclusive para os aspectos da segurança e confiança que têm sido fatores preponderantes de maior investimento e preocupação em razão do impacto econômico das práticas na internet.

³²⁵ Vide: Miguel Reale, *O direito como experiência*, cit., p. 166.

³²⁶ Consulte: Norbert Reich, Relatório sobre a aplicação da diretiva européia nos serviços financeiros e as novas tecnologias, *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2003, n. 45, p. 11-25.

Percebe-se que há muito mais atividade ilegal e desautorizada em andamento na internet do que é admitido pelas grandes empresas do mercado de tecnologia. O crescimento também se deve à grande concentração do mercado nos domínios de poucas empresas, o que potencializa e facilita a disseminação de danos.

Considerando as perspectivas de controle e as possíveis ameaças, não há como olvidar a dimensão da obrigatoriedade e necessidade das medidas de segurança, criando-se inúmeras políticas de identificação, autorização, autenticação, criptografia e privacidade.

Isso porque, o custo de uma vulnerabilidade pela ausência de medidas de segurança causa prejuízos à produtividade e à confiabilidade de um sistema, influenciando diretamente na reputação do mercado e da empresa com reflexos financeiros e de imagem.

E quando tratamos da internet há um agravamento na medida em que as necessidades de segurança são superiores ao plano individual, em decorrência da grande abrangência e o aspecto social, o que se coaduna com o estabelecimento de critérios objetivos dentro do sistema de responsabilização civil.³²⁷

O sentido de segurança é ínsito a estrutura da sociedade³²⁸, razão pela qual a insegurança do ambiente impulsiona o ser humano a aspirar segurança jurídica³²⁹.

Entretanto, mesmo as mais elaboradas e eficazes medidas de segurança para afastar o agente causador do dano acabam por trazer seqüelas para o desenvolvimento

³²⁷ Confira: João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. 1, 7. ed. rev. e atual., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 627.

³²⁸ Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, cit., p. 21.

³²⁹ Louis Josserand, *Evolução da responsabilidade civil*, cit., p. 549.

da atividade econômica, pois acabam afastando também uma parcela de usuários que não confiam e preferem ter garantias.

Basta observar na sociedade contemporânea o movimento em busca da segurança em todos os sentidos, exemplificado pela contratação dos mais variados seguros, em especial o seguro de vida, as previdências privadas e fundos para investimento do capital oriundo do trabalho.

E de fato, a ampliação dos danos reparáveis, da objetivação e da coletivização, com a especial influência do seguro³³⁰ através da mutualização dos riscos é solução de comprovada eficácia, proporcionando às vítimas a certeza de ressarcimento, e ao empreendedor a tranquilidade para desenvolvimento econômico, sem a possibilidade de sofrer a condenação à indenização que possa inviabilizar o exercício normal das atividades. Haverá liberdade para todos, eliminando-se o receio que bloqueia o desenvolvimento das atividades em benefício de toda a coletividade.³³¹

Por outro lado, considerando todas as abordagens que demonstram a relevância e abrangência das questões de responsabilidade civil na internet, há justificativa para um modelo jurídico prescritivo conferindo um poder de iniciativa econômica, que estimula e encoraja o exercício, pela segurança das regras do jogo estabelecidas.³³²

Apesar das inúmeras criações e transformações desta segunda fase da comunicação social, é impressionante notar que continuamos a utilizar a velha forma do direito³³³, o que tem gerando a invocação constante da parábola bíblica de que “não se põe vinho novo em odres velhos, pois o vinho novo romperá os odres.”³³⁴

³³⁰ Vide: Fernando Noronha, *Direito das obrigações : fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil*, v. 1, cit., p. 545-48.

³³¹ Confira: Wilson Melo da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, cit., 173-74.

³³² Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, cit., p. 35-6.

³³³ Orlando Gomes (*A crise do direito*, cit., p. 8) assevera: “O que impressiona mais vivamente a quem confronte o direito privado do século XIX e o que vigora atualmente, é uma

E nesta dinâmica, considerados os novos paradigmas trazidos pelo fenômeno da internet, ao longo do espaço e do tempo há que buscar o equilíbrio entre o individual e o coletivo no processo de integração que não se opera de modo uniforme e constante.³³⁵

Naturalmente, nesta árdua tarefa haverá a manutenção de estruturas normativas tradicionais, bem como novas serão criadas, sempre a partir da dialética entre o velho direito e a nova realidade de quem deve adaptar-se a quem.³³⁶

Dessa forma, mesmo contundente a defasagem do direito³³⁷, é sua a missão de regradar³³⁸ as inúmeras situações *sui generis* reveladas pela internet, estabelecendo responsabilidades em diferentes níveis para segurança e desenvolvimento sócio-econômico³³⁹.

E sendo a internet o objeto desse regramento, cabe à opinião pública e à sociedade civil mundial mobilizar-se para encorajar os governos na criação de normas e instituições de competência e envergadura internacional para tratar das questões de

transubstanciação a que velhas formas têm resistido, dando a aparência de que as instituições conservam a mesma textura. Mas, na verdade, muito vinho novo tem enchido os velhos odres do Direito.”

³³⁴ Consulte: Lucas 5:37.

³³⁵ Confira: Eduardo Espínola, *Sistema do direito civil brasileiro*, cit., p. 47.

³³⁶ Ronaldo Lemos, *Direito, tecnologia e cultura*, cit., p. 13.

³³⁷ Orlando Gomes (*A crise do direito*, cit., p. 17-8) observa: “O atraso do Direito em relação a outros fenômenos sociais, que lhe condicionam a existência, é um fato que vem sendo assinalado há cinquenta anos por eminentes juristas do Ocidente. Desde então, afirma-se monotonamente que o Direito está em mora com os fatos. (...) O Direito está tão envelhecido que parece exclusivamente feito de resíduos.”

³³⁸ Ivo Waisberg, *O novo direito e o velho princípio*, cit., p. 417.

³³⁹ Alvin Lima (Situação atual, no direito moderno, das teorias da culpa e do risco, *Revista Forense*, vol.LXXXIII, 1940, p. 389) ensina: “É preciso vencer o dano, o inimigo comum, factor de desperdícios e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e repressivos sugeridos pela experiência, sem dismantelar e desencorajar as actividades úteis. Para tal não devemos nos encastelar dentro de princípios abstratos, ou de preceitos envelhecidos para a nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções, ou intransigência de moralistas de gabinete.”

responsabilidade civil evitando os conflitos de soberania e pacificando os conflitos numa nova classificação como direito internacional privado constitucional³⁴⁰.

É evidente que na medida em que as distâncias são abolidas, mais facilmente constatamos o vinco que separa as culturas, os povos, as religiões, os sistemas filosóficos e políticos. Na mesma medida, mais esforços são necessários para tolerar-se mutuamente. Quanto mais desaparecem as fronteiras do tempo e do espaço, maior a dificuldade de compreensão, com uma forte tendência insolúvel diante da fúria que assola os movimentos contemporâneos.

Não há dúvida da necessidade de normas especiais em razão da mudança de paradigma do fenômeno da internet, com relevo fundamental na *standard* de conduta do usuário, bem como as diferentes tecnologias e atividades desenvolvidas.

Até mesmo, os locais de solução dos conflitos podem sofrer uma alteração ao ponto de usar o próprio ambiente da internet como forma eficiente, célere, e econômica de reparação, *mutatis mutandis* a atuação do centro de mediação e arbitragem da WIPO (World Intellectual Property Organization)³⁴¹ nas disputas sobre nomes de domínio.

Voltemos um pouco no tempo, com Silvio Rodrigues, para recordar os problemas trazidos pelo transporte aéreo: “Simultaneamente, grave problema que se propunha era o de saber qual a lei a ser aplicada, em caso de acidente, donde deriva a eventual responsabilidade do transportador. Seria aplicável a lei do lugar do contrato? Ou deveria a relação jurídica daí defluente ser regida pela lei do país em que a viagem

³⁴⁰ Renan Lotufo (Responsabilidade civil na Internet, *Direito e Internet*, cit.) pondera: “A grande dificuldade que vai ocorrer é quando se tem o conflito entre partes que sejam de diversos países. É um dos problemas mais agudos do Direito moderno, mas que vem sendo estudado no direito estrangeiro já há algum tempo. No Brasil não se divulga muito o estudo do Direito Internacional Privado, sendo absoluta novidade falar-se em ‘Direito Internacional Privado Constitucional’. Essa denominação vem conotada com a de Direito Civil Constitucional, que tem por fundamento a pessoa humana.”

³⁴¹ Disponível em: <<http://arbiter.wipo.int/domains/>> Acesso em: 31 mar. 2006.

se iniciou? Ou pela lei do país de destino? Ou pela lei do país em que a aeronave caiu? Dever-se-ia aplicar a lei nacional do viajante, a do expedidor, a do domicílio, ou a lei do pavilhão da aeronave? Todas essas dúvidas realmente deveriam ser dirimidas, não pela lei de um ou de outro país, mas por uma convenção internacional que abrangesse o maior número de países.”³⁴²

O paralelo é marcante para afirmar, em conjunto com todas as premissas e diretrizes do fenômeno da internet, e dos ventos que sopram sobre a conduta dos povos em termos mundiais, que a problemática da responsabilidade civil deve ser normatizada por uma convenção internacional.

Para atender todas as peculiaridades das atividades da internet, objetivando evitar danos e garantindo o desenvolvimento sem que haja insegurança quanto ao ressarcimento, é fundamental a definição, por norma específica, da responsabilidade dos provedores em diferentes níveis, criando obrigações específicas e gerais tais como: a) o estabelecimento de um cadastro dos que pretendem ter acesso à internet, para proteção do coletivo; b) criação de um sistema securitário absorvendo os riscos e indenizando os prejuízos; c) o amadurecimento e fixação de regras universais de competência e responsabilização por meio de convenção internacional adotada por todos os países.

Defendemos a necessidade de uma convenção internacional diante das lacunas do direito sobre os peculiares problemas da internet, lacunas essas que, precariamente, podem ser preenchidas pelo sistema do novo Código Civil que estabelece a possibilidade de dinamização das responsabilidades subjetiva e objetiva, afastando a ruptura do sistema de responsabilidade entre a objetiva tratada pelo direito público e a subjetiva tratada pelo direito privado, as quais serão aplicadas, caso a caso, segundo o trabalho do intérprete e do aplicador do direito.

³⁴² Silvio Rodrigues, *Direito civil. Responsabilidade civil*, v. 4, 19. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 240.

Contudo, na busca por um máximo de segurança jurídica e confiança, não se perca no horizonte a necessidade de elaboração de um modelo jurídico determinando o tipo de comportamento possível e considerado necessário à convivência humana, pois deve haver uma correspondência entre a tomada de posição perante e em função da realidade e da experiência (conjetura).³⁴³

CONCLUSÕES:

³⁴³ Consulte: Miguel Reale, *O direito como experiência*, cit., pp. 123-45.

1. A internet representa uma forma de comunicação tão poderosa a ponto de ser considerada o maior avanço da história. A importância dessa comunicação, a transmissão de conhecimento, as infinitas possibilidades de expansão, a maximização do tempo e baixo custo, são características desse novo paradigma que se estabelece na sociedade em relação ao espaço e ao tempo, e fixa um novo *standart* de conduta do ser humano médio, dando o contorno da denominada sociedade da informação.

2. É impressionante o paralelo que se pode traçar entre a sociedade da informação e a sociedade em que vivemos, cujas lutas pela liberdade ditam o ritmo do ser humano.

3. A liberdade é a grande diretriz desta nova sociedade da informação, e que inspirou sua criação, o que justifica a inflamada discussão quando se pretende estabelecer regras. Contudo, a despeito do exclusivo caráter acadêmico de outrora, a atual representatividade comercial da internet justifica a intervenção, sendo sua regulação, um dos grandes temas para os estudiosos.

4. As regras servem para proteção e garantia das liberdades, sob pena do individualismo destruir o objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

5. A nova forma de associação do ser humano não passa despercebida do jurista que deve formular uma teoria geral do direito para a sociedade de rede, em substituição à pirâmide.

6. Mesmo sendo a segurança jurídica uma verdadeira utopia, é dever do Estado estabelecer normas de função imperativa autorizante na lição de Goffredo da Silva Telles Junior, as quais, descumpridas, ensejam responsabilização por um sistema abrangente e eficaz, cujo respeito ao princípio da legalidade é pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito.

7. Sob a perspectiva modeladora da conduta humana, a norma é uma descrição verbal do curso concreto da ação considerado desejável, combinado com a injunção de tornar certas, conforme aquele curso, ações futuras, conforme a análise sociológica de Talcott Parsons.

8. A atual fase do direito civil objetiva dar efetividade aos direitos da pessoa humana, buscando o seu desenvolvimento e de sua dignidade, em especial por constituir fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), sendo diretriz do ordenamento jurídico na ponderação de interesses.

9. O novo Código Civil, muito influenciado pela teoria tridimensional do direito, e pela premissa do direito como experiência, trouxe ao direito civil uma totalidade da realidade, rompendo com uma autonomia infundada da ciência jurídica.

10. O intérprete não pode limitar-se a utilizar a fórmula legislativa, mas indagar a *ratio iuris*, pois o dever de clareza não deve ser uma premissa, mas o resultado da interpretação, como demonstra Pietro Perlingieri.

11. O Código Civil perdeu seu caráter exclusivo, e compartilha-se com a Constituição. Dessa forma, sobre os princípios e regras constitucionais referentes ao direito privado geral debruça-se a doutrina, sem olvidar a diretriz interpretativa da Constituição como fundamento de validade para todos os preceitos, sendo o marco a partir do qual se erige a ordem jurídica, destacando o caráter inicial e inovador.

12. O princípio de direito *neminem laedere*, enunciado por Ulpiano, está cada vez mais presente para o ser humano, sendo uma das molas propulsoras de todo o movimento para que não haja dano sem reparação.

13. O ser humano é dono de suas ações, sendo evidente que a responsabilidade está dentro dele. Ao agir gera-se um efeito, e mesmo que não se tenha a dimensão disso, há responsabilidade por ele.

14. De forma constante, assistimos a diminuição da influência individualista do sistema de responsabilidade civil francês, diante da visão do direito civil constitucional e da socialização dos riscos para proteção da própria sociedade. O medo da inviabilização das atividades comerciais de outrora, não se justifica ante a necessidade de proteção do coletivo pela dimensão das estruturas dos negócios e da rede.

15. A responsabilidade civil tem as funções de garantir o direito à segurança do lesado, além de servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado, punindo e desestimulando a prática de atos lesivos, como ensina Maria Helena Diniz.

16. Prova da nossa evolução, segundo Miguel Reale, é a positivação da responsabilização pelo risco da atividade, num código onde as responsabilidades subjetiva e objetiva se conjugam e se dinamizam.

17. O art. 927 do novo Código Civil sistematiza a responsabilidade civil prevendo a responsabilidade subjetiva e objetiva, sem prevalência de uma sobre a outra, reunindo a matéria no âmbito do direito privado.

18. O art. 927 do novel Código Civil corrige o enquadramento indevido da sistemática da responsabilidade civil, unindo a responsabilidade objetiva e subjetiva, havendo tratamento da teoria do risco em conjunto com o conceito de estrutura.

19. Há lacuna jurídica nas hipóteses que envolvem a internet, pois não conseguimos identificar se houve ou não omissão do comportamento devido, bem como determinar qual seria o comportamento devido.

20. A Lei de Introdução ao Código Civil (arts. 4º e 5º) possibilita o preenchimento das lacunas, em face da ausência de normas específicas sobre a nova realidade da internet. Porém, tal solução é precária, e indica a necessidade de criação de normas e de um modelo jurídico.

21. As atividades desenvolvidas na internet são bem-vindas e sua abrangência garante o exercício da cidadania (CF, art. 1º, II), evitando os excluídos e reduzindo as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, III).

22. O acesso à informação (CF, art. 5º, XIV) e à cultura (CF, arts. 215 e 216) pelos meios eletrônicos de comunicação social (CF, art. 222), aliado ao poder da associação (CF, art. 5º, XVI, XVII, XVIII e XX), presentes nos *chats*, grupos de discussão e ferramentas de mensagem instantânea, garantem o desenvolvimento da atividade econômica (CF, art. 170), respeitados os limites dos direitos autorais (CF, art. 5º, XXVII e XXVIII), marcários (CF, art. 5º, XXIX) e do consumidor (CF, art. 5º, XXXII).

23. A liberdade com responsabilidade é um direito fundamental, razão pela qual é garantida a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (CF, art. 5º, IV), exatamente para garantir o direito de resposta (CF, art. 5º, V), evitando que danos sejam causados sem a possibilidade de reparação, o que coloca em evidência a inquietante questão do sigilo de fonte, uma vez que são os provedores detentores da informação que pode identificar o usuário.

24. Mesmo sendo a Constituição a luz que ilumina todo o sistema, e tendo regulado matéria que era exclusivamente do direito civil, é no Código Civil e na legislação infraconstitucional que as normas devem estar dispostas para segurança e confiança dos usuários.

25. Os direitos virtuais têm seu alicerce nos direitos e garantias fundamentais estatuídos em nossa Constituição Federal, destacando-se o direito à intimidade (CF, art. 5º, X; CC, art. 21) que não se confunde e está incluída no direito à privacidade.

26. Qualquer que seja o interesse público, não há como se sobrepor aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão, garantindo a proteção constitucional da intimidade e privacidade.

27. A cláusula constitucional do *due process of law* - que se destina a garantir o cidadão - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas ou ilegítimas, um reflexo fundamental, na medida em que a pessoa tem o impostergável direito de não ser denunciada, julgada ou condenada com base em elementos instrutórios obtidos ou produzidos com desrespeito aos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

28. Há que se respeitar o desejo do ser humano de não dar conhecimento de dados e informações pessoais, por sua mera ausência de vontade, o que representa um importante ponto de equilíbrio, como ressaltar Gilberto Haddad Jabur.

29. A colisão de direitos é resolvida pela ponderação dos bens envolvidos, com o menor sacrifício possível, como destaca Edilsom Pereira de Farias.

30. O *e-mail* do empregado, mesmo utilizado como instrumento de trabalho, não pode ser objeto de monitoramento sob pena de violação à garantia constitucional. Entretanto, a tolerância e o bom senso devem nortear o uso atípico desse instrumento para fins pessoais.

31. O envio de mensagens não solicitadas (*spam*) constitui-se no mais típico exemplo de abuso do direito previsto no art. 187 do novo Código Civil brasileiro, e deve ser punido de forma modelar pelo Poder Judiciário pelo prejuízo e risco que representa.

32. O novel Código Civil ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos pais pelos danos que os filhos podem causar na internet, num ambiente aparentemente inofensivo, apontam para a necessidade de orientação e precaução.

33. Os *disclaimers* não têm eficácia se houver convivência com a veiculação indevida de fato lesivo. A simples declaração de que não é responsável pelo conteúdo de que deliberadamente divulgou, não se caracteriza como excludente.

34. O *click-wrap*, na função de cláusula de não-indenizar ou de limitação da responsabilidade, não tem validade diante da adesividade dos contratos entabulados virtualmente, invariavelmente contratos de consumo, o que também o invalida (CDC, art. 51, I), além da desobediência ao requisito da bilateralidade do consentimento.

35. A ata notarial apresenta-se como eficaz e confiável prova para a responsabilização civil.

36. Os direitos perseguidos desde a Magna Carta até a Declaração Universal dos Direitos Humanos somente se realizam e são respeitados se reconhecidos pela sociedade, sendo esses os limites da internet.

37. A solidariedade é mais um, e fundamental, elemento para o panorama de abordagem das questões de responsabilidade civil na internet, porquanto presente nas relações jurídicas contemporâneas.

38. A fixação do limite do anonimato deve atender ao interesse coletivo, sob pena de uma pretensa proteção individual ser a alavanca de destruição dessa liberdade. Desta forma, a implementação de meios técnicos eficientes de cadastro dos usuários é fundamental para possibilitar a identificação, de forma sigilosa e regrada, para solução de uma controvérsia.

39. A criptografia, atualmente uma medida obrigatória para operações bancárias, terá larga expansão como forma de evitar o monitoramento e a quebra de sigilo.

40. O dever de informar e a transparência não é exclusivo das relações contratuais, mas está presente na plenitude da vida do ser humano. Hodiernamente aflora em todos os cantos uma necessária informação e transparência de tudo que trafega pela sociedade, possibilitando que o ser humano garanta sua liberdade ao conhecer suas opções e refletir para decidir.

41. A teoria da confiança protege e faz prevalecer as expectativas legítimas que inspiraram o contratante, que confiou na postura e depositou sua boa-fé, nas obrigações assumidas e no vínculo criado através da declaração e aparência demonstrada, justificando a responsabilização sem a perquirição de culpa.

42. Cabe à sociedade civil mundial mobilizar-se para encorajar os governos na criação de normas e instituições de competência e envergadura internacional para tratar das questões de responsabilidade civil evitando os conflitos de soberania e pacificando os conflitos numa nova classificação como direito internacional privado constitucional

43. No campo da responsabilidade dos provedores é imprescindível a definição do *Tatbestand*, a descrição abstrata de uma conduta passível de ser punida, qual o comportamento devido, criando direitos e deveres de forma específica, para completar o princípio geral de direito de não lesar o outro.

44. Para atender todas as peculiaridades das atividades da internet, objetivando evitar danos e garantindo o desenvolvimento sem que haja insegurança quanto ao ressarcimento, é fundamental a definição, por norma específica, da responsabilidade dos provedores em diferentes níveis.

45. Um modelo jurídico de responsabilização na internet deve tratar de: a) estabelecer um cadastro dos que pretendem ter acesso à internet, para proteção do coletivo; b) criar um sistema securitário absorvendo os riscos e indenizando os prejuízos; c) fixar as regras universais de competência e responsabilização por meio de convenção internacional adotada por todos os países.

46. Há uma efetiva necessidade de uma convenção internacional diante das lacunas do direito sobre os peculiares problemas da internet, lacunas essas que, precariamente, podem ser preenchidas pelo sistema do novo Código Civil que estabelece a possibilidade de dinamização das responsabilidades subjetiva e objetiva, afastando a ruptura do sistema de responsabilidade entre a objetiva tratada pelo direito público e a subjetiva tratada pelo direito privado, as quais serão aplicadas, caso a caso, segundo o trabalho do intérprete e do aplicador do direito.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO, Carlos A. Internet no Brasil: o acesso para todos é possível? *Policy Paper*. n. 26. Fundação Friedrich Ebert/ILDES, set. 2000.
- ALPA, Guido. *Responsabilità civile e danno – lineamenti e questioni*. Bolonha, il Mulino, 1991.
- ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1980.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- _____. Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro. *O direito civil no século XXI* (coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa). São Paulo, Saraiva, 2003.
- ARENDT, Hannah. *Society and Culture, Culture for the millions?: mass media in modern society*. Norman Jacobs ed., Princeton, D. Van Nostrand Co. Inc., 1961.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação. *Direito da Sociedade da Informação*. v.1.Coimbra, Editora Coimbra, 1999.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade civil – I. *Enciclopédia Saraiva do Direito* (coord. Prof. R. Limongi França). v. 65. 1. ed. São Paulo, Saraiva, 1977.
- BARBAGALO, Erica B. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet. *Conflitos sobre nomes de domínio: e outras questões jurídicas da internet* (org. Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais e Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo, Saraiva, 1988.
- BATTELLE, John. *A busca : como o Google e seus competidores reinventaram os negócios e estão transformando nossas vidas* (trad. Nivaldo Montigelli Jr.). Rio de Janeiro, Elsevier, 2006.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *O monitoramento da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. São Paulo, LTr, 2004.

- BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Bevilacqua. Edição histórica*. v. 2. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975.
- _____. *Em defesa do projecto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1906.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.
- BRANDELLI, Leonardo. Atas notariais. *Ata notarial* (coord. Leonardo Brandelli), Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 2004.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo, Max Limonad, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado* (trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto). Coimbra, Livraria Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5 ed. totalmente refundida e aum. Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- _____. *“Brançosos” e interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra, Almedina, 2006.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito* (trad. A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro). Coimbra, Arménio Amado, 1942.
- CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. *A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*. Coimbra, Almedina, 2000.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo, Paz e Terra, 2002.
- CASTRO, Catarina Sarmento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. rev. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. 3. tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

- CENEVIVA, Walter. Ata notarial e os cuidados que exige. *Ata notarial* (coord. Leonardo Brandelli), Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 2004.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, Lejus, 1997.
- CHICUTA, Kioitsi. Ata notarial e sua utilização como prova judiciária. *Ata notarial* (coord. Leonardo Brandelli), Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 2004.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das obrigações*. v. 2. Lisboa, AAFDL, 1986.
_____. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra, Almedina, 2001.
- CORDEIRO, Pedro. A gestão coletiva na sociedade da informação. *Direito da sociedade da informação*. v. 2. Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- CRANOR, Lorrie Faith. *Web Privacy with P3P*. 1. ed. Sebastopol. O'Reilly Media, 2002.
- DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro . *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?*. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.
_____. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra, Livraria Almedina, 2004.
- DA SILVA, João Calvão. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra, Livraria Almedina, 1990.
- DA SILVA, João Teodoro. Ata notarial. *Ata notarial* (coord. Leonardo Brandelli), Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 2004.
- DA SILVA, Wilson Melo. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1974.
- DA SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos. Perspectivas da regulamentação da Internet no Brasil – uma análise social e de direito comparado. *Comércio eletrônico* (org. Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg) São Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- DE AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-

- contratual no direito comum. *Revista de Direito do Consumidor* vol. 18. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- DE CASTRO, Guilherme Couto. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- DE FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. São Paulo, Quartier Latin, 2003.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. 1. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- _____. *Cláusula de não-indenizar*. Rio de Janeiro, Revista Forense, 1947.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. 1. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro : responsabilidade civil*. v. 7. 19. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo, Saraiva, 2005.
- _____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. à luz da Lei n. 10.406/02. São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. *Conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Questões jurídicas da fertilização “in vitro”*. *Caderno jurídico da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*. ano 1, vol. 1, n. 2. São Paulo, ESMP/Imprensa Oficial do Estado, 2001.
- _____. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 11. ed. adaptada à Lei 10.406/2002. São Paulo, Saraiva, 2005.

- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil : da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. v. 13. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico* (trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz). 6. ed. 2. reimp. São Paulo, Editora Nacional, 1974.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico* (trad. João Baptista Machado). 8. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001
- ENGLARD, Izakh. *The philosophy of tort law – applied legal philosophy*. Aldershot, Dartmouth Publishing Group, 1993.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro, Conquista, 1960.
- FARIA, José Eduardo Faria. Informação e democracia na economia globalizada. *Comércio eletrônico* (org. Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg). São Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 2001..
- FARINHO, Domingos Soares. *Intimidade da vida privada e media no ciberespaço*. Coimbra, Almedina, 2006.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4. ed. 2. tir. Rio de Janeiro, Forense, 2002.
- _____. A liberdade como antinomia recíproca de acesso à informação. *Direito e Internet : relações jurídicas na sociedade informatizada* (coord. Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins). 1. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia. *Aspectos jurídicos do comércio eletrônico*. 1. ed. São Paulo, Síntese, 2004.
- FISCHER, José Flávio Bueno; ROSA, Karin Regina Rick. Ata notarial e as novas tecnologias. *Ata notarial* (coord. Leonardo Brandelli). Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 2004.
- FISHER III, William W. *Promises to keep : technology, law, and the future of entertainment*. Stanford, Stanford University Press, 2004.

- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. *El derecho civil constitucional*. Madri, Civitas, 1991.
- FONTES, Marcos Rolim Fernandes. *Nomes de domínio no Brasil*. 1. ed. São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. v. 1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1966.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil : direito fundamental*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* (coord. Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo, Max Limonad, 1955.
- GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação*. Coimbra, Almedina, 2003.
- GONÇALVES, Renato Afonso. *Banco de dados nas relações de consumo. A manipulação de dados pessoais, os serviços de restrição ao crédito e o habeas-data*. São Paulo, Max Limonad, 2002.
- GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Problemas de processo judicial tributário*. v. 5. São Paulo, Dialética, 2002.
- GRECO, Marco Aurelio. *Internet e direito*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo, Dialética, 2000.
- _____. *Poderes da fiscalização tributária no âmbito da Internet. Direito e Internet : relações jurídicas na sociedade informatizada* (coord. Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins). 1. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

- _____. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. *RPGESP*, vol.37, 1992.
- GUSDORF, Georges. *A agonia da nossa civilização* (trad. Homero Silveira). 2. ed. São Paulo, Convívio, 1982.
- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milão, Giuffrè, 1999.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada : conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. reimp. Coimbra, Livraria Almedina, 1999.
- JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil (trad. Raul Lima). *Revista Forense*, v. 86, 1941.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). 6. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria geral das normas* (trad. José Florentino Duarte). Porto Alegre, Fabris, 1986.
- KUHN, Thomas S. *Estrutura das revoluções científicas* (trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira). São Paulo, Perspectiva, 1975.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 5. reimp. São Paulo, Companhia das Letras, 2003.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t. 2. Madri, Revista de Derecho Privado, 1959.
- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. 1. ed. Paris, Presses Universitaires de France, 2003.
- LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. 1. ed. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2005.
- LESSIG, Lawrence. *Code and others laws of cyberspace*. Nova Iorque, Basic Books, 1999.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura* (trad. Carlos Irineu da Costa). 2. ed. 5. reimp. São Paulo, Ed. 34, 2005.

- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1963.
- _____. Situação atual, no direito moderno, das teorias da culpa e do risco. *Revista Forense*. vol. 83. 1940.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil : Fontes acontratuais das obrigações – Responsabilidade civil*. v. 5. 4. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado* (trad. Vera Maria Jacob de Fradera). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Comércio eletrônico* (trad. Fabiano Menke, com notas de Cláudia Lima Marques). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- LOSANO, Mario Giuseppe. *Informática jurídica* (trad. Giacomina Faldini). 1. ed. São Paulo, Saraiva, Ed. Universidade de São Paulo, 1976.
- _____. *Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supra-estatais* (trad. Marcela Varejão). Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo n. 16, jul – dez. 2005.
- LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil : volume 1 : parte geral* (coord. Everaldo Augusto Cambler). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. Responsabilidade civil na Internet. *Direito e Internet : relações jurídicas na sociedade informatizada* (coord. Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins). 1. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: *O novo Código Civil e a Constituição* (organizador: Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- _____. Da oportunidade da codificação civil. *Revista do Advogado*. n. 68, dez. 2002.
- LYRA, Afranio. *Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo, Vellenich Editor, 1979.
- MAIER, John; GARDNER, John. *Gilgamesh*. Nova Iorque, Vintage Books, 1985.
- MARQUES, Cláudia Lima. *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.

- MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra, Almedina, 2000.
- MARTINS, Rodrigo; BARALDI, Paulo. Google é intimado por crimes no orkut. Link. *O Estado de S. Paulo*, 20 de março de 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado : sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. Os fundamentos da responsabilidade civil. *R.T.J.E.*, v. 93.
- MATTELART, Armand. *História da sociedade da informação*. São Paulo, Edições Loyola, 2000.
- MAZEAUD, Henry, Jean e Léon. *Leçons de droit civil - obligations – théorie générale*. t. 2. v. 1. 6. ed. Paris, Montchrestien, 1978.
- MERTON, Robert King. *Social theory and social structure*. ed. rev. e aum. Glencoe, Free Press, 1957.
- MITNICK, Kevin D.; SIMON, William L. *MITNICK – a arte de enganar* (trad. Kátia Aparecida Roque). São Paulo, Pearson Makron Books, 2003.
- MONTEIRO, António Pinto. *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*. reimp. Coimbra, Almedina, 2003.
- NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital* (trad. Sérgio Tellaroli, supervisão técnica Ricardo Rangel). 2. ed. 6. reimp. São Paulo, Companhia das Letras, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- NONATO, Orozimbo; AZEVEDO, Philadelpho; GUIMARÃES, Hamnemann. Reforma do Código Civil – Exposição de motivos do ante-projeto da parte das obrigações. *Revista de Crítica Judiciária*. v. 33. n. 1, jan. 1941.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações : fundamentos do direito das obrigações : introdução à responsabilidade civil*. v. 1. São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil*. n. 64, São Paulo, RT, 1993.

- ORLANDI NETO, Narciso. Ata notarial e a retificação do registro imobiliário. *Ata notarial* (coord. Leonardo Brandelli), Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 2004.
- PAN, Philip P. O colapso da Wikipedia na China. Link, *O Estado de S. Paulo/The Washington Post*, 27 de fevereiro de 2006.
- PARSONS, Talcott. *The structure of social action – a study in social theory with special reference to a group of recent european writers*. 4. impressão. Nova Iorque, The Free Press, Londres, Collier-Macmillan Limited, 1966.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil : alguns aspectos da sua evolução*. 1. ed. 2. tir., Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- _____. *Instituições de direito civil*, v. 2. 15. ed. 2. tir. Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- _____. *Responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1988.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. rev. e integrada. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- _____. *Profili del diritto civile*. 3. ed. rev. e ampl. 1. reimp. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- _____. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. n. 6 e 7, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. 1. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 53. 3. ed. reimp. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972.
- POPPE, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. 1. ed. 3. tir. Curitiba, Juruá, 2003.
- PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. reimp. Coimbra, Livraria Almedina, 2002.
- _____. *Cláusula de exclusão e limitação da responsabilidade contratual*. reimp. Coimbra, Almedina, 2005.

- PRATS, Fermín Morales. Prólogo à obra de Esther Morón Lerma. *Internet y derecho penal: "hacking" y otras conductas ilícitas em la red*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999.
- REALE, Miguel. *O direito como experiência : introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. 3. tir. São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. 4. ed. rev. e aum. São Paulo, Saraiva, 1986.
- _____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo, Saraiva, 1994.
- _____. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Horizontes do direito e da história*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo, Saraiva, 2000.
- _____. *O projeto de código civil : situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1986.
- _____. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo, Saraiva, 1999.
- _____. O sentido inovador do Código Civil. *Emendas ao projeto de Código Civil com pareceres da Comissão Relatora*. Brasília, Ministério da Justiça, 1984.
- _____. O sentido inovador do projeto do novo Código Civil (exposição e debate). *RF* 286:23.
- _____. *O estado democrático de direito e o conflito de ideologias*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- _____. *História do novo código civil*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. Variações sobre a democracia e mídias. *O Estado de S. Paulo*, 25 de março de 2006.
- _____. *Temas de direito positivo*. São Paulo, RT, 1992.
- _____. Visão geral do novo código civil. *RT* 808:17.
- _____. Visão geral do projeto de código civil. *RT* 752:23.

- REALE JÚNIOR, Miguel. *A invenção do futuro : um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade* (org. Jorge Forbes, Miguel Reale Júnior, Tercio Sampaio Ferraz Junior). São Paulo, Manole, 2005.
- REICH, Norbert. Relatório sobre a aplicação da diretiva europeia nos serviços financeiros e as novas tecnologias. *Revista de direito do consumidor*. n. 45 São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar. 2003.
- RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende. O abuso do direito e a justiça social. *O Código Civil e sua interdisciplinalidade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito* (coord. José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves). Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- _____. A responsabilidade civil pelo *e-mail*. *Comércio eletrônico* (org. Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg) São Paulo, Instituto dos Advogados de São Paulo e Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Aspectos jurídicos do *e-mail*. *Conflitos sobre nomes de domínio : e outras questões jurídicas da internet* (org. Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais e Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- RIBEIRO, Renato. A analogia como forma de integração. *RT* 68 vol. 529, nov. 1979.
- RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso* (trad. Maria Lucia G. L. Rosa). 1. ed. São Paulo, Makron Books, 2001.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civís* (trad. da 3. ed. francesa por Osório de Oliveira). São Paulo, Livraria Acadêmica, 1937.
- RODOTÀ, Stefano. Diálogos com a doutrina. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 11. Rio de Janeiro, Padma, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. 4. 19. ed. atual de acordo com o novo código civil, São Paulo, Saraiva, 2002.
- SHAPIRO, Andrew L. *The control revolution : how the internet is putting individuals in charge and changing the world we know*. Nova Iorque, Century Foundation book, 1999.

- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2003.
- SILVA NETO, Amaro Moraes e. A importância da ata notarial para as questões relativas ao ciberespaço. *Ata notarial* (coord. Leonardo Brandelli), Porto Alegre, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil/Fabris, 2004.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu. *Poder no ciberespaço: o estado-nação, a regulamentação e o controle da internet*, Dissertação (Mestrado em Ciência Política), USP, São Paulo, 2000.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. Dano ao consumidor por invasão do site ou da rede – inaplicabilidade das excludentes de caso fortuito e força maior. *Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes* (coord. Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho). 1. ed. Bauru, Edipro, 2000.
- STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, L. Rodstein, 1947.
- TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da informação no Brasil : livro verde*, Brasília, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.
- TAS, Marcelo. Terceirização: coisa do capeta? Link. *O Estado de S. Paulo*, 7 de março de 2005.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2002.
- _____. *Direito quântico*. 1. ed. São Paulo, Max Limonad, 1971.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- THOUREAU, Henry David. *Desobediência civil* (trad. Sérgio Karam). reimp. Porto Alegre, L&PM, 2004.
- TOM JR., Keller. Leões da web viram tigres de papel. *O Estado de S. Paulo/The New York Times*, 12 de fevereiro de 2006.

- UNGER, Roberto Mangabeira. *Política: os textos centrais, a teoria contra o destino*. 1. ed. São Paulo, Boitempo, Santa Catarina, Editora Argos, 2001.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 7. ed. rev. e atual. Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil : responsabilidade civil*. v. 4. 5. ed. São Paulo, Atlas, 2005.
- VICENTE, Dário Moura. *Direito internacional privado problemática internacional da sociedade da informação*. Coimbra, Almedina, 2005.
- VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. 1. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- WAISBERG, Ivo. O novo direito e o velho princípio. *Conflitos sobre nomes de domínio : e outras questões jurídicas da internet* (org. Ronaldo Lemos da Silva Junior e Ivo Waisberg). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais e Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o código civil. *O direito civil no século XXI* (coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa). São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. Um novo direito para a nova economia: os contratos eletrônicos e o código civil. *Direito e Internet : relações jurídicas na sociedade informatizada* (coord. Marco Aurelio Greco e Ives Gandra da Silva Martins). 1. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- WARREN, Samuel; BRANDAIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, vol. 4. 1890.
- WIENER, Nobert. *Cibernética e sociedade, o uso humano e de seres humanos* (trad. José Paulo Paes). 7. ed. São Paulo, Cutrix, 2000.
- WOLTON, Dominique. *Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias* (trad. Isabel Crossetti). Porto Alegre, Sulina, 2003.
- ZITTRAIN, Jonathan. *Be careful what you ask for: reconciling a global internet and a local law*. Harvard Law School, research paper n. 60, 11 de março de 2006.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)