

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITO ECONÔMICO

MÁRCIO FERNANDO MAGALHÃES FRANCA

MUNDO VIRTUAL: O PROVEDOR DE ACESSO E SUA RESPONSABILIDADE
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS QUE CELEBRA COM O CONSUMIDOR

JOÃO PESSOA
2009

Márcio Fernando Magalhães Franca

MUNDO VIRTUAL: O PROVEDOR DE ACESSO E SUA RESPONSABILIDADE
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS QUE CELEBRA COM O CONSUMIDOR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, na área de concentração em Direito Econômico, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos

JOÃO PESSOA
2009

Márcio Fernando Magalhães Franca

MUNDO VIRTUAL: O PROVEDOR DE ACESSO E SUA RESPONSABILIDADE
NOS CONTRATOS ELETRÔNICOS QUE CELEBRA COM O CONSUMIDOR

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, na área de concentração em Direito Econômico, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos

Examinador externo

Examinador interno

Aos meus pais e irmãos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Janete Magalhães Franca e Ayrton Lins Franca, meus maiores professores e por terem sempre me incentivado nos estudos.

Ao meu professor orientador Fernando Antônio de Vasconcelos, que não poupou esforços na orientação deste trabalho. Na Universidade, no seu escritório ou em sua casa, sempre se apresentou disposto em ajudar.

RESUMO

A Internet, além de proporcionar acesso rápido a um número vasto de informações úteis e relevantes e ser um meio de concretização de negócios, vem se tornando um meio em que podem ser verificados abusos e danos aos direitos do consumidor. A problemática envolvida neste trabalho foi verificar a questão dos danos cometidos no mundo virtual e a possibilidade (hipótese) de responsabilizar os provedores de acesso pelas infrações. Foram analisados os contratos eletrônicos celebrados pelos provedores de acesso quanto às suas características e no que os mesmos se assemelham aos contratos comuns com o objetivo de se verificar a incidência de princípios que regem a eficácia destes e, por conseqüência, daqueles. Foram apresentados os sujeitos e objeto da relação jurídica de consumo estabelecida entre provedor de acesso e consumidor, incluindo a ratificação da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nessa relação. Foram indicados o funcionamento dos provedores de acesso, seus serviços, tecnologia empregada, limitações, sua subordinação à aplicação da teoria do risco, identificando-se em quais espécies de danos causados ao consumidor a questão da responsabilidade civil atinge seus serviços. Como fornecedor de serviços, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, responsabilizou-se o provedor por questões ligadas diretamente ao acesso e foram apresentadas as situações em que o provedor se exime de responsabilidade, incluindo a necessidade de prestação de informação ao consumidor diante da possibilidade iminente de danos. Para efeitos de comparação, foi acrescentado o estudo de doutrina estrangeira. A análise de casos práticos serviu para confirmar a aplicação de institutos estudados neste trabalho, incluindo a responsabilidade civil do provedor de acesso.

Palavras-chave: contratos eletrônicos, direitos do consumidor, *e-mail*, *hackers*, Internet, provedor de acesso, responsabilidade civil, violação.

ABSTRACT

The Internet provides easy, cheap, convenient and fast access to an unprecedented volume of useful and relevant information. It also serves as means to conduct business and commerce in new and more efficient ways. It is nevertheless in these new ways of doing business and commerce that the Internet might expose users and consumers to abuses and possibly violation of consumer's right laws. The challenge is to properly analyze possible and potential damages to consumers in the Internet virtual world and how to (hypothetically) assert responsibility to Internet access providers in case of consumer's right violations. Characteristics of Internet access service providers' contracts with consumers, their similarities with ordinary commercial contracts, and their enforcement under Brazilian law for the protection of consumers ("Código de Defesa do Consumidor") are used to ground the fundamental legal principles. Specific details of technology used for Internet access, its inherent limitations, and theory of risk in commercial relations are used to frame what specific damages or losses incur in civil responsibilities. Internet access providers' responsibilities are primarily associated to the quality, speed and security and privacy of an Internet access. Foreseeable and avoidable danger to the consumer from the use the Internet access is also framed as important detail for the contract between access providers and consumers. International practice and specific case studies are also included for comparative law analysis.

Keywords: electronic contracts, consumer's rights, *e-mail*, *hackers*, Internet, Access Provider, Civil Responsibility, Violation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A INTERNET E OS AVANÇOS NO MUNDO VIRTUAL	12
2.1 BREVE HISTÓRICO	12
2.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA INTERNET	15
2.3 CONTRATOS ELETRÔNICOS–PROVEDOR DE ACESSO E CONSUMIDOR	22
2.3.1 Necessidade de contratos eletrônicos	22
2.3.2 A Internet e os contratos eletrônicos	23
2.3.2.1 Contratos comuns e contratos eletrônicos.....	26
2.3.2.2 A segurança e a eficácia probatória dos contratos eletrônicos.....	38
2.3.2.3 Classificação no comércio eletrônico	41
3 RESPONSABILIDADE CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	44
3.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA CULPA AO DANO	44
3.2 SUJEITOS E OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	57
3.3 O PROVEDOR DE ACESSO NA RELAÇÃO DE CONSUMO.....	65
4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET	67
4.1 TIPOS DE PROVEDOR	67
4.2 CONTRATOS ELETRÔNICOS E PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET.....	70
4.3 TEORIA DO RISCO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA.....	71
4.4 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MUNDO VIRTUAL ...	73
4.5 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO ENTRE PROVEDOR DE ACESSO E CONSUMIDOR.....	76
4.5.1 O provedor de acesso como ente direto	79
4.5.2 O provedor de acesso como ente indireto	108
5 ESTUDO DE CASOS PRÁTICOS	110
5.1 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CASO 1)	110
5.2 DANO MORAL E DANO MATERIAL NA INTERNET (CASO 2).....	111
5.3 PROVEDOR DE ACESSO E DE CONTEÚDO (CASO 3)	113
5.4 PROVEDOR DE ACESSO E INTERRUPTÃO DO SERVIÇO (CASO 4)...	114
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	116
REFERÊNCIAS	120

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico traduz uma série de vantagens e benefícios para toda os cidadãos. Com novas pesquisas científicas e a conseqüente aplicação em novos produtos, o cotidiano das pessoas passa a ter cada vez mais comodidades. Um exemplo importante desse avanço é a Internet (conjunto de redes de computadores ligados entre si), que permite, dentre outras vantagens, que as comunicações e as informações sejam transmitidas para vários lugares do mundo e com uma velocidade cada vez maior.

Com a globalização, as informações são obtidas de forma mais fácil. Nesse contexto, a troca de mensagens e a obtenção de informações passaram a ter uma velocidade antes impossível de ser alcançada. Juridicamente, a fiscalização, em ordem inversa, não sofreu a mesma velocidade. Passou a engatinhar nesse universo da Internet.

A questão da violação dos direitos do consumidor através da Internet é um problema relativamente novo. Surge logo após o aparecimento da Internet que, por sua vez, tem origem no final do século XX. Tal violação acarreta responsabilidade civil, na qual, segundo Venosa em sua coleção de Direito Civil tratando do tema, “o que interessa é a responsabilidade que reflete na obrigação de indenizar”. Continua indicando que “uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico”. Ainda segundo Venosa, são requisitos para configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e, finalmente, culpa. No estudo da relação jurídica foco deste trabalho, envolvendo provedor de acesso à Internet e cliente (consumidor), foi analisada a aplicação da responsabilidade objetiva, que dispensa a comprovação de culpa para que haja a obrigação de indenizar.

Nesse cenário, o provedor de acesso à Internet possibilita o ingresso do consumidor na Internet, transformando-se em um elemento necessário para a

conexão ao mundo virtual. Dentre seus serviços, podem ser apontados: transmissão de mensagens, sistema de *e-mail*, acesso remoto e hospedagem de endereços eletrônicos.

Todavia, esses serviços prestados pelo próprio provedor podem causar prejuízos ao consumidor, como: danos aos próprio computador devido a instalações indesejadas de programas-vírus através do mundo virtual; acesso de terceiros ao computador do consumidor; não concretização de negócios gerados por contratos eletrônicos celebrados entre o consumidor e terceiros devido a problemas nos serviços de *e-mail* ou de interrupção no acesso e interceptação do envio de dados por *hackers*. Devido a esses problemas, será analisada a questão da responsabilidade civil do provedor de acesso com uma obrigação de indenizar, utilizando-se a teoria do risco. Serão respondidas, dentre outras, as seguintes indagações: como se apresenta a qualidade desses serviços? E a questão da divulgação dos mesmos? O dever de informar é atendido pelo provedor de acesso e essa conduta o exime de responsabilidade? Será que estão de acordo com o Código de Defesa do Consumidor? Será que os serviços e produtos oferecidos pelo provedor de acesso estão de acordo com os previstos no contrato? E o contrato, por ser eletrônico, tem características que o diferencia dos demais contratos? Há a necessidade de criação de novas leis para reger o tema?

Portanto, a proposta deste trabalho tem uma magnitude cada vez mais atual. E está se tornando uma problemática social. O avanço das violações ao Direito do Consumidor está se tornando um perigo para as relações de consumo.

Devido aos aspectos citados anteriormente, este trabalho pode ser importante para o direito civil e para o direito do consumidor porque pode servir de instrumento de posterior amparo legal; para os operadores do Direito de forma geral porque é um conhecimento sobre uma violação em um mundo pouco explorado juridicamente: o da Internet. É também importante para o

Judiciário porque indicará a responsabilidade específica do provedor de acesso, delimitando suas atividades e, assim, suas obrigações perante o consumidor.

Para atingir os objetivos desta pesquisa, o trabalho será dividido nos próximos quatro capítulos, incluindo o estudo de casos.

Inicialmente, no segundo capítulo, será apresentada a Internet, abrangendo seu aparecimento, vantagens e desvantagens e o provedor de acesso como elemento indispensável para se ingressar no mundo virtual. Em seguida, será identificado o contrato eletrônico celebrado entre o provedor e seu cliente, com suas características, comparando-o com os contratos comuns. O objetivo será estabelecer quais os princípios e os direitos que devem ser atendidos nesse tipo de relação.

No terceiro capítulo, será registrada a evolução da responsabilidade civil, da subjetiva até a objetiva, identificando-se a necessidade desta última na relação jurídica estabelecida entre provedor de acesso e consumidor e incluindo-se a teoria do risco. Na relação jurídica estudada, serão apontados os sujeitos (provedor de acesso e cliente) e objeto da relação jurídica de consumo (prestação de serviço de acesso à rede mundial). O objetivo será estabelecer os direitos e deveres das partes envolvidas.

No quarto capítulo, será discutida a questão central do trabalho: a responsabilidade civil do provedor de acesso na sua relação com o cliente (consumidor). Em uma abordagem inicial, serão identificados os tipos de provedor, como o objetivo de delimitar a atividade e as obrigações assumidas pelo provedor de acesso. Em seguida, ao provedor de acesso será aplicada a responsabilidade objetiva, com base no Código de Defesa do Consumidor. No passo seguinte, serão indicados vários problemas relacionados diretamente com o serviço de acesso ao mundo virtual, que, por proporcionarem danos ao consumidor, torna o provedor responsável pelos prejuízos. Argumentos e fundamentações referentes a indenizações por danos materiais e morais e as hipóteses de seus cabimentos também serão pesquisados. Serão incluídos os

deveres do provedor, como o de prestar informações (hipótese inclusive, dependendo do caso, de isenção de responsabilidade do provedor) e o de garantir a segurança e a privacidade no acesso à Internet. Cabe salientar que, uma vez que a Internet é uma rede mundial de computadores, será importante, para enriquecer o debate, inclusive do ponto de vista acadêmico, o estudo da doutrina estrangeira (que puder ser eventualmente utilizada de forma adaptada no Brasil). Ainda neste capítulo, serão incluídas as relações jurídicas envolvendo consumidor e terceiros que não se aperfeiçoam devido a problemas verificados no acesso à Internet, demonstrando assim uma nova hipótese de responsabilização do provedor.

No quinto capítulo, serão promovidos estudos de casos, com o objetivo de verificar o atendimento de institutos jurídicos analisados ao longo deste trabalho.

Para se realizar este estudo, o tipo de pesquisa jurídica que norteará este trabalho monográfico será o de pesquisa documental. Será empregado o método de abordagem dedutivo. Para tanto, serão confrontados os raciocínios e argumentos pesquisados para se concluir, através de uma seqüência lógica amparada legalmente, a forma de combater o problema apresentado nesta dissertação, ou seja, enquadrar a questão dos danos proporcionados pelos provedores de acesso aos consumidores dentre as hipóteses legais e doutrinárias previstas.

Serão empregados também os métodos de procedimento histórico (evolução da violação dos direitos do consumidor, incluindo os efeitos proporcionados pela Internet), interpretativo (análise dos argumentos e raciocínios coletados na doutrina e jurisprudência) e comparativo (estudo de doutrina internacional referente a certos institutos pesquisados). Para esse processo, será utilizada técnica de pesquisa bibliográfica, incluindo livros, artigos, revistas, material impresso e disponível na Internet e decisões judiciais aplicadas a casos concretos.

2 A INTERNET E OS AVANÇOS NO MUNDO VIRTUAL

Através deste capítulo, será detalhada a evolução da Internet, suas finalidades, vantagens e desvantagens e a uma de suas relações jurídicas, que é o foco deste trabalho: a relação entre provedor de acesso e o consumidor. O objetivo será demonstrar que os princípios e normas estabelecidos em um contrato comum também devem ser atendidos nos contratos celebrados ou aperfeiçoados no mundo virtual.

2.1 BREVE HISTÓRICO

A origem da Internet é o *Arpanet* (*Advanced Research Project Agency*). O *Arpanet* surgiu da necessidade que o Departamento de Defesa Norte-Americano (DOD) passou a ter de descentralizar sua rede de comunicações. Isso em plena época de guerra fria, em 1969. Como explica Fernando Vasconcelos (2003, p.33):

Inicialmente criada com objetivo militar, a internet, que hoje é a maior rede de comunicação do Planeta, teve como embrião a *Arpanet*, surgida em 1969, com a finalidade de atender a demandas do Departamento de Defesa dos Estados Unidos.

Comparando-se com o que a Internet é nos dias atuais, percebe-se que a descentralização continuou sendo uma das características mantidas. O mesmo se pode afirmar quanto à questão da Internet como meio de comunicação.

Pelas pesquisas acerca da data do surgimento da *Arpanet*, não há um consenso. Alguns autores se limitam inclusive a informar apenas que ocorreu na

década de 60. Prova dessa falta de consenso é a afirmação de Patrícia Milano Vaz (2004, p.98):

A Internet foi criada para atingir fins essencialmente militares. Por volta do ano de 1957, os militares norte-americanos fundaram a Arpanet, *Advanced Research Projects Agency*, uma agência federal norte-americana organizada nos moldes da Nasa (*National Administration of Space Activities*).

Como ponto pacífico sobre o tema, destaca Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 56):

Independentemente dos dados históricos e das datas, a doutrina é pacífica no sentido de que a Internet, factualmente, era utilizada como instrumento bélico na transmissão de informações definidoras para os Estados em questão.

A idéia era relativamente simples: inicialmente, o *Arpanet* ligava universidades que realizavam pesquisa para fins militares. Mesmo que uma das universidades fosse desativada, o restante da rede continuaria funcionando normalmente. Todavia, com o aumento de universidades participantes, o gerenciamento ficou mais difícil e complexo. Para solucionar o problema, o *Arpanet* se dividiu em duas redes: a *Milnet* e uma outra rede que foi denominada posteriormente de NSF-NET (*National Science Foundation*). Na primeira, abrigavam-se os *sítes* militares. Na segunda, os restantes. Essa transformação é evidenciada por Patrícia Milano Vaz (2004, p.98):

Em 1980, a Arpanet conectou-se à rede de alta velocidade da *National Science Foundation's* – NSF formando a NSFNET dando início ao formato da rede que até hoje subsiste, tendo sido implementado o TCP/IP – Transmission Control Protocol/Internet Protocol, protocolo de envio de dados padrão da Rede.

A cisão da Arpanet com a parte militar e seu fim oficial em 1990 também foram contextualizados por Patrícia Milano Vaz (2004, p.99):

Em 1985, surgiram os primeiros domínios (“.edu”, “.org”, “.gov”), logo após a criação deste conceito, que serve para localizar e identificar conjunto de computadores na Internet. Também nessa época, começou a ser usado o nome internet para se referir ao conjunto de redes liderado pela Arpanet. Depois da cisão com a parte militar e o uso já comum do termo internet, a Arpanet se esvaziou e deixou de existir oficialmente em 1990.

O tráfego entre a *Milnet* e a NSF-NET continuou existindo devido ao IP (*Internet Protocol*), projetado para rotear milhares de redes. Em conjunto com o IP, surgiu o TCP (*Transmission Control Protocol*), que gerencia a transferência de dados pela rede. Com o avanço da tecnologia, os terminais das redes passaram a se comunicar diretamente. Essa mudança de aplicação da Internet é reforçada por Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 56):

Depois de sua fase bélica, a Internet passou a ser utilizada como instrumento acadêmico de pesquisa mais detalhada nas Universidades. As informações que ela continha não eram mais somente de conteúdo governamental. Rapidamente, o conteúdo foi se ampliando a ponto de se encontrar qualquer matéria na rede.

É a Internet conhecida atualmente, composta de redes das universidades, das escolas, dos provedores de acesso, redes corporativas como *Prodigy*, *Compuserve*, *ATT* e *American On-Line*. A evolução da Internet no Brasil ocorreu como atraso, conforme afirma Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 59):

O Brasil esteve defasado em relação ao mundo virtual por 20 anos. Somente em 1988 é que começamos ter, em rede nacional, os primeiros acessos à Internet. Devemos isso ao meio acadêmico, principalmente, às Universidades de São Paulo e do Rio de Janeiro.

A Internet abriga avançados recursos computacionais, como o *World Wide Web* (WWW). Através do WWW, o usuário pode se associar livremente. A linguagem utilizada, HTML (*Hypertext Markup Language*), disponibiliza informações nas chamadas *home pages*.

2.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA INTERNET

Os computadores invadiram a vida das pessoas. Em várias residências, lojas, bancos, escolas, universidades e supermercados, os computadores agilizam o processamento de informações, incluindo arquivamento e transferência de dados. Segundo Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 34): “A tecnologia da informação traz em si uma série de mudanças para sociedade hoje, como mudanças na cultura, na linguagem, na política, na segurança e no Direito”.

A engenharia de computação inclusive passou a ser uma das necessidades dessa era tecnológica, formando um corpo qualificado para atender a essa nova demanda. Paralelamente a esse aumento de informatização, surge a Internet para facilitar ainda mais o acesso às informações. Todavia, nem todas as informações são úteis e nem sempre geram conhecimento, como destaca Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 41-42):

É por isso que a formação do saber não se dá, pura e simplesmente, através do armazenamento da informação, mas sim, através de sua filtragem. A informação nada mais é do que um primeiro passo para a longa caminhada até o saber. O conhecimento, este sim, crítico, é que é elemento importante para uma maior proximidade do entendimento dessa nova realidade social, qual seja o mundo globalizado como elemento desencadeador da sociedade informacional.

Através do recurso *browsing*, o usuário pode conhecer os mais diversos endereços eletrônicos e, assim, assimilar conhecimento de conteúdo vasto. Pontua Rodrigo Pereira (2002, p.129) em Novas fronteiras do direito na era digital:

O *browsing* constitui-se em recurso básico da Internet, que permite navegar por *websites*, acessando as obras e informações disponíveis. Por meio dessa função os dados transitam de uma ponta a outra da conexão.

Para Lucivaldo Vasconcelos Barros (2003), “a Internet, como produto dessas novidades, constitui-se, sem dúvida nenhuma, em um meio fantástico de comunicação podendo se transformar num instrumento real de democratização da informação”.

Enaltece Carvalho Neves (1997), confirmando a importância do surgimento da Internet: “A Rede é hoje, o maior repertório de informações que a Humanidade jamais conheceu.”

A Internet é a rede mundial de computadores, formada por computadores interligados num vasto mundo de informações. Segundo Rodrigo Pereira (2002, p.115) em Novas fronteiras do direito na era digital:

Trata-se do conjunto mundial de redes e *gateways* que utilizam o conjunto de protocolos TCP/IP para se comunicarem uns com os outros. Os terminais de processamento de dados, por meio da Internet, passam de centros isolados de conhecimento para partes integrantes – e ativas – da rede global de computadores, comunicando-se entre si.

Os conceitos técnicos indicados na citação anterior, como protocolos IP-TCP, serão analisados em capítulo específico.

Se antes era necessário viajar, por exemplo, até o Japão para se ter um determinado conhecimento sobre esse país, a Internet encurtou a distância. Através dela, é possível ter acesso a diversas informações em número cada vez maior. A disponibilidade é tão grande que foram criados os chamados *sites* de busca na Internet, especializados em apresentar diversos endereços na própria Internet que tratam de tema de interesse do internauta. As facilidades também proporcionaram a criação do chamado comércio eletrônico, negócio realizado através da Internet. Como afirma Roberto da Rocha (2007, p. 235): “A expressão “comércio eletrônico” designa os negócios realizados por via eletrônica. Baseia-se no processamento e na transmissão eletrônica de dados, incluindo texto, som e imagem”.

Segundo Ricardo Almeida (2002, p.89) em *Novas fronteiras do direito na era digital*:

Faz-se mister, assim, a concorrência de três requisitos para a caracterização do *e-commerce*, quais sejam: *a)* oferta constante em uma rede de transmissão e recepção de dados (telecomunicações ou telemática); *b)* proposta expressa por meio audiovisual; e, por derradeiro, *c)* haver interatividade entre os negociantes.

Na lógica descrita, dois aspectos devem ser observados: a desnecessidade do termo “constante” devido ao fato de, se a situação ficar disponível apenas durante algumas horas no dia (por exemplo, das 14h às 18h), não haver razoabilidade em não se configurar *e-commerce*. No próprio comércio

tradicional, as ofertas também não são constantes, entendendo que certos estabelecimento não funcionam durante todo o dia. O segundo aspecto relevante é que os três requisitos apontados convergem para o meio de celebração do negócio, sendo um fator de diferenciação entre o comércio tradicional e o *e-commerce*.

É importante, contudo, ressaltar as vantagens e desvantagens proporcionadas pela Internet. É o pensamento de Tércio Pacitti (2000): “Tudo o que está acontecendo na área da informática é, ao mesmo tempo, promissor e preocupante.” A questão das vantagens e desvantagens proporcionadas pela Internet é matéria reforçada por Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 75): “Como se pode encontrar de tudo nela, como coisas boas e criativas, também nela podem-se encontrar elementos perniciosos a qualquer sociedade humana”.

Como vantagem, tem-se a facilidade de obtenção das mais variadas informações: jornais, periódicos e livros, como exemplos, estão disponíveis na Internet. A comunicação também foi facilitada. Essa tecnologia, por ser relativamente nova, proporciona oportunidades de emprego. Mas, o candidato a esses novos postos de trabalho deve acumular conhecimento suficiente para se qualificar apropriadamente. Segundo Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 31):

O conhecimento é de grande importância para a formação pessoal e profissional do indivíduo, núcleo da sociedade. Mas essa sociedade incipiente está preparada, igualmente, para receber aqueles que não possuem alta qualificação pessoal.

O avanço da informática trouxe grandes inovações, tendo a Internet facilitado a comunicação entre as pessoas e encurtado distâncias, proporcionando ferramentas importantes, dentre as quais o computador, para as mais diversas atividades. Como aponta Augusto Marcacini (2002, p.1):

O computador já há muito tempo presente e indispensável como suporte para atividades científicas, empresariais e governamentais de maior porte, neste final de século invadiu triunfante os nossos lares, para se tornar não apenas uma entre várias bugigangas eletrônicas que nos cercam, mas sim para assumir um papel de destaque entre os muito apetrechos que guarnecem nossas casas, como se fosse, verdadeiramente, um gênero de primeira necessidade.

A facilidade de obtenção de informações é uma das vantagens do mundo virtual. Quando antes seriam necessários custos altos para se conhecer uma determinada cultura do globo, com o aparecimento da Internet, é possíveis se obter as informações mencionadas a partir de uma tela de computador e, muitas vezes, sem sair de casa. Nessa mesma linha de raciocínio, Patrícia Milano Vaz aponta alguns dos benefícios proporcionados pela Internet (2004, p.93):

A rede mundial de computadores é um fenômeno social que vem modificando comportamentos e hábitos. Realizar a declaração de imposto de renda, verificar multas de trânsito, realizar pagamentos, adquirir bens e serviços, enviar correspondência e recebê-las em um tempo muito pequeno, até mesmo encontrar pessoas na rede, hoje, é algo corriqueiro. Enfim, muitas atividades do dia-a-dia das pessoas passaram a ser feitas pela rede mundial de computadores de forma simples.

Da mesma forma que trouxe benefícios, a Internet introduziu, novas situações preocupantes: a Internet proporcionou a questão do analfabetismo digital. Muitas pessoas, sem recursos financeiros para aquisição de equipamentos de informática (incluindo computadores, periféricos e ferramentas de acesso à Internet), e até mesmo por falta de orientação, não têm acesso às novidades trazidas pelo mundo virtual. Sentem-se excluídos e rejeitados no mercado. Essa questão é tratada também por Segundo Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 34): “Enquanto o processo de inclusão digital não se concretiza integralmente, não só no Brasil, como também em todo o resto do mundo, o abismo entre as classes se tornará cada vez maior”.

Quem não domina o mundo virtual perde oportunidades e até emprego. Muitas vezes, é uma das exigências para ser chamado em certos cargos, empregos ou funções. Enquanto antes a Internet poderia ser entendida como um conhecimento opcional, torna-se praticamente um conhecimento obrigatório.

Em provas de concurso público, em sistemas integrados via Internet e Intranet nas repartições, nas comunicações entre filiais e matrizes de empresas no mundo virtual, a Internet se tornou uma exigência. Esse pensamento que expressa a necessidade de aquisição de conhecimento é compartilhado por Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 55):

Vivemos na Era da Informação, onde o conhecimento é a principal riqueza para se conseguir sobreviver, qualificando-se, cada vez mais, como profissional para se ter, como lembra o dito popular, um lugar ao sol no mercado de trabalho. A Internet conseguiu universalizar as informações disponíveis.

No universo jurídico, inúmeras indagações pertinentes às novas relações encontradas. Dentre essas indagações, podem ser citadas as referentes às relações contratuais eletrônicas, incluindo as de acesso à Internet (tema deste trabalho) e as de fornecimento de espaços virtuais (*sites*) e como se resolver as questões correspondentes aos direitos e deveres existentes e à responsabilidade por danos praticados eventualmente pelos provedores de acesso. Como exemplos de danos cometidos contra o consumidor, e que serão analisados posteriormente, podem ser apontados: entrada de vírus no computador do usuário da Internet (proporcionando perdas de dados e coleta de informações sigilosas por parte de terceiros), deficiência na transmissão de dados e invasão de hackers e de crackers em computadores de pessoas e de empresas. Augusto Marcacini reforça a problematização mencionada (2002, p.2):

Diante da rápida expansão da informática – talvez até mais rápida do que aquilo que a nossa mais fértil imaginação pudesse esperar -, a comunidade jurídica limita-se a correr atrás de soluções, a passos bem mais curtos, na tentativa de adaptar o sistema jurídico às novidades que, dia a dia, surgem na tela de nossos computadores.

Dentre as novidades, surgem programas de vírus mais atualizados para violar os sistemas de segurança dos computadores. Espera-se que as facilidades em violar direitos na Internet sejam combatidas, mas, muitas vezes, esse combate é infrutífero porque os criminosos do mundo virtual detêm conhecimento especializado e pouco conhecido. Assim, sentem-se estimulados para a concretização de novos delitos. Fernando Vasconcelos também expressa preocupação em relação aos avanços da Internet e seus problemas (2003, p.36):

Por isso mesmo, o grande temor dos que atuam na rede é que essa facilidade também se estenda ao cometimento de delitos de natureza criminal e de danos de natureza civil. De qualquer um pode acessar a internet a qualquer hora e de qualquer lugar, sem um controle efetivo e sem regras claras e precisas, com certeza os fatos danosos irão aumentar na proporção da expansão da comunicação cibernética.

A falta de um controle e de uma fiscalização se tornam incentivos para os mais diversos delitos. A interceptação de dados e o *download* (aquisição de arquivos pela Internet através do computador) surgem como violação da segurança e da privacidade. As novas relações no mundo virtual exigem do ordenamento jurídico uma atenção principalmente quanto às infrações cometidas. Todavia, o ordenamento deve assegurar aplicabilidade de suas leis nas novas relações criadas no mundo virtual. Segundo Antonio Eduardo Neger (2002, p. 16) em *Novas fronteiras do direito na era digital*:

A abordagem do Direito em face da tecnologia não deve ser meramente regulatória, no sentido de legislar sobre cada novo aspecto trazido pelo avanço da técnica. A velocidade das transformações sociais bem como as perspectivas de mudanças a curto prazo demandam do Direito um reflexão mais profunda sobre seu papel e aplicabilidade.

Pelos ensinamentos de Norberto Bobbio (1992, p.6), a mudança do quadro atual sempre cria novos direitos, com a tecnologia proporcionando conflitos a serem pacificados pelo direito. Nesse cenário, o provedor de acesso à Internet figura como possível responsável pelos danos causado ao consumidor, sendo essa a questão principal deste trabalho. O estudo mais detalhado dos provedores de acesso será realizado em capítulo específico.

2.3 CONTRATOS ELETRÔNICOS–PROVEDOR DE ACESSO E CONSUMIDOR

2.3.1 Necessidade de contratos eletrônicos

O avanço tecnológico traduz uma série de vantagens e benefícios para toda os cidadãos. Com novas pesquisas científicas e a conseqüente aplicação em novos produtos, o cotidiano das pessoas passa a ter cada vez mais comodidades.

Um exemplo importante desse avanço, como já foi comentado, é a Internet (conjunto de redes de computadores ligados entre si), que permite, dentre outras vantagens, que as comunicações e as informações sejam transmitidas de forma relativamente rápida. Nesse contexto, surgem os contratos eletrônicos como uma forma de agilizar as relações entre as pessoas,

mesmo que estejam em locais bem distantes. O contrato eletrônico constituído entre o provedor de acesso e o consumidor é o foco deste trabalho.

O contato físico nem sempre é indispensável e uma empresa, por exemplo, pode reunir um grupo de sócios de forma que cada um não saia de casa, mas, através do computador, consiga trocar experiência dentro do grupo. Como bem ressalta Matheus Carneiro Assunção (2005):

São inúmeras as possibilidades de utilização de redes de telecomunicação como meio para a realização de trocas comerciais, permitindo às empresas um aumento considerável das ofertas de produtos, a redução de prazos e a supressão de distâncias, não importando o lugar em que se encontram os sujeitos de uma relação econômica. Esse amálgama de possibilidades é um dos fatores diferenciais da *Era Digital*.

Serão analisadas as legislações pertinentes aos contratos eletrônicos celebrados entre o provedor de acesso e o consumidor, e a questão da responsabilidade civil envolvida nesse mesmo instituto.

2.3.2 A Internet e os contratos eletrônicos

Com a globalização e com a Internet, as informações são obtidas de forma mais fácil. Nesse contexto, a troca de mensagens e a obtenção de informações passaram a ter uma velocidade antes impossível de ser alcançada. Juridicamente, a fiscalização, em ordem inversa, não sofreu a mesma velocidade. Passou a engatinhar nesse universo da Internet. Tal facilidade de obtenção é tratada por Marcos Gomes da Silva Bruno e Renato M. S. Opice Blum (2005):

A facilidade em disponibilizar, pela Internet, conteúdos, informações, bases de dados ou qualquer outro tipo de criação intelectual se entrelaça, igualmente, com a simplicidade na produção e edição de cópias de tais criações, em detrimento ao direito de seus autores.

A Internet se transformou também em um campo de concretização de acordos, negócios, ajustes e contratações. Uma das formas de garantir segurança jurídica nessas transações é obtida através da utilização de assinaturas criptografadas, que obedecem a um código-senha só reconhecível pelo destinatário da mensagem e reconhecidas Segundo Roberto Lisboa (2007, p. 208):

Os meios de comunicação mais variados e os de transporte são atualmente controlados pela informatização. As negociações preliminares e a conclusão de importantes negócios jurídicos sucedem pela via virtual, através de assinaturas criptografadas.

No contrato eletrônico foco deste trabalho, um ente se destaca: o provedor de acesso ao mundo virtual. Erica Barbagalo (2001, p.34) expõe a função desse provedor:

A conexão do computador, equipado com um modem, à Internet dá-se por intermédio de um provedor (conhecido também pela sigla ISP, Internet Service Provider), empresas ou instituições que mantêm computadores ligados à Internet e que colocam à disposição de usuários de computadores esse acesso, por um equipamento chamado servidor.

Detalhes de como se procede esse acesso, da indispensabilidade do provedor e da identificação do usuário no mundo virtual serão vistos ao longo deste trabalho. Será importante detalhar ainda a responsabilidade civil do provedor de acesso frente aos direitos do consumidor desse tipo de serviço, uma vez que danos aos usuários são verificados Na era do computador, os

avanços tecnológicos não cessam. As informações alcançam lugares cada vez mais distantes e com uma velocidade cada vez maior. Como bem ressalta Matheus Carneiro Assunção (2005): “Os *bits*, transmitidos por fibras ópticas espalhadas ao longo do planeta, reduziram distâncias quilométricas a um simples toque no botão esquerdo do *mouse*”.

Nesse universo, entretanto, surgem também as violações aos direitos do consumidor. Posteriormente, serão analisados os diversos problemas originados da relação jurídica entre provedor de acesso e consumidor. Dentre esses problemas, destacam-se os vírus, as deficiências do acesso e os *cookies*.

Um ramo jurídico novo, o direito informático (conjunto de normas jurídicas aplicadas à informática), é ferramenta indispensável para aplicar os institutos tradicionais (dentre os quais, a responsabilidade civil), devidamente alterados e compatibilizados, nesta problemática relativamente recente. Quanto a esse novo ramo jurídico, aprofundam-se os debates sobre a existência e da necessidade de autonomia do Direito da Informática, do Direito Informático ou de várias outras denominações encontradas na doutrina. Aponta Ricardo Luis Lorenzetti (2001, p.421):

Discute-se se surgirá uma disciplina autônoma já que toda vez que surgiu uma nova tecnologia surgiu também a necessidade de reunir seus problemas em torno de um corpo cognitivo específico. Nessa área de conhecimentos começou-se com a noção de “Direito informático”, o qual dá relevo aos computadores e ao processamento da informação, mas atualmente se tem difundido mais a idéia de um “Direito do espaço virtual”, que pode abarcar muitos outros aspectos.

Não deixando de considerar a polêmica sobre o tema, Fernando Vasconcelos evidencia, com critério mais prático, as transformações ocorridas devido à Internet como um fator de maior relevância (2003, p. 30):

Mas esse problema da autonomia ou não do Direito Informático tem pouca relevância para a urgência da solução dos problemas que já estão aí e dos inúmeros que ainda virão. O que parece relevante é a constatação de que houve transformações bruscas ocorridas em exíguo espaço de tempo, como consequência do impacto da informática na sociedade, ocasionando progressos inusitados e problemas de toda ordem.

Aspecto não menos importante é a violação dos direitos do consumidor, tornando-se, antes de tudo, uma afronta à boa-fé do consumidor, que, muitas vezes, acredita estar diante de um serviço ágil de acesso à Internet e, acima de tudo, de qualidade. Uma violação que acarreta, portanto, prejuízo ao consumidor.

2.3.2.1 Contratos comuns e contratos eletrônicos

Analisando o conceito jurídico de contrato, ensina Rosana Ribeiro da Silva (2005):

Podemos definir contrato como uma espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependente, para sua formação, do encontro da vontade das partes, que cria para ambas uma norma jurídica individual reguladora de interesses privados.

Como se constatará adiante, essa definição necessita ainda de mais elementos. As partes existentes no contrato eletrônico foco deste trabalho são: o provedor de acesso à Internet, capaz de proporcionar o encaminhamento do seu cliente ao mundo virtual e o próprio consumidor. Para Immanuel Kant (2003, p. 116), “o ato da escolha unida de duas pessoas, pelo qual qualquer coisa que pertença a uma passa para a outra, é um contrato”.

Essa segunda definição ainda necessita de complementos, além de limitar o contrato para escolha unida de apenas duas pessoas. Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho reforçam a definição de contrato (2008, p. 11):

[...] entendemos que contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.

Quanto ao aspecto da boa-fé, o consumidor, por ser vulnerável na sua relação com o provedor de acesso (detentor do conhecimento específico de ferramentas de informática) confia nos serviços prestados por este. Esses serviços, como se analisará neste trabalho, podem evidenciar danos ao consumidor sem que este tenha ciência dos prejuízos que lhe são promovidos. O mundo exterior é responsável pelas relações jurídicas, incluindo os contratos, que vão ocorrendo e sendo inovadas. Conforme ressalta J. Flóscolo da Nóbrega (2007, p. 187): “A relação jurídica tem como causa o fato jurídico, que é sempre um fenômeno, acontecimento, ou modificação do mundo exterior”.

Na relação provedor de acesso e consumidor, a este é proporcionado o direito de acessar a Internet, incluindo os direitos inerentes de qualquer relação consumerista. A manifestação da vontade se revela através da oferta, do assentimento, da promessa e da aceitação. Conforme aponta Immanuel Kant (2003, p. 116):

Para todo contrato há dois atos jurídicos preparatórios e dois atos jurídicos constitutivos de escolha. Os dois primeiros (de negociação) são a oferta (oblatio) e o assentimento (approbatio) a ele. Os dois outros (de conclusão) são a promessa (promissum) e a aceitação (acceptatio).

Extrai-se do que foi citado anteriormente, que um dos elementos constitutivos dos contratos é a manifestação da vontade. Nos contratos

celebrados entre consumidor e provedor de acesso, a manifestação mencionada é costumeiramente efetivada por telefone e pela Internet. Destaca Cláudia Lima Marques (2004, p. 37) as formas de se efetivar a contratação eletrônica:

Os meios utilizados para esta contratação eletrônica à distância podem ser: telefone (com pessoas ou gravações, voice-mail, audiotexto etc.), rádio, satélites, fibras óticas, ondas eletromagnéticas, raios infravermelhos, telefones celulares ou telefones com imagens, video-texto, microcomputadores, televisão com teclado ou tela de contato, serviços de acesso a e-mails, computadores, pages wireless e outras técnicas semelhantes.

Percebe-se que os avanços tecnológicos permitem uma grande variedade de formas de se promover um contrato eletrônico. Os demais elementos do contrato são: agentes-sujeitos, objeto do contrato, forma (exteriorização). Mas, além dos elementos constitutivos, o contrato exige certas condições de validade: ausência de vícios de consentimento, presença da boa-fé objetiva, agente capaz, objeto idôneo (lícito, possível, determinado ou determinável), forma do contrato prescrita ou não defesa em lei. Segundo Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 20):

Neste campo, até para uma compreensão sistematizada e didática da matéria, costumamos ensinar que os pressupostos de validade nada mais são do que os próprios elementos de existência *adjetivados*.

Mesmo presentes os elementos constitutivos e as condições de validade (existe e é válido), para que apresente eficácia, deve-se atentar para os chamados elementos acidentais que retardam ou cessam a eficácia dos contratos, que são o termo, a condição e os encargos.

Os contratos (incluindo os celebrados entre provedor de acesso e consumidor), tendo natureza jurídica de negócios jurídicos, devem atender aos seguintes princípios do Código Civil:

- da função social;
- da boa-fé objetiva;
- da autonomia da vontade ou do consensualismo;
- da força obrigatória do contrato;
- da relatividade subjetiva dos efeitos do contrato;
- da equivalência material.

Um dos objetivos da função social é adequar e compatibilizar o ordenamento jurídico referente ao contrato, atendendo ao raciocínio de integrar os princípios e diretrizes legais à relação jurídica estabelecida, com o objetivo de atenuar as diferenças existentes entre as partes. Previne-se com isso, ou pelo menos se pretende evitar, que uma das partes se beneficie muito mais que a outra na efetivação do contrato. Para Ricardo Waldman (2006, p. 139): “Assim, o princípio da função social do contrato pode ter função interpretativa, colaborando para que se dê o sentido mais adequado a outros princípios ou regras”.

Qual o sentido da função interpretativa? O que seria o sentido mais adequado indicado? O entendimento acima se apresenta um tanto vago e percebe-se a ausência do aspecto da atenuação da desigualdade entre as partes, que por ser de ordem pública, é uma das características indispensáveis da função social do contrato. Ainda segundo Ricardo Waldman (2006, p. 139): “Assim, a boa-fé objetiva, pela tutela da confiança, das expectativas legítimas, realiza a função social do contrato e apenas se justifica em razão dela”.

No contexto desta pesquisa, a desigualdade entre as partes se refere ao fato de, enquanto o consumidor, de forma geral, não entende os mecanismos técnicos envolvidos no acesso à Internet, o provedor de acesso detém o

conhecimento especializado necessário para inserir o consumidor no mundo virtual. Essa observação, como se constatará posteriormente, será causa de aplicação da responsabilidade objetiva na relação entre provedor e consumidor. Outro aspecto relevante na realização dos contratos é a inclusão de um mínimo de confiança entre as partes traduzido pelo princípio da boa-fé objetiva. Caso contrário, não haveria motivo para sua celebração. Segundo Anna Gianasi (2006, p.33):

A confiança (boa-fé subjetiva) e a lealdade (boa-fé objetiva) são resultantes dos preceitos éticos e morais prevalecentes em um meio social, que por força da necessidade da regulação e estabelecimento de uma ordem e principalmente da segurança, seja ela jurídica ou não, ganham um tratamento diferenciado.

A boa-fé subjetiva corresponde à intenção do agente. Revela toda a sistemática psicológica do agente que, não raras vezes, não se exterioriza. Já a boa-fé objetiva é representada pela conduta. Concretiza-se e exterioriza-se o pensamento, esperando-se que seu resultado seja um bom exemplo a ser seguido. No caso do serviço proporcionado pelo provedor de acesso, espera-se que o acesso à Internet tenha qualidade, seja seguro para o consumidor e evite as violações que são cometidas no mundo virtual referentes ao próprio acesso. Exemplos de violações serão abordadas posteriormente. Com essa conduta, o provedor promove seu resultado, tornando-se um exemplo. Aponta Marília Zanchet (2006, p. 129): “Não interessa, portanto, aquilo em que a vítima da violação da boa-fé acreditou. Quando muito, pode-se averiguar se ela devia poder confiar no comportamento do outro”.

Merece um profundo questionamento o entendimento anterior: não se pode ignorar quando a vítima acredita, de boa-fé, no que foi prometido. Caso contrário, estaria se negando o próprio princípio da boa-fé. No caso do contrato celebrado entre o provedor de acesso e a Internet, a boa-fé se destaca ainda mais, pois, é comum que os acertos iniciais sejam confirmados via telefone,

situação na qual o provedor de acesso informa verbalmente seus serviços e coleta dados do consumidor, como nome completo e endereço, com a finalidade de enviar em seguida os boletos referentes à cobrança. A alegação de que se devia confiar no comportamento do outro insinua partir do pressuposto que as atitudes são realizadas de má-fé. Será visto neste trabalho que a crença, por exemplo, nas promessas realizadas pelo provedor de acesso, é protegida legalmente.

Percebe-se uma maior valorização da boa-fé objetiva, uma vez que a boa-fé subjetiva pode nem se aperfeiçoar, não alterando direitos e deveres constituídos. A boa-fé se transforma inclusive em um elemento jurídico capaz de sanear o contrato, inclusive os de consumo, ao almejar o necessário equilíbrio entre as partes contratantes. Nessa linha de raciocínio, destaca José Guilherme Werner (2006, p. 106):

A boa-fé não se compatibiliza com um tal desequilíbrio e, através de sua função criadora de deveres, dá gênese ao dever de sanear o vício ou efetivamente satisfazer a expectativa do adquirente quanto à higidez do bem.

No caso da relação entre consumidor e provedor de acesso, este se obriga a garantir um acesso à Internet que tenha, dentre outros atributos, segurança. É um dos propósitos do serviço prestado e uma das expectativas do consumidor. Em caso de falha nesse quesito, deve o provedor estabelecer a causa do problema, sanando-o, e promover maiores ajustes nos instrumentos informáticos de segurança para que as falhas, caso não desapareçam, pelo menos sejam atenuadas.

Os princípios atendem a necessidade de otimização, de sistematização e de integração de todo o ordenamento jurídico. Para Anna Gianasi (2006, p.27):

Desempenham a função argumentativa, ao possibilitar a extração da *ratio legis* pelos hermenêutas ou a revelação de normas que não estão expressamente previstas em enunciados legislativos, mas que inspiram a atuação dos juristas e aplicadores do direito.

Outro aspecto importante dos princípios, analisando-se a relação entre provedor e consumidor, é que, ao integrar todo o ordenamento jurídico, favorece o entendimento que aponta para a suficiência de comando legais necessários para atender essa relação. Posteriormente, será analisada com mais detalhes essa questão referente à necessidade ou não de leis específicas relativas à Internet, apontando-se inclusive os argumentos envolvidos.

A presença de todos esses princípios se deve à valorização da dignidade da pessoa humana, inclusive sendo esta um princípio constitucional. No caso do provedor de acesso, o referido princípio demonstra que este deve se pautar por uma conduta que respeite o consumidor. Tal respeito é alcançado através do cumprimento de suas obrigações perante o consumidor. Como apontam Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p. 28): “Pairando por sobre todos eles, dando-lhes dimensão constitucional, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser esquecido”.

De fato, esquecer esse princípio traduziria inclusive negar os direitos fundamentais, incluindo os referentes ao consumidor. A relevância do princípio da dignidade humana também é reforçado por Fernando Martins (2006, p. 72):

Resta patente, de outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana que densifica e define os direitos humanos fundamentais, especialmente aqueles relacionados à vida, a propriedade, a segurança, a liberdade e a igualdade. Todos eles em comunicação direta com os princípios dispostos na teoria geral dos contratos.

O respeito que o provedor de acesso deve ter com o consumidor é retratado também por Paulo Valério Moraes (2006, p. 100), incluindo-o como

elemento associado ao princípio da dignidade humana: “O princípio da dignidade da pessoa humana (PDPH), portanto, está vinculado à palavra respeito”.

De fato, quando se ampara as relações humanas de forma geral com o princípio da dignidade humana, procura-se preservar o respeito entre as pessoas. Como reflexo desse respeito, constata-se a manutenção do serviço prometido ao consumidor, com todos os benefícios inerentes e garantidos. Inclui-se então a imediata solução de problemas que eventualmente ocorram no mundo virtual. Percebe-se assim que a relação jurídica desta pesquisa se vincula com preceitos constitucionais. Esse vínculo é atingido através de princípios entre matéria constitucional e matéria relativa aos contratos, incluindo, como será visto neste trabalho, os relativos às relações de consumo envolvendo o provedor de acesso e o próprio consumidor. Esse vínculo é identificado por Geisa Rodrigues (2006, p. 86):

De conseguinte, o mero fato da Constituição dispor sobre a proteção do consumidor revela uma ampliação do objeto tradicional da norma fundamental, uma percepção de que o consumidor não pode mais ser relegado à própria sorte na esfera de suas relações com os demais agentes econômicos.

Um dos efeitos importantes do citado vínculo é o Estado se obrigando a proteger os direitos do consumidor. O estudo dos princípios se torna ainda mais importante conforme sejam entendidos como sendo sinônimos de normas. Para Norberto Bobbio (1999, p.158): “Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”.

A importância dos princípios que integram a estrutura do ordenamento jurídico é também assegurada por Marcos Catalan (2007, p. 145):

É ululante que os princípios são fontes imediatas do direito, aplicáveis em qualquer procedimento interpretativo que pretenda alcançar a solução mais coerente e justa para a situação fática submetida ao hermeneuta.

É inegável a aplicação dos princípios até como forma de integração do ordenamento legal. Todavia, tal aplicação deve ser realizada com muito cuidado para que as decisões não tenham um caráter puramente subjetivo, comprometendo a segurança jurídica e permitindo entendimentos totalmente diversos e contraditórios sobre uma mesma matéria.

Os contratos ainda revelam, não só o acordo de vontades entre as partes envolvidas, como também a proteção dos direitos fundamentais. Todavia, esse raciocínio é ideal e, portanto, deve ser, no caso concreto, sempre avaliado se realmente se evidencia. Abordando essa questão dos direitos fundamentais, explica Cláudia Marques (2007, p. 53):

Em outras palavras, se o contrato é o instrumento de circulação das riquezas das sociedades, hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços e produtos no mercado brasileiro, ou como denominei, *ponto de encontro e direitos fundamentais*.

Analisando-se os elementos constitutivos dos contratos, além dos pressupostos de validade e de eficácia, conclui-se que os contratos eletrônicos também se amoldam perfeitamente ao que foi mencionado. O meio utilizado para utilização dos serviços prestados pelo provedor de acesso, a Internet, não desconfigura a natureza jurídica de contrato. María José Azar aponta a questão da nova modalidade de se celebrar um contrato via Internet não alterar suas características (2002, p. 28):

La informática se presenta como un *medio eficaz y alternativo* para la concertación de cualquiera de las modalidades que puedan asumir los contratos, pero las nuevas modalidades de celebración o variaciones técnicas, no son nuevos contratos.

Claudia Lima Marques (2006, p. 39) expressa também seu entendimento que o contrato eletrônico, de fato, e não por simples observação de sua nomenclatura, é um contrato:

Nos contratos eletrônicos, há acordo de vontade, há vontade manifestada, mesmo que de adesão e de “conduta social típica”. Logo, há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado e muitas vezes não acessível ao consumidor.

Percebe-se, assim, que há justificativa legal de se entender o contrato eletrônico com um contrato, mesmo que tenha características bem particulares, como o meio de celebração. Outra justificativa, com fins complementares, é de se garantir paz e harmonia social: negar sua condição de contrato seria permitir uma total insegurança na celebração dos contratos eletrônicos.

A Internet, então, é um meio de celebração de contrato, assim como o telefone, uma carta, um fax, mensagem via rádio ou televisão, ou qualquer outra tecnologia que venha a ser criada. É através do mundo virtual que se aperfeiçoa o vínculo entre provedor de acesso e o consumidor, vínculo este muitas vezes iniciado por uma ligação telefônica.

Assim, negar o entendimento que a Internet é mais um meio de celebração de contrato e, portanto, sugerir que os atos manifestados no mundo virtual não estão resguardados legalmente, seria estimular a formação de meios de comunicação só para que sejam efetivados negócios jurídicos à margem da lei. As infrações muito provavelmente se agravariam. Dessa forma, a Internet não se constitui em um meio indiferente ao ordenamento legal. Segundo Roberto da Rocha (2007, p. 233):

É bem verdade que a Internet não cria um espaço livre, alheio ao Direito, sendo aplicáveis as normas legais vigentes relativas aos contratos em geral também aos contratos eletrônicos. Na prática comercial, notadamente, surgem as inovações jurídicas decorrentes da alteração das relações de mercado, que ao longo do tempo vão sendo incorporadas pelo direito privado comum.

Pode-se entender também que, no contrato, as vontades se combinam. Contrato eletrônico é a denominação dada quando o meio de efetivação do contrato é a Internet, ou seja, quando os computadores estão interligados em rede. O contrato eletrônico é, assim, celebrado via programas de computador, que são linguagens codificadas (exemplos: Fortran, Pascal, C) que prescrevem comandos. Ensina Newton De Lucca (2001, p. 47):

Programas de computador são aqueles comandos escritos em determinada linguagem de máquina que ministram instruções ao equipamento eletrônico para a realização de tarefas das mais diversas modalidades. Exemplo: sistemas operacionais (Windows, Linus etc.), processadores de texto (Word, Starwriter etc.), planilhas de cálculo (Excel, Lotus 123 etc.) e navegadores de Internet (Internet Explorer, Netscape Navigator etc.).

É importante assim que as novas relações virtuais sejam reguladas pelo Direito, seja através de criação de novas regras ou através de adaptações das já existentes. Daí, diversos questionamentos devem ser analisados: regulação dos negócios celebrados na Internet, garantia jurídica dos contratos celebrados no mundo virtual e solução dos conflitos, além da legislação pertinente.

O contrato eletrônico, assim como qualquer negócio jurídico, necessita do preenchimento de condições legais (art. 104 do Código Civil): agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, além de inexistirem vícios do consentimento. O provedor de acesso à Internet, como se analisará, participa da relação jurídica com seu cliente na condição de fornecedor e, assim, deverá atender as exigências promovidas pelo Código de Defesa do Consumidor. A utilização de contratos

eletrônicos no lugar de contratos tradicionais proporciona uma mudança na percepção da obrigatoriedade do papel, conforme observação de Newton De Lucca (2001, p.45-46):

Não deixa de ser curioso observar-se que esses negócios na Internet são e estarão sendo celebrados em virtude de um tradicional instrumento jurídico denominado contrato. Nada de novo haveria, pois – não fosse a forma desse contrato que, no mundo digital, passa por profunda transformação -, se continuássemos a pensar com a tradicional forma de documentação inteiramente calcada sobre o papel.

Um dos questionamentos acerca dos contratos eletrônicos é relativo à formação do contrato. Nesse caso, deve-se diferenciar o caso de e-mail dos casos de videoconferência. O caso do e-mail é equivalente ao caso de correspondência. Portanto, deve ser regulamentado pelos contratos entre ausentes. A aceitação expedida aperfeiçoa o contrato, exceto nas condições do art. 434 do Código Civil. Uma dessas hipóteses se refere ao fato da aceitação não chegar no prazo convencionado. Em caso de conflito no caso concreto, o provedor de acesso é responsável também em comprovar se a mensagem de aceitação foi enviada ou não, podendo responder civilmente em caso de dano ao consumidor.

Se o intervalo de tempo entre a oferta e a aceitação constatado pelo provedor de acesso for considerado insignificante e nas hipóteses de videoconferências, *chats*, ao acordo de vontade devem ser aplicadas as regras referentes aos contratos entre presentes. Nessa mesma linha de raciocínio, ressalta Matheus Carneiro Assunção (2005):

Nessas hipóteses, assim como nos *chats*, *Messenger*, videoconferências e nas contratações diretas em *sites*, a instantaneidade do acordo de vontades enseja a aplicação das disposições relativas aos contratos entre presentes.

Na contratação entre presentes, destaca-se o vínculo entre as partes a partir da aceitação. Ensina Newton de Lucca (2003, p. 101):

No que se refere à contratação entre presentes, como se sabe, a doutrina é tranquila no sentido de que o vínculo contratual se aperfeiçoa a partir do momento em que se dá a aceitação da oferta por parte de quem a recebeu (oblato).

A classificação em contratação entre presentes ou entre ausentes, para parte da doutrina, é uma discussão estéril. Nessa linha de entendimento, pontua Newton de Lucca (2003, p. 108):

Querer determinar *a priori* se se trata de contratação entre presentes ou de contratação entre ausentes, como adora fazer a tradição doutrinária "clássica", é mais um desperdício de tempo do que qualquer outra coisa [...]

Nota-se assim que o fator simultaneidade é importante no enquadramento do tipo legal. Ainda, nesse contexto, o provedor de acesso é novamente necessário para que a questão seja solucionada, embora possa alegar que não possui tecnologia suficiente para tanto.

2.3.2.2 A segurança e a eficácia probatória dos contratos eletrônicos

Para fins de segurança nas transações efetivadas no ambiente virtual, utiliza-se a tecnologia referente à assinatura digital, como também reforça Rosana Ribeiro da Silva (2005):

A tecnologia citada é denominada assinatura digital, que se constitui num conjunto de caracteres alfanuméricos, resultante de complexas operações matemáticas de criptografia, efetuadas por um computador sobre um documento eletrônico.

A legislação brasileira aceita a utilização de documentos eletrônicos como meio de prova, com base no art. 332 do Código de Processo Civil, o qual indica que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”. Ocorre porém que um documento eletrônico, na prática, é visto com mais receio do que no caso de uma escritura pública. Mesmo assim, com base no princípio da livre convicção motivada e com os avanços nos sistemas de segurança das transações eletrônicas, a prova eletrônica aumentará sua força probatória. Para uma melhor segurança dos dados, é realizada a encriptação das mensagens para que terceiros estranhos à relação jurídica não possam entendê-las. Nesse contexto, o provedor de acesso se obriga, como se atestará, a garantir a privacidade e a segurança na transmissão de dados via Internet. No território brasileiro, a identificação dos contratantes envolvidos em um compra e venda realizada no mundo virtual (o foco deste trabalho é analisar as situações em que o serviço prestado pelo provedor afeta essas negociações envolvendo o consumidor e terceiros) é realizada por uma espécie de “cartório virtual”: *Certsign*. Como menciona Rosana Ribeiro da Silva (2005):

No Brasil, a única Autoridade Certificante existente é privada e denominada Certsign, com sede no Rio de Janeiro. Esta AC segue práticas internacionais a fim de proceder a identificação daqueles interessados em adquirir um par de chaves.

As referidas chaves representam um mecanismo de reconhecimento digital da criptografia relacionada aos dados enviados pela Internet. A criptografia evolui, assim, para se garantir a segurança contra *hackers* ou

crackers, que são verdadeiros invasores do mundo cibernético, descobrem senhas e chegam a transferir dinheiros de contas bancárias. Como alerta Newton De Lucca (2001, p. 48):

Tal método vem sendo constantemente aperfeiçoado, porque foi verificado que certos técnicos mal-intencionados, chamados em inglês *hackers* ou *crackers*, conseguem descobrir as senhas e penetrar nas contas ou operações secretas, criminosamente transferindo dinheiro de contas bancárias.

Com propriedade, apresentando a diferença entre *hacker* e *cracker*, prossegue Newton De Lucca (2001, p. 48):

Os hackers são especialistas em Informática, capazes de invadir computadores alheios mas, também de impedir invasões dos outros. Não existe, necessariamente, uma conotação pejorativa para os hackers que podem prestar serviço de extrema valia. Já os crackers, ao revés, atuam de forma dolosa, isto é, com a intenção de prejudicar alguém ou de tirar proveito ou partido para si da informação obtida.

Dolosamente ou não, a interceptação de dados pode causar danos irreparáveis ao consumidor no mundo virtual e aumenta a desconfiança que o consumidor deposita no serviço de acesso à rede mundial. Cláudia Lima Marques (2004, p. 94-95) alerta para essa questão da desconfiança na Internet:

O meio virtual parece ter abalado este princípio-pressuposto das relações contratuais. Seja pela despersonalização das partes contratantes, do meio, do objeto, seja pela sua complexidade, distância, atemporalidade ou internacionalidade, a conclusão é que, no meio eletrônico, há muita 'desconfiança'.

Em capítulo próprio deste trabalho, será analisado, de acordo com a teoria do risco, se o provedor de acesso é responsável ou não por esse tipo de

violação (interceptação de dados) e por outros danos que são observados nas relações de consumo.

2.3.2.3 Classificação no comércio eletrônico

Destaca Matheus Carneiro Assunção (2005) que o comércio eletrônico se classifica em dois tipos: o indireto e o direto.

No indireto, a Internet é um meio de oferta e os produtos são entregues pessoalmente. Na verdade, muitas lojas aplicam essa modalidade para evitar a compra ou aluguel de espaço físico para guardar seu estoque de produtos. Nota-se até que, para incentivar novas transações dessa forma, diminuem seus preços caso o consumidor celebre o contrato dessa forma.

No direto, todas as etapas do negócio são realizadas através na Internet. Nas palavras de Matheus Carneiro Assunção (2005), é a forma na qual “a Internet é o meio em que se efetiva a oferta, a contratação e a própria entrega ou disponibilização de produtos, de forma intangível, como no caso de *downloads* de músicas em formato MP3 e *softwares*”, salientando ainda que as operações são realizadas ou entre empresas ou entre empresa e consumidor ou entre empresa e Estados. Conclui-se que o contrato celebrado entre provedor de acesso e consumidor pode ser classificado em comércio eletrônico, uma vez que os produtos e serviços oferecidos pelo provedor são disponibilizados e utilizados na Internet.

E para esclarecer: nesta pesquisa, referente à relação jurídica entre provedor e seu cliente (consumidor), será analisado o impacto do serviço de acesso ao mundo virtual prestado pelo provedor nas situações em que seu cliente se relaciona com terceiros no comércio eletrônico, seja o indireto ou o direto. Ilustrando: por falha ou interrupção no acesso proporcionado pelo

provedor, como fica a questão da sua responsabilidade frente ao seu cliente que eventualmente tenha, por causa desse problema, sofrido prejuízos em negociações com terceiros? A resposta virá ao longo deste trabalho.

Um questionamento importante que se pode levantar no contratos eletrônicos é acerca da legislação aplicável em tais negócios. De acordo com o art. 435 do CC, o contrato reputa-se celebrado no lugar em que foi proposto. O problema muitas vezes é que o proponente reside em um local e utiliza o computador cujo servidor é de um outro local. Matheus Carneiro Assunção (2005) resolve a questão:

Tratando-se de contratações internacionais, a Lei de Introdução ao Código Civil reputa constituída a obrigação resultante do contrato no lugar em que residir o proponente (LICC, art. 9º, §2º).

No caso em tela, a situação se verifica quando o provedor de acesso é estrangeiro. Assim, a obrigação assumida, no caso de não ser atendida, pode ter um tratamento diferente do que teria caso fosse estabelecida no Brasil. Ainda segundo Matheus Carneiro Assunção (2005):

Note-se que o art. 15, § 4º, da Lei Modelo da UNCITRAL para o comércio eletrônico dispõe que, salvo se acordado de maneira diversa, uma mensagem eletrônica considera-se expedida no local onde o remetente tenha seu estabelecimento, e recebida onde o destinatário tenha seu local de negócios.

Novamente o provedor de acesso exercerá papel fundamental ao garantir que tais negócios sejam efetivados, a partir do instante em que mantém um serviço sem deficiência de transmissão de dados.

Não resta dúvida que já há legislação aplicável aos contratos eletrônicos. Como exemplos, constata-se que a questão da existência nos contratos de cláusulas ambíguas se resolver adotando-se a interpretação mais favorável ao

aderente e a questão da nulidade de cláusulas que estipulem a renúncia do aderente a direito resultante da natureza do negócio, matérias tratadas nos arts. 423 e 424 do Código Civil, incidem com compatibilidade nos contratos eletrônicos.

Não resta dúvida também que, nos contratos eletrônicos celebrados entre uma empresa estabelecida na Internet e um consumidor (relação que não é o foco deste trabalho), haja a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, incluindo a seguinte hipótese: no caso concreto de uma pessoa comprar um produto através de um endereço eletrônico de uma empresa, podem ocorrer, devido a falhas ou atrasos na transmissão de dados pelo mundo virtual, a não concretização do negócio, com possíveis danos sofridos pelo consumidor. Percebe-se assim que o prejuízo causado ao consumidor se deve ao serviço fornecido pelo provedor de acesso, reforçando o nexo de causalidade existente entre o serviço prestado pelo provedor e prejuízos ao consumidor. Assim sendo, nessa relação jurídica envolvendo o provedor de acesso à Internet e o consumidor (relação que é o foco deste trabalho), é aplicável o Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o art. 2^o do referido código.

Portanto, nos contratos eletrônicos estabelecidos na relação entre o provedor de acesso e o consumidor, sinaliza-se para a suficiência da legislação existente que atenda a questão da responsabilidade civil envolvida nessa relação mencionada. Posteriormente, essa sinalização apontada será analisada com argumentos favoráveis e desfavoráveis. Como se atestará, o tema não é consenso.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste capítulo, será apresentada a evolução do instituto da responsabilidade civil para se verificar a necessidade de atender as novas demandas jurídicas apresentadas pelos avanços tecnológicos, incluindo a relação entre provedor e consumidor.

3.1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DA CULPA AO DANO

O instituto da responsabilidade civil evoluiu ao longo do tempo, passando pela vingança, incluindo a realizada por grupos primitivos contra seus componentes e adversários e a Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”). A composição surgiu em seguida com o avanço da civilização. Houve evolução também do fundamento (dever de reparação na culpa, mas também no risco), conforme se esmiuçarà a seguir.

O estudo da responsabilidade civil e seus efeitos no campo jurídico se insere no contexto do direito obrigacional. Aponta Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 2): “O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito”.

A obrigação violada ocasiona o aparecimento da responsabilidade civil. Para se verificar a responsabilidade, devem estar presentes, de forma conjunta, outros elementos, como ação ou omissão, danos ou prejuízos decorrentes desse ato (nexo de causalidade). Ensinam Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 191): “Sempre que alguém causa dano a outrem surge, como

conseqüência, a sua responsabilidade pelos prejuízos proporcionados. É o que dá ensejo à responsabilidade civil”.

Percebe-se assim que a responsabilidade civil é um instituto jurídico que se origina de um dano causado. Caso não haja dano (ou ou outros elementos já apontados), o referido instituto não se aperfeiçoa. O entendimento anterior é compartilhado por Maria Helena Diniz (2004, p. 7):

A responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo, deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo.

Contextualizando com o presente trabalho, em caso de deficiência na transmissão de dados pela Internet (dentre outros problemas que podem ocorrer e que serão analisado posteriormente), percebe-se que o consumidor pode sofrer prejuízos decorrentes dessa falha. Assim, deve o provedor de acesso ser responsabilizado civilmente em caso de danos cometidos relacionados com o serviço ou com o produto oferecidos no ambiente virtual.

Como elemento da responsabilidade civil, a presença do dano é indispensável. Não adianta apenas a simples ação potencialmente danosa. Reforça Sílvio Rodrigues (2002, p. 18): “Finalmente, como foi visto, a questão da responsabilidade não se propõe se não houver dano, pois o ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém”.

Pode ocorrer, ilustrando o entendimento acima, de a interrupção no serviço proporcionado pelo provedor de acesso ter acontecido em um momento (de madrugada, por exemplo) em que o consumidor nem sequer estava utilizando a Internet. Percebe-se assim que, apesar de ter ocorrido o fato, não houve danos e, conseqüentemente, não há que se cogitar a presença da responsabilidade civil. Todavia, há casos em que o provedor, nessa situação apresentada, indeniza voluntariamente o consumidor pelo tempo relativo à interrupção do serviço de acesso à Internet.

Apesar de corretos, os entendimentos expostos anteriormente referentes ao dano causado ainda necessitam de complementação: a natureza do dano apontado e analisado deve ser entendida como de caráter jurídico, conforme ensinamento de Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 2): “Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético etc”.

A responsabilidade civil é instrumento de paz social e de harmonia porque, revela o interesse de equilibrar as relações jurídicas devido aos danos ocorridos. Com outras palavras, ensina ainda Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 1-2):

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Inicialmente, é importante delimitar o campo de abordagem: classicamente, a responsabilidade civil se associa à idéia de culpa (responsabilidade subjetiva) e a conseqüente obrigação de se reparar o dano. Com o tempo, a teoria do risco, que ainda será analisada neste trabalho, desenvolveu-se a ponto de justificar a punição daqueles que, independentemente de culpa, mas devido ao risco inerente à sua atividade, causa dano a terceiros. No capítulo seguinte, ao se concentrar nos serviços prestados pelos provedores de acesso, será verificada sua responsabilidade. Há, já antecipando, entendimento de que há responsabilidade devido à teoria do risco e entendimento de que não há responsabilidade, demonstrando-se assim uma inequívoca falta de unanimidade referente ao tema. Exemplicando esse último posicionamento, assevera Antônio Santos (2001, *apud* GONÇALVES,

2007, p. 126): “As empresas de *access providers* não terão responsabilidade porque apenas entregam o ciberespaço aos demais servidores”.

O elemento culpa, portanto, diferencia a responsabilidade civil do tipo subjetiva da do tipo objetiva. Aponta Sílvio Rodrigues (2002, p. 11), reforçando o exposto, que a diferença entre as duas reponsabilidades reside nas formas distintas de reparação do dano:

Em rigor, não se pode afirmar serem espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Realmente se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa, e objetiva, quando esteada na teoria do risco.

O entendimento apresentado anteriormente não é consenso. Isso porque há o pensamento que aponta, especialmente quanto à questão da inveracidade da presença de espécies diversas de responsabilidade, para a distinção entre espécies. Explica Hans Kelsen (1998, p. 137):

É usual distinguir duas espécies de responsabilidade: responsabilidade pela culpa e responsabilidade pelo resultado...estamos perante uma responsabilidade pelo resultado onde não exista uma tal relação, onde o evento não é previsto nem intencionalmente visado.

Se é usual ou não, se falta rigor ou não, se a expressão correta é “espécies diferentes” ou se é “maneiras diferentes”, o que deve ser ressaltado é a questão da indispensabilidade da culpa em certos casos concretos. Posteriormente, será atestado que, com no contexto da responsabilidade objetiva, a culpa se torna um elemento dispensável. Serão vistos ainda os casos em que se pode aplicar a dispensabilidade da culpa. A culpa é adotada na também chamada teoria clássica, conforme ressalta Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 22):

Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da reponsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou “subjativa”, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil.

Nesse contexto, a responsabilidade depende inclusive da culpa concorrente da vítima e do agente, conforme bem lembra Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 47):

Quando há culpa concorrente da vítima e do agente causador do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo as frações de responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa.

Pelo exposto, extrai-se que os pressupostos da responsabilidade civil são as presenças dos seguintes elementos: ação ou omissão do agente; culpa do agente (indispensável na responsabilidade subjativa); relação de causalidade e dano experimentado pela vítima. O art. 186 do Código Civil fundamenta esse entendimento, também apresentado por Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 33):

A análise do artigo supratranscrito evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.

E na relação jurídica envolvendo o provedor de acesso e o consumidor? Será que é aplicada a responsabilidade subjativa nessa relação? As respostas para essas perguntas serão detalhadas conforme for sendo explicada a responsabilidade objetiva. Ainda quanto à responsabilidade subjativa, a ação ou omissão também engloba atos de terceiros sob a responsabilidade do agente e de animais que estejam sob sua guarda. Nessa linha de raciocínio, ensina Sílvio

Rodrigues (2002, p. 14): “A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, a ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste”.

O nexu de causalidade não comprovado implica não reconhecimento de responsabilidade. No contexto deste trabalho, o consumidor que, através de CD ou outro periférico de computador, insere dados no disco rígido e, no meio dos dados, um dos arquivos é um vírus, não pode responsabilizar o provedor de acesso porque a forma de aquisição do arquivo indesejado não foi através do serviço oferecido pelo provedor, ou seja, não foi por meio da Internet. Conforme reforça Sílvia Rodrigues (2002, p. 17):

Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que este resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização formulado por aquela deverá ser julgado improcedente.

Deve-se sempre ressaltar que o rompimento do nexu causal se verifica em casos de culpa exclusiva da vítima, de força maior e de caso fortuito. Para Sílvia de Salvo Venosa (2007, p. 45):

O caso fortuito e a força maior são excludentes do nexu causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Um grande problema apresentado pela responsabilidade subjetiva é que, em determinadas situações (como nas relações de consumo), a comprovação da culpa se torna praticamente impossível para a vítima do dano. O consumidor, por exemplo, teria dificuldades de comprovar, devido ao seu natural (em regra) desconhecimento técnico de informática, que sofreu prejuízo, perdas e danos devido a problemas no seu acesso à Internet. Essa dificuldade é atestada por Luiz Nunes (1997, p. 272):

Se, toda vez que sofresse algum dano, o consumidor tivesse que alegar culpa do fabricante do produto ou do prestador de serviço, suas chances de ser indenizado seriam mínimas, pois a apuração e prova da culpa são muito difíceis.

A modernidade e seus avanços, incluindo novas tecnologias, guiavam para uma nova realidade jurídica. E, dentre essas novas tecnologias, pode ser citado o serviço de acesso a Internet proporcionado pelos chamados provedores de acesso. Como atesta Maria Helena Diniz (2004, p. 12):

A insuficiência da culpa para cobrir todos os prejuízos, por obrigar a perquirição do elemento subjetivo na ação, e a crescente tecnização dos tempos modernos, caracterizado pela introdução de máquinas, pela produção de bens em larga escala e pela circulação de pessoas por meio de veículos automotores, aumentando assim os perigos à vida e à saúde humana, levaram a uma reformulação da teoria da responsabilidade civil dentro de um processo de humanização.

As mudanças ocorridas nos últimos séculos, incluindo a necessidade de se alterar a indispensabilidade do elemento culpa em certos casos, e que, assim, resultaram na nova modalidade de responsabilidade, também foram abordadas por Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 11):

A teoria da responsabilidade objetiva bem demonstra o avanço da responsabilidade civil nos séculos XIX e XX. Foram repensados e reestruturados muitos dogmas, a partir da noção de que só havia responsabilidade com culpa.

Dessa forma, procurou-se reformar o entendimento da culpa como elemento indispensável da responsabilidade civil em algumas relações jurídicas, como a que envolve provedor de acesso e consumidor. Assim, é suficiente garantir as presenças do dano e do nexo de causalidade no caso concreto para que o agente possa responder civilmente. Assim explica Antônio Elias de

Queiroga (2003, p. 209): “É a responsabilidade legal ou ‘objetiva’, que se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade”. Nesse contexto de responsabilidade objetiva, o provedor de acesso à Internet deve zelar ainda mais pela qualidade de seus serviços e produtos, não só como estratégia de *marketing* como também porque está auferindo lucros com essa atividade. Para Ricardo Waldman (2006, p. 136):

O dever de qualidade, que atribui responsabilidade objetiva ao fornecedor, não é imediatamente um modo de distribuir riscos, embora esse seja o seu efeito quanto aos danos, uma vez que ocorram, pois estes são exceção. O que se pretende é que a pessoa receba o que pagou para ter.

Geisa Rodrigues (2006, p. 79) reforça a necessidade da aplicação da responsabilidade objetiva nas relações de consumo:

A obrigação de reparar danos apenas baseada na culpa, no descumprimento de um dever de cuidado, criava sérios obstáculos ao efetivo ressarcimento da lesão, deixando sem resposta vários gravames aos consumidores.

Não resta dúvida que a aplicação da responsabilidade objetiva pode não ter sido bem recebida por alguns fornecedores e, no caso particular desta pesquisa, pelos provedores de acesso. Até porque é de se entender que indenizações podem ser vistas como perdas, prejuízos. Por outro lado, a responsabilidade objetiva proporcionou uma melhor preocupação dos provedores, principalmente com a qualidade dos seus serviços e produtos. O provedor de acesso que age assim é reconhecido pelo mercado e os próprios consumidores, portanto, são contemplados por esse avanço. Mário Frota (2006, p. 146) reforça, no âmbito da Europa, esse entendimento, o qual se vincula a benefícios proporcionados por legislação que protege os consumidores:

As empresas reconhecem os efeitos positivos da legislação europeia de protecção do consumidor acerca do desenvolvimento do mercado interno, no reforço da confiança dos consumidores e na exclusão dos profissionais desonestos do mercado.

Rosângela Cavallazzi (2004, p. 213), ao analisar o princípio da boa-fé objetiva (conduta) e seu antecessor princípio da boa-fé subjetiva (intenção), também apresenta os benefícios das ações honestas executadas pelos provedores:

A repercussão social desse “agir leal e cooperador” é indiscutível, porque valoriza o sentido humanizador que deve assumir o campo do Direito Privado após a Constituição Federal de 1988.

O “agir leal e cooperador”, ao se traduzir em respeito ao consumidor, demonstra a satisfação do princípio da dignidade humana. Detalhando outros benefícios proporcionados por essa conduta, constatam-se a paz e a harmonia social, atendendo-se assim, dentre os vários princípios (já descritos) do contrato, o referente à função social na relação contratual. Para atender o instituto da responsabilidade objetiva, surgiu uma nova teoria (do risco) que se fundamenta na periculosidade da atividade do agente, que deve responder pelos danos cometidos, independentemente de culpa. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 6):

A insuficiência da fundamentação da teoria da culpabilidade levou à criação da teoria do risco, com várias matizes, que sustenta ser o sujeito responsável por riscos ou perigos que sua atuação promove, ainda que coloque toda diligência para evitar o dano.

No caso específico deste trabalho, qual o risco existente no acesso à Internet? Essa pergunta será respondida posteriormente, ao se discriminar, no capítulo seguinte, os problemas relacionados com o acesso ao mundo virtual. Mas qual seria o alcance do vocábulo risco? Conforme relata Antônio Elias de Queiroga (2003, p. 208):

Registram os dicionários da língua portuguesa que risco é perigo, é situação em que há probabilidade mais ou menos previsíveis de perigo. Então toda atividade humana que exponha alguém a perigo, ainda que exercida normalmente, é atividade risco.

A teoria do risco se apóia no entendimento de que quem auferir vantagens com a atividade que exerce deve responder pelos danos originados por tal atividade. Com esse entendimento, o provedor de acesso, ao auferir vantagens com seu serviço prestado, de possibilitar o acesso à Internet ao seu cliente-consumidor, deve se responsabilizar objetivamente pelos prejuízos e danos causados. O ônus e o ônus recaem assim sobre o mesmo agente, conforme salienta Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 6): “O sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona”.

O elemento risco, conforme se observa, deve ser acrescentado nos pressupostos de existência da responsabilidade civil. Com propriedade e seguindo essa linha de raciocínio, afirma Maria Helena Diniz (2004, p. 5):

Na responsabilidade civil são a perda ou a diminuição verificadas no patrimônio do lesado ou o dano moral que geram a reação legal, movida pela ilicitude da ação do autor da lesão ou pelo risco.

Diferentemente do já registrado anteriormente em outras citações, o dano retratado na citação anterior revela a sua natureza jurídica e suas espécies: dano material e dano moral.

A questão que pode ser colocada neste ponto e que é o foco deste trabalho é se a atividade desempenhada pelo provedor de acesso é uma atividade de risco. E se é previsível que haja invasão de computadores na Internet. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 9):

Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, nesta fase de responsabilidade civil de pós-modernidade, o que se leva em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo, noção introduzida pelo Código Civil italiano de 1942 (art. 2.050).

A citação anterior se reveste ainda de maior importância porque revela a evolução da incidência (mais pessoas responsáveis por danos), de beneficiários da indenização e de fatos que repercutem na responsabilidade civil.

A responsabilidade objetiva também evoluiu para envolver as atividades estatais. É o que se percebe através de dispositivos legais, como, por exemplo: art. 37, §6^o da Constituição Federal. Ainda no aspecto evolução, Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 12) ilustra os avanços do instituto da responsabilidade nos tribunais:

Ainda, quanto à responsabilidade objetiva, é importante mencionar que os tribunais passaram a admitir o que a doutrina atualmente denomina responsabilidade objetiva agravada. Diz respeito a riscos específicos que merecem uma indenização mais ampla, de evidente cunho punitivo.

A tentativa de se reverter a situação pós-dano é enaltecida por Maria Helena Diniz (2004, p. 5):

Grande é a importância da responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência do bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado,[...]

Fica patente nesse entendimento a verificação da equidade, com o interesse de atender, simultaneamente, o comando legal e o caso concreto. Equipara-se a uma adaptação à realidade da vida. É importante ressaltar que a equidade não torna o juiz um ditador nem um legislador porque a Lei e a justiça são os fundamentos maiores das decisões judiciais contra qualquer tipo de arbitrariedade. Para J. Flóscolo da Nóbrega (2007, p. 52):

É nisso que consiste a equidade, no corrigir o excessivo rigor e a impessoalidade das leis, no aplicá-las com espírito de compreensão e humanidade – *justitia dulcore misericordiae temperata*.

Nessa linha de promover a justiça através da equidade, não se está confundindo esse instituto jurídico com o cumprimento de um dever ético, como salienta Immanuel Kant (2003, p. 80): “A equidade (considerada objetivamente) não é, de modo algum, uma base para meramente intimar outrem a cumprir um dever ético (ser benevolente e bondoso)”.

O que se procura é uma solução para o dano efetivado. A teoria da culpa se apresenta, infelizmente, insatisfatória em progressos técnicos por dificuldade da prova da culpa. O consumidor, geralmente leigo em matéria de informática, muitas vezes nem perceberia quando sofresse dano proporcionado pelo serviço oferecido pelo provedor de acesso. Exemplificando: na hipótese de o consumidor, através da Internet, não conseguir enviar ou transmitir algum tipo de mensagem (e, por consequência, sofre algum tipo de dano) por lentidão no acesso, o mesmo poderia imaginar que o problema ocorreu porque seu

computador é que não tem recursos necessários para agilizar e concretizar a transmissão desejada. Maria Helena Diniz (2004, p. 55) também invoca a equidade como instrumento de realização de justiça:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas vantagens dela resultantes (ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda).

Conforme já indicado, o provedor de acesso, devido ao bônus relacionado à sua atividade, deve arcar com os possíveis ônus. Maria Helena Diniz ainda complementa (2004, p. 56): “É preciso deixar bem claro que o perigo deve resultar do exercício da atividade e não do comportamento do agente”.

Em diversos dispositivos legais pode ser encontrada a aplicação da responsabilidade objetiva. Dentre eles, podem ser citados: Código Brasileiro de Aeronáutica (lei n. 7.565/86), Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 e 14), legislação sobre o meio ambiente (lei n. 6.938/81), Código de Trânsito Brasileiro (lei n. 9.503/97) e a própria Constituição Federal (art. 37, § 6^o). Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 22): “Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se ligar por um nexo de causalidade, independentemente de culpa”.

A culpa não é mais, para a essa teoria, elemento indispensável. O mandamento maior é corrigir o dano cometido. Na relação provedor e consumidor, não há, então, a necessidade de verificar se, devido a danos causado por problemas no acesso ao mundo virtual, houve ou não culpa do provedor. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 5):

Ao analisarmos especificamente a culpa, lembramos a tendência jurisprudencial cada vez mais marcante de alargar seu conceito, ou de dispensá-lo como requisito para o dever de indenizar. Surge, destarte, a noção de culpa presumida, sob o prisma do dever genérico de não prejudicar.

Percebe-se que, não só houve uma evolução do instituto da responsabilidade subjetiva para a objetiva, como também, neste, ocorreram avanços. Como já retratado anteriormente, é a tendência das novidades promovidas pelos novos fatos sociais moldarem o entendimento jurídico. Complementa Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 5-6), ressaltando não serem a responsabilidade objetiva e a culpa presumida expressões sinônimas: “Esse fundamento fez surgir a teoria da responsabilidade objetiva, ainda que não se confunda a culpa presumida com a responsabilidade objetiva”.

Essa evolução da responsabilidade civil encontra ressonância nas palavras de J. Flóscolo da Nóbrega (2007, p. 32): “O direito, ao contrário, não tem permanência, varia com as circunstâncias, nunca é o mesmo para cada povo e cada época da história”.

Consta-se assim que, com a modernidade e os avanços citados, o surgimento da responsabilidade objetiva foi um exemplo de como o direito é dinâmico e varia conforme novos problemas surjam. A finalidade é concluir que o dano existente necessita de reparação, independentemente do agente causador e dos seus interesses. No campo das relações de consumo, analisadas a seguir, a reparação do dano é matéria indispensável para se garantir o equilíbrio de interesses das partes envolvidas.

3.2 SUJEITOS E OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Analisando a insuficiência do ordenamento jurídico em atender o novo mercado proporcionado pelos avanços tecnológicos, afirma André Franco Montoro (1999, p. 424):

Em consequência da revolução industrial e principalmente tecnológica do século XX, e com o surgimento dos processos de industrialização e consumo de massa, a legislação brasileira (Código Civil, Código Comercial, Código Penal e demais leis esparsas) mostrou-se insuficiente para regular o novo mercado de consumo que surgia.

As novas relações de consumo, assim, necessitavam de uma maior proteção legal. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor – lei federal 8.078 de 11-09-1990, que entrou em vigor em 11-03-1991- tais relações foram regidas por princípios como o da vulnerabilidade do consumidor e o da boa-fé, tendo este já amparo no Código Civil. André Franco Montoro ainda complementa (1999, p. 14):

Poucos atos de governo podem caracterizar melhor a preocupação efetiva pelos direitos da pessoa humana e pela justiça social como a instituição de mecanismos de defesa da população consumidora.

Percebe-se que os princípios regidos pelo Código Civil e os regidos pelo Código de Defesa do Consumidor ou são equivalentes ou são compatíveis, revelando o que a doutrina denomina de diálogo das fontes. É um novo sinal que indica que as leis existentes já são suficientes para atender as novas relações do mundo virtual. Nessa linha de raciocínio, afirma Fernando Martins (2006, p. 60):

Posto isso, devem ser observados os princípios que preponderam na teoria geral dos contratos, a saber: a autonomia privada, a boa-fé objetiva, a justiça contratual e daí sua função social, consoante estudo já balizado na doutrina.

Reforçando o diálogo das fontes presente entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, Claudia Lima Marques (2004, p. 67) ensina:

Três serão, em resumo, os diálogos entre o CC/2002 e o CDC: o *diálogo sistemático de coerência*, o *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias (reais ou aparentes) e o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*.

Percebe-se assim que o Código Civil não revogou o Código de Defesa do Consumidor. O que houve foi uma compatibilização de normas e princípios, configurando um ordenamento jurídico. A evolução dos negócios jurídicos relativos à relação de consumo tornou necessária a responsabilização por danos, mesmo sem a constatação de culpa. É, como já salientada, a responsabilidade objetiva como evolução natural decorrente dos avanços tecnológicos, visando atender as novas demandas sociais. Salienta Luiz Nunes (1997, p. 272): “O CDC adotou a Teoria da Responsabilidade Objetiva, incorporada à Teoria do Risco do Negócio”.

Pelo que já foi analisado, a culpa então não é indispensável para efeitos de responsabilidade civil. Efetivado o dano proporcionado pelo serviço prestado ou produto oferecido, é irrelevante, para efeitos de responsabilidade civil, se o agente infrator agiu com culpa ou não. Ainda se constata que o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu princípios e direitos, os quais, dentre outros objetivos, proporcionam uma maior harmonia de interesses entre as partes envolvidas na relação de consumo, incluindo os direitos básicos dos consumidores. Conforme aponta Geisa Rodrigues (2006, p. 79):

O CDC qualifica a relação jurídica de consumo, identificando seus sujeitos e seu objeto, enuncia os princípios reitores da vivência dessa relação jurídica, enumera os direitos básicos dos consumidores, [...]

Com o objetivo de determinar a natureza da relação jurídica (no caso desta pesquisa, a relação entre provedor de acesso à Internet e cliente), é necessário, em seguida, analisar quais são os sujeitos envolvidos e o objeto da

relação de consumo. Para Norberto Bobbio (1997, p.222): “Para se caracterizar a natureza de uma relação jurídica, é necessário individualizar os seus sujeitos e o seu objeto”.

Em um dos pólos da relação jurídica estabelecida, figura o consumidor. Na relação jurídica analisada neste trabalho, envolvendo cliente e provedor de acesso ao ambiente virtual, consumidor é aquele que contrata um serviço de acesso à Internet disponibilizado por provedores de acesso. Analisando o alcance do significado de consumidor, ensina José Filomeno (2001, p. 34):

Entendemos que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão-somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-se basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de serviços.

Geisa Rodrigues (2006, p. 83) também identifica elementos constituintes da figura do consumidor:

Mas o que caracteriza o consumidor não é apenas a mera aquisição de bens ou serviços. É necessário que o mesmo o adquira como destinatário final, ou seja, o objeto do consumo, via de regra, não gera riqueza para o consumidor, apenas atende a uma de suas necessidades.

É questionável o entendimento anterior que não há geração de riqueza para o consumidor e que há atendimento a uma de suas necessidades. Primeiro porque a riqueza é um fator inerente a um produto. Não se pode negar que um carro adquirido por um consumidor não lhe traga riqueza. Caso contrário, não seria necessário declarar como bens um veículo adquirido em uma concessionária. Em segundo lugar, Geisa Rodrigues confunde termos como necessidades e desejos. Desejo é um interesse despertado muitas vezes pelo

marketing dos fornecedores, mas às vezes não atende sequer a uma necessidade. Portanto, o consumidor pode adquirir um produto por simples desejo, mas sem ter uma real necessidade pelo mesmo.

Ainda é importante lembrar a figura do consumidor equiparado, que, mesmo sem adquirir produtos e serviços, é protegido pelo Código de Defesa do Consumidor. São, exemplificando, todas as vítimas de um acidente de consumo e todos expostos às práticas comerciais e contratuais.

Como já apontado, o consumidor é o destinatário final dos produtos e serviços. Neste estudo, o serviço se refere ao acesso à Internet, uma espécie de mundo desconhecido para muitos dos seus usuários, como bem retrata Sofia Casimiro (2000, p. 68):

As dificuldades situam-se no facto da Internet destinar-se a ser utilizada – e já ser, de facto, utilizada – por pessoas que não têm qualquer formação na área informática e que não detêm praticamente nenhuns conhecimentos da respectiva técnica.

Para atender essa desequilíbrio na relação entre o consumidor, geralmente leigo em informática, e o provedor de acesso, fornecedor que será ainda analisado nesta pesquisa, institui-se a responsabilidade objetiva pelos danos eventualmente ocorridos. Ao longo deste trabalho, será detalhada essa espécie de responsabilidade.

Em relação ao reconhecimento internacional quanto aos direitos fundamentais do consumidor, aponta Anna Gianasi (2006, p.11):

O consumidor é titular de direitos e deveres que devem ser assegurados e, acima de tudo, efetivados. Com esta preocupação, em abril de 1985, a Organização das Nações Unidas (ONU), mediante aprovação da Resolução 39/248, estabeleceu os Direitos Fundamentais do Consumidor.

Dentre os direitos protegidos pela citada resolução, podem ser apontados: direito à segurança, à informação, a ser ouvido, à indenização, à educação para o consumo. Conforme será posteriormente ressaltado, os direitos apontados são previstos na legislação brasileira e, portanto, cabe aos provedores de acesso efetivá-los nas suas relações. Conforme afirma Anna Gianasi (2006, p.22):

Na Constituição Brasileira de 1988, a defesa do consumidor está expressamente disposta no art. 5º, XXXII, elencada dentre os direitos e garantias fundamentais, e no art. 170, como princípio macroeconômico, verdadeira diretriz da ordem econômica e financeira brasileira.

Conclui-se assim que a Constituição Federal de 1988 procurou atender a Resolução 39/248 da ONU e, através, da democracia, combater a exclusão social, incluindo os direitos do consumidor no rol de direitos e garantias fundamentais.

No outro pólo da relação de consumo, tem-se o fornecedor, responsável em oferecer serviços e produtos que atendam aos interesses dos seus clientes. É representado, neste trabalho, pelo provedor de acesso à Internet.

Maria Stella Gregori (2007, p. 165-166), utilizando o conceito legal apresentado no Código de Defesa do Consumidor, apresenta o conceito de fornecedor:

O CDC conceituou fornecedor amplamente, englobando qualquer agente que exerça atividade relacionada aos seus produtos ou prestação de serviços no mercado de consumo de forma habitual.

Apontados os pólos da relação de consumo, analisa-se em seguida o ponto de convergência das partes: o contrato de consumo. Conforme aponta Claudia Lima Marques (2006, p. 59):

Efetivamente, o contrato de consumo, na interpretação que dele fizemos, é hoje o instrumento maior dos consumidores para atingir a esperada e necessária nova transparência, informação e segurança nas relações de consumo.

O contrato de consumo é regido pelos princípios assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, pelos garantidos pelo Código Civil. Portanto, deve preservar elementos como: transparência, dever de informação e segurança. Essa segurança, na relação jurídica examinada neste trabalho, tem como objetivo prevenir os riscos provenientes do acesso à Internet. Aponta Liliana Paesani (2000, p. 85):

Muitas vezes, os riscos derivam do cumprimento defeituoso de deveres, ocasionando danos que tais deveres visavam evitar. A esses deveres vinculam-se *obrigações de meio e obrigações de resultado*. A distinção é importante à medida que repercute na identificação do responsável pelo ônus da prova.

Os deveres assumidos pelo provedor de acesso para combater os riscos presentes no seu serviço serão indicados posteriormente e, para que seja delimitada sua responsabilidade civil, será realizada a distinção entre os diversos tipos de provedores existentes.

O objeto da relação de consumo assume as mais diversas características. De forma geral, revela um dar, um fazer ou um não fazer algo. Segundo J. Flóscolo da Nóbrega (2007, p. 186): “O objeto da relação é a prestação devida pelo sujeito passivo, consistente em dar, ou fazer, ou não fazer algo”.

No caso da relação jurídica envolvendo o provedor e o consumidor, o objeto se refere ao serviço de possibilitar o acesso ao mundo virtual. Devido ainda à vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor promoveu institutos jurídicos, como, por exemplo, a responsabilidade objetiva e a inversão no ônus da prova em seu benefício com o objetivo de equilibrar a

relação com o fornecedor. Percebe-se assim a incidência do princípio da função social do contrato. Como aponta Cláudia Marques (1999, p. 101):

À procura do *equilíbrio contratual*, na sociedade de consumo moderna, o direito destacou o *papel da lei* como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passara a proteger determinados interesses sociais, valorizando a *confiança* depositada no vínculo, as *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes.

Dentre os deveres do fornecedor, pode ser apontado o da informação. Mas, indaga-se: como deve ser transmitida a informação ao consumidor? Que tipo de informação é indispensável? Esse dever, se cumprido pelo fornecedor, torna-o isento de responsabilidade? Essas e outras questões serão analisadas no tópico seguinte. Segundo Cláudia Marques (1999, p. 111):

É a nova transparência obrigatória nas relações de consumo, em que vige um novo dever de informar, imputado ao fornecedor de serviços e produtos, e uma nova relevância jurídica da publicidade, instituída pelo CDC como forma de proteger a confiança despertada por este método de *marketing* nos consumidores brasileiros

Anna Gianasi (2006, p.38) reforça o entendimento, conceituando a transparência:

Transparência que no sentido mais puro da expressão é tida como a preocupação com os interesses alheios, consubstanciados principalmente na lealdade do contratante mais forte, possuidor das informações determinantes para a própria contratação.

Percebe-se que a transparência, a lealdade, o dever de informar e a boa-fé são elementos indissociáveis e que, portanto, vinculam a prestação de serviços e a oferta de produtos. O dever de ser leal também é do consumidor. Como se verificará, a informação repassada pelo fornecedor (no caso deste

trabalho, o provedor de acesso à Internet) pode eximi-lo de responsabilidade nas suas relações com o consumidor. Serão vistas as hipóteses referentes ao caso concreto. Percebe-se que, fundamentando a transparência nas relações de consumo, tem-se o princípio da boa-fé, que deve estar presente nas relações jurídicas, incluindo a estabelecida entre provedor de acesso ao mundo virtual e o consumidor.

3.3 O PROVEDOR DE ACESSO NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Uma das maiores vantagens proporcionadas pela Internet é o estreitamento de distâncias. Todavia, esse mesmo aspecto também desfavorece a responsabilização dos provedores de acesso que venham a cometer violações contra os direitos dos consumidores. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 123):

No entanto, o contrato de consumo eletrônico internacional obedece ao disposto no art. 9^o, § 2^o. Da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação, à hipótese da lei do domicílio do proponente.

A questão retratada anteriormente revela a dificuldade de responder civilmente aquele provedor que propõe o contrato eletrônico com o consumidor, quando seu domicílio não se encontra dentro do território brasileiro e pratica uma conduta punível segundo as leis brasileiras, mas permitida pela legislação a qual se subordina. Constitui-se assim uma maior dificuldade prática de sanção. Todavia, a análise da situação quando o provedor de acesso se localiza fora do

Brasil, por não ser o foco deste trabalho, transforma-se em sugestão para novos trabalhos.

Como já analisado, o provedor de acesso, por ser caracterizar como fornecedor de serviço pelo Código de Defesa do Consumidor, deve atender aos princípios e mandamentos das relações consumeristas. Dentre suas obrigações, ressalta um fazer algo, que pode ser entendido, não só como permitir o acesso do consumidor à Internet, como utilizar de todos os recursos técnicos disponíveis e permitidos para que esse acesso seja de qualidade. Em caso de danos causados ao consumidor, deve ser responsabilizado pelos problemas ocorridos, tema atestado no capítulo seguinte.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET

O tema central deste trabalho será debatido neste capítulo. O provedor é responsável ou não pelos seus serviços de acesso à rede mundial? Será que esse acesso pode causar danos ao consumidor? Como apontado no capítulo anterior, há entendimento que isenta o provedor de acesso de responsabilidade. Mas, conforme este capítulo, serão apresentados limites para essa isenção. Inicialmente, para definir qual o tipo de provedor analisado neste trabalho, serão indicados os diversos tipos de provedor.

4.1 TIPOS DE PROVEDOR

Para esclarecer qual tipo de provedor é o foco deste trabalho, deve-se, neste momento, apresentar a classificação dos provedores e, simultaneamente, indicar as características e peculiaridades que diferenciam o provedor de acesso dos demais provedores.

Dentre os provedores conhecidos, podem ser citados: o provedor de acesso à Internet (foco deste trabalho), provedor de informação, provedor de conteúdo e provedor de serviço. É de ressaltar que um provedor prestador de serviço nem sempre se enquadra em uma apenas das classificações citadas, como esclarece Fernando Vasconcelos (2003, p. 68):

Ainda não há consenso a respeito dessa classificação, pois em muitos casos é difícil o enquadramento de um desses organismos apenas em um tipo como, por exemplo, quando um provedor de informação disponibiliza acesso via linha discada aos seus clientes, caracterizando-se também como provedor de acesso.

Ainda segundo Fernando Vasconcelos (2003, p.68), o provedor de acesso “é aquele que serve obrigatoriamente de elemento de ligação entre o internauta receptor e o internauta emissor”, o provedor de informação “é o organismo cuja finalidade principal é coletar, manter ou organizar informações *on-line* para acesso através da Internet por parte de assinantes da rede”, o provedor de conteúdo “é a organização que tem como finalidade principal coletar, manter e organizar informações *on-line* para acesso através da Internet” e provedor de serviço “é a união do provedor de acesso com o de conteúdo”. Nota-se que a diferença que pode ser apontada nessa classificação entre o provedor de informação e o provedor de conteúdo é que, naquele, o público-alvo é mais restrito.

Roberto Lisboa (2007, p. 226) reforça a indispensabilidade da existência do provedor de acesso para que o consumidor entre em contato com a Internet:

O usuário comum da internet somente obtém acesso através do provedor que vier a escolher. É o chamado provedor de acesso, que tem por função atribuir ao usuário um endereço de IP para que possa se conectar à rede e intermediar as informações veiculadas pelo provedor de *backbones*.

Percebe-se assim que o provedor de acesso é instrumento necessário para promover a entrada do consumidor no mundo virtual. Como consequência, desempenha um papel relevante na ampliação das pessoas inseridas na rede global. Roberto Lisboa (2007, p. 225) também apresenta uma nova classificação para os provedores: “Há basicamente três categorias de provedores: o provedor de *backbones*, o provedor de acesso à rede e o provedor de mensagens por correio eletrônico”.

O provedor de *backbones* é uma espécie de gestor da rede de telecomunicação. No Brasil, o *backbone* da Embratel é responsável em viabilizar

o serviço executado pelo provedor de acesso, como destaca Patricia Peck (2002, p. 14):

Os servidores e provedores de acesso utilizam a estrutura do serviço de telecomunicação existente (no caso brasileiro, o backbone da Embratel), para viabilizar o acesso, o armazenamento, a movimentação e a recuperação de informações do usuário à rede.

Cada computador é reconhecido no mundo virtual através de um protocolo chamado IP (*Internet Protocol*), sendo, assim, uma espécie de identificação. Assim, o provedor de acesso, de acordo com o IP, tem a capacidade de reconhecer, por exemplo, o remetente e o destinatário de uma certa mensagem. Segundo Patricia Peck (2002, p. 14): “O endereço IP é dado ao computador que se conecta à rede, e os subendereços são dados aos computadores conectados com os provedores”.

O protocolo DNS (*Domain Name System*) se encarrega de traduzir em palavras os endereços IP. Os TLDs (*Top Level Domains*) se relacionam com as terminações de endereço, como por exemplos: “.org” e “.com”. Ainda conforme Patricia Peck (2002, p.14):

A interligação física e a uniformização do sistema de transmissão de dados entre as redes, através de protocolos, permitiram, portanto, que a Internet fosse colocada à disposição do usuário conectado à rede.

Constata-se, assim, que o acesso à Internet necessita de dois parâmetros. O primeiro se refere a interligação física (incluindo cabos e os próprios computadores). O segundo corresponde a uma linguagem padrão de entendimento entre os servidores, provedores e computadores, permitida pelo IP. O provedor de acesso, assim, deve atender a esses dois requisitos técnicos.

Ainda quanto às classificações mencionadas anteriormente, deve-se ressaltar que elas não são consensuais. Outros doutrinadores ampliam o significado de provedor de acesso, extendendo seus serviços para, por exemplo, manutenção de páginas pessoais na Internet e para compras na rede. Ensina Patrícia Milano Vaz (2004, p.116):

Todos os serviços prestados pelos provedores de acesso à Internet caracterizam-se por serem virtuais, assim têm-se os serviços de *e-mail*, o acesso à rede de informações, os serviços de *downloads*, o serviço de Telnet (aquele que permite a utilização de um computador para acessar outro remotamente), manutenção de páginas pessoais, compras na rede, chat etc.

Percebe-se que a classificação de Fernando Antônio Vasconcelos é mais detalhada e será adotada neste trabalho, principalmente no que concerne ao significado de provedor de acesso. Todavia, para efeitos de danos causados ao consumidor e de responsabilidade, serão analisados todos os serviços que os provedores de acesso se comprometerem a realizar, estejam ou não no alcance do seu significado. Proceder de outra forma seria eximir sumariamente o provedor de acesso sem ao menos analisar o caso concreto.

4.2 CONTRATOS ELETRÔNICOS E PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que os contratos eletrônicos, além de uma realidade, passa a ser uma necessidade diante dos avanços das relações negociais e da exigência de agilidade no comércio, a qual é verificada também por Fernando Vasconcelos (2003, p.109):

Dispensam-se os formalismos, os pré-contratos, as negociações e a comutatividade do direito secular. Entram em ação os internautas, os portadores ou titulares de cartão de crédito, os usuários de fax e telefone, os que consomem sem sair de casa ou do local de trabalho.

De forma geral, constata-se que os contratos eletrônicos são atendidos de forma jurídica da mesma maneira que os outros contratos e que a legislação já existente, como o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor, já consegue tratar o tema satisfatoriamente. Contudo, com os avanços das relações no mundo virtual, o Direito tem que ficar atento às peculiaridades dos contratos eletrônicos. E, nesse contexto, inserem-se os provedores de acesso como responsáveis em solucionar uma boa parte dos conflitos encontrados nos contratos eletrônicos. Questiona-se: como são celebrados os contratos eletrônicos com os provedores de acesso à Internet? Quais são as partes contratantes? Suas cláusulas podem eximir o provedor de responsabilidade? Quais são os serviços prestados e seus eventuais danos aos consumidores? E, nos contratos celebrados entre os consumidores e terceiros na Internet, cabe alguma responsabilidade ao provedor de acesso? Quais são, caso existam, as excludentes de responsabilidade referente ao provedor? Essas e outras questões, foco deste trabalho, serão analisadas em seguida.

4.3 TEORIA DO RISCO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A teoria do risco está associada à responsabilidade objetiva. O elemento culpa não é indispensável para que o dano, efetiva e objetivamente comprovado e causado pelo comportamento do agente, origine indenização pelos prejuízos experimentados pela vítima da ilicitude. Ensina Sílvio Rodrigues (2002, p. 11):

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa.

A teoria do risco se evidencia ainda mais para atender ao aumento das relações consumeristas, as quais podem causar, de forma secundária, danos aos consumidores. Nessa linha de raciocínio, destaca Fabiana Castro (2002, p.123):

Assim, a sociedade de consumo cruza-se com a sociedade de risco, uma vez que a primeira é organizada para a satisfação das necessidades da oferta e da procura de produtos e a segunda, representa um estágio avançado da sociedade industrial decorrente do processo de modernização e conscientiza-se de seus efeitos catastróficos secundários a longo prazo.

O desenvolvimento da tecnologia, particularmente o surgimento da Internet, proporcionou também uma elevação e uma maior facilidade nas relações de consumo. As vantagens são inúmeras e algumas já indicadas em capítulo próprio. Todavia, pode ser traçada a seguinte analogia: da mesma forma que a tecnologia criou aeronaves para facilitar o transporte, não conhecendo que viraria também uma arma na mão de terroristas, a tecnologia criou a Internet. Neste caso, também não conhecia, necessariamente, problemas que seriam ocasionados. São os riscos de desenvolvimento retratados também por Fabiana Castro (2002, p. 124):

[...] chamados riscos de desenvolvimento, ou seja, aqueles que não podem ser cientificamente conhecidos no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso, podendo causar danos morais, materiais e patrimoniais.

No contexto deste trabalho, quando o provedor de acesso à Internet passou a conduzir inicialmente o usuário ao mundo virtual (exemplo de desenvolvimento), não conhecia necessariamente, e em tese, os riscos desse serviço.

4.4 VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO MUNDO VIRTUAL

O Instituto Brasileiro de Proteção e Defesa dos Consumidores de Internet (IBCI) surge com a necessidade de garantir que os direitos do consumidor serão protegidos no âmbito da Internet. Uma série de questionamentos pode ser realizada no intuito de se concluir se há ou não direito do consumidor a ser protegido: os provedores de acesso obedecem ao Código de Defesa do Consumidor? Em caso negativo, como o problema deve ser solucionado? Se ocorrer uma invasão de site ou uma interceptação de dados realizadas por uma *hacker* ou por um *cracker*, é caso de se alegar caso fortuito ou força maior ou o provedor de acesso responde pelos danos causados ao consumidor?

Tal invasão, acarretando ou não danos ao consumidor, é, por si só, um atestado da falta de segurança na Internet. O acesso, proporcionado pelo provedor e por ser vulnerável às invasões citadas, demonstra que o serviço disponibilizado não é confiável e expõe o consumidor a novos danos. Ressalta Adalberto Simão Filho (2001, p.104):

Desta forma, uma invasão levada a efeito por alguém que a faz somente como forma de demonstrar suas capacidades tecnológicas e familiaridade com um sistema que se diz seguro, mesmo que aparentemente possa não resultar em prejuízos imediatos ao consumidor, vem a demonstrar que, na realidade, a segurança do sistema é relativa.

Os *cookies*, que serão analisados adiante, são exemplos dessa falta de segurança, cabendo ao provedor de acesso proteger seu cliente contra esse tipo de invasão ou, pelo menos, informá-lo dos danos que podem ser causados. Procedendo dessa forma, o usuário se responsabiliza quando autoriza a invasão mencionada. Nessa linha de raciocínio, Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 197):

A eventualidade da ocorrência do dano ao usuário com a presença de verdadeiros “espiões” de seu proceder pode fazer emergir a responsabilidade do provedor, a menos que o usuário tenha autorizado expressamente a inserção de *cookies* no seu computador.

Todavia, deve-se ter cuidado principalmente nos casos em que tais invasões ocorreram, mas a autorização foi fraudada. Explica-se: determinados arquivos transmitidos pela Internet podem ser aparentemente inofensivos, por se tratarem, por exemplo, de arquivos de texto. O usuário, acreditando nessa inofensividade, autoriza a gravação no seu computador pessoal. Percebe, posteriormente, que o referido arquivo trazia embutido um comando destrutivo, implicando a ocorrência de danos ao consumidor. Nesse caso, a autorização ocorreu, mas se referiu a um objeto diferente de um *cookie* ou até mesmo de um vírus. Assim, o direito do consumidor deve ser resguardado.

Luciana Ribeiro (2002, p.153) reforça a preocupação com os *cookies*, apontando violação do direito à intimidade, protegido pela constituição:

O problema torna-se ainda mais grave quando os dados obtidos no espaço virtual por meio deste mecanismo – que não identificam, *prima facie*, um sujeito de carne e osso, mas apenas um computador – são comparados com os dados cadastrais daquele cidadão real, habitante do espaço físico. Não mais está a se tratar de características genéricas dos cidadãos, mas de detalhes íntimos da vida de cada um.

Os *cookies* são exatamente uma configuração da violação da intimidade. Quando não aceitos pelos consumidores, devem ser combatidos de pleno direito. Um maior aprofundamento sobre os *cookies* será realizado na continuação deste capítulo. Podem ser apresentadas outras violações existentes no mundo virtual. Adalberto Simão Filho (2001, p.104) destaca um elenco não exaustivo de exemplos de violação dos direitos do consumidor na Internet:

- I – A interceptação de mensagens encaminhadas através de e-mail.
- II – A colheita não autorizada de dados pessoais e confidenciais do Consumidor.
- III – A utilização de senhas de acesso a determinados serviços em ambiente da *Internet*.
- IV – A interceptação de dados relativos a cartões de crédito e/ou cartões bancários.
- V – A efetiva aquisição de produtos ou serviços com dados interceptados.
- VI – A apropriação da imagem virtual da pessoa, criando-se uma “persona” com todos os dados que se coletou desta em ambiente de Internet.
- VII – A apropriação de documentos encaminhados através de *e-mail*.
- VIII – A divulgação não autorizada em ambiente de rede de dados e documentos pessoais do Consumidor.
- IX – A mercância das informações, dados e documentos coletados.
- X – A destruição ou inutilização de softwares e/ou hardwares decorrente de aspectos da invasão (vírus, ondas magnéticas, etc).

Por serem danos relacionados diretamente ao ingresso no mundo virtual, atestando a falta de segurança no serviço de acesso à Internet, o provedor deve ser responsabilizado. Através desse exemplos, pode-se constatar que a violação dos direitos do consumidor alcança níveis preocupantes. O tema deste trabalho

se delimita ao campo do ilícito civil, o qual atinge interesse privado, diferentemente do ilícito de natureza criminal, que atinge interesse público. Como explica Sílvia Rodrigues (2002, p. 7):

No caso de ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado, em vez de ser o interesse público, é o privado. O ato do agente pode não ter infringido norma de ordem pública; não obstante, como seu procedimento causou dano a alguma pessoa, o causador do dano deve repará-lo.

A seguir, serão analisados os institutos jurídicos pertinentes, incluindo o caso fortuito e a força maior, para verificar a possibilidade ou não de responsabilizar o provedor de acesso à Internet.

4.5 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO ENTRE PROVEDOR DE ACESSO E CONSUMIDOR

A atividade típica do provedor de acesso à Internet, como já mencionada, é a de proporcionar o acesso do consumidor ao mundo virtual. Nada impede que outros serviços sejam oferecidos, como o de hospedagem. Sobre o alcance da expressão provedor de acesso, explica Patricia Peck (2002, p. 52):

Resumidamente, é uma empresa prestadora de serviços de conexão à Internet e de serviços de valor adicionado como hospedagem, que detém ou utiliza uma determinada tecnologia, linhas de telefone e troncos de telecomunicação próprios ou de terceiros.

A problemática da diversidade de serviços reside na questão da responsabilidade civil, como alerta Patricia Peck (2002, p. 52):

Há duas posições jurídicas bem determinadas. A primeira deve-se a sua atuação como operadores de telecomunicações responsáveis pela transmissão de mensagens e conteúdos por meios da rede. A segunda, de editores responsáveis pela hospedagem, publicação e até produção de conteúdo na Internet. Cada uma destas situações determina níveis de responsabilidade distintos.

Há entendimento doutrinário, incluindo o da citação anterior, que o provedor, quando apenas atua como condutor para acesso à Internet, não pode ser responsabilizado por eventuais mensagens difamatórias transmitidas. Alega-se ainda que, nessa situação, o provedor não tem possibilidade alguma de controle. No segundo caso, sendo possível controle editorial, o provedor se equipararia com o editor tradicional, responsabilizando-se por danos de conteúdo.

Deve-se perceber que há, neste momento de análise, dois aspectos que devem ser destacados. No primeiro, o dano devido ao conteúdo se torna juridicamente difícil de atribuir ao provedor de acesso quando atua como mero condutor ao mundo virtual. Isso porque sua vistoria de mensagens de conteúdo pode se caracterizar como espécie de invasão de privacidade e seu propósito de restringe a garantir o livre acesso. Já no segundo aspecto, esse mesmo acesso deve ser seguro. Isso implica dizer que os vírus, apenas para citar inicialmente um dos maiores causadores de danos na Internet, configuram-se como um atestado de insegurança da rede.

Aponta Gustavo Corrêa (2000, p.98) situação ocorrida nos Estados Unidos em que não se pode responsabilizar o provedor de acesso:

Uma decisão recente, proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, e que vale a pena ser citada, foi a consideração de que o provedor de acesso à Internet America Online (AOL) não pode ser responsabilizado por material difamatório divulgado através de seus sistemas.

Percebe-se, assim, que, nos Estados Unidos, há também o entendimento de que o provedor de acesso se isenta de responsabilidade quando se transforma em provedor de conteúdo.

Ao analisar o caso de crime digital referente ao art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, explica Gustavo Corrêa (2000, p. 99): “O usuário utilizou o provedor de Internet como meio para consumir o delito, da mesma forma que um homicida pode utilizar um revólver ou faca para alcançar seu objetivo”.

Gustavo Corrêa (2000), ao evidenciar a tendência internacional de eximir a responsabilidade dos provedores no que tange ao material de terceiros, ou seja, conteúdos nos quais não possui a mínima ingerência, fortalece o entendimento já descrito de isenção de responsabilidade do provedor por ato de terceiros ou de seus usuários. Até a fiscalização eventualmente possível, do ponto de vista técnico, que o provedor de acesso pudesse proporcionar no mundo virtual estaria proibida pela Constituição Federal, de acordo com seu art. 5^o, XII. Assim, juridicamente, está preservada a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, inserindo-se, nesse contexto, os dados referentes ao mundo virtual.

A teoria do risco, ao se sustentar na responsabilidade objetiva, justifica a obrigação do provedor em reparar o dano causado ao consumidor, uma vez que na atividade de proporcionar acesso à Internet, o dano causado por vírus é um risco natural a esse tipo de atividade. Mesmo que o provedor de acesso não tenha culpa, deve portanto ser responsabilizado. Assim sendo, a expressão “mero condutor ao mundo virtual” não pode ser entendida como provedor isento

de qualquer responsabilidade. Conforme contextualiza Patricia Peck (2002, p. 146):

Para o Direito Digital, a teoria do risco tem maior aplicabilidade, uma vez que, nascida na era da industrialização, vem resolver os problemas de reparação do dano onde a culpa não é um elemento indispensável.

Com esse entendimento, o argumento de isenção de responsabilidade baseada na falta de culpa não deve prosperar.

4.5.1 O provedor de acesso como ente direto

Este tópico tem o objetivo de analisar a relação direta envolvendo o provedor de acesso e o consumidor. No tópico seguinte, quando o provedor atua como ente “indireto”, serão analisadas as situações em que o serviço oferecido pelo provedor causa danos nas relações entre o consumidor e terceiros. Nos dois casos, contudo, o que está em evidência é o serviço prestado pelo provedor.

No contexto do Código de Defesa do Consumidor, será observado em qual caso se enquadra a relação envolvendo o provedor de serviço e o consumidor e analisada a responsabilidade civil contida nessa relação proveniente do dano eventualmente cometido contra o consumidor. Dano que deve ser suportado por quem o causou. Segundo Sílvia Rodrigues (2002, p. 6):

Realmente o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir.

Até antes de serem verificados os institutos pertinentes no Código de Defesa do Consumidor, deve-se realçar que os direitos do consumidor se inserem numa visão ainda mais ampla e mais protegida: a de matéria constitucional. Como afirmam Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 187):

Nestes tempos de acentuado constitucionalismo seria muito difícil iniciar uma análise científica do ordenamento jurídico sem fazer referência ao conteúdo material disposto no texto constitucional de 1988 relativamente ao direito do consumidor.

Nessa linha constitucionalista, os direitos do consumidor são considerados pela Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais, não sendo assim sujeitos a alterações, firmando-se como cláusulas pétreas. É também o entendimento de Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 187):

Com relação ao art. 5º, XXXII, afirmamos tratar-se de direito e garantia fundamental a defesa do consumidor, o que lhe confere *status* constitucional de direitos fundamentais, apontando-se dois efeitos – prevalência, pois se trata de direitos humanos e portanto nos eventuais conflitos normativos afirma-se sua prevalência, e segundo, goza da chamada estabilidade constitucional, pois se inscreve nas disposições do art. 60, §4º, IV, da CF, tratando-se de cláusula pétrea, não podendo ser abolida por emenda ou mesmo revisão constitucional.

Prosseguem ainda Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 189), alicerçando aos direitos do consumidor princípios constitucionais consagrados, como o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana: “As razões de defesa do consumidor passam também, sob o ponto de vista normativo, a ter a possibilidade de serem definidas como realização da cidadania e da dignidade humana”.

Referindo-se a essa questão interdisciplinar envolvendo os direitos do consumidor na Espanha, afirma Guillermo Pardo (2006, p. 165):

Todo ello reafirma la dimensión interdisciplinar de esta materia, su conexión con los principios constitucionales “básicos” y la necesidad de centrar su tratamiento sobre un “eje de gravedad” uniforme y coherente.

Percebe-se, assim, que a associação dos direitos do consumidor com matérias constitucionais não ocorre apenas no Brasil, significando o entendimento da relevância de tais direitos. Como já descrito, o princípio da dignidade da pessoa humana, mandamento constitucional, deve ser assegurado nas relações comerciais, impondo-se pelo respeito aos consumidores, com a prestação de serviços e o oferecimento de produtos de qualidade. Claudia Lima Marques (2004, p. 42) registra a modificação de legislações estrangeiras, referente ao tratamento das matérias de direitos do consumidor: “O modelo italiano é o mais citado na comparação com o CC/2002, pois o *Codice Civile* também unificou o tratamento das obrigações civis e empresariais”.

Claudia Lima Marques (2004, p. 41-42) identifica ainda a questão interdisciplinar envolvendo os direitos do consumidor ao apresentar o modelo francês, no qual houve manutenção do Code Civil de 1804 e do *Code de Commerce* ao se consolidar todas as normas de proteção do mercado de consumo: “Em outras palavras, o tema “consumo” é transversal e transpassa várias disciplinas, direito civil, direito comercial, econômicos, administrativo, penal e processual”.

A questão interdisciplinar pode ser destacada inclusive no próprio Código de Defesa do Consumidor, que, ao mesmo tempo, apresenta conceitos relativos a direito processual, direito penal, além dos correspondentes a institutos consumeristas propriamente ditos. Claudia Lima Marques (2004, p. 39) ainda reforça a preocupação europeia com matérias referentes aos direitos dos consumidores:

Efetivamente, as Comunidades europeias e, hoje, a União Europeia são um forte legislador do direito econômico, civil e comercial, e em especial sobre temas de proteção do consumidor, a ponto de professores franceses defenderem no final do século XX a idéia de um Código Europeu do Consumo.

A relação de consumo, legalmente amparada no Brasil e em outros países, é um caso particular de relação social. Na questão das relações sociais, Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada reforçam a tese da solidariedade (2002, p. 201):

Mas parece evidente que a tutela dos consumidores, a cada dia, mais se estreita com as noções expressas nos mandamentos constitucionais fundamentais que conforma, em última análise, a ordem econômica – inclusos a defesa do consumidor e a própria livre iniciativa, como o necessário respeito à dignidade humana, ao exercício da cidadania e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Resta ressaltar então que a relação de consumo é protegida constitucionalmente. Mas, e infra-constitucionalmente? Qual a natureza jurídica da relação de consumo e como se analisar a responsabilidade envolvida?

O Código de Defesa do Consumidor estabelece a desnecessidade de se reconhecer a incidência de culpa no caso concreto para se punir a ação ou omissão que causou o dano. Assim, à relação de consumo é aplicada a responsabilidade objetiva. Nesse sentido, apontam Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 191):

Quando a obrigação nasce de uma relação de consumo, aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor, no qual não se questiona, como no Direito Civil clássico, se a responsabilidade adveio da celebração de um contrato ou não. Seja contratual ou extracontratual, a responsabilidade será sempre objetiva.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, destaca Maria Helena Diniz (2004, p. 55):

Assim, o agente devera ressarcir o prejuízo causado, mesmo que isento de culpa, porque sua responsabilidade é imposta por lei independentemente de culpa e mesmo sem necessidade de apelo ao recurso da presunção.

Quanto aos provedores de acesso, enquadrados na definição de fornecedores de serviço, devem responder pelos danos cometidos independentemente de culpa. Responsabilizam-se, assim, objetivamente. Sustenta José Filomeno (2001, p. 304):

Prevê-se, ainda, que os fornecedores de produtos e serviços respondem, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados a consumidores ou terceiros não intervenientes numa dada relação de consumo (arts. 12 e 14 do Código).

Neste trabalho, a informação prestada pelo provedor de acesso é fundamental para que seja isento de responsabilidade. O simples fato de inexistência ou de deficiência na informação se traduz em má prestação do serviço por parte do provedor. Isso porque é um dos direitos do consumidor ser informado em relação ao serviço contratado. Ensinam Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 192): “Sem a devida informação, o produto ou serviço não estará sendo apresentado (ou ofertado) de forma regular ao consumidor, sobretudo na sociedade moderna”.

No ambiente da Internet, a informação do provedor de acesso pode significar a manutenção e a integridade dos dados encontrados no computador do usuário, ou seja, a segurança do consumidor. No caso concreto, em caso de possível invasão no computador do consumidor através da Internet e em instalações em seu computador de arquivos danosos efetuadas por terceiros, o

provedor deve se antecipar, protegendo o consumidor dessas violações. Não agindo dessa forma, o provedor de acesso presta um serviço defeituoso, como também observam Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 195): “O serviço é considerado defeituoso pelo Código de Defesa do Consumidor quando não se revestir da segurança que o consumidor dele pode esperar”.

Essa proteção pode ser realizada por programas específicos que devem informar ao consumidor acerca de uma possível invasão, cabendo em seguida ao consumidor aceitar ou não a advertência por sua conta e risco. Essa é uma hipótese em que o provedor se isenta de responsabilidade, justamente porque atendeu a exigência legal do dever de informar. Anna Gianasi (2006, p.37) destaca, no seu entendimento, os tipos de dever de informar: “Dois são os tipos de dever de informar. O dever de esclarecimento e o dever de conselho ou aconselhamento”.

O primeiro tipo se relaciona com a indicação das informações acerca do contrato, riscos, garantias, responsabilidades. As referidas responsabilidades, contudo, como será analisado neste trabalho, muitas vezes não são admitidas. O aconselhamento já seria uma relação mais próxima, em que seria, por exemplo, indicada ao consumidor a melhor atitude a se tomar dentre várias. Esse último tipo pode inclusive ser ferramenta de *marketing* para fidelizar clientes. Mesmo sendo uma obrigação, o consumidor se sentirá mais atraído. Todavia esse entendimento não é uniforme na doutrina. De forma contrária, entende Silney Tadeu (2006, p. 267):

Tampouco, encontra-se compreendido dentro do dever de informar, dar conselhos ou recomendações a outra parte, pois não se trata aqui, nas palavras de Gómez Calle, de uma simples e objetiva informação, senão de proporcionar uma recomendação subjetiva.

Percebe-se porém que as recomendações obrigatórias devem ser fruto de um melhor conhecimento do produto ou do serviço por parte do provedor de

acesso. Daí, o provedor não deve se omitir quanto a repassar ao consumidor conselhos e recomendações reconhecidamente necessárias para se evitar danos. O que não se pode é confundir recomendações de caráter preventivo da danos ou de melhor opção para se evitar invasões de computadores através de vírus com uma simples opção pessoal do provedor. Esta sim é desnecessária.

A questão do dever de informar se relaciona com a presunção de vulnerabilidade do consumidor frente ao provedor. Conforme identifica Geisa Rodrigues (2006, p. 83):

Na verdade, o consumidor está sempre numa posição passiva se comparada ao produtor, ele não tem pleno domínio dos fatos relativos à mercadoria, seja no momento de sua elaboração, seja na fase de sua comercialização, aí incluída a publicidade.

Merece questionamento o entendimento citado anteriormente: o termo “sempre” revela uma hipótese extrema e, como foi apontado, presume-se que haja vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo. Isso não implica dizer que o consumidor nunca possa ter pleno domínio dos fatos relativos à mercadoria e que até mesmo não possa entender mais do produto do que o próprio consumidor. A regra pode, assim, admitir, exceções. Contudo, o direito do consumidor continua preservado. A vulnerabilidade do consumidor se revela também na situação em que o provedor de acesso, conhecedor da tecnologia empregada, atribui responsabilidade exclusiva do consumidor em casos de violações em seu computador. Essa atribuição representa uma prática abusiva, conforme aponta Newton de Lucca (2003, p. 46):

Assim como a cláusula contratual de atribuição exclusiva ao consumidor da responsabilidade pela escolha do equipamento tem sido corriqueiramente utilizada pelos fornecedores de bens informáticos - configurando-se, em alguns casos, uma cláusula indubitavelmente abusiva -, também parece que a aplicação da chamada *teoria do resultado* na contratação informática deverá ser feita dentro de prudentes limites.

De fato, punir o consumidor pela escolha do equipamento é negar que o serviço prestado pelo provedor deve ser de qualidade. Isso porque, independentemente dos dispositivos informáticos adquiridos pelo consumidor, o acesso à rede global deve ser garantido e seguro. Continua Newton de Lucca (2003, p. 48):

Nessa linha de raciocínio, os contratos assim celebrados exercem, fundamentalmente, a função de sujeitar os mais fracos à vontade dos mais fortes, conforme muito bem acentuado por Ettore Giannantonio ao dizer que, em última análise, na contratação informática não mais existiria um acordo entre as partes, mas sim a forma pela qual o sujeito mais forte vincula o mais frágil, [...]

Do posicionamento citado, pode-se destacar que, na relação provedor de acesso-consumidor, aquele, detentor dos instrumentos técnicos de acesso ao mundo virtual, pode, por exemplo, interromper o serviço de conexão, não coibir as invasões por hackers, dentre outros danos proporcionados contra este. E todos esses fatos podem ocorrer sem o mínimo conhecimento do consumidor, demonstrando a fragilidade do consumidor nesse tipo de relação jurídica. O estudo de mecanismos de fiscalização dos procedimentos adotados pelo provedor de acesso, por não ser o foco deste trabalho, transforma-se em sugestão de novas pesquisas.

A questão da vulnerabilidade do consumidor é também apontada por Jean Carlos Dias (2008, p. 111):

Em se tratando de contratos de consumo efetuados em meios virtual, o consumidor, por definição, não somente se apresenta como parte vulnerável mas também como hipossuficiente, em razão do evidente fator de adversidade decorrente do elemento tecnológico.

O dever de informar se presta para garantir a segurança do serviço ou do produto. Uma das manifestações dessa segurança exigida pelo Código de Defesa do Consumidor se traduz na proteção contra invasões de computadores, via *cookies*, vírus e outros arquivos indesejáveis na maioria das vezes. Segundo Patricia Peck (2002, p. 36):

O direito à informação está desmembrado em três categorias de acordo com o sujeito de direito: a) direito de informar, que é um direito ativo; b) o direito de ser informado, que é um direito passivo; c) o direito de não receber informação, que é um direito ativo e passivo.

A informação, ao mesmo tempo que é um dever do provedor de acesso, é um direito do consumidor. Explicando a citação anterior, o consumidor tem o direito de informar que não deseja mais um determinado serviço, de estar sempre atualizado acerca de novos produtos, serviços e prevenções contra danos e de ser sempre preservado contra informações indesejadas. Exemplo do último caso é o spam, que é uma espécie de mensagem enviada ao mesmo tempo para vários usuários, contendo, muitas vezes, publicidade. Patricia Peck ainda reforça (2002, p. 36): “A questão da informação assume maior relevância no Direito Digital devido a seus desdobramentos comerciais e de responsabilidade civil”.

Mas nem sempre o provedor de acesso deve ser responsabilizado. Assim, apontam Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 195) as hipóteses em que o prestador de serviço, no caso o provedor de acesso, exime-se de responsabilidade:

À semelhança do que se dá com a responsabilidade pelo fato do produto, o prestador de serviço estará imune à obrigação reparatória quando não tiver prestado o serviço, quando o defeito não existir, ou quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Essas hipóteses demonstram que deve se ter cuidado em apurar a causa dos danos sofridos pelo consumidor, considerando-se os serviços prestados pelo provedor, além da análise dos argumentos do provedor referentes à isenção de responsabilidade. Para ilustrar um caso em que ocorre culpa exclusiva do consumidor: este, ao instalar, por conta própria, um arquivo proveniente de um CD, não percebe que existe vírus nesse periférico, causando-lhe danos. Nessa hipótese, o provedor de acesso não deve ser responsabilizado.

Essa temática do provedor é bem atual, como reforçam Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 196):

Quando analisamos a responsabilidade pelo defeito na prestação do serviço, enfrentamos problema em voga no mundo atual, que é aquele que se refere ao serviço de internet fornecido pelos provedores.

A importância do tema do provedor de acesso se evidencia ainda mais porque a conexão entre o consumidor e a Internet só é possível devido ao próprio provedor. O consumidor, então, se quiser entrar no mundo virtual, deve contratar um provedor de acesso. Essa indispensabilidade dos serviços prestados pelo provedor de acesso é atestada por Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 196): “A internet, rede de computadores ligados entre si, para ser acessada pelo usuário, precisa do provedor de acesso”.

Essa indispensabilidade, inclusive, poderia ser questionada se estaria ou não se configurando em uma violação aos direitos dos consumidores. Destaca-se esse questionamento como sugestão de novos trabalhos, uma vez que o foco deste é outro.

María José Azar (2002, p. 29) destaca a questão das formas de comunicação entre computadores, também proporcionada pelos provedores de acesso à Internet:

Técnicamente éstas pueden hacerlo mediante la línea telefónica, cables de datos punto a punto, o a través de una red de datos. Para el diálogo entre las computadoras se emplea un *software* de comunicación.

Quanto à questão da informação já mencionada, é imperioso que o provedor de acesso científico, sob pena de arcar com os danos que eventualmente venham a ocorrer, o usuário da possibilidade de invasão de computadores proporcionada por *hackers* e *crackers*, inclusive através de *cookies*. Essa preocupação é retratada por Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 196): “Esse provedor, na prestação de serviço, pode ocasionar danos ao usuário, quer pela ação dos *hackers* ou *crackers*, quer pela presença dos *cookies*”.

Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 196) refutam ainda as alegações dos provedores de acesso de invocação de excludente de responsabilidade nas invasões sofridas pelos usuários:

Essa invasão do aparelho do usuário é responsabilidade do provedor, que não pode invocar culpa exclusiva de terceiro para eximir-se. Seria cômoda a posição do provedor que, considerando que esses invasores entram no sistema contra sua vontade, invocasse a excludente de responsabilidade.

O argumento anterior é procedente porque de nada adianta a alegação do provedor referente ao fato de não ter sido sua vontade a invasão dos computadores dos consumidores. Isso porque a responsabilidade não é subjetiva, é objetiva, conforme já destacado neste trabalho.

O provedor de acesso, dentre outras obrigações, deve garantir segurança na conexão promovida em benefício do consumidor. Mario Frota (2005, p. 246-247) registra a obrigação geral de segurança presente também na legislação portuguesa:

O regime adoptado no presente instrumento legal aplica-se de análogo modo, com as necessárias adaptações, aos serviços que aos consumidores se destinem, insusceptíveis de ser abrangidos por legislação especial que prescreva os requisitos de segurança que se lhes quadre.

Percebe-se, assim, que a segurança é um direito preservado inclusive em outros países. E segurança é um valor protegido pelo direito, assegurando que os dados do consumidor, incluindo os sigilosos, não serão coletados sem sua autorização. Além desse aspecto, o acesso deve ser livre da violação por vírus e por outros arquivos danosos. Conforme assegura J. Flóscolo da Nóbrega (2007, p. 101): “A segurança é o fim imediato, a missão prática do direito. É também um valor, como a justiça, embora um valor de segundo grau”.

No entendimento anterior, o termo complementar é mais adequado (envolvendo justiça e segurança) do que valor de segundo grau porque este revela a possibilidade de se atingir justiça, mesmo em detrimento da segurança. O alcance do termo segurança é ampliado por Agostinho Pereira, Henrique Pereira e Cleide Calgaro (2007, p. 12):

A segurança é o conceito mais amplo que a saúde, pois, além de abarcar os problemas da vida, saúde e integridade física, também engloba os possíveis danos de ordem material ou econômica, que possam ocorrer ao patrimônio do consumidor.

Deve-se, contudo, complementar o entendimento acima com a possibilidade de dano moral. Assim sendo, o provedor, ao negar esse dever de segurança, presta um serviço defeituoso. Principalmente quando se constata que tais invasões podem ser impedidas ou, pelo menos, combatidas, como afirmam Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 196):

Só que essa invasão não ocorreria na maioria das vezes se fosse severamente controlada pelo provedor. Este possui mecanismos hábeis a evitar, ou ao menos dificultar, essa atuação indesejada.

O próprio consumidor deposita confiança no provedor de acesso, uma vez que acredita se encontrar imune a violações no mundo virtual e também por não conhecer tecnicamente as ferramentas utilizadas, bem como o procedimento adotado pelo provedor de acesso. Segundo Guilherme Martins (2007, p. 46): “A confiança, dessa forma, deve funcionar como o parâmetro para a distribuição dos novos riscos trazidos pela comodidade e facilidade decorrentes da evolução tecnológica”.

A confiança que o consumidor deposita no provedor de acesso se deve à sua fragilidade, a qual é destacada pela doutrina, ao indicar vários aspectos que demonstram essa afirmação e que se compatibilizam com a relação envolvendo o provedor de acesso e o consumidor. Dentre esses aspectos, podem ser apontados:

- Produtos e serviços especializados
- Bens informáticos diferentes para uma mesma necessidade
- Inexistência de negociação ou de fase pré-contratual
- Oferta de contratos por adesão, incluindo eventual exercício abusivo
- Consumidor leigo diante de profissional especializado
- Confiança que o consumidor deposita no fornecedor

A confiança retrata a boa-fé contratual do consumidor em acreditar que o serviço oferecido se caracteriza por ter qualidade e ser seguro. Indaga-se: quando um hacker invade o computador do usuário ou nele instala um vírus,

tem-se esses fatos como esperados pelo consumidor? São fatos que demonstram segurança no serviço de acesso à Internet proporcionado pelo provedor? As respostas, baseadas no ordenamento legal, só podem ser negativas. A questão da segurança é reforçada por Newton de Lucca (2003, p. 82):

Assim, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro – e, no caso de invasão de hackers ou de crackers, dúvida inexistiria de tratar-se de culpa exclusiva de um terceiro -, prevista no retro transcrito inciso II do § 3º, não poderia, por si só, ensejar a exclusão da responsabilidade civil por parte do fornecedor.

A orientação legal contida no art.14 do Código de Defesa do Consumidor (fonte da consideração anterior) é a de responsabilizar o fornecedor, mesmo que este não aja com culpa, pela reparação de danos suportados pelos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. No foco deste trabalho, o fornecedor é o provedor de acesso ao mundo virtual e o serviço é proporcionar o acesso à Internet. Resumindo: a responsabilidade do provedor é objetiva.

O provedor de acesso deve, assim, impedir ou dificultar as invasões. Essa espécie de controle, que deve ser exercido de forma vigilante, e o dever de informação são retratados por Cláudia Marques (1999, p. 327):

O art. 10 do CDC impõe também ao fornecedor um típico dever de vigilância, qual seja o dever do fornecedor do produto, cuja periculosidade foi afora descoberta, de informar à população e às autoridades competentes.

Em caso de insucesso ou de eventual impossibilidade tecnológica, deve simultaneamente alertar ao consumidor para que o mesmo fique ciente que seu computador está sendo violado (ou é vulnerável a invasões). Nessas condições, o usuário dos seus serviços pode promover as providências necessárias para

resolver o problema. O dever de informar, indispensável para que o provedor invoque posteriormente excludente de responsabilidade, é apontado por Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 196):

Caso tenha tomado todas as cautelas necessárias para evitar essa atuação e, mesmo assim, se ela vier a ocorrer, há que se verificar se cumprido foi o dever de informação. Apenas então poderá ser invocada a excludente da responsabilidade.

Todavia, deve restar comprovado o controle que o provedor de acesso promoveu previamente. Um exemplo de controle que deve ser exercido é contra os vírus, os quais são arquivos que podem danificar o computador do consumidor e violar seus dados. A confiabilidade depositada pelo consumidor no provedor é comprovação de que não se espera que o serviço prestado, caso não tenha defeito, permita inclusão de vírus em computadores de usuários. Como atesta Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 124):

Diferente a situação dos provedores, cuja culpa é evidenciada pelo fato de permitirem que algum vírus passe por seus computadores e se aloje no equipamento de seu cliente. Ocorrera, na hipótese, defeito de serviço, pois o cliente confia que a tecnologia empregada pelo prestador de serviço possa evitar o ataque ao seu computador.

O mencionado controle deve ser exercido também, por exemplo, contra os *cookies*, tema já apontado neste trabalho e que, neste momento, será analisado com detalhes. Os *cookies* são uma espécie de programa de computador introduzido por invasores com o objetivo de se descobrir os caminhos percorridos pelo usuário no mundo virtual. Ao serem instalados no computador do usuário, terão condições de indicar e registrar os passos seguidos no mundo virtual, como quais compras foram realizadas e quais endereços eletrônicos foram visitados. Os dados do internauta, assim, podem ser coletados através de *cookies* ou através de preenchimento de formulários

cadastrais. Estes sendo, às vezes, até condicionantes à entrada no endereço eletrônico desejado pelo internauta.

Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada apresentam essa forma de invasão de computadores através de *cookies* (2002, p. 196):

Outra ocorrência capaz de causar dano ao usuário da internet é a dos *cookies*, que são pequenos *links* que permitem uma identificação do perfil do usuário, com o objetivo declarado de personalizar a prestação do serviço. Essa conduta é tomada pelo *browser* (programa que permite a navegação pela internet).

Os *cookies* são verdadeiros espiões, que indicam, como aponta também Luciana Ribeiro (2002, p.153), as preferências dos usuários da internet, as quais ajudam na concepção do seu perfil:

De outro lado, verifica-se a criação de mecanismos capazes de vigiar os passos do consumidor enquanto navegador da rede de computadores, possibilitando-se seja traçado seu exato perfil, registrando-se cada um de seus movimentos. São os chamados *cookies*.

Fernando Vasconcelos também esclarece a definição de *cookies* (2003, p. 99):

Cookies podem ser definidos como minúsculos textos (de geralmente 1 kb), colocados no disco rígido do microcomputador do internauta por alguns sites que ele visitou. Contém informações que o próprio internauta ofereceu ao site, como e-mail, preferência, o que ele comprou, seu nome, endereço, data de nascimento etc..

Não se pode negar que o interesse de se instalar um *cookie* no computador do usuário pode ser, de certa forma, benéfico para o consumidor.

Um fornecedor pode, conhecendo melhor seus clientes, oferecer serviços

e produtos mais direcionados, que, assim, terão maiores chances de agradar seus clientes. Nesse sentido, exemplifica Luciana Ribeiro (2002, p.157):

Uma vez ciente de que determinado consumidor tem como um de seus principais *hobbies* realizar viagens para os mais diversos locais, a livraria virtual, quando reconhecer o ingresso, em seu site, daquele consumidor, oferecerá prontamente revistas e livros relacionados ao turismo, acrescentando a publicidade de um anunciante diretamente vinculado ao ramo.

José Filomeno (2001, p. 48) também apresenta, com propriedade, a necessidade de coleta de dados do consumidor para, exclusivamente, analisar seu comportamento e servir de orientação para seus próprios serviços de publicidade:

E, com efeito, deve-se destacar a atitude desejável da parte das empresas no sentido de que, em análise profunda dos comportamentos dos consumidores, perfil psicológico, sociológico, enfim, toda a complexidade psicossomática do ser humano, inclusive crenças e hábitos, instrua seu pessoal de marketing no sentido de evitar toda a sorte de exploração perniciosa e aética de tais facetas comportamentais.

Porém, o controle sobre esses *cookies* por parte dos provedores de acesso se torna indispensável porque podem ser usados maleficamente, inclusive podendo gerar discriminação referente ao comportamento do consumidor ou ao seu estado de saúde. Luciana Ribeiro (2002, p.153) evidencia os benefícios e os malefícios proporcionados pelos *cookies*:

Por outro lado, a utilização dos dados de consumidores demanda atenção especial, pois, ao revés de trazer elementos positivos na relação com o consumidor, pode causar-lhe sérios prejuízos se as informações armazenadas forem utilizadas à margem de seus interesses, para benefício único e exclusivo dos fornecedores de bens e serviços.

Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada apontam uma forma de finalidade indesejável dos *cookies* (2002, p. 196-197):

Esses *cookies*, entretanto, podem causar sérios problemas ao consumidor, quando utilizado para outras finalidades. A imprensa já noticiou o fato de autoridades ligadas a sistemas de proteção da privacidade na internet alertarem para o perigo de que um pesquisador de sites de bebidas alcóolicas poder ter negada algum dia a proposta de seguro-saúde.

Luciana Ribeiro (2002, p.153) também aponta um caso que ocorreu nos Estados Unidos de discriminação contra pessoas supostamente portadoras do vírus da Aids:

Exemplo recente ocorrido nos Estados Unidos deu-se com empresa de seguros de que se negava a contratar seguros de saúde com pessoas que sabidamente estavam visitando *sites* na internet relacionados a Aids, o que lhe foi revelado a partir de informações contidas em banco de dados sobre consumidores.

Vê-se assim que o *cookie*, apesar de poder ser usado para beneficiar o internauta, atenta contra os direitos à intimidade e à vida privada, consagrados constitucionalmente, conforme atesta Luciana Ribeiro (2002, p.151):

No Brasil, a Constituição Federal de outubro de 1988, ao dispor sobre a inviolabilidade de correspondência, vedando a interceptação telefônica e a invasão de domicílio, bem como resguardando, expressamente, o direito à intimidade e à vida privada de cada um dos cidadãos brasileiros, deu à privacidade *status* de direito fundamental.

Luciana Ribeiro (2002, p.155) ainda reforça o caráter constitucional da matéria, aglutinando mais direitos envolvidos, como o direito à personalidade e o direito à vida (2002, p.155):

O direito à privacidade, enquanto direito de personalidade, traduz aquilo que seria considerado o mínimo para formação da própria personalidade. Enquanto direito fundamental, assegura uma garantia jurídico-institucional expressa na Carta magna, requerendo uma abstenção do Estado, ou seja, um não fazer, estritamente vinculado ao direito à vida.

Na questão da privacidade, relacionada diretamente com a segurança, o provedor se obriga a não permitir que terceiros tenham condições, via Internet, de vigiar o caminho virtual seguido pelo consumidor. Cláudia Marques (1999, p. 359) revela também a preocupação de inserir o direito à privacidade como matéria constitucional, não só no Brasil como em outros países:

Efetivamente, hoje, o direito privado europeu e as Constituições, assim como a Constituição brasileira de 1988, permitem concluir que dentro desta proteção à pessoa há um direito à privacidade, à reserva (*diritto alla riservatezza*), um direito à identidade pessoal, um direito de dispor de seus próprios dados pessoais (*diritto di disporre dei propri dati personali*).

Devido à questão da invasão de privacidade mencionada, o provedor de acesso só se exime de responsabilidade se atender à obrigação de informar devidamente ao usuário sobre os *cookies* que estão sendo enviados para seu computador e os danos que podem causar. Nesse caso, a responsabilidade se restringe ao usuário que permitir que os *cookies* sejam instalados em seu computador. Compartilhando esse entendimento, apontam também Maria da Glória Almeida e Ricardo Wada (2002, p. 197):

Aqui também, uma vez mais, surge a necessidade de ser cumprido o dever de informação, de modo que o usuário, tendo sido ostensivamente alertado da existência desses *cookies* e dos danos que eles lhe podem causar, autorize expressamente sua veiculação.

Leonardo Bessa (2007, p. 206) destaca o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de combate aos arquivos de consumo como ameaça à privacidade e com fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:

De fato, como afirma o STJ, não há como negar a ameaça à privacidade. A honra, outro direito da personalidade, também se encontra em situação de tensão em face das atividades dos arquivos de consumo. Ambos são projeções da dignidade da pessoa humana (art.1º, III da CF/88), com destaque na própria Constituição Federal (art. 5º, X da CF/88).

A obtenção indiscriminada de dados, sem a prévia informação ao consumidor e sem clareza de objetivo dos dados, foi rejeitada pelo STJ através dos debates realizados no REsp 22. 337.

Importante destacar, conforme indica Luciana Ribeiro (2002, p.161), que não há impedimento legal sobre a criação de registro de dados dos internautas, sendo, porém, exigida a comunicação ao internauta sobre tal criação:

O Código de Defesa do Consumidor, é importante que se registre, não inviabiliza a criação dos registros contendo dados públicos acerca do consumidor, mas apenas determina que este, enquanto titular dos dados, deva ser comunicado sobre a criação de registros contendo seus dados, salvo se o consumidor assim requisitar.

É necessário que o consumidor aceite que seus dados sejam coletados para que seja caracterizada uma infração. Cláudia Marques (1999, p. 356) também reforça a legalidade contida na obtenção, desde que lícita, de dados relativos aos consumidores:

A elaboração, organização, consulta e manutenção de banco de dados sobre os consumidores e sobre consumo não é proibida pelo CDC, ao contrário, é regulada por este; logo, permitida. A lei fornece, porém, parâmetros de lealdade, transparência e cooperação e controla esta prática de forma a prevenir e diminuir os danos causados por estes bancos de dados e/ou pelos fornecedores que os utilizam no mercado.

O art. 43 do Código de Defesa do Consumidor ampara esse entendimento ao regular a coleta de dados. Apesar de não haver especificação quanto ao indivíduo internauta, o art. 5^o, XII, da Constituição Federal, por proteger o sigilo de dados, sem delimitar quais seriam eles, engloba também os referentes ao próprio internauta.

A invasão por *cookies* já citada se insere em um contexto de risco originado naturalmente pelas novas facilidades de comunicação proporcionadas pela Internet. Com esse entendimento, o Conselho da União Européia editou a Resolução de 19.01.1999, na qual aponta riscos da sociedade da informação: transparência na informação, contratos celebrados virtualmente, incluindo as práticas de mercado, as obrigações e a responsabilidade por danos; privacidade e proteção de dados pessoais. Segundo Roberto Lisboa (2007, p. 218-219):

A resolução européia em questão enaltece as vantagens potenciais que as novas tecnologias da informação e das comunicações trouxeram, mas pondera que há pouca familiaridade do consumidor com tais contextos de mercado, o que coloca em evidente risco os seus interesses.

A análise minuciosa do risco, realizada neste capítulo, evidencia sua relação com os serviços oferecidos pelos provedores de acesso. Alerta Fernando Eberlin (2007, p. 19):

Como o produtor sabe que, eventualmente, terá que arcar com os valores das indenizações decorrentes de produtos defeituosos, e como a existência de produtos defeituosos faz parte do risco de sua atividade, ele passa a procurar uma forma de calcular o possível valor das indenizações que terá que pagar, inserindo-o no preço dos produtos.

Aplicando o que foi exposto no tema deste trabalho, o provedor de serviço pode estar utilizando esse recurso de transferência de ônus para não arcar com possíveis prejuízos, ou pior: para alargar a margem de lucro quando os suposto prejuízos não se concretizarem. Reforça, assim, a necessidade de estudo de casos, que será realizado neste trabalho, para se verificar a possibilidade de tal procedimento ser de fato utilizado e comprovar, assim, que os próprios provedores de acesso estariam de acordo com a teoria do risco aplicada em suas atividades.

Conforme mencionado, a teoria do risco está associada à responsabilidade objetiva, institutos consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual é aplicado nas relações entre o provedor de acesso e o consumidor. Segundo Patricia Peck (2002, p. 147):

Sendo assim, como vimos, a legislação vigente no tocante à responsabilidade civil é totalmente aplicável à matéria digital, devendo apenas observar as particularidade do meio virtual ou dos demais meios convergentes, como já ressaltamos.

O raciocínio empregado anteriormente se relaciona com um tema polêmico: para alguns doutrinadores, a legislação atual é suficiente para atender o consumidor no mundo virtual. Para outros, entretanto, seria necessária a criação de lei específica. Destaca Newton de Lucca (2003, p. 116):

Não obstante, porém, todos os incontáveis avanços trazidos pelo CDC à ordenação jurídica brasileira, sabe-se, por outro lado, das insuficiências dessa disciplina normativa em face do inusitado trazido pelo mundo virtual. São muitas as situações que se apresentam como inteiramente novas para o universo jurídico.

Constata-se que a suficiência do Código de Defesa do Consumidor em reger as relações do mundo virtual é um tema polêmico. Ponderando-se as duas correntes contrárias (uma defende e a outra rejeita uma nova legislação específica tratando dos direitos consumeristas), é de se entender que os princípios e normas estabelecidos nesse código atendem as relações configuradas na Internet, principalmente quanto a institutos como responsabilidade objetiva, danos, qualidade do serviço, direito à informação. A polêmica é também levantada por Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 93):

O Brasil não possui muitas leis no que diz respeito ao Direito de Informática. O que se tem, em realidade, é uma grande discussão sobre a necessidade ou não de feitura de novas leis, tendo vista o novo fato social tecnológico, qual seja a Internet e todo o seu maquinário virtual.

A corrente que entende que as leis atuais são suficientes emprega o instituto da analogia. Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 95) segue a linha que entende que as leis devem ser adaptadas aos avanços da Internet: “Devemos lembrar aqui que, dada a velocidade de transformação da rede, é inexorável que surjam fatos sociais novos, devido à transformação comportamental do indivíduo, nesse novo campo”.

Para essa segunda corrente, o princípio da legalidade serve de argumento para se afirmar que, sem leis regendo as condutas na Internet, as relações no mundo virtual não implicam obrigações. Outro argumento desse entendimento informa que o Direito de Informática apresenta institutos próprios,

como: documento eletrônico, contrato eletrônico e firma digital. Segundo Maria Amália de Arruda Câmara (2005, p. 103):

O nascimento de um novo ramo jurídico surge em função das novas relações sociais que se formam, exigindo novas soluções normativas, as quais o Direito corrente não pode, até então, oferecer. Foi assim com o Direito Ambiental, quando muitos reagiram, dizendo ser um modismo do final dos anos 80 e que não haveria a necessidade de se criar uma nova divisão para o Direito.

É de ressaltar que os institutos apontados apenas apresentam um meio diferente (meio virtual) de execução. Por esse motivo, seria um exagero se criar lei para cada meio novo que for criado. Importante destacar que, como já discutido, entende-se que o Código de Defesa do Consumidor (principalmente) e o Código Civil já regem suficientemente a questão central deste trabalho: a responsabilidade civil do provedor de acesso à Internet. É provável que outras questões, principalmente as não consumeristas, necessitem realmente de legislações específicas. Contudo, como tal debate não é foco deste trabalho, sugere-se como tema de outras pesquisas. Como afirma Newton de Lucca (2003, p. 46):

No concernente à importância dos usos e costumes, é de assinalar que, em muitos países (como, aliás, é o caso do Brasil), inexistente regulamentação específica dos contratos informáticos, neles despontando a importância, portanto, de uma legislação calcada sobre princípios.

E, como já foi ressaltado, a Internet deve ser entendida como um meio novo de se realizar contratos de consumo. Negar esse último aspecto seria permitir que, a cada dia, fossem criados ou, pelos menos, experimentados meios novos de concretização de contratos só para, com o argumento de insuficiência de lei, cometer os mais diversos ilícitos. Por outro lado, termos específicos

encontrados na Internet, poderiam ser incluídos, a título de reforço, em acréscimos de texto legal no próprio Código de Defesa do Consumidor.

O ilícito referente à invasão de computadores é destacado por Newton de Lucca (2003, p. 119):

A invasão de um *cracker*, por exemplo, em meu microcomputador, copiando arquivos de seu disco rígido, tanto poderá ser uma violação a meu direito à intimidade quanto a meu direito à privacidade, dependendo da modalidade de arquivo indevidamente capturado.

Outra espécie de invasão ocorre, como já constatado, pelos cookies. Como reforça Newton de Lucca (2003, p. 120):

Consistem os cookies num tipo de programa que monitora todos os procedimentos executados pelo internauta a partir do momento em que ele acessa a *internet*. Agem como se, na vida real, fossem espiões de todos os nossos passos, registrando-os para futura utilização, de cunho mercadológico.

Como se não bastasse esse objetivo mercadológico mencionado, o qual já representa um abuso contra o consumidor, evidencia-se, como já indicada, a utilização de informações coletadas para outros fins ainda mais violadores da intimidade e da privacidade. Como exemplo deste último caso, pode ser citada a questão de plano de saúde que nega assistência a um futuro cliente pelo simples fato de, através de *cookies*, ter observado que o referido cliente acessa endereços eletrônicos com informações sobre a Aids. O raciocínio empregado é o seguinte: tal acesso seria um indício que o cliente é paciente da Aids e, assim, o plano de saúde não tem interesse em realizar um contrato com essa pessoa para não ter que eventualmente aumentar suas despesas.

Sobre a questão de empresas exercerem, via *cookies*, um controle sobre os consumidores, informa Newton de Lucca (2003, p. 122):

Não é o Estado, na verdade, quem hoje controla a vida dos cidadãos, mas as macroempresas, nacionais e transnacionais, ávidas de lucros cada vez maiores, pouco importando que para tal *desideratum* vasculhem à sorrelfa a vida íntima das pessoas, sem o conhecimento delas, mediante o mefistofélico expediente de a elas entregar, subrepticamente, os famigerados *biscoitinhos da Web* [...]

Sem adentrar na questão do Estado ser ou não um ente controlador, pois não é o foco deste trabalho, determinadas macroempresas procuram, via *cookies*, traçar o perfil das pessoas, com o objetivo de despertar futuramente o desejo de potenciais consumidores. Ao conhecer melhor os interesses das pessoas, tais empresas enviam informações publicitárias acerca de produtos ou serviços que são compatíveis com as necessidades desses eventuais futuros consumidores.

Nesse contexto, poderia se indagar o papel desempenhado pelo provedor de acesso. Ocorre que os *cookies* indicam que o acesso à Internet não é seguro e não impede a violação da privacidade. Não se pode confiar em um serviço que não evita que terceiros instalem os *cookies* no computador do usuário. Esse aspecto, por si só, já demonstra falta de segurança no acesso. Os efeitos desse programas instalados violam ainda mais os direitos do consumidor, ao atentar contra sua privacidade e sua intimidade quando armazenam informações confidenciais sobre o usuário.

Uma alegação de defesa do provedor de acesso pode ser a falta de tecnologia para evitar essa instalação. Mas, do ponto de vista do ordenamento jurídico, tal argumento evidenciaria a tentativa de isenção de culpa. Tentativa que se apresenta infrutífera, pois a responsabilidade do provedor de acesso é objetiva. Reforça esse entendimento Newton de Lucca (2003, p. 120):

Todas essas considerações, no entanto, não invalidam a conclusão de que se trata de um comportamento abusivo, violador da privacidade a que todo o cidadão tem direito por norma constitucional expressa, ainda que o texto não se refira, especificamente, ao meio eletrônico como forma de violação.

A citação anterior apresenta dois aspectos que devem ser ressaltados. O primeiro é que a questão da violação da privacidade não se restringe apenas à relação consumerista, e sim abrange todos os cidadãos, de acordo com a própria Constituição. Assim, o entendimento de que o provedor de acesso é responsável pela falta de segurança se fundamenta também através de princípios e dispositivos constitucionais. O segundo aspecto se refere à desnecessidade de haver preocupação quanto ao meio de infração, caso ocorra violação da privacidade. Assim, não haveria motivo para criação de lei só para atestar que a falta de segurança na Internet é uma infração e que, portanto, deve ser punida. Esse raciocínio fortalece também o posicionamento que os eventuais danos (e os *cookies* são exemplos) cometidos pelo provedor de acesso ao consumidor não necessitam de uma legislação nova porque o meio (Internet) não desconfigura infrações cometidas no seu âmbito.

O provedor de acesso só se eximiria de responsabilidade nas coletas de informações de forma explícita. Explica-se: nesse caso, o consumidor, ao acessar um endereço eletrônico, recebe um formulário virtual em que se pedem alguns de seus dados e também permissão para utilizá-los. Percebe-se que, mesmo sendo uma coleta de informações, a situação mencionada não é a mesma retrada pelos *cookies*. Nestes, a coleta de informações é realizada de forma implícita. Conclui-se assim que, o provedor de acesso só se eximiria de responsabilidade quanto aos *cookies*, se, antes da instalação desses programas realizada por terceiros, comunicasse o usuário acerca da coleta de informações. O provedor de acesso agiria como um intermediário, devendo seguir os passos adiante:

- indicar que um computador remoto está tentando instalar *cookies* no computador do usuário (nessa situação, o provedor impediria a instalação, até o usuário eventualmente aceitá-la);
- explicar para o consumidor (princípio da informação) o significado dos *cookies*, ressaltando seus possíveis objetivos, inclusive os danos que podem causar ao consumidor ao vigiar seus passos no mundo virtual;
- informar ao consumidor que cabe somente a ele aceitar ou não a instalação do *cookie*.

Realizados esses passos através das chamadas “janelas” na tela do computador, o provedor de acesso transformaria uma coleta implícita de dados em uma coleta explícita.

Além da questão dos cookies, outros danos, causados aos consumidores, podem ser atribuídos ao provedor de acesso. Como afirma Jean Carlos Dias (2008, p. 127):

A deficiência de transmissão de dados, falhas de proteção ao sigilo, indisponibilidade do sistema, entre outros possíveis problemas, são da natureza do ambiente e por isso não são dotados da imprevisibilidade que, enfim, pautam tais institutos.

Portanto, as excludentes de caso fortuito e de força maior, que poderiam isentar o provedor de responsabilidade, ficam afastadas. Tais problemas citados podem ser fontes de novos problemas para o consumidor. A indisponibilidade do sistema, por exemplo, pode acarretar graves prejuízos ao consumidor, como perda de prazos para determinados atos celebrados no mundo virtual, causando multas ou outras punições. É de ressaltar também que tais problemas citados, além dos vírus, comprovam que o provedor de acesso deve se responsabilizar por danos cometidos devido à sua atividade.

Resumindo, os provedores de acesso ao mundo virtual devem se responsabilizar nos casos a seguir:

- entrada de vírus no computador do consumidor, proveniente da Internet;
- deficiência de transmissão de dados;
- interceptação de dados;
- falhas de proteção ao sigilo;
- indisponibilidade do sistema ocasionando prejuízos ao consumidor;
- Invasão de *hackers*, *crackers*;
- Instalação não autorizada de *cookies*.

O rol exemplificativo anterior se combina com os danos descritos no tópico 4.4 deste trabalho. Pelo exposto, quaisquer cláusulas de isenção de responsabilidade efetivadas pelos provedores de acesso nas suas relações com consumidores e referentes aos problemas relacionados com o acesso (incluindo os casos arrolados anteriormente) implicam abusividade e, assim, devem ser consideradas nulas. Isso porque os danos citados estão diretamente ligados à atividade do provedor de acesso e demonstram a falta de segurança e a ausência de qualidade no serviço, requisitos suficientes para a responsabilização do provedor. Como reforça Jean Carlos Dias (2008, p. 128):

A infringência do dever de qualidade-segurança gera o dever de reparação por parte do colocador do produto ou serviço no mercado independentemente da comprovação da culpa sendo, assim, caso de aferição responsabilidade objetiva.

Portanto, o provedor de acesso deve primar pela garantia e pela segurança do serviço que presta ao consumidor para que não tenha que arcar posteriormente com os eventuais danos.

4.5.2 O provedor de acesso como ente indireto

Quando se supõe um contrato eletrônico entre terceiros e o consumidor, refere-se à presença de dois entes diretamente envolvidos (partes): comprador e vendedor de um certo produto. Como por exemplo, uma pessoa que deseja adquirir um livro ou um arquivo musical na Internet. Nesse contexto, o provedor de acesso figura como espécie de intermediário na relação jurídica mencionada. Nas palavras de Newton de Lucca (2001, p.59):

Os agentes intervenientes, como por exemplo, a provedora de acesso (que disponibiliza o endereço na *Internet*, armazena e insere o *site* para a rede, presta e coleta informações para os seus usuários), não pode ser considerada parte na compra e venda realizada pela via da Internet. A ela cabe, em princípio, apenas o encargo de organizar o meio *físico* (cabos, equipamentos etc) e o *logístico* (os softwares de comunicação) que viabilizam a comunicação entre o computador do usuário e a rede mundial de computadores.

Com esta afirmação, dentre os danos que podem ser causados ao consumidor devido a problemas no meio físico e no logístico, destacam-se os causados pela interrupção do acesso ou pela lentidão da conexão. Os mencionados problemas, que evidenciam falta de qualidade no serviço prestado pelo provedor de acesso, podem acarretar os mais variados danos ao consumidor, como:

- o consumidor não consegue comprar um produto que estava em promoção;
- o consumidor não consegue comprar uma passagem de avião, sofrendo danos pessoais e/ou profissionais;

Em resumo, tudo que considerar prazo para realização de uma determinada conduta pode significar danos ao consumidor caso ele não consiga atingir seu objetivo devido a falhas no sistema. Dependendo da situação, terceiros podem até ingressar em juízo contra determinado consumidor, mas este teria, pelo menos regressivamente, o direito de acionar o provedor de serviço.

5 ESTUDO DE CASOS PRÁTICOS

Ao longo deste trabalho, o foco foi a análise da responsabilidade civil do provedor de acesso à Internet na sua relação jurídica com o consumidor. Foram verificadas as situações em que o provedor deve ser responsabilizado e aquelas em que se exime de responsabilidade. Nessa análise, foram pesquisados inclusive os princípios envolvidos na relação, incluindo os referentes ao contrato, os correspondentes ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor. Assim, o estudo de casos se reveste de importância, uma vez que servirá para atestar se os mencionados institutos jurídicos estão sendo atendidos e de que forma.

5.1 PRINCÍPIOS DO CÓDIGO CIVIL E DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CASO 1)

Através deste caso, constata-se a aplicação de princípios como o da função social do contrato, o da boa-fé e o da proteção à parte mais vulnerável, ou seja, princípios do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. O caso em tela tem o propósito de atestar a aplicação de princípios estabelecidos na legislação vigente no ambiente virtual, tema realçado ao longo desta pesquisa. Comprova-se, assim, que o meio virtual não interfere na aplicação do ordenamento jurídico e é um reforço no entendimento já exposto da suficiência da legislação existente para atender as novas demandas judiciais na Internet.

COMPRA E VENDA. INTERNET. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PEDIDO DE CANCELAMENTO. CARTAO DE CRÉDITO. COBRANÇA INDEVIDA. Apelação Cível. Consignação em pagamento. Compra pela internet de pacote de viagem. Pedido de cancelamento dentro do prazo de reflexão. Denúncia vazia do contrato de consumo. Cobrança indevida das parcelas pela administradora de cartão de crédito. Declaração de inexistência do débito. Procedência da consignação. 1. O "caput" do artigo 49 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor resguarda o direito de arrependimento da declaração de vontade do consumidor manifestada no ato de celebração da relação jurídica, bastando, para tanto, que o contrato tenha sido celebrado fora do estabelecimento comercial e que o contratante o exerça dentro do prazo de reflexão de sete dias. 2. O direito de arrependimento pode ser exercido unilateralmente, mostrando-se prescindível, para tanto, a concordância da empresa contratada, pois não se pode transferir o risco do negócio ao consumidor, nem lhe exigir que busque o desfazimento do negócio por via judicial, sob pena de se transformar o texto legal em letra morta. É hipótese de rescisão unilateral do contrato. 3. Indevida a cobrança e regulares os depósitos consignados judicialmente, impõe-se a procedência do pedido, para declarar a inexistência dos débitos cobrados nas faturas dos meses de fevereiro a setembro de 2005, no patamar excedente ao que foi consignado em juízo, autorizando-se ao réu levantar os depósitos, com inversão dos encargos da sucumbência. 4. Provimento do recurso. (TJRJ, Décima Quarta Câmara Cível, AC Nº. 2006.001.42097, Rel. Des. José Carlos Paes - Julgamento: 17/08/2006)

Verifica-se, assim, a proteção da parte mais vulnerável na relação de consumo, no caso, o consumidor, confirmando-se seu direito de arrependimento.

5.2 DANO MORAL E DANO MATERIAL NA INTERNET (CASO 2)

A situação em tela demonstra que, para efeitos de caracterização de dano moral e de dano material, não importa o meio utilizado. O caso em tela serve de parâmetro para indicar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações consumeristas estabelecidas na Internet, tema

discutido ao longo deste trabalho, especialmente quando o consumidor, por ser lesado, deve ser indenizado pelo fornecedor.

CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Autor, que compra automóvel através do sítio da fabricante na internet. Contrato que foi ratificado nas concessionárias da marca, conforme instrução da vendedora. Dano material que não restou comprovado. Improcedência. Dano moral. Ocorrência que supera o simples inadimplemento contratual. Reforma da sentença que se impõe para acolher o pleito de reparação do dano moral. Verba indenizatória que se fixa em R\$ 12.000,00, a serem pagos solidariamente pelas rés. Demais recursos que restaram prejudicados ante o acolhimento parcial do recurso do autor. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO AUTOR, RESTANDO PREJUDICADOS OS DEMAIS APELOS. (TJRJ, Décima Quinta Câmara Cível, AC Nº. 2006.001.15023, Rel. Des. Celso Ferreira Filho - Julgamento: 26/04/2006)

O dano retratado na decisão anterior revela a sua natureza jurídica e sua espécie (dano moral) ainda mais protegida legalmente, tanto pelo Código Civil como pelo Código de Defesa do Consumidor. O dano moral amparado retrata a valorização da dignidade da pessoa humana, matéria incluída inclusive no âmbito constitucional dos princípios correlatos com a relação jurídica analisada e discutida neste trabalho.

Outro aspecto também discutido na pesquisa e que foi atendido neste caso foi a irrelevância do meio usado para efeitos de responsabilidade. O efeito, assim, é de reforçar o entendimento já exposto que o ordenamento jurídico existente é suficiente para atender as questões envolvidas no ambiente virtual e que determinados conceitos exclusivos da Internet apenas seriam esclarecidos em dispositivos incluídos na própria legislação consumerista.

5.3 PROVEDOR DE ACESSO E DE CONTEÚDO (CASO 3)

No caso a seguir o provedor de acesso adiciona à sua atividade o serviço de conteúdo, configurando-se, assim, como provedor de conteúdo também.

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE ACESSO E DE CONTEÚDO. INTERNET. VEICULAÇÃO DE ENTREVISTA COM EX-COMPANHEIRA DO AUTOR. OFENSA À HONRA DO DEMANDANTE. DANOS MORAIS. QUANTUM. MANUTENÇÃO. 1 - É responsável o provedor de conteúdo da INTERNET (PSI) pela divulgação de matéria que viole direito e cause dano a outrem, seja por calúnia, difamação ou injúria. 2 – Danos morais decorrentes do ato ilícito sofrido pelo autor. Veiculação de entrevista eletrônica com ex-companheira do demandante. Acusações de autoria de ilícitos criminais, consubstanciados em rapto do filho e assédio sexual praticado contra telefonista da empregadora onde exercia atividade laboral. Lançamento de dúvida relativamente à opção sexual. Honra do autor atingida. 3. DANOS MORAIS. QUANTUM. Montante fixado na sentença, a título de compensação por danos morais, que se mostra consentâneo com os parâmetros de fixação adotados por esta Corte, tendo levado em consideração a figura do ofendido e do ofensor. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL DÉCIMA CÂMARA CÍVEL Nº 70018993626 COMARCA DE PORTO ALEGRE.

O entendimento exposto ao longo do trabalho foi que o provedor, quando oferece serviço de conteúdo, responsabiliza-se pelas informações que eventualmente causem dano ou violem direito de outrem. Entendimento este atendido neste caso, através do deferimento de danos morais e da fixação de indenização.

Percebe-se ainda que a decisão acima coletada poderia esclarecer, até por questão de transparência, a diferença entre provedor de acesso e de conteúdo, distinção esta indicada neste trabalho.

5.4 PROVEDOR DE ACESSO E INTERRUPTÃO DO SERVIÇO (CASO 4)

O caso em tela se relaciona com os elementos necessários para efetivação da responsabilidade civil, analisados especificamente no segundo capítulo. Um desses elementos é a ocorrência de dano, que não foi contemplada neste caso. Entendeu-se assim que a interrupção do serviço ocorrida configurou-se como mero transtorno.

EMENTA: DANO MORAL - INTERNET - PROVEDOR - INTERRUPTÃO DO SERVIÇO - MERO TRANSTORNO - A interrupção de acesso à internet pelo provedor, com base em débito inexistente, diz com transtorno inerente ao cotidiano, não sendo passível de indenização por dano moral - negaram provimento ao apelo - unânime. (Apelação Cível Nº 70006814537, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 04/03/2004)

Todavia, o caso concreto poderia ter sido outro bem específico: se a mencionada interrupção impossibilitasse o consumidor de cumprir suas obrigações no meio virtual, causando-lhe prejuízos, o provedor de acesso deveria ser responsabilizado pelo fato, uma vez que o elemento dano se faria presente.

As decisões coletadas permitem concluir que os direitos dos consumidores estão sendo atendidos judicialmente, independentemente do meio de celebração do contrato de consumo. Assim, a Internet, por ser um mero meio de efetivação de interesses, não altera as garantias concedidas pela lei consumerista. Essa constatação reforça o entendimento exposto neste trabalho que o ordenamento jurídico existente é suficiente para reger as relações jurídicas no mundo virtual. Todavia, percebe-se, com certa preocupação, que o significado do termo provedor e suas classificações não aparentam ser bem compreendidos no meio jurídico, ou pelo menos, o tipo de provedor não fica bem

discriminado nas decisões. Essa observação pode ser realizada principalmente no quarto caso analisado. Apesar de ter um significado e classificação técnicos, seus efeitos são percebidos no campo jurídico, conforme analisado neste trabalho. Portanto, o terceiro capítulo, em particular, assume uma maior relevância porque, além de conceituar e classificar os diferentes provedores, expõe os casos em que o provedor de acesso deve ser responsabilizado civilmente. Mudar o tipo de provedor resulta uma nova análise da responsabilidade envolvida. Com isso, as decisões devem conhecer, no caso concreto, a atuação de cada tipo de provedor, para que sua responsabilidade esteja bem delimitada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desta pesquisa, foi possível destacar os avanços da Internet, proporcionando tanto vantagens como desvantagens. Uma das grandes vantagens identificadas foi a maior comunicação entre as pessoas. O provedor de acesso à Internet desempenha uma função relevante nesse processo porque se constatou que é elemento indispensável para permitir o ingresso no mundo virtual.

No segundo capítulo, observou-se que os contratos eletrônicos celebrados entre o provedor de acesso e o consumidor praticamente só se diferenciam dos contratos comuns devido ao meio de celebração. No caso, a Internet. Assim, os princípios aplicados nos contratos comuns devem ser também promovidos nos contratos eletrônicos. Dentre esses princípios, destacaram-se o da função social e o da dignidade da pessoa humana como determinantes para que o provedor se obrigue a prestar informações ao consumidor e a garantir a privacidade e a segurança no meio virtual.

O propósito alcançado no terceiro capítulo, além de apontar a evolução da responsabilidade subjetiva até a responsabilidade objetiva, foi explicar que este instituto deve ser aplicado nas relações entre o provedor e seu cliente. Com base na teoria do risco, justificou-se que, ao auferir lucros (bônus) com sua atividade, o provedor, como ônus, deve indenizar o consumidor que sofrer danos diretamente relacionados com o serviço de acesso.

Apesar de haver entendimento que o provedor de acesso não deve ser responsável por danos, ficou esclarecido, de acordo com o quarto capítulo, que, se tais danos forem provocados essencialmente pelo serviço prestado de acesso à Internet, o provedor deve indenizar o consumidor. Aspectos como segurança e qualidade do serviço, preconizados pelo Código de Defesa do Consumidor, sinalizaram para esse entendimento.

Foi importante, logo no início desse quarto capítulo, classificar os provedores para que ficasse delimitado o campo de atuação do provedores, especialmente o relativo ao provedor de acesso, com o objetivo de se verificar as obrigações que devem ser atendidas, principalmente em caso de danos sofridos pelos consumidores. Dentre os danos elencados em rol exemplificativo, destacaram-se: entrada de vírus no computador do consumidor, proveniente da Internet; deficiência de transmissão de dados; interceptação de dados; falhas de proteção ao sigilo; indisponibilidade do sistema (dentre os desdobramentos dessa interrupção do acesso à Internet, verificou-se que o consumidor pode sofrer danos quando negocia com terceiros no ambiente virtual) gerando prejuízos ao consumidor; invasão de *hackers*, *crackers*; instalação não autorizada de *cookies*. A eventual alegação do provedor que tais danos revelam a natureza de caso fortuito não mereceu prosperar, pois tais acontecimentos são intrínsecos ao próprio serviço de acesso. Se o provedor de acesso incluir esses casos em cláusulas contratuais de isenção de responsabilidade, a abusividade ficará patente. As cláusulas mencionadas devem ser nulas.

Ainda no quarto capítulo, na análise em relação aos deveres do provedor, constatou-se que o dever de prestar informações é hipótese de isenção de responsabilidade do provedor quando tal conduta precede ao aparecimento do dano, com a possibilidade do consumidor acatar ou não as informações mencionadas. Exemplificando: o provedor fica isento de responsabilidade quando alerta o consumidor da tentativa de terceiros desejarem inserir *cookies* em seu computador e informa ainda os danos que podem ser causados por tais arquivos. Outras hipóteses apontadas em que o provedor de acesso se exime de responsabilidade: quando não tiver prestado o serviço, quando o defeito não existir, ou quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Como exemplo desse último caso, tem-se o consumidor que, ao inserir um CD por conta própria em seu computador, não percebe que o mencionado periférico

contém vírus, os quais podem causar danos. Percebe-se, assim, que a culpa foi exclusiva do consumidor.

Os estudos de casos, ao mesmo tempo que revelaram o atendimento de institutos jurídicos examinados nesta pesquisa, demonstrou a importância de se classificar os provedores para que se pudesse delimitar as responsabilidades envolvidas. O quarto capítulo, em particular, ao analisar essa classificação e estabelecer os limites da responsabilidade civil dos provedores de acesso, auxilia as decisões judiciais para que estas sejam mais esclarecedoras quanto ao tipo de provedor que estão apreciando e julgando.

Ao longo do trabalho, alguns temas relacionados com o assunto tratado foram apresentados como sugestões de novos trabalhos. Dentre eles, pode ser citado o caso de provedor de acesso estrangeiro. A matéria é importante, uma vez que se apresenta como um possível entrave para eventuais punições após fiscalizações de provedores de acesso que atuam em diversos países.

Importante destacar que, como já discutido, entendeu-se que o Código de Defesa do Consumidor (principalmente) e o Código Civil já regem suficientemente a questão central deste trabalho. Os princípios e normas estabelecidos na lei consumerista atendem as relações configuradas na Internet, especialmente quanto a institutos como responsabilidade objetiva, qualidade do serviço prestado e direito à informação. Alguns termos específicos apresentados no mundo virtual, para reforçar seu entendimento, poderiam ser incluídos em novos dispositivos da própria legislação consumerista. Por ser ainda um tema polêmico, pode ser objeto de novos estudos. É provável que outras questões, principalmente as não consumeristas, necessitem realmente de legislações específicas, sugerindo-se, assim, como tema de outras pesquisas.

A importância do tema do provedor de acesso se evidencia ainda mais porque a conexão entre o consumidor e a Internet só é possível devido ao próprio provedor de acesso. Essa indispensabilidade dos serviços prestados pelo provedor de acesso poderia ser questionada se estaria ou não se

configurando em uma violação aos direitos dos consumidores. Destaca-se esse questionamento como sugestão de novos trabalhos.

Uma outra sugestão de trabalho se refere ao estudo da relação entre o consumidor e uma loja virtual, incluindo a possibilidade do provedor de acesso responder solidária ou subsidiariamente no caso da loja não honrar seus compromissos com o consumidor.

Uma outra questão suscitada neste trabalho como sugestão de novas pesquisas se refere ao estudo de mecanismos de fiscalização da atividade exercida e os métodos empregados pelo provedor de acesso. Dessa forma, pretende-se coibir que o provedor de acesso aja impunemente, causando danos ao consumidor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria da Gloria Villaca Borin Gaviao de; WADA, Ricardo Morishita. Os sistemas de responsabilidade do código de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.41, p.185-204, jan/mar.2002.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. Barueri, SP: Manole, 2004.

ANDREATO, Danilo. **Direitos de personalidade e Internet** . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1983>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **Considerações sobre os contratos eletrônicos** . Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1663, 20 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10842>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

AZAR, María José. El consentimiento en la contratación de consumo por internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.42, p.27-47, abr/jun. 2002.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. **O crime na era da inform@ção** . Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3675>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

BARROS, Felipe Luiz Machado. **Dos contratos eletrônicos no direito brasileiro**. <http://www.jus.com.br/doutrina/contrel3.html>. 11.2000.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil - responsabilidade civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

BLACKMAN, Josh. **The internet fact finder for lawyers**: how to find anything on the net. Estados Unidos: Kessedjan Editor, 1998.

BLUM, Renato M. S. Opice; **A Internet e os Tribunais**; Artigo publicado no site www.neofito.com.br; 05/2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C.J. Santos; ver. Téc. Claudio De Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10 a. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Guilherme Castelo. **Software: a discussão sobre pirataria e os abusos processuais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3817>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

BRASIL, Angela Bittencourt. **Os direitos autorais e a www**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2374>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

_____. **Contratos virtuais**. <http://www.ciberlex.adv.br/artigos/contratosvirtuais.htm> 01.2000.

BRUNO, Fábio de Barros. **Os contratos eletrônicos e a vontade preestabelecida por meio de programas de computador**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1054, 21 maio 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8447>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva; BLUM, Renato M. S. Opice. **A Internet e os direitos autorais**. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 50, abr. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2020>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

CABRAL, Plínio. **A nova lei dos direitos autorais (comentários)**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

CAMARA, Maria Amália Oliveira de Arruda. **A nova tecnologia e o direito: um estudo sobre os recursos que ajudam na construção do Direito de Informática**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

CAMPOS, Eduardo Faria de Oliveira. **Direito e Internet: direitos autorais e a tecnologia peer-2-peer**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 613, 13 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6363>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos. **A responsabilidade civil pelo conteúdo da informação transmitida pela Internet**. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de risco e o futuro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.44, p.122-140, out/dez.2002.

CATALAN, Marcos Jorge. A hermenêutica contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.62, p.139-161, abr/jun.2007.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O princípio da boa-fé no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – análise quantitativo-comparativa e consolidação de ementas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.51, p.212-222, jul/set.2004.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Software: lei, comércio, contratos e serviços de informática**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000. p. 240.

CHANDLER, Yvonne J. Neal-Schuman **guide to finding legal and regulatory information on the internet (serial)**. Estados Unidos, 1997.

CHAVES, Dagoberto Luiz Moutinho de Miranda. **Reprodução não autorizada na Internet**. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2944>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

COOPER, Jonathan. **Liberating cyberspace: civil liberties, human rights & the internet**. Estados Unidos, 1999.

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

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.

DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE LUCCA, Newton e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coords) e outros. **Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes**. 1ª reimp. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

DIAS, Jean Carlos. **Direito contratual no ambiente virtual**. 2. ed. (ano 2004), 5. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.7: responsabilidade civil**. 18. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FROTA, Mário. Código de defesa do consumidor: balanço, efectividade e perspectivas. Novas tendências do direito do consumidor da Europa. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.57, p.129-161, jan/mar.2006.

_____. O regime jurídico da segurança geral de produtos e serviços de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.56, p.243-269, out/dez.2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. IV: contratos, tomo 1: teoria geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. **Da validade jurídica dos contratos eletrônicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 264, 28 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4992>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

GIANASI, Anna Luiza de Castro. As relações de consumo e o princípio da transparência: uma proposta de integração jurídico-normativa para o Mercosul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.58, p.7-54, abr/jun.2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

GRECO, Marco Aurélio. **Internet e Direito**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

GREGORI, Maria Stella. A responsabilidade das empresas nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.62, p.162-171, abr/jun.2007.

GUEIROS, Christina; **Responsabilidade civil do provedor de Internet**; Artigo publicado no site www.jus.com.br; 07/2000.

HEELS, Erick J. **Law on the Internet: the best legal sites & more**. Estados Unidos: Richard Klau Editors, 1998.

JALIL, Daniela Schaun. **Direitos autorais sobre a música na Internet**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 139, 22 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4410>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

JOHNSTON, David. **Cyberlaw: What you need to know about doing business online**. Estados Unidos, 1997.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOPPE PEREIRA, Agostinho; KOPPE PEREIRA, Henrique Mioranza; CALGARO Cleide. A prevenção como elemento de proteção ao consumidor: a saúde e segurança do consumidor no Código de Proteção e Defesa do Consumidor brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.63, p.9-26, jul/set.2007.

LEONARDI, Marcel. **Vigilância tecnológica, bancos de dados, Internet e privacidade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 499, 18 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5899>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

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

MARQUES, Cláudia Lima. O novo direito privado brasileiro após a decisão da Adin dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do direito do consumidor e a Drittwirkung no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.61, p.40-75, jan/mar.2007.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.57, p.9-59, jan/mar.2006.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.51, p.34-67, jul/set. 2004.

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed. rev. , atual. e ampl. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.64, p.43- 70, out/dez.2007.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.58, p.55-74, abr/jun.2006.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Compatibilidade entre os princípios do código de defesa do consumidor e os do novo código civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.57, p.77-128, jan/mar.2006.

NEVES, Carvalho. **Direitos autorais e citação de documentos eletrônicos da Internet** . Jus Navigandi, Teresina, a. 1, n. 16, jul. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1793>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

NÓBREGA, José Flóscolo. **Introdução ao Direito**. 8 a. ed. rev. e atual. João Pessoa: Edições Linha d'Água, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PACITTI, Tércio. **Do Fortran à Internet: no rastro da trilogia: educação, pesquisa e desenvolvimento**. 2. ed. especial atualizada. São Paulo: Makron Books, 2000.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2000.

PARDO, Guillermo Orozco. La función del contrato en el marco del derecho del consumo: especial referencia al derecho del consumo como instrumento de protección de los consumidores en el ámbito de la contratación. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.59, p.151-196, jul/set.2006.

PECK, Patricia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade civil e o novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

REALE, Miguel; **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A responsabilidade do proprietário de site que utiliza fóruns de discussão: decisão da Corte argentina**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 506, 25 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5964>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.41, p.151-165, jan/mar.2002.

ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, v.61, p.230-269, jan/mar.2007.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RODRIGUES, Geisa de Assis. A proteção ao consumidor como um direito fundamental. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, v.58, p.75-97, abr/jun.2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Responsabilidade civil**. v.4. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSCOE BESSA, Leonardo. Os bancos de dados de proteção ao crédito na visão do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, v.63, p.202-230, jul/set.2007.

ROSENOER, Jonathan. **Cyberlaw: the law of the internet**. Harrisonburg: Springer, 1997.

RÜCKER, Bernardo. **Responsabilidade do provedor de internet frente ao Código do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1776>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

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

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. **Contratos eletrônicos**. In: ROVER, Aires José (Org.). Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SENISE LISBOA, Roberto. O consumidor na sociedade da informação. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, v.61, p.203-229, jan/mar. 2007.

SICHEL, Ricardo Luiz. **Direito da propriedade intelectual e Internet**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 426, 6 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5654>>. Acesso em: 14 fev. 2005.

SILVA, Rosana Ribeiro da. **Contratos eletrônicos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1794>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

SOUZA, Marcos Antônio Cardoso de. **A legislação e a internet**. <http://www.faroljuridico.vsp.com.br/art-legisinternet.htm> 30.10.2000.

TADEU, Silney Alves. O dever de informar: considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, v.58, p.255-274, abr/jun.2006.

TESCHENHAUSEN EBERLIN, Fernando Buscher von. Responsabilidade dos fornecedores pelos danos decorrentes dos riscos do desenvolvimento: análise sob a ótica dos princípios gerais da atividade econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 16, v.64, p.9-42, out/dez.2007.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo**; Curitiba: Juruá, 2002.

VAZ, Patrícia Milano. O consumo internacional através dos provedores de acesso à Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.52, p.93-129, out/dez.2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENTURA, Luís Henrique. **Tendências internacionais sobre comércio eletrônico**. Revista Consulex, nº 38, ano IV, Brasília, 29.02.2000.

WALDMAN, Ricardo Libel. O sobre-princípio da função social do contrato: da filosofia à dogmática jurídica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.59, p.127-149, jul/set.2006.

WERNER, José Guilherme Vasi. Vícios e defeitos no produto e no serviço: da garantia e da responsabilidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.58, p.98-115, abr/jun.2006.

ZANCHET, Marília. A nova força obrigatória dos contratos e o princípio da confiança no ordenamento jurídico brasileiro: análise comparada entre o CDC e o CC/2002. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v.58, p.116-142, abr/jun.2006.