

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA
CAMPUS DE CHAPECÓ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO

DOUGLAS MARANGON

**UMA RELEITURA DA AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE DIGITAL. Limites
Materiais dos Contratos Eletrônicos**

CHAPECÓ

2019

DOUGLAS MARANGON

**UMA RELEITURA DA AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE DIGITAL: Limites
Materiais dos Contratos Eletrônicos**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito (Direitos Fundamentais), sob orientação do professor Dr. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz.

CHAPECÓ

2019

M311r Marangon, Douglas.
Uma releitura da autonomia privada na sociedade digital: limites materiais dos contratos eletrônicos / Douglas Marangon ; orientador Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz. UNOESC, 2019.
196 f.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz.
Dissertação (Mestrado) – Universidade do Oeste de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Chapecó, SC, 2019.

Bibliografias: f. 185- 195.

1. Contratos eletrônicos. 2. Direitos da personalidade. 3. Direitos fundamentais. I. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz. II. Título.

Dóris: 341.27

DOUGLAS MARANGON

**UMA RELEITURA DA AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE DIGITAL. Limites
Materiais dos Contratos Eletrônicos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito (Direitos Fundamentais) e aprovada pela seguinte banca examinadora:

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz – Orientador
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Professor Dr. Wilson Antônio Steinmetz – Examinador interno
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Professora Dra. Maria Cristina Cereser Pezzella – Examinador interno
Universidade do Oeste de Santa Catarina

Professora Dra. Liziane Paixão Silva Oliveira – Participante Externo

Aprovada em 29 de agosto de 2019.

AGRADECIMENTOS

De modo especial gostaria de agradecer ao corpo docente do programa de Pós-graduação, pelas valiosas lições e pelo aprendizado proporcionado.

Ao meu orientador, Professor Doutor Marco Aurélio da Cunha e Cruz, agradeço a valorosa orientação, sem a qual o presente trabalho não seria possível.

Aos meus filhos, esposa e familiares, agradeço pela paciência e peço desculpas pela ausência. A conclusão do presente estudo não seria possível sem considerável sacrifício de tempo e energia, por vezes, em prejuízo da convivência familiar.

Aos colegas de Mestrado, agradeço pela troca proporcionada e pela amizade consolidada. Passam a ser parte de minha trajetória.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo delimitar o conteúdo da autonomia privada no paradigma da sociedade informacional, com o delineamento de princípios básicos aptos a nortear as relações negociais estabelecidas por meio eletrônico. É uma dissertação apresentada com exigência à obtenção do título de Mestre, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, linha de pesquisa: “Direitos fundamentais civis: a ampliação dos direitos subjetivos”. A abordagem metodológica parte de um enfoque essencialmente dogmático, a partir das dimensões analítica, empírica e normativa. Inicialmente, busca-se compreender a conformação da autonomia privada e sua consolidação como princípio basilar do direito privado, sob a perspectiva da constitucionalização do direito privado e da irradiação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Na sequência, procede-se a mediação do contrato eletrônico e das conformações da autonomia privada no bojo da sociedade informacional, notadamente, em relação a negócios jurídicos que abarquem direitos da personalidade, tendo em vista vulnerabilidade informacional do usuário dos serviços informáticos. Uma vez estabelecidos os limites à disposição de direitos da personalidade, o estudo se ocupou de analisar a compatibilidade dos “termos de uso” e “políticas de privacidade” dos principais aplicativos e *sites* de serviços *on-line*, segundo critério de impacto objetivo, com o sistema de proteção dos direitos fundamentais. A problematização diz respeito à possibilidade de limitação de direitos da personalidade por meio dos referidos regulamentos, no exercício da igualmente fundamental autonomia privada. Para a solução desse conflito jurídico, adotou-se as relações de precedência *prima facie* propostas por Steinmetz a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy. Aplicando-se a formulação proposta à solução do problema central, chegou-se à conclusão de que, considerando-se a posição de vulnerabilidade do usuário dos serviços *on-line*, que o coloca em evidente posição de desigualdade fática, há precedência *prima facie* em favor do direito fundamental individual, seja ele de conteúdo patrimonial ou pessoal, em face do princípio da autonomia privada, o que torna inválida qualquer disposição de direito fulcrada nos “termos de uso” analisados.

Palavras-chave: Autonomia privada. Contrato eletrônico. Direitos da personalidade.

ABSTRACT

This study aims to delimit the content of private autonomy in the paradigm of the information society, outlining basic principles capable of guiding the business relationships established by electronic means. It is a dissertation submitted with demand to obtain the title of Master, from the Graduate Program in Law of the University of Western Santa Catarina, research line: "Civil fundamental rights: the expansion of subjective rights". The methodological approach starts from an essentially dogmatic approach, based on the analytical, empirical and normative dimensions. Initially, we seek to understand the conformation of private autonomy and its consolidation as a fundamental principle of private law, from the perspective of the constitutionalization of private law and the irradiation of fundamental rights in relations between individuals. Subsequently, we proceed to the mediation of the electronic contract and the conformations of private autonomy within the information society, notably in relation to legal businesses that include personality rights, in view of the informational vulnerability of the user of computer services. Once limits on the availability of personality rights were established, the study addressed the compatibility of the "terms of use" and "privacy policies" of major online service sites and applications, according to objective impact criteria, with the system of protection of fundamental rights. The questioning concerns the possibility of limitation of personality rights by means of these regulations, in the exercise of the equally fundamental private autonomy. To resolve this legal conflict, the *prima facie* relations of precedence proposed by Steinmetz were adopted from Robert Alexy's theory of principles. Applying the proposed formulation to the solution of the central problem, it was concluded that, considering the position of vulnerability of the user of online services, which puts him in evident position and factual inequality, there is *prima facie* precedence. favor of the individual fundamental right, be it of patrimonial or personal content, in view of the principle of private autonomy, which renders invalid any provision of law based on the "terms of use" analyzed.

Keywords: Private autonomy. Electronic contract. Rights of the personality.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	AUTONOMIA PRIVADA COMO PRINCÍPIO BASILAR DO DIREITO PRIVADO	15
2.1	CONFORMAÇÃO DO CONTEÚDO DA AUTONOMIA PRIVADA	15
2.2	ORIGENS DA AUTONOMIA PRIVADA: DO INDIVIDUALISMO AO LIBERALISMO	21
2.3	O DESENVOLVIMENTO DO RACIONALISMO E DO LIBERALISMO: DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA	28
2.4	A PROBLEMATIZAÇÃO DOS LIMITES/CONFORMAÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA.....	40
2.5	AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	48
3	TRANSCENDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	56
3.1	A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	57
3.2	TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA	59
3.3	TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA.....	62
3.4	VARIAÇÕES TEÓRICAS	67
3.5	TRANSCENDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL – O NOVO CONTRATO.....	69
4	O CONTRATO ELETRÔNICO	76
4.1	CONCEITO DE CONTRATO ELETRÔNICO	79
4.2	A FORMA DO CONTRATO ELETRÔNICO.....	83
4.3	DISCIPLINA JURÍDICA DO CONTRATO ELETRÔNICO	86
4.4	COMÉRCIO ELETRÔNICO E A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO ESPAÇO VIRTUAL.....	91
4.5	FORÇA PROBATÓRIA DO CONTRATO ELETRÔNICO.....	102
5	AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL E A PROBLEMÁTICA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	106
5.1	DISTINÇÃO NECESSÁRIA: DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE	107

5.2	CONFORMAÇÃO DO CONTEÚDO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	109
5.3	CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE ...	111
5.4	IRRENUNCIABILIDADE E POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA AO SEU EXERCÍCIO	113
5.5	OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO COMÉRCIO JURÍDICO	117
5.6	OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO TRÁFEGO JURÍDICO ELETRÔNICO E A QUESTÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS	120
6	AUTONOMIA PRIVADA E LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	127
6.1	AUTONOMIA PRIVADA E OS LIMITES À DISPOSIÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE INFORMACIONAL, DO TRADICIONAL DIREITO À PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS	127
6.2	PLATAFORMAS EM QUE PREPONDERA O CONTEÚDO PATRIMONIAL	135
6.3	PLATAFORMAS EM QUE PREPONDERA O CONTEÚDO EXISTENCIAL.....	153
6.4	MÉTODO PROPOSTO PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS DA PERSONALIDADE	168
7	CONCLUSÃO	177
	REFERÊNCIAS	185

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a compreensão da autonomia privada no paradigma da sociedade informacional, bem como sua conformação no ambiente virtual, especialmente, nas hipóteses de instrumentos negociais que abarquem conteúdo existencial, ou não estritamente patrimonial.

Busca-se, por meio da pesquisa desenvolvida, aproximar a teoria tradicional do negócio jurídico à nova sistemática contratual decorrente da evolução tecnológica, atentando, ainda, aos influxos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

É de especial interesse para a pesquisa o delineamento da autonomia privada como princípio basilar do direito privado na sociedade informacional, com destaque para os limites materiais dos contratos celebrados por meio eletrônico, notadamente, quando abarquem relações jurídicas de caráter existencial que envolvem os direitos da personalidade.

A partir das análises propostas, busca-se apresentar soluções teóricas adequadas e cientificamente válidas para a solução dos conflitos entre autonomia privada e direitos fundamentais surgidos na sociedade informacional.

A esse respeito, o fornecimento e a autorização de uso de dados pessoais, para que se possam acessar os serviços fornecidos na rede, passam a se apresentar com um dos principais carecimentos decorrentes da nova sistemática contratual.

O Século XIX foi marcado pela fé no progresso tecnológico, iniciado com a primeira revolução industrial, tido com essencialmente benéfico à humanidade. Entrementes, questões relacionadas aos possíveis riscos a este progresso passaram a ser cogitadas. Os discursos sobre os efeitos sociais das tecnologias passam a considerar seu caráter bifronte.

A controvérsia nasce da consciência da forte defasagem entre a rapidez do progresso técnico-científico e a lentidão com que amadurece a capacidade de controle dos processos sociais que acompanham tal progresso. É nesse terreno que avulta a importância de preencher tais defasagens, por meio de políticas específicas, com a elaboração de instrumentos jurídicos adequados. Contudo, esse labor frequentemente se limita a um cansativo e infrutífero acompanhamento das novidades tecnológicas, cuja velocidade, cada vez maior, inviabiliza o acompanhamento do sempre lento planejamento socioinstitucional. Com muita frequência se percebe a rápida obsolescência das soluções jurídicas que abarcam dados técnicos ou problemas específicos.

Ante essa inexorável realidade, vislumbra-se a necessidade de individualizar princípios gerais atinentes a essa temática, associando-os a tendências de longo prazo, de modo a permitir

à dogmática jurídica acompanhar a velocidade crescente das inovações tecnológicas, permitindo que dela se extraíam soluções às novas problemáticas daí decorrentes.

A própria defesa do uso adequado das informações requer um alargamento da perspectiva institucional, de modo a superar a lógica puramente proprietária e integrar controles de caráter individual com coletivos. Estamos, portanto, diante da necessidade de estabelecer qual deve ser o quadro de princípios fundamentais ao qual faremos referência na situação transformada, e não do que possa sobreviver, de forma mais ou menos precária, da antiga estrutura institucional.

Não é uma tarefa fácil. Não se trata, pois, apenas de salvaguardar direitos, mas, principalmente, de aguçar sensibilidades sociais e de estimular capacidades de reação. O potencial do uso de dados pessoais cresceu muito com a difusão dos sistemas de tratamento de informações e com o desenvolvimento das tecnologias interativas. A partir delas, o coletor das informações passou a ser cada vez mais o próprio fornecedor direto de um serviço, porquanto as novas mídias são também (ou sobretudo) canais para fornecimento de bens ou serviços, com base em uma troca cada vez mais consistente de dados e informações pessoais.

As informações fornecidas pelas pessoas para que possam acessar determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos diversos daqueles aos quais eram inicialmente destinadas, com relevante potencial de lucro para seus gestores. A partir das informações obtidas como requisito à prestação do serviço, podem criar informações novas, como perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas, perfis de interesse em assuntos políticos, etc., as quais podem interessar a outras corporações interessadas na compra.

Não se pode desenvolver, nessa temática, uma análise centrada no aspecto das vantagens e desvantagens inerentes ao uso mercadológico das informações, em seu custo benefício. A discussão que se abre é quanto à possibilidade de restringir direitos da personalidade a partir de uma lógica proprietária.

Assim, o problema proposto para o presente estudo é estabelecer, à luz da dogmática jurídica já consolidada, princípios gerais e perenes aplicáveis às relações jurídicas travadas no meio virtual, conforme sejam elas de caráter preponderante patrimonial ou existencial, bem como se arvorar da adoção de uma metodologia adequada à solução dos conflitos surgidos nesse campo.

A escolha do tema se justifica à medida que a constante evolução da sociedade e da tecnologia impõe, como efeito colateral necessário, o surgimento de problemas antes não imaginados e para os quais nem sempre existe solução adequada. Isso ocorre notadamente no

âmbito do Direito, caracterizado pela evolução lenta e gradual, normalmente caudatária, da realidade social.

O vácuo legislativo que acompanha as grandes inovações tecnológicas, a escassez doutrinária e a incipiência da jurisprudência a respeito da matéria autorizam afirmar a necessidade de estudos qual o proposto na presente pesquisa.

Hodiernamente, esse fenômeno se potencializou em virtude de um grande salto verificado em termos de tecnologia da informação e comunicação. A Internet reformulou, sobretudo, em nível mundial, o modo de interação entre as pessoas, estendendo seus efeitos a todas as esferas da vida social e, de igual modo, às relações negociais.

Avulta, nesse contexto, a necessidade da constante busca por soluções cientificamente adequadas às novas carências sociais. Cabe ao pesquisador, nesse passo, empenhar esforços no sentido de contribuir para o desenvolvimento da matéria, cogitando soluções eficazes à adequação do direito à realidade viva.

A importância do presente estudo reside, portanto, na necessidade de se compreender o conteúdo da autonomia privada como pedra angular do direito privado no contexto da sociedade da informação.

O objetivo geral da pesquisa consiste em delimitar o conteúdo da autonomia privada a partir da releitura imposta pela sociedade informacional, com ênfase aos contratos eletrônicos celebrados por meio digital. Como objetivos específicos, buscou-se: a) Expor a construção do conceito de autonomia da vontade para a autonomia privada como elemento principal da teoria contratual e do negócio jurídico; b) A contextualização das implicações jurídicas do conceito de contrato na transição da teoria da vontade para a teoria da autonomia privada; c) Analisar os efeitos da constitucionalização do direito civil e da irradiação dos direitos fundamentais às relações privadas para a teoria do negócio jurídico; d) Conceituar e expor as características da sociedade informacional; e) Analisar os efeitos da evolução da tecnologia informacional na teoria do negócio jurídico; f) Estabelecer os limites materiais ao exercício da autonomia privada em situações jurídicas preponderantemente existenciais; g) Estabelecer os princípios aplicáveis à contratação por meio eletrônico e propor uma sistemática cientificamente adequada de solução de conflitos entre a autonomia privada e os direitos fundamentais.

O estudo limita-se, portanto, à análise da autonomia privada no bojo da sociedade informacional a partir da perspectiva da população digitalmente inserida. Não se desconhece a problemática relacionada à sociedade informacional no que se refere à falta de acessibilidade virtual, seja em razão de necessidades especiais do indivíduo, seja em decorrência do analfabetismo digital ou mesmo aquela decorrente da pura e simples ausência de recursos

materiais para tanto. Vislumbra-se, ainda, novos carecimentos relacionados às relações jurídicas estabelecidas no meio virtual envolvendo o uso da imagem de menores, com o consentimento e em benefício dos pais. Contudo, em que pese a importância dos temas, escapam aos limites e ao recorte epistemológico do presente estudo.

O problema de pesquisa proposto impõe a adequada utilização de categorias jurídicas e conceitos relacionados ao tema. Nesse passo, impende delimitar o referencial teórico que servirá de suporte ao desenvolvimento do estudo.

Versando o estudo sobre autonomia privada e limites materiais vinculabilidade dos negócios jurídicos celebrados por meio eletrônico, impositiva a fixação do conceito de “contrato”, instrumento por excelência do tráfico jurídico, como sendo o acordo de duas vontades, na conformidade com o ordenamento jurídico, com o objetivo de estabelecer uma regulamentação de interesses das partes, visando adquirir, modificar ou extinguir direitos.

Na esteira da massificação dos contratos e da evolução tecnológica e social, avoluma a modalidade de contrato celebrado de modo eletrônico, conceito especialmente relevante ao estudo proposto. O conceito de “contrato eletrônico” adotado corresponde àquele relativo ao contrato tradicional, com a particularidade de ser celebrado com a utilização de meios eletrônicos, especialmente a Internet, sendo o meio eletrônico utilizado para veiculação da oferta e da aceitação.

O conceito de “autonomia privada” se mostra especialmente caro ao presente estudo. Como superação do dogma da vontade, a autonomia privada pode ser definida como o poder atribuído ao indivíduo pelo ordenamento jurídico para que possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações, sempre em conformidade com esse mesmo ordenamento, o qual conforme seus limites, notadamente a partir da lei, da ordem pública e dos bons costumes.

O desenvolvimento do trabalho é dividido em cinco partes.

Na primeira parte do trabalho busca-se delimitar o conteúdo da autonomia privada como princípio basilar do direito privado, passando pela investigação acerca de sua origem e aspectos filosóficos, desde o dogma da vontade até a conformação atual de seu conteúdo.

O segundo capítulo tem por objetivo a compreensão do fenômeno da constitucionalização do direito privado e da irradiação dos direitos fundamentais às relações entre particulares. A partir das teorias acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas e da constitucionalização do Direito Privado, busca-se estabelecer as características do novo contrato. O capítulo em questão dedica-se, igualmente, a analisar a problemática da proteção do consumidor no paradigma da nova sistemática contratual. Com

base nas premissas fixadas, objetiva-se fixar as balizas da autonomia privada na sociedade informacional.

O terceiro capítulo procura fixar o conceito de contrato eletrônico, bem como sua forma e disciplina jurídica, com destaque à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas travadas no meio virtual.

O quarto capítulo ocupa-se de enfrentar o problema da autonomia privada na sociedade informacional e suas inflexões sobre o sistema de proteção dos direitos da personalidade. Para tanto, busca-se delimitar o conteúdo dos direitos da personalidade e a possibilidade de seu ingresso no tráfego jurídico. Em desfecho, analisa-se a questão da proteção de dados pessoais sensíveis e seu ingresso no tráfego jurídico a partir da autorização do titular como requisito à utilização dos serviços fornecidos na rede. Os limites de disposição, por meio eletrônico, de aspectos relacionados aos direitos da personalidade, compõem o objetivo do capítulo em questão.

Em desfecho, o quinto capítulo cuida da solução do conflito jurídico entre a autonomia privada (caracterizada com *status* de fundamental), em face de outros direitos fundamentais, no bojo da sociedade informacional, adotando como parâmetro de análise os contratos celebrados por meio eletrônico, para se trabalhar com as hipóteses de relações de precedência *prima facie* desenvolvidas por Steinmetz, a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy. No derradeiro capítulo, serão analisados os “termos de uso” e “políticas de privacidade” dos principais aplicativos e serviços online, eleitos pelo critério de impacto social objetivo. Os termos analisados são divididos em duas categorias, conforme abarquem conteúdo preponderantemente patrimonial ou existencial. Pertencentes à primeira categoria, serão objeto de análise os termos de uso da Amazon, Mercado Livre, OLX, Buscapé e Uber. Componentes da segunda categoria, serão analisados os termos de uso do Facebook, Instagram, WhatsApp, Twitter, Google e Youtube.

A abordagem metodológica do presente estudo parte de um enfoque essencialmente dogmático. Para tanto, utiliza-se a divisão proposta por Robert Alexy, segundo a qual a dogmática jurídica poderia ser dividida em três dimensões: a analítica, a empírica e a normativa.

Conforme proposto por Alexy (2011, p. 33), “[...] a dimensão analítica diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente.” Na esteira de Alexy, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 31) explica que “Na dimensão analítica o foco central é a análise dos conceitos básicos e mais elementares envolvidos no objeto da pesquisa.” Igualmente, conforme Silva (2010), faz parte da dimensão analítica da dogmática jurídica a investigação acerca da relação existente entre os conceitos estudados. Por fim, ainda na dimensão analítica de abordagem,

busca-se compreender a construção jurídica do conceito de autonomia privada, bem como os fundamentos à limitação de direitos fundamentais e o método de solução de colisão de direitos fundamentais a ser utilizado na resolução do problema de pesquisa proposto.

Além da dimensão analítica, importa para o presente estudo a dimensão empírica. Segundo Alexy (2011, p. 34), “A dimensão empírica da dogmática jurídica pode ser compreendida a partir de dois pontos de vista: primeiro, em relação à cognição do direito positivo válido e, segundo, em relação à aplicação de premissas empíricas na argumentação jurídica [...]” Interessa-nos, particularmente, o primeiro ponto de vista. A dimensão empírica ficará evidenciada, especialmente, a partir do estudo da jurisprudência desenvolvida acerca do tema, principalmente – mas não exclusivamente – a partir dos entendimentos perfilhados pelas cortes superiores. Ainda, a efetividade do direito é objeto da dimensão empírica, o que interessa particularmente ao presente estudo, à medida que se pretende construir uma solução realizável ao problema proposto, em reverência à área de concentração à qual o estudo é vinculado.

Por fim, a dimensão normativa representa o próprio objetivo do presente trabalho acadêmico: fornecer uma resposta juridicamente adequada e racionalmente fundamentada ao problema analisado. Para tanto, utilizar-se-á das relações de precedência *prima facie* desenvolvidas por Steinmetz visando solucionar o conflito jurídico entre a autonomia privada e os direitos da personalidade, sob a perspectiva da dogmática dos direitos fundamentais.

2 AUTONOMIA PRIVADA COMO PRINCÍPIO BASILAR DO DIREITO PRIVADO

2.1 CONFORMAÇÃO DO CONTEÚDO DA AUTONOMIA PRIVADA

A expressão autonomia, que se encontra em dicionários da língua portuguesa a partir de 1836, resulta, etimologicamente, da junção de duas palavras gregas, *autós* e *nomói*. De *autos* tem-se a ideia de si mesmo, representando uma qualidade ou condição inerente e peculiar a um ser. E *nomói* corresponderia à norma ou regra. A junção do antepositivo grego *autos* com a palavra *nomói* gerou autonomia, que ingressou no vernáculo, provavelmente, por influência da palavra francesa *autonomie* (VILLAR apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 113).

Sobre o vocábulo vontade, Cabral (2004, p. 90) dispõe que o termo apresenta origem latina – *voluntas*, significando um desejo, o ato de querer: “vontade é a faculdade que tem o ser humano de querer, escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar determinados atos.” A partir disso, o autor traça seu conceito:

Autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral ou intelectual. É o contrário de heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia. (CABRAL, 2004, p. 85).

Tanto do que se extrai do significado constante dos dicionários quanto da expressão vulgarmente utilizada, autonomia traz a ideia de independência, liberdade, autorregulamentação de condutas, autogoverno. A partir da modernidade, o termo passou a ser associado a aspectos positivos, contrariamente aos regimes nos quais o exercício desse autogoverno encontrava óbices no ideal de poder absoluto dos governos autoritários (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Sob o ponto de vista da fundamentação filosófica da autonomia privada, merecem destaque as formulações de Rousseau e Kant. Isso porque a autonomia remete à ideia de acordo de vontades e liberdade, marcadamente presentes na teoria contratual de Rousseau e na moral kantiana.

A teoria do contrato social, de Jean-Jacques Rousseau, contribui, decisivamente, no plano filosófico, para a teoria da vontade. Dentre os contratualistas, Stark (apud AMARAL NETO, 2011, p. 7) consigna: “O homem é naturalmente livre; a vida em sociedade exige, todavia, um certo abandono desta liberdade, mas este abandono não se concebe senão quando livremente consentido; nos limites e nas condições que esse contrato social determinou.”

Segundo a teoria do contrato social de Rousseau, a autoridade pública encontra respaldo no consenso dos sujeitos de direito, que se unem uns aos outros para formar a sociedade, quando, então, abandonam, pelo contrato social, uma parte dos direitos subjetivos que lhe seriam inerentes por sua condição natural. A vida em sociedade seria impossível se cada indivíduo almejasse exercer, à plenitude, suas liberdades individuais (RODRIGUES JUNIOR, 2004). Disso exsurge a ideia da vontade apta à autoimposição de limites, na migração do estado natural para a vida em sociedade.

Kant introduz a concepção de autonomia, originalmente, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), onde a define como a propriedade que a vontade possui de ser a lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer) (HUPFFER, 2011). A partir da filosofia de Kant, cuja influência no desenvolvimento da autonomia da vontade foi crucial, a vontade passa a imperativo categórico de ordem moral, afirmando-se, em *Metafísica do Direito*, que a vontade individual é a única fonte de toda obrigação jurídica. Na Alemanha, suas ideias serviram de substrato à famosa *Willenstheorie* e, na França, a tradução de seu livro consagra definitivamente a autonomia da vontade. A própria expressão é tirada da obra *Crítica da razão prática* (AMARAL NETO, 2011).

A novidade na proposição de Kant reside na formulação de uma nova concepção de autonomia fundada da ideia de liberdade. Kant interioriza o conceito de liberdade desenvolvido por Rousseau, mas se propõe a ir além, transformando-o em autonomia da vontade. Convidamos a pensar com liberdade e agir com autonomia (HUPFFER, 2011).

Para Kant, a moralidade se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, proporcionando-se um motivo para segui-la. Os agentes que são desse modo moralmente autogovernados, Kant chama de autônomos. Aí reside a novidade da sua concepção: a moralidade como autonomia (SCHNEEWIND, 2005).

É preciso ter presente que quando Kant rompe com a definição de moral vigente, busca o fundamento da obrigação moral na vontade humana autônoma, invocando o “caráter intemporal e universal da vontade individual sujeita à razão.” (HUPFFER, 2011, p. 3). Vê-se, assim, que um dos méritos de Kant é o de partir de imperativos categóricos, ou seja, de deveres que se impõem sem condição à consciência. Isso porque o dever imposto à vontade humana é um mandamento puro da razão, que deve ser ao mesmo tempo *a priori* e universal. Assim, ele constrói o princípio da moralidade, que deve residir na vontade humana autônoma (HUPFFER, 2011).

A moralidade é identificada por Kant como a necessidade objetiva que não se pode apoiar em quaisquer vantagens que o ato produza. Significa dizer que o agir moral não pode se

pautar pelos benefícios que o agente possa auferir em razão dele, tampouco no castigo que possa derivar de sua não ação. Moralidade, portanto, é a obediência ao que Kant chama de “leis da liberdade” (SCHNEEWIND, 2005, p. 530).

A moralidade é, desse modo, uma questão não do comportamento externo, mas da perfeição interna, que deve se originar da “subordinação da totalidade dos poderes e sensibilidades ao livre arbítrio.” (SCHNEEWIND, 2005, p. 530). Talvez fundamentos mais internos possam capacitar uma pessoa a agir corretamente, se não for muito tentada pelo desejo ou por uma sensação de injustiça por agir diferente, diz Kant, mas, em geral, será necessária a ideia de recompensas sobrenaturais para tornar a moralidade efetiva e aí então a pessoa sai fora da moralidade (SCHNEEWIND, 2005).

Outra indicação da concepção de moral como autonomia em Kant é a rejeição à ideia de dependência de um ser moral às ordens e aos desejos de outro, o que seria incompatível com nossa ação livre essencial. Mais do que condenar o servilismo, Kant explica o que está errado nele. A humanidade existente em nossa própria pessoa requer que respeitemos a nós mesmos e que busquemos aqueles objetivos que são nossos deveres, “não objetivamente, não em um espírito servil”, mas sempre conscientes da nossa dignidade “como uma pessoa que tem deveres que a sua própria razão lhe impõe.” (SCHNEEWIND, 2005, p. 556).

A autonomia kantiana pressupõe que somos agentes racionais, cuja liberdade transcendental nos tira do domínio da causação natural. Ela pertence a todo indivíduo, no estado de natureza e também na sociedade. Por meio dela cada pessoa tem uma bússola que permite à razão humana comum dizer o que é consistente e o que é inconsistente com o dever (SCHNEEWIND, 2005). A partir disso, é possível dizer que a autonomia seja o princípio da dignidade da natureza humana, enquanto ser racional, e a liberdade seja a chave da autonomia da vontade (HUPFFER, 2011).

Nessa ordem de ideias, a liberdade estaria inseparavelmente unida ao conceito de autonomia e a autonomia estaria vinculada ao princípio universal da moralidade, que idealmente serve de fundamento a todas as ações dos seres racionais, da mesma maneira que a lei da natureza serve de fundamento a todos os fenômenos (HUPFFER, 2011). Mais ainda, a lei suprema da moralidade é a liberdade como princípio da autonomia fundamentada no interesse do homem pela universalidade da lei. A liberdade pertence à essência do homem e é ela que “constitui a condição para que a razão possa efetivamente determinar a vontade à ação.” (HUPFFER, 2011, p. 5). Aí reside, segundo Hupffer (2011), a riqueza do pensamento de Kant, isto é, na sua definição do conceito de liberdade, que para o filósofo é um só, o da autonomia da razão.

Agir moralmente, de acordo com as proposições da razão, sem influências de paixões externas, eis a legítima liberdade que leva o indivíduo a agir autonomamente.

Buscando a definição conceitual em consonância com a dogmática jurídica contemporânea, pode-se consignar que, em sentido amplo, a autonomia jurídica individual ou liberdade jurídica está relacionada à concepção de liberdade jurídica, significando a capacidade de atuar lícitamente, ou seja, atuar em conformidade com o ordenamento jurídico ou, mais especificamente, não atuar contra proibição legal expressa (BORGES, 2007).

Para Campos (1991), a autonomia privada corresponde ao direito do indivíduo de não estar subordinado a outro ser humano. No campo do direito das pessoas, segundo aduz: “A autonomia privada traduz-se na faculdade que cada pessoa tem de estabelecer relações jurídicas com os outros, tanto no campo pessoal como no patrimonial, nos moldes que entender.” (CAMPOS, 1991, p. 216).

Fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediatemente, a concepção de que o indivíduo é base do edifício social e jurídico. Nesse sentido, sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização de justiça. Corolário dessa concepção é o negócio jurídico como fonte de obrigações (AMARAL NETO, 2011).

Ora, o Direito Civil é o ordenamento jurídico dos interesses e das relações jurídicas privadas, fundado no princípio da igualdade dos homens perante a lei, elaborado histórica e continuamente em torno do reconhecimento de uma esfera de soberania individual que tem suas evidentes manifestações no princípio da liberdade, com referência à pessoa, na propriedade, com referência aos bens, e no contrato, com referência à atividade econômica das pessoas. (AMARAL NETO, 2011, p. 4).

A autonomia privada, portanto, tem como pressuposto a liberdade individual que, filosoficamente, entende-se como a possibilidade de opção, como liberdade de fazer ou de livre arbítrio ou, ainda, sociologicamente, como ausência de condicionamentos materiais e sociais (AMARAL NETO, 2011). Sob o ponto de vista jurídico, a liberdade é o poder de fazer ou não fazer, ao arbítrio do sujeito, todo o ato não ordenado nem proibido por lei e de modo positivo, é o poder que as pessoas têm de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos (MAYNEZ apud AMARAL NETO, 2011).

Para os particulares, ser livre juridicamente significa ter a faculdade de agir lícitamente, o que ocorre sempre que não haja vedação legal expressa, o que se resume na máxima: o que não é proibido, é permitido (MEIRELES, 2009). O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em

virtude de lei” (BRASIL, 1988), atribuindo *status* constitucional à liberdade jurídica dos particulares.

O conceito de autonomia privada é mais restrito do que a concepção liberal de autonomia da vontade, como se verá oportunamente, correspondendo ao poder que o indivíduo tem de realizar negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Nessa perspectiva, a autonomia privada pode ser definida como o poder atribuído ao indivíduo pelo ordenamento jurídico para que possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações (BORGES, 2007).

Diniz (2011, p. 40-41), por seu turno, conceitua a autonomia privada como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”

De acordo com o conteúdo da autonomia privada, a pessoa poderá celebrar os negócios jurídicos que quiser, com quem quiser, quando e segundo os termos que melhor lhe convier. Conforme observa Campos (1991), trata-se de uma das principais manifestações da pessoa humana como ente autodeterminado. Nessa perspectiva, ao Estado somente seria lícito intervir nesta matéria para assegurar o essencial do pressuposto em que se assenta a autonomia privada, qual seja: a liberdade e a igualdade dos sujeitos. Bem ainda para garantir outros valores fundamentais da coletividade, que não podem ser vulnerados em benefício da atuação individual.

Ilustrando a abrangência da liberdade que possui o indivíduo de dispor, no exercício da autonomia privada, sobre os próprios interesses, Campos (1991, p. 216) leciona que “a pessoa tem, na sua esfera privada, uma liberdade semelhante ao legislador ordinário.” Explica que, enquanto o legislador encontra limites na Constituição, o indivíduo é balizado pelos valores insculpidos no ordenamento jurídico. Dentro desses balizamentos, a liberdade de contratar é plena, de modo que o negócio jurídico faz lei entre as partes.

Assim, a teia de vínculos jurídicos que liga as pessoas privadas é uma rede de vínculos privados. Segundo Campos (1991), a satisfação dos interesses pessoais somente pode caber às pessoas, que a devem efetivar por meio da via negocial. Nesse panorama, considera que o próprio bem-estar da sociedade é decorrente de todas as satisfações individuais, “do livre jogo da multiplicidade dos [bons] egoísmos dos homens [bons].” (CAMPOS, 1991, p. 216, acréscimos no original). Trata-se, como se vislumbra, de proposição com viés eminentemente liberal.

Sob o prisma técnico, ou seja, da produção de efeitos jurídicos, Meireles (2009, p. 68) define autonomia privada como “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequências de

comportamentos livremente assumidos.” Assim concebida, a autonomia privada seria substrato para a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas subjetivas, sempre em conformidade com a moldura formada pelo ordenamento jurídico.

Luigi Ferri (apud BORGES, 2007), em estudo dedicado ao tema, concebe a autonomia privada como sinônimo de poder de disposição. Para Ferri, autonomia privada e poder de disposição são exatamente o mesmo conceito, sendo que o poder de disposição significa poder de ditar normas, já que, em sua concepção de negócio jurídico, este é norma jurídica e a autonomia privada é o poder normativo.

Em sentido semelhante, Manuel A. Domingues de Andrade (apud BORGES, 2007, p. 26) conceitua a autonomia privada como a “ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares”, enquanto o negócio jurídico é “o meio posto pela ordem jurídica à disposição da pessoa privada (singular ou coletiva) para modelar como lhe aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com seus interesses, tais como os entende ou aprecia.” O conceito cunhado por Ana Prata (1982) concebe a autonomia privada como “poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito de direito, de juridicizar a sua atividade (designadamente sua atividade econômica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando seus respectivos efeitos.” (PRATA, 1982, p. 11).

Steinmetz (2004, p. 10) define a autonomia privada como “o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, autorregulem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões).”

Sarmento (2006) acrescenta que a autonomia privada, a qual define como poder de autorregulamentar os próprios interesses, tem como matriz a concepção de ser humano com agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se conforme estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros, nem violem outros valores relevantes da comunidade.

Das considerações até aqui traçadas a respeito do conteúdo da autonomia privada, denota-se que os atos de autonomia podem abarcar conteúdo patrimonial ou não patrimonial, cada qual submetido à lógica própria. Por conseguinte, a depender do conteúdo do ato de autonomia privada, diverso também será seu fundamento. Enquanto relações jurídicas puramente patrimoniais apontam para uma perspectiva civilista, relações jurídicas existenciais assentam-se em valores constitucionais, notadamente, no macroprincípio da dignidade humana. A propósito dessa diversa perspectiva, com destacada importância para o presente estudo, dedicar-se-á tópico específico.

2.2 ORIGENS DA AUTONOMIA PRIVADA: DO INDIVIDUALISMO AO LIBERALISMO

A tensão entre liberdade e opressão, direito e força, fez-se presente em toda a antiguidade. Entrementes, a autonomia, ainda nebulosamente colocada no plano do autogoverno, da autodeterminação ou da liberdade de conduzir-se a si próprio, permeou as épocas em que se destacou o humanismo e a valorização do que é próprio do ser humano (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Pode-se observar, com considerável grau de consenso, que o antecedente imediato da autonomia privada é o individualismo, doutrina segundo a qual a pessoa humana se encontra no centro do ordenamento jurídico, como fonte e causa final de todo o Direito (AMARAL NETO, 2011).

Filosoficamente, o individualismo explica os fenômenos históricos e sociais como decorrência de uma atividade consciente e interessada dos indivíduos. Significa, então, o individualismo, uma “tendência a colocar as instituições políticas, jurídicas e sociais de um país ao serviço dos interesses particulares dos indivíduos que compõem a população, de preferência aos interesses coletivos.” (WALLINE apud AMARAL NETO, 2011, p. 5).

Sob o ponto de vista econômico, o individualismo defendia a ideia de que o indivíduo deve gozar do máximo de liberdade para atuar no campo econômico. Nessa perspectiva, opõe-se ao dirigismo estatal e, quanto a esse aspecto, confunde-se com o liberalismo (AMARAL NETO, 2011).

Ante a celeuma que cerca o assunto, mister explicitar as matrizes de pensamento inauguradas por Locke e Smith, no limiar do estado liberal.

Inicialmente será abordado o tema “liberdade”, sob o prisma do liberalismo clássico, segundo a concepção de John Locke, notadamente, a partir dos escritos em sua obra *Dois Tratados Sobre o Governo*. Na sequência, far-se-á uma abordagem sob a perspectiva do Liberalismo-econômico de Adam Smith, adotando com referencial teórico sua obra *Riqueza das Nações*, buscando-se captar a concepção de liberdade segundo os autores, bem como sua contribuição e influência no tema da liberdade negocial.

Juntamente com Hobbes e Rousseau, Locke é um dos principais representantes do jusnaturalismo ou teoria dos direitos naturais. Segundo Mello (1993), o modelo jusnaturalista de Locke é, em suas linhas gerais, semelhante ao de Hobbes: ambos partem do estado de natureza que, pela mediação do contrato social, realiza a passagem para o estado civil.

Existe, contudo, uma substancial diferença entre os pensadores no que se refere à concepção dos termos estado natural, contrato social e estado civil. Contrariamente ao tradicional pensamento aristotélico, segundo o qual a sociedade precede o indivíduo, Locke sustenta pensamento diverso. Segundo doutrina, o indivíduo é anterior ao Estado e à própria sociedade. Na sua concepção individualista, os homens viviam originalmente num estágio pré-social e pré-político, caracterizado pela mais perfeita liberdade e igualdade, denominado estado de natureza (MELLO, 1993).

Diferentemente do estado de guerra hobbesiano, o estado de natureza, segundo Locke, gozaria de relativa paz e harmonia. Nesse estado pacífico, os homens já eram dotados de razão e desfrutavam da propriedade que, numa primeira aceção genérica utilizada por Locke, designava simultaneamente a vida, a liberdade e os bens como direitos naturais do ser humano (VÁRNAGY, 2006).

Com Kuntz (1997), pode-se defender a ideia de que, com o pensamento lockeano, liberdade e propriedade se haviam convertido em termos quase indissociáveis, ao passo que vida, liberdade e patrimônio teriam sido englobados no conceito de propriedade.

Ainda com arrimo em Kuntz (1997), insta anotar que houve algumas vozes dissonantes desse pensamento, mas Marx foi capaz de identificar a igualdade formal proposta pelo sistema liberal como sustentáculo do capitalismo e sua correspondência com a desigualdade material. Entretanto, a conciliação entre igualdade formal e material se mostrava impraticável com o sistema liberal inaugurado por Locke. A defesa da acumulação como compatível com o direito natural, no capítulo 5 do Segundo Tratado, é uma forma de legitimar a desigualdade.

O autor observa, no entanto, que para quem concebe o liberalismo como defesa incondicional da propriedade e do livre mercado, o problema da conciliação não se mostra relevante. Segundo aduz, o problema da conciliação somente existe quando se considera que os dois valores, liberdade e igualdade, balizam a tradição das democracias constitucionais do Ocidente e permanecem relevantes (KUNTZ, 1997).

Fazendo uma primeira aproximação entre os pensamentos analisados no presente estudo, convém apontar que:

Essa tradição é a grande moldura da reflexão rawlsiana. Ele não pretendeu construir uma teoria da justiça para qualquer sociedade, mas uma capaz de expressar, com maior equilíbrio, certos valores consolidados na cultura ocidental moderna, especialmente a partir da reforma. Esses valores incluem tanto a igualdade quanto uma noção nova da liberdade individual. (KUNTZ, 1997, p. 3).

Locke trata da propriedade também em uma concepção de posse de bens móveis e imóveis. Em contraponto a Hobbes, para quem a propriedade é uma benesse concedida pelo Leviatã, que pode retirá-la de seus súditos sempre que entender pertinente, Locke concebe a propriedade como fruto do trabalho (MELLO, 1993). Nessa perspectiva, partindo-se da premissa de que a terra foi provida por Deus para usufruto de todos, a partir do emprego do seu trabalho sobre a terra o ser humano passa a ser proprietário da parcela do solo que cultiva (LOCKE, 2001). Nas exatas palavras do filósofo:

O trabalho do seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza proveu e deixou, mistura-a ele com o seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade. (LOCKE, 2001, p. 409).

Por corresponder à capacidade de trabalho, a propriedade ficava limitada a esta. Depois, com o surgimento do dinheiro, a possibilidade do tráfego econômico e de acumulação de riquezas proporcionou a possibilidade de adquirir propriedade não apenas pelo trabalho, como também pela compra. Segundo Locke, aí reside a fonte da desigualdade na distribuição da riqueza (LOCKE, 2001).

Nesse contexto, o filósofo é considerado um dos precursores do Liberalismo Político surgido como contraponto ao absolutismo vigente e ensejando o surgimento do Estado mínimo, arrimado na crença de que cada indivíduo seria capaz de, por suas forças, gerenciar o processo econômico-social no qual está inserido (FULLER, 2004). “Tratava-se de propugnar a não atuação estatal, o que significava naquele contexto fenomênico a liberdade que tanto era fragilizada pelo poderio incontrastável de mando do monarca.” (FULLER, 2004, p. 139).

A respeito do tema, Bobbio (2004, p. 119) leciona que “vigia a concepção individualista da sociedade dotada da característica de primeiro vir o indivíduo e depois o Estado, posto ser aquele possuidor de valor em si mesmo e responsável pela configuração do Estado.”

Para além disso, Locke foi um dos pensadores que com maestria singular objetivou o chamado constitucionalismo, tendo como *ratio* inspiradora a contenção do poder do monarca (FULLER, 2004).

Conforme relembra Fuller (2004), a obra de Locke apresenta de forma contextual uma ferrenha refutação à obra de Robert Filmer, intitulada *Patriarca*. Na citada obra, propõe-se o direito divino dos reis, com base na teoria de que Adão teria recebido de Deus este poder que, ao longo da história, foi sendo transmitido aos monarcas, que seriam descendentes daquele. Ainda, em referida obra, sustenta-se que os homens não nascem livres, mas escravos e, assim, não possuidores de liberdade para escolher a forma de governo que pretendem adotar.

Diante dessas duas concepções de pensamento, Locke funda seu primeiro tratado afirmando não existir poder que possa ser considerado inato e muito menos divino, preconizando a ideia de liberdade e igualdade como direitos naturais (FULLER, 2004).

Já no segundo tratado, Locke desenvolve a ideia de que antes de existir a sociedade política os homens vivam em estado de natureza, ou seja, em uma sociedade originária, pré-política e dotada de direitos naturais (FULLER, 2004).

A concepção de estado de natureza tem a vocação de permitir a compreensão do poder político e “derivá-lo de sua origem” (LOCKE, 2001, p. 381). Para tanto, deve-se considerar o Estado em que todos os homens naturalmente estão, “o qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado” (LOCKE, 2001, p. 382), observados os limites da lei da natureza, sem necessitar se sujeitar a qualquer outro homem.

Embora seja esse um estado de liberdade, onde o homem não encontra limites à disposição de pessoa ou posses, “não tem liberdade para destruir-se ou a qualquer criatura em sua posse, a menos que um uso mais nobre que a mera conservação desta coisa o exija.” (LOCKE, 2001, p. 384).

Quanto à sua regulação, o estado de natureza é regido por uma lei da natureza, que a todos obriga. Basicamente, sendo todos iguais e livres, ninguém pode prejudicar outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses, a menos que se esteja diante de uma situação que possa comprometer a própria existência. Assim, quando a sua própria preservação não estiver sob risco, cada um deve agir no sentido de preservar o resto da humanidade (LOCKE, 2001).

A despeito de sua concepção de estado de natureza, Locke defende a necessidade da consecução de um pacto entre os homens igualmente livres, ensejando o nascimento da sociedade política (FULLER, 2004).

É, pois, considerado um dos pensadores do liberalismo justamente pelo fato de ter sustentado a ideia de que todo governo surge de um pacto ou contrato revogável entre indivíduos, cujo propósito seria proteger a vida, a liberdade e a propriedade das pessoas (VÁRNAGY, 2006).

A noção de pacto, ou contrato social é diferente em Hobbes e Locke. Para o primeiro a situação do indivíduo é de submissão, enquanto para o segundo é de consentimento (FULLER, 2004). Segundo Locke (2001, p. 94): “[...] o que dá início e constitui de fato qualquer sociedade política é tão-só o assentimento de certo número de homens livres capazes de compor maioria para se unirem e incorporarem-se a tal sociedade. E isto, e somente isto pode dar origem a qualquer governo legítimo no mundo.”

Locke mostra não somente a fragilidade, mas também a irrelevância prática da doutrina de Filmer e, além disso, estabelece no mínimo os seguintes pontos:

- a) não há por que supor uma hierarquia natural entre os homens, nem pela paternidade, que só diferencia os indivíduos transitoriamente, na relação familiar, nem por qualquer outro título;
- b) não há por que afirmar um vínculo entre a propriedade e o direito de governar. Entenda-se: trata-se aqui de negar um direito originário, que pudesse diferenciar os homens, naturalmente, como pretendentes legítimos ou não ao poder político [...].
- c) se não há como traçar a genealogia dos governos até uma decisão de Deus, nem como legitimar o poder pela paternidade ou pelo domínio material, o problema do governo e o da relação natural entre os homens ficam reabertos. A crítica do pensamento de Filmer não esclareceu a natureza do poder político, nem forneceu uma visão completa do que possa ser a condição natural dos homens [...]. (KUNTZ, 1997, p. 5).

Com base nas premissas supracitadas, notadamente a partir da concepção de estado natural, pode-se empreender uma aproximação do conceito de liberdade em Locke, intimamente ligado à noção de propriedade. Poder-se-ia associar liberdade à condição vivenciada pelo indivíduo no estado natural, “[...] um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses [...] do modo como julgarem acertado, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir ou depender da vontade de qualquer outro homem” (LOCKE, 2001), observadas as limitações autoimpostas em razão da aderência ao pacto social fundante da sociedade civil.

Para Kuntz (1997, p. 7, grifo do autor), “A liberdade, este é o ponto importante, é explicitada como poder de agir, dentro da lei da natureza, *sem depender da autorização de outra pessoa.*” Embora Locke se refira ao estado de natureza como condição “também de igualdade” (LOCKE, 2001, p. 382), os dois atributos não são dissociados, à medida que a ideia de liberdade pressupõe a noção de igualdade, ou de indiferenciação de poder. “É necessário conceber os homens como iguais para vê-los como livres. Há um vínculo entre as duas ideias, e a da liberdade só é compreensível por uma referência à outra.” (KUNTZ, 1997, p. 7).

O fato de o pensamento de Locke ser examinado criticamente por contratualistas contemporâneos com Robert Nozick, Amartya K. Sen e John Rawls, apenas ressalta a importância duradoura dos argumentos construídos no Segundo Tratado (KUNTZ, 1997), notadamente, no que diz respeito ao tema abordado neste estudo.

A exemplo de Hobbes, em *O Leviatã*, Adam Smith concebe o homem como parte da natureza. Contudo, sua conclusão diverge no ponto em que considera compatíveis as ideias de homem, liberdade e ordem social (BILBAO, 2000). Chega-se mesmo a atribuir o estigma de autoritário a Hobbes, como oposto à liberdade individual descrita em *A Riqueza das Nações*, de

Adam Smith. Assim como Hume, Smith (2003, p. 6) substitui “o ‘desejo de glória’ – que coloca os homens em guerra fratricida em Hobbes – pelo ‘desejo do ganho’ – que acaba por instituir uma certa harmonia entre eles.”

Sobre esse aspecto, Bilbao (2000) relembra as críticas de Hutcheson (1750) e Hume (1990) a Hobbes, no sentido de que este último teria desvalorizado um ponto importante sobre a natureza humana, relacionado com a satisfação de suas necessidades. Conforme defendido por Hume (apud BILBAO, 2000, tradução nossa), “o indivíduo é um ser com grande desejo por coisas materiais, porém com pouca capacidade para obtê-las.” Nessa linha de pensamento, referida limitação impele o indivíduo a cooperar com os demais, fomentando uma rede de relações naturais, que culmina com o desenvolvimento da divisão do trabalho. Assim, segundo Bilbao (2000), a tese compartilhada por Hutcheson e Hume aponta para a existência, na natureza humana, de uma tendência à cooperação entre os indivíduos.

Essa linha de pensamento é seguida por Smith, para quem a origem da sociedade decorre de uma característica particular da natureza humana, consistente na tendência para “comerciar, barganhar e trocar uma coisa por outra.” (SMITH, 2003, p. 7). Essa propensão seria inerente ao ser humano e o conduz, de forma espontânea, a criar uma rede de relações sociais (SMITH, 2003).

Sob esta ótica, Smith sustenta que a riqueza e, por conseguinte, a felicidade das nações reside na quantidade de trabalho que pode ser produzida (BILBAO, 2000). Em continuidade, aduz que a quantidade de trabalho pode ser incrementada por meio da divisão do trabalho, tema ao qual dedica capítulo introdutório de sua obra. Segundo Bilbao (2000), a próxima questão acerca da divisão do trabalho seria perguntar-se a respeito das condições de uma sociedade próspera, ordenada e feliz.

Convém assinalar que, segundo Smith, a divisão do trabalho não deriva da intenção dos indivíduos, mas de suas naturais necessidades. “Essa divisão do trabalho, da qual tantas vantagens derivam, não é originalmente e efeito de qualquer sabedoria humana, que prevê e provê aquela opulência geral que dá ocasião.” A origem da divisão do trabalho, argumenta, “é a necessária, se bem que muito lenta e gradual consequência de uma certa propensão da natureza humana [...]” (SMITH, 2003, p. 7).

Não obstante, em sua obra *Teoria dos Sentimentos Morais*, Smith parece ter reconhecido a insuficiência da compreensão de que a natureza nos dotou de um sentido de identificação com o outro que seria base do comportamento social (CAMPREGHER; LONGONI, 2017), conforme se denota do seguinte excerto:

Por mais egoísta que se suponha o homem, evidentemente há alguns princípios em sua natureza que o fazem interessar-se pela sorte de outros, e considerar a felicidade deles necessária para si mesmo, embora nada extraia disso senão o prazer de assistir a ela. (SMITH, 1999, p. 5).

Com arrimo em Bilbao (2000), podemos extrair a ideia de que a divisão do trabalho, a instituição que promove a ordem social, não se origina na decisão humana, mas, sim, decorre da natureza do indivíduo. Uma conhecida passagem do livro I bem ilustra essa ideia:

Não é da benevolência do açougueiro, cervejeiro, ou padeiro, que esperamos nosso jantar, mas de sua preocupação por seu próprio interesse. Dirigimo-nos, não à sua humanidade, mas ao seu amor-próprio, e nunca lhes falamos de nossas necessidades, mas das vantagens deles. (SMITH, 2003, p. 8).

A divisão do trabalho leva, portanto, segundo Smith (2003), à formulação de leis que regem as relações entre os indivíduos. Imprescindível, nesse ponto, atentar a duas considerações desenvolvidas por Smith em outros capítulos de sua obra. A primeira diz respeito à representação do valor por meio do uso do dinheiro. Para o autor, “o preço real de tudo, o que tudo realmente custa para o homem que deseja adquirir, é o labor e o incômodo de adquiri-lo.” (SMITH, 2003, p. 18). Entretanto, é mais fácil utilizar o dinheiro como representação de valor no lugar do trabalho. Assim, o valor representado pela moeda dá lugar à forma preço (BILBAO, 2000).

A segunda está relacionada ao processo histórico que leva à aparição do capital e da renda da terra. Conforme já dito, o trabalho representava a única fonte de valor nas sociedades primitivas, porém, como consequência do desenvolvimento social, a propriedade da terra e o capital surgiram e se desenvolveram. Destarte, Smith identifica os três elementos do processo econômico: trabalho, capital e terra. Os salários são o preço do trabalho; os benefícios são o preço do capital; e a renda é o preço da terra, e os três elementos juntos determinam a distribuição da riqueza entre os diferentes grupos da sociedade (BILBAO, 2000).

As leis econômicas, como descritas por Smith, representam a melhor forma de ordenar as relações entre os diferentes grupos, o que tem uma relevante consequência, já que se cogita um mundo ordenado onde necessariamente o indivíduo deve se comportar de forma adequada a esta ordem (BILBAO, 2000). Assim, “sua vontade se encontra submetida à lógica das leis de mercado.” (BILBAO, 2000, p. 20).

Vê-se, pois, que a liberdade individual, calcada na possibilidade de por meio do trabalho se tornar proprietário, representa a origem do progresso e da felicidade social, a condição mesmo de uma sociedade ordenada. Com efeito, não se pode olvidar a observação de Bilbao (2000, p. 21), no sentido de que “a promessa de construir um mundo ocupado por indivíduos

livres se transformou em uma gigantesca máquina de dominação.” Nesse sentido, o Iluminismo, representado por Smith, acreditava haver superado a superstição do velho mundo, mas somente para dar nascimento a uma nova superstição: o mercado como princípio de organização social.

Conclusivamente, urge observar que Locke é pioneiro ao conceber a liberdade, numa perspectiva contratualista, não como decorrente da concessão de uma entidade superior, mas sim como fruto de consenso em torno do pacto social e, portanto, tendo a vontade individual como criadora de limitações autoimpostas em razão da aderência ao pacto social, dentro dos limites das leis da natureza (um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses).

Smith, por sua vez, concebe a liberdade individual como a possibilidade de, por meio do trabalho, tornar-se proprietário. Isso implica a submissão do indivíduo não à sua vontade individual, mas à lógica das leis de mercado.

2.3 O DESENVOLVIMENTO DO RACIONALISMO E DO LIBERALISMO: DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA

Com o declínio do Estado Absolutista e seus privilégios de casta no século XIX, a autonomia da vontade desponta como referencial para o liberalismo em formação. A burguesia dominante, que detinha o poder econômico, livrou-se das amarras da nobreza e da igreja, passando a dispor de liberdade contratual. Nesse sentido, Tepedino (2008, p. 2) pontua que:

O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiram senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais.

Nesse novo momento, consagrado como liberalismo jurídico, o indivíduo passa à posição de prevalência, o que leva à consagração da liberdade contratual, à medida que esta era vista como a mais genuína manifestação de liberdade do homem, cabendo ao Estado apenas assegurar a execução das vontades manifestadas por meio de negócios jurídicos. Nesse momento histórico, conforme assinala Sarmiento (2006, p. 188):

O direito de propriedade era o direito por excelência, e a principal liberdade reconhecida ao indivíduo consistia no poder de adquirir, manter e transmitir seus bens, só interferindo o Estado para impedir que terceiros prejudicassem o gozo dessas sacrossantas faculdades. Proteger a propriedade privada – essa era a principal finalidade do Estado, sua missão mais nobre, segundo a ótica então prevalecente.

O Liberalismo tentava conciliar a liberdade formal e a segurança, conceitos que representavam os verdadeiros alicerces das relações privadas. A vontade passa a ser a fonte dos direitos e o contrato sua forma excelsa de exteriorização (RODRIGUES JUNIOR, 2004). É nesse espaço que se qualifica a autonomia da vontade. Buscava-se diferenciar um campo específico de realização da vontade, o espaço das realizações subjetivas de caráter privado (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

A autonomia da vontade, nessa ordem de ideias, passa a exercer uma importante função no modelo jurídico ocidental moderno, notadamente, nos séculos XVIII e XIX.

Observe-se que o surgimento da autonomia da vontade como um princípio jurídico e filosófico foi a resposta que a Civilização Ocidental soube dar a anseios seculares por igualdade e liberdade. Sua afirmação encontra grande justificativa nos conflitos entre o Antigo e o Novo Regime, o Absolutismo e a Revolução; os contrastes entre os calções e as perucas empoadas dos homens do Setecentos e as calças e as roupas escuras dos representantes do Oitocentos (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 123).

Imperioso destacar, contudo, que não há uma autonomia da vontade, mas, sim, diversas autonomias, conforme a concepção de cada época sobre referido conceito. A título ilustrativo, o Oitocentos e o Novecentos construíram uma concepção de autonomia que veio a ser completamente reformulada no século XX (RODRIGUES JUNIOR, 2004). Feita a ressalva, cumpre identificar o surgimento da expressão autonomia da vontade na virada da modernidade.

Tradicionalmente, invoca-se Immanuel Kant (1997, p. 85) como precursor da expressão autonomia da vontade, o que se extrai de sua obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, consoante apontado alhures. Segundo o autor:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente *a priori*.

Para Immanuel Kant (apud OLIVEIRA, 2011), a vontade individual transforma-se na única fonte das obrigações. Afirma que uma pessoa não pode se submeter a outras leis que não àquelas que a si mesmo dá. Destarte, a partir de suas ideias, a autonomia da vontade ganha conotação dogmática, passando a imperativo categórico de ordem moral. Se a vontade

representa a única fonte das obrigações, ela também é considerada como a única fonte da justiça (OLIVEIRA, 1997).

Merece destaque, entretanto, a posição de Véronica Ranouil (apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 117), no sentido de que a expressão ingressou no direito interno a partir das contribuições dos internacionalistas do século XIX, ao estilo de Brocher e Weis. Nadia de Araújo (apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 117) também reconhece, ainda de que de modo indireto, que os autores de Direito Internacional, no Oitocentos, desenvolveram o conceito de autonomia da vontade, o que fizeram a partir das posições de Charles Dumoulin no século XVI.

Não há, entretanto, como discordar da influência francesa na difusão desse conceito, seja pela tradução mais famosa da *Metafísica dos costumes*, tendo como fonte a versão gaulesa *Fondements de lamétaphysique dès moeurs*, seja pelos autores de Direito Internacional (RODRIGUES JUNIOR, 2004). Outrossim, é indiscutível o sentido de autonomia da vontade no século XIX, como sendo fonte primordial e quase ilimitada de obrigações, ainda persistente em boa parte da doutrina civilista, tal como apontado por Azevedo (apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 118).

Após os sucessos das revoluções burguesas, notadamente a francesa, com a prevalência da máxima da igualdade, liberdade e fraternidade, o ser humano passou a ocupar posição de destaque na sociedade. A homens nascidos livres e iguais, mostrou-se indispensável reconhecer-lhes a liberdade de criar o próprio direito. Assim, a autonomia da vontade elevou-se à categoria de princípio do Direito e de fonte das relações jurídicas (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

A esfera de liberdade de que o indivíduo dispõe no âmbito do Direito Privado chama-se autonomia, que corresponde ao direito de se reger por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de Direito Privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o Direito Obrigacional, onde o indivíduo pode dispor como lhe aprouver acerca de seus interesses privados, salvo disposição cogente em contrário (AMARAL NETO, 2011).

Em sentido semelhante, leciona Berti (2014), ao apontar que a concepção tradicional da autonomia da vontade está diretamente ligada ao período do liberalismo e ao valor individualismo. Juridicamente, o individualismo apresenta-se como um sistema segundo o qual “as normas jurídicas são obra dos indivíduos e não da sociedade, ou mais exatamente, um sistema jurídico que resulta da atividade individual.” (WALLINE apud AMARAL NETO, 2011, p. 6). Para Duguit (apud AMARAL NETO, 2011, p. 6), “é uma doutrina de Direito

Natural que pretende fundar a legitimidade do Direito objetivo na necessidade de garantir os direitos naturais inatos dos indivíduos.”

Sob o ponto de vista econômico, o Estado Liberal relega aos particulares, com base em uma igualdade formal, a incumbência de regular seus próprios interesses. As intervenções estatais nas relações privadas, notadamente no âmbito contratual, eram consideradas excepcionais, cabendo à “mão invisível do mercado” solucionar os problemas sociais e propiciar o bem comum. “Sendo a vontade o elemento principal do contrato [...] com base na teoria da vontade, cabia ao Estado apenas a tarefa de garantir a livre manifestação de vontade, isenta de vícios ou defeitos, a fim de que se pudesse ter um contrato válido.” (BERTI, 2014, p. 72). Conforme Amaral Neto (2011, p. 6):

Em face da diversidade de concepções dos autores, o individualismo jurídico pode considerar-se em função da teoria das fontes do Direito, da finalidade do Direito, e em função do reconhecimento dos direitos inatos do homem, impostos à sociedade, e por ela conhecidos e respeitados. Pode assim conceber-se o individualismo jurídico primeiro, como “um sistema em que se admite que o indivíduo é a única fonte de todas as regras do Direito, a causa final de toda atividade jurídica das instituições, notadamente do Estado”. E em segundo lugar, um sistema em que o indivíduo seria a fonte das regras de Direito, ou de uma parte entre elas. Ou ainda, um sistema em que a legislação sofre a influência do individualismo político e consagra as instituições mais favoráveis ao indivíduo, sendo esta última a mais comum.

Ainda, segundo Berti (2014, p. 83), “a autonomia da vontade está diretamente relacionada a elementos subjetivos, etéreos, baseados na psique dos contratantes [...] era, pois, o poder do indivíduo de criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem intervenção externa: o contrato era uma esfera de livre atuação dos particulares.”

Para Amaral (2008, p. 338), todavia, a autonomia da vontade ainda revela “um poder de disposição diretamente ligado ao direito de propriedade, dentro do sistema de mercado, da circulação dos bens por meio de troca e de que o instrumento jurídico próprio é negócio jurídico.” A ideia colocada pelo autor reflete a realidade histórica do princípio, haurido a partir da lógica estritamente patrimonial.

Meireles (2009) aponta que a autonomia da vontade tem feição subjetiva, pois releva a vontade em si mesma, no seu sentido mais psicológico. Nessa quadra, a função da autonomia da vontade era a de garantir a própria vontade do sujeito, por ser considerada a única fonte de efeitos obrigacionais. Desse modo, o princípio da autonomia da vontade não se confunde com o princípio da autonomia privada, o qual tem feição mais objetiva (MEIRELES, 2009).

No mesmo sentido, Amaral Neto (2011, p. 3) consigna que “a expressão autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real.” Ainda, argumentos definitivos da

autonomia da vontade como princípio se encontram no campo econômico, notadamente, a partir da doutrina do liberalismo “pelo qual o livre jogo das vontades particulares assegura à máxima de produção e os preços mais baixos, como efeito da livre concorrência.” (STARK apud AMARAL NETO, 2011, p. 7). O instrumento por meio do qual o liberalismo se materializa é o contrato, que deve ser preservado como produto das partes, devendo-se afastar todos os obstáculos à livre circulação dos bens. É o princípio do *laissez-faire, laissez-passer, laissez-contracter*¹.

Contemporaneamente ao advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico, surgem os movimentos do constitucionalismo e da codificação (especialmente, os códigos civis). Cada um cumpriu seu papel: o primeiro, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), o segundo, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente, no campo econômico (codificação).

É, porém, na elaboração do Código Civil francês que o princípio da autonomia da vontade tem a sua máxima posituação, realizando-se no art. 1.134, segundo o qual “as convenções legalmente estabelecidas fazem lei entre as partes”, e efetivando os princípios dele decorrentes, da liberdade contratual, do consensualismo, da força obrigatória do contratual e do efeito relativo do contrato (AMARAL NETO, 2011).

Na Alemanha e na Itália, o notável desenvolvimento da doutrina levou o princípio da autonomia da vontade a uma nova dimensão, com significado até diverso para alguns juristas, que passaram a considerá-lo como verdadeiro poder jurídico dos particulares, denominando-se, por isso, autonomia privada, correspondente ao poder de estabelecer normas jurídicas individuais para regulamentar sua própria atividade jurídica, manifestada a vontade por meio do negócio jurídico (AMARAL NETO, 2011). Nessa perspectiva, vê-se que o princípio da autonomia privada é histórico e relativo, pois que fatores de diversas naturezas, notadamente de ordem moral, política e econômica, contribuíram para sua configuração histórica, até se consubstanciar no princípio fundamental da ordem jurídica privada (AMARAL NETO, 2011).

Autores há, entretanto, que destacam a forte conexão entre a autonomia da vontade ao desenvolvimento do direito de propriedade, notadamente, na superação do regime feudalista para o capitalista. Ana Prata (1982), em *Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, sublinha a estreita relação entre os conceitos de autonomia privada e de propriedade. Conforme sustenta,

¹ A expressão completa que revela a ideia de “livre comércio” e que originou “*laissez-faire*” é *laissez faire, laissez aller, laissez passer, le monde va de lui-même*, que significa literalmente “*deixai fazer, deixai ir, deixai passar, o mundo vai por si mesmo*”. Essa frase teria sido usada pela primeira vez, em associação ao liberalismo econômico, pelo Marquês de Argenson, em 1751 (SIGNIFICADOS, 2017).

as delimitações de personalidade e capacidade foram historicamente determinadas pelo direito de propriedade. A capacidade se confunde com a propriedade à medida que somente ao proprietário foi atribuída capacidade jurídica para que praticasse atos concernentes às suas terras. Com o poder de disposição do bem, acentuou-se o caráter de exclusividade para o titular, que passou a dispor de meios de defender processualmente (PRATA, 1982).

Ao expor evolução histórica do conceito jurídico de autonomia privada, Prata (1982) destaca a vinculação de seu surgimento e configuração às condições históricas que marcaram a passagem do feudalismo para o capitalismo. Segundo aduz, o negócio jurídico (instrumento de manifestação da autonomia privada) constituiu, a um só tempo, um instrumento e uma consequência da transformação econômica e social que se operou.

Inicialmente, adverte que o sujeito jurídico, a propriedade e a autonomia privada não são conceitos universais, uma vez que pertencem ao domínio das relações entre proprietários. Nesse sentido, a atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade negocial, encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da propriedade privada e do direito de propriedade. Quando a pessoa passa a poder dispor do bem, então ela se afirma exclusiva titular de um poder de produzir efeitos jurídicos, já não somente como meio de exclusão de outras pessoas, mas também como meio de transmissão do próprio bem (PRATA, 1982).

A atribuição de personalidade e capacidade jurídicas constitui o instrumento através do qual se viabiliza a utilização privada autônoma e não perturbada de cada fracção da terra e a troca de bens. Por isso que elas só existem quando esses bens existem ou podem existir. (PRATA, 1982, p. 8).

Contudo, mesmo quando existem bens privadamente apropriados ou apropriáveis, nem todos são ou podem ser proprietários, nem todos têm bens sobre os quais possam praticar atos jurídicos, o que leva à inevitável conclusão de que nem todos são sujeitos de direito (PRATA, 1982).

Na superação do feudalismo, separa-se o trabalhador dos meios de produção, característica base do modo de produção capitalista, transformando-se aquele em mero detentor da força de trabalho e os meios de produção em instrumentos parados, se apartados daquela força de trabalho. A ligação entre o trabalhador e os meios de produção somente é possível a partir da conjugação das vontades daquele com o proprietário destes. Uma vez reconhecida a liberdade do trabalhador e, por conseguinte, a propriedade sobre sua própria força de trabalho, impõe-se que lhe seja reconhecida personalidade jurídica e capacidade negocial, para que ele possa celebrar contratos por meio do qual aquela ligação se mediatiza (PRATA, 1982).

Destarte, a implantação do modo de produção capitalista acarretou a necessidade de universalização dos conceitos de propriedade e de personalidade jurídica. À medida que passam a ser proprietários, seja de bens, seja da força de trabalho, todos passam a ser sujeito jurídicos, todos passam a ter capacidade negocial (PRATA, 1982).

Mas essa necessidade impõe-se contra a realidade anterior, que é a da vinculação do trabalhador à terra e ao senhor feudal: daí que, do ponto de vista filosófico, o ultrapassar dessa situação determine, antes do mais, e sobretudo, o afirmar da liberdade das pessoas, da sua libertação dos vínculos que as prendem à terra e aos senhores. (PRATA, 1982, p. 9).

É nesse momento, segundo Prata (1982), que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo, que vai influenciar na própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de troca de bens para ser destacado seu caráter de realização da liberdade econômica (PRATA, 1982). “O negócio é o efeito jurídico da vontade livre.” (PRATA, 1982, p. 10).

Para Naves (2014), a atribuição generalizada de capacidade decorreu da necessidade de se regular a propriedade, o que acabou por universalizar a autonomia privada. O autor observa, entretanto, que apesar da forte ligação entre autonomia privada e propriedade, aquela não se restringe às situações de conteúdo patrimonial, de modo que não pode ser entendida apenas como poder de juridicizar a atividade econômica, mas é, também, meio de autoconstrução da personalidade, à medida que incide sobre situações subjetivas patrimoniais e existenciais (NAVES, 2014).

O pressuposto nuclear do Direito Privado, segundo uma visão clássica, é o reconhecimento da independência e liberdade do indivíduo (OLIVEIRA, 1997). Nesse sentido, a autonomia da vontade é o princípio que materializa o livre desenvolvimento individual. Os teóricos modernos da ciência política já se debruçaram sobre o tema da liberdade, sem, contudo, chegar a um consenso. Por vezes, as concepções são mesmo antagônicas. Conforme lembra Cruz (2013, p. 11): “Para uns, é a palavra-chave para o melhor funcionamento das engrenagens da instituição política, para outros é a base do individualismo sem o compromisso com a coisa pública.” Nesse sentido, “uns a consideram o maior valor a ser respeitado por todos e ser garantido a todos, outros buscam limitá-la, já que poderia ser nocivo para a sociedade tê-la em sua totalidade.”

Entretanto, o contrato estruturado de acordo com o esquema clássico de oferta e aceitação, baseado no consentimento livre e na igualdade formal das partes, não mais se coaduna com a nova ordem constitucional e com o paradigma da autonomia privada. A

Constituição passa a admitir apenas o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, o que representa inegável limitação à autonomia privada (LÔBO, 1999). Vê-se, aí, uma sensível transformação qualitativa no campo das liberdades individuais, no sentido de se buscar, também no âmbito negocial, a preponderância do ser.

A autonomia da vontade, tal como inicialmente concebida, bem serviu aos ideais liberalistas do século XIX. Entretanto, mostra-se insuficiente diante das novas necessidades sociais. Conforme assentado por Berti (2014, p. 72) “[...] o ideal do Estado não intervencionista acabou por permitir o aprofundamento das desigualdades econômicas e sociais e o abuso de poder.” Nesse sentido, “o contrato, fundado somente na liberdade e na igualdade formal, ocultava graves desigualdades substanciais, gerando um desequilíbrio entre os pactuantes.” Em uma palavra final: “Entre fortes e fracos a liberdade oprime e a lei liberta.”

O Estado liberal é sucedido pelo Estado do bem-estar social, calcado na igualdade material, na boa-fé, na função social do contrato, etc. Nesse novo cenário, a autonomia da vontade, antes ampla e soberana, passa a ser limitada por normas de ordem pública e pelo interesse coletivo. Supera-se uma visão egoísta para uma visão solidária dos negócios jurídicos. Isso não exclui, todavia, a vontade na relação contratual, que apenas passa a ser equalizada com o interesse geral (BERTI, 2014).

Nota-se, portanto, uma progressiva passagem da subjetividade para a objetividade da autonomia privada. Com isso, dispensa-se a indagação, na prática inviável, acerca da má-fé do declarante e do declaratório, centrando-se a interpretação do negócio jurídico nas declarações individuais e na sua síntese conclusiva, vale dizer, na sua dimensão objetiva (NALIN, 2006).

Tal passagem reflete, com precisão, uma vontade que deixa de ser dogmática (*dogma della volontà*) e totalizante, para servir, ou ser conjugada, aos demais interesses jurídicos relacionados, seja do outro contratante ou mesmo de terceiros, afetados pelos efeitos do contrato, o que, em rápida ponderação, exprime a função social do contrato, em suas perspectivas intrínseca e extrínseca, respectivamente (NALIN, 2006).

Em uma breve retrospectiva histórica, a autonomia privada, na configuração moderna, surgiu no Antigo Regime, como direito dos senhores feudais ao respeito à palavra empenhada. Transitou por uma reação liberal, pós-revoluções burguesas, que impõe ao Estado o respeito à vontade humana, inclusive, com a garantia da observância. Já no século XIX passou por uma fase assentada no deslocamento do *status* do contrato, e, sob influência da Segunda Pandectística, introduziu-se a necessidade de garantir a segurança do tráfego jurídico, mantendo-se o dogma da autonomia da vontade, agora não mais como garantia do individualismo, mas como ferramenta do desenvolvimento mercantil (NALIN, 2006). “Nesse

derradeiro estágio, observa-se a ‘mercantilização do Direito Privado’ e a associação entre segurança jurídica e obrigatoriedade do contrato, em favor do Mercado e não da pessoa que o opera.” (NALIN, 2006, p. 27).

Contudo, é no estado pós-moderno que a autonomia da vontade (relida pela autonomia privada) alcança a configuração atual. O grande impacto na pós-modernidade no direito contratual foi a massificação. Destaque especial para as contratações em massa instrumentalizadas por contratos de adesão. A teoria da vontade, consistente na relação contratual pessoal e com a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais é contraproducente à celeridade e dinamismo exigido pela sociedade pós-moderna. Passa-se, então, da teoria da vontade para a teoria da declaração.

A partir desta, o contrato passa a ser interpretado a partir da vontade declarada, isto é, dos elementos objetivos, exteriores e socialmente reconhecíveis, e não mais em função dos elementos de psicologia individual e das atitudes mentais de foro íntimo. (BERTI, 2014, p. 74).

Desde seus primórdios no direito romano, o direito privado é tido como a espinha dorsal da ciência jurídica. Como não podia deixar de ser, foi o ramo que mais sentiu os efeitos da pós-modernidade. Como fenômeno da constitucionalização do direito civil, toda a teia normativa de direito privado passa a ser analisada sob a luz da Constituição, que, igualmente, passa a normatizar situações específicas antes restritas às codificações (BERTI, 2014).

No Estado pós-moderno, a constituição é alçada a fundamento e filtro de todo o sistema jurídico. O princípio basilar da dignidade humana passa a nortear o direito privado, que passa a ser exercido sempre em conformidade com os preceitos daí decorrentes, notadamente, em observância aos direitos fundamentais (BERTI, 2014).

É nesse contexto que a denominação teoria da vontade passa a ser inadequada, cedendo espaço à expressão autonomia privada. Aliada ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, a autonomia privada passa a *status* de verdadeiro direito fundamental concretizador da dignidade da pessoa humana. Não obstante, a vontade não deixou de existir em nosso ordenamento. Sob a roupagem da autonomia privada, continua a ser a base de nosso direito privado (BERTI, 2014).

Todos os movimentos citados deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da *vontade*, tão própria que repudiará o termo *vontade* e colocará em evidência a partícula *privada*. Dir-se-á agora apenas *autonomia privada*. Trata-se, segundo Azevedo (apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 121), da visão italiana, que guarda consonância com “seu significado etimológico de dar normas para si mesmo.”

Sob o ponto de vista institucional e estrutural, a autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais em torno do que se organiza o sistema de Direito Privado contemporâneo em um reconhecimento, pelo sistema jurídico, da existência de um âmbito particular, uma esfera privada de atuação com eficiência normativa (AMARAL NETO, 2011).

Trata-se, efetivamente, de uma verdadeira projeção, na ordem jurídica, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada, sem o que a pessoa humana, embora formalmente revestida de titularidade jurídica, nada mais seria do que mero instrumento a serviço da sociedade. (AMARAL NETO, 2011, p. 4).

Rodrigues Junior (2004) pontua que, com maiores ou menores discrepâncias, na discussão acerca do conteúdo da autonomia privada devem ser destacados os nomes de Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota Ferrara, Santi Romano e Hans Kelsen. Segundo aduz, os pontos de aproximação entre esses autores residiriam nos seguintes aspectos: a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos.

Consoante observa Rodrigues Junior (2004), Kelsen, de modo bem nítido, sustenta que o princípio da autonomia privada se exprime na seguinte fórmula: uma norma decorrente de um contrato poderá criar direitos e obrigações só e exclusivamente para as partes que a instituíram.

Da lição de Hans Kelsen (1995, p. 285), extrai-se:

Na medida que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor do Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial.

Carnio (2012) chama a atenção para a leitura, por vezes equivocada, empreendida pelos juristas acerca das teorizações de Kelsen. A partir disso e, especificamente, no que se relaciona ao tema do presente estudo, o autor desenvolve uma análise do modo como Kelsen trata o dogma da vontade, especialmente em sua obra *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechthssatze* (Problemas capitais da teoria jurídica do Estado desenvolvidos com base na doutrina da proposição jurídica).

O que desde logo pode ser assegurado, segundo Kelsen (apud CARNIO, 2012), é que o dogma da vontade não encerra e nem pode encerrar uma significação psicológica, que a vontade que este dogma preconiza tem que ser necessariamente outra que aquela que opera a psicologia:

não um fato psíquico real, não um processo real da vida anímica, senão um conceito do pensamento especificamente jurídico, uma construção autenticamente jurídica.

Após distinguir vontade psicológica e vontade jurídica, de modo que somente esta última interessa ao direito, Kelsen (apud CARNIO, 2012) observa o aspecto duvidoso de se considerar que a vontade das partes tenha que ser dirigida, como proclama o “dogma da vontade”, exatamente aos efeitos jurídicos que o direito vigente atribui a determinadas declarações.

Segundo aduz, normalmente, as partes desconhecem, em absoluto, as disposições do ordenamento jurídico, por vezes complexas. Desconhecendo-as, mal podem querê-las, sem que isto implique a invalidade do negócio jurídico (CARNIO, 2012). Nessa linha de intelecção, ao celebrar negócios jurídicos, as partes simplesmente se propõem a alcançar certos resultados materiais e não determinados efeitos jurídicos.

Em sentido semelhante, Luigi Ferri (apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 121), destaca que:

Tutto questo spiega l'imprecisione e il promiscuo uso delle espressioni “autonomia privata”, “autonomia dela volontà”, “libertà contrattuale”, ecc., cheho ora ri levato; ma spiega soprattutto la nessuna utilità costruttivadel concettodi autonomia privata così configurato. [...] Ed infatti non vi sarebbe attività umana volontaria che non possa essere fatta rientrare in una tal concezione dell' autonomia privata (ad esclusione dell'attività attribuile allo Stato ed agli enti pubblici in generali).

Salvatore Romano (apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 122) tece críticas à posição puramente normativista da autonomia privada:

Non à possibile, in altri termini, prescindere dal sistema nel qual el'elemento normativo è, a sua volta, inquadrato. A parte le distinzioni prospettate tra varie specie di autonomie, ci sembrano senz'altro inaccettabillii i sistemi fondati esclusivamente sulle norme; per essere più esatti i sistemi che risolvono l'autonomia in norme coisi come rsolvono l'intiero odinamento giuridico in norme [...]

Não obstante o entendimento perfilhado, e apesar de reconhecer ser um erro reduzir tudo à norma, o citado autor não apresenta soluções originais para o problema, limitando-se a invocar certa ideia de institucionalismo, conforme bem salientado por Rodrigues Junior (2004).

Esse caráter institucional da autonomia privada é também defendido por Luiz Díez Picazo e Antonio Gullón (apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 121), os quais sustentam ser a autonomia privada um princípio geral do Direito, “*porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho Privado.*” Diante disso, não se deve

vinculá-la aos postulados liberais da autonomia da vontade, como um poder de criação particular, muito menos confundi-la com a prerrogativa de criar regras jurídicas *in concreto*.

A importância da autonomia privada no século XX é inegável. Com o objetivo de afastar a superada visão de autonomia da vontade, caracterizada pelo exacerbado individualismo, recorreu-se ao intervencionismo legal e judicial do Estado como forma de coibir os abusos da liberdade pelos particulares. O século XIX, com a igualdade formal, a liberdade que se realizava apenas nos diplomas constitucionais e a fraternidade retórica, foi confrontado com as exigências de um século XX pulsante e incontrolável, contestador e céptico, descrente na capacidade humana de resolver seus problemas individualmente, conforme consignado por Rodrigues Junior (2004).

A compreensão contemporânea da autonomia privada insere esse princípio no âmbito de uma ordem constitucional que, ao mesmo tempo que a assegura como uma possível expressão da liberdade dos indivíduos, define seus contornos em conformidade com os demais princípios regentes das relações de direito privado (FACHIN, 2012).

Conforme Costa (2002, p. 615):

Modernamente, descartada a ligação com a vontade como gênese de relações jurídicas, designa-se, como “autonomia privada” (dita, no campo dos negócios, autonomia negocial), seria um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de autorregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam [...]

Ainda que sob diferentes denominações, como, por exemplo, “autorregramento da vontade” a que se refere Pontes de Miranda (MIRANDA apud FACHIN, 2012, p. 8), ou, mesmo, “autonomia da vontade”, identifica-se na doutrina contemporânea uma compreensão sobre a autonomia privada que reflete tanto a possibilidade de autorregulamentação quanto a seara em que ela se opera.

Nessa perspectiva, Lôbo (2017, p. 56) assim a define:

É o poder negocial conferido pelo ordenamento jurídico aos particulares para autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos. O instrumento mediante o qual se concretiza é o negócio jurídico, especialmente o contrato.

Embora limitado e influenciado por outros princípios, a autonomia privada conserva, como se vê, seu objetivo fundamental de propiciar aos particulares a estipulação de regras a serem observadas por aqueles que negocialmente se obrigam por meio da manifestação de vontade livre (FACHIN, 2012).

A autonomia privada constitui-se, nesse passo, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo ordenamento jurídico, que permite, assim, aos particulares, a autorregulamentação de seus interesses jurídicos. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. Tratando-se de relações jurídicas de Direito Privado, os particulares são os que melhor conhecem seus interesses e valores e, por isso mesmo, seus melhores defensores (AMARAL NETO, 2011).

A autonomia privada erigiu-se, assim, em um dos princípios fundamentais do direito privado, materializando-se por meio da celebração de negócios jurídicos. Nessa quadra, os negócios jurídicos são os meios ou instrumentos de concretização da autonomia privada (BORGES, 2007). Entrementes, “o instituto do negócio jurídico não consagra a faculdade de ‘querer’ no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática.” Com essa ressalva, Emilio Betti (apud BORGES, 2005), nos lembra de que a autonomia privada sofre limitações decorrentes da lei e da ordem pública.

Assim, de acordo com a concepção de autonomia privada aqui adotada, os indivíduos somente podem realizar negócios jurídicos enquanto amparados pelo ordenamento jurídico, nos mais diversos níveis hierárquicos, desde a Constituição até a noção de ordem pública.

Como última nota, urge sublinhar que a noção de autonomia privada não é absoluta, à medida que deve ser compreendida em consonância com o ordenamento jurídico em que é estudada (MEIRELES, 2009). A esse respeito, Pietro Perlingieri (apud MEIRELES, 2009) vaticinou que “A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência.”

2.4 A PROBLEMATIZAÇÃO DOS LIMITES/CONFORMAÇÕES DA AUTONOMIA PRIVADA

A ideia de autonomia, segundo Naves (2014), é paradoxal. Isso porque somente há autonomia frente aos outros indivíduos, ou seja, ninguém é autônomo sozinho. Como conceito relativo ou relacional, não há que se buscar a essência da autonomia privada, pois que o sentido da expressão se constitui na interação com outros elementos. Trata-se de um conceito histórico que, como tal, fixa historicamente suas conformações, por meio de um processo dialético.

Nessa ordem de ideias, a autonomia privada é constituída da interação da autonomia crítica com a autonomia de ação (NAVES, 2014). A autonomia crítica constitui-se no poder do homem de se compreender e compreender o mundo à sua volta, ou seja, “é o poder de avaliar a si e o mundo, estabelecendo relações a partir de seus pré-conceitos.” (NAVES, 2014, p. 95). Já a autonomia de ação “é o poder de estabelecer dado comportamento, portanto, determinada pela compreensão de mundo, isto é, pela autonomia crítica.” (NAVES, 2014, p. 95).

[...] o grau de compreensão que uma pessoa tem de si mesmo, de sua cultura e das relações interativas que é capaz de estabelecer com os demais é uma variável que afeta positiva, ou negativamente, seu limite de autonomia. Essa é a esfera da autonomia crítica, que não se refere somente ao poder de ação de um indivíduo, mas também e principalmente, a seu poder de apreender e de ordenar conceptualmente seu mundo, suas pessoas e suas interações e de deliberar de forma consciente sobre sua forma de vida. As categorias da autonomia de ação e da autonomia crítica são inseparáveis: há uma interação entre elas que inviabiliza qualquer tentativa de análise parcelada. (GUSTIN apud NAVES, 2014, p. 96).

Consoante abordado nos tópicos pregressos, como princípio jurídico a autonomia privada é norma jurídica que atribui aos particulares um poder. Assim como todos os princípios jurídicos, não encontra conteúdo previamente definido. O ordenamento jurídico conforma sua aplicação, assim como ocorre com outras normas, mediante agentes internos. Desse processo dialético surge seu conteúdo (NAVES, 2014). Como tal, a autonomia privada, “impregnada de imperatividade, atua como diretriz para outras normas ou como solucionadora direta de problemas jurídicos, com aplicação imediata a um caso concreto, que determinará seu conteúdo.” (NAVES, 2014, p. 96).

Disso decorre a preferência do citado autor, acatada no presente estudo, pela utilização do termo *conformação*, ao invés do termo *limites* à autonomia privada. Para Naves (2014), não se pode falar em limites à autonomia privada, mas de conformação relacional intrínseca, à medida que o próprio conteúdo da autonomia privada fixa suas delimitações. Para o autor, não faria sentido o Direito outorgar um poder ao particular para, em seguida, limitar-lhe, daí porque ser lícito falar que o Direito já atribui a autonomia privada com feição coerente.

A normatividade principiológica da autonomia privada dá a ela essa plasticidade, permitindo que se amolde mais facilmente ao momento histórico, estando mais presente em alguns momentos e mais restrita noutros. O vocábulo conformação expressa melhor a delimitação interna de conteúdo, que se faz relacionalmente, de acordo com o horizonte histórico, inclusive de conformidade com o ordenamento jurídico como um todo. (NAVES, 2014, p. 97).

Com efeito, sendo um dos princípios fundamentais do direito privado, a autonomia é limitada (ou conformada) pela lei e pela ordem pública. Em muitas situações, sempre que as

partes se omitam quanto a pontos relevantes do negócio jurídico, o direito terá a função de suprir a declaração das partes. Na maioria dos casos, essas normas são de caráter dispositivo, admitindo disposição contratual em contrário. Em um número menor de casos, essas normas são de caráter cogente, impondo aos sujeitos contratuais certas condutas, sob pena de o negócio jurídico não ser considerado válido (BORGES, 2005).

Portanto, a legitimidade de um negócio jurídico pressupõe o exercício da autonomia privada em conformidade com o ordenamento jurídico, o qual impõe limites materiais e formais de observância obrigatória. Notadamente, os negócios jurídicos de conteúdo não patrimonial encontram limites na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Os negócios não patrimoniais são juridicamente protegidos porque os interesses em torno de sua realização estão dentro dos limites considerados legítimos pela sociedade (BORGES, 2005).

Nessa perspectiva, os indivíduos somente podem realizar negócios jurídicos enquanto autorizados pelo ordenamento jurídico, autorização esta que não necessariamente se verifica de modo expresso, uma vez que no ordenamento jurídico há normas diversas que conferem aos particulares o poder de realizar negócios jurídicos (BORGES, 2005). Assim, os negócios jurídicos traduzem-se “como uma manifestação de vontade que, necessariamente, deve estar subordinada às regulamentações do ordenamento nos mais diversos níveis hierárquicos, desde a Constituição até a noção de ordem pública.” (BORGES, 2005, p. 56).

Feitas essas observações preliminares, urge abordar os fatores de conformação ou de limitação da autonomia privada. Com efeito, a doutrina clássica coloca o ordenamento jurídico, a ordem pública e os bons costumes como agentes de balizamento do conteúdo da autonomia privada.

Essas conformações, porque nunca definidas com precisão, variam conforme o momento ideológico de cada sociedade, ou seja, são restringidas ou ampliadas em razão das tendências morais, políticas, religiosas e filosóficas, e se condicionam à organização político-social (TARREGA, 2007).

A autonomia privada, concebida como poder atribuído aos particulares pelo ordenamento jurídico para regular seus próprios interesses, somente será reconhecida se exercida dentro desses limites. Dessa forma, no exercício de sua autonomia negocial os sujeitos não dispõem do poder de excluir os elementos de existência ou os requisitos de validade do negócio jurídico, assim como não podem afastar sanções negativas previstas legalmente (BORGES, 2005).

[...] os pressupostos, assim como a maioria dos efeitos jurídicos dos negócios jurídicos em geral, não estão sujeitos à disposição das pessoas, por não serem atingidos pelo

poder da autonomia privada, uma vez que estão sob outra competência, a da lei, ou seja, não estão ao alcance do sujeito de direito, mas do legislador. (BORGES, 2005, p. 58).

Emilio Betti (apud BORGES, 2005), quanto à observância dos requisitos e ônus exigidos por lei para a tutela do negócio jurídico, distinguiu três situações empiricamente verificáveis: negócios jurídicos irrelevantes, negócios jurídicos ilegais e negócios jurídicos ilícitos.

Os negócios jurídicos irrelevantes são aqueles que a ordem jurídica não reconhece, mas não reprovava, sendo indiferentes em relação à atuação das partes. “É um negócio que o direito não protege nem combate.” (BETTI apud BORGES, 2005, p. 58). O negócio jurídico será ilícito, por sua vez, se for reprovado pelo direito, se for empregado para fins antissociais ou para ofender interesses legitimamente protegidos pelo direito, podendo configurar-se um crime (BORGES, 2005). Para Emilio Betti (apud BORGES, 2005), pode ser ilícito também o negócio jurídico contrário à ordem pública ou aos bons costumes. Já o negócio ilegal ou irregular é aquele desprovido dos pressupostos legalmente previstos, embora não seja reprovado pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, o negócio é inidôneo, mas não é ofensivo à ordem jurídica, tendo consequências apenas em relação aos seus efeitos (BORGES, 2005).

Manuel A. Domingues de Andrade (apud BORGES, 2005) distingue a impossibilidade legal verdadeira e própria do objeto do negócio jurídico da simples ilicitude, esta última que compreenderia a ilegalidade e a imoralidade. Para o autor português, a impossibilidade legal ocorre apenas quando a lei impede, por meio de um obstáculo completo e intransponível, o negócio que praticamente não há como as partes conseguirem a realização daquele.

No mesmo sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto (apud BORGES, 2005) distingue a impossibilidade legal do objeto da contrariedade à lei, a que chama de ilicitude. Na perspectiva do autor, é ilícito o objeto do negócio que for contrário à lei, abrangendo negócios contrários à lei propriamente ditos e os negócios em fraude à lei.

No que diz respeito à ilicitude, Manuel A. Domingues de Andrade (apud BORGES, 2005) entende que pode ocorrer de duas maneiras: ilicitude por ilegalidade e ilicitude por imoralidade. Em ambos os casos, o negócio será contrário à ordem jurídica. Segundo aduz, “umas vezes é a lei que proíbe o negócio, em consideração do seu objeto mediato ou da natureza dos efeitos jurídicos visados. Outras vezes a lei não o proíbe ela mesma, mas só enquanto remete para as prescrições da moral, nelas como que delegando tal proibição.” (ANDRADE apud BORGES, 2005, p. 59). Nessa quadra, considera-se que a ilicitude abrange a ideia de imoralidade.

Cariota Ferrara (apud BORGES, 2005) também distinguiu a ilicitude por ilegalidade da ilicitude por imoralidade. A primeira acontece quando o negócio jurídico contraria a norma imperativa ou a ordem pública e a segunda quando contraria a moral e os bons costumes.

Alberto Trabucchi (apud BORGES, 2005) considera relevante distinguir o negócio ilícito do ato ilícito, sob a perspectiva da relação entre a vontade e os efeitos jurídicos. Para o civilista italiano, a consequência da ilicitude ou da imoralidade do negócio é o não reconhecimento dos efeitos pretendidos pelas partes, confiando-se aí uma sanção negativa, enquanto a consequência do ato ilícito é de ordem positiva, como ocorre na obrigação de ressarcimento. Para o autor, o negócio será ilícito quando sua causa foi ilícita, quando as condições que o delimitam foram ilícitas ou quando for ilícito seu objeto.

Além das limitações impostas pelo ordenamento jurídico positivado, a autonomia privada encontra limites na ordem pública. A aptidão para impor restrições de conteúdo ao negócio jurídico e, por conseguinte, à liberdade negocial, inclui a ordem pública entre os fatores de limitação da autonomia privada.

Segundo Manuel A. Domingues de Andrade (apud BORGES, 2005, p. 60), um negócio jurídico contraria a ordem pública quando contrasta com os “interesses fundamentais que o nosso sistema jurídico procura tutelar e aos princípios correspondentes que constituem como que um substrato desse sistema.”

De acordo com Roppo (1988, p. 179):

Ordem pública é o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica, e que, por isso, devem-se considerar-se imanentes ao ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica.

As normas de ordem pública são, segundo o autor, “comandos inderrogáveis”, que desempenham um papel coordenador do “interesse público”. Bons costumes, por sua vez, são regras de comportamento difundidas no socialmente como condição ética (ROPPO, 1988).

Na lição de Henri de Page (apud TARREGA, 2007, p. 112):

A ordem pública é aquela que entende com os interesses essenciais do Estado, ou da coletividade, ou que fixa no Direito Privado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade.

Para Carlos Maximiliano (apud TARREGA, 2007, p. 112), a distinção entre as prescrições de ordem pública e ordem privada consistem em que;

[...] entre as primeiras e o interesse da sociedade coletivamente considerada sobreleva a tudo, a tutela do mesmo constitui o fim principal do preceito obrigatório; é evidente

que apenas de modo indireto a norma aproveita a todos os cidadãos isolados, porque se inspira antes no bem da comunidade do que no indivíduo; e quando o preceito é de ordem privada sucede o contrário: só indiretamente serve o interesse público, à sociedade considerada em seu conjunto; a proteção do direito do indivíduo constitui o objetivo principal.

Carlos Alberto da Mota Pinto (apud BORGES, 2005, p. 61), igualmente, esboça uma definição de ordem pública como sendo “o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas.” Admite, contudo, que tais princípios não são suscetíveis de uma catalogação exaustiva, até porque a noção de ordem pública é variável no tempo.

Definição similar é traçada por Giuseppe Stolfi (apud BORGES, 2005), para quem a noção de ordem pública é deduzida das leis e dos princípios gerais do ordenamento jurídico, normas que, uma vez violadas, perturbam profundamente a vida do conjunto social.

Orlando Gomes (1995, p. 156), por sua vez, define ordem pública como um “quadro [constituído por princípios gerais do ordenamento de interesses básicos da estrutura econômica] dentro do qual podem ser travadas validamente as relações jurídicas”, ou “princípios que traduzem os interesses fundamentais da sociedade relativos à sua ordem econômica e política.” O autor exemplifica como negócios contrários à ordem pública aqueles que contrariam sua função social, e pontua que a consequência dessa contrariedade é a nulidade do negócio.

Francisco Amaral (2000, p. 339) define ordem pública enquanto limite da autonomia privada como “um conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica.”

Alberto Trabucchi (apud BORGES, 2005, p. 62) entende que as regras de ordem pública “são postulados essenciais que se acomodam às contínuas exigências da vida e ao desenvolvimento da sociedade organizada.” Numa perspectiva diversa dos autores pregressamente citados, o autor sustenta que princípios de ordem pública necessariamente estão expressos em normas jurídicas positivas, “podendo ser obtidos de um estudo conjunto das mesmas.”

À adequação do contrato à ordem pública e aos bons costumes, Carbonier chama de “civismo contratual”. Segundo o autor, a ideia de ordem pública é a da supremacia da sociedade sobre o indivíduo, diz respeito a interesses essenciais do Estado (CARBONIER apud BORGES, 2005, p. 62).

Vê-se, a partir das considerações supraexpostas, que o conceito de ordem pública, componente do espectro da autonomia privada, é variável no tempo e no espaço, devendo ser extraído da dogmática jurídica para fins de delimitação das balizas da autonomia privada no bojo de um ordenamento jurídico determinado.

Ainda, o exercício da autonomia privada é limitado pela necessária observância de princípios incorporados pela sociedade, os quais se inserem na noção de bons costumes. Nesse sentido, para Pietro Perlingieri (apud BORGES, 2005) os bons costumes, a segurança, a incolumidade e a saúde são limites à liberdade do indivíduo. Para o referido autor, esses elementos têm conteúdo objetivo e devem proteger o efetivo interesse da pessoa, considerada isoladamente ou como parte de uma coletividade.

Para o autor italiano Giuseppe Stolfi (apud BORGES, 2005, p. 62), para se apreender o significado de bons costumes “deve se ter em conta a opinião comum das pessoas justas e razoáveis, de sorte que deve se considerar imoral o que contrasta com o sentimento ético normal.”

Bons costumes, conforme Francisco Amaral (2000, p. 347), compreendem o “conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo que se expressam em princípios como lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo, etc.”

Como se vê, os elementos comumente citados como componentes do conceito de bons costumes carregam grande carga de subjetividade e de relatividade. Por isso, ficam vulneráveis a críticas por parte de parcela considerável da doutrina, notadamente, no que se refere à possibilidade de restrição de um direito fundamental – como é a autonomia privada – com base em conceitos abertos.

Entre outros, Naves (2014) tece críticas ao fato de o Direito admitir expressões autoritárias como “ordem pública” e “bons costumes” como restritivas de direitos fundamentais. Para o autor, a restrição de direitos por meio de conteúdos axiológicos não se sustenta. Segundo afirma, em uma sociedade plural como a atual é impossível traçar interesse ou valores que sejam únicos. Quanto aos bons costumes, questiona: quem determinaria qual costume é bom e qual não é?

No mesmo sentido, Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 225) aponta que “bons costumes é conceito nebuloso e, muitas vezes, apegado a noções ultrapassadas.” Ainda, por se tratar de algo absolutamente subjetivo diante de uma sociedade diversificada e multicultural, não há como deixar a cargo da consciência social a sua definição. A autora exemplifica com a imagem, ao passo que há quem entenda que fotografias de pessoa nuas sejam atentatórias aos bons costumes, enquanto se trata de prática com larga aceitação social.

Ainda segundo a crítica da citada autora, os conceitos jurídicos não podem ser pautados a partir de rígidas classificações ou modelos arcaicos, à medida que um direito excessivamente dogmático é inadequado a abarcar a realidade fática que se apresenta. O Direito, como qualquer ciência, deve ser compreendido dentro do contexto social em que se insere, de modo que qualquer qualificação jurídica é sempre marcada por opções históricas, culturais e ideológicas (CANTALI, 2009).

[...] não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar [...] O conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa-se levar em conta que os conceitos e instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos, haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época, terá seus próprios mecanismos. (PERLINGIERI apud CANTALI, 2009, p. 227).

Nessa perspectiva, a noção de bons costumes, fruto de um juízo de valor fundado na moralidade, é deveras subjetiva e imprecisa, mostrando-se insuficiente para limitar a atuação dos particulares no seu projeto de vida. O Direito precisa ser vivo, acompanhar as mudanças sociais e, dessa forma, não há com estabelecer um padrão de conduta que se considere como bons costumes (CANTALI, 2009). Citando Orlando de Carvalho, a autora arremata que:

[...] nenhum direito ou ramo do direito admite paralisação no tempo, mesmo que as normas não mudem, muda o entendimento das normas, mudam os conflitos de interesses que se tem de resolver, mudam as soluções de direito, que são o direito em ação. [...] nenhum direito pode deveras subtrair-se ao *continuum reale* que ele é na sua essência. (CARVALHO apud CANTALI, 2009, grifo do autor).

Notadamente, em um ordenamento jurídico que parte do pressuposto da legitimação pelos direitos humanos, como é o caso do brasileiro, não se pode deixar de concordar com as apontadas críticas.

Como se vislumbra, os limites à autonomia provada decorrem de uma interpretação construtiva do direito privado, voltada à consagração do indivíduo e da sua fundamental dignidade, consagrada constitucionalmente e que passa a irradiar efeito sobre o ordenamento jurídico como um todo. O direito passa a ser interpretado em consonância com os ditames da constituição, especialmente, no que se refere à observância dos direitos fundamentais, ainda que no bojo de relações estritamente privadas. Nesse panorama, a consagração dos direitos fundamentais e a constitucionalização do direito civil leva à repersonalização do direito privado, que passa a ser interpretado e aplicado em consonância com os princípios

constitucionais. Em que média isso ocorre e quais as principais teorias desenvolvidas acerca da temática constitui objeto da seção seguinte.

2.5 AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O problema da autonomia privada se agudiza, notadamente, a partir do desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação, sobretudo a Internet, que permite o tráfego jurídico por meio informático, despersonalizado e a distância.

As mudanças sociais e econômicas decorrentes dessa transformação podem ser contextualizadas no que doutrina convencionou chamar “Sociedade da Informação”².

Conforme assinalado por Werthein (2000), a expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada, nos últimos anos do século XX, em substituição ao complexo conceito de “sociedade pós-industrial” e como forma de transmitir o conteúdo específico do novo paradigma técnico-econômico. O conceito de “sociedade da informação” busca expressar as transformações técnicas, organizacionais e administrativas que têm como fator chave não mais os insumos baratos de energia – característico da sociedade industrial – mas os insumos baratos de informação propiciados pelo desenvolvimento tecnológico na microeletrônica e telecomunicações.

Essa sociedade pós-industrial, ou “informacional”, como prefere Castells (1999), está ligada à expansão e reestruturação do capitalismo verificada, sobretudo, a partir da década de 1980. As novas tecnologias informacionais vieram transformar substancialmente o modelo de contrato social entre capital e trabalho, característico do capitalismo industrial.

Schwab (2016) concebe o momento atual como o início da “quarta revolução industrial”, cujo desafio mais intenso é o entendimento e a modelagem da nova revolução tecnológica a qual implicará, segundo aduz, nada menos do que a transformação de toda a humanidade. Está em curso, segundo o autor, uma revolução que alterará profundamente a maneira como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos. “Em sua escala, escopo e complexidade, a quarta revolução industrial é algo diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade.” (SCHWAB, 2016, p. 15). Suas principais características são uma Internet mais ubíqua e móvel, sensores menores e mais poderosos que se tornam mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática.

² A expressão é atribuída a Manuel Castells.

Em refutação aos teóricos que consideram essas inovações como mais um aspecto da terceira revolução industrial, Schwab (2016, p. 13) aponta ao menos três razões para sustentar sua convicção de que se trata, na realidade, de uma quarta – e distinta – revolução:

- **Velocidade:** ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear. Esse é o resultado do mundo multifacetado e profundamente interconectado em que vivemos; além disso, as novas tecnologias geram outras mais novas e cada vez mais qualificadas;

- **Amplitude e profundidade:** ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. A revolução não está modificando apenas “o que” e o “como” fazemos as coisas, mas também “quem” somos;

- **Impacto sistêmico:** ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, entre empresas, indústrias e em toda a sociedade.

Esse processo de transformação se iniciou no fim dos anos 1960 e meados dos anos 1970, a partir da coincidência histórica de três processos que em princípio não guardavam relação entre si: revolução da tecnologia da informação; crise econômica do capitalismo e do estatismo, e a conseqüente reestruturação de ambos; e apogeu de movimentos sociais e culturais iniciados na década de 1960 (CASTELLS, 1999). Segundo o citado autor, a interação entre esses processos fez surgir uma nova estrutura social dominante, a sociedade em rede; uma nova economia, a economia informacional/global; e uma nova cultura, a cultura da virtualidade real.

Castells parte de convicção de que “entramos em um mundo realmente multicultural e interdependente, que só poderá ser entendido e transformado a partir de uma perspectiva múltipla que reúna identidade cultural, sistemas de redes globais e políticas multidimensionais.” (CASTELLS, 1999, p. 43).

A grande mudança, conforme identificado pelo autor, decorre da transformação dos modos de desenvolvimento. Uma diferenciação prévia se faz necessária, contudo, modo de desenvolvimento não se confunde com modo de produção. Modo de produção corresponde ao objeto sobre o qual se trabalha e todos os meios de trabalho necessários à produção (primitivo, capitalista, socialista, comunista, feudal, etc.).

A partir dessa diferenciação, Castells sustenta que o desenvolvimento das tecnologias informacionais resultou, a partir dos anos 1970, em um novo modo de desenvolvimento, informacional, cuja fonte de produtividade é a própria tecnologia de geração de conhecimentos, de processamento de informação e de comunicação. Assim, embora conhecimento e informação sejam elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, “o que é específico ao modo

informacional de desenvolvimento é a ação de conhecimento sobre os próprios conhecimentos como principal fonte de produtividade.” (CASTELLS, 1999, p. 35).

A tese central proposta por Castells é que os modos de desenvolvimento modelam toda a sociedade, inclusive, a comunicação simbólica. Passando das categorias teóricas para o processo de transformação histórica das formas de interação, controle e transformação social, o que se torna relevante é a interação ente os modos de produção e os de desenvolvimento.

Nesse sentido:

[...] o fator histórico mais decisivo para a aceleração, encaminhamento e formação do paradigma da tecnologia de informação e para a indução de suas conseqüentes formas sociais foi/é o processo de reestruturação capitalista, empreendido desde os anos 80, de modo que o novo sistema econômico e tecnológico pode ser adequadamente caracterizado como **capitalismo informacional**. (CASTELLS, 1999, p. 36, grifo do autor).

Os quatro objetivos centrais desse processo, viabilizados pelas novas tecnologias informacionais, foram:

1. Maximização do lucro nas relações capital/trabalho (flexibilização, terceirização, enxugamento);
2. Aumento da produtividade do trabalho;
3. Globalização da produção, circulação e mercados;
4. Direcionamentos dos recursos estatais para garantir ganhos de produtividade e competitividade.

Da interação entre a revolução informacional e a reestruturação capitalista, surge uma nova economia: informacional e global. Informacional, porque depende da capacidade dos agentes econômicos para gerar, processar e aplicar a informação baseada em conhecimentos. Global, porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, informação, mercados) estão organizados em escala global. Foi a revolução da tecnologia da informação que propiciou essa nova economia (WERTHEIN, 2000).

Segundo as concepções do capitalismo clássico, o aumento dos lucros é possível por quatro meios principais: 1. Redução dos custos de produção; 2. Aumento da produtividade; 3. Ampliação do mercado; 4. Aceleração do giro do capital. Em todas essas dimensões as novas tecnologias da informação ofereceram instrumentos essenciais (WERTHEIN, 2000).

Em toda a década de 1980 houve investimentos maciços nos setores de infraestrutura de comunicação/informação. O resultado disso foi essa nova economia global, que é o traço mais típico do capitalismo informacional.

Deve-se observar, contudo, que as transformações em direção à sociedade da informação ocorrem em ritmo diferente nas diversas economias mundiais, se apresentando em estágio avançado nos países industrializados, mas representando uma tendência dominante também nos países menos industrializados. Como traço comum, definem um novo paradigma: o da tecnologia da informação, que expressa a essência da presente transformação tecnológica em suas relações com a economia e a sociedade (WERTHEIN, 2000). Esse novo paradigma apresenta, segundo Castells (2000), as seguintes características fundamentais:

- a) **A informação é sua matéria-matéria prima.** Ou seja, as tecnologias são desenvolvidas para permitir ao homem atuar sobre a informação propriamente dita, ao contrário do período industrial, quando o objetivo das novas tecnologias era voltado à criação de novos implementos ou adaptação aos novos usos;
- b) **Os efeitos das novas tecnologias têm alta penetrabilidade.** Quer dizer, sendo a informação parte integrante da atividade humana, todas essas atividades são influenciadas pelas novas tecnologias;
- c) **Predomínio da lógica de redes.** Graças às novas tecnologias, a lógica de rede pode ser implementada em qualquer tipo de processo;
- d) **Flexibilidade.** A tecnologia favorece processos reversíveis, dispondo de alta capacidade de reorganização e reconfiguração;
- e) **Crescente convergência de tecnologias.** Trajetórias de desenvolvimento tecnológico em diversas áreas do saber tornam-se interligadas e transformam-se, alterando as categorias segundo as quais pensamos todos os processos.

Werthein (2000) adverte, contudo, que o foco sobre a tecnologia pode alimentar a visão ingênua de determinismo tecnológico, segundo a qual as transformações em direção à sociedade da informação resultam exclusivamente da tecnologia, seguindo uma lógica técnica e neutra, fora da interferência de fatores sociais e políticos, o que, segundo aduz, mostra-se absolutamente equivocado. Processos sociais e transformação tecnológica resultam de uma interação complexa em que fatores sociais preexistentes, a criatividade, o espírito empreendedor, as condições da pesquisa científica afetam o avanço tecnológico e suas aplicações sociais.

Na mesma linha, Schwab (2016) chama atenção para o fato de a quarta revolução industrial não dizer respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo, à medida que novas descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. “O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos.” (SCHWAB, 2016, p. 16).

A esse respeito, vale reproduzir um comentário de Castells:

É provável que a o fato da constituição desse paradigma ter ocorrido no EUA e, em certa medida, na Califórnia e nos anos 70, tenha tido grandes consequências para as formas e a evolução das novas tecnologias da informação. Por exemplo, apesar do papel decisivo do financiamento militar e dos mercados nos primeiros estágios da indústria eletrônica, na década de 40 à de 60, o grande progresso tecnológico que se deu no início dos anos 70 pode, de certa forma, ser relacionado à cultura da liberdade, inovação individual e iniciativa empreendedora oriunda da cultura dos *campi* norte-americanos³ da década de 60 [...] Meio inconscientemente, a revolução da tecnologia da informação difundiu pela cultura mais significativa de nossas sociedades o espírito libertário dos movimentos dos anos 60. (CASTELLS, 2000, p. 25).

Vê-se, pois, que a revolução tecnológica informacional decorre de uma relação simbiótica com fatores sociais e políticos, com implicações recíprocas de fomento e disseminação.

Nesse sentido é a observação de Castells (1999), para quem as sociedades da era da informação não podem ser reduzidas à estrutura e à dinâmica da sociedade em rede, ao passo que são formadas pela interação entre a *Net* e o *Ser*, entre a sociedade em rede e o poder da identidade.

Assim, nesse cenário há uma evidente transformação na cultura das sociedades informacionais. Castells (1999) a caracteriza como “cultura da virtualidade real”, onde não existe uma separação rígida entre realidade e representação simbólica, o que leva à construção de um novo estilo de vida e à transformação das dimensões espacial e temporal dos processos sociais.

Essa cultura é viabilizada pela possibilidade de integração de textos, imagens e sons no mesmo sistema eletrônico de comunicação, caracterizado pelo alcance global, pela integração de todos os meios de comunicação e pela interatividade potencial.

³ A década de 1960 foi marcada por intensos movimentos políticos e culturais nos EUA, notadamente, relacionados à afirmação dos direitos civis e da cultura negra.

Segundo Castells (1999, p. 428), “Ao encerrar o poder no espaço de fluxos, permitir que o capital escape do tempo e dissolver a história na cultura do efêmero, a sociedade em rede desincorpora as relações sociais e introduz a cultura da virtualidade real.”

O determinismo, juntamente com o evolucionismo – que vê o novo paradigma tecnológico da sociedade da informação como etapa de desenvolvimento – distorcem a análise do complexo processo de mudança social, alimentando uma atitude passiva do corpo social em relação a esse processo. Essa postura olvida a importância da sociedade tanto para o fomento quanto para o desalento do desenvolvimento tecnológico (WERTHEIN, 2000).

Observa-se, igualmente, que o avanço tecnológico no novo paradigma foi em grande parte resultado da ação do Estado, que normalmente está à frente de ações direcionadas ao desenvolvimento da sociedade da informação. Em razão disso, é axiomático que países com maior índice de desenvolvimento estejam à frente na corrida tecnológica da sociedade da informação, que se desenvolve em diferentes níveis nas diversas economias mundiais. Nesse sentido, Agudo Guevara (apud WERTHEIN, 2000), pontua que as desigualdades de renda e desenvolvimento industrial entre os povos e grupos da sociedade reproduzem-se no novo paradigma. Enquanto no mundo industrializado o desenvolvimento informacional tem de incorporar alguns segmentos sociais e minorias excluídas, nos países em desenvolvimento, entre eles os latino-americanos, grande fatia da população – talvez a maioria – está longe de se integrar ao novo paradigma.

Para Werthein (2000, p. 73):

Esse fato fundamental constitui um dos desafios éticos para a constituição das sociedades da informação, desafio que somente a ação social consciente poderá superar, já que certamente não será resolvido pelo avanço tecnológico em si mesmo, nem por uma hipotética ação natural.

Do receio provocado pelo desenvolvimento tecnológico no limiar da sociedade da informação, passou-se a uma fascinação quase imatura, notadamente quando a Internet permitiu a integração dos povos por meio de infovias globais. Entrementes, passou-se a reconhecer como justificadas as bases e evidências que fundamentam especulações positivas sobre a sociedade da informação (WERTHEIN, 2000).

Os principais benefícios apontados em relação à sociedade da informação estão ligados às suas características, antes descritas.

Em primeiro lugar, a substituição de insumos baratos de energia por informação como fator-chave representa, para a sociedade, uma saída para a questão estrutural da degradação do meio ambiente, inevitável no antigo modelo tecnológico (WERTHEIN, 2000). Quanto a este

aspecto específico, Schwab (2016) ressalta a possibilidade de criação de uma unidade de riqueza com muito menos trabalhadores, em comparação ao antigo modelo, à medida que os custos marginais das empresas digitais tendem a zero. Além disso, na realidade da era informacional surgem “bens de informação” com custos praticamente nulos de armazenamento, transporte e replicação. As próprias empresas atuantes no setor digital parecem exigir pouco capital para prosperar. “Empresas como Instagram ou o WhatsApp, por exemplo, não exigem muito financiamento para iniciar, mudando o papel do capital e a escala dos negócios no contexto da quarta revolução industrial.” (SCHWAB, 2016, p. 18).

A penetrabilidade das novas tecnologias, por sua vez, carrega consigo a vantagem de conferir dinamismo ao processo de mudança, dando suporte às iniciativas que visam preparar a sociedade como um todo para enfrentar e tomar partido das tendências de transformação técnico-econômicas (WERTHEIN, 2000). Porque permite implementar materialmente a lógica de redes, a tecnologia permite modelar resultados variáveis, com possibilidades quase ilimitadas, o que não se mostra possível no padrão anterior (WERTHEIN, 2000).

Relacionada à característica anterior, a flexibilidade pode ser apontada como uma das principais vantagens da sociedade da informação. A flexibilidade incorpora a ideia de “aprendizagem”, ou seja, a capacidade de reconfiguração do sistema, permitindo a incorporação da mudança. De igual modo, a flexibilidade dá fundamento às expectativas de contínua adaptação de trabalhadores e consumidores, produtores e usuários, o que coloca o contínuo aperfeiçoamento intelectual e técnico como requisito da sociedade da informação (WERTHEIN, 2000).

A convergência tecnológica, por sua vez, reforça o caráter cooperativo decorrente da penetrabilidade das tecnologias na sociedade da informação. O uso coordenado das tecnologias permitirá, cada vez mais, substituir e amplificar o trabalho mental, com a produção em massa de conteúdo cognitivo, informação sistematizada, tecnologia e conhecimento (WERTHEIN, 2000).

A elevação da capacidade educacional e técnica e de criação de novas oportunidades econômicas terão o papel desempenhado pela descoberta de novos continentes e aquisição de colônias na expansão do mercado da sociedade industrial. (WERTHEIN, 2000, p. 74).

Sopesados os prós e contras, Werthein (2000) conclui que é desejável promover a sociedade da informação, à medida que o novo paradigma oferece a perspectiva de avanços significativos para a vida individual e coletiva, elevando o patamar dos conhecimentos gerados e utilizados na sociedade, oferecendo, ainda, estímulo para constante aprendizagem e mudança,

facilitando a salvaguarda da diversidade e deslocando o eixo da atividade econômica em direção mais condizente com o respeito ao meio ambiente.

Igualmente otimista em relação ao potencial da sociedade informacional, Schwab (2016, p. 12) pondera:

Se, por um lado, a profunda incerteza que rodeia o desenvolvimento e a adoção de tecnologias emergentes significa que ainda não conhecemos os desdobramentos das transformações geradas por essa revolução industrial, por outro, a complexidade e a interconexão entre os setores implicam que todos os stakeholders da sociedade global – governos, empresas, universidades e sociedade civil – devem trabalhar juntos para melhor entender as tendências emergentes.

Os desafios da sociedade da informação são inúmeros e incluem desde os de caráter técnico e econômico, cultural, social e legal, até os de natureza psicológica e filosófica. Ao escopo do presente estudo interessa, particularmente, a questão legal, especialmente relacionada à autonomia privada e ao modo como esse princípio fundante do direito privado se amolda ao novo paradigma, notadamente, a partir da difusão do comércio eletrônico cada vez mais em expansão.

Pense-se, hoje, no comércio eletrônico onde é possível adquirir produtos de qualquer país do mundo; a possibilidade de troca de informações instantâneas e em tempo real em qualquer ponto do globo terrestre; a influência dos mercados externos na economia; as empresas que atuam globalmente; as grandes empresas da informação (Google, Facebook, etc.).

O desenvolvimento da Sociedade da Informação representa, portanto, o desencadeamento de uma capacidade produtiva jamais vista, baseada essencialmente no conhecimento. Castells (1999) obtempera que, com isso, teremos tempo disponível para fazer experiência com a espiritualidade e oportunidade de harmonização com a natureza sem sacrificar o bem-estar material, o que nos aproximaria do sonho do Iluminismo. Observa, contudo, que há enorme defasagem entre o nosso excesso de desenvolvimento tecnológico e o subdesenvolvimento social. Segundo aduz:

Nossa economia, sociedade e cultura são construídas com base em interesses, valores, instituições e sistemas de representação que, em termos gerais, limita, a criatividade coletiva, confiscam a colheita da tecnologia da informação e desviam nossa energia para o confronto autodestrutivo. (CASTELLS, 1999, p. 438).

Daí exsurtem novos carecimentos, notadamente no âmbito social, a reclamar soluções jurídicas. A nós interessa, particularmente, o modo exercício da autonomia privada, pedra angular do direito privado, no novo paradigma da sociedade da informação e, especialmente, a partir dos meios eletrônicos de contratação.

3 TRANSCENDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais garantidos pelas constituições dos Estados Democráticos de direito possuem caráter de princípios basilares que regulam as relações entre Estado e cidadão, bem ainda as relações entre indivíduos. Identifica-se que alguns dos direitos fundamentais derivam da personalidade humana, no reconhecimento social da dignidade da pessoa (TARREGA, 2007).

Conforme já visto, a autonomia privada, como princípio fundamental do direito privado, tem por base a dignidade e a liberdade de desenvolvimento da personalidade do particular, o que não pode ocorrer sem o reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais.

O princípio da autonomia privada, macroprincípio do direito privado, tem também caracterização como direito fundamental, calcado na liberdade do indivíduo e na autodeterminação, conforme já analisado. As várias denominações a ele atribuídas: “princípio constitutivo do direito privado”, “princípio de ordenação sistemática interna”, “pedra angular do sistema civilístico”, “pedra angular do direito privado”, etc., dão uma dimensão de sua fundamentalidade (STEINMETZ, 2004).

O princípio da autonomia privada manifesta-se, com maior ou menor intensidade e com uma ou outra exceção, nos diferentes âmbitos materiais de regulação do direito privado. (ex.: no direito de família é mais atenuada sua relevância). Contudo, é no âmbito dos negócios jurídicos, de modo especial nos contratos, que a autonomia privada se manifesta mais intensa e extensamente. Na seara contratual, ela se concretiza como liberdade negocial (liberdade contratual). O nexos entre autonomia privada e liberdade negocial é tão estreito que, não raras vezes, no discurso dos juristas, toma-se uma pela outra (STEINMETZ, 2004).

Não obstante, ainda dissente a doutrina quanto à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas. A rigor, a discussão atualmente centra-se no modo e no alcance da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, porquanto a doutrina amplamente majoritária admite a vinculação direta. Não se pode olvidar, entretanto, a existência de relevantes posicionamentos no sentido de inadmitir a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, ou de admitir que essa vinculação aconteça apenas de forma mediata. Pela relevância do tema e pela estreita relação com o objeto do presente estudo, urge abordar, ainda que perfunctoriamente, as principais teorias.

3.1 A NEGAÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Conforme destacado alhures, no panorama romano-germânico há grande nível de consenso quanto à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, subsistindo dúvidas apenas em relação à forma e à extensão dessa incidência.

Entrementes, Sarmento (2006) adverte que na Alemanha, posteriormente ao surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, houve reação de parcela da doutrina, baseada em uma visão liberal, no sentido de sustentar que os direitos fundamentais representavam exclusivamente direitos de defesa em face do Estado. Dentre os argumentos discutidos por esta corrente, destacavam-se a tradição histórica liberal dentro da qual se erigiram os direitos fundamentais, a literalidade do texto da constituição alemã, que prevê expressamente a vinculação aos direitos fundamentais unicamente em relação ao Estado, bem como a vontade histórica do constituinte, à medida que não se discutiu, durante a elaboração da Lei Fundamental alemã, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, já que as atenções estavam voltadas para a proteção contra o Estado, até pela proximidade da experiência nazista. Outrossim, alegava-se que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares fulminaria a autonomia individual e destruiria a própria identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo Direito Constitucional, além de conferir um poder exagerado aos juízes, em detrimento do legislador democrático.

Ernst Forsthoff (apud SARMENTO, 2006) chegou a afirmar que a teoria da eficácia horizontal operaria a dissolução da Constituição, ao rebaixá-la de norma à mera ordem de valores, e levaria ao abandono dos métodos clássicos da hermenêutica jurídica no Direito Constitucional, com implicações devastadoras para a segurança jurídica. Referindo-se especificamente ao direito da igualdade, o citado autor salientou que sua aplicação às relações privadas “significa, desde o ponto de vista da política constitucional, a transformação dos direitos fundamentais em vinculações a deveres socialmente determinados na sua essência, com a eliminação substancial do seu conteúdo liberal.” (FORSTHOFF apud SARMENTO, 2006, p. 188).

Com efeito, a corrente que negava a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na Alemanha praticamente desapareceu, notadamente após o seu reconhecimento por reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal, proferidas a partir da década de 1950.

Sem embargo, é no direito norte-americano que a tese da não vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais teve maior difusão. Sarmento (2006) ressalta, na esteira de

Laurence Tribe, que é praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas aos poderes públicos, não atribuindo aos particulares direitos em face dos demais indivíduos, com exceção apenas da 13^a Emenda⁴, que aboliu a escravidão. Para sustentar essa posição, a doutrina apoia-se na literalidade do texto constitucional, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais – argumento semelhante à idêntica corrente de pensamento desenvolvida na Alemanha. Afora isso, a preocupação com a preservação da autonomia privada surge, também aqui, como argumento utilizado em defesa da teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse sentido, é a lição de Laurence Tribe (apud SARMENTO, 2006, p. 189):

[...] imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências constitucionais.

Além do argumento liberal, outra justificativa invocada em favor da doutrina da *state action* relaciona-se à peculiaridade do pacto federativo norte-americano. Sarmento (2006) sublinha o fato de que nos Estados Unidos compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, ressalvados os casos de matérias que envolvam o comércio interestadual ou internacional. Assim, afirma-se que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas.

Uma síntese explicativa da doutrina da *state action* pode ser extraída do excerto constante do julgamento do caso *Lugar v. Edmondson Oil Co*, citado por Sarmento (2006, p. 193):

Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuído ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da “atribuição razoável”. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável [...] Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um “ator estatal”. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma

⁴ Cujo teor é o seguinte: Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.

autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.

A doutrina da *state action* por certo se sujeita a críticas. Sarmiento (2006) destaca a bem articulada contestação dos pilares da indigitada teoria elaborada pelo Professor Erwin Chemerinsky, em polêmico artigo publicado na década de 1980, intitulado *Rethinking State Action*. Conforme consignado linhas atrás, a doutrina em questão se justifica em dois fundamentos: a) preservação da autonomia privada; b) garantia da autonomia dos Estados. Em relação ao primeiro argumento, Chemerinsky objetou que, cada vez que se reconhece a liberdade de alguém para violar um direito fundamental de terceiro, ocorre uma restrição ao direito desta vítima. Portanto, para ele:

[...] afirmar que a doutrina da *state action* é desejável porque preserva a autonomia e liberdade é olhar apenas para um dos lados da equação [...]. De fato, de acordo com a doutrina da *state action*, os direitos do violador privado são sempre favorecidos em relação aos direitos das vítimas. Dessa forma, a *state action* só promove a liberdade se se considerar que a liberdade de violar a Constituição é sempre mais importante do que os direitos individuais que são infringidos. (CHEMERINSKY apud SARMENTO, 2006, p. 195-196).

Já em relação à autonomia dos Estados, Chemerinsky afirma que é outorgada e limitada pela Constituição americana e, por isso, não pode ser invocada contra ela (SARMENTO, 2006).

Esses, portanto, os contornos gerais da teoria que nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais que, como dito, encontra ressonância em parcela cada vez mais diminuta da doutrina.

Passa-se, então, a expor a teoria da eficácia mediata ou indireta, situada numa posição intermediária entre aqueles que não admitem a irradiação dos direitos fundamentais às relações entre particulares e aqueles que a admitem de forma plena e irrestrita.

3.2 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA

Na doutrina alemã, Günther Dürig desenvolveu a teoria da eficácia *mediata* ou *indireta* dos direitos fundamentais às relações entre particulares, recebendo impulso decisivo ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional alemão no *Caso Lüth*. Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta que a vinculação deva ocorrer de forma direta e imediata (SARMENTO, 2006).

Para a referida teoria, os direitos fundamentais não ingressam no cenário privado como direitos subjetivos, que possam ser invocados a partir da Constituição. Segundo Dürig (apud SARMENTO, 2006, p. 198), “a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o poder público.” Por isso, certos atos que contrários aos direitos fundamentais, seriam inválidos se praticados pelo Estado, podem ser considerados lícitos no âmbito do Direito Privado. Por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental.

Sem embargo, Dürig admite a necessidade de se construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, de modo a submeter o primeiro aos valores constitucionais. Para o autor, essa ponte é representada pelas cláusulas gerais dos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador, os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre em concordância com a ordem de valores subjacentes aos direitos fundamentais (DÜRIG apud SARMENTO, 2006).

Conforme Steinmetz (2004), desde a formulação de Dürig, embora defendida sob distintos matizes, a teoria da eficácia mediata manteve um núcleo duro e estável de sentido que assim pode ser resumido: a) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações privadas por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do Direito Privado, isto é, no caso concreto a aplicação de normas de direitos fundamentais não se processa pela aplicação direta do texto constitucional (*ex constitucione*), mas sim mediadamente pelas normas e pelos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do direito privado; b) a aplicação das normas de direitos fundamentais às relações privadas está condicionada à mediação concretizadora do legislador de Direito Privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; c) ao legislador cabe o desenvolvimento “concretizante” dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; d) compete ao juiz e aos tribunais, à luz do caso concreto e quando não haja legislação específica, dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação das normas de direito privado, sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais, interpretando-as em consonância com os valores objetivos da comunidade que servem de fundamento às normas de direitos fundamentais ou com valores que defluem dessas normas.

Nessa perspectiva:

Para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio (princípios objetivos) ou, para usar uma terminologia da teoria axiológica dos direitos fundamentais, como sistema de valores (Wertsystem) ou uma ordem objetiva de valores. (STEINMETZ, 2004, p. 139).

Destarte, os defensores da teoria da eficácia mediata vão sustentar que tais direitos são incorporados pelo campo privado não por meio dos instrumentos do Direito Constitucional, mas sim por meio de mecanismos típicos do próprio Direito Privado. Com arrimo em Vieira de Andrade, Sarmiento (2006, p. 200) consigna:

[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Wetschuntzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.

Segundo argumentos levantados pelos defensores dessa teoria, conforme exposto por Steinmetz (2004), uma eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais seria correta porque: (i) considera e preserva a autonomia privada como um princípio fundamental do Direito Privado e como princípio que deflui do direito geral de liberdade; (ii) assegura a identidade, autonomia e função do Direito Privado com um todo, notadamente do Direito Civil; (iii) responde melhor ao postulado da segurança jurídica, porquanto as normas de direito privado apresentam um grau maior de especificidade e de detalhamento do que o das normas de direitos fundamentais; (iv) evita a “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, fenômeno que seria prejudicial ao direito privado e ao próprio direito constitucional, porque (a) implicaria a trivialização da Constituição e dos direitos fundamentais, (b) converteria casos jurídicos privados em casos constitucionais e, por consequência, (c) sobrecarregaria a jurisdição constitucional.

Ainda, afirmam os defensores da teoria da eficácia indireta, que a adoção da teoria rival (eficácia direta) importaria na outorga de um poder desmensurado ao Judiciário, haja vista o grau de indeterminação típico das normas constitucionais consagradoras desses direitos (SARMENTO, 2006). Nesse quadro, restaria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, porquanto ficaria à mercê da discricção dos juízes. Por isso, entendem os defensores dessa teoria que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais (SARMENTO, 2006). Nesse sentido é a posição sustentada por Konrad

Hesse (apud SARMENTO, 2006, p. 199), que rejeita, em princípio, a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, argumentando:

[...] mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal.

Portanto, os argumentos levantados pelos adeptos da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares são atenuações daqueles defendidos pelos que negam qualquer tipo de incidência desses direitos sobre as relações privadas. A diferença fundamental consiste no reconhecimento, pelos primeiros, de que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive, sobre o Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume (SARMENTO, 2006).

3.3 TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir no início da década de 1950. Segundo referido autor (NIPPERDEY apud SARMENTO, 2006), embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, por sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. A justificativa de sua afirmação residiria na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. Tanto que a opção constitucional pelo Estado Social seria consequência do reconhecimento dessa realidade, tendo como implicação a extensão dos direitos fundamentais às relações travadas entre particulares.

Consoante sublinhado por Steinmetz (2004), no plano jurisprudencial a teoria da eficácia imediata foi reconhecida inicialmente pelo Tribunal Federal do Trabalho alemão. É de lavra deste Tribunal o excerto citado por Steinmetz (2004, p. 166):

[...] em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a

estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e os atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar de ordem básica ou ordem pública.

Em outra decisão, o Tribunal reportou-se aos direitos fundamentais como “princípios para organização da vida social” com “relevância imediata” também em relação aos pactos entre particulares:

Nem todos, mas, de qualquer modo, toda uma série de importantes direitos fundamentais da Constituição não devem somente garantir os direitos de liberdade nos confrontos como o poder do Estado, mas constituem antes princípios para a organização da vida social que têm, em uma medida que deverá ser especificada sobre a base do [de cada] direito fundamental, uma relevância imediata também para as relações jurídicas entre os cidadãos. (STEINMETZ, 2004, p. 166).

A doutrina de Nipperdey foi retomada e desenvolvida na doutrina germânica por Walter Leisner, em tese de cátedra referente ao tema, na qual sustentou a ideia de que, pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, infenso a Constituição e aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006). Também Reinhold Zippelius (apud SARMENTO, 2006) defende a eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, ao afirmar que quando tais direitos não forem suficientemente protegidos pelo legislador na esfera privada, as normas constitucionais que os consagram produzirão “efeito directo de obrigatoriedade nas relações entre os cidadãos.” (ZIPPELIUS apud SARMENTO, 2006, p. 205).

Em que pese ser o berço de seu desenvolvimento, na Alemanha a influência da teoria da eficácia imediata é reduzida. Contudo, sua influência é crescente e tem recebido novos desenvolvimentos em países, como Itália, Portugal e, sobretudo, na Espanha (STEINMETZ, 2004).

Da dogmática espanhola, Steinmetz (2004, p. 167) colhe a síntese de Naranjo de La Cruz:

[...] os direitos fundamentais, em sua dupla vertente subjetiva e objetiva, constituem o fundamento de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por isso, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme a sua natureza e teor literal, direitos subjetivos dos cidadãos oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares.

Nesse sentido, a exemplo da teoria mediata, a teoria da eficácia imediata atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão – uma subjetiva, outra objetiva – e uma eficácia operante em todo o ordenamento jurídico. A distinção, contudo, reside no fato de a teoria da

eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares (STEINMETZ, 2004).

Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo, a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos de normas imperativas de direito privado, e modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais. (STEINMETZ, 2004, p. 167).

Nessa ordem de ideias, direitos e obrigações, no âmbito das relações privadas, podem e devem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais de direitos fundamentais. Conforme Tomás Quadra-Salcedo (apud STEINMETZ, 2004, p. 168):

[...] a obrigação dos cidadãos de respeitar os direitos fundamentais surge e emana diretamente da Constituição e não somente das normas de desenvolvimento desta; não é portanto sem mais um mero reflexo do ordenamento ordinário que pode sofrer alterações, modificações e supressões que o legislador decida, senão que há um núcleo essencial que se deduz diretamente da Constituição e que se impõe a todos os cidadãos.

Quanto à lição de Quadra-Salcedo, Sarmento (2006) destaca o fato de o autor ter reconhecido que esta eficácia imediata deve ser ponderada com a autonomia privada individual, que também recebe proteção constitucional.

Sarmento (2006) traz à baila, em sua já citada obra, o escólio de Bilbao Ubillos, que, segundo aduz, seria o autor da mais longa e completa obra sobre a matéria. Para o referido autor, que analisa a questão sob o prisma da Constituição espanhola, existem direitos que por sua própria estrutura pressupõem a eficácia imediata, como, por exemplo, os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião. Outros, por sua natureza, vinculam apenas o Estado. Não existe, segundo o autor, uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, de modo que se torna necessária uma análise de cada direito fundamental para se verificar a existência e a extensão de sua eficácia horizontal. De igual modo, Ubillos sustenta a necessidade de se ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular, o que resultará numa proteção diferenciada dos direitos fundamentais no campo das relações públicas e privadas.

Pedro de Veja Garcia (apud SARMENTO, 2006), Professor Catedrático de Direito Constitucional da Universidad Complutense de Direito de Madri, considera a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas como um mecanismo essencial de correção de desigualdades sociais. Segundo leciona, o equívoco da teoria da eficácia mediata consiste em confundir a liberdade constitucional com a autonomia privada contratual, já que, sob a ótica

constitucional, não existe efetiva liberdade numa situação de evidente desigualdade entre as partes.

Ainda na esteira de Sarmiento (2006), urge pontuar que na jurisprudência espanhola a questão material da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais acabou por se confundir com a questão processual, concernente à possibilidade de julgamento pelo Tribunal Constitucional, de *recurso de amparo* relativo a litígios privados. Referido recurso é, naquele ordenamento jurídico, um instrumento de defesa de direitos fundamentais, que foi previsto especificamente para os casos de violação ou ameaça de direitos constitucionais por parte do poder público. Contudo, para admitir-se o recurso de amparo em questões envolvendo direitos eminentemente privados, elaborou-se a construção de que a ofensa tutelada não é proveniente do particular, mas sim do Poder Judiciário, quando este não atribuir proteção adequada a tais direitos em sua atividade de prestação jurisdicional. Por meio desse artifício, foi possível levar ao Tribunal Constitucional da Espanha demandas envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Disso Sarmiento (2006) extrai que, por uma questão de lógica elementar, não se pode imputar ao Poder Judiciário uma omissão censurável pela não proteção dos direitos fundamentais nas relações privadas sem que se admita a incidência desses direitos em tais relações.

Já no direito português, apenas para se traçar um paralelo, a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas foi expressamente prevista no texto constitucional, conforme artigo 18.1 da constituição lusitana, que giza: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.” (SARMENTO, 2006, p. 208). Diante da previsão constitucional expressa, parece indubitável a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, em Portugal.

Entrementes, há uma corrente minoritária na doutrina portuguesa, capitaneada por autores, como Francisco Lucas Pires e Carlos Alberto Motta Pinto, que sustenta a tese da eficácia apenas indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mas a corrente dominante, composta por juristas, como J.J. Gomes Canotilho, Vital Moreira e Ana Prata, inclina-se pelo acolhimento da teoria da vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais (SARMENTO, 2006).

Ainda no intuito de oferecer um breve panorama do direito comparado, convém abordar, ainda que perfunctoriamente, o caso italiano. Na Itália, o texto constitucional não é tão claro como o português no que diz respeito à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais,

mas, conforme aponta Sarmiento (2006, p. 213), o seu artigo 2º aponta nessa direção, quando preceitua que:

A República reconhece e garante direitos invioláveis do homem, com indivíduo ou no seio das formações sociais onde desenvolve a sua personalidade, e exige o cumprimento dos deveres inescusáveis de solidariedade política, econômica e social.

Ademais, a linha filosófica e ideológica da Constituição Italiana de 1947 corresponde ao ideário do Estado Social, sugerindo uma visão dos direitos fundamentais diversa da que prevalecia no Estado Liberal, que os restringia às relações entre cidadão e Estado. Nessa ordem de ideias, afirma-se que a jurisprudência da Corte Constitucional italiana aderiu à teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares (SARMENTO, 2006).

Segundo Léopoldo Élia (apud SARMENTO, 2006, p. 214), professor da Universidade de Roma e integrante daquele Tribunal:

[...] a Corte reconheceu que as garantias estabelecidas para as liberdades fundamentais pela Constituição se aplicam às relações particulares ou privadas (*Drittwirkung*): por consequência, o exercício das liberdades deve ser salvaguardado mesmo no interior dos diferentes organismos sociais como a família, a empresa e a fábrica.

Dentre as decisões mais importantes daquela corte relacionadas ao tema, Sarmiento (2006) cita a proferida na sentença n. 122/1970, que reconheceu expressamente a existência de alguns direitos na Constituição italiana dotados de eficácias contra todos, os quais protegem as pessoas não apenas das autoridades governamentais, mas também de outros atores privados. O caso tratava do exercício da liberdade de manifestação do pensamento, tendo a Corte decidido que “ninguém pode atentar contra ela sem violar um bem protegido por rigorosa tutela constitucional.” (UBILLOS apud SARMENTO, 2006, p. 214).

Em outras decisões mais recentes, o Tribunal Constitucional italiano ressaltou a eficácia horizontal direta do direito à saúde, a exemplo da sentença 202/1991, em que se consignou “o reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental da pessoa e bem constitucionalmente garantido é plenamente operativo também nas relações de direito privado.” (UBILLOS apud SARMENTO, 2006, p. 214).

Ainda na esteira de Sarmiento (2006), insta sublinhar que, na doutrina italiana, autores, como Vezio Crisafulli, Alessandro Pace e Pietro Perlingeri afiliam-se à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por todos, Pietro Perlingeri (apud SARMENTO, 2006, p. 215), Professor da Universidade de Camerino, com marcante influência entre os civilistas brasileiros ligados à corrente do Direito Civil Constitucional, defende a

possibilidade de aplicação direta da Constituição às relações entre particulares, sustentando que “a norma pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil.” Tecendo críticas à teoria da eficácia mediata, Perligeri destacou que “[...] a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.”

A breve análise do direito comparado, conclui-se que, embora não tenha prevalecido na Alemanha, justamente no seu nascedouro, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas tornou-se predominante em vários outros Estados, como Espanha, Portugal e Itália.

3.4 VARIAÇÕES TEÓRICAS

Apesar de apresentar um núcleo duro de significado claramente identificável, a teoria da eficácia imediata se apresenta sob diferentes variações. Steinmetz (2004), a partir de uma leitura reconstrutiva, propõe a distinção de três versões da teoria: a “forte), a “intermediária” e a “fraca”.

Segundo aduz, de acordo com a versão “forte”, atribuída a Nipperdey, os direitos fundamentais operam eficácia geral, plena e indiferenciada nas relações privadas. Em consonância com a versão “fraca”, os direitos fundamentais operam eficácia nas relações privadas, sobretudo, nas relações marcadas pela desigualdade fática, quando, de um lado, encontra-se um particular em posição de inferioridade e, de outro, um particular em posição de supremacia econômica ou social. Já segundo a versão “intermediária”, a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, porém não ilimitada, incondicionada ou indiferenciada. Assim, segundo Steinmetz (2004, p. 169):

Se o problema da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares se apresenta como um problema de colisão de direitos fundamentais, então a solução deve resultar da aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo especial do princípio da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação de bens), terceiro elemento ou *test* do princípio da proporcionalidade.

Expostas as variantes da teoria da eficácia imediata, Steinmetz (2004) sublinha o fato de que não se encontram mais posicionamentos doutrinários favoráveis à versão “forte”. Segundo aduz, essa versão é insustentável por desconsiderar dois pontos fundamentais: a) a

problemática da eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas é um problema de colisão de direitos fundamentais, de modo que o alcance da norma deve ser fixado em cada caso concreto, mediante a ponderação dos direitos constitucionalmente protegidos em jogo; b) a autonomia privada, como princípio fundamental do direito privado, também é constitucionalmente protegida e, por isso, no caso de conflito entre outro direito fundamental e a autonomia privada, esta não pode ser simplesmente afastada sem maiores elucubrações.

Já a versão “fraca”, segundo Steinmetz (2004), revela-se ambígua, porquanto na literatura constitucional ora aparece como uma versão autônoma, ora como uma exceção à teoria da eficácia mediata e ora como uma variação da versão “intermediária” da eficácia mediata.

Deste, os melhores argumentos seria a favor da versão “intermediária”, uma vez que, segundo Steinmetz (2006): i) o problema da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais nas relações privadas é um problema de colisão de direitos fundamentais; ii) a autonomia privada, como princípio fundamental do direito privado, também é um bem constitucionalmente protegido; iii) como decorrência das premissas anteriores, o alcance da eficácia imediata em cada caso concreto deve resultar de uma justificada ponderações dos direitos em jogo. Além disso, segundo o autor citado, “essa versão da eficácia imediata se mostra compatível com as tendências atuais que apontam para a necessidade de superação da dicotomia eficácia mediata versus eficácia imediata em favor de soluções diferenciadas.” (STEINMETZ, 2004, p. 171).

Em remate, na esteira de Steinmetz (2004) e com base no supraexposto, urge fixar as premissas da teoria da eficácia imediata, ainda que de forma concisa: a) As normas de direitos fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não só em face do Estado, mas também aos demais particulares⁵; b) Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem público ou privados; c) Como direitos subjetivos constitucionais possuem eficácia, independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado, exceto quando a própria Constituição disponha de modo diverso.

Superada a questão atinente à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, restando demonstrada a prevalência da teoria da eficácia imediata – adotada na presente dissertação – mostra-se imperioso analisar suas implicações sobre a teoria do negócio jurídico, notadamente, no que se relaciona com a autonomia privada. Para tanto, dedica-se tópico específico na sequência.

⁵ Segundo o autor, trata-se do *status socialis* de que falava Nipperdey, uma posição jurídica que autoriza o particular a elevar uma pretensão de respeito contra todos.

3.5 TRANSCENDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL – O NOVO CONTRATO

Em tópico pregresso especialmente dedicado ao tema, viu-se que, na ciência jurídica do século XIX, a autonomia da vontade era a pedra angular do direito privado. Naquele período histórico, caracterizado pelo liberalismo jurídico, o indivíduo passa à posição de prevalência, o que leva à consagração da liberdade contratual, à medida que esta era vista como a mais genuína manifestação de liberdade do homem, cabendo ao Estado apenas assegurar a execução das vontades manifestadas por meio de negócios jurídicos. A vontade passa a ser a fonte por excelência dos direitos e o contrato sua forma excelsa de exteriorização.

Nessa ordem de ideias, a concepção de contrato daquele período está centrada na ideia de valor da vontade, como elemento principal, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações oriundos da relação jurídica contratual (MARQUES, 2011). Na concepção clássica de negócio jurídico, portanto, as regras atinentes aos contratos compunham um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para garantir o exercício da plena autonomia de vontade dos indivíduos, consubstanciada, em específico, na liberdade contratual.

O século XIX, com a igualdade formal, a liberdade que se realizava apenas nos diplomas constitucionais e a fraternidade retórica, foi confrontado com as exigências de um século XX pulsante e incontrolável, contestador e céptico, descrente da capacidade humana de resolver seus problemas individualmente, conforme consignado por Rodrigues Junior (2004). Nesse cenário, o contrato estruturado de acordo com o esquema clássico de oferta e aceitação, baseado no consentimento livre e na igualdade formal das partes, não mais se coaduna com a nova ordem constitucional e com o paradigma da autonomia privada.

Conforme Mandelbaum (apud GLITZ, 2002), podem ser apontadas duas concepções sobre o Direito dos Contratos: a clássica ou liberal, e a moderna ou social. A concepção clássica remonta ao século XIX e ao período das Grandes Codificações, refletindo as exigências do Estado Liberal, arraigado ao modo de produção predominantemente agrário. A concepção moderna, por sua vez, surge como resposta às novas necessidades decorrentes do novo sistema de produção, o industrial. Essas necessidades refletem a nova realidade social, as sociedades de consumo.

Contudo, é no marco do século XX que a autonomia da vontade (revida pela autonomia privada) alcança a configuração atual. Conforme apontado alhures, o grande impacto no direito

contratual foi a massificação. Destaque especial para as contratações em massa instrumentalizadas por contratos de adesão. Nesse novo cenário, a teoria da vontade, consistente na relação contratual pessoal e com a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais, é contraproducente à celeridade e ao dinamismo exigidos pela sociedade pós-moderna.

Espinha dorsal da ciência jurídica desde o período romano, o direito privado foi o ramo que mais sentiu os efeitos da pós-modernidade. Com o fenômeno da constitucionalização do direito civil e da transcendência dos princípios constitucionais às relações privadas, toda a teia normativa de direito privado passa a ser analisada sob à luz da Constituição, que, igualmente, passa a normatizar situações específicas antes restritas às codificações (BERTI, 2014).

No Estado constitucional do Século XX, a Constituição é alçada a fundamento e filtro de todo o sistema jurídico. O princípio basilar da dignidade humana passa a nortear o direito privado, que passa a ser exercido sempre em conformidade com os preceitos daí decorrentes, notadamente, em observância aos direitos fundamentais (BERTI, 2014).

A despeito disso, categorias do direito privado clássico seguem carentes de releitura e adaptação à nova sistemática do direito privado, que mudou seu eixo do patrimônio para o indivíduo, em reverências à nova ordem constitucional que sedimenta o estado social e se baliza pela função social do contrato.

As grandes figuras do direito privado clássico, desenvolvidas sob o império do liberalismo, já não são suficientes paradigmas do direito privado do Estado Social, à medida que neste se atribui à propriedade, aos contratos, aos meios de produção e a outros institutos do direito privado, uma função social global, conforme ressaltado por Tarrega (2007).

Nessa perspectiva, ainda na esteira de Tarrega (2007), o direito privado que se firma no Estado Social de direito carece de um novo esquema de fundamentação, vez que abandona o formalismo jurídico-científico, seus fundamentos, esquemas e construções. Segundo aduz, a cultura jurídica não mais se concentra na construção de métodos apegados à elaboração de conceitos rígidos, para conferir segurança jurídica. A dogmática jurídica dirige-se à realização da justiça pela concretização de direitos.

Os direitos fundamentais garantidos pelas Constituições dos Estados Sociais de direito possuem caráter de princípios básicos que regulam a relação entre Estados e cidadãos, bem ainda dos indivíduos entre si. Em sua maioria, os direitos fundamentais decorrem da personalidade humana, no reconhecimento social da dignidade da pessoa. Nessa linha de intelecção, o direito de contratar tem por base a dignidade e a liberdade de desenvolvimento da personalidade do particular, o que não se pode concretizar sem o reconhecimento dos direitos e liberdades fundamentais (TARREGA, 2007).

Como visto no tópico pregresso, a doutrina prevalecente – e à qual nos parece assistir maior razão – capitaneada por Niperdey, admite a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Com a aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais, afirmam, evita-se situações de igualdade fictícia, meramente formal, que resultariam da aplicação rigorosa da autonomia contratual clássica. O mesmo não ocorre quando os contratantes ocupam, de fato, uma situação de igualdade de condições, caso em que a autonomia privada e a liberdade contratual são exercidas em sua plenitude. Assim, a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não representa risco à autonomia privada, segundo os defensores da teoria. Pelo contrário, de acordo com Briz, (apud TARREGA, 2007, p. 53), “reforça-a porque faz real a liberdade de contratar enquanto faz desaparecer a prepotência do mais forte, seja ele ente público ou privado.”

Entrementes, a concentração de capitais associada às novas formas de relações jurídicas que surgem com a contratação massificada, acelerada, impessoal, baseada em fórmulas estandardizadas, implica a reformulação teórica do direito privado. Categorias clássicas vão desaparecendo em razão do surgimento de outras representativas das exigências de socialidade. A autonomia, reconhecida ao indivíduo nas codificações do século XIX como possibilidade de autodeterminação para a regulação de seus interesses, modifica-se pelo enriquecimento científico proveniente de estudos sobre novas formas jurídicas e pela evolução do direito privado (TARREGA, 2007).

Para Gomes (1995), a principal modificação verificada diz respeito à expansão do contrato em massa, que substituiu em diversos setores da vida econômica os negócios jurídicos bilaterais concluídos individualmente. Essa nova técnica de contratação, que simplificou o processo de formação do contrato, influencia diretamente a dogmática do negócio jurídico. Notadamente, a noção de contrato se altera a partir desse novo paradigma.

Os contratos clássicos podem ser associados ao que se denomina contratos paritários ou individuais. Marques (2011) observa que essa espécie de contrato, discutido individualmente, cláusula a cláusula, em condições de igualdade e com o tempo para tratativas preliminares, ainda hoje existe, mas em um número cada vez mais reduzido. Geralmente ocorrem entre dois particulares e, com menos frequência, entre dois profissionais e somente quando de um mesmo nível econômico e técnico.

Na sociedade de consumo, com seu sistema de produção e distribuição em grande escala, o comércio jurídico se despersonalizou e se desmaterializou (MARQUES, 2011). Nessa nova realidade social, os métodos de contratação em massa, ou estandardizados, passaram a ter prevalência em quase todas as relações entre empresas e consumidores (MARQUES, 2011).

Observa-se que a empresa – e mesmo o Estado, pela sua posição econômica e pelas suas atividades de produção e distribuição de bens ou serviços – encontra-se na iminência de estabelecer uma série de contratos no mercado. Esses contratos são homogêneos em seu conteúdo, tanto que dirigidos a um número indefinido de contratantes. Logo, por uma questão de praticidade, economia, racionalidade e mesmo segurança, a empresa predispõe antecipadamente de um esquema contratual, oferecido à adesão dos consumidores. Isto é, pré-redige um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda essa série de futuras relações contratuais (MARQUES, 2011).

Alguns comparam, em tom de crítica, essa predisposição contratual a um poder paralelo ao Estado de fazer leis e regulamentos privados, poder este que, reconhecido pelo direito, acaba por desequilibrar as relações contratuais, atribuindo proeminência àqueles que dispõem do poder de estabelecer os termos do contrato, em prejuízo daqueles a quem somente cabe aderir ou não às predisposições contratuais (MARQUES, 2011).

Nesse sentido, afirma-se que esse poder de estabelecer unilateralmente as condições contratuais compara-se a um poder paralelo de criar leis (*lawmaking power*), que encontra legitimação na Economia e é reconhecido pelo Direito (GLITZ, 2002).

Certo é que os contratos de adesão se difundiram e predominam a partir da sociedade industrializada. Quase todos os setores da vida privada são regulados a partir de contratos de adesão, onde normalmente há disparidade técnica ou econômica entre os contratantes (MARQUES, 2011).

Cabe lembrar, em arremate, que nas relações massificadas nem sempre os contratos são estipulados por escrito, à medida que ao lado dos contratos de adesão, expressos em formulários, existem os contratos orais, a aceitação mediante as chamadas condutas sociais típicas, os simples recibos, os *tickets* de caixas automáticas, etc. A doutrina europeia há muito se atentou para essa situação, denunciando que muitos dos contratos de massa são feitos “em silêncio” ou “sem diálogo”, por coisas, imagem de coisas, palavras ditadas, pré-escritas e outros símbolos visualizados em meios não perenes e virtuais (MARQUES, 2011).

Conforme leciona Marques (2011, p. 72-73), são atos existenciais, porém:

[...] sem real dialética, pela não presença do outro, pela representação do outro através de máquinas e prepostos sem poder, por atos, imagens, números, cartões, senhas, visões, toques e clicks deste homem atual, que se denomina, ironicamente, não mais *homo loquens*⁶, dada a perda da importância da palavra, e sim *homo videns*, em face da importância das sensações e sentidos, do toque à visão para a realização de um contrato.

⁶ Homem que fala.

Essa nova sistemática contratual responde à necessidade de economia, segurança e praticidade tão necessárias à empresa, que passa, então, a predispor antecipadamente uma estrutura contratual consentânea com suas necessidades, oferecida aos consumidores para simples adesão, sem possibilidade de discussão das cláusulas que regerão a relação contratual (GLITZ, 2002).

O contrato de adesão, segundo Glitz (2002, p. 212), é dotado das seguintes características:

A pré-elaboração unilateral; oferta uniforme e geral, para um número indeterminado de futuras relações contratuais; normalmente se dá através de instrumento impresso, no qual falta apenas o preenchimento dos dados referentes à identificação do contratante, do objeto e do preço; e, finalmente, modo de aceitação dado pela adesão à vontade manifestada pelo ofertante.

Evidente, pois, que a sistemática do contrato de adesão limita a liberdade contratual da parte aderente e impede discutir o conteúdo das cláusulas contratuais, ficando obrigada à aceitação, em bloco, dos termos predefinidos pelo outro contratante. Daí resulta que o modelo de contrato clássico (o de negócio jurídico enquanto ato voluntário em que as partes obtêm os efeitos jurídicos por elas desejados, no sentido de adquirir, modificar ou extinguir direitos) não mais prevalece.

Nesse sentido é a observação de Glitz (2002), para quem a adoção da sistemática contratual de adesão, em que uma das partes – geralmente a fornecedora – prévia e unilateralmente fixe as cláusulas contratuais, coloca em xeque a noção tradicional de contrato, pois as partes não têm possibilidade de negociar as cláusulas caso a caso. Em certas hipóteses, não há sequer a opção de escolher o outro contratante, já que existem monopólios e oligopólios.

A problemática decorrente tem sido resolvida por meio do dirigismo contratual, tanto na esfera legislativa quanto na jurisprudencial. Para tanto, criam-se normas de observância obrigatória que balizam os limites de disposição contratual, que regulamentam atividades de interesse público, ou que vedam a utilização de cláusulas leoninas, ou, ainda, que impõe outras indispensáveis à proteção do contratante mais fraco (GLITZ, 2002).

Glitz (2002) aponta que nessa fase de pós-modernidade vive-se um paradoxo: ora uma insegurança legal, ora uma hiper-regulamentação que justifica a edição de normas mais rígidas. Tal característica explicita, segundo o autor, uma desestruturação, negação dos modelos tradicionais, crises paradigmáticas e desmistificação dos conceitos tradicionais, que passam a ser interpretados em consonância com uma nova ótica constitucionalizante.

Nesse sentido, Marques (2011, p. 25-26) leciona que:

Em tempos pós-modernos é necessária uma visão crítica do direito tradicional, é necessária uma reação da ciência do direito, impondo uma nova valorização dos princípios, dos valores de justiça e equidade e, principalmente no direito civil, do princípio da boa-fé objetiva, como paradigma limitados da autonomia da vontade.

Desse modo, nesse cenário, houve um incremento no volume de leis e sua especialização. A massificação contratual decorrente do incremento da economia a nível nacional e internacional exigiu a modernização de diversos institutos jurídicos, bem como velocidade na solução das novas contingências sociais (GLITZ, 2002). Faz-se necessário, então, harmonizar o sistema do direito privado, com a localização de um novo centro para o entendimento do Direito Civil.

Nessa medida a Constituição – e os princípios nela contidos – funciona como baliza normativa das regras e atos jurídicos nos momentos de sua gênese, desenvolvimento, interpretação e aplicação, servindo de condicionante ao sistema normativo como um todo e emprestando nova leitura aos textos anteriores (COSTA, 1992).

Assim sendo, todas as normas de hierarquia infraconstitucional só podem ser lidas em função dos princípios que com ela se relacionem, sublinhando-se como de exponencial importância para o que aqui concerne – por sua incidência também no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor – os princípios da solidariedade social (art. 3º, I), da prevalência do bem comum (Art. 3º, IV), da igualdade (Art. 5º, *caput*) e o princípio da proteção da confiança, deduzido do ordenamento constitucional. (COSTA, 1992, p. 138).

É nesse contexto que surge a preocupação com as possibilidades negociais trazidas pela sociedade informacional. Preocupação que se justifica na exata medida em que esse novo campo de atuação dos indivíduos traz uma nova série de conceitos e complexidades, que desafiam os intérpretes jurídicos.

Dentre as relevantes mudanças no âmbito contratual decorrentes do advento de novas tecnologias, merece destaque a possibilidade de contratação por meio eletrônico, notadamente, em um mundo cada vez mais globalizado e integrado pelas teias da Internet⁷, por meio das quais são intensificadas as relações entre indivíduos e mesmo as relações comerciais.

Como é intuitivo, esses fenômenos sociais e econômicos não mais encontram na teoria contratual clássica as respostas para suas demandas jurídicas.

⁷ A Internet consiste na interligação de milhares de redes de computadores do mundo inteiro, através da utilização dos mesmos padrões de transmissão de dados. Esses padrões são chamados de protocolos. As diversas redes passam a funcionar como se fossem um só, graças a essa uniformização na transmissão das informações, possibilitando o envio de dados e até mesmo de sons e imagens a todas as partes do mundo, com uma considerável eficiência e rapidez (STUBER apud GLITZ, 2002, p. 210).

Destarte, para fazer frente a essa contínua evolução da realidade contratual faz-se necessária uma nova maneira de interpretar os conceitos tradicionais do direito privado, de modo a munir o hermenêuta contemporâneo de instrumentos aptos a enfrentar esses desafios cada vez mais complexos.

4 O CONTRATO ELETRÔNICO

O contrato é um negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade. Savigny (apud MARQUES, 2011, p. 59) definiu contrato como a união de dois ou mais indivíduos para uma declaração de vontade em consenso, mediante a qual se define a relação jurídica entre estes (“*Vertrag ist die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*”).

Assim, quando as declarações de vontade de duas ou mais pessoas demonstram um consenso sobre os elementos essenciais do negócio, pode-se dizer que ele entra no mundo jurídico e passa a existir. Trata-se, portanto, de questão das mais relevantes definir o momento em que as vontades manifestadas se encontram, atribuindo certeza à realização do negócio jurídico.

Diante dessas considerações, tem-se que o contrato é celebrado quando a proposta e a aceitação se encontraram e formam como o espelho uma da outra, demonstrando o consenso havido entre as partes no que diz respeito aos elementos essenciais do negócio. Ainda que a vontade seja manifestada por intermédio da Internet, conclui-se o contrato se a proposta e a aceitação coincidirem, abarcando a *essentialia negotii*.

No âmbito do direito privado – e especialmente na seara consumerista – os desafios são grandes no que concerne aos contratos eletrônicos, o que justifica o desenvolvimento de trabalhos que visem levantar o véu que ainda recobre essa área do direito e que busquem soluções para o complexo e rico fenômeno do comércio eletrônico, típico da sociedade informacional.

O desenvolvimento das tecnologias informacionais e de comunicação vem operando uma verdadeira transformação nos costumes socialmente consolidados, especialmente, a partir do maior poder de informação que atribuem ao indivíduo, bem como a partir da maior agilidade que proporcionam na consecução de relações jurídicas, sejam elas de cunho pessoal ou comercial. Nesse panorama, evidencia-se a importância da função a ser exercida pelo direito no sentido de fornecer a necessária segurança aos participantes das relações virtuais, provendo-lhes a correta prestação jurisdicional e protegendo o ambiente virtual das práticas nocivas aptas a causar danos aos usuários das redes. Deve, o direito, estar coadunado com as novas práticas (especialmente comerciais) que surgem a todo momento, acompanhando de perto as inovações tecnológicas, a fim de prover um ambiente social mais próximo da segurança que deve nortear as relações jurídicas (AQUINO JUNIOR, 2012).

Conforme Verbicaro (2018), houve uma grande intensificação das relações comerciais via Internet nas últimas duas décadas, especialmente no Brasil. Para ilustrar o volume e a importância do incremento dessa modalidade de negócios, aponta que o comércio eletrônico (*e-commerce*) contava com apenas 0,5 milhão de reais de faturamento por meio de transações *on-line* no ano 2001, saltando para 22 milhões de reais em 2012. Ademais, o mercado de aplicativos virtuais (apps) vem se expandindo no cotidiano do consumidor brasileiro, que já possui em média 15 aplicativos instalados em seu *smartphone*, relacionados a serviços pagos, públicos e privados (VERBICARO, 2018).

Entretanto, conforme aponta, a distribuição de *software* e aplicativos móveis é vinculada a uma fase necessária à efetivação da licença de uso: o contrato eletrônico. São os famigerados “termos e condições de uso” do programa ou aplicativo, que regulam a relação estabelecida entre usuário e fornecedor, contendo cláusulas específicas de restrição de responsabilidade, jurisdição e competência, regime jurídico de proteção de direitos autorais e a proteção à privacidade do usuário, esta última normalmente constituída de documento apartado, denominado “política de privacidade” ou termo equivalente (VERBICARO, 2018).

Não resta dúvidas pois, que comércio eletrônico suscita novos carecimentos relacionados à regulamentação do tráfego jurídico e das próprias relações sociais, para o que se mostra insuficiente a dogmática jurídica clássica e suas categorias seculares. Na busca de soluções para as novas problemáticas daí decorrentes, deve-se ter em mente que a atividade de regulação nem sempre é o resultado de uma descoberta, mas de um processo de construção.

Questões, como a “desterritorialização” e o “tempo virtual”, com seus consectários, como a impossibilidade de criar “barreiras nacionais” ao uso das novas tecnologias ou, ainda, a “privatização do tempo”, com a conseqüente afetação de categorias tradicionais nas quais se baseia o direito, demonstram a necessidade de um tratamento diferenciado do que se fez no passado em relação a outras inovações tecnológicas (SANTOLIM, 2005).

Farias e Rosenvald (2013, p. 335) ressaltam, nessa ordem de ideias, que, a partir do fenômeno irrecusável que é a globalização, percebe-se a “coexistência de uma multiplicidade de centros de irrupção de normas jurídicas, bem como a superação de conceitos físicos relativos ao tempo e ao espaço, culminando com a própria despersonificação do ser humano, imerso no aparato eletrônico.”

Entretanto, a solução para essa nova realidade contratual não perpassa, necessariamente, pela criação de um novo direito, no qual as categorias, conceitos e princípios jurídicos teriam de ser todos reconstruídos, absolutamente. Conforme Costa (2015), nem sempre a novidade se mostra uma virtude no Direito, seu valor somente se revela quando

necessária, efetivamente, para atender a alguma necessidade que não possa ser solvida com o que já está assentado e testado no sistema. Mesmo porque, não se trata de novo tipo contratual, e sim de “uma exigência instrumental dos impactos tecnológicos da globalização, em que a rede mundial de computadores se torna a grande ágora das novas relações jurídicas, econômicas e sociais.” (VERBICARO, 2018, p. 2-3).

No mesmo sentido, apontando para a prescindibilidade do apelo à novidade, Santolim (2005) adverte que essa solução somente seria aceitável se restasse demonstrada a incapacidade dos modelos jurídicos vigentes em assentar as condições para sua funcionalização em relação às novas tecnologias da informação.

A esse respeito, Sommer (2000) sustenta que nem “*Cyberlaw*” ou “*law if the Internet*” existem, nem podem existir, além de representarem conceitos que trazem alguns riscos. Entre as razões em que fundamenta sua afirmação, Sommer pontua que poucas questões legais colocadas pelas novas tecnologias de informática são novas, ao passo que a maioria das doutrinas jurídicas são flexíveis e tendem a acomodar novas práticas sociais. Mudanças substanciais na paisagem legal às vezes ocorrem em razão de novas tecnologias, porém a melhor solução seria a aplicação da doutrina legal existente à nova arena jurídica. Ademais, a tecnologia e o direito são socialmente mediatizados, corpos legislativos não respeitam saltos tecnológicos, e tecnologias não são definidas no direito.

Não se pode excluir, contudo, a necessidade de novas soluções jurídicas às demandas sociais resultantes da utilização cada vez mais intensa da tecnologia da informação, particularmente, com a elaboração de novas regras, seja em diplomas legais já existentes (alterações nos Códigos já existentes, por exemplo), seja pela produção de leis específicas (quanto ao documento eletrônico, ao comércio eletrônico, proteção de dados, assinatura eletrônica, etc.). A conveniência de reformulação legislativa deve ser direcionada ao aperfeiçoamento e à segurança do tráfego jurídico por meio eletrônico, sem que, em razão disso, afirme-se a incapacidade do atual sistema normativo de fornecer soluções adequadas às novas demandas sociais (SANTOLIM, 2005).

Portanto, o foco de abordagem do tema se volta à verificação da compatibilidade dos princípios já consagrados do direito privado à contratação por meio eletrônico.

Nesse contexto, qualquer abordagem jurídica que se pretenda fazer a respeito do tema proposto não pode descurar da importância dos princípios, como elementos essenciais à dinamicidade do sistema, bem como para a construção de um piso mínimo que dê suporte às demandas trazidas pela tecnologia da informação. Sem adentrar na específica discussão acerca dos critérios que devam ser utilizados para distinguir princípios e regras, não parece haver mais

qualquer controvérsia relevante quanto à inclusão dos princípios no sistema de normas que caracteriza o universo jurídico.

Destarte, mister enfrentar o tema proposto, não sem antes delinear contornos conceituais mínimos que possam nortear a abordagem da temática objeto do presente capítulo.

4.1 CONCEITO DE CONTRATO ELETRÔNICO

Em reverência ao rigorismo conceitual, urge definir o que se entende por “comércio eletrônico”, bem como seu instrumento de efetivação, o “contrato eletrônico”.

Deve-se pontuar, inicialmente, que o universo das relações jurídicas onde o meio eletrônico funciona como instrumento vai além do âmbito estritamente comercial ou empresarial (SANTOLIM, 2005). Contratos há em que prepondera o conteúdo existencial ao patrimonial, aos quais igualmente se aplicam as conceituações aqui empreendidas. Outrossim, as dificuldades que surgem para o adequado enquadramento do comércio eletrônico no campo da contratualidade não são exclusivas deste tipo de relação jurídica, e nem podem ser consideradas como questões exclusivamente contemporâneas. O cerne das discussões em torno do comércio eletrônico reside na consideração da vontade como elemento nuclear dos negócios jurídicos, o que é objeto de controvérsias intensas, a partir de distintas teorias (SANTOLIM, 2005).

A principal característica do mundo virtual é a intangibilidade, uma vez que não faz parte do mundo físico. É, portanto, uma nova forma de percepção da realidade, que escapa ao mundo que tem existência física – uma vez que não se materializa – mas é real. A despeito de sua imaterialidade, trata-se de um espaço no qual se praticam atos que repercutem no mundo real e, portanto, merecem dedicação dos intérpretes do direito (AQUINO JUNIOR, 2012).

Comércio eletrônico foi conceituado, talvez pioneiramente, pelo *Streamlining Procurement Through Eletronic Commerce*, editado pelo governo norte-americano, que definia comércio eletrônico como a utilização combinada e otimizada de todas as tecnologias de comunicação disponíveis para o desenvolvimento do comércio (GLANZ, 1998).

Por meio dessa infraestrutura são desenvolvidas diversas atividades comerciais, o que permite definir comércio eletrônico como “a oferta, a demanda e a contratação de bens, serviços e informações, realizadas dentro do ambiente digital, ou seja, com a utilização desses recursos típicos do que denominou convergência tecnológica.” (GLITZ apud SANTOS, 2002, p. 214-215).

A doutrina indica o EDI (*electronic data interchange*⁸) como a primeira manifestação dessa nova modalidade de comércio. Inicialmente restritas ao âmbito corporativo, essas operações evoluíram para atingir os consumidores, o que se tornou possível a partir da implementação dos *sites* e dos correios eletrônicos (GLITZ, 2002). Certo é, segundo o autor, que a caracterização do comércio eletrônico pela Internet pressupõe um elemento-chave: a oferta e aceitação do negócio ocorrem por meio de rede internacional de comunicação (Internet).

Glanz (1998, p. 71) esclarece que o comércio eletrônico “consiste em dirigir-se ao cliente por informática, permitindo que o cliente manifeste aceitação por sinais eletrônicos.” Como se pode inferir, a característica fundamental desse novo comércio é a ausência de contato físico ou oral, sendo a impessoalidade a marca registrada do contrato virtual.

Segundo Coelho (2010, p. 37):

O contrato eletrônico é celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados. A manifestação de vontade dos contratantes (oferta e aceitação) não se vincula nem oralmente, nem por documentos escritos, mas pelo registro em meio virtual (isto é, despapelizado).

Marques (2011), com uma visão mais voltada às relações de consumo, conceitua comércio eletrônico como aquele desenvolvido entre fornecedores e consumidores, efetivado a distância, com a utilização de meios eletrônicos (*e-mails*, etc.), por Internet (*on-line*) ou por meio de telecomunicação de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, etc.), sem a presença física simultânea das duas partes contratantes.

Ordinariamente atrelada à noção de prestação de serviços imateriais, no paradigma da sociedade de informação, a contratação eletrônica, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 335), “pode ser entendida como contratação em rede, no âmbito de uma loja virtual, ou contratação em linha, sem negociação entre as partes, ou, ainda, contratação por meio de comunicação individual, através de meios eletrônicos.”

Conforme Lôbo (2017), os contratos eletrônicos são ordinariamente concluídos entre uma pessoa que se interessa pela aquisição ou utilização de um produto ou serviço ofertado virtualmente na rede, utilizando o meio eletrônico de comunicação, e um sistema informatizado, previamente abastecido com informações e dados, cujos programas o capacitam para concluir ou não o negócio, segundo a modalidade de pagamento adotada. O interessado envia a mensagem – podendo ser instrumentalizada por cliques em comandos específicos – que é

⁸ “Troca de dados pela Internet”.

recebida pelo sistema informatizado da empresa destinatária, que confirma a finalização do contrato e dá início aos procedimentos necessários ao envio da encomenda. O pagamento também pode ocorrer por meio eletrônico, através de cartão de crédito, configurando nova relação comercial por meio eletrônico entre a empresa e a instituição financeira administradora do cartão de crédito. Como se vislumbra, essa relação virtual importa efeitos jurídicos, a partir de comandos que dispensam qualquer mediação humana no momento de sua efetivação.

Santolim (2005) aponta para a existência de ao menos dois critérios distintos segundo os quais se pode estabelecer uma classificação do comércio eletrônico. Pode-se tomar como referência tanto o sistema utilizado (redes abertas ou redes fechadas de computadores) quanto as partes envolvidas na relação (com ou sem a presença de consumidores). Com efeito, na maioria dos casos os dois critérios se confundem, ao passo que o comércio eletrônico se estabelece, ordinariamente, com a participação de consumidores em redes abertas de computador. Por rede aberta de computadores deve-se entender a Internet, embora seja possível cogitar-se da existência de outras modalidades de redes abertas, como a experiência já logrou demonstrar.

Em idêntico sentido, Willingham (2000, p. 145) afirma que os dois modos mais conhecidos de comércio eletrônico são: a) o intercâmbio eletrônico de dados (EDI) entre sistemas fechados de computadores e b) os negócios através da Internet, em redes abertas de computadores. Ao presente estudo interessa especialmente o comércio eletrônico instrumentalizado por meio das redes abertas de computadores (Internet), porquanto é nesse ambiente que se desenvolve a massiva maioria das relações contratuais, notadamente envolvendo relações de consumo.

Diante das múltiplas dimensões dos contratos eletrônicos, a doutrina cogita classificá-los em três tipos: contratos interpessoais, contratos intersistêmicos e contratos interativos. No primeiro, as pessoas utilizam o meio eletrônico para veicular oferta e aceitação, através de mensagens eletrônicas. No segundo, os contratos são efetivados por meio de trocas de informações entre sistemas informatizados. Já no terceiro, há típico contrato de adesão, tendo uma pessoa interessada de um lado e sítio virtual de outro, comumente utilizados para comercialização de produtos e serviços oferecidos *on-line*, ou para reserva de hotéis, viagens, espetáculos, etc. (ROSSI apud LÔBO, 2017).

Os contratos interpessoais, conforme explicitado por Barbagalo (2001), podem ser entendidos como aqueles celebrados por meio informatizado, quando este é utilizado como canal de comunicação entre as partes, que interagem entre si na formação da vontade convergente que consubstancia o contrato, não sendo apenas forma de transmissão de vontade

já concebida. “Sua característica principal é a interação humana nos dois extremos da relação.” (BARBAGALO, 2001, p. 53). Essa modalidade de contrato eletrônico pode, ainda, ser dividida em duas subcategorias distintas, conforme seja simultânea ou não a declaração de uma parte e a recepção pela outra. Simultâneos são os contratos em que as partes interagem em tempo real, como ocorre, por exemplo, em *chats on-line* ou por meio de videoconferências, enquanto os não simultâneos são aqueles em que a comunicação entre as partes é mediata e não se tem certeza sobre o momento da recepção da manifestação de vontade, como ocorre, por exemplo, no contrato celebrado por correio eletrônico (*e-mail*).

Intersistêmicos, por sua vez, são os contratos formados a partir de meio informatizado como ponto convergente de vontades preexistentes, ou seja, as partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes da negociação prévia, sem que o equipamento interligado em rede tenha interferência na formação dessas vontades (BARBAGALO, 2001). Nessa modalidade de contratação, as partes previamente acordam um protocolo da comunicação, sendo que a interligação dos sistemas já configura a aceitação aos termos antes estabelecidos, o que dispensa a atuação humana em cada negócio jurídico efetivado, existindo tal intervenção apenas no momento da preparação dos sistemas computacionais para a comunicação (SANTOLIM, 2005).

Por fim, os contratos interativos constituem o modo mais peculiar de contratação por meio eletrônico, especialmente, com o uso da Internet. Por esse meio de contratação, uma pessoa interage com um sistema pré-configurado e destinado ao processamento de informações, colocado à disposição por outra pessoa, sem que esta esteja, simultaneamente, conectada e sem que se tenha ciência imediata do contato que foi efetuado (BARBAGALO, 2001). Trata-se do exemplo mais corriqueiro de contratação via Internet, do qual derivam as compras de produtos ou serviços oferecidos em páginas eletrônicas. Conforme Santolim (2005), mediante a interação com um sistema computacional, a parte que o acessou toma ciência da disposição do proprietário em se vincular, originando na pessoa que acessa a vontade de integrar o vínculo, sendo o computador utilizado, desse modo, como auxiliar no processo de formação da vontade.

Importante ressaltar, em arremate, que o conceito de contrato eletrônico, caracterizado notadamente pelo modo como a vontade é comunicada, no que reside sua maior distinção em relação aos contratos tradicionais, não pode ser confundido com a sua forma. A propósito da forma do contrato no direito pátrio – especialmente do contrato eletrônico – dedica-se o tópico seguinte.

4.2 A FORMA DO CONTRATO ELETRÔNICO

O Código Civil brasileiro consagra, quanto ao contrato, a liberdade das formas, a menos que haja previsão legal expressa em contrário. Segundo a dicção do seu artigo 104 “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: [...] III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL, 2002).

É bem verdade, como observa Forgioni (2000), que aqueles que redigiram nosso código não imaginavam que pudessem os contratos vir a se revestir de outra forma que não a oral e a escrita. Entrementes, estando consagrado e positivado o princípio da liberdade de forma, a eletrônica mostra-se plenamente válida e inatacável, salvo se houver texto de lei que a repudie.

Glitz (2002), na esteira do já exposto, lembra que a forma do contrato, propriamente, só é essencial quando decorrente de expressa previsão legal, sendo a atipicidade a regra geral. Nessa ordem de ideias, não seria válida, exemplificativamente, a compra e venda de imóveis pela Internet, porquanto ainda seria necessária a escritura pública. Tampouco a forma escrita – e mesmo a assinatura – são elementos essenciais do contrato, tanto que existem contratos que surgem e são executados sem nunca serem materializados em papel.

Os estudos desenvolvidos sobre o tema apontam não ser o meio determinante para aferir a validade ou eficácia de um ato jurídico. Dessa premissa se extrai que é perfeitamente viável, sob o ponto de vista jurídico, que um contrato seja celebrado por meios eletrônicos, desde que assegurados alguns requisitos técnicos aptos a garantir a confiabilidade das transações e desde que as regras vigentes sobre a matéria sejam adequadamente interpretadas, com a utilização de princípios que permitam resgatar sua finalidade (SANTOLIM, 2005).

Santolim (2005) identifica, ainda, dois outros requisitos para a formação do vínculo contratual por meio eletrônico: a inalterabilidade do meio utilizado e a possibilidade de identificação do emitente da vontade. A rigor, tais requisitos são decorrentes da própria manifestação de vontade, ao passo que ninguém pode ser compelido a cumprir um contrato que não expresse sua vontade e firmado com alguém que não se queira contratar.

Nessa ordem de ideias, evidencia-se que o consentimento livre e espontâneo segue sendo elemento essencial à formação do vínculo contratual. Sem a exteriorização da vontade de contratar por ambas as partes (proposta e aceitação) e isenta de vícios não se pode reputar formado o contrato.

A esse respeito, nosso Código Civil disciplina: “Art. 427 - A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.” Ainda: “Art. 429 - A oferta ao público equivale a proposta quando

encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.” Por fim: “Art. 432 - Se o negócio for daqueles em que se não costuma a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.” (BRASIL, 2002).

Ocorre que em algumas modalidades de contratos formalizados por meio virtual a aceitação de uma proposta existente acontece com o simples clicar de uma tecla, sem que se possa negar a existência, em casos tais de manifestação de vontade (GLITZ, 2002).

Para melhor elucidar a questão, vale reproduzir a sistematização elaborada por Tosi (apud FORGIONI, 2000, p. 72-73), sobre as formas de conclusão do contrato eletrônico:

- a) Em primeiro lugar, o negócio pode se formar a partir da sistemática de oferta ao público prevista no artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual: “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.” Ao fazer referência à veiculação por “qualquer forma”, o texto legal abrange, por óbvio, a difusão pela Internet. Ao mesmo tempo, a expressão “suficientemente precisa” significa que, para ser considerada oferta ao público, o *site* deve conter todos os elementos essenciais do negócio. Destarte, tem-se por perfectibilizado o contrato no momento em que o consumidor expedir a resposta, que pode ser tanto por meio de um *e-mail* quanto um clique sobre a tecla “comprar”.
- b) Outra modalidade de celebração de contratos eletrônicos é a denominada “convite a propor”. Nessa hipótese, o *site* não conterá todas as informações essenciais à conclusão do negócio, ou seja, a oferta não será “suficientemente precisa”, nos termos do CDC. Aqui se inverte a sistemática anterior, sendo que a proposta é realizada pelo consumidor, que solicita o bem. Em teoria, assiste à empresa o poder de concluir ou não o contrato, mediante a aceitação ou recusa da oferta do consumidor.
- c) Ainda, é possível que o contrato seja celebrado segundo o tradicional esquema proposta/aceitação (nos termos dos artigos 427 e seguintes do Código Civil), por meio da utilização de *e-mails* ou ligações *on-line*. Nesse caso, afasta-se do campo do contrato de adesão para contratos onde as cláusulas contratuais são discutidas uma a uma. Essa modalidade de contratação é mais encontrada em negócios celebrados entre duas empresas, são os chamados *business to business*.

A rigor, o mesmo raciocínio aplicado aos contratos tradicionais deve ser aplicado aos contratos virtuais, atentando-se apenas ao meio de comunicação diverso. Isso porque, conforme apontado por Forgioni (2000), empresas que oferecem produtos à venda por meio de *sites* na Internet nada mais fazem do que operações de compras e vendas a distância. Esse modo, contendo a página os elementos essenciais necessários à celebração do contrato, tem-se este por finalizado tão logo o adquirente clique na tecla “comprar”.

Mark Budnitz (apud SANTOLIM, 2005, p. 57-58) aborda como os contratos de consumo são formados na Internet. Aponta para os aspectos que considera mais relevantes, sendo: a) o que constitui a aceitação do consumidor diante da oferta do vendedor; b) quais são os termos e condições do contrato; c) que conduta o consumidor manifesta para que sua concordância seja capaz de vinculá-lo; d) quando um consumidor submete a sua ordem de compra a um vendedor pela Internet, se isto constitui aceitação para a oferta do vendedor ou é o consumidor quem está fazendo oferta; e) se a última hipótese está correta, o que constitui a aceitação do vendedor e f) se o contrato está sendo formado, por quais termos e condições fica obrigado o consumidor.

Todos esses aspectos da contratação *on-line* podem ser observados naquilo que o mesmo autor caracteriza como “típica” transação *on-line*, onde o consumidor inicia na *home page* do vendedor, “navega” pela página por meio de cliques, em vários itens que são oferecidos à venda, procedendo em seguida a confirmação da compra, inclusive, por meio de cadastro contendo dados pessoais e informações de pagamento. Em razão do contrato se formar através de vários “clicks” do *mouse* do computador do consumidor, mediante vários passos do processo de compra *on-line*, esses acordos são conhecidos como contratos por clique (*click-through contracts* ou *clickwrap agreements*).

Mostra-se de evidente relevância a noção de “comportamento concludente” na perfectibilização dos contratos pela via eletrônica, pois é significativa a incidência de declarações tácitas de vontade nesses casos, sobrelevando a importância dessa abordagem para a solução dos problemas apontados por Budnitz (SANTOLIM, 2005). Holly K. Towle (apud SANTOLIM, 2005, p. 58) sustenta que a manifestação de vontade nascida pelo “clique” em um botão virtual não se distingue das formas tradicionais.

Na doutrina nacional, vale referir a lição de Wielewicki (apud SANTOLIN, 2005, p. 58):

Efetivamente, os “contratos-por-clique” constituem inovação tecnológica de grande repercussão no campo da proteção do consumidor, eis que se torna possível a realização de negócios instantaneamente, com imediatidade entre oferta (via de regra, oferta ao público) e aceitação. É o consumidor quem decide pela aquisição do produto

ou do serviço, através do acesso que faz ao site do fornecedor, do mesmo modo que faz quando sai de sua residência e se dirige ao local (físico) onde está situado este mesmo fornecedor. Trata-se de uma autêntica “reprodução virtual” de um cenário comum, mas nem por isso livre de circunstâncias que podem pôr em risco este mesmo consumidor, como adiante se observará.

Portanto, em vista da liberdade das formas consagrada em nosso ordenamento jurídico, e evidenciada a aptidão da forma eletrônica para consubstanciar a manifestação de vontade, seja de modo expresso, seja por meio de comportamentos típicos concludentes do negócio jurídico, tem-se por absolutamente legítima a adoção do meio eletrônico de contratação, sem prejuízo à sua validade e conseqüente efetividade. Na esteira de Forgioni (2000), deduz-se que não há necessidade de qualquer novo texto de lei que repute o documento eletrônico como válido, porque nosso ordenamento assim já o considera.

Fixada essa premissa, cumpre analisar a disciplina jurídica do contrato eletrônico, seja a partir do exercício hermenêutico voltado à adaptação da legislação existente ao contrato eletrônico, seja a partir da análise da parca legislação específica existente. A esse objetivo dedica-se a seção seguinte.

4.3 DISCIPLINA JURÍDICA DO CONTRATO ELETRÔNICO

A disciplina jurídica do contrato eletrônico, notadamente no direito pátrio, carece de normatização específica e concernente com a realidade do tráfego jurídico proporcionado pelas novas tecnologias de comunicação. Nesse cenário, busca-se na tradicional dogmática jurídica a solução para os problemas que emergem dessa nova realidade social. A parca regulamentação a respeito do tema deixa a descoberto questões peculiares a esse novo modo de contratação, sobrelevando a função do intérprete jurídico no sentido de extrair de um ordenamento jurídico construído sob uma realidade social diversa, as soluções para novos problemas. Mais do que a necessidade de produção legislativa específica, faz-se necessária a adequada adaptação dos institutos clássicos do direito provado à nova realidade contratual.

Conforme observado por Santolim (2005), a adoção de uma legislação específica sobre comércio eletrônico não representa garantia absoluta de proteção às partes contratantes, notadamente quando se trata de relação de consumo. Sem desconsiderar a importância de se construir um conjunto de regras, estruturadas, sistematicamente, para soluções de conflitos sociais, nas mais diferentes áreas, o citado autor adverte também para a dificuldade de serem estabelecidas regras minimamente estáveis em áreas de intensa dinâmica e transição.

Inegavelmente, é o caso do comércio eletrônico, onde em poucos anos se desenvolveu uma profunda preocupação com questões que vão surgindo a cada dia, ao sabor das inovações tecnológicas. “Quando parece ter sido encontrada a fórmula para resolver um problema, surge outro, ou se repõe aquele, sob novo prisma, muitas vezes resultante de uma mudança tecnológica razoavelmente previsível.” (SANTOLIM, 2005, p. 67).

Nessa linha de raciocínio, na esteira de Santolim (2005), pode-se partir da premissa de que a utilização dos princípios norteadores do contrato, como o da boa-fé, da função social do contrato, da autonomia privada, etc., pode ser o melhor caminho para orientar a atuação dos aplicadores do direito, não somente no âmbito administrativo e jurisdicional, mas também como um referencial para os legisladores.

Vale destacar, ainda, que o uso dos princípios contratuais, construídos pela dogmática jurídica muito antes do emprego intensivo das tecnologias da informação, não se faz sem a assunção de certos riscos, especialmente relacionados à possibilidade de concepções subjetivistas e arbitrárias, em vista do caráter aberto das normas principiológicas. Nesse cenário, a efetividade da aplicação de um sistema principiológico, que guarde coerência com o Estado de Direito, exige o pleno domínio da adequada argumentação jurídica, que haverá de funcionar como mecanismo de controle contra eventuais distorções na tentativa de superar a ausência de regras específicas sobre a matéria (SANTOLIM, 2005).

Da análise até aqui empreendida, denota-se a importância de novas leis destinadas à regulamentação das novas exigências sociais decorrentes da sociedade informacional, em específico no que diz respeito à contratação por meio eletrônico, preponderando, porém, a necessidade de adoção de uma hermenêutica adequada para as normas já existentes, de modo a compatibilizá-las com os novos problemas jurídicos surgidos nesse contexto.

Forgioni (2000) compara a conjuntura da sociedade da informação ao momento histórico do reaquecimento do comércio na Baixa Idade Média. Naquela época, os comerciantes dependiam do acesso às vias terrestres e marítimas para que pudessem lograr êxito em seus empreendimentos e obter lucros. Ignorados pelo direito medieval, os comerciantes criaram um novo ordenamento, capaz de garantir-lhes segurança e previsibilidade jurídicas. Paralelamente a isso, os glosadores esmeraram-se em “redescobrir” o Direito Romano para adaptá-lo às novas necessidades da vida social, de modo que os antigos textos legais deram vida a um novo Direito, a partir da reinterpretção empreendida pelos glosadores, à luz de novos princípios.

Segundo a autora, podemos comparar as estradas medievais à Internet. Em determinados setores da economia, seu domínio é o controle do comércio, e o bloqueio do acesso à rede, a expulsão do mercado. Sugere, então, a citada autora, que, tal como fizeram os glosadores,

devemos deter-nos sobre os textos legais disponíveis, para, a partir de sua reinterpretação, delinear as normas que se prestam a pautar a atuação dos agentes econômicos nesse novo ambiente (FORGIONI, 2000).

A diferença fundamental entre os dois contextos jurídicos comparados reside no fato de que não se está, atualmente, diante de nova principiologia, mas apenas de uma nova prática comercial. Significa dizer que o atual sistema jurídico é, em grande parte, capaz de orientar o comércio de bens e serviços por meio eletrônico, já trazendo, em seu seio, alguns princípios cardiais para que se dediquem a encontrar soluções que atendam às necessidades dessa nova forma de fazer negócios (FORGIONI, 2000).

Isso não afasta, por evidente, a possibilidade e a necessidade de que o corpo de leis seja aperfeiçoado de modo a proporcionar maior eficiência ao sistema, com maior grau de segurança, previsibilidade jurídica e proteção a hipossuficientes. O que a autora afirma é a existência de regras que incidem sobre os contratos eletrônicos, muito embora tenham se prestado, até hoje, a regular avenças tradicionais.

Como primeira questão relevante acerca da contratação por meio eletrônico, impende extrair a regra aplicável a essa modalidade de contratação no que diz respeito ao momento de sua consumação, se comunicação instantânea ou mediatizada no tempo. Isso porque, conforme visto alhures, o momento em que as duas vontades convergentes se encontram corresponde ao início dos efeitos negociais pretendidos, do que se denota a importância de sua correta identificação. Trata-se de adaptar ao contrato eletrônico o tradicional regramento conforme se esteja diante de negócio jurídico travado entre presentes ou entre ausentes.

Considera-se presente, segundo Fogioni (2000), a pessoa que tem condições materiais de responder imediatamente à oferta formulada. Segundo aduz, esse parece ser o caso da contraparte que se encontra *on-line*, comunicando-se de forma eletrônica em tempo real. Nesse caso, a proposta caducará se, feita com prazo, nele não for aceita ou, ainda, se feita sem prazo, não for imediatamente aceita, nos termos do artigo 428, inciso II⁹, do Código Civil.

Em sentido oposto, ainda na esteira de Forgioni (2000), entende-se por proposta entre ausentes quando for feita a alguém que não tenha condições materiais de responder imediatamente. Amoldam-se a esta categoria as propostas efetuadas por *e-mail*, quando as partes não estiverem conectadas *on-line*. Nessa hipótese, diz o Código Civil¹⁰ que a proposta

⁹ Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; ¹⁰ [...] II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

deixará de ser obrigatória caso, feita sem prazo, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente ou, feita com prazo, não tiver sido respondida a termo.

Denota-se que as hipóteses acima especificadas são plenamente passíveis de aplicação aos contratos eletrônicos, a despeito de terem sido desenvolvidas anteriormente à disseminação das tecnologias informacionais que ensejaram essa nova modalidade de tráfego jurídico.

Igualmente atual, nesse tocante, a lição de Pontes de Miranda (apud FORGIONI, 2000, p. 73-74):

Ao destinatário não poderia ficar o ensejo de conhecer ou de não conhecer. O manifestante de vontade tem que fazer o que possa, e lhe incumbe, para que o destinatário possa conhecer a oferta. Se assim procedeu, não se lhe há de exigir que ainda lhe caiba providenciar para que o destinatário abra a correspondência, ou leia o telegrama, de modo que o oferente tem de fazer tudo que não é de esperar-se, segundo o uso do tráfico, da parte do destinatário. Se êsse não praticou os atos que deveria praticar, conforme as circunstâncias normais, e somente não veio a conhecer da oferta, porque não diligenciou, seria absurdo que não se tivesse por cumprido o que o manifestante da vontade tinha que fazer. Não se poderia deixar a ífbito do destinatário a eficácia da manifestação de vontade do oferente. O destinatário tem o dever de estar a par do que lhe chega; o oferente tem o dever de tudo fazer para que o destinatário possa conhecer a oferta.

Embora – obviamente – o renomado privativista não tivesse em mente a celebração de contratos eletrônicos, sua lição permanece válida para os dias de hoje, pois é de se esperar que todo comerciante ou consumidor médio, ativo e probo, acesse sua caixa de correio eletrônico com a frequência adequada às suas necessidades profissionais e pessoais. A esse respeito, Forgioni (2000) sustenta a possibilidade de se estabelecer uma presunção jurídica nesse sentido, autorizando supor que aquele que possui um *e-mail* o acesse com adequada frequência, dificultando a alegação de recebimento, mas não conhecimento do teor da mensagem.

Tal como ocorre nos contratos tradicionais, não se pode perder de vista a importância dos costumes no tráfego jurídico. Um contrato de compra e venda celebrado por um menor absolutamente incapaz, que adquire um doce em uma mercearia, não será reputado por inválido, pois mais que ausentes os tradicionais requisitos de validade do negócio jurídico, porque o costume chancela-o. Na pecuária, ainda a título de exemplo, é comum a celebração de contratos de grande vulto sem qualquer instrumento escrito, como ocorre nos tradicionais leilões de gado. Trata-se de comportamentos socialmente típicos, que são chancelados pelo direito.

Forgioni (2000) destaca algumas formas de agir decorrentes da praxe entre usuários da Internet que, sob o ponto de vista jurídico, devem ser entendidas como “comportamentos socialmente típicos”, ou seja, condutas que traduzem inegável manifestação de vontade do agente, seja para o fim de formular uma proposta, seja para aceitá-la. Exemplifica a citada autora que, da mesma forma como, em uma hasta pública, o gesto de levantar o braço deve ser

entendido como manifestação de vontade no sentido de adquirir o bem ofertado, clicar em determinado botão na tela do computador, em que está escrito “comprar”, por exemplo, denota a inegável intenção de adquirir o bem. E segue afirmando que, hoje em dia, é de se presumir que qualquer pessoa que esteja diante de um computador saiba que, ao praticar tal ato, está manifestando sua vontade de comprar. Igual ilação pode se fazer em relação ao consumidor que fornece, pela Internet, os dados do seu cartão de crédito ao ofertante do bem, autorizando, assim, o pagamento.

Pode-se concluir, na esteira de Lôbo (2017), que o contrato eletrônico não é uma espécie distinta dos demais contratos, no que concerne aos seus elementos essenciais. É distinto apenas quanto à forma e o meio utilizado para a declaração da vontade. Disso resulta que qualquer contrato em espécie pode ser utilizado no meio eletrônico, ou, ainda, como contrato de consumo ou de adesão a condições gerais. De igual modo, condutas negociais típicas também permeiam o meio virtual de contratação, daí advindo inegáveis efeitos jurídicos.

Deve-se observar, em remate, que, em razão da facilidade de comunicação decorrente do acesso universal à rede mundial de computadores, tornou-se comum a celebração de contratos envolvendo consumidores e fornecedores de países diversos. Nas hipóteses em que consumidores residentes no Brasil travam relações jurídicas com fornecedores estrangeiros, cujo estabelecimento virtual esteja sediado no exterior, isto é, registrado no exterior com domínio não vinculado aos órgãos nacionais, a legislação aplicável será aquela do domicílio do proponente, nos termos do artigo 9º, parágrafo 2º¹¹, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (NEVES, 2014).

Em idêntico sentido, é a lição de Coelho (2010, p. 42):

Note-se que o contrato de consumo eletrônico internacional rege-se pelas condições propostas pelo fornecedor estrangeiro, e à quais adere o consumidor brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica a essa relação de consumo, porque a lei de regência das obrigações resultantes do contrato, segundo o direito positivo nacional, é a do domicílio do proponente. (LICC, art. 9º, §2º).

Do brevemente exposto, pode-se deduzir que, quanto às questões mais básicas a respeito do contrato eletrônico, como modalidade de contratação (entre presentes ou entre ausentes), local da celebração e requisitos essenciais de validade, o ordenamento jurídico pátrio é dotado de suficiência legislativa, prescindindo da atividade legislativa para solucionar os problemas que daí emergem.

¹¹ § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. (BRASIL, 1942).

Os problemas relacionados à contratação por meio eletrônico se agudizam quando abrangem relações consumeristas típicas. Afora o fato de representarem a grande maioria do volume de tráfego jurídico, trata-se de relação estabelecida entre parte desiguais, apresentando-se o consumidor como parte hipossuficiente da relação e sujeito a toda sorte de violações. Em virtude da importância do tema, dedica-se item próprio, a seguir.

4.4 COMÉRCIO ELETRÔNICO E A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO ESPAÇO VIRTUAL

A partir da conceituação e caracterização do comércio eletrônico empreendida, denota-se que as relações travadas por esse meio podem abranger relações Cíveis/Empresariais, bem como relações de consumo. Na última hipótese, urge perquirir se as normas de direito consumerista incidem sobre a relação contratual e, se positiva a resposta, em que medida isso ocorre.

A Constituição Federal de 1988 elevou a questão relativa à proteção e defesa do consumidor a *status* de garantia fundamental do cidadão, conforme norma inserta no artigo 5º, inciso XXXII¹², além de inseri-la entre os princípios básicos da atividade econômica no país, conforme se lê no artigo 170, inciso V¹³ e artigo 48¹⁴ das Disposições Transitórias, onde está assegurado a todos o direito a uma vida digna, em consonância com os fundamentos da justiça social (LAWAND, 2003).

Na esteira de Leopoldino da Fonseca, Lawand (2003) sublinha que o constituinte, ao assim dispor, compreendeu que uma das bases da economia de mercado é o consumidor, a quem o Estado deve atribuir especial proteção. Outrossim, a massificação do consumo traz consigo uma propaganda intensa, que gera hábitos e expectativas muitas vezes impossíveis de serem realizados, potencializando possíveis lesões ao consumidor (CAMBLER apud LAWAND, 2003).

Marques (2011) leciona que, de fato, desde a década de 1990 há um novo espaço de comércio com os consumidores, composto pela Internet, redes eletrônicas e de telecomunicação em massa. A dificuldade, segundo aduz, está em abarcar este complexo e rico fenômeno sob

¹² XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor [...] (BRASIL, 1988).

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor;

¹⁴ Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

uma só denominação, à medida que o meio eletrônico é apenas um veículo a mais para a contratação a distância entre fornecedor e consumidor, contratação que já conhecemos desde os catálogos de vendas por reembolso postal.

Na esteira de Barbagalo (2001), o atual modelo de vinculação jurídica entre consumidor e fornecedor no comércio eletrônico acentua a vulnerabilidade do primeiro, notadamente, a partir da deterioração da noção de sujeito da relação contratual, à medida que as cláusulas seguem o modelo de contratação padronizada, mediante contrato de adesão, não sendo passíveis de negociação entre as partes, devendo ser aceitas ou rechaçadas em bloco, razão pela qual a contratação eletrônica também é massificada.

Não obstante, a proteção do consumidor tem assento constitucional, na condição de direito fundamental, conforme se extrai da redação do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988, não podendo ser afastada ante o surgimento de novos mecanismos de acesso ao mercado de bens e serviços, à míngua de regras específicas, quando o seu conjunto principiológico já existente é suficiente ao enfrentamento dessas novas situações (SANTOLIM, 2005).

Nesse diapasão, com arrimo em Podestá (apud LAWAND, 2003), pode-se afirmar que as regras do regime jurídico estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor são plenamente aplicáveis ao contrato de consumo celebrado por meio eletrônico.

Por evidente, o sistema legal de proteção ao consumidor se aplica ao contrato eletrônico desde que presentes os requisitos necessários à configuração da relação de consumo, estabelecidos pelos artigos 2º¹⁵ e 3º¹⁶, da Lei 8.078/90. A partir da exposição das principais características dos contratos eletrônicos, fácil perceber que a grande maioria dos contratos celebrados por esse meio abarcam relações consumeristas, sendo normalmente empresa de grande porte de um lado, e, de outro, pessoa física destinatária final do produto ou serviço.

Ante as peculiaridades do comércio informatizado, avulta a importância das normas consumeristas relacionadas à proteção do consumidor contra práticas abusivas e ao acesso prévio às condições do contrato. A responsabilidade contratual da empresa que faz uso do meio eletrônico de comércio é inescusável, uma vez que este integra os meios admissíveis de oferta ao público. No direito brasileiro, a oferta vincula desde o momento em que é veiculada,

¹⁵Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (BRASIL, 1990).

¹⁶Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

notadamente nas relações de consumo, autorizando, inclusive, o exercício do direito de arrependimento por parte do consumidor, à medida que o fornecimento de produtos ou serviços pela Internet ocorre “fora do estabelecimento comercial”, nos termos do artigo 49¹⁷ do Código de Defesa do Consumidor (LÔBO, 2017).

Nos contratos de venda *on-line* e de bens informáticos aos consumidores, os produtos vendidos podem ser materiais, entregues posteriormente no endereço do consumidor, ou imateriais (*software, e-books, etc.*), cujo envio pode ser feito de modo imediato, pelo mesmo meio eletrônico. Os principais problemas verificados nessa prática, a reclamar solução jurídica consentânea com as norma consumeristas, são, segundo Marques (2011), a não entrega, ou entrega no endereço incorreto, as taxas não especificadas de remessa, o atraso na entrega, a falta de sanção pelo retardo na entrega, a falta de garantia para o produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento, a lei aplicável e a jurisdição competente (por vezes até uma jurisdição arbitral virtual compulsória), a venda casada, a recusa de venda, a falha na segurança com os dados do consumidor, a falha na cobrança por meio de cartão de crédito (cobrança a mais), as diferenças entre as fotografias dos produtos expostos e o produto efetivamente recebido, a compra involuntária ao apertar o ícone, o erro não sanável na contratação, etc.

Outro elemento a ser considerado é a complexidade técnica e jurídica desse tipo de contratação a distância. Para além do *click-agreement*, que permite a contratação com o simples clicar de uma tecla, o comércio eletrônico dirigido ao consumidor é cheio de surpresas, desde os contratos encapsulados – os *wrap-agreements*, que somente são visualizados após a contratação, que se efetiva após uma série de cliques em cadeia – passando pelos *cookies*, que desvendam os hábitos comerciais e os dados dos visitantes de determinado *site* ou portal, até os contratos que são apenas virtuais e nunca podem ser realmente captados e perenizados no computador, permitindo que o fornecedor altere os termos contratuais com o passar do tempo (MARQUES, 2011).

No mesmo sentido é a lição de Glitz (2002), para quem a Internet, a par de facilitar o acesso a diversos produtos e serviços, produzidos ou prestados em qualquer parte do mundo, possibilitando inclusive a contratação sem intermediários, também possibilita a prática de diversos tipos de condutas lesivas ao consumidor. Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 336) apontam para a existência de uma efetiva e preocupante dificuldade de aferição do

¹⁷ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. (BRASIL, 1990).

consentimento nessas relações jurídicas digitais, razão pela qual se torna árduo “verificar se ocorreu uma real intenção de se obrigar ou se houve um vício no consentimento.”

Ante as apontadas peculiaridades da contratação por meio eletrônico, torna-se o consumidor ainda mais vulnerável em relação ao fornecedor, uma vez que a simplificação no modo de consentir influencia o contratante a consentir inadvertidamente com cláusulas abusivas, atraindo para aquele benesses excessivas em detrimento dos direitos do consumidor (VERBICARO, 2018).

Outrossim, conforme sublinha Verbicaro (2018), os serviços e utilidades trazidos pelos aplicativos móveis, ainda que aparentemente gratuitos, têm um preço real: os dados inseridos pelo usuário. De fato, o que enquadra o aplicativo na ótica das relações de consumo no direito brasileiro é a vantagem indireta adquirida pelo fornecedor na coleta de dados do consumidor para fins lucrativos, a exemplo da venda de relatórios de uso de determinado app por um consumidor a uma empresa interessada em saber seus hábitos e preferências de consumo, prática conhecida como filtragem colaborativa, ou *collaborative filtering* (MARTINS apud VERBICARO, 2018).

Pertinente, quanto ao ponto, a observação de Verbicaro (2018), quando aduz que ao se considerar o valor econômico do capital social das redes e, assim, das informações que constituem as interações entre os perfis, já não há mais que se falar em gratuidade das relações jurídicas entre os *sites* e seus membros, usuários e, portanto, consumidores dos serviços oferecidos. A constatação vai ao encontro da lição de Rodotá (2008), segundo a qual a obrigação de fornecer dados não pode ser simplesmente considerada como contrapartida dos benefícios que, direta ou indiretamente, o indivíduo venha a auferir quando da utilização de determinado serviço.

Acerca da onerosidade, ainda que indireta, dos serviços prestados eminentemente por meio eletrônico, e, por conseguinte, submissão da relação jurídica às disposições do Código de Defesa do Consumidor, o Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sobre a temática, conforme julgamento proferido no bojo do REsp n. 1.316.921/RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado em 26 de junho de 2012. Conforme entendimento sufragado:

O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

Além do modelo problemático de consentimento dessa categoria contratual, em desrespeito à norma protetiva do § 3º do art. 54 do CDC¹⁸, as cláusulas são elaboradas em linguagem difícil, excessivamente técnica, por vezes sequer traduzida para a língua portuguesa, disposta em formatação em blocos de informações que tornam a leitura deles enfadonha e demorada, contrariamente ao que dispõem as normas consumeristas. A eventual adequação desses contratos em relação à legislação do país de origem do respectivo serviço *on-line* não isenta o fornecedor da responsabilidade ética e jurídica de adequar seus termos às normas de proteção ao consumidor no momento em que decide implementar seus serviços no Brasil (VERBICARO, 2018).

Daí porque é conveniente, segundo Verbicaro (2018), falar de uma espécie de vulnerabilidade agravada e de proporções massificadas em se tratando de comércio eletrônico, sendo aplicável, portanto, a hipervulnerabilidade do consumidor, positivada no inciso IV do art. 39 do CDC, que considera prática abusiva do fornecedor prevalecer-se da ignorância ou deficiência de julgamento do consumidor para impingir-lhe seus produtos e serviços.

Trata-se de premissa da legislação consumerista, consubstanciada no microsistema haurido pelo Código de Defesa do Consumidor, criado pela Lei n. 8.078/90 e reconhecendo o consumidor como vulnerável na relação de consumo, por força da dicção de seu artigo 4º, inciso I¹⁹, inserto no Capítulo II, que trata da política nacional das relações de consumo. A vulnerabilidade, pois, é a pedra de toque do direito consumerista, notadamente, no que diz respeito aos contratos, podendo ser conceituada como “a situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 51).

No julgamento do REsp n. 586316/MG, o relator, Ministro Herman Benjamin, consignou que “o ponto de partida do CDC é a afirmação do princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo.” (BRASIL, 2007)

Nesse diapasão, anota Coelho (2010, p. 79) que, “à semelhança do contrato de trabalho, o de consumo também é caracterizado por uma relação de fato. O objetivo é igual: garantir a incidência das normas protetoras do contratante débil, no caso, o consumidor.”

¹⁸ § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (BRASIL, 1990).

¹⁹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo [...] (BRASIL, 1990).

Quanto ao ponto, urge ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça por algum tempo perfilhou a concepção subjetiva ou finalista de consumidor, segundo a qual somente se encontra ao amparo das normas consumeristas a pessoa física ou jurídica que utiliza o produto ou serviço para consumo próprio. Segundo essa teoria, a utilização econômica do bem ou serviço, ainda que indiretamente, descaracterizaria a relação de consumo (REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro) (BRASIL, 2005).

Evoluindo em relação ao tema, a jurisprudência do STJ, no AgRg no Ag 807.169/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma (BRASIL, 2007), flexibilizou o entendimento anterior para considerar destinatário final quem usa o bem ou serviço em benefício próprio, independentemente de servir a uma atividade profissional. Adotou-se, destarte, a teoria maximalista ou objetiva de consumidor. Isso implica admitir que a pessoa física ou jurídica que se utilize de produto ou serviço para fins de incremento de atividade econômica tenha reconhecida a relação de consumo, desde que, *in concreto*, reste demonstrada a vulnerabilidade em relação ao fornecedor.

Segundo escólio de Claudia Lima Marques (2006), a vulnerabilidade é dividida em: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade fática e vulnerabilidade informacional. No bojo do comércio eletrônico, acentua-se a vulnerabilidade técnica e informacional, notadamente ante a complexidade técnica do meio empregado. Ordinariamente, o consumidor possui conhecimentos rudimentares acerca do sistema informatizado de que faz uso.

A vulnerabilidade técnica, segundo Marques (2006), corresponde à ausência de conhecimentos específicos do consumidor acerca das características do bem ou serviço que adquire, de modo que se encontra em posição de desvantagem excessiva em virtude dessa ignorância. Essa vulnerabilidade é presumida em relação ao consumidor pessoa natural, e não profissional, destinatário final do produto ou serviço. Por identidade de razões, as lições atinentes ao desconhecimento sobre as características do bem ou serviço adquirido devem ser aplicadas à situação de ignorância do consumidor quanto aos meios de aquisição no comércio eletrônico.

Quanto à vulnerabilidade informacional, urge sublinhar que o direito à informação adequada, suficiente e verdadeira é um dos pilares do direito do consumidor. Há consenso no que se refere às legislações destinadas à regulamentação das relações de consumo, acerca da importância desse direito na seara consumerista (LÔBO, 2000). Tanto que a Resolução n. 30/248, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de abril de 1985, determina, em seu artigo 3º, que é necessário promover o acesso dos consumidores à informação.

A nível infraconstitucional, atento ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor relacionou, entre os direitos básicos, disposição expressa acerca do direito à informação adequada:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem [...]

Do direito à informação do consumidor é face oposta do dever de informar imposto ao fornecedor. Trata-se de ônus que lhe é imposto em razão do exercício de atividade econômica lícita (LÔBO, 2000). Para o professor argentino Roberto M. Lopez Cabana (apud LÔBO, 2000), o dever de informar, imposto a quem produz, importa ou comercializa coisas ou presta serviços, justifica-se em razão de se enfrentarem, nessa peculiar relação, um profissional e um profano, e a lei tem um dever tuitivo com este último.

O dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, “significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial.” (LÔBO, 2000, p. 5). Balizador das relações negociais de modo geral, na condição de cláusula geral, o princípio da boa-fé objetiva foi refuncionalizado no direito do consumidor, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo (LÔBO, 2000).

Contudo, conforme sublinhado por Marques (1995), o dever de informar não representa apenas a realização do princípio da boa-fé. Na evolução do direito do consumidor assumiu feição cada vez mais objetiva, relacionado à atividade lícita de fornecimento de produtos e serviços. Também a teoria contratual construiu a doutrina dos deveres anexos ao da prestação principal para enquadrar o dever de informar. “O direito do consumidor foi além, transformando-o no correspectivo do direito à informação, como direito fundamental, e o elevando a condicionante e determinante da prestação principal do fornecedor.” (MARQUES, 1995, p. 271). Portanto, na seara consumerista o dever de informar não se trata apenas de dever anexo.

A vulnerabilidade informacional, bem como as balizas do direito à informação na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, foi reconhecida e delineada judicialmente a partir do julgamento do REsp 1.329.556, que teve como Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da Terceira Turma, julgado em 25 de novembro de 2014, no caso que ficou nacionalmente conhecido como “Caso Cogumelo do Sol”.

O caso versa sobre pedido de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de informação publicitária enganosa, onde o autor, na legítima busca de uma cura para o filho menor de idade com neoplasia, adquiriu o produto denominado “Cogumelo do Sol”, sob a promessa de que seria eficaz na promoção da cura do câncer. No caso, o autor adquiriu o “remédio” para seu filho Lucas da Silva, portador de câncer no fígado, em estado avançado, e que veio a óbito em 23 de março de 2002, três anos após a compra do “medicamento”.

A causa de pedir gira em torno da publicidade empreendida pela ré a respeito de supostas propriedades terapêuticas do produto, as quais careciam de comprovação científica e de registro junto ao órgão competente. Conforme razões expostas na inicial:

O autor na hora do desespero foi induzido a erro pela empresa ré, ao buscar “solução” no Cogumelo do Sol, principalmente pela superficialidade com que a empresa ré trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio, além do que não estava registrado como medicamento sendo que a atribuição de propriedades terapêuticas não havia sido comprovada junto ao órgão competente.

A sentença de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido, sob o fundamento de que “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste e na intenção de comercializar produtos ou serviços por meio de publicidade enganosa, enseja o dever de indenizar o consumidor tanto material como moralmente.”

O Tribunal de origem, a despeito de reconhecer a publicidade enganosa, reformou a sentença para negar o direito à reparação por danos morais, sob o fundamento de que houve um simples aborrecimento banal ou mera suscetibilidade ferida, mantendo incólume a indenização por danos materiais consistentes na devolução do valor pago pelo produto. Assim, apesar de considerar existir “demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo como medicamento”, reputou o fato um mero dissabor.

Nas razões do especial, o consumidor aduziu que a publicidade foi capaz de induzi-lo em erro, notadamente, pela superficialidade com que trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio. Ainda, sustentou haver dissídio jurisprudencial a respeito do tema, colacionando julgados de cortes estaduais diversas.

Ao conhecer do especial, o Ministro Relator delimitou o objeto da lide no sentido de analisar apenas o direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca do produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. Nesse sentido, pontuou ser objeto de julgamento a eficácia do produto, seus

resultados objetivos à saúde ou, ainda, a existência ou não de autorização da ANVISA para sua comercialização.

No mérito, fixou-se como premissa a importância constitucional do tema, haja vista o disposto no artigo 220, §4º, da Constituição Federal, o qual giza que “a propaganda comercial [...] de medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.” De igual modo, a saúde encontra assento constitucional dentre os direitos sociais encartados no artigo 6º, da CF/1988, razão pela qual é direito de todos e dever do Estado.

Sob o prisma das relações de consumo, ressaltou-se que a Política Nacional das Relações de Consumo está voltada a assegurar ao consumidor o direito à informação adequada sobre produtos postos no mercado de consumo (art. 6º, III, do CDC), em especial, quanto aos “riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.” (art. 6º, I, do CDC).

Nessa esteira, considerou-se se tratar, no caso concreto, de propaganda enganosa, nos moldes em que previsto no artigo 37, §1º, do CDC, tida como aquela “relacionada à veracidade da informação falsamente prestada, a qual, ainda que por omissão, seja capaz de induzir o consumidor em erro quanto à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e a quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.” Ainda, identificou-se ter havido no caso concreto também a denominada publicidade abusiva (art. 37, §2º, do CDC), caracterizada pela “exploração do medo e incitação de superstições, aproveitando-se da momentânea deficiência de julgamento do consumidor, restando contrariada a própria boa-fé objetiva que permeia a relação consumerista (art. 39, IV, do CDC).”

Invocou-se, ainda, o artigo 31 do CDC, o qual veda a oferta que coloque em risco a saúde e a segurança do consumidor, o qual, segundo as razões de decidir, é detentor do direito subjetivo às informações quanto às “características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados” do produto adquirido.

Reformando o acórdão recorrido para o fim de restabelecer a indenização por danos morais, o Ministro Relator destacou que “a ausência de obtenção do resultado prometido e a comprovada publicidade enganosa e abusiva ensejaram transtorno que superam o mero dissabor.” Concluiu-se que a aquisição do produto decorreu da “inadequada veiculação de falsas expectativas quanto à possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do consumidor”, naturalmente fragilizado pelo mal sofrido pelo filho.

Nessa linha de raciocínio, arrematou-se que “o intuito de lucro desarrazoado, a partir da situação de premente necessidade do recorrente, é situação que desafia a reparação civil.”

Como se pode vislumbrar, o caso citado diz respeito à informação inadequada (enganosa) veiculada por meio eletrônico (TV e Internet), ou seja, já no paradigma da sociedade informacional e sob a perspectiva dos contratos celebrados por meio eletrônico, permitindo, assim, captar a tendência jurisprudencial quanto à temática.

Urge pontuar, em complemento, na esteira de Neves (2014), algumas consequências que advêm da não observância dos requisitos necessários à adequação da informação. Se as informações estiverem incompletas contraditórias ou obscuras, prevalece a interpretação mais benéfica ao consumidor, na forma do artigo 47²⁰ do CDC; se as informações veiculadas no *website* forem inverídicas, configura-se o vício do produto ou do serviço, nos termos dos artigos 18²¹ e 20²² do CDC, respectivamente, autorizando que o consumidor exerça uma das faculdades previstas no § 1º, do Art. 18, quais sejam, a substituição do produto, o desfazimento do negócio com a consequente devolução do preço pago, ou o abatimento proporcional do preço; se o *site* não dispuser de informações claras e em destaque, máxime no que diz respeito a cláusulas limitativas de direitos do consumidor, não permitindo que delas tenha plena ciência, consideram-se como não escritas, a teor do disposto no art. 46²³ do CDC.

Destarte, ressalvada a aplicabilidade de legislação alienígena em razão do critério da territorialidade – consoante abordado alhures – aos contratos celebrados no âmbito interno aplicável será a legislação consumerista em sua inteireza, com as naturais limitações decorrentes do período em que foi editada (década de 1990), antes da popularização da Internet e dos meios informatizados de celebração de contratos. O Código de Defesa do Consumidor não é capaz de apresentar soluções para todas as questões que envolvem as modernas relações virtuais, ao passo que o desenvolvimento das novas tecnologias não é acompanhado pela velocidade e interesse do legislador (NEVES, 2014).

²⁰ Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. (BRASIL, 1990).

²¹ Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 1990).

²² Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária [...] (BRASIL, 1990).

²³ Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. (BRASIL, 1990).

Por isso, diz-se que em boa hora veio a lume a regulamentação acerca da contratação por meio eletrônico no âmbito do Direito do Consumidor, o que ocorreu mediante Decreto n. 7.962/2013, editado com o fim de regulamentar a contratação no comércio eletrônico. Note-se que o aludido decreto não promoveu mudanças no código de defesa do consumidor, porém vai sanar inúmeras controvérsias até então existentes, tornando inequívoca a plena aplicação do CDC ao comércio eletrônico.

Dispõe o artigo 1º, do Decreto em exame, que a contratação do comércio eletrônico deve seguir as seguintes diretivas: informações claras a respeito do produto e serviço do fornecedor; atendimento facilitado ao consumidor; e respeito ao direito de arrependimento. De plano, pode se constatar que o legislador consagrou, como pedra de toque dessas relações, o dever de observância aos princípios da transparência e do dever de informar, em reprodução aos comandos insertos nos artigos 6º, III e 31 do Código de Defesa do Consumidor, representativos dos deveres anexos da boa-fé. A exigência se justifica, segundo Neves (2014), pelo fato de as contratações por meio eletrônico serem efetivadas a distância, sem que o consumidor tenha contato direto com o produto ou serviço oferecido.

Reafirmou-se, de igual modo, agora como diretiva específica ao comércio eletrônico, o respeito ao direito de arrependimento, deveras relevante nas compras feitas a distância. Segundo Neves (2014), esse direito representa garantia contra práticas abusivas e propagandas enganosas, visto que o consumidor não tem contato físico com o produto ou serviço, adquirindo-o por meio eletrônico, incentivado e estimulado pela publicidade veiculada no *site* do fornecedor.

O prazo para o exercício do direito de arrependimento é de 07 dias, consoante previsão do artigo 49²⁴ do CDC, podendo ser exercido na forma prevista no artigo 5º do Decreto, o qual impõe ao fornecedor o dever de informar o consumidor, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do arrependimento, que deverá observar o mesmo meio (ou mesmo grau de dificuldade) da contratação.

Trata-se de uma garantia de que o consumidor não seja prejudicado em razão de uma falsa percepção sobre as características do produto ou serviço, normalmente exacerbadas por meio da publicidade, bem ainda uma oportunidade de reflexão quanto à real necessidade de um produto eventualmente adquirido diante de uma propaganda agressiva e predatória.

²⁴ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. (BRASIL, 1990).

Ainda no que diz respeito à regulamentação das relações de consumo por meio eletrônico, o artigo 2º do Decreto examinado exige que os fornecedores disponibilizem todas as informações necessárias à sua identificação, como nome empresarial, número do CNPJ e endereço físico para sua localização e contato pelo consumidor. Para Neves (2014), trata-se de medida salutar, que permite ao consumidor a fácil identificação do fornecedor, garantindo-lhe o contato físico com este quando necessário para a solução de imbróglios envolvendo a contratação eletrônica.

Merece destaque, por fim, a norma inserta no artigo 4º do Decreto, que estabelece o amplo acesso aos termos do contrato, anteriormente à efetivação do vínculo, assegurando-lhe toda a segurança, desde o conhecimento dos termos da avença, até as formas possíveis e seguras de se efetivar o pagamento do preço.

A rigor, analisado o contrato eletrônico de consumo à luz do Código de Defesa do Consumidor, a interpretação teleológica e sistemática do diploma conduziria, ao nosso sentir, às mesmas conclusões pretendidas com a edição do Decreto em comento, sendo possível cogitar-se da prescindibilidade da referida norma, mormente porque se olvidou de questões igualmente importantes à seara do comércio eletrônico.

4.5 FORÇA PROBATÓRIA DO CONTRATO ELETRÔNICO

Conforme demonstrado nos tópicos pregressos, a celebração de negócios jurídicos por meio eletrônico – especialmente pela Internet – é plenamente possível e válida, desde que presentes os elementos essenciais do negócio, notadamente, a convergência de vontades no sentido de oferta e aceitação. O meio eletrônico é, pois, apenas a forma por meio da qual essa manifestação se externa. Viu-se, igualmente, que o ordenamento jurídico não refuta, *a priori*, o contrato eletrônico, sendo a liberdade das formas um princípio cardeal do direito contratual.

A celebração de negócios jurídicos por meio eletrônico implica manifestações ou declarações de vontade, e até mesmo condutas negociais, substancialmente diversas das tradicionais, hauridas entre pessoas presentes, ou entre pessoas distantes, ou da forma escrita.

A cultura da escrita em suporte material, especialmente o papel, desenvolvida pela humanidade durante milênios, vê-se substituída por atos, dados e informações não materializadas em suportes tangíveis. Para a conclusão dos contratos não há qualquer exigência de que sejam transcritos em papel ou em qualquer outro modo documental, que apenas declaram sua existência, mas não o integram ou constituem (LÔBO, 2017).

Partindo-se do pressuposto da admissão do contrato eletrônico, surge a questão da força probante dos contratos celebrado por este meio. Como se prova, em juízo ou fora dele, o

avençado por meio eletrônico é questão de destacada relevância, à medida que se relaciona com o espectro da efetividade prática dos contratos.

Acerca da prova do negócio jurídico, dispõe o artigo 212 do Código Civil que “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia.” Diante dessa disposição legal, cumpre perquirir se o contrato eletrônico pode ser entendido como “documento” para fins de prova judicial de sua existência e validade.

Forgioni (2000, p. 74) responde afirmativamente, invocando a famosa lição de Chiovenda, segundo a qual o documento “è ogni rappresentazione materiale destinata ed idonea a riprodurre una data manifestazione del pensiero.” Ademais, tem observado a doutrina que os documentos não devem ser necessariamente escritos.

A prevalência da forma escrita sobre as outras explica-se pela facilidade de produção da prova da existência do negócio, sem significar, entretanto, que o documento eletrônico não sirva ao mesmo fim. Tampouco a assinatura é requisito de validade e eficácia do documento. Serve, esta última, para admitir a presunção da autoria documento e do conhecimento de seu conteúdo pelo signatário. Nesse sentido, é a dicção do artigo 219 do Código Civil: “As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.” Em idêntico sentido, prevê o artigo 221 do mesmo diploma legal: “O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor.”

Quanto à força probante dos contratos celebrados por meio eletrônico, Lôbo (2017) aponta que o direito tem desenvolvido soluções ainda insatisfatórias para lidar com esse fenômeno. A segurança jurídica dos contratos é desafiada por incertezas relacionadas à autenticidade das manifestações de vontade, vulneráveis que são a alterações, acidentais ou propositais, durante sua transmissão, que percorre diversos pontos de conexão, ou, ainda, pela possibilidade de negativa de recepção por parte do destinatário, ou mesmo pelos emissores, além da possibilidade de chegarem ao conhecimento de pessoas não autorizadas.

Conforme adverte Glitz (2002), a partir das características apontadas surgem novas problemáticas relacionadas ao contrato eletrônico. Visto que não há contato físico entre os contratantes, como se pode ter certeza acerca da identidade do outro contratante? Para esse problema, a solução encontrada foi a denominada assinatura eletrônica. Conforme explica, a assinatura eletrônica consiste na existência de uma senha privada que acompanha o documento, criptografada, podendo ser verificada por um terceiro estranho ao negócio, que garante a titularidade da senha.

Lôbo (2017) salienta a tendência mundial de adoção de leis que regulam a certificação digital, credenciando entidades públicas ou privadas para atuarem como se fossem cartórios de notas, à finalidade de reconhecer ou certificar as assinaturas eletrônicas, acabando, assim, com as dúvidas relativas à segurança jurídica no mundo virtual. Idêntico procedimento adotou o Brasil, a partir da medida provisória n. 2.200-2/2001, que instituiu o procedimento de certificação digital ou assinatura eletrônica, assegurando a verificação da origem e da identidade dos arquivos transmitidos por meio informatizado e estabelecendo que os documentos públicos ou privados assim certificados sejam juridicamente vinculantes, para todos os fins legais, em virtude da presunção de autenticidade das declarações de vontade, em relação aos seus signatários.

Acerca da força probante do documento elaborado e assinado por meio, a Medida Provisória 2.200-2/01 traz disposições específicas, versando, em seu artigo 10, que “Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.” O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo estabelece a presunção de autenticidade em relação ao signatário, ao consignar que:

As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. (a referência deve ser feita ao atual artigo 219 do Código Civil de 2002).

Contudo, a própria norma em comento admite a prova acerca da autenticidade do documento eletrônico por outros meios, conforme dispõe o parágrafo segundo do citado artigo 10, da Medida Provisória 2.200-2/01, *in verbis*:

Art. 10. [...] § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

Pode-se concluir, portanto, na esteira de Forgioni (2000), que os documentos eletrônicos podem ser admitidos em juízo como meio de prova da existência do negócio jurídico, à medida que são documentos para todos os efeitos. Não se tratando, porém, de documento assinado, não se poderá presumir sua autenticidade.

Delineados os contornos conceituais do contrato eletrônico, bem como estabelecida sua disciplina jurídica e fixada a premissa da hipervulnerabilidade do consumidor no espaço virtual, vislumbra-se a potencialidade à vulneração de direitos fundamentais proporcionada pela nova

sistemática contratual no paradigma da sociedade da informação. Como é intuitivo, por meio da aquisição de bens e serviços no meio virtual, o indivíduo busca, no mais das vezes, a satisfação de uma necessidade pessoal, nem sempre de caráter estritamente patrimonial e comumente voltada a questões existenciais. Disso emerge a problemática atinente à proteção dos direitos da personalidade, a reclamar solução jurídica adequada.

5 AUTONOMIA PRIVADA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL E A PROBLEMÁTICA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A autonomia privada pode ganhar contornos diversos a depender do conteúdo do ato de disposição. Em se tratando de direitos patrimoniais, por certo se apresenta com maior amplitude. Tratando-se, porém, de conteúdo preponderantemente existencial, certo é que sofrerá restrições, em deferência à inalienabilidade inerente à maioria dos direitos da personalidade. Nessa ordem de ideias, um questionamento emerge a reclamar solução jurídica adequada: até onde vai o limite da autonomia privada diante de situações jurídicas preponderantemente existenciais?

Um caso célebre bem ilustra o dilema que se instala quando um indivíduo, no gozo de sua autonomia privada, transige sobre direitos de conteúdo eminentemente existencial.

Portador de nanismo, Manuel Wackenheim, cidadão francês, tem pouco mais de um metro e catorze centímetros de altura²⁵. Com chances de emprego sensivelmente reduzidas em razão da condição física, passou a exercer, no verão de 1991, uma ocupação inusitada. Sua atividade consistia em se vestir com roupas acolchoadas e capacete, e ser lançado em um colchão de ar por clientes de bares e discotecas no interior da França. A competição passou a ser conhecida como “lançamento de anão” e logo ganhou notoriedade, vindo a atrair a atenção das autoridades locais.

Em outubro daquele mesmo ano, o prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge proibiu a realização da atividade. Manuel então recorreu à corte administrativa de Versailles, que anulou o ato proibitivo por considerar que não havia qualquer distúrbio à ordem, à segurança ou à saúde pública. Inconformado, o prefeito apelou da decisão e o Conselho de Estado francês acolheu o recurso, vedando a prática do lançamento de anão, por considerá-la afrontosa à dignidade humana.

Contudo, o caso somente tomou repercussão internacional quando Manuel apresentou uma reclamação ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em síntese, aduziu que a decisão do Conselho de Estado francês, ao contrário de proteger sua dignidade, estaria violando-a, vez que o impedia de exercer uma profissão. Ainda, alegou que a decisão afrontava sua liberdade, sua privacidade e configurava discriminação contra os portadores de nanismo.

O Comitê considerou razoável a proibição da atividade, porquanto estaria fundada em critérios objetivos e razoáveis, inexistindo violação aos direitos humanos. Quanto à suposta

²⁵ Entre outros, o caso é narrado por Schreiber (2013).

discriminação, foi rechaçada sob o argumento de que a prática com um anão decorria unicamente da razão física de os anões serem as únicas pessoas aptas a serem lançadas por outras.

A peculiaridade do caso, conforme apontado por Schreiber (2013), reside no fato de que, ordinariamente, as pessoas buscam a proteção de sua inerente dignidade humana. Manuel, porém, buscava justamente o contrário: a sua flexibilização.

Sua vontade não foi atendida, conforme se denota. Entrementes, certo é que, com a prática, Manuel não violava direito alheio, mas seu próprio direito (dignidade humana). A reflexão que se faz, portanto, é no sentido de delimitar qual o alcance da autonomia privada em situações jurídicas existenciais. Quais seriam os limites de disposição de um direito próprio? A liberdade jurídica de fazer tudo aquilo que não prejudique terceiros não seria também um direito fundamental merecedor de proteção? Até que ponto pode a ordem jurídica proteger um indivíduo dele mesmo?

As respostas a esses questionamentos nos permitirão delinear, ainda que de forma não definitiva, os limites à autonomia privada nas relações jurídicas intersubjetivas privadas de conteúdo preponderantemente existencial, problemática proposta para o presente estudo.

5.1 DISTINÇÃO NECESSÁRIA: DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Quando se fala de disposição de direitos com conteúdo preponderantemente existencial, logo vem à mente a ideia de proteção ao fundamental princípio da dignidade humana, consubstanciado, ou instrumentalizado, por meio dos direitos humanos fundamentais.

Contudo, o tema é tratado, no mais das vezes, por diferentes denominações que, a rigor, destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda, segundo Schreiber (2013), é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta.

A expressão *direitos humanos* é mais comumente utilizada no plano internacional, independentemente de como cada Estado soberano regula a matéria no seu âmbito doméstico. Em âmbito internacional, a regulação dos chamados direitos humanos depende do consenso entre diferentes culturas, podendo, naturalmente, variar em relação ao direito interno de cada Estado (SCHREIBER, 2013). Milton Fernandes (apud OLIVEIRA, 2012) distingue direitos humanos de direitos da personalidade, sublinhando que os primeiros seriam destinados a uma

esfera de tutela eminentemente pública, enquanto os segundos seriam destinados a reger relações entre particulares.

Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo empregado para representar direitos positivados na constituição de determinado Estado. Justamente por isso tem sido utilizado com proeminência quando se trata da proteção da pessoa humana no campo do direito público em face da atuação do poder estatal, a despeito da superação quase que completa da dicotomia direito público/privado (SCHREIBER, 2013).

Já a expressão *direitos da personalidade* é empregada quando se está a tratar dos atributos humanos que exigem especial atenção no âmbito das relações privadas, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção no plano internacional. Pode-se cogitar da existência de uma relação de continência entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, porquanto os primeiros não se restringem apenas aos aspectos pessoais do indivíduo (basta ver que o direito à propriedade privada também é tido por fundamental), enquanto os segundos dizem respeito unicamente a aspectos inerentes à condição humana do ser, estando contidos na categoria direitos fundamentais (SCHREIBER, 2013).

Miranda, Rodrigues Júnior e Fruet (2012) propõem que, sem desconsiderar a distinção estrutural entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, a unidade da ordem jurídica autoriza que alguns ou todos os direitos da personalidade sejam considerados como direitos fundamentais e possibilita que os direitos fundamentais sejam contidos aos direitos de personalidade, numa relação de transposição de uma espécie à outra. Segundo o autor, a dicotomia entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade decorre não de seu conteúdo, mas pelos ramos distintos onde estão positivadas suas normas. Os primeiros inserem-se no Direito público, enquanto o segundo no Direito privado. Adverte, entretanto, que:

Tanto o Direito privado não pode ser considerado o “direito dos egoísmos individuais”, quanto o Direito público não pode ser considerado o “direito das forças de dominação”, sendo ambos indispensáveis e complementares entre si, como corolário da unidade da ordem jurídica. (MIRANDA; RODRIGUES JÚNIOR; FRUET, 2012, p. 28).

Bittar (2008) distingue, ainda, *direitos da personalidade* dos *direitos da pessoa*. Segundo o autor, além dos direitos da personalidade, o indivíduo dispõe, em âmbito privado, de direitos correspondentes ao respectivo estado, ou posição na sociedade, que são os direitos pessoais. Segundo o autor, pode-se divisar três estados básicos para o ser: “a) o estado político; b) o estado individual; e c) o estado familiar, complementando-se esse elenco com o d) estado profissional.” (BITTAR, 2008, p. 28). O estado político diz respeito à nacionalidade do

indivíduo e suas qualificações (nato ou naturalizado). Quanto ao estado individual, a pessoa é tomada em razão de sua condição etária, física ou mental, conforme seja menor de idade, por exemplo, ou ainda portador de necessidades especiais. O estado familiar decorre do fato de a pessoa integrar-se a determinado núcleo (conjugal, de paternidade, de filiação, etc.). Por fim, o estado profissional diz respeito, segundo o autor, às habilitações e atividades desenvolvidas pela pessoa (BITTAR, 2008). Em conclusão:

Distinguem-se, assim, os direitos em questão dos de personalidade, tanto sob a perspectiva de análise, como sob o aspecto intrínseco, versando estes a respeito de elementos individualizadores do ser e, conseqüentemente, sobre componentes de sua personalidade. Daí o nome “direitos personalíssimos” com que foram, durante muito tempo, conhecidos: voltam-se, pois, para aspectos íntimos da pessoa, ou seja, tomada esta em si, como ente individualizado na sociedade. A pessoa é protegida em seus mais íntimos valores e em suas projeções na sociedade. (BITTAR, 2008, p. 29-30).

Cantali (2009, p. 129) sublinha, amparada em abalizada doutrina, a existência de pelo menos uma certeza: “não há diferença substancial entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.” Segundo aduz, os direitos da personalidade nada mais são do que direitos fundamentais em sede de direito privado, cuja distinção se mostra reduzida também em razão dos fenômenos da publicização e constitucionalização do Direito Privado. Nessa linha de intelecção, não estaria incorreta a utilização da expressão direitos fundamentais da personalidade (CANTALI, 2009).

Como se vê, a variedade de termos não deve gerar confusões conceituais, ao passo que todas essas diferentes designações dizem respeito aos atributos da personalidade humana merecedores de especial proteção jurídica.

Visto que o objetivo do presente estudo passa por balizar os contornos da autonomia privada nos contratos de conteúdo não patrimonial, no bojo das relações privadas, será utilizada, preponderantemente, a expressão *direitos da personalidade*, sem prejuízo da utilização dos demais termos como sinônimos.

5.2 CONFORMAÇÃO DO CONTEÚDO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Pode-se afirmar, com Cantali (2009), que a construção da teoria dos direitos da personalidade de confunde com a consagração dos direitos fundamentais, adquirindo força notadamente a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos

Estados Democráticos, a partir do que o ser humano é colocado como centro referencial dos ordenamentos jurídicos. Em idêntico sentido é a lição de Tepedino (2008), quando afirma que a lógica fundante dos direitos de personalidade é tutela da dignidade da pessoa humana. Assim, se o valor máximo do ordenamento é a proteção da pessoa, ao Direito Civil, cujas raízes liberais demonstram uma preocupação destacada com a proteção do patrimônio, deve-se impor uma revisão de todas as categorias e conceitos jurídicos, sob as luzes dos projetos constitucionais (FACHIN, 2007).

Conforme Miranda, Rodrigues Júnior e Fruet (2012, p. 28):

Os direitos da personalidade dão conteúdo essencial à personalidade e por isso são qualificados como direitos essenciais. Sem eles, a personalidade restaria uma “susceptibilidade irrealizada”, destituída de valor concreto. São direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal.

Os direitos da personalidade são, nessa perspectiva, posições jurídicas fundamentais, inerentes à sua própria condição humana, já que os possuem pelo simples fato de existir, por isso também são chamados de direitos personalíssimos (CANTALI, 2009). Nas palavras de Gomes (1993, p. 132):

[...] sob denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

A afirmação e consolidação dos direitos da personalidade é fundamental à medida que práticas abusivas e atentatórias vêm se disseminando sob novas formas na esteira dos progressos científicos e tecnológicos inerentes à sociedade informacional. Não se discute mais, na atualidade, a existência ou não dos direitos da personalidade, ao passo que sua consagração em sede legislativa fulmina todos os argumentos em contrário.

Entretanto, os civilistas esbarram em um problema de adequação dessa nova categoria de direitos ao Direito Civil clássico, estruturado a partir dos códigos oitocentistas, cuja principal preocupação era o patrimônio (CANTALI, 2009). Daí emerge a importância da dogmática jurídica no que se refere à constitucionalização do Direito Civil e da irradiação dos direitos fundamentais às relações entre particulares, conforme explanado em tópicos pregressos, de modo a reinterpretar o direito privado a partir dos vetores da Constituição, especialmente, com vistas à proteção da dignidade humana.

5.3 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A dificuldade em se definir até que ponto os direitos da personalidade podem ser flexibilizados, no exercício da igualmente fundamental autonomia privada, decorre das suas principais características. Com efeito, os direitos da personalidade, conforme antes sublinhado, são aqueles inerentes à condição de ser humano, umbilicalmente ligados ao macroprincípio da dignidade humana. Nessa ordem de ideias, tais direitos não seriam passíveis de flexibilização, ainda que por vontade do próprio titular, consoante bem ilustra o caso do lançamento de anões.

Os direitos da personalidade atribuem ao seu titular uma série de poderes jurídicos vinculados ao bem jurídico tutelado, o que traduz, nas palavras de Capelo de Souza (apud CANTALI, 2009), “uma afetação plena e exclusiva desses bens em favor de seu titular.” Em contrapartida, referidos poderes geram nos demais integrantes da sociedade um dever geral de abstenção, uma obrigação universal negativa. Nesse sentido, diz-se que os direitos da personalidade ostentam a natureza de direitos absolutos, ou seja, oponíveis contra todos, possuindo eficácia *erga omnes* (CANTALI, 2009).

Ainda na esteira de Cantali (2009), a oponibilidade *erga omnes* dos direitos da personalidade gera em relação a terceiros (a coletividade) uma obrigação geral negativa, ou seja, um dever de abstenção à violação desses direitos. A par disso, gera um dever positivo, ao Estado, à comunidade e aos demais particulares de respeito aos direitos da personalidade. Conforme Orlando Carvalho (apud CANTALI, 2009, p. 136), “o respeito implica mais do que uma pura abstenção, pois envolve prestações positivas que se revelam em um dever geral de auxílio, diante de outro dever: o dever de solidariedade social.”

Ante a sua inexorável aderência à pessoa do titular, bem ainda em razão da importância dos atributos do indivíduo que objetivam resguardar – inclusive da ingerência do próprio indivíduo – aos direitos da personalidade são atribuídas as características da indisponibilidade, da intransmissibilidade, da inalienabilidade e da irrenunciabilidade. Se bem que se tratam de características inter-relacionadas.

Ilustrando o significado de tais características dos direitos da personalidade, Schreiber (2013) relembra o magnífico conto de Machado de Assis, intitulado *A Igreja do Diabo*, o qual narra a empreitada do Diabo que, sentindo-se “humilhado com o papel avulso que exercia desde séculos, sem organização, sem regras, sem cânones, sem ritual, sem nada”, decide criar uma religião para si, objetivando “combater as outras religiões, e destruí-las de uma vez.” A venalidade foi eleita como princípio fundamental de sua igreja:

Um casuísta do tempo chegou a confessar que era um monumento de lógica. A venalidade, disse o diabo, era o exercício de um direito superior a todos os direitos. Se tu podes vender a tua casa, o teu boi, o teu sapato, o teu chapéu, coisas que são tuas por uma razão jurídica e legal, mas que, em todo caso, estão fora de ti, como é que não podes vender a tua opinião, o teu voto, a tua palavra, a tua fé, coisas que são mais do que tuas, por que são a tua própria consciência, isto é, tu mesmo?

No entanto, a lógica diabólica não seduziu o legislador brasileiro, que, já no primeiro dispositivo dedicado aos direitos da personalidade, artigo 11 do Código Civil de 2002, fixou como premissa sua intransmissibilidade, senão vejamos: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Ao tratar da natureza dos direitos da personalidade, o artigo 11 do Código Civil atribuiu-lhes as características da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, bem ainda estabeleceu a impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício, salvo hipóteses previstas em lei. Referidas restrições decorrem do caráter indisponível dos direitos da personalidade. Em outras palavras, extrai-se da referida norma que, em razão da sua natureza indisponível, os direitos da personalidade não são passíveis de transmissão, renúncia ou limitação (CANTALI, 2009, p. 139).

Leciona Bittar (2008), que as especiais características dos direitos da personalidade têm por finalidade uma mais eficiente proteção do indivíduo, notadamente por possuírem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana. Segundo o autor:

Constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes, como tem assentado a melhor doutrina, como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código. (BITTAR, 2008, p. 11).

Como manifestações essenciais da condição humana, os direitos da personalidade não podem ser transmitidos a terceiros, seja por ato negocial *inter vivos*, seja em virtude da morte de seu titular. Contrariamente aos direitos patrimoniais, que podem ser livremente alienados por seu titular e que se transmitem aos herdeiros, os direitos da personalidade, como honra, imagem, privacidade, etc., são exclusivos do seu titular (SCHREIBER, 2013). Significa dizer que os direitos da personalidade nascem e morrem com seu titular, não podendo ser cedidos, doados, emprestados, vendidos ou recebidos por herança.

São direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados ao homem, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o

mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de lege lata, pelo Estado, ou pelos particulares. (BITTAR, 2008, p. 11-12).

Cantali (2009) sublinha que muitos autores anunciam as características dos direitos da personalidade sem analisar a possível relativização das mesmas. Entretanto, conforme aduz, a questão da transmissibilidade dos direitos fundamentais é discutida e controversa, encontrando na realidade empírica ilação de que não é irrestrita. Isso porque, mesmo por atos entre vivos, é possível a transferência dos efeitos econômicos da fruição dos direitos da personalidade.

Conforme se verá na sequência, a anunciada indisponibilidade dos direitos da personalidade sofre temperamentos, seja por meio da limitação voluntária do seu exercício, seja pelo ingresso de alguns aspectos dos direitos da personalidade no tráfego jurídico.

5.4 IRRENUNCIABILIDADE E POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA AO SEU EXERCÍCIO

Conforme dicção do antes transcrito artigo 11 do Código Civil, além de inalienáveis e intransmissíveis, os direitos de personalidade são irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Diante do texto legal, pode-se questionar acerca da legalidade dos conhecidos *Reality Shows*, onde os participantes se submetem a confinamento e isolamento por longos períodos de tempo, sob vigilância em tempo integral, em clara interferência no direito à privacidade, atributo precioso da personalidade humana. Schreiber (2013) questiona se bastaria o consentimento do titular para tornar legítima a lesão aos direitos da personalidade.

A resposta dada pelo ordenamento jurídico é negativa. A esse respeito, tomado em sua literalidade, o artigo 11 do Código Civil negaria qualquer efeito ao consentimento do titular no campo dos direitos da personalidade (SCHREIBER, 2013). Conforme o autor, a preocupação do legislador se justifica, ao passo que, deixados inteiramente livres, os homens acabam por renunciar aos direitos mais essenciais, concordando, em razão da necessidade, com situações intoleráveis. Disso a linguagem forte do Código Civil, cujo objetivo não é prejudicar o indivíduo por meio de um excessivo paternalismo estatal, mas protegê-lo dos efeitos de sua própria vontade em relação a direitos essenciais.

A partir de uma interpretação literal da codificação, os direitos da personalidade não seriam passíveis de qualquer forma de limitação, o que se mostra errôneo e pode levar à inviabilização da própria tutela (CANTALI, 2009). “Até porque mesmo a dignidade humana

pode sofrer alguma limitação, já que em conteúdo não há direitos absolutos.” (CANTALI, 2009, p. 139).

À luz de uma hermenêutica literal do Código Civil, os direitos da personalidade não seriam passíveis de qualquer forma de limitação, interpretação essa que poderia, inclusive, inviabilizar sua tutela (FACHIN, 2005).

Schreiber (2013) aponta para o exagero do citado artigo 11, ao vedar toda e qualquer “limitação voluntária” ao exercício dos direitos da personalidade. Segundo aduz, a vedação lançaria na ilicitude não somente os *reality shows*, como também atos mais prosaicos, como furar a orelha, lutar boxe ou expor informações pessoais em redes sociais, a exemplo do Twitter, Instagram e Facebook. Nesse sentido, há uma série de situações que, embora não previstas em lei, são socialmente aceitas, nas quais as pessoas acabam por limitar, pontualmente, algum atributo da própria personalidade. “Tal limitação, derivada da vontade do titular, não deve a toda evidência ser reprimida pela ordem jurídica, porque a vontade individual aí não se opõe, mas se dirige à realização da dignidade humana daquele indivíduo.” (SCHREIBER, 2013, p. 27).

Interpretação que se afilia a esse entendimento foi atribuída ao artigo 11, da Lei 10.406/02, por ocasião da III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sufragando o entendimento jurisprudencial acerca da temática:

Enunciado 139 - Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

A transmissibilidade dos efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade deve, por conseguinte, ser analisada a partir de uma interpretação construtiva de índole constitucional, que supera a hermenêutica estrita da literalidade do código (FACHIN, 2005, p. 18). Nesse sentido é o enunciado n. 274, da IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, que, a propósito da redação do artigo 11 do Código Civil, vaticina:

Enunciado 274 - Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Em idêntico sentido, Francisco do Amaral, embora tenha atribuído aos direitos da personalidade as características da indisponibilidade e da irrenunciabilidade, ao tratar sobre o

direito ao corpo admite que a pessoa juridicamente capaz pode “dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do corpo vivo, para fins terapêuticos ou de transplantes.” (AMARAL, 2000, p. 259). Além disso, admite a cessão de espermatozoides e a doação de óvulos e considera o sangue humano bem jurídico alienável. O posicionamento perfilhado por Amaral (2000) se coaduna com as normas insertas nos artigos 13 e 14 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. (BRASIL, 2002).

Carlos Alberto Bittar, ao caracterizar os direitos da personalidade, toma-os como extrapatrimoniais e intransmissíveis, mas admite sua disposição em certos casos. Segundo aduz, por necessidade ou no interesse da própria pessoa, a disponibilidade dos direitos da personalidade deve ser admitida até mesmo como modo de garantir a melhor fruição por seu titular, desde que não seja descaracterizado (BITTAR, 2008).

Como se pode antever, na prática a distinção não é nada simples, o que exige do jurista extrema sensibilidade e redobrada cautela. Para analisar a legitimidade das autolimitações aos direitos da personalidade não há fórmula matemática, mas alguns aspectos podem e devem ser considerados (SCHREIBER, 2013).

Como primeiro aspecto a ser analisado, Carlos Alberto da Mota Pinto (apud BORGES, 2007) aborda a figura do consentimento do titular, ao tratar da disponibilidade dos direitos de personalidade. Para o referido autor, o consentimento do titular com a flexibilização de um direito da personalidade não é incompatível com a característica da irrenunciabilidade, porquanto não tem o objetivo de excluir o direito, tratando-se de limitação voluntária que, exercida em consonância com a ordem pública (acrescentamos os demais fatores de limitação da autonomia privada: lei, moral e bons costumes), poderá ser válida como negócio jurídico ou mesmo como causa de exclusão da ilicitude do ato considerado lesivo.

A esse respeito, Cantali (2009, p. 167) sublinha que o ato de disposição que importe em restrição a um bem da personalidade, desde que não atente contra o núcleo essencial da dignidade do titular e que seja fruto de manifestação de vontade livre e consciente, é legítimo, “além de ser a mais pura expressão da tutela do exercício desses direitos, dimensão necessária para o pleno desenvolvimento da personalidade e proteção da própria dignidade.”

Em segundo lugar, deve-se analisar a duração e o alcance da restrição. Qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente não pode ser admitida, por equiparar-se à renúncia. Assim, o ordenamento jurídico autoriza que um indivíduo possa ceder sua imagem para uso em uma campanha publicitária, mas não considera válido o ajuste por meio do qual a pessoa venha a autorizar o uso de sua imagem “em qualquer publicidade”, “para sempre”, “de qualquer modo” ou para “qualquer fim” (SCHREIBER, 2013, p. 28). A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em uma das jornadas de estudos sobre Direito Civil, trouxe a lume o enunciado segundo o qual “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”²⁶

Além do alcance e da duração da restrição, impende analisar sua intensidade, quer dizer, o grau de restrição que impõe ao exercício dos direitos da personalidade. Schreiber (2013) ilustra com um exemplo pueril: o espectador de uma comédia teatral pode consentir em ser alvo de brincadeiras que façam o público rir, o que não autoriza que seja humilhado no palco ou reduzido a mero objeto de lazer alheio.

Ainda, Schreiber (2013) aponta a finalidade da restrição como elemento a ser observado na avaliação de sua validade. Nesse sentido, qualquer restrição ao exercício dos direitos da personalidade deve estar vinculada a um interesse direto e imediato do próprio titular. Schreiber (2013) exemplifica com a inserção de um microchip subcutâneo para monitoramento dos sinais vitais e da saúde do indivíduo, onde a finalidade resta absolutamente justificada. O mesmo não se diga se a inserção do microchip fosse destinada a controlar sua jornada de trabalho. As duas situações implicam flexibilização voluntária da integridade física do indivíduo, mas enquanto o primeiro atende ao interesse exclusivo do seu titular, o segundo atende primordialmente ao interesse do empregador.

Por fim, como meio de proteção aos direitos da personalidade, os atos de disposição devem ser passíveis de revogação a qualquer tempo. Na esteira de Cantali (2009), a revogação do consentimento manifestado pelo titular do direito é sempre admissível, apresentando-se como pressuposto de legitimação do ato restritivo. Paulo Mota Pinto (apud CANTALI, 2009) explica que, como ato negocial por excelência, a disposição seria irrevogável por vontade unilateral do titular, como ocorre na teoria geral do negócio jurídico. Entretanto, a mesma lógica não se aplica aos negócios jurídicos que envolvam direitos da personalidade, porquanto inerente à própria condição humana, de sorte que cessada a voluntariedade do ato cessam também os seus efeitos.

²⁶ Trata-se do enunciado n. 4, da I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal, disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>. Acesso em: 10 abr. 2019.

Como se vislumbra, ante a essencialidade dos direitos da personalidade, a dogmática jurídica, a par de atentar-se à realidade fática de que os direitos da personalidade acabam ingressando no tráfego jurídico, desenvolveu uma série de restrições à sua flexibilização, de modo que sua disposição possa ocorrer apenas em proveito da promoção da própria personalidade do indivíduo e sob diversas condicionantes.

5.5 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO COMÉRCIO JURÍDICO

Quanto à problemática referente à disponibilidade dos direitos da personalidade, e possibilidade de seu ingresso no tráfego jurídico, Borges (2007) aponta para a existência de três correntes doutrinárias básicas.

A concepção personalista, ligada ao cristianismo, não distingue pessoa humana e corpo (BORGES, 2007, p. 114). Para essa corrente de pensamento, pessoa e corpo são uma coisa só, de modo que o indivíduo não detém nenhum poder sobre o próprio corpo. O corpo é indisponível para o personalismo, portanto. Sob essa perspectiva, não seriam admissíveis relações jurídicas que tenham por objeto o corpo humano, mesmo que se trate apenas de partes.

Uma segunda corrente, chamada “liberal”, concebe a pessoa e o corpo como categorias distintas. “Sendo o corpo algo externo à pessoa, esta pode, portanto, exercer poderes sobre ele.” (BORGES, 2007, p. 114). Para essa corrente, a pessoa é dona do próprio corpo, e, como proprietária, tem sobre ele algumas faculdades de disposição ou alienação parcial, não podendo terceiros interferir no uso a que a pessoa resolva fazer de seu próprio corpo. Disso se denota que, para essa teoria, há a possibilidade de incidência da autonomia privada sobre os direitos da personalidade. “As expressões da personalidade, ou certos bens jurídicos de personalidade, podem, portanto, figurar como objeto de negócios jurídicos, ou seja, podem ingressar no comércio jurídico.” (BORGES, 2007, p. 115).

Outro ponto de vista a respeito da temática é o dos que não reconhecem a possibilidade de a pessoa dispor do seu próprio corpo, mas, no entanto, admitem a intervenção pública na esfera física da pessoa (BORGES, 2007). A autora demonstra sua assertiva com dois exemplos: a) o texto original da Lei n. 9.434/97 tornou todas as pessoas, presumível e automaticamente, doadoras de órgãos; b) o entendimento daqueles que consideram concebem os direitos da personalidade como deveres da pessoa consigo mesmo, donde se extrai a conclusão de que, embora a pessoa não possa dispor do próprio corpo, essa disposição é permitida ao Estado.

A doutrina brasileira, quase de forma unânime, aponta a indisponibilidade ou intransmissibilidade como característica fundamental dos direitos da personalidade. Entretanto,

a realidade prática tem se mostrado um pouco diferente. “O dia-a-dia dos fatos jurídicos acumula negócios jurídicos que têm como objeto aspectos dos bens jurídicos tutelados pelos direitos da personalidade, inclusive negócios jurídicos de efeitos patrimoniais.” (BORGES, 2007, p. 116).

A imagem é um dos mais eloquentes exemplos, a qual, em razão de interesse negocial de seu titular, entra na circulação jurídica, como ocorre nas novelas, por exemplo, “experimentando abrandamento da essência intransmissível, já que os efeitos patrimoniais do exercício desse direito também são usufruídos por terceiros e não apenas pelo titular.” (CANTALI, 2009, p. 142).

Fachin (2005) sublinha que, embora sejam os direitos da personalidade essencialmente intransmissíveis, os efeitos patrimoniais deles decorrentes podem ser objeto de transmissão. Exemplifica-se com a possibilidade de postulação, pelos sucessores, de indenização por danos morais quando a imagem ou a honra de pessoa falecida for violada. Somente com a admissão de que essa titularidade se transmite a terceiro é que se viabiliza a proteção da honra e da imagem do falecido para além da vida do titular. Portanto, a transmissibilidade emerge, em determinadas situações, como essencial à garantia de tutela dos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana (FACHIN, 2005).

Sobre esse aspecto dos direitos da personalidade, Cantali (2009) obtempera que, a par de poderem ser objetos de negócio jurídico, com sói ocorrer com o direito de imagem, no exemplo já citado, o que se transmite são os efeitos patrimoniais decorrentes dos direitos da personalidade, e não os direitos em si. Os direitos da personalidade propriamente ditos, por decorrerem da personalidade e serem inerentes a esta, são inseparáveis da pessoa.

José de Abreu Filho (apud BORGES, 2007, p. 116), anota que “os negócios jurídicos extrapatrimoniais abrangem também os direitos personalíssimos e mesmo os negócios extrapatrimoniais constituem ato de autonomia privada.” Portanto, o referido autor admite a possibilidade de negócios jurídicos abrangendo direitos indisponíveis, desde que não impliquem transmissão, modificação ou extinção desses direitos (BORGES, 2007).

Em sentido similar, Orlando Gomes (1993, p. 161), ao listar as características dos direitos da personalidade, aponta, entre outras, a “extrapatrimonialidade” e a “intransmissibilidade”. Ressalva o autor, contudo, o fato de que, embora os bens jurídicos sobre os quais incidem os direitos da personalidade sejam insuscetíveis de avaliação pecuniária, podem constituir-se objetos de negócios jurídicos (GOMES, 1993).

Sem embargo, a disposição de qualquer direito da personalidade tem como premissa fundamental a autorização do titular, por meio de contratos adequados, de modo que os termos

e limites da disposição de tais direitos possam ser previamente eleitos. Esses mecanismos, aliados a um sistema sancionatório eficiente, permitem garantir ao titular a remuneração correspondente ao uso ajustado, evitando, assim, que estranhos possam, sem título jurídico próprio, ingressar no respectivo circuito, daí auferindo proveito econômico (BITTAR, 2008). Posto que a autorização do titular é premissa básica à disposição de direitos da personalidade, fácil perceber a necessidade da forma escrita, por meio de contratos próprios e que atentem à natureza do direito envolvido.

Como compatíveis com os direitos da personalidade, Bittar (2008, p. 49) aponta os contratos que “importam uso determinado, ou em uso temporário, dos bens disponíveis, uma vez que são intransmissíveis, como assinalamos.” Referidos contratos são, segundo o autor, os de concessão, ou licença, por meio dos quais se autoriza o uso dos bens disponíveis que compõem a personalidade, mantendo-se no âmbito do titular os demais direitos (BITTAR, 2008). Exemplificativamente, a licença para uso da imagem em televisão não se estende para uso em cinema, ou outra forma.

Nessa ordem de ideias, para que sejam adequados, e, por conseguinte, válidos:

Os contratos devem especificar a finalidade, as condições do uso, o tempo, o prazo e demais circunstâncias que compõem o conteúdo do negócio, interpretando-se restritivamente, ou seja, permanecendo no patrimônio do licenciante outros usos não enunciados por expresso. (BITTAR, 2008, p. 50).

Urge anotar, outrossim, que não podem esses contratos – quando de exclusividade – importar em cerceamento da liberdade da pessoa ou sacrifício de sua personalidade por longo período, sendo considerada nula, por potestativa, cláusula que dispuser de modo diverso.

Por essas razões, segundo o autor, os direitos da personalidade acabam ingressando na circulação jurídica, às vezes sem o conhecimento do titular – e mesmo contra a sua vontade, a exemplo do que acontece com os direitos autorais, o direito à imagem, o direito ao corpo ou a partes do corpo. E conclui:

São disponíveis, por via contratual, certos direitos – mediante instrumentos adequados (como os de licença, de cessão de direitos e outros específicos) – podendo, portanto, vir a ser utilizados por terceiros e nos termos restritos aos respectivos ajustes escritos. (BITTAR, 2008, p. 12).

Sintetizando a posição doutrinária prevalecente, Borges (2007) esclarece que o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. Tal assertiva, no entanto, deve ser interpretada no sentido de que a imagem, por exemplo, não se separa do titular original, assim como a intimidade, sendo impossível, jurídica

e fisicamente, sua transmissão a outrem, ou mesmo sua renúncia. “Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso.” (BORGES, 2007, p. 121).

No que se refere, pois, à possibilidade de disposição dos direitos da personalidade no exercício da autonomia privada, conclui-se, com arrimo em Borges (2007), que, a despeito de se ter presente na teoria dos direitos da personalidade as características da intransmissibilidade, da irrenunciabilidade, da extrapatrimonialidade e da indisponibilidade (todas imbricadas entre si), quando se analisam certos tipos desses direitos se percebe a relativa disponibilidade de alguns deles. “A autorização para uso de certos aspectos desses direitos por terceiros não descaracteriza o direito enquanto direito de personalidade.” (BORGES, 2007, p. 121).

Em idêntico sentido é a lição de Schreiber (2013, p. 27), para quem:

A autolimitação ao exercício dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.

Em desfecho, sublinhe-se que o exercício, por parte de terceiros, de certos poderes dos direitos de personalidade deve, necessariamente, observar os limites da autonomia privada, além de preservar a essência de tais direitos, não podendo ultrapassar as balizas da autorização do titular (BORGES, 2007).

5.6 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO TRÁFEGO JURÍDICO ELETRÔNICO E A QUESTÃO DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS

Na esteira do exposto, em razão da disponibilidade (ainda que relativa) de alguns direitos da personalidade, imperioso reconhecer a possibilidade de seu ingresso no comércio jurídico, principalmente, a partir da própria vontade do titular ao alimentar o extenso e sofisticado sistema de comunicações que, por via das redes da Internet, alcança projeção global. Como é intuitivo, ordinariamente entram no circuito negocial elementos integrantes do complexo valorativo da personalidade do titular, no mais das vezes sem sua autorização e mesmo contra sua vontade (BITTAR, 2008).

[...] frente a necessidades decorrentes de sua própria condição, da posição do titular, do interesse negocial e da expansão tecnológica, certos direitos da personalidade acabaram ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade,

exatamente para permitir a melhor fruição por parte do titular, sem, no entanto, afetar-se os seus caracteres intrínsecos. (BITTAR, 2008, p. 12).

Com efeito, a consolidação da sociedade da informação – na esteira do extraordinário avanço nas técnicas de comunicação – se, de um lado, vem contribuindo para o desenvolvimento geral da civilização, tem, de outro, imposto inúmeros sacrifícios aos interesses das pessoas, “notadamente a partir das constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, através dos diferentes sistemas de registro e de informações postos à disposição do mundo negocial.” (BITTAR, 2008, p. 47).

Tamanha a importância atribuída aos dados pessoais, que a Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia reconhece a proteção de dados como um direito fundamental autônomo, descolado do tradicional direito à privacidade, que sofre reconfiguração (RODOTÁ, 2008). Ainda assim, questões de segurança interna e internacional (principalmente após o 11 de setembro), interesses de mercado e reorganização da administração pública estão levando à redução de salvaguardas importantes relacionadas a esse direito.

Há repercussões dos ajustes celebrados por meio virtual em aspectos da personalidade que não podem ser negligenciados. Rodotá (2008) chama a atenção para o fato de que se a pessoa entra em uma loja física, sua imagem desaparece quando ela sai. Mas se faz isso na Internet, deixa vestígios, marcas, isto é, suas informações, que a outra parte poderá utilizar para além da relação contratual que foi estabelecida.

Ademais, vislumbra-se uma tendência à exposição, nomeadamente, por meio das redes sociais, cuja utilização pressupõe o fornecimento de dados sensíveis do usuário. O êxito dos algoritmos e sistemas de captação de dados e *tracking* (rastreamento de movimentação *on-line*) ocorrem pela inversão da norma social mundial, em consonância com o avanço das redes sociais, a partir de um modismo de exposição exacerbada. A regra socialmente estabelecida prescreve a publicidade dos dados pessoais, da história de vida, dos pensamentos, das atitudes do usuário, de forma a conferir a este um mundo paralelo e totalmente personalizável, adequado aos seus gostos e interesses pessoais, em troca da especificação cada vez mais cirúrgica da publicidade e do aumento das chances de sucesso das empresas detentoras dessas informações, conforme sublinhado por Verbicaro (2018).

Pela naturalidade com a qual essa coleta de dados e a disseminação da cultura do compartilhamento vêm se instaurando na sociedade confessional de consumo, o consumidor torna-se cada vez mais apático e alheio às possíveis implicações e riscos do uso de seus dados, pois nada pode estragar o contentamento de ter um mundo especificamente projetado para as

suas necessidades de consumo (BAUMAN apud VERBICARO, 2018). É, assim, o anseio do homo *economicus standard*, na lição de Cláudia Lima Marques, cujo desejo de reindividualização e reconhecimento estimula e alimenta a demanda por individualidades fictícias (*individual fake*) sob a forma de plataformas virtuais (MARQUES, 2011).

As informações fornecidas pelas pessoas para que possam acessar determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos diversos daqueles aos quais eram inicialmente destinadas, com relevante potencial de lucro para seus gestores. A partir das informações obtidas como requisito à prestação do serviço, podem criar informações novas, como perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas, perfis de interesse em assuntos políticos, etc., as quais podem interessar a outras corporações, a quem podem ser vendidas (RODOTÁ, 2008).

Ainda na esteira de Bittar (2008), cumpre destacar que a utilização empresarial de valores inerentes à esfera física ou intelectual da pessoa tem sido outro fator gerador de conflitos, seja em razão da ausência de prévia autorização do titular, seja pelo uso excedente aos limites previstos no contrato.

Mas, mesmo sem conhecimento da pessoa – frente às avançadas técnicas de escrita e de registro de longo alcance e miniaturizadas – pode haver controle absoluto de seus movimentos e de suas ações no lar, no escritório, ou outro local em que se encontre. (BITTAR, 2008, p. 48).

A mercantilização dos dados pessoais tem como efeito colateral a perda da importância de sua dimensão política como esfera de proteção da liberdade individual no seio do espaço público, conforme observam Gediel e Corrêa (2008). Deve-se salientar, outrossim, que o acesso aos dados pessoais e informações privadas no mais das vezes acontece, justamente, por iniciativa do consumidor, “que ao se cadastrar em sites da Internet, abrir contas de e-mail, preencher cadastros, etc., disponibiliza desavisadamente seus dados a terceiros.” (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 150).

Por essa razão, Farias e Rosenthal (2013, p. 34) alertam para a ainda latente responsabilidade do Estado Democrático de Direito ante os novos fenômenos jurídico-contratuais:

[...] incumbe ao direito a tarefa de sistematizar a legislação hábil a conciliar a tutela ao consumidor-leigo com a liberdade de ordem econômica. [...] trata-se de funcionalizar os parâmetros negociais da Internet aos princípios constitucionais e ao CDC, de forma a edificar o contrato pós-moderno não apenas como o Roppiano conceito da “veste da atividade econômica” mas também como instrumento, por excelência, de distribuição de riquezas e proteção de valores existenciais.

Caso emblemático relacionado à utilização indevida de dados pessoais, e que bem ilustra a problemática daí resultante, é o recente escândalo envolvendo uma das maiores redes sociais da atualidade: o Facebook.

Conforme notícia jornalística veiculada pela BBC, informações relacionadas a mais de 50 milhões de pessoas foram utilizadas, sem consentimento, pela empresa americana Cambridge Analytica, para fazer propaganda política (G1, 2018).

Consta da reportagem, que a empresa teria tido acesso ao extenso volume de dados ao lançar um aplicativo de teste psicológico na rede social. Aqueles usuários do Facebook que participaram do teste acabaram por entregar à Cambridge Analytica não apenas suas informações pessoais, mas os dados referentes a todos os amigos do perfil. A Cambridge Analytica teria comprado acesso a informações pessoais de usuários do Facebook e utilizado esses dados para criar um sistema que permitiu prever e influenciar as escolhas dos eleitores nas urnas. Quer dizer, a empresa, de posse dos dados, traçou perfis de interesse e, com base nisso, passou a direcionar aos usuários postagens alinhadas aos seus interesses, de modo a influenciar na formação de sua opinião política.

A denúncia, feita pelos jornais The New York Times e The Guardian, levantou dúvidas sobre a transparência e o compromisso da empresa com a proteção de dados dos usuários e avivou a discussão acerca da proteção de dados pessoais na ambiência da Internet.

Conforme especulações a respeito da finalidade de utilização dos dados coletados, supostamente teriam sido usados pela consultoria Cambridge Analytica para afinar com perfis psicológicos as estratégias de atração de voto da campanha de Donald Trump, em 2016. No Reino Unido, o Facebook é investigado por conduta semelhante em favor do Brexit (EL PAÍS, 2018).

Além da óbvia questão de que muitos usuários não leem os longos termos e condições de uso e mal sabem que estão fornecendo suas informações pessoais para os desenvolvedores desses aplicativos, o grande problema foi que o aplicativo em questão também coletou informações dos amigos de Facebook das pessoas que fizeram o teste. Ou seja, se uma pessoa respondesse o *quiz*, estaria entregando informações privadas não apenas do seu perfil, mas de todos os seus amigos.

Após o escândalo, a questão atinente à proteção e dados pessoais nas redes passou a ocupar destaque na mídia internacional e, também, a preocupar governos e empresas em geral, conforme apontado por Willemin (2019). Para as empresas e governos, interessa saber quais legislações nacionais e estrangeiras devem ser observadas durante o tratamento de dados pessoais. Após a aprovação da mais recente legislação europeia, as discussões internacionais

sobre o tema tornaram-se pauta da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e, também, uma exigência de mercado. Não só isso: iniciou-se uma onda legislativa em que diversos países começaram a regulamentar sobre o tema.

Até então, preponderou no contexto da economia digital a autorregulação, para assegurar a liberdade de tratamento de dados pessoais inseridos na Internet, com isso deixando a proteção do usuário à margem do lucrativo mercado da informação no âmbito virtual (GEDIEL; CORRÊA, 2008). Conforme citados autores, ante a indiscutível capacidade da Internet em dinamizar o contexto social, fazendo com que algumas questões sejam repensadas frente aos novos desafios digitais, para além da autorregulamentação – até então recorrente no cenário brasileiro – exsurge a necessidade de uma efetiva proteção legal aos dados pessoais inseridos nesse meio, à medida que abarcam direitos fundamentais albergados constitucionalmente, como privacidade e intimidade.

Em idêntico sentido é a observação de Rodotá (2008), quando obtempera que há uma tendência voltada à autorregulamentação, por meio da qual as empresas atuantes no ramo adotam códigos privados, buscando, com isso, confiar a solução de eventuais conflitos a regras objetivas, e não a transações e automatismos do mercado. A par de representar uma reação espontânea do mercado, a autorregulamentação atua paralelamente com a edição, por parte do poder público, de normas sobre proteção de dados, o que tem ampliado extraordinariamente nos últimos anos o panorama dos instrumentos jurídicos disponíveis.

Visando suprir a lacuna legislativa acerca do tema em âmbito doméstico, editou-se a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei geral de proteção de dados. Estruturada em 10 capítulos, subdivididos em 65 artigos, a Lei dispõe sobre como os dados pessoais podem ser coletados e tratados no Brasil, especialmente, mas não exclusivamente no que diz respeito aos meios digitais.

Conforme se extrai de suas disposições preliminares, artigo 1º:

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018).

A disciplina da proteção de dados tem como fundamento, segundo Otoni de Paula (2018): a) o respeito à privacidade; b) a autodeterminação informativa; c) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; d) inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; e) o desenvolvimento econômico, tecnológico e a inovação; f) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e g) os direitos humanos, o livre

desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Na esteira dos princípios antes estudados acerca da disponibilidade dos direitos da personalidade, organizações públicas e privadas somente poderão coletar dados pessoais mediante consentimento informado do titular, ou seja, a solicitação deverá ser feita de maneira clara, de modo que o cidadão saiba exatamente o que será coletado, para quais fins e se haverá compartilhamento.

A legislação brasileira tem inegável inspiração no *General Data Protection Resolution*, que trata do tema no âmbito da União Europeia, e cujo objetivo é oferecer controle aos cidadãos sobre os seus dados pessoais e simplificar o ambiente regulatório para negócios internacionais (OTONI DE PAULA, 2018). Conforme apontado alhures, a proteção aos dados pessoais foi erigida a direito fundamental autônomo no âmbito da comunidade europeia, o que acarreta relevantes implicações quanto aos instrumentos de proteção, visto que deixam de se submeter à lógica do direito de propriedade.

No Brasil, a partir de agosto de 2020, a administração pública e pessoas jurídicas privadas estarão sujeitas à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o que exigirá diversas mudanças de gestão, infraestrutura e tecnologia das empresas. Em caso de descumprimento das diretrizes estabelecidas pela LGPD, há previsão de multa de até 50 milhões de reais, além de outras sanções, como o bloqueio de tratamento de dados. No caso de incidentes, pode-se também exigir a publicização da informação, o que pode causar diversos danos à imagem das instituições que não seguirem as novas regras (WILLEMIN, 2019).

Outrossim, por se tratar de práticas relacionadas a direitos da personalidade, não se pode descurar de sua proteção com base nos potenciais custos que as normas sobre proteção de dados podem gerar para a administração pública e para a iniciativa privada. As empresas já suportam custos inerentes à tutela de interesses gerais, relacionados à segurança dos trabalhadores, tutela dos consumidores ou integridade do meio ambiente. Não se pode estimar, nessa ordem de ideias, que os interesses ligados à proteção de dados sejam de ordem inferior (RODOTÁ, 2008).

Ante o que até aqui se expôs, buscar-se-á, em desfecho, analisar, à luz da dogmática jurídica relacionada à autonomia privada (notadamente a partir dos seus limites), em cotejo com as premissas fixadas a respeito da possibilidade de alienação dos direitos da personalidade e com base na normatização constitucional e infraconstitucional acerca da temática, aferir a validade/legitimidade da disposição de direitos da personalidade por meio de contratos eletrônicos, especialmente, aqueles consubstanciados em termos e condições de uso

disponibilizados em meio digital como condição de acesso a serviços oferecidos em ambiente virtual.

Os limites da autonomia privada (caracterizada como direito fundamental), em face de outros direitos fundamentais, principalmente, os direitos da personalidade, constituem o cerne do presente estudo, conforme apontado no prólogo. Na resolução dessa aparente perplexidade, trabalhar-se-á com as relações de **precedência** “*prima facie*” abordadas por Wilson Antonio Steinmetz, desenvolvidas a partir da teoria dos princípios de Alexy, e moldadas para a solução da colisão entre os atos da autonomia privada e os direitos fundamentais de igual envergadura.

6 AUTONOMIA PRIVADA E LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 AUTONOMIA PRIVADA E OS LIMITES À DISPOSIÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE INFORMACIONAL, DO TRADICIONAL DIREITO À PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS

O ordenamento jurídico pátrio, na esteira do direito comparado do segundo pós-guerra, atribuiu especial proteção aos direitos da personalidade, assim entendidos aqueles inerentes à condição humana e intimamente ligados à promoção da dignidade humana, pilar estruturante da sistemática de proteção dos direitos fundamentais, conforme amplamente demonstrado no decorrer do presente estudo.

Caracterizados – inclusive pela codificação civil – como inalienáveis e irrenunciáveis, os direitos da personalidade seriam, em tese, impassíveis de ingresso no tráfego jurídico. Tais características, como visto, culminam proteger o indivíduo de suas próprias escolhas, retirando de sua esfera de disponibilidade a reserva do mínimo necessário a uma vida digna. Vale dizer, a especial proteção atribuída aos direitos da personalidade, antes de representar restrição ao exercício da autonomia privada, busca garanti-la, à medida que o pleno exercício da liberdade individual somente se consuma se exercido em condições adequadas para tanto, ou seja, em observância à lei, à ordem pública, aos bons costumes, etc., bem ainda mediante a manifestação de vontade livre de pressões externas. Com efeito, é cediço que o indivíduo, em condições extremas (doença, miséria, medo, erro, etc.) pode acabar por fazer escolhas demasiadamente prejudiciais a si próprio, comprometedoras de sua inerente dignidade.

Idealizado e desenvolvido em momento histórico substancialmente diverso, o sistema de proteção dos direitos fundamentais é chamado a resolver questões jurídicas atuais, emergentes da consolidação da sociedade da informação, nomeadamente com a universalização da Internet e a formação da sociedade em rede.

Nesse contexto, intensificou-se o tráfego jurídico no meio digital, onde a falta de normatividade específica desvelou a potencialidade desse novo ambiente de malferir direitos da personalidade. A informação passou a representar atrativo insumo, com potencialidade imensurável de gerar riquezas e mesmo influenciar nas relações sociais de poder. Como é intuitivo, a informação que circula na rede normalmente diz respeito a aspectos privados do indivíduo, pelo que seu uso com fins econômicos merece especial cautela.

As preocupações quanto à proteção do indivíduo frente às tecnologias da informação não são exatamente novas, remontam ao final de década de 1970, encontrando referências nos estudos de Stefano Rodotá. Contudo, atualmente, notadamente com a massificação dessas tecnologias, a questão ganha realce nas pautas política e jurídica, consoante destacado alhures. Especificamente no que diz respeito à proteção dos dados pessoais, trata-se de questão relacionada às sociedades contemporâneas, nas quais a informação assume fundamental importância na política e na economia (GEDIEL; CORRÊA, 2008).

Apesar dos esforços empreendidos pela dogmática jurídica na busca de soluções para os novos carecimentos que decorrem das inovações tecnológicas, esse trabalho frequentemente se limita a um cansativo e infrutífero acompanhamento das novidades tecnológicas, como adverte Rodotá (2008), cuja velocidade cada vez maior inviabiliza o acompanhamento do sempre lento planejamento socioinstitucional. Com muita frequência se percebe a rápida obsolescência das soluções jurídicas que abarcam dados técnicos ou problemas específicos. O déficit de proteção a referidos direitos deve-se, outrossim, ao fato de se lhe aplicarem a lógica proprietária.

O direito à privacidade, de modo especial, sofre os influxos dessa nova realidade social, reconfigurando-se a partir do paradigma da sociedade informacional até se transmutar em um direito autônomo à proteção dos dados de interesse estritamente privado.

Em seu nascedouro, na virada da sociedade feudal para o Estado moderno, a privacidade emergiu como um direito eminentemente individualista. Na sociedade feudal os indivíduos eram todos ligados por uma complexa rede de relações que se refletiam na própria organização da vida cotidiana, de modo que o isolamento era privilégio de poucos. Essa possibilidade depois se estendeu a todos que dispusessem dos meios materiais para tanto, principalmente, com o advento da sociedade moderna e com a separação entre o lugar no qual se vive e o local de trabalho. Assim, a privacidade passa a representar uma possibilidade da classe burguesa, que consegue realizá-la, sobretudo, graças às transformações socioeconômicas relacionadas à Revolução Industrial (RODOTÁ, 2008).

Em um nível social e institucional, portanto, o nascimento da privacidade não se apresenta como a realização de uma exigência “natural” de cada indivíduo, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo. (RODOTÁ, 2008, p. 27).

Não é por acaso, pois, que seus instrumentos jurídicos de tutela foram predominantemente modelados com base no direito de propriedade, característico do direito burguês. Sua inserção em ordenamentos jurídicos de cunho eminentemente patrimonialistas fez

da privacidade uma prerrogativa reservada a estratos sociais bem determinados (DONEDA, 2006).

No contexto da sociedade moderna individualista, “a proteção da intimidade revelava-se na proibição e acesso a determinados dados e informações que se insiram na esfera privada da pessoa”, garantindo-se o direito de manter segredo sobre determinadas particularidades, como “relações familiares, orientação religiosa, política e sexual, proteção do domicílio, o sigilo telefônico e epistolar etc.” (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 143).

A privacidade continuou sendo um direito de certa forma “elitista” até meados da década de 1960, quando passou a sofrer influxos da mudança no relacionamento entre cidadão e Estado, com o advento do *welfare state*, bem como em razão do crescimento do fluxo de informações, como consequência do desenvolvimento tecnológico (DONEDA, 2006). Nesse momento histórico, a informação era captada e processada eminentemente pelo Estado, haja vista evidentes questões de ordem técnica e estrutural, que tornavam o uso de dados desinteressante para organismos privados.

O controle sobre a informação sempre foi um elemento essencial na definição de poderes dentro de uma sociedade. Não é por outro motivo que um forte controle sobre a informação é característica encontrada nos regimes totalitários. Mais do que permitir que as instituições públicas e privadas possam organizar programas de ação, as primeiras em termos de políticas públicas e as segundas em nível de mercado, a coleta e o tratamento de dados permitem o surgimento de novas concentrações de poder ou o fortalecimento de poderes já existentes (RODOTÁ, 2008).

A partir do desenvolvimento das tecnologias informacionais, em conjunto com algumas mudanças no tecido social, a captação e o tratamento de dados tornam-se interessantes aos entes privados, que passam a dispor de meios de transformá-los em uma utilidade com inúmeras potencialidades de uso. A importância da informação aumenta à medida que a tecnologia passa a fornecer os meios de transformá-la em utilidade, a um custo razoável. É nesse marco que o conceito de privacidade e informação pessoal passam se imbricar (DONEDA, 2006).

Com o desenvolvimento tecnológico, a complexidade das relações sociais exigiu uma nova concepção de intimidade, igualmente merecedora de tutela jurídica. Para isso, deve-se ter em mente a inevitabilidade do aumento do fluxo de dados pessoais em razão da interação global promovida pelas tecnologias da telecomunicação e da informática. Há dois efeitos perceptíveis nessa nova realidade: de um lado, flexibiliza-se a intimidade, com a ampliação das possibilidades de acesso a dados e informações de natureza pessoal; de outro, busca-se fortalecer a proteção da pessoa, atribuindo-lhe o controle não somente sobre o acesso de seus

dados pessoais, mas também no que se refere ao seu tratamento, à sua utilização e à sua circulação (GEDIEL; CORRÊA, 2008).

Na sociedade tecnológica contemporânea, dessa forma, a construção da esfera privada passou a ser compreendida pela possibilidade de o indivíduo controlar o acesso e o uso dos dados que constituem sua identidade pessoal e permitem o livre desenvolvimento de sua personalidade (tais como: opinião política, convicções religiosas, vida sexual, dados de saúde e dados genéticos). (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 143).

Nessa ordem de ideias, com o desenvolvimento tecnológico, especialmente das telecomunicações e da informática, o significado da privacidade é ampliado para abranger o controle de acesso e fluxos de dados pessoais (DONEDA, 2006). Nas últimas décadas a privacidade reuniu ao redor de si uma série de interesses, o que modificou substancialmente seu perfil. Em consonância com a lição de Rodotá (2008), o direito à privacidade não mais se estrutura em torno do eixo “pessoa-informação-segredo”, no paradigma do direito de ser deixado só, mas sim no eixo “pessoa-informação-controle”.

A proteção da privacidade na sociedade da informação, tomada na sua forma de proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos antes não imaginados e nos induz a pensá-la como um elemento que, antes de garantir o isolamento ou a tranquilidade, “serve a proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade.” (DONEDA, 2006, p. 14).

Em síntese, mais do que preservar o segredo sobre os dados pessoais, o problema que se desvela diz respeito a como assegurar o controle do fluxo dessas informações. O problema, em verdade, não se coloca em termos de “regulação, sim ou não”. A verdadeira questão diz respeito à possibilidade de atribuir um valor orientador, para o futuro, a categorias e conceitos que, como o dos contratantes hipossuficientes ou da privacidade, foram elaborados em um momento histórico em que a informação ainda não era considerada como um recurso de relevância central (RODOTÁ, 2008). Estamos, portanto, “diante da necessidade de estabelecer qual deve ser o quadro de princípios fundamentais ao qual faremos referência na situação transformada.” (RODOTÁ, 2008, p. 58).

Para individuar o núcleo comum na atual disciplina jurídica de proteção de dados, dois textos de relevância internacional são comumente utilizados: a Convenção do Conselho da Europa, de 28 de janeiro de 1981, para proteção das pessoas quanto à coleta automática de dados de caráter pessoal, e a Recomendação da OCDE, de 23 de setembro de 1980, que contém diretrizes relativas à proteção da vida privada e à circulação transnacional dos dados de caráter

peçoal. Conforme Rodotá (2008, p. 59-60), diversos princípios se deduzem a partir dos pontos em comum dessas duas teses:

1. *Princípio da correção* na coleta e no tratamento das informações;
2. *Princípio da exatidão* dos dados coletados, acompanhado pela obrigação de sua atualização;
3. *Princípio da finalidade* da coleta de dados, que deve poder ser conhecida antes que ocorra a coleta e que especifique na relação entre dados colhidos e a finalidade perseguida (*princípio da pertinência*); na relação entre a finalidade da coleta e a utilização dos dados (*princípio da utilização não abusiva*); na eliminação, ou na transformação em dados anônimos das informações que não são mais necessárias (*princípio do direito ao esquecimento*);
4. *Princípio da publicidade* dos bancos de dados que tratam de informações pessoais, sobre os quais deve existir um registro público;
5. *Princípio do acesso individual*, com a finalidade de conhecer quais são as informações coletadas sobre si próprio, obter sua cópia, obter correção daquelas erradas, a integração daquelas incompletas, a eliminação daquelas coletadas ilegitimamente;
6. *Princípio da segurança* física e lógica da coletânea dos dados.

Ao princípio da exatidão, que denominam *princípio da qualidade*, Gediel e Corrêa (2008) acrescentam o dever de observância da legalidade e da lealdade, ou boa-fé, além da adequação ao fim que se destinam. Por fim, referido princípio implica o direito de exatidão dos dados, o que assegura ao titular a possibilidade de retificação, apagamento ou mesmo bloqueio de seu uso.

Não por acaso, os princípios informativos da proteção de dados se amoldam àqueles que norteiam o tratamento jurídico dispensado aos direitos da personalidade. Mesmo porque os dados pessoais, a imagem das pessoas, sua voz, seus hábitos, suas produções intelectuais, etc., inegavelmente integram o universo dos direitos da personalidade.

Como visto, os dados que alimentam o conteúdo informacional privado que circula nas redes são fornecidos, ordinariamente, pelos próprios usuários. Ao acessar serviços na Web, desde redes sociais até aplicativos dos mais variados gêneros, o usuário é compelido a identificar-se por meio de cadastro eletrônico, com inserção de informações de caráter eminentemente privado. Concomitantemente, autorizações são fornecidas para que referidas

informações possam ser utilizadas de forma ampla. Com base nos dados fornecidos e no comportamento do usuário na rede, as empresas traçam perfis de interesse e passam a fazer uso, ou mesmo comercializar, esses bancos de dados.

O potencial do uso de dados cresceu muito com a difusão dos sistemas de tratamento de informações e com o desenvolvimento das tecnologias interativas. A partir delas, o coletor das informações passou a ser cada vez mais o próprio fornecedor direto de um serviço, porquanto “as novas mídias são também (ou sobretudo) canais para fornecimento de bens ou serviços, com base em uma troca cada vez mais consistente de informações.” (RODOTÁ, 2008, p. 46).

Como dito alhures, as informações fornecidas pelas pessoas para que possam acessar determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos diversos daqueles aos quais eram inicialmente destinadas, com relevante potencial de lucro para seus gestores. A partir das informações obtidas como requisito à prestação do serviço, podem criar informações novas, como perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas, perfis de interesse em assuntos políticos, etc., as quais podem interessar a outras corporações, a quem podem ser vendidas (RODOTÁ, 2008).

Basta observar os termos das chamadas “políticas de privacidade” de alguns *sites* e provedores de Internet, para vislumbrar o modo de funcionamento desse mecanismo. Conforme se extrai do regulamento da Política Privacidade do Google, por exemplo, especificamente em relação ao tratamento dos dados fornecidos, tem-se o seguinte:

Coletamos informações para fornecer serviços melhores a todos os nossos usuários, o que inclui descobrir coisas básicas, como o idioma que você fala, até coisas mais complexas, como anúncios que você pode considerar mais úteis, as pessoas on-line que são mais importantes para você ou os vídeos do YouTube de que você poderá gostar. As informações coletadas pelo Google e como essas informações são usadas dependem de como você usa nossos serviços e de como gerencia os controles de privacidade. (GOOGLE, 2019b).

Foi o próprio tratamento de dados a demonstrar que nenhuma informação tem valor por si mesma, senão em razão do contexto no qual está inserida, ou pelas finalidades para as quais é utilizada, ou pelas outras informações às quais tem sido associada. Assim, as regras sobre circulação de dados tendem a ser cada vez mais orientadas para a consideração de contextos, funções, associações (RODOTÁ, 2008).

Nesse panorama, a proteção da privacidade, calcada na autonomia e na confidencialidade dos dados, esvanece diante da boa vontade dos indivíduos em fornecer seus próprios dados pessoais, movidos que são pelo desejo de inserção no mundo tecnológico (GEDIEL; CORRÊA, 2008).

A partir do tratamento dado à temática da proteção de dados, a atenção volta a se dirigir para o consentimento do interessado como fonte de obrigações e autorização para utilização de dados pessoais. Contudo, também nessa temática ocorreram evoluções significativas à medida que, abandonando a técnica do consentimento implícito, ocupou o centro das atenções, com especificações cada vez mais analíticas, o consentimento informado. A esse respeito, Rodotá (2008) assinala que a disciplina do consentimento informado (*informed consent*) se exprime também em regras sobre a circulação de informações, visto que se manifesta em uma série de disposições que prescrevem quais devam ser as informações fornecidas ao interessado para que seu consentimento seja validamente expresso.

Rodotá (2008) obtempera que essa renovada preferência pelo consentimento decorre também das dificuldades, ou desconfianças, relacionadas à possibilidade de se estabelecer um completo sistema de autorizações e proibições por via legislativa. O consentimento, portanto, surge como um caminho alternativo entre *regulation* e *deregulation* (RODOTÁ, 2008, p. 76).

A esta opção, o autor (2008) tece as mesmas críticas relacionadas ao funcionamento do mercado, notadamente, quanto à incompatibilidade da aplicação da lógica proprietária a questões que abrangem direitos da personalidade. A essas, acresce como limitação dessa opção seu caráter unidimensional, no sentido de que a disciplina da circulação de informações pessoais tem sido considerada unicamente em sua dimensão proprietária, tratando-se tais informações como propriedade exclusiva do interessado, que poderia, nessa condição, negociar livremente sua cessão. Olvida-se, assim, a dimensão ligada às consequências sociais e ao próprio interessado, da circulação e determinadas categorias de informações pessoais e de informações coletadas para finalidades específicas. Problema esse que não pode ser enfrentado sob a ótica puramente proprietária (RODOTÁ, 2008).

Ademais, todos os argumentos historicamente utilizados para criticar a liberdade do consentimento são aplicáveis à nova realidade da sociedade informacional, porquanto não se pode negar a existência de contextos com condicionamentos tais que excluam uma real possibilidade de escolha. No caso específico dos dados pessoais, o condicionamento deriva do fato de que a possibilidade de usufruir determinados serviços, essenciais ou importantes, depende não somente do fornecimento de determinadas informações por parte do usuário do serviço, mas também do fato de que as informações podem ser posteriormente submetidas a outras elaborações (RODOTÁ, 2008).

Este é o caso de todos os serviços obtidos através das novas mídias interativas, cujos gestores, por evidentes razões de ordem econômica, estão prontos a exercer forte pressão sobre usuários para que estes autorizem a elaboração (e a eventual transmissão

a terceiros) de “perfis” pessoais ou familiares baseados nas informações coletadas por ocasião do fornecimento dos serviços. (RODOTÁ, 2008, p. 76).

Aparentemente, as informações fornecidas seriam destinadas unicamente em favor do próprio usuário, dentro de suas áreas de interesse, mapeadas a partir das informações inicialmente fornecidas, bem como do seu comportamento na rede. Mas, ao mesmo tempo, a empresa fornecedora do serviço dispõe de um banco de dados com valor agregado altíssimo. Não se pode desenvolver, nessa temática, uma análise centrada no aspecto das vantagens e desvantagens inerentes ao uso mercadológico das informações, em seu custo benefício. A discussão que se abre é quanto à possibilidade de restringir direitos da personalidade a partir de uma lógica proprietária.

Pode-se acrescentar, de modo mais geral, que o usuário de serviços informáticos e telemáticos se encontra em tal situação de disparidade de poder em relação aos fornecedores de tais serviços que, a rigor, não se pode falar em consentimento livre e manifestado para transações referentes ao fornecimento de dados pessoais (RODOTÁ, 2008).

Conforme Edelman (apud GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 152):

De um lado, o indivíduo moderno convoca os direitos fundamentais, de outro, ele está pronto a lhes abandonar para garantir sua segurança. A imagem do homem digitalizado está de um homem aterrorizado, que enxerga na técnica sua saúde. Pelo que, ele se transforma a si mesmo em objeto técnico.

Essa “esquizofrenia”, segundo Gediel e Corrêa (2008), revela mais do que uma mera contradição do sistema jurídico, uma vez que apresenta indícios de algumas características de uma nova cultura:

O homem digitalizado, desse ponto de vista, seria uma tentativa desesperada de sair da aflição moderna, que podemos caracterizar triplamente: de início, o terror de um mundo ameaçador, que fervilha de inimigos e que é preciso, a todo preço, identificar: a segurança se torna, então, a palavra-mestre na luta contra o estrangeiro. Em seguida, o terror tecnológico, isto é, o medo de ser excluído de um universo que fervilha inumeráveis serviços eletrônicos, que criam suas próprias barreiras; para penetrá-las é preciso se conformar a esse universo, falar sua língua, isto é, se digitalizar. Enfim, conformar-se ao universo tecnológico é tornar-se tanto anônimo, tanto desprovido de alma e de espírito quanto este universo. (EDELMAN apud GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 152).

É nesse sentido que afirma Castells (2007, p. 439): “[...] ao contrário da televisão, os consumidores da Internet também são produtores, pois fornecem conteúdo e dão forma à teia.”

Uma coisa é certa, salvaguardas ao direito de proteção de dados não podem ser baseadas em princípios que consideram o indivíduo somente como proprietário dos dados a seu respeito. Isso porque o direito à proteção de dados tem a ver com a proteção dos direitos da

personalidade, incompatível com a lógica da propriedade. Disso resulta que certas categorias de dados, notadamente os de natureza médica e genética, não podem ser utilizadas para fins negociais (RODOTÁ, 2008).

O novo panorama da sociedade informacional, especialmente em relação ao uso de computadores no tratamento das informações pessoais, torna cada vez mais difícil considerar o cidadão como um “simples fornecedor de dados”, sem que a ele caiba algum poder de controle (RODOTÁ, 2008, p. 36). Segundo o autor, a obrigação de fornecer dados não pode ser simplesmente considerada como contrapartida dos benefícios que, direta ou indiretamente, o indivíduo venha a auferir quando da utilização de determinado serviço (RODOTÁ, 2008).

Questiona-se, nesse passo, se os “termos e condições de uso”, “políticas de privacidade”, ou outro termo semelhante que se atribua às disposições contratuais a que necessariamente o usuário tem que aderir para ter acesso aos serviços da rede, ostentam os requisitos mínimos necessários à sua validade, bem como se se mostram aptos a limitar/flexibilizar direitos da personalidade do aderente.

Para tanto, faz-se necessária a análise de referidos regulamentos, para que se possa, ao final, em cotejo com a teórica relativa aos direitos da personalidade e em consonância com os novos carecimentos decorrentes da consolidação da sociedade da informação, apresentar uma resposta adequada ao regime dos direitos fundamentais, ainda que não definitiva, acerca da problemática proposta.

A título de sistematização, os regulamentos serão analisados separadamente, conforme abarquem serviços de caráter eminentemente existenciais (redes sociais, por exemplo) ou de conteúdo preponderantemente negocial (*sites* de vendas, e.g.). Isso porque tal circunstância se mostra relevante para a solução de eventuais conflitos entre a autonomia privada e os direitos fundamentais. Outrossim, a análise se centrará nos aspectos relacionados à coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento dos dados pessoais.

6.2 PLATAFORMAS EM QUE PREPONDERA O CONTEÚDO PATRIMONIAL

No contexto da sociedade informacional o comércio eletrônico se popularizou rapidamente e continua em crescente expansão, como visto. Cada vez mais os indivíduos adquirem os mais diversos artigos de uso cotidiano por meio de *sites* de vendas na Internet, sem necessitar abrir mão do conforto do lar.

Referidos negócios são celebrados diuturnamente, por meio de contratos criados e concretizados em meio eletrônico, dotados de características próprias, adaptados que são à nova realidade da sociedade informacional, como visto nos tópicos pregressos.

Viu-se que o regramento a ser observado nos contratos celebrados por meio eletrônico pode ser extraído em grande parte da dogmática desenvolvida acerca da teoria clássica do negócio jurídico, sem prejuízo da necessária adaptação de suas categorias à nova realidade que se apresenta. Notadamente, a irradiação dos direitos fundamentais às relações privadas transformou o direito privado e a teoria do negócio jurídico, impondo a reconfiguração de conceitos clássicos.

Nesse cenário, urge analisar se os termos e condições de utilização dos referidos *sites* de comércio eletrônico são consonantes com os direitos fundamentais e com os princípios regentes do direito privado, bem como se podem/devem prevalecer – posto que a eles o usuário adere no exercício da também fundamental autonomia privada – quando em conflito com os direitos da personalidade.

Com efeito, diversamente do que ocorre com as redes sociais (analisadas na sequência), onde as relações interpessoais são prevalecentes, os *sites* de comércio eletrônico abarcam relações estritamente patrimoniais. Tal circunstância não afasta, entretanto, a necessidade de observância dos direitos fundamentais, haja vista a premissa já fixada de que irradiam seus efeitos, de forma direta e imediata, às relações entre particulares.

Analisa-se, a seguir, os termos de uso dos principais *sites* de comércio eletrônico disponíveis na web. O critério de escolha é puramente objetivo, considerado o número de usuários e o volume de negócios realizados.

Uma das primeiras companhias a vender produtos na Internet, a **Amazon.com.br** é operada pela Amazon Serviços de Varejo do Brasil Ltda., uma afiliada da Amazon.com. A Amazon é uma empresa transnacional de comércio eletrônico, com base em Seattle e que integra a lista de empresas Fortune 500.

Conforme reportagem do *site* especializado Canaltech (2018), a Amazon foi criada por Jeff Bezos, em 1994, quando a Internet ainda não havia se popularizado. Prevendo os avanços que poderiam acontecer na rede, o executivo resolveu criar um novo modelo de negócio: vendas e distribuição *on-line* de livros.

A Amazon chegou ao Brasil em 2012, quando vendia apenas livros eletrônicos. Em 2014, a empresa expandiu seus negócios em solo brasileiro, adicionando a venda de livros físicos. Mas foi somente em 2017 que a Amazon deixou de comercializar exclusivamente livros e ampliou os negócios.

Atualmente a Amazon comercializa produtos diversos, incluindo brinquedos, eletrônicos, vestuários e acessórios. Além disso, a gigante do varejo *on-line* oferece serviços, como a Amazon Web Services (serviços de armazenamento em nuvem), Amazon Prime (*streaming*) e Alexa (assistente virtual).

Em relatório divulgado aos acionistas no ano de 2018 (WAKKA, 2018), a empresa afirma que bateu a marca dos 100 milhões de usuários pagantes Prime, serviço por assinatura que oferece uma série de benefícios a quem compra na loja da empresa. Ainda, divulgou-se que, globalmente, foram enviados mais de 5 bilhões de itens em um ano pela loja da Amazon, o que permite vislumbrar a representatividade e o impacto em termos objetivos da empresa nesse segmento.

Em seus termos de uso, a Amazon utiliza sistemática comum à maioria dos serviços prestados pela Internet, estabelecendo uma presunção de concordância do usuário com as políticas da empresa pelo simples fato de acessar o serviço. Conforme advertido já no preâmbulo “Ao utilizar os Serviços Amazon, você concorda com estas condições. Por favor, leia tudo cuidadosamente. Caso não concorde com estas condições, não utilize os Serviços Amazon.” (AMAZON, 2019a).

Além da aceitação tácita, ao acessar os serviços o usuário fica sujeito às alterações unilaterais dos termos de uso aos quais tacitamente aderiu, conforme disposição acerca das políticas de modificação dos termos de uso:

Favor analisar nossas demais políticas. Essas políticas também regem seu uso dos Serviços Amazon. Reservamo-nos o direito de fazer mudanças em nosso site, nas políticas, Termos de Serviço e nestas Condições de Uso a qualquer momento. Se você não concordar com as mudanças, você não deverá acessar ou utilizar os Serviços Amazon ofertados por meio do site Amazon.com.br. Se qualquer dessas condições for considerada inválida, nula ou por qualquer motivo inexecutável, essa condição será considerada uma cláusula separada e independente e não afetará a validade e exequibilidade de qualquer condição remanescente. (AMAZON, 2019a).

Especificamente em relação às informações do usuário, tema ínsito aos direitos à personalidade e, por isso, de especial interesse à investigação aqui proposta, dispõe o regulamento específico acerca das políticas de privacidade:

A Amazon.com.br sabe que você se preocupa com a forma com que suas informações são utilizadas e compartilhadas, e agradecemos sua confiança de que cuidaremos delas com cuidado e de forma sensata. Esta notificação descreve nossa política de privacidade. **Ao visitar a Amazon.com.br você aceita as práticas descritas nesta Notificação de Privacidade.** (AMAZON, 2019b, grifo do autor).

Com a finalidade anunciada de “personalizar e melhorar continuamente” os serviços prestados, a Amazon utiliza informações relacionadas aos usuários para fins diversos do que

aqueles estritamente relacionados ao acesso aos serviços. As fontes de captação vão desde aquelas fornecidas pelo próprio usuário, até a busca e compartilhamento com bancos de dados externos. A esse respeito, dispõe o regulamento:

- Informações que você nos fornece: Recebemos e armazenamos quaisquer informações que você coloca em nosso site ou nos fornece de qualquer outra forma. Veja abaixo exemplos do que coletamos. Você pode escolher não fornecer determinadas informações, mas então poderá não tirar vantagem de muitas de nossas funções. Utilizamos as informações que você nos fornece para fins de, por exemplo, responder suas solicitações, personalizar suas futuras compras, melhorar nossas lojas e nos comunicar com você.
- Informações automáticas: Recebemos e armazenamos determinados tipos de informações sempre que você interage conosco. Por exemplo, como muitos sites, utilizamos "cookies" e obtemos determinados tipos de informações quando seu navegador acessa o Amazon.com.br ou anúncios e outro conteúdo fornecidos por ou em nome da Amazon.com.br em outros sites. Veja abaixo exemplos das informações que recebemos.
- Celular: Quando você baixa ou utiliza aplicativos criados pela Amazon ou nossas afiliadas, podemos receber informações sobre sua localização e seu dispositivo móvel, inclusive um identificador único para o seu dispositivo. Podemos utilizar essas informações para fornecer serviços de localização, como, por exemplo, anúncios, resultados de buscas e outro conteúdo personalizado. A maioria dos dispositivos móveis permite que você desligue os serviços de localização.
- Comunicações por e-mail: Para nos ajudar a tornar os e-mails mais úteis e interessantes geralmente recebemos uma confirmação quando você abre um e-mail da Amazon.com.br, caso seu computador suporte essas capacidades. Também comparamos nossa lista de clientes com as listas recebidas de outras empresas em um esforço para evitar envio de mensagens desnecessárias para nossos clientes. Se não quiser receber e-mail ou outro correio de nossa parte, favor ajustar suas Preferências e notificações de e-mail em Sua conta.
- Informações de outras fontes: Podemos receber informações sobre você de outras fontes e adicioná-las em nossas informações de conta. Veja abaixo exemplos das informações que recebemos. (AMAZON, 2019b).

No que diz respeito às informações fornecidas pelo próprio usuário, o regulamento analisado contém exemplificação de quais são e de como são coletadas, conforme segue:

Você fornece a maioria das informações quando busca, compra, posta, participa de um concurso ou questionário ou quando se comunica com o serviço ao cliente. Por exemplo, você fornece informações quando busca um produto; faz um pedido na Amazon.com.br; fornece informações em Sua conta (e poderá ter mais de uma se tiver utilizado mais de um endereço de e-mail ao comprar conosco); se comunica conosco por telefone, e-mail ou de outro modo; responde a um questionário ou preenche um formulário para participar de um concurso; utiliza nossos serviços; faz avaliações e classificações. Como resultado dessas medidas, você poderá nos fornecer informações como seu nome, endereço e números de telefone; informações sobre cartão de crédito; pessoas a quem compras foram entregues, inclusive endereços e números de telefone; pessoas (com endereços e números de telefone) listadas nas configurações para compras com apenas um clique; endereços de e-mail de seus amigos e outras pessoas; conteúdo de avaliações e e-mails que nos foram enviados. (AMAZON, 2019b).

Acerca das informações captadas de forma automática, a partir da utilização do serviço, dispõe:

Exemplos das informações que coletamos e analisamos incluem o endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado para conectar seu computador à Internet; log in; endereço de e-mail; senha; informações sobre computador e conexão, como tipo de navegador, versão e fuso horário, tipos e versão de plug-in de navegador, sistema operacional e plataforma; histórico de compras, que por vezes inclui informações similares de outros clientes para criar funções, como Mais Vendidos; a totalidade do clickstream da Uniform Resource Locator (URL) para, através e a partir do nosso site, inclusive data e horário; número do cookie; produtos que você visualizou ou buscou; e o número de telefone que utilizou para ligar para nosso número 0800. Podemos também utilizar dados de navegador, como cookies, cookies em Flash (também conhecidos como Flash Local Shared Objects), ou dados similares em determinadas partes do nosso site para prevenir fraude e para outras finalidades. Durante algumas visitas podemos utilizar ferramentas de software, como JavaScript, medir e coletar informações de sessão, inclusive tempos de resposta das páginas, erros de download, duração das visitas a determinadas páginas, informações de interação com as páginas (tais como rolagem, cliques e movimentos de mouse), bem como métodos utilizados para sair da página. Também coletamos informações técnicas que nos ajudam a identificar seu dispositivo para prevenção de fraude e para fins de diagnóstico. (AMAZON, 2019b).

O modo de utilização das informações dos usuários, bem como a possibilidade de seu compartilhamento, mereceu regramento específico no regulamento analisado. A esse respeito, os termos são demasiado abrangentes, prevendo inúmeras hipóteses de destinação:

Informações sobre nossos clientes é uma parte importante do nosso negócio, e nosso negócio não se trata de vender essas informações a terceiros. Compartilhamos as informações somente conforme descrito abaixo e com nossa matriz, a Amazon.com, Inc., e as subsidiárias que ela controla.

Negócios afiliados que não controlamos: Trabalhamos estreitamente com negócios afiliados. Em alguns casos, esses negócios podem operar lojas na Amazon.com.br ou vender ofertas a você na Amazon.com.br. Em outros casos, operamos lojas, prestamos serviços ou vendemos linhas de produtos em conjunto com esses negócios. Você pode dizer quando um terceiro estiver envolvido em suas transações, então compartilhamos as informações do cliente relativas a essas transações com terceiros.

Prestadores de serviço terceiros: Empregamos outras empresas e pessoas para realizar funções em nosso nome. Exemplos incluem cumprimento de pedidos, entrega de pacotes, envio de correio postal e e-mail, análise de dados, assistência de marketing, resultados de busca e links (inclusive listas e links pagos), processamento de pagamentos com cartão de crédito e assistência a clientes. Eles têm acesso às informações pessoais necessárias para realizar suas funções, mas não podem utilizá-las para outras finalidades.

Ofertas promocionais: Por vezes enviamos ofertas a grupos selecionados de clientes da Amazon.com.br em nome de outras empresas. Quando fazemos isso, não fornecemos seu nome e endereço a essa empresa. Se desejar não receber essas ofertas, favor ajustar suas Preferências e notificações de e-mail em Sua conta.

Transferência de negócios: Como estamos sempre desenvolvendo nosso negócio, podemos vender ou comprar lojas, subsidiárias ou unidades de negócios. Nessas transações, as informações dos clientes são geralmente um dos ativos comerciais transferidos, mas ficam sempre sujeitas às promessas feitas em qualquer Notificação de Privacidade feita (a menos, evidentemente, que o cliente autorize de outro modo). Além disso, caso a Amazon.com.br, Inc. ou substancialmente a totalidade dos seus ativos sejam adquiridos, as informações do cliente serão evidentemente um dos ativos transferidos.

Proteção da Amazon.com.br e terceiros: Liberamos informações pessoais e sobre contas quando acreditamos que a liberação é apropriada para cumprimento da lei; executar ou aplicar nossas Condições de Uso e outros acordos; ou proteger os direitos,

propriedade ou segurança da Amazon.com.br, ou usuários, ou terceiros. Isso inclui troca de informações com outras empresas e organizações para proteção de fraude e redução de riscos de crédito. Obviamente, contudo, isso não inclui a venda, aluguel, compartilhamento ou de outro modo divulgação de informações pessoais de clientes para fins comerciais em violação dos compromissos estipulados nesta Notificação de Privacidade. (AMAZON, 2019b).

A abrangência das autorizações concedidas contrasta com a forma de aderência aos seus termos, que, como dito, efetiva-se pelo simples acesso ao serviço, independentemente da aferição acerca da validade do consentimento. Conceitos caros aos direitos da personalidade, tais como consentimento informado, autorização expressa e inequívoca, delimitação temporal e de conteúdo, finalidade específica, entre outros relacionados à validade da restrição dos referidos direitos não são identificados nos termos de uso e política de privacidade analisado.

Além da duvidosa conformidade dos termos de utilização com os direitos de personalidade do usuário, a Amazon se reserva o direito de alterar suas políticas de privacidade a qualquer tempo, carregando ao usuário o ônus de, não concordando com o novo regramento, abster-se de utilizar os serviços, sob pena de aceitação irrestrita:

Nosso negócio muda constantemente, e nossa Notificação de Privacidade e as Condições de Uso também mudarão. Podemos enviar por e-mail lembretes periódicos sobre nossas notificações e condições, mas você deve checar nosso site frequentemente para ver as mudanças recentes. Caso não concorde com as notificações e condições revisadas, você não deverá acessar ou utilizar os serviços ofertados pelo site Amazon.com.br. (AMAZON, 2019b).

Posto que os diversos regulamentos dispõem de forma semelhante seus termos de uso e políticas de privacidade, a análise de sua higidez à luz da dogmática relacionada aos direitos da personalidade será empreendida ao final da fase expositiva dos regulamentos das principais empresas atuantes no ramo.

Com sistemática diversa, o *site Mercado Livre* não é fornecedor de quaisquer produtos ou serviços anunciados por ele. O Mercado Livre presta um serviço consistente na oferta de uma plataforma na Internet que fornece espaço para que Usuários anunciantes/potenciais vendedores anunciem, oferecendo à venda os seus próprios produtos e serviços para que eventuais interessados na compra dos itens, os Usuários/potenciais compradores, possam negociar direta e exclusivamente entre si (MERCADO LIVRE, 2019b). O *site* cria, portanto, um ambiente virtual onde qualquer pessoa pode vender e comprar produtos.

Assim como ocorre com a quase totalidade dos serviços prestados na web, o *site* em questão dispõe de um regulamento próprio, no qual estabelece seus termos de condições de uso, além de disposições específicas a respeito das informações fornecidas pelos usuários. A

preocupação com a política de utilização das informações fornecidas pelos usuários transparece já no preâmbulo do seu regulamento geral:

Para utilizar os serviços do Mercado Livre o Usuário deve aceitar, expressamente, a Política de Privacidade e Confidencialidade da Informação, que contém informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção dos dados pessoais dos Usuários e visitantes do Mercado Livre. O Usuário deverá efetuar um cadastro único, criando um apelido e senha que são pessoais e intransferíveis. O Mercado Livre não se responsabiliza pelo uso inadequado e divulgação destes dados para terceiros. O Mercado Livre, nem quaisquer de seus empregados ou prepostos solicitará, por qualquer meio, físico ou eletrônico, que seja informada sua senha. (MERCADO LIVRE, 2019b).

Mais do que aceitar os termos de uso do Mercado Livre, o usuário, ao acessar o serviço, declara conhecer e aceitar os termos de utilização de outros *sites* parceiros, cujos regulamentos devem ser acessados em *sites* diversos, por iniciativa do próprio usuário:

Ao se cadastrar no Mercado Livre, o Usuário poderá utilizar todos os serviços disponibilizados pelas empresas do grupo (incluindo o Mercado Pago, MercadoAds, Mercado Shops e Mercado Envios), declarando, para tanto, ter lido, compreendido e aceitado os respectivos Termos e Condições de uso de cada um destes serviços que passam a fazer parte integrante destes Termos e condições gerais quando concluído o cadastro. (MERCADO LIVRE, 2019b).

A considerar que se trata de um *site* por meio do qual as pessoas fazem negócios e, por consequência, fornecem dados pessoais e bancários, evidencia-se a potencialidade à lesão de direitos da personalidade.

Para que possa ter acesso aos serviços do *site* em questão, o usuário deve, necessariamente, preencher um cadastro, do qual constam dados pessoais detalhados, e ao qual se obriga a manter atualizado, nos termos das políticas de privacidade:

Apenas será confirmado o cadastramento do Usuário que preencher todos os campos obrigatórios do cadastro, com informações exatas, precisas e verdadeiras. O Usuário declara e assume o compromisso de atualizar os dados inseridos em seu cadastro (“Dados Pessoais”) sempre que for necessário. (MERCADO LIVRE, 2019a).

Acerca do uso e compartilhamento das informações coletadas de usuários, prevê o regulamento:

Toda informação ou Dado Pessoal do Usuário é armazenado em servidores ou meios magnéticos de alta segurança. Salvo com relação às informações que são publicadas nos Sites, o Mercado Livre adotará todas as medidas possíveis para manter a confidencialidade e a segurança das informações sigilosas, porém não se responsabilizará por eventuais prejuízos que sejam decorrentes da divulgação de tais informações por parte de terceiros que utilizem as redes públicas ou a Internet, subvertendo os sistemas de segurança para acessar as informações de Usuários.
O Usuário expressamente autoriza que suas informações e dados pessoais sejam compartilhados pelo Mercado Livre com as demais empresas integrantes do

grupo econômico, parceiros comerciais, membros do Programa de Proteção à Propriedade Intelectual, autoridades e pessoas físicas ou jurídicas que aleguem ter sido lesadas por Usuários. (MERCADO LIVRE, 2019b, grifo do autor).

Além da ampla possibilidade de compartilhamento entre empresas componentes do grupo econômico, o Mercado Livre se reserva o direito de, em situações especiais, compartilhar ou fornecer os dados mesmo a terceiros estranhos à relação negocial, *in verbis*:

O Mercado Livre, pela natureza dos serviços prestados, poderá acessar, coletar, armazenar e, em alguns casos, revelar informações de seus usuários e visitantes relativas aos dados cadastrais e registros de acesso aos seus Sites, para terceiros, tais como, não se limitando a, empresas integrantes de seu grupo econômico, fornecedores, parceiros comerciais, membros do Programa de Proteção à Propriedade Intelectual, autoridades e pessoas físicas ou jurídicas que aleguem ter sido lesadas por usuários cadastrados. (MERCADO LIVRE, 2019a).

No que se refere à forma de coleta dos dados, há disposição acerca do modo automático de tratamento das informações, com autorizações que se estendem além daquelas fornecidas pelo usuário quando do cadastramento:

O Mercado Livre coleta e armazena automaticamente algumas informações sobre a atividade dos Usuários cadastrados e visitantes de seu site. Tal informação pode incluir a URL de onde eles provêm (seja ela do próprio Mercado Livre ou não), a que URL acessaram em seguida (seja ela do próprio Mercado Livre ou não), o navegador que utilizam e seus IPs de acesso, as páginas visitadas, as buscas realizadas, os anúncios, compras ou vendas, qualificações e réplicas inseridas, mensagens nos fóruns, endereços físicos ou eletrônicos, dentre outras que poderão ser armazenadas e retidas. (MERCADO LIVRE, 2019a).

O regulamento prevê, inclusive, a possibilidade de extração de dados de contatos dos dispositivos utilizados para acesso aos serviços, atribuindo ao usuário a responsabilidade pelo seu compartilhamento:

O Mercado Livre acessa as listas de contatos dos dispositivos móveis utilizados pelos usuários para fornecer seus serviços. Essa informação somente será utilizada para localizar e marcar números de telefones celulares e/ou endereços de e-mails de potenciais usuários. Por sua vez, os usuários reconhecem que têm autorização para compartilhar tais informações com o Mercado Livre. Sobre os potenciais usuários, o Mercado Livre não armazenará nomes, endereços, dados bancários, números de RG, CPF ou outra informação que permita identificar uma pessoa. Somente armazenará números de telefones celulares e endereços de e-mails.

O usuário, ao cadastrar-se no Mercado Livre, está ciente e concorda expressamente que o Mercado Livre poderá intermediar e armazenar as trocas de mensagens eletrônicas entre os usuários dentro da comunidade com o objetivo principal de proporcionar a segurança nas relações e comunicações da comunidade. (MERCADO LIVRE, 2019b, grifo do autor).

As informações coletadas dos usuários e de terceiros, por sua vez, são armazenadas em um servidor fora do território brasileiro, desvelando a dificuldade de controle e acesso aos dados pessoais em posse do Mercado Livre, conforme previsão contratual:

Todos os dados pessoais dos usuários serão armazenados em um arquivo automatizado de dados pessoais, localizado nos EUA. O Usuário, ao cadastrar-se no Mercado Livre, confirma que está informado da localização deste arquivo e autoriza esta transferência internacional de seus dados. (MERCADO LIVRE, 2019b).

Por fim, no que interessa à análise proposta, o regulamento prevê a possibilidade de alterar, a qualquer tempo, as condições de uso e políticas de privacidade, impondo ao usuário o ônus de objetar-se aos novos termos, sob pena de concordância tácita:

O Mercado Livre poderá alterar, a qualquer tempo, estes Termos e condições gerais, visando seu aprimoramento e melhoria dos serviços prestados. Os novos Termos e condições gerais entrarão em vigor 10 (dez) dias após sua publicação nos Sites. No prazo de 5 (cinco) dias contados a partir da publicação da nova versão, o Usuário deverá comunicar-se por e-mail caso não concorde com os termos alterados. Nesse caso, o vínculo contratual deixará de existir, desde que não haja contas ou dívidas em aberto. Não havendo manifestação no prazo estipulado, entender-se-á que o Usuário aceitou os novos Termos e condições gerais de uso e o contrato continuará vinculando as partes. (MERCADO LIVRE, 2019a).

Vislumbra-se do regulamento analisado, em consonância com o anterior, a sistemática de adesão implícita aos seus termos, a amplitude das autorizações (a ponto de abranger dados de terceiros), a imprecisão acerca da utilização dos dados, bem ainda a possibilidade de modificação unilateral a qualquer tempo.

Serviço semelhante é prestado pela **OLX**, empresa multinacional que igualmente oferece aos usuários uma plataforma *on-line* de negócios. A análise dos seus regulamentos se justifica, uma vez que está presente em 118 países, com mais de 20 escritórios pelo mundo e mais de 1.200 funcionários, conforme informações contidas no seu *site* na Internet (OLX, 2019a). A OLX, assim como o Mercado Livre, não comercializa produtos na Internet, sendo que o serviço ofertado consiste em propiciar aos usuários um ambiente virtual propício à realização de negócios.

A utilização dos serviços igualmente pressupõe o assentimento do usuário com seus termos e condições de uso, a teor do consignado já na preambular:

Você reconhece e concorda que a utilização do SITE implica na compreensão, aceitação e vinculação automática aos presentes T&C. Caso não concorde com quaisquer itens, ou condições previstas neste T&C atual ou futuramente ou caso por qualquer motivo, não se sinta satisfeito com o SITE, você poderá deixar de utilizá-lo. (OLX, 2019b).

No mesmo sentido, lê-se a seguinte advertência:

A utilização do Nosso site, o download de Nossos aplicativos para dispositivos móveis e/ou uso de quaisquer serviços e ferramentas integrados significarão que Você leu, entendeu e consentiu com esta Política de Privacidade e com os termos de uso de cada Serviço e Site que Você acessar ou usar ("Termos de Uso"). (OLX, 2019b).

Ainda, dentre as condições gerais de acesso e uso do *site*, destaca-se a seguinte disposição:

Você deve estar ciente de que o Site poderá eventualmente conter links para sites de terceiros e que ao acessá-los, Você pode ser direcionado para páginas de outras empresas fora do nosso ambiente de hospedagem, onde as informações coletadas estão fora do nosso controle direto. A política de privacidade de propriedade ou aplicativos de terceiros regulará a informação obtida por estes terceiros sobre Você nessas situações, cabendo ao Usuário verificar tais políticas antes da utilização de referidos sites. (OLX, 2019b).

Na esteira dos *sites* anteriormente analisados, o efetivo acesso ao serviço ocorre por meio do cadastramento eletrônico do usuário, mediante fornecimento de extensa gama de dados pessoais, além do fornecimento de autorização, por parte do usuário, para que o *site* busque informações em fontes diversas. A esse respeito:

A utilização do Site implica no consentimento do Usuário para coleta, armazenamento e uso das informações pessoais fornecidas e suas atualizações, dados de tráfego, endereços IP, entre outros. O Usuário desde já autoriza a OLX a, a seu critério, preservar, armazenar todos os anúncios e/ou conteúdos submetidos ao site, bem como todos os seus dados pessoais e demais informações fornecidas e/ou coletadas a qualquer momento quando do uso dos Sites. (OLX, 2019b).

As informações prestadas pelo usuário do serviço são detalhadas e igualmente qualificadas, quer dizer, deve o usuário prestar informações fidedignas acerca de aspectos sensíveis de sua esfera privada:

Quando usuários criam contas ou interagem de outra forma em Nosso site, Nós podemos solicitar algumas informações, tais como endereço de e-mail e senha. Além disso, os Usuários podem ser requisitados a criar uma conta que inclua informações como sua localização, primeiro e último nome, CPF, gênero, número de telefone, interesses e informações relacionadas, incluindo fotos que desejem publicar. Estas informações são requeridas para viabilizar e melhorar o Serviço que prestamos aos Usuários e para obedecer aos Nossos Termos de Uso. (OLX, 2019b).

Em que pese a utilização do serviço estar vinculada ao fornecimento das informações pessoais do usuário, o regulamento atribui ao usuário os riscos de fazer circular informações sensíveis e que digam respeito à sua esfera privada:

Qualquer informação que Usuários disponibilizarem em perfis publicamente disponíveis ou no Chat (se o Usuário decidir usar este serviço), como explicado abaixo, é de sua própria responsabilidade. Por esse motivo, Você deve cuidadosamente considerar os riscos de fazer certas declarações ou publicar informações pessoais - especialmente informações como endereço ou localização precisa. Um Usuário pode copiar/fotografar suas mensagens e circular entre outros Usuários ou fora do Site. Nós não assumimos qualquer responsabilidade por mensagens ou atos de terceiros que ocorram em decorrência da informação que Você tornou publicamente disponível a terceiro ou que Você compartilhou com qualquer pessoa ou com outro Usuário. (OLX, 2019b).

Ainda, há autorização do usuário para compartilhamento das informações prestadas com parceiros comerciais do *site*, conforme segue:

Nós podemos armazenar e transmitir Sua informação aos nossos parceiros comerciais e afiliados, incluindo informação pessoal e informações de contato. Qualquer informação que os Usuários compartilharem em anúncios é de sua própria responsabilidade. Assim como com as contas, os Usuários devem considerar com cautela os riscos de deixar certas informações - especialmente informações pessoais, tais como endereço preciso - publicamente disponíveis em um anúncio. (OLX, 2019b).

Além dos dados fornecidos (espontaneamente ou não), o *site* se reserva o direito de coletar dados referentes ao usuário e ao dispositivo utilizado para acesso, com a finalidade declarada de veiculação publicitária. Eis os termos da referida cláusula:

Quando você utiliza um aplicativo da OLX, podem ser coletados dados, para fins de veiculação publicitária, sobre o dispositivo, incluindo o Identificador de Publicidade do Android, do iOS ou de outros sistemas operacionais análogos, bem como dados de localização recebidos a partir dos sensores do dispositivo. Além desses dados, também há coleta de dados sobre publicidade no dispositivo, incluindo cliques efetuados a partir dele, impressões e tempo de permanência em publicidade. Cumprindo os requisitos de transparência, detalhamos abaixo os dados do seu dispositivo que podem ser coletados se você se utiliza de um dos nossos apps: Identificadores anônimos de publicidade do dispositivo, atributos do dispositivo móvel e aplicativos instalados no respectivo aparelho; Dados dos sensores do aparelho; Dados anônimos de localização do aparelho por meio de GPS ou rede celular. (OLX, 2019b).

Afora a coleta de dados do modo supraexposto, cuja legitimidade é no mínimo questionável, para utilizar o serviço o usuário deve consentir com o compartilhamento de dados com terceiros estranhos à relação contratual, a critério da empresa, os quais poderão acessar as informações de interesse diretamente no *site* da OLX. As informações assim acessadas ficarão sujeitas às políticas de privacidade estabelecidas pelos terceiros, com quem o usuário sequer tem relação comercial, e às quais deverá buscar conhecer seu conteúdo, sob pena, além de anuir também com os seus termos. Nesse sentido:

Nós podemos permitir que terceiros, tais como prestadores de serviço de publicidade e estatística, colem informações utilizando esse tipo de tecnologia diretamente em nossos Sites. Os dados que eles coletaram estão sujeitos à política de privacidade

aplicável a esses terceiros e Nós recomendamos que você leia tais políticas de privacidade de terceiros antes de usar nossos Serviços e aceitar essa Política de Privacidade. Para acessar a lista de terceiros em nosso site, clique aqui. (OLX, 2019b).

Identicamente aos casos anteriormente analisados, a OLX se reserva o direito de compartilhar as informações coletadas no âmbito do grupo econômico que compõe, além de outros grupos parceiros, inclusive, com sede fora do território nacional:

Nós podemos compartilhar informações que coletamos com Nossas Afiliadas (empresas sob mesmo controle e propriedade) ou grupos de entidades oferecendo o Serviço conjuntamente, incluindo Grupo Naspers e Grupo Schibsted Media, localizadas em qualquer outro país. Essas empresas podem apenas processar e utilizar esta informação para nos auxiliar nos propósitos descritos acima e estão vinculadas a esta Política de Privacidade. (OLX, 2019b).

Por derradeiro, no que interessa à análise proposta, a OLX reserva-se o direito de transferir a terceiros a base de dados formada a partir das informações coletas, nos seguintes termos:

O Usuário reconhece e concorda expressamente que a base de dados poderá ser total ou parcialmente cedida ou transferida a terceiros, desde que respeitada a finalidade de dar continuidade à atividade prestada pela OLX ou se existir uma obrigatoriedade legal neste sentido. (OLX, 2019b).

Fácil perceber a semelhança entre os métodos utilizados para coleta de informações entre os serviços analisados, com destaque para a sistemática de anuência implícita, pelo simples acesso, a todos os termos de uso e políticas de privacidade, por mais abrangentes e indeterminados que sejam.

Igualmente voltado ao comércio eletrônico, o **Buscapé** surgiu inicialmente como uma plataforma grátis e global de comparação de preços e produtos. Conforme mensagem institucional divulgada em seu *site* oficial, a tecnologia do Buscapé permite que o usuário não perca tempo procurando em várias lojas por preços ou informações importantes de determinado produto. Nesse *site* os produtos são agrupados e organizados no mesmo lugar, deixando o processo de compra muito mais rápido e fácil (BUSCAPÉ, 2019b).

O Buscapé também vende produtos e serviços por meio de seu Marketplace, ou seja, seu “shopping virtual”, uma plataforma que permite a diversos lojistas anunciarem e venderem seus produtos diretamente aos consumidores. As vendas podem ser feitas diretamente pelo Buscapé ou indiretamente pelos lojistas que anunciam no Buscapé. Dessa forma, é importante notar que, ao comprar um produto ou serviço anunciado pelos lojistas, o usuário estará sujeito às regras e condições de oferta disponibilizadas pelo próprio lojista anunciante. Disso a

advertência constante em seu regulamento de que “ao comprar um produto ou serviço do lojista anunciante, você está ciente e concorda expressamente que o Buscapé não é responsável pelo conteúdo, prazo de entrega e condições da oferta do lojista anunciante.” (BUSCAPÉ, 2019b).

Em suma, o Buscapé é um *site* de comparação de preços, que também disponibiliza produtos próprios para venda. Pode-se dizer que é um serviço híbrido, que reúne características de todos os serviços antes analisados.

O acesso aos serviços do *site* é feito por meio de cadastro eletrônico, como não poderia deixar de ser, sendo realizado, segundo seu regulamento:

[...] por livre e espontânea vontade do **USUÁRIO**, pode ser feito a qualquer momento e é condicionado ao fornecimento de dados cadastrais, informados durante o preenchimento de campos específicos como: nome, endereço, CPF, e-mail e telefones para contato, por exemplo. Esses dados têm como objetivo facilitar as compras no **SITE**, e ao realizar seu cadastro, o **USUÁRIO** manifesta o consentimento livre, expresso e informado para a coleta, uso, armazenamento, tratamento e compartilhamento dos dados, nos termos da Política de Privacidade. (BUSCAPÉ, 2019b, grifo do autor).

Ao aderir aos termos de uso, o usuário automaticamente concorda com as disposições da política de privacidade (BUSCAPÉ, 2019a) do *site*, cujas disposições regulamentam, nos mesmos moldes dos *sites* já analisados, a coleta, o tratamento e a utilização das informações de suas informações.

Quanto ao modo de coleta, dispõe o regulamento:

Suas informações cadastrais ficam disponibilizadas de duas maneiras: (1) quando você efetua o seu cadastro, registro e adquire produtos por meio de nosso site, e (2) por meio de cookies, arquivos que podem ser livremente alterados pelo Usuário na configuração de seu navegador e que estão relacionados às suas visitas em nossos sites. Todavia, caso os cookies sejam desativados no navegador, é importante destacar que existe a possibilidade de que alguns recursos oferecidos pelo Site Buscapé deixarem de funcionar corretamente. (BUSCAPÉ, 2019b).

O Buscapé, à semelhança dos demais *sites*, deixa aberta a possibilidade de que outros *sites* venham a captar informações dos usuários a partir do acesso aos serviços, à medida que trabalha de forma interconectada com inúmeras lojas virtuais. Conforme previsto no regulamento:

O Usuário reconhece e concorda que o Site Buscapé pode disponibilizar links para outros sites que, por sua vez, podem coletar informações pessoalmente identificáveis do Usuário. O Usuário reconhece e concorda que o Buscapé não é responsável pelas práticas de privacidade de outros sites, recomendando-se, portanto, que o Usuário leia atentamente as políticas de privacidade de todo e qualquer site que colete informações pessoalmente identificáveis. A presente Política de Privacidade se aplica somente às informações coletadas e processadas pelo Buscapé. (BUSCAPÉ, 2019b).

O compartilhamento de informações de usuários com terceiros é aparentemente mais restrito que os demais casos analisados, a partir do que se extrai do regulamento, segundo o qual apenas por solicitação de autoridades oficiais informações serão fornecidas. Nesse sentido:

Como já informado no Termo de Uso, para fins de segurança, as informações poderão ser compartilhadas quando houver requerimento de autoridades judiciais ou governamentais competentes para fins de investigações pessoais conduzidas por elas, mesmo que não exista uma ordem judicial, por exemplo (e não se limitando a) quando se tratar de investigação de caráter penal ou sobre violação de direitos do autor, ressalvadas as hipóteses de sigilo de informações determinadas por leis em vigor, ou ainda, comunicar informações quando haja motivos suficientes para considerar que a atividade de um Usuário seja suspeita de tentar ou de cometer um delito ou tentar prejudicar outras pessoas. Este direito será utilizado pelo Buscapé à sua inteira discricção quando o considere apropriado ou necessário para manter a integridade e a segurança da comunidade e de seus Usuários. (BUSCAPÉ, 2019a).

Apenas excepcionalmente as informações de usuários seriam compartilháveis em situações de interesse eminentemente privado, a partir das disposições acima. Além das anteriormente previstas, dispõe o regulamento:

Suas informações pessoais e informações de acesso serão guardadas sob o mais completo sigilo, vinculando-as unicamente ao seu registro e, além da hipótese anterior, poderão ser utilizadas para: Realizar a entrega e a cobrança dos produtos adquiridos e serviços prestados pelo Buscapé; Cumprir obrigações legais de qualquer natureza; Obter estatísticas genéricas para identificação do perfil de nossos Usuários e desenvolvimento de campanhas; Manutenção de dados e ações de relacionamento com o Usuário, bem como a melhoria contínua do serviço prestado pelo Buscapé; Resolução de eventuais questões legais relacionadas ao Buscapé; Melhoria da experiência do Usuário no site Buscapé, por meio de ofertas específicas e direcionadas, além da prática de marketing direcionado, de acordo com o seu perfil. (BUSCAPÉ, 2019a).

Entretanto, o Buscapé trabalha de forma interligada com outros *sites*, os quais não se regulam pelas disposições de privacidade em questão, possuindo seus regulamentos próprios. À problemática daí resultante o Buscapé imprime solução semelhante aos demais *sites* analisados, atribuindo ao usuário o ônus de inteirar-se acerca do regramento referente a cada *site*, conforme cláusula infratranscrita:

Atenção: O Buscapé possui links de acesso para outros sites e que não estão cobertos por esta Política. Assim, verifique a política de privacidade desses respectivos sites, tendo em vista que suas informações serão administradas de acordo com a política de cada um deles, podendo diferenciar das nossas. (BUSCAPÉ, 2019a).

De igual modo, apesar das disposições progressivas, há previsão expressa autorizando o compartilhamento de informações dos usuários para o fim de se poder fazer cumprir as obrigações decorrentes das negociações travadas por meio do *site*:

O Buscapé poderá compartilhar com terceiros as informações pessoais e informações de acesso para prestação dos serviços de Marketplace. Para tanto, Buscapé compartilhará as informações de seus Usuários com Vendedores na medida necessária para que estes possam cumprir integralmente com suas obrigações decorrentes de Lei e dos Termos e Condições de Uso do Marketplace. O Usuário tem ciência e concorda que, para fins de prestação de serviços e entrega dos produtos e serviços ofertados pelo Buscapé, pode ser necessária a contratação de terceiros que terão acesso às informações e dados do Usuário exclusivamente para os fins necessários. O Buscapé poderá também compartilhar com terceiros as informações pessoais e informações de acesso dos Usuários para prestação dos serviços oferecidos pelo Buscapé e outras empresas do grupo. (BUSCAPÉ, 2019a).

Em relação ao tratamento dos danos coletados, dispõe o regulamento:

Todas as informações de acesso e pessoais coletadas serão incorporadas à base de dados do site, cabendo ao Buscapé o armazenamento e tratamento desses dados. Outras tecnologias poderão ser utilizadas para obtenção de dados de navegação dos Usuários. No entanto, respeitarão sempre os termos desta Política, as opções de coleta e armazenamento e a legislação vigente. (BUSCAPÉ, 2019a).

Quanto à proteção atribuída aos dados coletados e incorporados ao seu banco de dados, dispõe o regulamento:

O Buscapé fará todo o possível para manter a privacidade das informações pessoais e informações de acesso armazenados em seus servidores, comprometendo-se a utilizar tecnologia que seja suficientemente adequada para a proteção de tais dados, procurando manter o ambiente seguro, com uso de ferramentas apropriadas e controles eficientes de segurança das informações coletadas, sempre observando o estado da técnica disponível. Contudo, considerando que nenhum sistema de segurança é absolutamente seguro, o Buscapé se exime de quaisquer responsabilidades por eventuais danos e/ou prejuízos decorrentes de invasões no Site Buscapé, em seus servidores e demais falhas relacionadas, salvo se houver dolo ou culpa do Buscapé. (BUSCAPÉ, 2019a).

Cuida-se, como se vislumbra, de cláusula de renúncia prévia a direitos inerentes ao contrato, o que por certo não passa pelo crivo de uma análise à luz do Código de Defesa do Consumidor, embora esse não seja o ponto fulcral do estudo.

Por derradeiro, o Buscapé declara que “respeita toda e qualquer legislação vigente sobre proteção de dados e privacidade dos nossos Usuários”, o que se mostrou apenas em parte verdadeiro.

Urge repisar que, assim como nos demais casos analisados, a adesão aos termos de uso e políticas de privacidade ocorrem por simples acesso ao serviço, de modo implícito, portanto, o que se mostra relevante à medida que atos de disposição de direitos da personalidade devem ser, conforme visto alhures, expressos, inequívocos e precedidos de consentimento informado.

Além dos serviços de vendas *on-line*, merece ser destacado o serviço inaugurado pela **Uber**, consistente em uma solução voltada à mobilidade urbana. A Uber é uma plataforma de

tecnologia que conecta motoristas parceiros com usuários por meio de um aplicativo para *smartphones*, conforme se denota de sua mensagem institucional (UBER, 2019a).

Cuida de aplicativo voltado à mobilidade urbana, especialmente o transporte de pessoas. Nas cidades onde a Uber opera, o usuário pode solicitar uma viagem por meio do aplicativo. A solicitação será enviada aos motoristas parceiros nas proximidades. Se um motorista parceiro aceitar a solicitação de viagem, o aplicativo do usuário mostrará o tempo estimado para que o motorista chegue ao ponto de embarque. O aplicativo também notifica o usuário quando o motorista parceiro estiver prestes a chegar.

Do ponto de vista do usuário, representa uma ferramenta de mobilidade urbana a custo mais acessível do que o tradicional taxi, uma vez que se utiliza da rede de motoristas parceiros para reduzir deslocamentos e otimizar custos, proporcionando um serviço de transporte mais barato. Sob a ótica do motorista parceiro, representa importante fonte de receitas, já que pode representar sua atividade principal ou mesmo complementar, fazendo uso dos insumos que já possui, notadamente, o veículo e o tempo à disposição.

Trata-se de serviço que vem se difundindo de forma crescente, especialmente, nos grandes centros urbanos, representando alternativa à necessidade de mobilidade urbana.

O conteúdo do serviço é eminentemente patrimonial, disso sua categorização junto aos *sites* em que tal característica prepondera. Entretanto, não se pode olvidar seu caráter existencial e social, à medida que tem transformado a tradicional sistemática de mobilidade urbana, tornando acessível e efetivo o direito de ir e vir.

Assim como demais serviços analisados, dispõe de termos de uso e de políticas de privacidade, às quais o usuário deve assentir para que possa fazer uso do serviço.

Em termos gerais, o regulamento não discrepa daqueles anteriormente analisados. Já de início o usuário se depara com a seguinte advertência:

Ao acessar e usar os Serviços você concorda com os presentes termos e condições, que estabelecem o relacionamento contratual entre você e a Uber. Se você não concorda com estes Termos, você não pode acessar nem usar os Serviços. Mediante referido acesso e uso, estes Termos imediatamente encerram, substituem e superam todos os acordos, Termos e acertos anteriores entre você e qualquer Afiliada da Uber. A Uber poderá imediatamente encerrar estes Termos ou quaisquer Serviços em relação a você ou, de modo geral, deixar de oferecer ou negar acesso aos Serviços ou a qualquer parte deles, a qualquer momento e por qualquer motivo. (UBER, 2019c).

Do mesmo modo do que já se viu nos regulamentos anteriores, a Uber se reserva o direito de alterar seus termos de uso e políticas de privacidade a qualquer tempo, vinculando o usuário em caso de ausência de discordância expressa. Conforme disposto:

Aditamentos entrarão em vigor quando a Uber fizer a postagem da versão atualizada dos Termos neste local ou das condições atualizadas ou Termos adicionais sobre o respectivo Serviço. O fato de você continuar a acessar ou usar os Serviços após essa postagem representa seu consentimento em vincular-se aos Termos alterados. (UBER, 2019c).

A anuência pelo simples acesso abrange, igualmente, os termos da política de privacidade, estabelecidos em regulamento à parte, disponibilizado em *link* diverso (UBER, 2019b), fora da plataforma de acesso ao serviço. O objeto de interesse da presente análise coincide com o tema mais exaustivamente regulado, qual seja, aquele afeto à captação, tratamento e compartilhamento de informações dos usuários. Como os demais *sites*, a Uber é responsável por compilar substancial banco de dados, com informações sensíveis a respeito de seus usuários, e de inegável interesse para as mais diversas finalidades.

Entre os dados coletados, destaca-se aqueles que o próprio usuário fornece ao criar uma conta da Uber; os dados gerados quando da utilização dos serviços, como localização, utilização e informações do aparelho; e dados de outras fontes, como parceiros da Uber e terceiros que usam os aplicativos da Uber, tudo nos termos do regulamento específico.

Acerca dos dados do perfil do usuário, dispõe o regulamento:

Coletamos dados quando você cria ou altera sua conta da Uber. Esses dados podem incluir seu nome, e-mail, número de telefone, nome e senha de login, endereço, dados bancários ou de pagamento (inclusive informações pertinentes a verificação de pagamento), números de identificação civil, como número do seguro social, carteira de habilitação ou passaporte, se exigido por lei, data de nascimento, foto e assinatura. Inclui ainda dados do veículo ou do seguro dos motoristas. Também estão incluídas as configurações e preferências que você seleciona na sua conta da Uber. (UBER, 2019c).

Por se tratar de um serviço de transporte, que conecta motoristas parceiros e usuários, os dados de localização são de especial importância para a Uber. Nos termos do regulamento, dependendo dos serviços da Uber que você usa e das configurações do seu app ou permissões do aparelho, a Uber pode coletar sua localização exata ou aproximada, determinada por meio de dados, como GPS, endereço IP e WiFi.

Se você for um usuário e consentiu o processamento dos dados de localização, a Uber coleta esses dados quando o app está sendo executado em primeiro plano. Em determinadas regiões, a Uber também coleta esses dados quando o app da Uber estiver sendo executado em segundo plano, se esta coleta estiver habilitada pelas configurações do seu app ou permissões do aparelho.

Veja-se que mesmo quando executado em segundo plano o aplicativo pode coletar dados, desde que essa opção esteja autorizada. Vale lembrar que as autorizações presumem do simples acesso ao serviço, sendo que ao usuário cabe a iniciativa de desabilitar referidas opções.

A Uber coleta, ainda, dados sobre como o usuário interage com os serviços. Ou seja, traça-se um perfil de comportamento do usuário conforme a utilização do serviço.

Entre esses dados estão, por exemplo, datas e horários de acesso, recursos do app ou páginas acessadas, falhas do app e outras atividades do sistema, tipo de navegador e sites ou serviços de terceiros que você estava usando antes de interagir com os nossos serviços. Em alguns casos, fazemos essa coleta por meio de cookies, tags de pixels e tecnologias similares que criam e mantêm identificadores únicos. (UBER, 2019c).

Merece destaque, igualmente, os dados coletados de outras fontes que, segundo o regulamento, podem incluir:

Feedback de usuários, como avaliações ou elogios.
 Usuários que fornecem seus dados pessoais em programas de indicação.
 Usuários que solicitam serviços para você ou em seu nome.
 Usuários ou outras pessoas que fornecem dados relativos a reclamações ou contestações.
 Parceiros comerciais da Uber com os quais você cria ou acessa sua conta da Uber, como prestadores de serviços de pagamento, serviços de redes sociais, serviços de música sob demanda, além de apps ou sites que usam as APIs da Uber ou que a API da Uber usa (por exemplo, quando você solicita uma viagem pelo Google Maps).
 Seguradoras (se você for um motorista parceiro ou parceiro de entregas).
 Prestadores de serviços financeiros (se você for um motorista parceiro ou parceiro de entregas).
 Empresas de transporte parceiras (se você for um motorista que usa os nossos serviços por meio de uma conta associada a uma empresa desse tipo).
 O proprietário de um perfil da Uber para Empresas ou Perfil Familiar que você usa.
 Fontes abertas ao público.
 Prestadores de serviços de marketing. (UBER, 2019c).

O compartilhamento das informações coletadas também encontra previsão nas políticas de privacidade da Uber. Conforme disposto no referido regulamento, os dados podem ser compartilhados com outros usuários nas seguintes circunstâncias:

- a) Por exemplo, se você for um usuário de viagens, podemos compartilhar com os motoristas o seu primeiro nome, a média das suas avaliações dadas por outros motoristas e locais de partida e/ou de destino. Se você compartilhar uma viagem UberPool com outro usuário, ele também vai saber seu nome e ver seus locais de partida e/ou destino.
- b) Se você for um motorista parceiro ou parceiro de entregas, podemos compartilhar informações com os usuários, inclusive seu nome e foto; fabricante, modelo, cor, placa e foto do veículo; sua localização; a média das suas avaliações dadas pelos usuários; número total de viagens feitas; o tempo que você já usa o app da Uber; e informações de contato (dependendo das leis vigentes). Se você optar por preencher um perfil de motorista parceiro, também poderemos compartilhar quaisquer informações associadas a esse perfil, inclusive informações que você enviar e elogios que usuários de viagens anteriores enviaram sobre você. Podemos também enviar um recibo ao usuário/destinatário da entrega com informações sobre as cobranças, seu primeiro nome, sua foto e um mapa do trajeto que você percorreu.
- c) Compartilhamos suas informações com nossas subsidiárias e afiliadas para nos ajudar a oferecer os serviços e processar dados em nosso nome. Por exemplo, a Uber processa e armazena informações nos Estados Unidos em nome de suas subsidiárias e afiliadas internacionais.

d) A Uber pode transmitir informações a seus fornecedores, consultores, parceiros de marketing, firmas de pesquisa e outros prestadores de serviço ou parceiros comerciais. (UBER, 2019b).

A última hipótese listada abre uma ampla gama de possibilidades de compartilhamento, pois abrange processadores de pagamento, provedores de armazenamento em nuvem, parceiros de marketing, provedores de análise de dados, parceiros de pesquisa, consultores, advogados, contadores, parceiros de seguros e financiamentos, restaurantes, entre outros, tudo nos termos das previsões regulamentares.

De modo análogo aos *sites* congêneres, a Uber também permite, em tese, a restrição de algumas configurações de compartilhamento de dados. A iniciativa, porém, deve sempre partir do usuário, presumindo-se a concordância irrestrita com os termos do regulamento em caso de inércia do usuário.

Analisados os principais termos de uso referentes a *site* voltado estritamente a finalidades comerciais, impende analisar as plataformas em que o conteúdo existencial prepondera.

6.3 PLATAFORMAS EM QUE PREPONDERA O CONTEÚDO EXISTENCIAL

Dentre a extensa gama de serviços disponíveis na rede, destacam-se aqueles que se destinam à interação entre as pessoas, conhecidos como redes sociais. Por meio das redes sociais, pessoas do mundo inteiro interagem em tempo real, compartilhando momentos de suas vidas pessoais, profissionais e estabelecendo conexões em nível global.

Referidos serviços se apresentam na rede de modo aparentemente gratuito, em sua maioria. Porém, na esteira do que até aqui foi possível analisar, o custo de utilização é o fornecimento de dados pessoais sensíveis, que interessam sobremaneira a grandes corporações. De igual modo, os perfis de interesse traçados a partir do conteúdo compartilhado na rede serve de suporte a estratégias comerciais e políticas de grande escala.

Certo é, porém, que a despeito da inegável existência de uma remuneração indireta desses serviços, as redes sociais abarcam relações eminentemente existenciais, ao menos do ponto de vista do usuário.

Por ocupar o primeiro lugar e impacto objetivo de nível global, alcançando a marca de impressionantes 2,3 bilhões de usuários, urge analisar os termos e condições de uso do **Facebook**, rede social que abarca 34% da população mundial (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

O Facebook faz parte de um conjunto de plataformas digitais que abrange o Instagram, WhatsApp e o próprio Facebook. Por meio dos referidos aplicativos, as pessoas se comunicam em tempo real, compartilham acontecimentos de seu cotidiano, fazem negócios, compartilham fotos e documentos e estabelecem relações sociais que transcendem as fronteiras nacionais, conectando pessoas pelo mundo todo. Intuitiva, pois, sua potencialidade à violação de direitos da personalidade do usuário, especialmente, em vista da exigência do fornecimento de dados pessoais para fazer uso das plataformas, além da adesão aos termos e condições de utilização.

Por operarem de modo interconectado, além de abarcar serviço semelhante, **Facebook** e **Instagram** dispõem de regramento comum, ressalvadas algumas especificidades. Em vista disso, a análise conjunta é não somente conveniente como necessária.

Ao se cadastrar no Facebook, já de início o usuário se depara com a seguinte advertência: “Para fornecer os Produtos do Facebook [aí incluído o Instagram], precisamos processar informações sobre você. Os tipos de informações que coletamos dependem de como você usa nossos Produtos.” (FACEBOOK, 2019b, acréscimo nosso).

Especificamente em relação ao Instagram, vislumbra-se, já de início, a advertência acerca da concordância implícita com seus termos e condições de uso, pelo simples fato de se criar uma conta para utilização do serviço: “Estes Termos de Uso regem seu uso do Instagram e fornecem informações sobre o Serviço Instagram, descritas abaixo. Quando você cria uma conta do ou usa o Instagram, concorda com estes termos.”

Ao se criar uma conta no Instagram, lê-se a seguinte descrição acerca dos serviços inerentes ao aplicativo:

Concordamos em fornecer a você o Serviço do Instagram. O Serviço inclui todos os produtos, recursos, aplicativos, serviços, tecnologias e software do Instagram que fornecemos para promover a missão do Instagram: fortalecer seus relacionamentos com as pessoas e com as coisas que você adora. (INSTAGRAM, 2019, grifo nosso).

Como se vislumbra, há uma inversão retórica a respeito da natureza do serviço, porquanto uma leitura apressada leva a crer que o acesso ao Instagram representa uma benesse gentilmente concedida aos usuários. Sem embargo, restou demonstrado alhures que a ausência de remuneração direta não significa que o serviço seja de fato gratuito. Com efeito, o volume e a qualidade das informações fornecidas pelos usuários as tornam insumo altamente atrativo e com potencial econômico e político inimaginável.

Destarte, a suposta gratuidade do serviço não serve de fundamento válido à vinculabilidade irrestrita aos termos de uso.

Na sequência, vislumbra-se a vinculação dos serviços do Instagram ao Facebook, o que implica o compartilhamento entre as plataformas de todas as informações fornecidas pelo usuário:

O Instagram faz parte das Empresas do Facebook, compartilhando com elas tecnologia, sistemas e informações, inclusive as informações que temos sobre você (saiba mais na Política de Dados), para fornecer serviços que sejam melhores e mais seguros. Também fornecemos meios de interagir nos Produtos das Empresas do Facebook que você usa, além de sistemas projetados para alcançar uma experiência consistente e contínua entre todos esses Produtos. (INSTAGRAM, 2019).

Sem cerimônias acerca do uso feito das informações disponíveis, estabelece o regulamento: “Usamos as informações que temos para estudar nosso Serviço e colaborar com terceiros em pesquisas para tornar nosso Serviço melhor e contribuir para o bem-estar de nossa comunidade.”

Acerca do compartilhamento de informações com outros aplicativos da família Facebook e com outros de plataformas diversas, inclusive, fora dos limites nacionais, tem-se:

Para fornecer nosso Serviço global, precisamos armazenar e transferir dados entre nossos sistemas ao redor do mundo, inclusive fora de seu país de residência. Essa infraestrutura pode pertencer ou ser operada pelo Facebook, Inc., Facebook Ireland Limited ou suas afiliadas. Usamos dados do Instagram e de outros Produtos das Empresas do Facebook, bem como de parceiros, para exibir a você anúncios, ofertas e outros conteúdos patrocinados que acreditamos ser significativos para você. E tentamos fazer com que esse conteúdo seja tão relevante quanto todas as suas outras experiências no Instagram. (INSTAGRAM, 2019).

No que diz respeito às informações coletadas dos usuários, dispõe o regulamento do Instagram:

Organizar e analisar informações para nossa crescente comunidade é essencial para nosso Serviço. Uma grande parte de nosso Serviço é criar e usar tecnologias de última geração que nos ajudam a personalizar, proteger e aprimorar o Serviço em uma escala incrivelmente grande para uma ampla comunidade global. Tecnologias como inteligência artificial e aprendizado de máquina nos possibilitam aplicar processos complexos em nosso Serviço. Tecnologias automatizadas também nos ajudam a garantir a funcionalidade e integridade de nosso Serviço. (INSTAGRAM, 2019).

A anunciada necessidade de “organizar e analisar informações” sobre o usuário é equivalente ao conceito de “tratamento de dados” estabelecido pela Diretiva 95/46/CE como:

[...] qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição (art. 2º, “b”). (EUR-LEX. 2019).

A ideia de processamento/tratamento dos dados é relevante à medida que é justamente essa possibilidade de lapidar as informações, por meio da tecnologia da informática e das telecomunicações, que lhes agrega elevado valor político e econômico (GEDIEL; CORRÊA, 2008).

A respeito da forma de captação e da abrangência das informações captadas do usuário, extrai-se das disposições da política de privacidade comuns a ambos os aplicativos:

Coletamos o conteúdo, comunicações e outras informações que você fornece quando usa nossos Produtos, inclusive quando você se cadastra para criar uma conta, cria ou compartilha conteúdo, envia mensagens ou se comunica com outras pessoas. Isso pode incluir informações presentes ou sobre o conteúdo que você fornece (como metadados), como a localização de uma foto ou a data em que um arquivo foi criado. Isso pode incluir também o que você vê por meio dos recursos que fornecemos, como nossa câmera, de modo que possamos realizar ações como sugerir máscaras e filtros de que você pode gostar, ou dar dicas sobre o uso de formatos da câmera. Nossos sistemas processam automaticamente o conteúdo e as comunicações que você e outras pessoas fornecem a fim de analisar o contexto e o conteúdo incluído nesses itens para as finalidades descritas abaixo. (FACEBOOK, 2019a).

Quanto ao conteúdo dos dados captados, lê-se do referido regulamento:

Coletamos informações sobre como você usa nossos Produtos, como o tipo de conteúdo que você visualiza ou com o qual se envolve; os recursos que você usa; as ações que você realiza; as pessoas ou contas com que você interage; e o tempo, frequência e duração das suas atividades. Por exemplo, registramos quando você está usando e a última vez que usou nossos Produtos, quais publicações, vídeos e outro conteúdo você visualizou nos nossos Produtos. Nós também coletamos informações sobre como você usa recursos como nossa câmera. (FACEBOOK, 2019a).

Acerca do uso das informações captadas e/ou processadas, apresentam as seguintes disposições:

Usamos as informações que temos (em consonância com as escolhas feitas por você) conforme descrito abaixo e para fornecer e viabilizar a operação dos Produtos do Facebook e serviços relacionados descritos nos Termos do Facebook e nos Termos do Instagram.

Usamos as informações que temos para oferecer nossos Produtos, inclusive para personalizar recursos e conteúdo (como seu Feed de Notícias, Feed do Instagram, Instagram Stories e anúncios) e fazer sugestões a você (como grupos ou eventos pelos quais você possa se interessar ou tópicos que você talvez queira seguir) dentro e fora de nossos Produtos. Para criar Produtos personalizados que sejam únicos e relevantes para você, usamos suas conexões, preferências, atividades e seus interesses com base nos dados que coletamos e dos quais tomamos conhecimento por seu intermédio e de outras pessoas (inclusive dados com proteções especiais que você opte por fornecer); como você usa e interage com nossos Produtos; e as pessoas, as coisas ou os lugares com os quais você esteja conectado e nos quais tenha interesse, dentro e fora dos nossos Produtos. Saiba mais sobre como usamos informações pessoais para personalizar sua experiência no Facebook e no Instagram, inclusive recursos, conteúdo e recomendações nos Produtos do Facebook. (FACEBOOK, 2019a).

A partir do conteúdo da política de privacidade, cujas cláusulas principais foram supratranscritas, vende-se a ideia de que o usuário é, na realidade, o maior beneficiado com os serviços prestados por meio da plataforma digital. Tanto que, nas políticas de dados e opções de privacidade do usuário (em tese o usuário pode personalizar as configurações de privacidade), utiliza-se a seguinte terminologia: “Para fornecer estes serviços, precisaremos coletar e usar seus dados pessoais. Detalhamos nossas práticas na Política de Dados, com a qual você deve concordar para usar nossos Produtos.” (FACEBOOK, 2019b). As permissões necessárias à utilização dos serviços são assim especificadas:

1. Permissão para usar o conteúdo que você cria e compartilha: você é o proprietário do conteúdo que cria e compartilha no Facebook e nos outros Produtos do Facebook que você usa, e nada nestes Termos afasta os direitos que você tem sobre seu próprio conteúdo. Você é livre para compartilhar seu conteúdo com qualquer pessoa, onde você quiser. Para fornecer nossos serviços, porém, precisamos que você nos conceda algumas permissões legais para usar esse conteúdo.

Especificamente, quando você compartilha, publica ou insere conteúdo protegido por direitos de propriedade intelectual (como fotos ou vídeos) em nossos Produtos ou em conexão com os nossos Produtos, você nos concede uma licença não exclusiva, transferível, sublicenciável, gratuita e válida mundialmente para hospedar, usar, distribuir, modificar, veicular, copiar, executar publicamente ou exibir, traduzir e criar trabalhos derivados de seu conteúdo (de modo consistente com suas configurações de privacidade e de aplicativo). Isso significa, por exemplo, que se você compartilhar uma foto no Facebook, você nos dará permissão para armazená-la, copiá-la e compartilhá-la com outras pessoas (mais uma vez, de modo consistente com suas configurações), como provedores de serviços que fornecem suporte para nosso serviço ou outros Produtos do Facebook que você usa.

Você pode encerrar essa licença a qualquer momento excluindo seu conteúdo ou conta. Você deve estar ciente de que, por motivos técnicos, o conteúdo que você exclui pode permanecer em cópias de backup por um período limitado (embora não fique visível para outros usuários). Além disso, o conteúdo que você exclui pode continuar aparecendo caso você tenha compartilhado com outras pessoas e elas não o tenham excluído.

2. Permissão para usar seu nome, foto do perfil e informações sobre suas ações com anúncios e conteúdo patrocinado: você nos concede permissão para usar seu nome, foto do perfil e informações sobre ações realizadas no Facebook, próximos ou relacionados a anúncios, ofertas e outros conteúdos patrocinados que exibimos em nossos Produtos, sem o pagamento de qualquer remuneração a você. Por exemplo, podemos mostrar para seus amigos que você tem interesse em um evento anunciado ou que você curtiu uma Página criada por uma marca que nos pagou para exibir anúncios no Facebook. Anúncios assim podem ser vistos somente por pessoas que têm sua permissão para ver as ações que você realiza no Facebook. (FACEBOOK, 2019b, grifo do autor).

Em semelhante sentido, sem prejuízo das disposições comuns, o regulamento do Instagram estabelece regras próprias acerca das permissões de uso de dados pessoais do usuário:

Permissões que você nos concede. Como parte de nosso acordo, você também nos concede permissões necessárias para fornecermos o Serviço.

Não reivindicamos a propriedade de seu conteúdo, mas você nos concede uma licença para usá-lo. Nada muda com relação aos seus direitos sobre seu conteúdo. Não reivindicamos a propriedade do conteúdo que você publica no Serviço ou por meio dele. Em vez disso, quando compartilha, publica ou carrega conteúdo protegido

por direitos de propriedade intelectual (como fotos ou vídeos) em nosso Serviço ou em conexão com ele, você nos concede uma licença não exclusiva, gratuita, transferível, sublicenciável e válida mundialmente para hospedar, usar, distribuir, modificar, veicular, copiar, exibir ou executar publicamente, traduzir e criar trabalhos derivados de seu conteúdo (de modo consistente com suas configurações de privacidade e do aplicativo). Você pode encerrar essa licença a qualquer momento excluindo seu conteúdo ou conta. No entanto, o conteúdo continuará aparecendo caso você o tenha compartilhado com outras pessoas e elas não o tenham excluído. Para saber mais sobre como usamos as informações e sobre como controlar ou excluir seu conteúdo, consulte a Política de Dados e visite a Central de Ajuda do Instagram.

Permissão para usar seu nome de usuário, foto do perfil e informações sobre seus relacionamentos e ações com contas, anúncios e conteúdo patrocinado.

Você nos concede permissão para mostrar seu nome de usuário, foto do perfil e informações sobre suas ações (como curtidas) ou relacionamentos (como contas que segue) ao lado de ou relacionados a contas, anúncios, ofertas e outro conteúdo patrocinado que você segue ou com o qual interage, que sejam exibidos nos Produtos do Facebook, sem o pagamento de qualquer remuneração a você. Por exemplo, podemos mostrar que você curtiu uma publicação patrocinada criada por uma marca que nos pagou para exibir os anúncios dela no Instagram. Da mesma forma que executar ações em outros conteúdos e seguir outras contas, executar ações em conteúdo patrocinado e seguir contas patrocinadas são atos que podem ser vistos somente por pessoas com permissão para ver ou seguir tal conteúdo. (INSTAGRAM, 2019, grifo do autor).

Além do uso genérico de dados, as políticas de privacidade do Instagram apontam para a possível divulgação de dados essencialmente privados, como opção religiosa, origem racial, preferências políticas, entre outras, conforme se extrai do excerto infra:

Dados com proteções especiais: é possível optar por fornecer informações nos campos de perfil ou nos Acontecimentos do Facebook sobre sua opção religiosa, preferência política, saúde ou por quem você “tem interesse”. Essas e outras informações (como origem racial ou étnica, crenças filosóficas ou filiações sindicais) podem estar sujeitas a proteções especiais de acordo com as leis do seu país. (INSTAGRAM, 2019).

Não obstante a relevância dos dados, a lógica de autorização implícita é aplicada também em relação a estes, ou seja, presume-se a autorização de seu uso pelo simples acesso ao serviço. A ressalva acerca da possível proteção especial no que diz respeito aos referidos aspectos do indivíduo, como de fato ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, impõe ao usuário a adoção de uma postura tendente à proteção das informações relacionadas, sob pena de não lhe ser lícito reclamar eventual violação.

Afora as autorizações obrigatoriamente concedidas pelo usuário ao próprio Facebook, há previsão de compartilhamento de dados referentes ao usuário com terceiros estranhos à relação jurídica originária, e destes com o Facebook, conforme excerto a seguir transcrito:

Também recebemos e analisamos conteúdo, comunicações e informações que outras pessoas fornecem quando usam nossos Produtos. Isso pode incluir informações sobre você, como quando outras pessoas compartilham ou comentam uma foto sua, enviam uma mensagem a você ou carregam, sincronizam ou importam as suas informações de contato. Os anunciantes, desenvolvedores de aplicativos e publishers podem nos

enviar informações por meio das Ferramentas de Negócios do Facebook que eles usam, inclusive nossos plugins sociais (como o botão Curtir), o Login do Facebook, nossas APIs e SDKs e o pixel do Facebook. Esses parceiros fornecem informações sobre suas atividades fora do Facebook, inclusive informações sobre seu dispositivo, os sites que você acessa, as compras que faz, os anúncios que visualiza e sobre o uso que faz dos serviços deles, independentemente de ter ou não uma conta ou de estar conectado ao Facebook. Por exemplo, um desenvolvedor de jogos poderia usar nossa API para nos informar quais jogos você joga, ou uma empresa poderia nos informar sobre uma compra que você fez na loja dela. Além disso, recebemos informações sobre suas ações e compras online e offline de provedores de dados de terceiros que têm autorização para nos fornecer essas informações. Tais parceiros recebem seus dados quando você acessa ou usa os serviços deles ou por meio de terceiros com os quais eles trabalham. Exigimos que cada um desses parceiros tenha autorização legal para coletar, usar e compartilhar seus dados antes de fornecê-los para nós. (FACEBOOK, 2019b).

Evidente, a partir dos termos analisados, a existência de uma tensão entre os direitos da personalidade do usuário e os regulamentos estabelecidos pelos aplicativos em questão, especialmente, por tratarem de dados eminentemente privados.

Pertencente à mesma “família” Facebook, o **WhatsApp** é um aplicativo de troca de mensagens instantâneas que surgiu como uma alternativa ao sistema de SMS e possibilita o envio e recebimento de diversos arquivos de mídia: fotos, vídeos, documentos e localização, além de textos e chamadas de voz (WHATSAPP, 2019).

A essência substancialmente diversa em relação aos demais aplicativos do grupo justifica a análise em separado dos seus termos de uso. Contrariamente aos progressivamente analisados Facebook e Instagram, o serviço oferecido pelo aplicativo consiste primordialmente na troca de mensagens privadas individuais. Enquanto os primeiros têm como objetivo principal a socialização por meio do compartilhamento de imagens e situações cotidianas, no WhatsApp apenas circunstancialmente isso ocorre. Sua função primordial é a comunicação privada.

Segundo dados fornecidos por seu desenvolvedor, atualmente, mais de 1 bilhão de pessoas, em mais de 180 países, usam o WhatsApp para manter contato com amigos e familiares, em qualquer hora, em qualquer lugar.

Embora a exposição do usuário seja diminuta em relação aos demais aplicativos analisados (a exposição da vida privada é da essência do Facebook e do Instagram), o WhatsApp não prescinde do fornecimento de dados do usuário para fins de acesso e utilização dos seus serviços. Nessa medida, apresenta-se como potencialmente violador dos direitos da personalidade inerentes ao indivíduo.

Possui, igualmente, regulamento que estabelece as diretrizes de utilização e compartilhamento de dados fornecidos pelos usuários, nos moldes do que ocorre com os demais aplicativos. A esse respeito, já no preâmbulo dos termos de uso, vislumbra-se a observação de

que “O WhatsApp recebe ou coleta dados sempre que operamos e prestamos nossos Serviços, inclusive quando são instalados, acessados ou utilizados por você.” (WHATSAPP, 2016).

Dentre os dados que devem ser fornecidos pelo próprio usuário, dispõe o regulamento:

Dados fornecidos por você

Dados da sua conta. Recebemos seu número de celular quando uma conta do WhatsApp é criada por você. Recebemos os números de telefone de sua agenda de contatos regularmente, tanto de usuários de nossos Serviços quanto de outros contatos. Você confirma ter autorização para fornecer tais números. Outros dados podem ser fornecidos para sua conta, como nome do perfil, foto do perfil e mensagem de status.

Seus contatos. Para ajudar-lhe a organizar suas comunicações, podemos criar uma lista de favoritos de seus contatos. Além disso, você pode criar, participar ou ser adicionado a grupos e listas de transmissão, e esses grupos e listas ficam associados aos dados da sua conta. (WHATSAPP, 2016, grifo do autor).

Além destes, há uma gama de dados que são coletados automaticamente, pela simples circunstância da utilização do serviço, são eles:

Dados coletados automaticamente

Uso e dados de registro. Coletamos dados de serviços, diagnóstico e desempenho. Isso inclui informações sobre suas atividades (por exemplo, como nossos Serviços são usados, como é sua interação com outros usuários durante a utilização de nossos Serviços, etc.), arquivos de registro, além de registros e relatórios de diagnóstico, falhas, website e desempenho.

Dados sobre transações. Em caso de pagamento por nossos Serviços, podemos receber dados e confirmações como recibos de pagamento, inclusive de lojas de aplicativo ou de terceiros que estejam processando seu pagamento.

Dados sobre dispositivos e conexões. Coletamos dados específicos sobre o dispositivo quando nossos Serviços são instalados, acessados ou utilizados por você. Isso inclui dados como modelo de hardware, dados do sistema operacional, dados sobre o navegador, endereço de IP, dados sobre a rede móvel, incluindo o número do telefone, e identificadores do dispositivo. Coletamos dados sobre a localização do dispositivo caso você utilize os recursos de localização, tais como quando você decide compartilhar sua localização com seus contatos, conferir locais próximos a você ou os locais que foram compartilhados com você e também com o intuito de diagnosticar e solucionar problemas, por exemplo, se houver problemas no recurso de compartilhamento de localização de nosso aplicativo. (WHATSAPP, 2016, grifo do autor).

A par dos dados fornecidos pelo próprio usuário, quando do cadastramento para utilização do serviço, e daqueles coletados automaticamente, a partir da utilização do serviço, o aplicativo busca dados sobre os usuários em poder de terceiros, sejam pertencentes à família Facebook, sejam a plataformas parceiras. Além disso, atua colaborativamente com plataformas diversas, compartilhando as potencialidades inerentes à rede de usuários do serviço. A esse respeito, veja-se:

Dados de terceiros

Dados divulgados por terceiros sobre você. Recebemos dados divulgados por outros, o que pode incluir dados sobre você. Por exemplo, quando outros usuários que você conhece utilizam nossos Serviços, eles podem fornecer seu número de telefone que está na agenda de contatos deles (assim como os números deles podem vir de seus

contatos); eles podem também enviar-lhe uma mensagem, enviar mensagens para grupos dos quais você participe ou podem ligar para você.

Prestadores de serviço terceirizados. Trabalhamos com prestadores de serviço terceirizados para nos ajudar a operar, executar, aprimorar, entender, personalizar, dar suporte e anunciar nossos Serviços. Por exemplo, trabalhamos com outras empresas para distribuir nossos aplicativos, formar nossos sistemas de infraestrutura, de entrega ou outros, fornecer informações sobre mapas e locais, processar pagamentos, ajudar-nos a entender como as pessoas utilizam nossos Serviços e anunciar nossos Serviços. Esses prestadores de serviço podem nos fornecer informações suas sob determinadas circunstâncias, por exemplo, as lojas de aplicativo podem nos enviar relatórios para nos ajudar a diagnosticar e corrigir problemas no serviço.

Serviços de terceiros. Permitimos o uso de nossos Serviços em conjunto com serviços de terceiros. Se nossos Serviços forem usados com serviços de terceiros, podemos receber dados seus fornecidas por eles, por exemplo, ao usar o botão Compartilhar do WhatsApp em um serviço de notícias para compartilhar uma reportagem com seus contatos e grupos do WhatsApp ou listas de transmissão de nossos Serviços, ou ao optar por acessar nossos Serviços por meio da promoção feita pela operadora de celular ou pela fornecedora do dispositivo. Observe que ao usar serviços de terceiros, os termos e as políticas de privacidade aplicáveis serão os elaborados para tais serviços. (WHATSAPP, 2016, grifo do autor).

A partir de 2014, quando passou a fazer parte da família Facebook (G1, 2014), o WhatsApp passou a ser utilizado também como suporte e integração dos demais serviços oferecidos pelo grupo, tanto que consta dos termos de uso, entre os serviços prestados pelo aplicativo, a seguinte especificação:

Comunicados sobre nossos Serviços e a Família de Empresas do Facebook. Fazemos comunicados sobre nossos Serviços e recursos e informamos sobre nossos termos, políticas e outras atualizações importantes. Podemos enviar a você anúncios sobre nossos Serviços e sobre a família de empresas do Facebook, do qual agora fazemos parte. (FACEBOOK, 2019b).

No que diz respeito à utilização dos dados fornecidos pelos usuários, bem como aqueles colhidos automaticamente e ainda aqueles fornecidos por terceiros, os termos de uso contêm disposição específica:

Seus dados são compartilhados à medida que você utiliza e se comunica usando nossos Serviços e nós compartilhamos seus dados para nos ajudar a operar, aprimorar, entender, personalizar, dar suporte e a promover nossos Serviços.

Podemos coletar, usar, reter e compartilhar dados quando acreditarmos em boa fé que isso se faz necessário para: (a) atuar conforme exigido pela legislação aplicável ou em processos judiciais ou administrativos; (b) impor nossos Termos e outros termos e políticas aplicáveis, inclusive investigações sobre possíveis violações; (c) detectar, investigar, prevenir e resolver atividades fraudulentas e ilícitas ou questões de segurança ou técnicas; ou (d) proteger os direitos, a propriedade e a segurança de nossos usuários, do WhatsApp, da família de empresas do Facebook ou de terceiros. (FACEBOOK, 2019b).

Identicamente ao que ocorre com os termos de uso do Facebook e do Instagram, o WhatsApp presume a autorização do usuário para tratamento, utilização e compartilhamento dos dados pessoais fornecidos como requisito de acesso aos serviços por parte do usuário. De

igual modo, a autorização de utilização não estabelece uma finalidade específica, senão apenas autoriza sua utilização de modo genérico e irrestrito.

Ainda no que se refere às redes sociais, merece destaque o **Twitter**. Uma das redes sociais mais populares do mundo, o Twitter é um serviço por meio do qual amigos, familiares e colegas de trabalho podem se comunicar e se manter conectados, trocando mensagens rápidas e frequentes. As pessoas publicam Tweets, que podem conter fotos, vídeos, *links* e texto. Essas mensagens são publicadas em seu perfil e enviadas a seus seguidores, podendo ser encontradas por meio da busca do Twitter (TWITTER, 2019).

Por meio do Twitter, o usuário pode seguir todos os assuntos do momento, das últimas notícias ao entretenimento, passando por esportes, política e interesses cotidianos, participando das conversas (TWITTER, 2019c). O Twitter tem ganhado especial relevância no âmbito político, tendo se transformado em uma das principais plataformas de contato direto entre governantes/governados.

De acordo com Rosseto (2013), a utilização deste *microblog* apresenta três objetivos que se destacam na vida política daqueles que seguem líderes ou atores políticos: (1) trata-se de uma forma de obter informação política rápida e sem filtros; (2) preenche o anseio dos usuários que desejam ser parte do processo político e não somente receptores de informação; e (3) é uma ferramenta de negócio para quem trabalha com política ou faz a cobertura de notícias políticas.

Assim como as demais plataformas até aqui analisadas, o Twitter tem alcance mundial, abarcando grande parcela da população com acesso a Internet. Disso emerge sua potencialidade à vulneração de direitos fundamentais, principalmente, no que diz respeito à privacidade e aos dados pessoais dos usuários.

Dos seus termos de uso, extrai-se a política de captura e utilização dos dados pessoais dos usuários, destacando-se as seguintes disposições:

Quando você usar o Twitter, mesmo que esteja somente olhando Tweets, recebemos algumas informações pessoais de você, como o tipo de dispositivo que você está usando e o seu endereço IP. Você pode optar por compartilhar informações adicionais conosco, como seu endereço de e-mail, número de telefone, contatos do catálogo de endereços e um perfil público. Usamos essas informações para coisas como manter sua conta segura e mostrar a você Tweets mais relevantes, pessoas para seguir, eventos e anúncios. (TWITTER, 2019b).

No que se refere às informações necessárias à utilização do serviço, lê-se:

Se você optar por criar uma conta, você precisa nos fornecer alguns dados pessoais para que possamos fornecer nossos serviços a você. No Twitter, isso inclui um nome de exibição (por exemplo, “Momentos Twitter”), um nome de usuário (por exemplo,

@MomentosTwitter), uma senha e um endereço de e-mail ou número de telefone. (TWITTER, 2019b).

Assim como as demais redes sociais analisadas, o Twitter faz uso de mecanismos de identificação de áreas de interesse, em conformidade com as atividades do usuário, a partir do que direciona suas ações em consonância com o perfil identificado. Tais circunstâncias se encontram expressas nos seus termos de uso:

Além das informações que você compartilha conosco, usamos seus Tweets, o conteúdo que você leu, Curtiu ou fez um Retweet, e outras informações para determinar em quais tópicos você está interessado, sua idade, os idiomas que você fala e outros sinais para mostrar conteúdo mais relevante para você. (TWITTER, 2019b).

Dentre as características que o diferenciam dos demais aplicativos, destaca-se a publicidade como regra geral para as publicações via Twitter. É da essência do aplicativo que todos tenham acesso e possam participar das discussões iniciadas por meio do aplicativo. Acerca do ponto, cuida o regulamento:

A maioria das atividades no Twitter é pública, inclusive suas informações de perfil, seu fuso-horário e idioma, quando você criou a sua conta e seus Tweets e determinadas informações sobre seus Tweets como a data, horário, aplicativo e versão do Twitter onde você fez o Tweet. Você é responsável por seus Tweets e por outras informações que você fornecer por meio de nossos serviços e deve pensar cuidadosamente sobre o que tornar público, especialmente se forem informações sensíveis. (TWITTER, 2019b).

Assim como ocorre com os demais sistemas, também o Twitter se utiliza de sistema informatizado de tratamento de dados, a partir do que sistematiza as informações extraídas de usuários, tornando-as atrativas para usos diversos daqueles aos quais eram destinadas. Os termos de uso contém disposição expressa nesse sentido:

Além de fornecer suas informações públicas para o mundo diretamente no Twitter, também usamos tecnologias como interfaces de programação de aplicativos (APIs) e incorporações para disponibilizar essas informações a sites, aplicativos e outras pessoas para seu uso - por exemplo, exibindo Tweets em um site de notícias ou analisando o que as pessoas dizem no Twitter. Usamos suas informações de contato, como seu endereço de e-mail ou número de telefone, para autenticar sua conta e mantê-la, e para manter os nossos serviços, em segurança e para ajudar a prevenir spam, fraude e abuso. Também usamos informações de contato para personalizar nossos serviços, habilitar certos recursos da conta (por exemplo, para verificação de acesso ou Twitter via SMS) e para enviar a você informações sobre nossos serviços. Se você fornecer ao Twitter seu número de telefone, você concorda em receber mensagens de texto do Twitter nesse número, conforme permitido pelas leis do seu país. O Twitter também usa suas informações de contato para direcionar marketing a você conforme as leis do seu país permitirem, e para ajudar outras pessoas a encontrar sua conta, se suas configurações permitirem, inclusive por meio de serviços de terceiros e aplicativos clientes. Você poderá utilizar suas configurações de notificações por e-mail e por celular para controlar as notificações que receber do

Twitter. Você também poderá descontinuar o recebimento de uma notificação seguindo as instruções contidas na notificação ou aqui. (TWITTER, 2019b).

Há, ainda, previsão de compartilhamento de informações sobre os usuários com terceiros:

Recebemos determinadas informações quando você usa nossos serviços ou outros sites ou aplicativos móveis que incluem nosso conteúdo e de terceiros, inclusive anunciantes. Assim como as informações que você compartilha conosco, usamos os dados abaixo para operar nossos serviços. Podemos receber informações sobre você de terceiros que não são nossos parceiros de publicidade, como outras pessoas no Twitter, parceiros que nos ajudam a avaliar a segurança e a qualidade do conteúdo em nossa plataforma, nossas empresas afiliadas e outros serviços vinculados à sua conta do Twitter. (TWITTER, 2019b).

Outra característica do Twitter é a expressa assunção de que os serviços são remunerados por meio da publicidade. Contrariamente aos demais aplicativos que o fazem de forma velada, seu regulamento trata abertamente sobre essa questão:

A receita de publicidade nos permite prestar suporte e melhorar nossos serviços. Nós podemos utilizar as informações descritas nesta Política de Privacidade para ajudar a tornar nossa publicidade mais relevante para você, para medir sua eficácia e para ajudar a reconhecer seus dispositivos para podermos fornecer anúncios a você dentro e fora do Twitter. Nossos parceiros de publicidade e afiliadas compartilham conosco informações como ID do cookie do navegador, ID do dispositivo móvel ou hash criptográfico de um endereço de e-mail, assim como dados demográficos ou de interesse e conteúdo visualizado ou ações tomadas em um site ou aplicativo. Alguns de nossos parceiros de publicidade, especialmente nossos anunciantes, também nos permitem coletar informações similares diretamente de seu site ou aplicativo ao integrar nossa tecnologia de publicidade. (TWITTER, 2019b).

Em contrapartida à utilização das informações dos usuários com fins declaradamente comerciais, o regulamento do Twitter estabelece um aparente controle ao usuário sobre os dados fornecidos:

Se você registrou uma conta no Twitter, nós disponibilizamos a você ferramentas e configurações de conta para acessar, corrigir, excluir ou modificar os dados pessoais que você nos forneceu e que estejam associados à sua conta. Você pode baixar determinadas informações da conta, inclusive seus Tweets, seguindo as instruções aqui. No Periscope, você pode solicitar a correção, exclusão ou modificação de seus dados pessoais e fazer o download das informações da sua conta, seguindo as instruções aqui. Você pode saber mais sobre os interesses que inferimos sobre você em Seus Dados do Twitter e solicitar acesso às informações adicionais aqui. (TWITTER, 2019b).

No mesmo sentido:

Fornecemos controle a você por meio de suas configurações para limitar os dados que coletamos de você e como os usamos, além de controlar itens como segurança da conta, preferências de marketing, aplicativos que podem acessar sua conta e contatos

do catálogo de endereços que você subiu no Twitter. Você também pode sempre fazer o download das informações que você compartilhou no Twitter. (TWITTER, 2019b).

Em que pese a aparente maior transparência acerca da utilização dos dados de usuários, bem como da existência de ferramentas de controle acerca de sua utilização, o Twitter parte do mesmo pressuposto dos demais aplicativos, presumindo a autorização do usuário até manifestação expressa em contrário. Tal expediente é de duvidosa compatibilidade com a dogmática acerca dos direitos da personalidade, como se verá ao final do presente capítulo, a partir de uma análise conjunta das disposições comuns a todos os aplicativos.

De igual estatura, o Google é uma ferramenta de busca por meio da qual é possível fazer pesquisas na Internet sobre qualquer tipo de assunto ou conteúdo. É, atualmente, o serviço de busca mais utilizado e também o primeiro serviço lançado pela Google Inc. Sua missão institucional, conforme se extrai do seu site oficial na Internet (GOOGLE, 2019a), é organizar as informações disponíveis na web de todo o mundo para que sejam universalmente acessíveis e úteis para todos.

Assim como o Facebook, o Google abarca outros aplicativos em sua “família”, dentre os quais merece destaque o **Youtube**, a maior plataforma de compartilhamento de vídeos atualmente existente.

Também o Google exige o fornecimento de informações pessoais relevantes para que o usuário possa ter acesso aos serviços. Além disso, por meio da utilização de inteligência artificial, traça perfis de interesse dos usuários a partir das pesquisas realizadas em sua plataforma e de suas atividades na web.

Acerca das informações de usuários, extrai-se dos seus termos de uso:

Coletamos informações para fornecer serviços melhores a todos os nossos usuários, o que inclui descobrir coisas básicas, como o idioma que você fala, até coisas mais complexas, como anúncios que você pode considerar mais úteis, as pessoas on-line que são mais importantes para você ou os vídeos do YouTube de que você poderá gostar. As informações coletadas pelo Google e como essas informações são usadas dependem de como você usa nossos serviços e de como gerencia os controles de privacidade. (GOOGLE, 2019b).

No que se refere ao modo de coleta e tratamento das informações:

Quando você não está conectado a uma Conta do Google, armazenamos as informações que coletamos com identificadores exclusivos vinculados ao navegador, aplicativo ou dispositivo que você está usando. Isso nos ajuda a manter as preferências de idioma em todas as sessões de navegação, por exemplo. Quando você está conectado, também coletamos informações que armazenamos com sua Conta do Google e que tratamos como informações pessoais. (GOOGLE, 2019b).

As autorizações relacionadas às informações necessárias para se ter acesso ao serviço seguem a mesma lógica dos demais aplicativos, com a presunção de autorização do seu uso pelo simples acesso, de modo que eventual restrição deve partir de iniciativa do usuário, presumindo-se plena autorização de uso em caso de inércia. Eis os seus termos:

Ao criar uma Conta do Google, você nos fornece informações pessoais que incluem seu nome e uma senha. Você também pode optar por adicionar um número de telefone ou informações de pagamento à sua conta. Mesmo se não estiver conectado a uma Conta do Google, você poderá optar por nos fornecer informações, como um endereço de e-mail para receber atualizações sobre nossos serviços. As informações que coletamos incluem identificadores exclusivos, tipo e configurações de navegador, tipo e configurações de dispositivo, sistema operacional, informações de rede móvel, incluindo nome e número de telefone da operadora e número da versão do aplicativo. Também coletamos informações sobre a interação de apps, navegadores e dispositivos com nossos serviços, incluindo endereço IP, relatórios de erros, atividade do sistema, além de data, hora e URL referenciador da sua solicitação. (GOOGLE, 2019b).

O regulamento também é expresso ao justificar a utilização de informações relacionadas ao usuário e ao seu comportamento na *web* para fins de estabelecimento de perfis de interesse, por meio dos quais são direcionados ao usuário conteúdos alinhados ao seu histórico de utilização do serviço. Nesse sentido:

Coletamos informações sobre sua atividade em nossos serviços e usamos tal informação para recomendar um vídeo do YouTube de que você pode gostar, por exemplo. As informações de atividades que coletamos podem incluir o seguinte:

- termos que você pesquisa;
- vídeos que você assiste;
- visualizações e interações com conteúdo e anúncios;
- informações de voz e áudio quando você usa recursos de áudio;
- atividade de compra;
- pessoas com quem você se comunica ou compartilha conteúdo;
- atividades em sites e apps de terceiros que usam nossos serviços;
- histórico de navegação do Chrome que você sincronizou com a Conta do Google. (GOOGLE, 2019b).

Conforme se denota, as informações coletadas abrangem os mais diversos aspectos do comportamento individual na rede, desde os conteúdos pesquisados até informações de terceiros com quem o usuário se relaciona por meio da *web*. Disso se denota a inegável disposição dos mais elementares direitos inerentes aos diversos aspectos da personalidade humana, especialmente, no que diz respeito à privacidade.

Além de fornecer informações dos usuários a terceiros, o Google também coleta dados dos usuários disponíveis em fontes diversas, conforme infratranscrito:

Em algumas circunstâncias, o Google também coleta informações sobre você de fontes de acesso público. Por exemplo, se seu nome aparecer em um jornal local, o mecanismo de pesquisa do Google poderá indexar esse artigo e exibi-lo para outras pessoas, se elas pesquisarem pelo seu nome. Também podemos coletar informações

sobre você de parceiros confiáveis, incluindo parceiros de marketing que nos fornecem informações sobre clientes em potencial para nossos serviços comerciais e parceiros de segurança que nos fornecem informações para proteção contra abuso. Também recebemos informações de anunciantes para fornecer serviços de publicidade e pesquisa em nome deles. Usamos as informações que coletamos para personalizar nossos serviços, inclusive para fornecer recomendações, conteúdo e resultados de pesquisa personalizados. Por exemplo, a Verificação de segurança fornece dicas de segurança adaptadas à forma como você usa os produtos do Google. E o Google Play usa informações, como apps já instalados e vídeos assistidos no YouTube, para sugerir novos apps que você pode gostar. (GOOGLE, 2019b).

A partir dos regulamentos analisados, o que se vislumbra é a semelhança na sistemática de coleta, processamento e compartilhamento dos dados pessoais dos usuários, a partir de autorizações tácitas, decorrentes do acesso ao serviço.

Conforme constatado, há um compartilhamento de dados relativos aos usuários dessas plataformas digitais, em cooperação com outras plataformas e aplicativos, de modo que o usuário passa a fazer parte de uma rede integrada de compartilhamento de informações, com interesses múltiplos, que vão do comercial ao político, pelo simples fato de fazer uso de uma rede social ou serviço *on-line*.

Nessa perspectiva, há de se questionar, à luz das premissas antes fixadas acerca de legitimidade da limitação voluntária de direitos da personalidade, se referidas disposições mostram-se aptas a vincular o titular aderente.

Os dados pessoais, a imagem das pessoas, sua voz, seus hábitos, suas produções intelectuais, etc., inegavelmente, integram o universo dos direitos da personalidade, não podendo lhes ser atribuída a lógica puramente proprietária.

Como visto alhures, o consentimento do titular deve ser admitido como compatível com a característica da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade (BITTAR, 2008). Entretanto, a autonomia privada deve ser exercida de modo a não aniquilar o próprio direito e decorrer de manifestação de vontade livre e consciente (SCHREIBER, 2013). A amplitude da autorização fornecida quando da aderência aos termos acima não parece, em uma primeira análise, compatível com o consentimento livre e informado acerca do uso dado às informações pessoais do usuário.

Não nos parece que o assentimento implícito, pelo simples acesso ao serviço da *web*, seja compatível com as diretrizes do consentimento informado como fonte de obrigações e, especialmente, restrição de direitos da personalidade. O próprio consentimento é de duvidosa validade, porquanto não se pode negar a existência de contextos com condicionamentos tais que retiram totalmente a possibilidade de escolha por parte do usuário, mormente quando se trata de acesso a serviços essenciais ou importantes.

Rodotá (2008) já advertia que o usuário de serviços informáticos e telemáticos se encontra em tal situação de disparidade de poder em relação aos fornecedores de tais serviços que, a rigor, não se pode falar em consentimento livre e manifestado para transações referentes ao fornecimento de dados pessoais.

De igual modo, mostra-se duvidosa a observância ao princípio da finalidade, segundo o qual os dados devem ser utilizados para finalidade específica, designada no momento da coleta. A possibilidade de utilização em um sem número de situações eventuais e futuras, e mesmo a possibilidade de compartilhamento com outras plataformas, denuncia a aparente ilegitimidade do regulamento também sob este aspecto.

Avançando na análise, deve-se aferir se os termos da autorização são específicos no que se refere à duração e ao alcance da restrição. Isso porque, conforme premissas fixadas, qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente não pode ser admitida, por equiparar-se à renúncia (SCHREIBER, 2013). Também quanto ao ponto não se pode afirmar, *a priori*, a legitimidade da restrição autoimposta ao se aderir ao regulamento. Isso porque não há qualquer delimitação temporal ou de abrangência, sendo que a autorização é demasiadamente ampla e destituída de marco temporal específico.

Entrementes, a dogmática relacionada aos direitos fundamentais resolve apenas em parte os problemas relacionados, porquanto se torna evidente a prevalência dos direitos fundamentais em face de outros direitos não considerados fundamentais, tampouco inerentes à condição humana (como o interesse econômico das grandes corporações, por exemplo). Em se tratando de conflito entre dois direitos da mesma estatura, a solução é dotada de maior complexidade.

O ponto fulcral do presente estudo diz respeito à solução do problema jurídico decorrente do conflito entre os direitos da personalidade e a autonomia privada, ambos com *status* de direito fundamental. Mais propriamente, busca-se responder se é possível a restrição de direitos da personalidade no exercício da autonomia privada, e, em caso de resposta afirmativa, em que medida isso é possível.

A fim de buscar uma solução juridicamente adequada à questão, propõe-se a aplicação da sistemática de precedências *prima facie*, desenvolvida por Steinmetz (2004), a partir da teoria dos princípios de Alexy.

6.4 MÉTODO PROPOSTO PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Denota-se, a partir das análises empreendidas, a existência de uma constante tensão entre a autonomia privada (direito fundamental e pedra angular do direito privado) e os direitos da personalidade. Como visto, ambos devem ser compatibilizados no caso concreto, à luz da dogmática jurídica relacionada à temática.

Pode-se constatar, igualmente, que o universo das relações jurídicas onde o meio eletrônico funciona como instrumento vai além do âmbito estritamente comercial ou empresarial (SANTOLIM, 2005). Contratos há em que prepondera o conteúdo existencial ao patrimonial, com inegáveis afetações na análise da compatibilidade do ato negocial com o conteúdo da autonomia privada e os direitos da personalidade.

Nesse ponto, relevante a distinção entre contratos com conteúdo eminentemente patrimonial e contratos onde predominam questões existenciais. Preponderando o conteúdo patrimonial, por certo a autonomia privada poderá ser exercida de forma mais ampla, enquanto a preponderar o conteúdo existencial, ficará adstrita aos limites impostos pelos direitos fundamentais.

O contrato de conteúdo preponderantemente patrimonial remonta àquele gestado no oitocentos, de inspiração liberal, onde as partes dispunham de liberdade quase plena de estabelecer seu conteúdo e efeito (NAVES, 2014). O dirigismo contratual que se seguiu com o advento do estado social não desfigura a característica essencial para a presente distinção, que se volta apenas ao seu conteúdo. Quer dizer, a despeito da mitigação do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), e a par da inserção, no ordenamento jurídico, de cláusulas gerais de boa-fé e vedação à abusividade contratual, o conteúdo essencialmente patrimonial é a característica básica dessa modalidade de pacto.

Ainda que mitigada, a autonomia privada continua a ser a pedra de toque do direito privado, essencialmente quando se está a dispor de direitos cuja relevância não transborda a esfera patrimonial. Exemplo clássico dessa modalidade de contrato é a compra e venda, onde o interesse patrimonial é preponderante, senão o único interesse envolvido. Os contratos firmados com *sites* de vendas *on-line* também se enquadram nessa modalidade, conforme exemplos analisados anteriormente.

Por situações jurídicas existenciais, entendem-se aqueles que dizem respeito à pessoa humana em si considerada, ou seja, relacionadas aos direitos da personalidade (NAVES, 2014). Como visto, a despeito das características tradicionalmente atribuídas a esses direitos, notadamente irrenunciabilidade e a alienabilidade, os efeitos econômicos decorrentes dos direitos da personalidade podem ingressar no tráfego jurídico. Em casos tais, embora a onerosidade normalmente se faça presente, prepondera o interesse existencial ao patrimonial.

Mesmo nestas, a autonomia privada segue como um dos princípios informativos basilares do direito privado. Exemplo típico dessa modalidade de contrato encontramos nas redes sociais, com destaque para Facebook, Instagram e Twitter, objetos de análise em tópico pregresso.

A prevalência dos direitos da personalidade em detrimento dos direitos patrimoniais decorre da repersonalização do direito privado, a partir do que o patrimônio passa a ser funcionalizado para servir aos interesses do homem, e não o contrário (NAVES, 2014).

De modo a superar essa aparente perplexidade, trabalha-se com as relações de **precedência “*prima facie*”** propostas por Steinmetz (2004), a partir da teoria dos princípios de Alexy.

As precedências ou prioridades *prima facie* compõem um dos elementos da teoria dos princípios de Alexy e culminam por oferecer uma resposta juridicamente adequada e racionalmente fundamentada à colisão entre princípios (STEINMETZ, 2004).

Conforme se extrai da crítica formulada por Virgílio Afonso da Silva (2005) à proposta, para Steinmetz (2004), a compatibilização entre direitos fundamentais e autonomia privada somente pode ser levada a cabo por meio do chamado princípio da proporcionalidade. Isso porque Steinmetz parte do pressuposto – correto na opinião de Silva – de que tanto os direitos fundamentais quanto a autonomia privada têm estrutura de princípios, nos termos da formulação de Alexy, significando que ambos são mandados de otimização. Nessa perspectiva, a compatibilização entre ambos deveria seguir a mesma linha de raciocínio aplicada à colisão entre dois direitos fundamentais.

A contribuição de Steinmetz, nesse ponto, consiste no desenvolvimento de critérios que possam nortear a aplicação da proporcionalidade aos atos de autonomia privada que importem em restrição a direitos fundamentais (SILVA, 2005). Posto que os direitos da personalidade ostentam a característica da fundamentalidade, a proposta se apresenta adequada à solução do problema proposto para o presente estudo.

O ponto de partida da teoria dos princípios, tal como formulada por Alexy, é a distinção teórica entre princípios e regras. Para Alexy (apud STEINMETZ, 2017, p. 49), entre normas-princípios e normas-regras, para além de uma diferença gradual – abstração e generalidade – há uma diferença qualitativa:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são *mandamentos de otimização* enquanto as regras têm o caráter de *mandamentos definitivos*. Como mandamentos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que podem ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não só das possibilidades fáticas mas

também das jurídicas, que estão determinadas não só por regras mas também, essencialmente, pelos princípios opostos.

Disso decorre que os princípios são suscetíveis de ponderação, enquanto as regras ou são aplicadas, ou não são. As regras, portanto, aplicam-se a base do tudo ou nada, não sendo suscetíveis de ponderação, tampouco necessitando dela (STEINMETZ, 2004).

Essa distinção teórico-estrutural mostra-se correta e útil quando se consideram as colisões de princípios e os conflitos de regras. O traço comum entre ambos é o fato de, em determinado caso, serem aplicáveis mais de uma regra ou mais de um princípio, suficientes à atribuição de resultado diverso caso aplicado um ou outro. O método de solução é diverso, contudo, conforme se esteja diante de colisão de princípios ou conflito de regras (STEINMETZ, 2017).

Os conflitos de regras são solucionados por meio da utilização dos métodos tradicionais de solução de antinomias (lei superior derroga lei inferior, lei posterior derroga lei anterior e lei especial derroga lei geral), ou mediante a inserção de uma cláusula de exceção em uma delas. As colisões de princípios, por sua vez, são resolvidas de modo diverso. Com base nas circunstâncias relevantes do caso concreto, um dos princípios precede o outro (STEINMETZ, 2017). Daí se inferir que não se mostra factível a solução de colisão de princípios em abstrato.

Disso decorre que, em diferentes casos de colisão envolvendo os mesmos princípios, nem sempre o mesmo princípio terá precedência. Isso porque inexiste hierarquia “dura”, abstrata, uma relação de precedência absoluta, entre princípios constitucionais. *In abstrato*, os direitos fundamentais ostentam idêntica hierarquia. Conforme Alexy (apud STEINMETZ, 2004, p. 206):

[...] o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um princípio precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de forma inversa. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos e que prevalece o princípio com maior peso.

Como se vê, a precedência de um princípio em relação a outro depende das circunstâncias e especificidades do caso concreto. Esse procedimento racional de identificar, valorar e fundamentar as condições sob as quais, *in concreto*, um princípio precede outro, é o método da ponderação de bens (STEINMETZ, 2004).

O que se acaba de descrever guarda relação com outros dois elementos fundamentais da teoria de Alexy: a tese da *relação de precedência condicionada*, formalizada concisamente na *lei de colisão*, e a ponderação de bens, estruturada no princípio da proporcionalidade. Segundo o autor (ALEXY apud STEINMETZ, 2004), a determinação da relação de precedência

condicionada consiste em que, em determinado caso concreto, identificam-se as condições sob as quais um princípio terá prevalência sobre outro.

Para aplicar a fórmula em um caso concreto, o Tribunal Constitucional alemão utiliza a metáfora do peso. Alexy ilustra a metodologia a partir da seguinte construção: “o princípio P_1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P_2 quando existem razões suficientes para que P_1 preceda a P_2 , sob condições C dadas no caso concreto.” Portanto, peso equivale a razões suficientes.

A partir dessas formulações, Alexy formula a *lei de colisão*, válida para todas as soluções de colisões entre princípios de igual envergadura: “as condições sob as quais um princípio precede o outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa consequência jurídica do princípio precedente.” (STEINMETZ, 2004, p. 208).

O resultado da ponderação dos princípios em jogo estabelece as condições de precedência que informam o peso relativo dos princípios no caso concreto, arrimando uma decisão de prevalência. Em outros termos, o resultado da ponderação pode ser formulado como uma regra sob a qual submete-se o caso concreto (STEINMETZ, 2004,).

A partir desse ponto, chega-se a outro elemento da teoria dos princípios de Alexy: as *estruturas de ponderação*.

Conforme sublinhado por Steinmetz (2004), apesar de a regra de precedência descrever o resultado de uma ponderação, não descreve o processo intelectual da ponderação, seu *modus operandi*, suas “estruturas de ponderação”.

Segundo Alexy, entre a teoria dos princípios – segundo a qual os princípios são mandamentos de otimização e a colisão de princípios se resolve mediante ponderação – e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Conforme visto alhures, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas são determinadas pelas máximas da adequação e da necessidade e as possibilidades jurídicas, pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito, sendo esta última o princípio da ponderação propriamente dito (ALEXY apud STEINMETZ, 2004).

Portanto, adequação, necessidade de proporcionalidade em sentido estrito são os elementos constitutivos do princípio da proporcionalidade, assim definido pela dogmática e jurisprudência constitucionais contemporâneas, de matriz germânica. As estruturas de ponderação são, pois, estruturas de argumentação racional, consubstanciadas no princípio da proporcionalidade e seus três elementos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das restrições ou limitações de direitos fundamentais pressupõe a existência de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objeto perseguido pela restrição e o meio é a própria decisão normativa (legislativa, administrativa, judicial ou contratual) limitadora. O princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se deseja alcançar e o meio utilizado deva ser adequada, necessária e proporcionada (STEINMETZ, 2004).

O *princípio da adequação* ordena que se verifique, à luz do caso concreto, se a decisão normativa restritiva do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida, ou seja, se o meio é apto, útil, idôneo ou apropriado para atingir o fim pretendido. A análise tem caráter empírico, ou seja, verifica-se se o meio é empírica ou faticamente adequado ao objetivo pretendido (STEINMETZ, 2004).

O *princípio da necessidade*, por sua vez, ordena que se examine se, entre os meios de restrições disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos gravoso ao direito fundamental em questão. Assim, a necessidade decorre da inexistência de outro meio de restrição igualmente efetivo e que limite menos os direitos fundamentais em jogo (STEINMETZ, 2004).

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, ordena que os meios elegidos devam se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Esse dever é cumprido mediante o exame do equilíbrio ou da justa medida entre a restrição (meio) e a finalidade pretendida (STEINMETZ, 2004).

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento de ponderação, que consubstancia a *lei da ponderação*, assim formulado por Alexy: “quanto maior o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro.” (ALEXY apud STEINMETZ, 2017, p. 56).

A análise do conteúdo da lei de ponderação consiste em três passos, a saber: Primeiro: determinação do grau de não satisfação ou de não realização de um princípio. Trata-se de quantificar o grau de intensidade da restrição. Segundo: avaliação da importância (peso) da realização do outro princípio. Terceiro: demonstração de se a realização do princípio oposto justifica a não realização do princípio restringido (STEINMETZ, 2004).

Por fim, um último elemento constitutivo da teoria dos princípios de Alexy são as precedências ou prioridades *prima facie*. Dada a idêntica hierarquia *in abstracto* dos princípios, não é possível estabelecer uma ordem de precedência incondicionada (absoluta ou definitiva). Por outro lado, é possível estabelecer condições (gerais) de precedência *prima facie*, com o objetivo de criar certa ordem no campo dos princípios (STEINMETZ, 2004).

As precedências *prima facie* não estabelecem determinações definitivas em favor de um princípio. Por isso mesmo são chamadas de *prima facie*. Estabelecem, contudo, um ônus argumentativo para a precedência de determinado princípio em um dado caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga argumentativa em favor de um princípio e contrária a outro. Vê-se que as precedências *prima facie* não necessariamente são mantidas no ponto de chegada, à medida que podem ceder ante argumentação idônea (STEINMETZ, 2004).

Esses são os referenciais teóricos e as estruturas metodológicas adotados por Steinmetz para a solução dogmática do problema da eficácia de direitos fundamentais nas relações contratuais, mais precisamente, para a procedimentalização e controlabilidade racionais do exame das restrições de direitos fundamentais resultantes dos atos de autonomia privada, no marco de uma vinculação imediata dos particulares a direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004).

No que diz respeito à autonomia privada, as precedências *prima facie* podem ser argumentativamente utilizadas com contraobjeção a objeção, segundo a qual a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, medida e modulada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, poderia instaurar a incerteza jurídica (sobretudo nas relações contratuais) e provocar a “erosão normativa” do princípio da autonomia privada, em particular, e a “fragilização normativa” do direito privado, em geral, especialmente do direito civil (STEINMETZ, 2004).

Com a advertência acerca da complexidade do tema e de se situar em um plano dogmático-constutivo inicial e genérico, Steinmetz propõe precedências *prima facie* gerais no âmbito dos direitos fundamentais individuais com base nos seguintes fatores: i) a posição preferente dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira (interpretados como concretizações mais específicas dos princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade); ii) a distinção entre direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial; iii) a distinção entre relações de igualdade e relações de desigualdade dos particulares (STEINMETZ, 2004).

A partir dessas premissas, o autor propõe quatro precedências (gerais) *prima facie*, havidas como dogmaticamente corretas:

- a) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;

- b) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;
- c) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial;
- d) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Conforme se denota, em apenas uma das hipóteses (c), há precedência em favor do princípio da autonomia privada. Segundo Steinmetz (2004), a consideração acerca da relação de igualdade ou desigualdade entre as partes decorre do princípio da igualdade. A consideração do conteúdo do direito fundamental em jogo (pessoal ou patrimonial) como circunstância relevante decorre dos princípios da dignidade humana e da liberdade (STEINMETZ, 2004). Por derradeiro, “o fato de haver mais precedências *prima facie* em favor dos direitos fundamentais do que do princípio da autonomia privada é coerente com a posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira.” (STEINMETZ, 2004, p. 225).

O modelo desenvolvido por Steinmetz foi objeto de crítica formulada por Virgílio Afonso da Silva, que apontou o que considera dois principais problemas. O primeiro deles diz respeito ao recurso ao chamado princípio da proporcionalidade; o segundo refere-se à importância que se dá à ideia de igualdade ou desigualdade fática entre as partes contratantes (SILVA, 2005).

Quanto ao primeiro ponto, discorre Silva (2005) que, quando se aplica a proporcionalidade para os casos de atos restritivos estatais, perguntar se uma medida é necessária implica indagar sobre a existência de outras medidas igualmente eficazes e menos gravosas ao direito atingido. Havendo alternativa, a medida não era necessária e, por isso, desproporcional. Contudo, sustenta que esse raciocínio não pode ser transportado para as relações entre particulares, uma vez que “exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias [...] para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos.” (SILVA, 2005, p. 179).

Diante disso, segundo aduz, as precedências *prima facie* estabelecidas por Steinmetz perderiam um pouco o sentido, ao passo que mesmo que a relação contratual tenha sido

estabelecida sob condições de igualdade fática e o direito fundamental envolvido tenha conteúdo patrimonial, se os termos do contrato não forem menos gravosos a esse direito o contrato será nulo (SILVA, 2005).

No que diz respeito ao segundo problema apontado (utilização da ideia de igualdade ou desigualdade fática), Silva sustenta que, ainda que tal recurso possa ser utilizado como elemento de argumentação jurídica nesse âmbito (colisão de direitos fundamentais com autonomia privada), deve ser encarado com extrema reserva. Para o autor, o decisivo seria a sinceridade no exercício da autonomia privada, que não necessariamente terá alguma relação com desigualdades externas a ela.

A suposta inconveniência do recurso ao princípio da proporcionalidade no modelo desenvolvido por Steinmetz não pode ser objetada na análise proposta, porquanto restrita a relações jurídicas entre particulares. Conforme assentado por Silva (2005), o raciocínio fundamenta a crítica não pode ser transportado para as relações entre particulares, sob pena de afronta à autonomia privada.

Já a utilização da ideia de igualdade ou desigualdade fática, mostra-se absolutamente consentânea com a teoria do negócio jurídico e com a dogmática dos direitos fundamentais, representando critério empiricamente verificável, além de consubstanciar relevante parâmetro de avaliação da validade da vontade manifestada. Outrossim, o critério proposto em substituição (sinceridade) é de um grau de subjetivismo que impede por completo sua aferição na prática.

Portanto, não se sustenta a crítica levantada ao modelo proposto por Steinmetz, o qual representa – até maiores desenvolvimentos acerca da temática – método adequado e suficiente à solução do problema jurídico decorrente do conflito entre autonomia privada e direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Desde sua origem na virada do feudalismo para o Estado Moderno, até sua releitura a partir da autonomia privada, a vontade continua sendo a fonte principal do negócio jurídico. A refuncionalização da vontade e sua equalização com o interesse geral, notadamente a partir da constitucionalização do direito privado e da irradiação dos direitos fundamentais às relações privadas, não retira da autonomia privada a condição de princípio basilar do direito privado.

Como princípio base do direito privado, é ela própria – a autonomia privada – um direito fundamental que representa a expressão da liberdade dos indivíduos. Não obstante, a autonomia privada para ser validamente exercida deve observar a conformidade com o ordenamento jurídico, o qual impõe limites materiais formais de observância obrigatória. A dogmática estabelece como balizas conformadoras do conteúdo da autonomia privada o ordenamento jurídico (em seus mais diversos níveis), a ordem pública e os bons costumes, todos voltados à consecução do fim último do ordenamento jurídico, qual seja, a consagração do indivíduo e da sua fundamental dignidade. Destarte, somente a autonomia privada exercida dentro desses balizamentos é reconhecida pela ordem jurídica.

A constitucionalização do direito privado e a consagração dos direitos fundamentais, que passam a irradiar efeitos de forma direta e imediata às relações entre particulares, conduz à repersonalização do direito privado, que passa a ser interpretado e aplicado em consonância com os princípios constitucionais. Disso se denota uma constante tensão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada (também caracterizada com um direito fundamental), cuja solução compõe o ponto fulcral do presente estudo.

Chega-se a questionar se a ampla gama de limitações imposta à autonomia privada não teria esvaziado seu conceito. Conforme visto, com a aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais, evitam-se situações de igualdade fictícia, meramente formal, que resultariam da aplicação rigorosa da autonomia contratual clássica. O mesmo não ocorre quando os contratantes ocupam, de fato, uma situação de igualdade de condições, caso em que a autonomia privada e a liberdade contratual são exercidas em sua plenitude. Assim, a aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares não representa risco à autonomia privada, senão o contrário, garante seu exercício de forma plena e extirpa de vícios da vontade.

De igual importância para a teoria do negócio jurídico, a massificação contratual, caracterizada pela adoção de contratos de adesão, com termos predefinidos pelo contratante mais forte, normalmente o fornecedor de produtos ou serviços, representa um dos fenômenos mais impactantes à teoria contratual. Essa nova técnica de contratação, que simplificou o

processo de formação do contrato, influencia diretamente a dogmática do negócio jurídico. Notadamente, a noção de contrato se altera a partir desse novo paradigma.

A sistemática do contrato de adesão limita a liberdade contratual da parte aderente e impede discutir o conteúdo das cláusulas contratuais, obrigando plena aceitação, em bloco, dos termos predefinidos pelo outro contratante. A adoção da sistemática contratual de adesão, em que uma das partes – geralmente a fornecedora – prévia e unilateralmente fixa as cláusulas contratuais, coloca em xeque a noção tradicional de contrato, pois as partes não têm possibilidade de negociar as cláusulas caso a caso.

A problemática resultante tem sido resolvida por meio do dirigismo contratual, tanto na esfera legislativa quanto jurisprudencial. Para tanto, criaram-se normas de observância obrigatória que balizam os limites de disposição contratual, que regulamentam atividades de interesse público, ou que vedam a utilização de cláusulas leoninas. O Código de Defesa do Consumidor foi paradigmático nesta seara.

A sociedade informacional trouxe novos desafio à temática, especialmente, no âmbito social. A moderna configuração do contrato, sobretudo no paradigma da sociedade informacional, acarreta novos carecimentos a reclamar solução a partir da teoria do negócio jurídico, cujos institutos seculares requerem reinterpretação/adaptação para que possam oferecer soluções adequadas à nova realidade contratual, que mudou seu eixo do patrimônio para o indivíduo, em reverências à nova ordem constitucional, que sedimenta o estado social e se baliza pela função social do contrato.

Não encontrando na teoria contratual clássica as respostas para suas demandas jurídicas, esses fenômenos sociais e econômicos implicaram a necessidade de uma nova maneira de interpretar os conceitos tradicionais do direito privado, de modo a munir o operador jurídico contemporâneo de instrumentos aptos a enfrentar os desafios disso resultantes.

O desenvolvimento das tecnologias informacionais e de comunicação vêm operando uma verdadeira transformação nos costumes socialmente consolidados, principalmente, a partir do maior poder de informação que atribuem ao indivíduo, bem como a partir da maior agilidade que proporcionam na consecução de relações jurídicas, sejam elas de cunho pessoal ou comercial. O direito à privacidade, de modo especial, sofre os influxos dessa nova realidade social, reconfigurando-se a partir do paradigma da sociedade informacional até se transmutar em um direito autônomo à proteção dos dados de interesse estritamente privado.

Nesse panorama, evidencia-se a importância da função a ser exercida pelo direito no sentido de fornecer a necessária segurança aos participantes das relações virtuais, provendo-

lhes a correta prestação jurisdicional e protegendo o ambiente virtual das práticas nocivas aptas a causar danos aos usuários das redes.

Conforme assentado, a solução para essa nova realidade contratual não perpassa, necessariamente, pela criação de um novo direito, no qual as categorias, conceitos e princípios jurídicos teriam de ser todos reconstruídos, absolutamente. Nem sempre a novidade se mostra uma virtude no Direito, seu valor somente se revela quando ela é necessária, efetivamente, para atender a alguma obrigação que não possa ser solvida com o que já está assentado e testado no sistema. Essa solução somente seria aceitável se restasse demonstrada a incapacidade dos modelos jurídicos vigentes em assentar as condições para sua funcionalização em relação às novas tecnologias da informação.

Com efeito, apenas na forma o contrato eletrônico se difere das tradicionais espécies de contrato, de resto aplicando-se a teoria do negócio jurídico. Consoante fixado, o ordenamento jurídico pátrio prevê a liberdade das formas, o que se aplica à contratação por meio eletrônico. A forma do contrato, propriamente, somente é essencial quando decorrente de expressa previsão legal, sendo a atipicidade a regra geral.

Estando consagrado e positivado o princípio da liberdade de forma, a eletrônica mostra-se plenamente válida e inatacável, salvo se houver texto de lei que a repudie. Portanto, em vista da liberdade das formas, consagrada pelo ordenamento jurídico, e evidenciada a aptidão da forma eletrônica para consubstanciar a manifestação de vontade, seja de modo expresso, seja por meio de comportamentos típicos concludentes do negócio jurídico, tem-se por absolutamente legítima a adoção do meio eletrônico de contratação, sem prejuízo à sua validade e conseqüente efetividade. Disso ser lícito concluir que não há necessidade de qualquer novo texto de lei que repudie o documento eletrônico como válido, porque nosso ordenamento assim já o considera. De igual modo, condutas negociais típicas também permeiam o meio virtual de contratação, daí advindo inegáveis efeitos jurídicos.

Os problemas relacionados à contratação por meio eletrônico se agudizam quando abrangem relações consumeristas típicas. Afora o fato de representarem a grande maioria do volume de tráfego jurídico, trata-se de relação estabelecida entre parte desiguais, apresentando-se o consumidor como parte hipossuficiente da relação e sujeito a toda sorte de violações. Por evidente, o sistema legal de proteção ao consumidor se aplica ao contrato eletrônico, desde que presentes os requisitos necessários à configuração da relação de consumo.

O atual modelo de vinculação jurídica entre consumidor e fornecedor no comércio eletrônico acentua a vulnerabilidade do primeiro, notadamente, a partir da deterioração da noção de sujeito da relação contratual, à medida que as cláusulas seguem o modelo de

contratação padronizada, mediante contrato de adesão, não sendo passíveis de negociação entre as partes, devendo ser aceitas ou rechaçadas em bloco, razão pela qual a contratação eletrônica também é massificada.

A partir do que se viu acerca das características dos contratos eletrônicos, restou evidenciado que a grande maioria dos contratos celebrados por este meio abarca relações consumeristas, sendo normalmente empresa de grande porte de um lado, e, de outro, pessoa física destinatária final do produto ou serviço.

Outro elemento a ser considerado é a complexidade técnica e jurídica deste tipo de contratação a distância. Para além do *click-agreement*, que permite a contratação com o simples clicar de uma tecla, o comércio eletrônico dirigido ao consumidor é cheio de surpresas, desde os contratos encapsulados – os *wrap-agreements*, que somente são visualizados após a contratação, que se efetiva após uma série de cliques em cadeia – passando pelos *cookies*, que desvendam os hábitos comerciais e os dados dos visitantes de determinado *site* ou portal, até os contratos que são somente virtuais e nunca podem ser realmente captados e perenizados no computador, permitindo que o fornecedor altere os termos contratuais com o passar do tempo.

Essa é a razão porque é adequado se falar de uma espécie de vulnerabilidade agravada e de proporções massificadas em se tratando de comércio eletrônico, devendo ser reconhecida, portanto, a hipervulnerabilidade do consumidor como regra.

Outrossim, conforme sublinhado, os serviços e utilidades trazidos pelos aplicativos disponíveis na *web*, ainda que aparentemente gratuitos, têm um preço real: os dados inseridos pelo usuário. De fato, o que enquadra o aplicativo na ótica das relações de consumo no direito brasileiro é a vantagem indireta adquirida pelo fornecedor na coleta de dados do consumidor para fins lucrativos, a exemplo da venda de relatórios de uso de determinado aplicativo por um consumidor a uma empresa interessada em saber seus hábitos e preferências de consumo, prática conhecida como filtragem colaborativa. Portanto, ao se considerar o valor econômico do capital social das redes e, assim, das informações que constituem as interações entre os perfis, já não há mais que se falar em gratuidade das relações jurídicas entre os *sites* e seus membros usuários e, portanto, consumidores dos serviços oferecidos.

Noutra perspectiva, os dados pessoais, a imagem das pessoas, sua voz, seus hábitos, suas produções intelectuais, etc., inegavelmente integram o universo dos direitos da personalidade, não podendo lhes ser atribuída à lógica puramente proprietária. Os contratos celebrados por meio eletrônico, especialmente aqueles relacionados a serviços *on-line*, sejam eles voltados a relações estritamente comerciais ou sociais, abarcam aspectos da personalidade do indivíduo, pelo que sua inserção do tráfego jurídico deve ser analisada com ressalvas.

Conforme assentado, o consentimento do titular deve ser admitido como compatível com a característica da irrenunciabilidade dos direitos da personalidade. Entretanto, a autonomia privada deve ser exercida de modo a não aniquilar o próprio direito e decorrer de manifestação de vontade livre e consciente. A sistemática e a amplitude das autorizações concedidas quando do acesso a um serviço *on-line* não se coadunam com as diretrizes do consentimento informado, especialmente, porque envolve aspectos ínsitos à personalidade do usuário.

A hipervulnerabilidade do consumidor de serviços informáticos e telemáticos parte do pressuposto de que o indivíduo se encontra em tal situação de disparidade de poder em relação aos fornecedores de tais serviços que, a rigor, não se pode falar em consentimento livre e manifestado para transações referentes ao fornecimento de dados pessoais.

Ainda, mostra-se inquestionável a inobservância ao princípio da finalidade, segundo o qual os dados devem ser utilizados para finalidade específica, designada no momento da coleta. A possibilidade de utilização em um sem número de situações eventuais e futuras, e mesmo a possibilidade de compartilhamento com outras plataformas, denuncia a patente ilegitimidade dos regulamentos também sob esse aspecto.

Avançando na análise, vê-se que os termos das autorizações concedidas não são específicos no que se refere à duração e ao alcance da restrição. Isso porque, conforme premissas fixadas, qualquer autolimitação de caráter irrestrito ou permanente não pode ser admitida, por equiparar-se à renúncia. Também quanto ao ponto não se pode afirmar, *a priori*, a legitimidade da restrição autoimposta ao se aderir ao regulamento, visto que não há qualquer delimitação temporal ou de abrangência, sendo que a autorização é demasiadamente ampla e destituída de marco temporal específico.

Uma coisa é certa, a proteção dos dados pessoais não pode ser baseada na lógica proprietária, porquanto intimamente relacionada com a proteção dos direitos da personalidade.

Todavia, a dogmática relacionada aos direitos fundamentais resolve apenas em parte os problemas relacionados, porquanto se torna evidente a prevalência dos direitos fundamentais em face de outros direitos não considerados fundamentais, tampouco inerentes à condição humana (como o interesse econômico das grandes corporações, por exemplo).

Superadas as premissas anteriores, constatou-se que remanesce o problema jurídico decorrente do conflito entre os direitos da personalidade e a autonomia privada, ambos com *status* de direito fundamental. Com efeito, buscou-se, em desfecho, responder se é possível a restrição de direitos da personalidade no exercício da autonomia privada, e, em caso de resposta afirmativa, em que medida isso é possível. Para responder ao problema, propôs-se a aplicação

da sistemática de precedência *prima facie*, desenvolvida por Steinmetz a partir da teoria dos princípios de Alexy.

Com etapa prévia, procedeu-se a análise dos regulamentos dos principais serviços *on-line* atualmente disponíveis, categorizando-os segundo a prevalência do conteúdo patrimonial ou existencial. A divisão se mostra relevante, uma vez que o conteúdo dos referidos regulamentos serve de parâmetro à fixação das relações de precedência.

A contribuição de Steinmetz quanto à temática consiste no desenvolvimento de critérios que possam nortear a aplicação da proporcionalidade aos atos de autonomia privada que importem em restrição a direitos fundamentais.

Conforme assentado, princípios e regras possuem características teórico-estruturais diversas a reclamar por soluções também diversas. Os conflitos de regras são solucionados por meio da utilização dos métodos tradicionais de solução de antinomias (lei superior derroga lei inferior, lei posterior derroga lei anterior e lei especial derroga lei geral), ou mediante a inserção de uma cláusula de exceção em uma delas. As colisões de princípios, por sua vez, são resolvidas com base nas circunstâncias relevantes do caso concreto, sendo que, a depender das peculiaridades do caso, um princípio precede ao outro. Disso decorre que, em diferentes casos de colisão envolvendo os mesmos princípios, nem sempre o mesmo princípio terá precedência.

Dada a idêntica hierarquia *in abstracto* dos princípios, não é possível estabelecer uma ordem de precedência incondicionada (absoluta ou definitiva). Por outro lado, é possível estabelecer condições (gerais) de precedência *prima facie*, com o objetivo de criar certa ordem no campo dos princípios.

As precedências *prima facie* não estabelecem determinações definitivas em favor de um princípio. Por isso mesmo são chamadas de *prima facie*. Estabelecem, contudo, um ônus argumentativo para a precedência de determinado princípio em um dado caso concreto. Assim, uma precedência *prima facie* constitui uma carga argumentativa em favor de um princípio e contrária a outro. Vê-se que as precedências *prima facie* não necessariamente são mantidas no ponto de chegada, à medida que podem ceder ante argumentação idônea.

Especificamente no que diz respeito à autonomia privada, as precedências *prima facie* podem ser argumentativamente utilizadas com contraobjeção a objeção, segundo a qual a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, medida e modulada pela aplicação do princípio da proporcionalidade, poderia instaurar a incerteza jurídica (sobretudo nas relações contratuais) e provocar a “erosão normativa” do princípio da autonomia privada, em particular, e a “fragilização normativa” do direito privado, em geral, sobretudo do direito civil.

Para solução dessa aparente perplexidade, Steinmetz propõe precedências *prima facie* gerais no âmbito dos direitos fundamentais individuais, com base nos seguintes fatores: i) a posição preferente dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira (interpretados como concretizações mais específicas dos princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade); ii) a distinção entre direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal e direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial; iii) a distinção entre relações de igualdade e relações de desigualdade dos particulares.

A partir dessas premissas, o autor propõe quatro precedências (gerais) *prima facie*, havidas como dogmaticamente corretas:

- a) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;
- b) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada;
- c) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial;
- d) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Conforme fixado a partir do desenvolvimento teórico, em apenas uma das hipóteses (c), há precedência em favor do princípio da autonomia privada. A consideração acerca da relação de igualdade ou desigualdade entre as partes decorre do princípio da igualdade, segundo o autor da teoria. A consideração do conteúdo do direito fundamental em jogo (pessoal ou patrimonial) como circunstância relevante decorre dos princípios da dignidade humana e da liberdade. Por derradeiro, sublinhou-se que o fato de haver mais precedências *prima facie* em favor dos direitos fundamentais do que do princípio da autonomia privada é coerente com a posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira.

Aplicando-se a formulação proposta à solução do problema central do presente estudo, tem-se que, considerando-se a posição de vulnerabilidade do usuário dos serviços *on-line*, que o coloca em evidente posição e desigualdade fática, há precedência *prima facie* em favor do

direito fundamental individual, seja ele de conteúdo patrimonial ou pessoal, em face do princípio da autonomia privada, o que torna inválida, por contrária ao ordenamento jurídico, qualquer disposição de direito fulcrada nos regulamentos analisados.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. *Facebook chega a 2,6 bilhões de usuários no mundo com suas plataformas*. 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-10/facebook-chega-26-bilhoes-de-usuarios-no-mundo-com-suas-plataformas>. Acesso em: 05 dez. 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 6 ed. rev. atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica - perspectivas estrutural e funcional. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, v. 1, p. 117-144, out. 2011.
- AMAZON. *Condições de uso*. 2019a. Disponível em: https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=201283910&ref=footer_privacy. Acesso em: 18 jul. 2019.
- AMAZON. *Notificação de Privacidade da Amazon.com.br*. 2019b. Disponível em: https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?ie=UTF8&nodeId=201283950&ref=footer_privacy. Acesso em: 18 jul. 2019.
- AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. *Contratos eletrônicos: A boa-fé objetiva e a Autonomia da Vontade*. Curitiba: Juruá, 2012. 180 p.
- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; CAVALHEIRO, Larissa Nunes. A proteção de dados pessoais na sociedade informacional brasileira: o direito fundamental a privacidade entre a autorregulação das empresas e a regulação protetiva do internauta. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 9, n. 1, p. 209-226, jan./abr. 2014.
- ARCAYA, Óscar Godoy. Libertad y Consentimiento en el Pensamiento Político de John Locke. *Revista de Ciencia Política*, v. 24, n. 2, p. 159-182, 2004.
- ASSIS, Machado de. *A Igreja do Diabo*. Disponível em: <http://www.biblio.com.br/default.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/MachadodeAssis/aigrejadodiabo.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BALDUS, Christian. Autonomia Privada Romana. *Revista dos Tribunais*, v. 904, p. 41-72, fev. 2011.
- BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos Eletrônicos. Contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001. 100 p.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*, v. 57, p. 69-94, jan./mar. 2014.

BILBAO, Andrés. Adam Smith: libertad individual y mercado. *Problemas del Desarrollo*, v. 31, n. 122, p. 129-150, julio/septiembre 2000. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/pde/pde122/PDE12206.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*. 7. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. 164 p.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, v. 5, p. 69-87, set. 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 257 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei n. 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL. *Decreto-lei nº 7.962*, de 15 de março de 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 04 dez. 2018.

BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. *Medida Provisória nº 2.200-2*, de 24 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Ag 807.169/SP. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Terceira Turma. *Diário da Justiça*, 25 out. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.413.889. Relator Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em: 27 mar. 2014. *Diário da Justiça*, 02 maio 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado n. 531*, Conselho da Justiça Federal (CJF), 23 de abril de 2013b. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>. Acesso: 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 541.867 BA 2003/0066879-3, Relator: Ministro Pádua Ribeiro. Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro. Julgado em: 10 nov. 2004. *Diário da Justiça*, Segunda Seção, 16 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.080.719. Relatora Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 10 fev. 2009. *Diário da Justiça*, 17 ago. 2009a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316 MG 2003/0161208-5, Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 17 abr. 2007. Segunda Turma. *Diário da Justiça*, 19 março 2009b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.316.921/RJ. Relatora Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 26 jun. 2012. *Diário da Justiça*, 29 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.155.395. Relator Min. Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 01 out. 2013. *Diário da Justiça*, 29 out. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.329.556 SP. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em: 25 nov. 2014. *Diário da Justiça*, 09 dez. 2014.

BUSCAPÉ. *Política de Privacidade*. 2019a. Disponível em: <https://www.buscapede.com.br/politica-de-privacidade>. Acesso em: 22 jun. 2019.

BUSCAPÉ. *Termo de uso*. 2019b. Disponível em: <https://www.buscapede.com.br/termos-de-uso>. Acesso em: 22 jun. 2019.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 5, p. 83-129, jul./set. 2004.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de Direitos da Personalidade. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 67, n. 67, p. 129-223, 1991.

CAMPREGHER, Gláucia; LONGONI, Lucas Schönhofen. A natureza humana do comportamento individual nos primórdios do pensamento econômico: uma comparação entre Hume, Smith e Bentham. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 26, n. 1 (59), p. 111-139, abr. 2017.

CANALTECH. *Amazon*. 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/empresa/amazon/>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. 267 p.

CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento kelseano e o conceito de vontade no Direito privado. *Revista de Direito Privado*, v. 51, p. 57-69, jul./set. 2012.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 3, p. 411-439.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de empresa*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. Discurso pronunciado no Athénée-royal de Paris, 1819. Tradução Loura Silveira. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes*. (Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980). Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em: 10 jul. 2017.

COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861 p.

COSTA, Judith Martins. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 5, jul./set. 2015.

COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, p. 127-154, 1992.

CRUZ, Vicente Vagner. *A Concepção de Liberdade na Teoria da Justiça de John Rawls*. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Pará, Belém, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EL PAÍS. *Vazamento de dados do Facebook causa tempestade política mundial*. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/19/internacional/1521500023_469300.html. Acesso em: 10 jun. 2019.

EUR-LEX. *Document 31995L0046*. 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>. Acesso em: 23 jun. 2019.

FACEBOOK. *Política de dados*. 2019a. Disponível em: <https://www.facebook.com/privacy/explanation>. Acesso em: 23 jun. 2019.

FACEBOOK. *Termos de serviço*. 2019b. Disponível em: <https://www.facebook.com/terms>. Acesso em: 23 jun. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. Autonomia Privada e estipulação contratual. *Soluções Práticas*, v. 1, p. 321, jan. 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. *Revista Jurídica*, n. 363, p. 43-60, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro. *Revista da Emerj*, v. 8, n. 31, p. 51-70, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos: teoria geral e contratos em espécie*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERREIRA VICTOR, Sérgio Antônio. Liberalismo *versus* democracia: os conceitos de liberdade de Berlin e o diálogo entre Rawls e Habermas. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1-18, jul./dez. 2011.

FORGIONI, Paula Andréia. Apontamentos sobre aspectos jurídicos no *e-commerce*. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 40, n. 4, p. 70-83, out./dez. 2000.

FULLER, Greice Patrícia. A contemporaneidade do pensamento de John Locke no contexto do século XXI. *Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI*, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 12, n. 49, p. 139-144, out./dez. 2004.

G1. *Entenda o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades*. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em: 10 jun. 2019.

G1. *Facebook finaliza aquisição do Whatsapp por US\$ 22 bilhões*. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>. Acesso em: 23 jun. 2019.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 47, p. 141-153, 2008. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/15738/10444>. Acesso em: 24 abr. 2019.

GLANZ, Semy. Internet e contrato eletrônico. *Revista dos Tribunais*, n. 757, 1998.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209-246.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GONDIM, Elnora. John Rawls: A liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos – pressupostos da justificação coerentista. *Revista Discusiones Filosóficas*, Manizales, Colômbia, Año 11, n. 17, p. 151-165, Julio/diciembre, 2010.

GOOGLE. *About Google*. 2019a. Disponível em: <https://about.google/>. Acesso em: 23 jun. 2019.

GOOGLE. *Política de privacidade*. 2019b. Disponível em <https://policies.google.com/privacy?hl=pt-BR&gl=br#intro/>. Acesso em: 23 jun. 2019.

HUPFFER, Haide Maria. O Princípio da Autonomia na Ética Kantiana e sua Recepção na Obra de Direito e Democracia de Jürgen Habermas. *Revista Anima*, Curitiba, ano 3, n. 05, 2011.

INSTAGRAM. *Política de dados*. 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/instagram/155833707900388>. Acesso em: 10 jun. 2019.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KUNTZ, Rolf. Locke, liberdade, igualdade e propriedade. In: QUIRINO, Célia Galvão *et al.* *Clássicos do pensamento político*. São Paulo: Edusp, 1997. p. 91-119. Disponível em: www.iea.usp.br/artigos. Acesso em: 14 jul. 2017.

LAWAND, Jorge José. *Teoria Geral dos Contratos eletrônicos*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2003. 216 p.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF: Senado Federal, n. 141, p. 99-109, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Direito Civil. Contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 448 p.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Tradução Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 639 p.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Contratos no Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004. 510 p.

LUCKMANN, Carlos Luiz; ROVER, Ardinete; VARGAS, Marisa. *Diretrizes para elaboração de trabalhos científicos*. 2. ed. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2008. 111 p.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 324 p.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 1993. p. 79-110.

MERCADO LIVRE. *Políticas de privacidade*. 2019a. Disponível em: https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/Pol%C3%ADticas-de-Privacidade_1442. Acesso em: 21 jun. 2019.

MERCADO LIVRE. *Termos e condições gerais de uso do site*. 2019b. Disponível em: https://www.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409. Acesso em: 20 jun. 2019.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 367 p.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-23.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

NALIN, Paula. Autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, P. (coord.). *Contrato e Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 13-45.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O Direito pela Perspectiva da Autonomia Privada: Relação Jurídica, Situações Jurídicas e Teoria do Fato Jurídico na Segunda Modernidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2014. 151 p.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O Comércio Eletrônico e o Direito do Consumidor. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 154-163, jan./abr. 2014.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel Farias de. *Os Fundamentos dos Direitos da Personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. 89 p.

OLIVEIRA, Avelino da Rosa. *Marx e a liberdade*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997. 162 p.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: A Autonomia da Vontade e a Boa-Fé Objetiva. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 3. p. 455-508, jun. 2011.

OLX. *Quem somos*. 2019. Disponível em: <https://am.olx.com.br/about.htm>. Acesso em: 21 jun. 2019.

OLX. *Termos e condições de uso*. 2019b. Disponível em: <https://olxbrasil.zendesk.com/hc/pt-br/articles/211375569-Termos-de-Uso>. Acesso em: 21 jun. 2019.

OTONI DE PAULA, Luana. Breves considerações sobre a lei geral de proteção de dados. Migalhas, 13 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292692,71043Breves+consideracoes+sobre+a+lei+geral+de+protecao+de+dados>. Acesso em: 10 abr. 2019.

OTTESON, James R. Adam Smith y la Libertad. Estudios Públicos. *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, n. 104, p. 51-88, primavera, 2006.

PIRES, E.; ADOLFO, L. G. S. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 7, n. 2, p. 176-187, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07/4724>. Acesso em: 10 abr. 2019.

POPP, Carlyle. Liberdade Negocial e Dignidade da Pessoa Humana: aspectos relevantes. *Revista Jurídica do UNICURITIBA*, n. 21, temática n. 5, p. 45-72, 2008.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Lisboa: Livraria Almedina, 1982.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 381 p.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSETO, Graça; CARREIRO, Rodrigo; ALMADA, Maria Paula. Twitter e comunicação política: limites e possibilidades. *Revista Compólitica*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, p. 189-216, jul./dez. 2013.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os Princípios de Proteção Do Consumidor e o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 55, p. 53-84, jul./set. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. 512 p.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 362 p.

SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia: uma história da filosofia moral moderna*. Tradução Magda França Lopes. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. 275 p.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SIGNIFICADOS. *Significado de Laissez faire*. 2017. Disponível em: www.significados.com.br/laissez-faire/. Acesso em: 15 abr. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 1, p. 173-180, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Tradução Norberto de Paula Lima. Rio de Janeiro: 2003. 515 p.

SMITH, Adam. *Teoria dos Sentimentos Morais*. Tradução Lya Luft e revisão Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOMMER, Joseph. Against Cyberlaw. *Berkeley Technology Law Journal*, p. 1147, 2000.

STEINMETZ, Wilson. *Direitos Fundamentais: Estudos Jurídicos Dogmáticos*. Joaçaba: Unoesc, 2017. 96 p.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.

TAKAHASHI, Tadao. *Sociedade da Informação no Brasil: Livro Verde*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/18878.html>. Acesso em: 05 dez. 2018.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. *Autonomia privada e princípios contratuais no Código Civil*. São Paulo: RCS Editora, 2007. 162 p.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TWITTER. *O que é Twitter?* 2019a. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/new-user-faq>. Acesso em: 23 jun. 2019.

TWITTER. *Política de privacidade Twitter*. 2019b. Disponível em: <https://twitter.com/pt/privacy>. Acesso em: 23 jun. 2019.

TWITTER. *Primeiros Passos*. 2019c. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/twitter-guide>. Acesso em: 23 jun. 2019.

UBER. *Como a Uber funciona*. 2019a. Disponível em: <https://help.uber.com/pt-BR/riders/article/como-a-uber-funciona?nodeId=738d1ff7-5fe0-4383-b34c-4a2480efd71e>. Acesso em: 23 jun. 2019.

UBER. *Política de privacidade*. 2019b. Disponível em: <https://privacy.uber.com/policy/>. Acesso em: 23 jun. 2019.

UBER. *Relacionamento contratual*. 2019c. Disponível em: <https://www.uber.com/legal/terms/br/>. Acesso em: 23 jun. 2019.

VÁRNAGY, Tomás. *O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. Buenos Aires: São Paulo, 2006. Capítulo de Libro. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/se/20100603074417/04_varnagy.pdf/. Acesso em: 11 jul. 2018.

VERBICARO, Dennis. A contratação eletrônica de aplicativos virtuais no brasil e a nova dimensão da privacidade do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*,| v. 116,| p. 369-391, mar./abr. 2018.

WAKKA, Wagner. *Amazon já tem 100 milhões de usuários no clube de benefícios Prime*. 2018. Disponível em: <https://canaltech.com.br/e-commerce/amazon-ja-tem-100-milhoes-de-usuarios-no-clube-de-beneficios-prime-112248/>. Acesso em: 18 jul. 2018.

WHATSAPP. *About WhatsApp*. 2019. Disponível em: <https://www.whatsapp.com/about/>. Acesso em: 23 jun. 2019.

WHATSAPP. *Política de privacidade do WhatsApp*. 2016. Disponível em: https://www.whatsapp.com/legal/?lang=pt_br#privacy-policy. Acesso em: 23 jun. 2019.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci.Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

WILLEMIN, Andrea. A importância do avanço nas leis de proteção de dados. *Conjur*, 28 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-28/opinio-importancia-avanco-leis-protecao-dados?>. Acesso em: 10 abr. 2019.

WILLINGHAM, J. Barret. Electronic Commerce and the Free Trade Area of the Americas. Nafta. *Law Bussiness Review of the Americas*, Summer 2000.