COMÉRCIO ELETRÔNICO

MARCO CIVIL DA INTERNET

DIREITO DIGITAL

Marcelo Barreto de Araújo

CNC

COMÉRCIO ELETRÔNICO

MARCO CIVIL DA INTERNET

DIREITO DIGITAL

Marcelo Barreto de Araújo

Rio de Janeiro, 2017

Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo

COMÉRCIO ELETRÔNICO - MARCO CIVIL DA INTERNET - DIREITO DIGITAL

Presidente: Antonio Oliveira Santos

Chefe do Gabinete da Presidência: Lenoura Schmidt

Junho, 2017

Consultoria Jurídica da Presidência (CJP): cjp@cnc.org.br

Redação: Marcelo Barreto de Araújo

Projeto Gráfico e diagramação: Marcelo Vital - Programação Visual/Ascom

Revisão: Alessandra Volkert

Impressão: Imos Gráfica e Editora

A663

Araújo, Marcelo Barreto de.
Comércio eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital / Marcelo Barreto de Araújo. – Rio de Janeiro : Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

168 p. ; 21 cm.

1. Comércio Eletrônico. 2. Marco Civil da Internet. 3. Direito Digital. 4. Crime Digital. 5. Segurança da Informação I. Título.

CDD 343.810944

CNC - RIO DE JANEIRO
Av. General Justo, 307 CEP: 20021-130
PABX: (21) 3804-9200

CNC - BRASÍLIA
SBN Quadra 1 Bl. B - nº 14 CEP: 70041-902
PABX: (61) 3329-9500/3329-9501

www.cnc.org.br

SUMÁRIO

1.
BREVES COMENTÁRIOS SOBRE INFORMÁTICA, SOCIEDADE CONVERGENTE E O SURGIMENTO DA INTERNET

Uma das definições utilizadas para a informática é que ela é a ciência que estuda o tratamento automático e racional da informação.[1] A informática compreende o processamento e o armazenamento de dados através de dispositivos eletrônicos e sistemas computacionais, o que envolve o desenvolvimento contínuo de métodos e técnicas de automação. Já o computador pode ser entendido como uma máquina composta de elementos físicos de natureza eletrônica, hábil a praticar grande variedade de tarefas com grande velocidade e precisão, em obediência a determinadas instruções. Compõe-se basicamente de dispositivos de entrada – input –, tais como o teclado, o mouse, a unidade de leitura CD-ROM e outros, a unidade central de processamento, os dispositivos de armazenamento (entre os quais o conhecido disco rígido), os dispositivos de saída (o monitor, a impressora e as "colunas de som", por exemplo) e uma fonte de alimentação, que recebe energia da rede elétrica para alimentar todos os componentes elétricos e eletromecânicos.

Costuma-se recordar o que seria o "embrião do embrião" da informática, que consistia numa prática primitiva da Antiguidade, um método tosco de processar informações, qual seja o velho hábito dos pastores de outrora contabilizar os animais de seu rebanho com o auxílio de pedras, para que não perdessem ou extraviassem seus bens.

---

1 João Carlos Kanaan, *Informática global*, 2ª ed., 1998, Ed. Pioneira, 1998, fls. 23-31, *apud* Patrícia Peck Pinheiro, *in Direito Digital*, 6ª edição, 2016, fl. 59.

Um segundo engenho foi criado há mais de dois mil anos com objetivos mercantis e para as mesmas finalidades, ou seja, calcular quantidades. Era o ábaco, formado por pequenas pedras (*calculi*) predispostas de determinada forma pelos matemáticos da época com o propósito de auxiliar operações aritméticas. Outros precursores da informática podem ser aqui citados:

a) o escocês John Napier, que criou, no século XVII, os "ossos de Napier", instrumento que executava operações matemáticas mais complexas, das quais redundaram mais recentemente as chamadas "regras de cálculo";
b) o filósofo Blaise Pascal, que construiu em 1642 uma máquina capaz de somar e subtrair números de até oito algarismos;
c) em 1834, o norte-americano Charles Babbage concebeu uma máquina capaz de produzir uma sequência predeterminada de operações matemáticas, lançando-se conceitos fundamentais, tais como comandos predefinidos e memória dos cálculos realizados;
d) em 1847, o matemático britânico George Boole inventa um engenho que cria o chamado "sistema binário de numeração", utilizando-se apenas dos algarismos zero e um, que veio a ser amplamente utilizado nos computadores;
e) em 1890, o norte-americano Herman Hollerith concebeu uma máquina eletromecânica que lia uma série de dados gravados em cartões perfurados, o que facilitou, naquele ano, a realização do censo demográfico nos Estados Unidos. Naquele país, proliferou o uso de máquinas calculadoras mecânicas e eletromecânicas no início do século XX, até que, em 1946, se criou um computador baseado em circuitos eletrônicos, denominado Eletric Numeric Integrator and Calculator (ENIAC), com lógica binária, que ocupou diversas salas da Universidade da Pensilvânia. E, em 1951, foi lançado o UNIVAC I, primeiro computador a ser vendido comercialmente.

Daí por diante, outros inventos revolucionaram a computação, e a microeletrônica avançou. Nos anos 1960, o transistor substituiu a válvula, diminuindo o tamanho dos computadores e o seu consumo, além de aumentar a sua potência, abrindo caminho, pouco a pouco, para o predomínio dos microcomputadores pessoais. Ainda nos anos 1970, sur-

gem os "circuitos integrados", que reúnem um grande número de transistores em uma única peça.

A Internet, que se tornou a grande maravilha tecnológica da segunda metade do século XX, surgiu em 1969, nos Estados Unidos, com o estabelecimento do chamado Advanced Research Projects Agency Network (ARPANET). Esta agência foi inicialmente formada pelo departamento de defesa americano e por quatro universidades daquele país, com a preocupação de se criar um sistema que permitisse a rápida transmissão de dados para que, em caso de guerra (havia receios de um ataque nuclear russo) ou catástrofe, os arquivos de uma instituição pudessem ser salvos, mediante sua transferência para outros computadores conectados ao sistema. Posteriormente, agregaram-se a este sistema outras universidades, laboratórios, centros de pesquisas e, mais adiante, empresas, a partir de melhorias tecnológicas que foram sucessivamente alcançadas, especialmente os microcomputadores, que permitiram a utilização destes equipamentos para uso pessoal e comercial. Durante muitos anos, o sistema ARPANET atendeu às necessidades de órgãos governamentais e de certas entidades privadas, servindo de instrumento para acesso a banco de dados e funcionava também como correio eletrônico, onde a primeira mensagem foi enviada no ano de 1972.

No início, criaram-se pequenas redes locais, denominadas LAN, localizadas em lugares estratégicos dos Estados Unidos e interligadas por meio de telecomunicação geográfica (sistema WA). Porém, em 1973, deu-se um passo importante, pois o responsável pelo ARPANET, Virton Cerf, do Departamento de Pesquisa Avançada da Universidade da Califórnia, registrou o Projeto de Controle de Transmissão, com o lançamento dos protocolos Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP). Estes serviram de instrumento para o estabelecimento de normas técnicas apropriadas para a transmissão de informações através da rede de computadores, quando então os usuários foram identificados mediante endereços e nomes de domínio. Os padrões então criados permitiram a interligação entre diferentes redes, nascendo, daí, a Internet como um sistema mundial de comunicação. Em 1981, a empresa Xerox lança o primeiro computador com mouse e interface gráfica. Mais adiante, o físico inglês Tim Bernes Lee inventa a linguagem Hyper Text Markup Language (HTML), que significa em português Linguagem de Marcação de Hipertexto.

Em 1989, criou-se a World Wide Web (WWW), nascida no Laboratório Europeu de Física, em Genebra, instrumento tecnológico valioso para o tráfego de documentos, imagem e sons pela rede, transforman-

do a Internet num fenômeno de comunicação de massa e componente indispensável do movimento de globalização que hoje predomina em todo o mundo. [2]A partir dos anos 1990, o desenvolvimento desta nova tecnologia deslanchou, graças à parceria entre o governo norte-americano e entidades privadas. E houve sucessivos progressos. Podemos citar alguns exemplos:

a) em 1993, a navegação na Internet evoluiu significativamente, graças a Marc Andressen, que criou o browser Mosaic;
b) em 1996, os estudantes americanos Larry Page e Sergey Brin, em um projeto de doutorado na Universidade Stanford, criaram o maior site de buscas da Internet, o Google;
c) em 15 de janeiro de 2001, surgiu a Wikipédia, a primeira enciclopédia on-line multilíngue, de caráter colaborativo, pois pode ser escrita, por qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo;
d) em 23 de outubro de 2001, a Apple lança a primeira versão do iPod, que permite o armazenamento, em grande escala, de músicas no mundo virtual.

Os primórdios desta nova maravilha foram registrados em relato histórico elaborado por Luiz Claudio Pinho Almeida:[3]

> "Visando facilitar o intercâmbio de informações, foram rapidamente desenvolvidos, no âmbito das universidades, novos programas e aplicativos, originalmente voltados à pesquisa. Entretanto, o uso privado da rede começou rapidamente a ser disseminado e, já em 1994, seu uso comercial era liberado nos Estados Unidos. Quando do ingresso de empresas e instituições privadas, a indústria da informática dava seu grande salto qualitativo, oferecendo equipamentos – especialmente computadores pessoais – de menores dimensões, mais confiáveis e poderosos e a custos cada vez mais baixos. Paralelamente, os fabricantes de softwares e outros aplicativos também foram capazes de promover uma verdadeira revolução no que diz respeito a produzir

2 *Marco Civil da Internet, anotações à Lei 12.965/2014*, Adriano Roberto Vancim e Fernando Frachone Neves, Editora Mundo Jurídico, 2ª edição, 2015, fls. 20/21.

3 *O Comércio, a Internet e os Organismos Internacionais*, publicação da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), fl. 8, Luiz Claudio Pinho Almeida, 1999.

> interfaces ditas "amigáveis", ou seja, programas suficientemente simples a ponto de serem utilizados por qualquer pessoa a partir de um aprendizado básico, mais das vezes, autoaprendizado. Surgiram também os browsers tais quais os conhecemos hoje – em versões mais primárias, é claro, como Netscape Navigator e a Internet Explorer. Nessa fase, as empresas apresentavam sites onde predominava a divulgação institucional e, no máximo, a promoção comercial. Mas, logo após, já em fins de 1994, surgiam as primeiras ofertas de vendas de produtos e serviços através da Internet que, a partir de então, vêm crescendo de forma surpreendente, especialmente nos Estados Unidos. Isto ocorreu e continua ocorrendo, principalmente, face à tradição norte-americana de comercialização por catálogo – que remonta à época da colonização – e ao costume de usar cartão de crédito de forma intensiva, além de todas as outras facilidades que o meio oferece a uma sociedade absolutamente sintonizada com o progresso tecnológico."

O fenômeno da Internet logo se expandiu além do local de seu nascedouro, ou seja, os Estados Unidos, para ganhar escala planetária, sem os limites das fronteiras físicas. Surgiu uma revolução tecnológica e comportamental, eis que o funcionamento de uma rede global de comunicação passou a afetar o dia a dia das pessoas, a forma de relacionamento social, os modos de produção e até a forma de pensar, ao ponto de se falar hoje numa "Geração Y", constituída, em sua grande maioria, por jovens inteiramente integrados a este novo mundo conectado, que aprenderam a otimizar o tempo e a realizar tarefas de modo rápido e eficiente. Houve também um efeito transformador na vida das corporações que necessitam, cada vez mais, ter acesso a informações indispensáveis à formulação de estratégias e à tomada de decisões certeiras e objetivas. Numa velocidade espantosa, novos hábitos tecnológicos se integram ao cotidiano dos indivíduos e das organizações, como, por exemplo, a realização das transações financeiras, hoje inteiramente facilitadas, por exemplo, pelo Internet Banking e Mobile Banking, sem falar nos bancos estritamente digitais, em que todos os contatos com clientes são 100% on-line, com abertura de contas em telefones celulares e outras facilidades. Fatos que não mais pertencem ao mundo do futuro, eis que, presentemente, inúmeros artefatos eletrônicos são postos permanentemente à nossa disposição em vários setores da vida humana com a ajuda de aplicativos.

As expressões lançadas em nosso idioma, oriundas da Tecnologia da Informação, ingressam com naturalidade na linguagem popular. Palavras como cibernética, mundo virtual e ciberespaço são vocábulos que não requerem mais explicações adicionais, posto que sua compreensão é imediata. Os robôs atualmente não são apenas aqueles equipamentos industriais (comumente utilizados na fabricação de automóveis, por exemplo) ou máquinas humanoides que nos encantam, mas diversos mecanismos automatizados gerados de um software, que possuem "inteligência artificial" e habilidades para tomar decisões segundo um ambiente e uma sequência pré-programada automática, como se fossem máquinas "vivas". Podem, por exemplo, efetuar buscas, analisar arquivos e fazer pesquisas em geral em altíssima velocidade. Passamos a tomar ciência de situações que antes eram encaradas como extravagantes. Por exemplo, a Revista Tribuna do Advogado, publicação da OAB-RJ, edição dezembro de 2016/janeiro de 2017, fls. 32/34, em artigo denominado "Advocacia Artificial", debate o uso crescente de robôs na área jurídica, divulgando notícias realmente espantosas, como podemos ver a seguir:

> "Agora, imagine um robô como seu colega de escritório. Não se trata de ficção científica: em maio, foi divulgada a notícia de que o primeiro 'robô-advogado' do mundo acabara de ser 'contratado' por uma grande banca de advocacia americana. Trata-se da inteligência artificial 'Ross', que usa o supercomputador Watson, da IBM, para operar como fonte inesgotável de informações para os cinquenta advogados da divisão de falências da banca."

A reportagem informa ainda que um escritório paulista cortou, em um ano, pela metade, o número de profissionais da banca e, mesmo assim, aumentou a quantidade de processos, instalando linhas de produção e inteligência artificial para tratamento e gestão das informações, permitindo que 420 advogados acompanhem 360 mil processos. Esta inovação evidentemente repercute no mercado de trabalho, já que, no futuro, robôs poderão substituir estagiários ou advogados iniciantes, sob o argumento de que estes fazem, em grande parte, atividades quase "mecânicas" ou "burocráticas", como pesquisas de doutrina e jurisprudência, juntada de petições, cadastramento de ações, pagamento de custas judiciais e outras, tarefas que não seriam "estritamente jurídicas", reservando-se os advogados para missões verdadeiramente "intelectuais". A partir destas situações, a criatividade passa a ser infinita, pois já existe até uma proposta de que ro-

bôs sejam tributados, por serem personagens da atividade econômica. Não é por outra razão que o francês Benoit Hamon, ex-ministro da Educação e candidato a presidente da República da França em 2017, declarou que, se eleito, pretende impor impostos a robôs, uma vez que, "se uma máquina substitui um homem e cria riqueza, não há motivos para essa riqueza não ser onerada com impostos" (Jornal *O Valor*, edição de 28 a 30 de janeiro de 2017, p. A-9). A noção de algoritmos, antes reservada a conhecedores da área de matemática, rompe tais fronteiras para ser repercutida com frequência nos meios sociais. Nada mais é do que um código escrito em linguagem de programação já comparada a uma "receita de bolo", ou seja, uma forma genérica de se representar procedimentos computacionais a serem executados, visando a um resultado ou a solução de um problema; em outras palavras, uma série de instruções passo a passo que descrevem de forma explícita várias operações.

Estamos ainda nos acostumando a este novo mundo de transformações céleres, no momento em que se rompem os paradigmas da Sociedade Industrial e se consolida a Sociedade da Informação. As transformações sociais e econômicas constatadas no cotidiano dos indivíduos são influenciadas por uma tecnologia chamada de "disruptiva", na medida em que apresentam novos cenários, novas realidades e novos padrões na difusão de conhecimentos, nas transações comerciais nas modalidades de lazer e diversão e em outras maneiras de conduta antes impensáveis, rompendo-se padrões de tempo e espaço e criando um universo cibernético *borderlessness*, ou seja, com ausência de fronteiras e com possibilidade de transmissão e recepção de informações em qualquer parte do planeta.

Todo este intenso incremento tecnológico ruma para a consolidação de uma "Sociedade Convergente", um parâmetro social novo que tem direta relação com o conceito de convergência tecnológica, definida pela Wikipédia como a "tendência de utilização de uma única infraestrutura de tecnologia para prover serviços, que, anteriormente, requeriam equipamentos, canais de comunicação, protocolos e padrões independentes. Faz-se para permitir que o utilizador acesse as informações de qualquer lugar e através de qualquer meio de comunicação por uma interface única...". Diversifica-se o uso de um mesmo canal de comunicação, otimizando-se este uso para atender a diversas necessidades do utilizador que transmite ou recebe mensagens em voz, dados ou imagem.

A busca da convergência, no entanto, precede a Internet. Ela diz respeito ao próprio fenômeno da globalização, onde, por exemplo, todas as pessoas possam ter conhecimento de um fato de modo simultâneo. Este

ideal foi obtido, sobretudo, graças às cadeias mundiais de telejornalismo, com transmissões ao vivo e em tempo real, em qualquer lugar do planeta. Outro setor que age em convergência são os mercados financeiros, que tanto podem se beneficiar uns dos outros como podem ser sacudidos por crises internacionais a partir de uma crise local.

No histórico de construção desta Sociedade Convergente, pontifica como exemplo precursor a rede de telefonia tradicional, constituída por circuitos, que serviu de base para a prestação dos primeiros serviços de forma integrada. Paulatinamente, as redes de telefonia deixaram de exercer exclusivamente sua função tradicional de transmissão por sinais analógicos de voz para incorporar também a possibilidade de transmissão de dados digitais, mediante a chamada tecnologia RDSI. Hoje, é possível, por exemplo, funcionalidades de transferência automática de chamadas direcionadas para um telefone fixo para um telefone celular e vice-versa, além de telefones fixos que podem ser deslocados para outros ambientes, confundindo-se, até certo ponto, com telefones móveis, a chamada "convergência de produto". Como exemplo de "convergência de terminais", temos o smartphone, que converge os serviços de telefonia com os serviços da Internet e outros recursos multimídia.[4]

A telefonia, o telejornalismo e as comunicações globais do mercado financeiro foram etapas desta convergência, "tijolos" para a construção da chamada "sociedade digital" na qual hoje vivemos. Alcançamos atualmente a interatividade, ou seja, a possibilidade de participação humana em um nível de inter-relação global. As empresas virtuais gozam hoje da capacidade de atender consumidores em qualquer parte do mundo e as comunidades virtuais se multiplicam além-fronteiras, unidas por objetivos e interesses comuns, sejam eles de natureza econômica, cultural ou de qualquer outra espécie. Este enorme ganho para a humanidade se deve ao desenvolvimento do que se convencionou chamar atualmente Tecnologia da Informação (TI), ou seja, o conjunto de recursos tecnológicos e computacionais para gestão da informação. Ela é fundamentada nos seguintes componentes: hardware, software, telecomunicações e gestão de dados e informações[5]. Em verdade, embora seja mais conhecida a sigla TI, a rigor deveríamos identificá-la como TIC, ou seja, Tecnologia da Informação e Comunicação, que identifica um conjunto de procedimentos, métodos e equipamentos para tratamento da informação, por meio de processos de digitalização e da comunicação em redes, visando à captação, transmissão e distribuição de informações, que podem ser textos, imagens estáticas, vídeo e som.

---

4 https://pt.wikipedia.org/wiki/Convergência, fl. 1.

5 Patrícia Peck Pinheiro, *in Direito Digital*, 6ª edição, 2016, fl. 550.

O conceito técnico de Internet é bem delineado por Patrícia Peck Pinheiro:[6]

> "A Internet consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP, abreviação de Internet Protocol). Ou seja, essa interligação é possível porque utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados. A ligação é feita por meio de linhas telefônicas, fibra óptica, satélite, ondas de rádio ou infravermelho. A conexão do computador com a rede pode ser direta ou através de outro computador conhecido como servidor. Este servidor pode ser próprio ou, no caso dos provedores de acesso, de terceiros. O usuário navega na Internet por meio de um browser, programa usado para visualizar páginas disponíveis na rede, que interpreta as informações do website indicado, exibindo na tela dos usuários textos, sons e imagens. São browsers o MS Internet Explorer, da Microsoft, o Netscape Navigator, da Netscape, e o Mozilla, da The Mozilla Organization com cooperação da Netscape, entre outros."

Dada a capacidade sintética e a excelência das explicações fornecidas pela Profa. Patrícia quanto ao funcionamento da Internet, merece transcrição igualmente o trecho anexo, que é rico em informações técnicas nem sempre compreendidas:

> "Os servidores e provedores de acesso utilizam a estrutura do serviço de telecomunicação existente (no caso brasileiro, o backbone da Embratel) para viabilizar o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações do usuário à rede. O endereço IP é dado ao computador que se conecta à rede e os subendereços são dados aos computadores conectados com os provedores. A tradução dos endereços IP, numéricos, para os seus correspondentes em palavras faz-se pelo protocolo DNS – Domain Name System. As terminações do endereço são feitas de acordo com os TLDs – Top Level Domains –, o primeiro grupo de caracteres após o último ponto de nome de domínio propriamente dito. Exemplos são o .com, .gov, .net, .org, .tv. Outros TLDs indicam o país de origem do usuário. Os registros

6 *Vide* nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 63.

> são feitos em órgãos especializados. No caso brasileiro, o atual responsável pelos registros é o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), através do website http://registro.br, o qual ficou legitimado no que antes era de responsabilidade da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp)."[7]

A ampliação da Internet pelo mundo afora se deve à interligação física e a uniformização do sistema de transmissão de dados entre as redes, por meio dos protocolos. Hoje, a comunicação virtual não se exaure apenas por atos de intervenção humana, mas também pela ação de aplicativos previamente programados para enviar e receber informações (por exemplo, o Eletronic Data Interchange – EDI). Os pacotes de dados envolvem a transmissão multimídia, mediante envio de material audiovisual, o que passou a exigir equipamentos mais sofisticados e redes de maior velocidade e banda larga (*broadband*). Surge então a tecnologia *streaming*, que torna as conexões mais rápidas, indicando um fluxo de dados ou conteúdos multimídia (*stream*, em inglês, significa córrego ou riacho). O *streaming* é também muito utilizado em jogos on-line, em sites que armazenam arquivos ou em qualquer serviço onde o carregamento de arquivos é mais rápido. Um grande exemplo de arquivos que usam *streaming* é o YouTube, que utiliza esta tecnologia para transmitir vídeos em tempo real.

Por falar em *streaming*, permitam uma breve digressão para destacar que o uso desta tecnologia não escapou aos olhares do "leão do Fisco", sempre ativo e voraz para abocanhar novos impostos. A Lei Complementar 157/2016 alterou a Lei Complementar 116/2003 para permitir a incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS) sobre *streamings* e *downloads* de conteúdo pela Internet, atingindo modelos de negócios cada vez mais populares, como Amazon, Spotify, Netflix, Apple Music e outros, uma vez que o item 1.09 da nova legislação explicita que constitui atividade sujeita ao pagamento do ISS a disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e textos por meios virtuais, exceto livros, jornais, periódicos e a distribuição de conteúdos por prestadoras de serviço de acesso condicionado (basicamente, TV a cabo). A tributação ocorrerá de fato quando houver previsão legal destas novas incidências tributárias nas diversas legislações municipais. Como é natural, a "grita" já começou, pois, segundo alguns especialistas, a entrega de conteúdos

7 *Idem*, *vide* nota de rodapé nº 5, ob. cit., mesma folha.

aos clientes seria uma exploração de direitos autorais e de imagem e não uma prestação de serviços (fato gerador do ISS), constituindo-se, portanto, em "obrigação de dar" (ou seja, dar acesso aos conteúdos) e não "obrigação de fazer". Ou seja, é assunto para dar "pano para mangas" e longa discussão ocorrerá nos tribunais a respeito da eventual inconstitucionalidade da nova legislação (jornal *O Valor*, de 31/01/2017, fl. E2).

Hoje em dia, é comum traçarmos paralelismos entre grandes conquistas da humanidade de outrora e a Revolução Digital. Se retrocedermos ao tempo das primeiras navegações às terras do Novo Mundo, veremos que elas constituíram uma etapa de globalização, com a aproximação dos povos e o incremento do comércio, surgindo daí um novo patamar de progresso, especialmente o desenvolvimento dos meios de transporte marítimo. Por outro lado, relembremos também o papel desbravador e desenvolvimentista das estradas de ferro no século XIX, ao facilitar a circulação de pessoas e a atividade mercantil, gerando ganhos graças à maior circulação de riquezas em âmbito nacional e internacional, dinamização da cadeia de fornecedores e redução de custos de investimento. Também se coteja a era virtual com a Revolução Industrial, a qual teve efeito decisivo nas tecnologias criadas nos séculos XIX e XX, mediante novos inventos e novas formas de trabalho, enquanto a Revolução Digital agrega valor ao indivíduo e às empresas graças à quantidade de informação e ao conhecimento transmitidos em velocidade instantânea.

Se novos fenômenos econômicos e sociológicos são derivativos de uma comunicação em massa proporcionada pela Internet, o Direito também é afetado por mudanças de conceitos, comportamentos e atitudes, provocando o que está sendo chamado de "reengenharia jurídica", em que se reduz o papel isolado de um operador de Direito na interpretação da norma jurídica, para se privilegiar solução de planejamento e estratégia criada por equipes e pelo pensamento coletivo. Formou-se, a partir daí, o chamado Direito Digital, que teve seu primeiro marco no Brasil a partir da Portaria Interministerial 147, de 31 de maio de 1995, editada pelos ministros da Comunicação e da Ciência e Tecnologia. Este diploma normativo regulou o uso de meios da rede pública de telecomunicações para o provimento e a utilização de serviços de conexão à Internet. Foi este o batismo legal que permitiu o desenvolvimento comercial da comunicação eletrônica em nosso país e o consequente incremento de suas normas jurídicas.

2.
DIREITO DIGITAL

2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito se desenvolveu, em grande parte, pelo conflito liberdade *versus* liberdade, ou seja, cada indivíduo tem sua esfera de liberdade limitada à esfera de outrem. Cada um tem seu direito subjetivo acomodado ao direito de terceiros. Sempre foi e será assim. A partir daí, o Direito partiu para outras searas, ou seja, as regras para o desenvolvimento das organizações coletivas criadas pelas sociedades, culminando num modelo onde coabitam a liberdade do homem, os direitos a ela inerentes e a organização do Estado. A simbiose destes dois conceitos gera o que hoje chamamos de Estado Democrático do Direito, onde cada pessoa exerce legitimamente seus direitos, com as garantias jurídicas a eles inerentes, respeitados os direitos das demais pessoas e o funcionamento das instituições públicas e privadas.

O Direito tem outra vertente, não apenas a de regular conflitos de natureza individual, mas também a de restringir o poder dos governantes, sempre tendentes ao autoritarismo, se não forem contrapostos aos direitos políticos e sociais dos governados. Daí porque o Direito tem que ser imperativo e vem normalmente acompanhado de sanções, porque embute dentro de si um poder superior capaz de obrigar, de impor suas decisões.[8]

Mas o Direito não é ciência estanque, "perde" sempre para os fatos. Estes estão sempre na frente, na vanguarda da sociedade. Muitas vezes, o Direito carrega valores que, a certa altura, se tornam ultrapassados, pois passam a se tensionar com a realidade social atual, o que o obriga a ser mutável e evolutivo. Se estagnar no tempo, o Direito estiola seu

8 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 55.

poder coercitivo, enfraquecendo o seu grau de certeza e eficácia. Existe uma instabilidade intrínseca ao Direito, resultante de atritos entre os valores que o amparam e a nova realidade social, o que impõe a adaptação valorativa da norma ao contexto social. E é justamente a capacidade da norma de refletir a realidade social que determina o grau de eficácia de um ordenamento jurídico. Se faltar esta identidade norma-realidade, acompanhada da constrição representada pela sanção, a lei entra em desuso ou simplesmente não "cola", como não raro acontece com certas leis brasileiras. Eficácia, flexibilidade e atualidade são condições para que uma inovação incorporada pela lei ganhe segurança, respeitabilidade e durabilidade ao longo do tempo.

O Direito Digital, que se desenvolveu nas últimas duas décadas, é uma nova disciplina jurídica que consiste na incidência de normas jurídicas aplicáveis ao chamado ciberespaço, num reconhecimento de que a legislação e a doutrina jurídica tradicionais são insuficientes para regular as relações no mundo virtual, os quais desafiam novas perguntas e novas respostas, num ambiente desprovido das conhecidas fronteiras espaço-tempo. Esta nova disciplina representa uma renovação no modo de compreender o próprio Direito, a partir de novos paradigmas e novas visões construídas no campo filosófico, científico, social e cultural. O Direito Digital induz, portanto, a uma hermenêutica diferenciada, valendo lembrar que a Lei 12.965/2014, alcunhada de Marco Civil da Internet, reza, em seu artigo 6º, que, "na interpretação desta lei, serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da Internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural".

O Direito Digital é a vertente jurídica da chamada Sociedade da Informação, idealizada por Alvin Tofler nos anos 1970, em sua inesquecível obra *A Terceira Onda*. Este Direito nos auxilia a pensar juridicamente enquanto atravessamos barreiras geográficas e temporais, numa época em que a tomada de decisões por indivíduos e empresas é movida pela velocidade própria do mundo virtual. Antes mesmo da criação da Web, a expansão dos meios de comunicação em massa, tais como o rádio, a televisão e o cinema, ocorrida no século XX, já influenciava e aproximava pessoas, delineando o que se convencionou chamar de "Aldeia Global", imagem representativa da recente interligação da humanidade. Mas a Internet dinamizou este efeito integrativo, gerando uma infinidade de "nações virtuais", unidas por interesses dos mais variados.

2.2. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DIGITAL

O Direito da Internet, para que seja exequível, terá que se conformar com alguns princípios e características da chamada Revolução Digital. O principal instrumento desta nova era é o poder inerente à circulação das informações, resultando em rápidas transformações em hábitos e relações sociais através dos avanços tecnológicos. A informação é um ativo básico do Direito Digital e ganha relevo pelas suas repercussões nas transações comerciais, na responsabilidade civil e nos limites da liberdade de expressão.

As práticas virtuais pressupõem transparência, colaboração, o compartilhamento de conhecimento e a capacidade de mobilização da rede. Pressupõem igualmente novas posturas e comportamentos nas mídias sociais, o crescente desenvolvimento de uma cidadania digital, com ondas de mobilização política e maior diálogo entre indivíduos, governo e empresas. Exigem dos operadores jurídicos novas interpretações quanto à liberdade de expressão e seus limites, exame de autenticidade da prova eletrônica, hermenêutica aplicável ao Direito do Consumidor, proteção de dados pessoais, proteção da propriedade intelectual, tipificação de crimes eletrônicos, intimação das partes em processo judicial por meio virtual, tributação de operações comerciais e miríade de exemplos que desafiam o Poder Judiciário. São lacunas que, muitas vezes, não podem ser atendidas apenas pelos esforços da boa hermenêutica criada pelos pretórios, mas também pela contínua atualização das leis.

Com efeito, em regra, o Judiciário cuida do passado, ou seja, dos conflitos preexistentes, dos fatos já acontecidos, com os recursos exegéticos que o Direito lhe disponibiliza no momento em que arbitra uma questão já posta na realidade. Já o Legislativo, na criação de novas regras, visa ao futuro: a partir da experiência do presente, supre a omissão da ordem jurídica vigente, disciplinando e prevenindo controvérsias que certamente existirão na sociedade daqui para a frente.[9] É o caso típico da lei que tipificou os delitos informáticos, dos quais falaremos mais à frente (Lei 12.737/2012). E novas leis necessariamente virão e são até previsíveis: por exemplo, aproxima-se o tempo em que cenários futuristas se transformarão em realidade, tais como chips instalados em diversos aparelhos domésticos, como fornos de micro-ondas, máquinas de lavar roupas, aparelhos de som e outros equipamentos, que poderão se intercomunicar e serão identificados com um endereço IP (endereço de protocolo da In-

9 Sobre o assunto, ver entrevista do ministro Dias Toffoli no programa de Roberto d'Ávila, exibido em dezembro de 2016, no canal GloboNews.

ternet), para fins de comunicação digital. Lembremos-nos do conhecido exemplo da geladeira que guarda refrigerantes. Ela terá um chip ligado a um supermercado, que será ativado sempre que o estoque daquelas bebidas estiver escasso, exigindo novas compras. É a chamada Internet das Coisas, onde questões tais como responsabilidade civil e inadimplência terão que ser regulamentadas por via legal, já que a geladeira é e será sempre "inimputável". Já há inclusive pessoas "chipadas", que carregam em seus próprios corpos chips com as mais variadas funções, seja para controlar a saúde (medindo, por exemplo, a pressão arterial), seja para atender a certas funcionalidades da vida, tais como abrir uma porta com sinais eletromagnéticos, sem precisar utilizar a chave. Esta é mais uma instigante novidade, que dá ainda mais impulso ao que se convencionou chamar cibridismo, um *way of life* diferente, em que temos hoje uma vida que se comporta simultaneamente online e offline e onde dispositivos de inteligência artificial se integram e complementam a inteligência real. A respeito, veja-se a excelente reportagem sobre este assunto exibida na GloboNews, no dia 5 de fevereiro de 2017.

A defasagem do Direito convencional em relação ao mundo digital se traduz no fenômeno em que a norma estará sempre correndo atrás do fato, num contínuo movimento de "gato e rato". Este será sempre o desafio de uma sociedade digital, que precisa conquistar, para sua preservação, a paz social que, como diz Von Ihering, é o fim do direito, enquanto que o "meio de que se serve para consegui-lo é a luta". A luta pelo Direito, na área digital, é, na verdade, a luta contra a obsolescência da lei antiga, cabendo à sociedade exigir hermenêuticas modernas e leis modernas, consentâneas com relações sociais praticadas pela Internet e por meio de equipamentos digitais. Em suma, é a luta pelo direito concreto, que "não só recebe vida e energia do direito abstrato, mas também a ele devolve".[10]

Considerando que o progresso tecnológico inevitavelmente suplantará a evolução legislativa, "não há tempo hábil para criar jurisprudência pela via tradicional dos tribunais".[11] A celeridade e o dinamismo do Direito Digital provocam muitas vezes, para fins de solução de conflitos, a interpretação pela analogia, o uso da arbitragem e a utilização do Direito costumeiro, considerando os usos e costumes utilizados nas redes digitais. Neste sentido, a aplicação de normas se aproxima da noção de Lex Mercatoria, ou seja, um conjunto de princípios e regras nascidos da prática comercial, sem nenhum vínculo com o Direito nacional de cada

10 *A luta pelo Direito*, Rudolf von Ihering, Editora Forense, 2011, fls. 27 e 58.

11 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 80.

país. Por outro lado, uma norma legal ou mesmo contratual que trate de institutos jurídicos afeiçoados às práticas digitais deve ter sempre um caráter de generalidade, para que sobreviva no tempo e seja flexível para atender a diversas realidades da Sociedade da Informação e, em particular, às inovações cibernéticas.

Vale evocarmos, mais uma vez, as lições da notável jurista Patrícia Peck Pinheiro,[12] quando menciona que, além dos fatores que compõem a fórmula tridimensional do Direito (Fato, Valor e Norma), existe, no Direito Digital, o fator tempo. Como sabemos, Miguel Reale concebeu esta fórmula,[13] unindo o axiológico (valor da Justiça), o fático (realidade social e histórica de um lugar ou época) e o normativo (o ordenamento), destacando os "três sabores do Direito" que não podem ser separados um do outro. O "quarto sabor", porém, não advém do período de vigência de uma norma, mas sim de que "o conjunto fato-valor-norma necessita ter certa velocidade de resposta para que tenha certa validade dentro da sociedade digital". Se não houver resposta rápida, pode logo ocorrer o "esvaziamento do direito subjetivo". Também o conceito de territorialidade passa a ter temperamentos, que é diferente numa sociedade globalizada e convergente. Por vezes, não é possível fixar qual o território em que ocorreram relações jurídicas e seus efeitos. O mundo virtual constrói territórios difíceis de demarcar, "onde diferentes culturas se comunicam o tempo todo".[14]

Nem sempre são suficientes, para tanto, os parâmetros tradicionais do Direito Internacional Privado ou as regras de extraterritorialidade definidas nos artigos 7º e seguintes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657, de 04/09/1942). O local de aplicação das leis pode ter diferentes critérios, como a lei do lugar onde ocorreu o dano, a lei do domicílio dos partícipes de uma relação jurídica, a lei do local onde se realiza o ato jurídico ou onde as obrigações devem ser cumpridas, entre outros. No Direito Digital, poderíamos acrescentar o local onde foi registrado o endereço eletrônico de uma pessoa.

Sobre tais questões, a legislação pátria estabeleceu regra (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, artigo 11), determinando que deve ser aplicada a lei brasileira, quando, numa operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores (de conexão ou de aplicação de Internet), pelo menos um destes atos ocorra em território nacional. Por igual, incide a mesma regra

12 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 83.

13 Miguel Reale, *Teoria tridimensional do Direito*, 5ª edição, Ed. Saraiva, 1994, fl. 121.

14 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 83.

em relação aos "dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil" e também nas atividades realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, "desde que oferte serviço ao público brasileiro ou, pelo menos, uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil". Vale registrar também o que dispõe o artigo 8º, parágrafo único, inciso II da mesma lei, quando determina que, num contrato de adesão, é nula a cláusula que não ofereça ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de contendas derivadas de serviços prestados no Brasil.

A noção do Direito Digital como globalizado e convergente atrai também uma nova adjetivação, por se tratar de um direito comunitário. O indivíduo, pelos meios virtuais, passa a ter mais conhecimento e mais informação, partilhando preocupações de índole geral em conexão com outros indivíduos além das fronteiras nacionais. Fato, valor, norma e tempo transcendem os limites territoriais de um Estado, exigindo diretrizes gerais e diplomas normativos supranacionais, como já ocorre em relação a certos documentos e normas emanados da Comunidade Europeia que tratam do e-commerce e de crimes eletrônicos.[15] Na verdade, esta grande comunidade de pessoas e nações que constitui o mundo digital discute temas que a todos interessam, especialmente certas dialéticas como direito à privacidade *versus* segurança, liberdade de expressão *versus* direito à defesa da honra e da intimidade, proteção de dados *versus* acesso à informação e tantos binômios ainda não resolvidos em época de comunicação em massa, em escala planetária. Por outro lado, aspectos conflitivos difíceis de serem resolvidos pela via da lei ou da judicialização estimulam a prática da autorregulamentação na solução de certa controvérsia, corrigindo-se lacunas do direito. Temos como exemplo os provedores de acesso à Internet que criam normas-padrão, especialmente no que tange a questões de privacidade e prática de ilícitos.

É importante acentuar, porém, que, excetuadas certas regras que lhe são peculiares, o Direito Digital, a rigor, não chega a ser um ramo específico do Direito. Ele não possui objeto próprio (como o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Tributário, o Direito Previdenciário), diferenciando-se apenas pela forma como transita, ou seja, pelos canais virtuais. É um Direito com um *modus operandi* diferente, sendo, na verdade, a extensão de diversos ramos da ciência jurídica, que cria novos instrumentos para atender a anseios e ao aperfeiçoamento dos institutos jurídicos em vigor.

15 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 113.

3.
PANORAMA SOBRE TEMAS DIVERSOS QUE ENVOLVEM O DIREITO DIGITAL

Apresentaremos doravante alguns tópicos e assuntos que interessam, direta ou indiretamente, ao Direito Digital. Não trataremos de temas estritamente jurídicos, mas também de tecnologias e funcionalidades introduzidas no mundo da Internet, que interagem no arcabouço jurídico construído a partir do progresso virtual.

3.1. DOS DIREITOS AUTORAIS

Cuidaremos aqui, de forma sintética, de alguns desafios do Direito Digital, a partir do tratamento a ser dado aos direitos autorais. A Constituição Federal garante aos autores "o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar" (artigo 5º, inciso XXVII). Por outro lado, é assegurada, nos termos da lei, "a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas". Também é garantido "o direito de fiscalização" a respeito do aproveitamento econômico de obras humanas pelos "seus criadores, seus intérpretes e respectivas representações sindicais e associativas" (mesmo artigo, inciso XXVIII, letras "a" e "b").

Os direitos do autor, regulados pela Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, são reputados bens móveis, merecendo referência alguns conceitos legais da maior relevância:

a) publicação: o oferecimento de obra literária, artística ou científica ao conhecimento do público, com o consentimento do autor, ou de qualquer outro titular de direito de autor, por qualquer forma ou processo;

b) transmissão ou emissão: a difusão de sons ou de sons e imagens, por meio de ondas radioelétricas, sinais de satélite, fio, cabo ou outro condutor, meios ópticos ou de qualquer outro processo eletromagnético;
c) retransmissão: a emissão simultânea de transmissão de uma empresa por outra;
d) distribuição: a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer forma de transferência da propriedade ou posse;
e) comunicação ao público: ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares;
f) reprodução: a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou de qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido;
g) contrafação: a reprodução não autorizada.

Há ainda na lei outros conceitos legais relevantes, alguns dos quais reproduzimos sinteticamente. Assim, temos: a "obra audiovisual", concebida como a fixação de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar, por meio de sua reprodução; "a impressão de movimento", o "fonograma", definido basicamente como toda fixação de sons de uma execução ou interpretação; e a "radiodifusão", qual seja a transmissão, sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público, inclusive mediante sinais codificados (artigo 5º, inciso VIII, letra "i" e incisos IX e XII). Consideram-se obras intelectuais protegidas "as criações de espírito", expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, podendo ser citadas, entre tantas outras, os textos de obras literárias, artísticas ou científicas, as composições musicais com ou sem letra, as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, as obras fotográficas e os programas de computador (artigo 7º).

Segundo a Lei 9.610/98, pertencem ao autor "os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou" (artigo 22). Entre os direitos morais, podemos citar o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra, o de ter seu nome, pseudônimo ou "sinal convencional" indicado na

utilização da obra e o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de quaisquer atos que possam atingir a honra e reputação do autor. Sobre o aspecto patrimonial (artigo 28), cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo de sua autorização o uso da obra, "por quaisquer modalidades", tais como a reprodução parcial ou integral, a edição, a inclusão em fonograma ou produção audiovisual e a distribuição, inclusive "para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra óptica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema" que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para "percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda". Também são proibidos, sem anuência do autor, diversos procedimentos, tais como a utilização, direta ou indireta, de obra literária, artística ou científica, mediante representação, recitação ou declamação, execução musical, radiodifusão sonora ou televisiva, emprego de satélites artificiais e "quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas" (artigo 29).

A Lei 9.610/98 promoveu vastíssima regulamentação dos direitos autorais, a partir de conceitos e definições básicos, mantendo sempre o princípio fundamental de ampla proteção jurídica à obra derivada da criação humana. Valoriza-se o direito do autor de repercutir sua obra, se assim desejar, podendo este transferi-lo a terceiros, mediante licenciamento, concessão, cessão "ou por outros meios admitidos em Direito" (artigo 49) ou autorizar a edição de suas obras intelectuais (artigo 50).

A Internet gerou um fenômeno que se expandiu em escala planetária, ou seja, a enorme acessibilidade a criações intelectuais, artísticas e científicas que circulam pela rede mundial de computadores, levando a um comportamento coletivo segundo o qual o que se divulga na Internet é material público e não objeto da propriedade intelectual de quem quer que seja. Em suma, criou-se um enorme campo para a violação de direitos autorais, potencializando-se as reproduções não autorizadas de "criações do espírito" humano. Ocorreu uma "desmaterialização de seu suporte físico", já que não há mais distribuição de obras em formatos físicos tradicionais, tais como livros e CDs. Mais do que nunca, a obra virtual se tornou um bem intangível, de fácil circulação, desafiando as fórmulas protetivas do direito do autor e exigindo reflexões sobre novas atitudes para reconstruir um padrão moderno de proteção da propriedade intelectual. De tanto se replicar obras pelas redes conectadas da Internet, a obra não se "esgota" nunca, ela se torna permanente.[16] Assim

16 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 176.

sendo, e para que a transmissão da obra não seja infindável, algumas editoras estabelecem sua comercialização mediante limite de quantidade de acessos (clicks, downloads, etc., como se fossem "tiragens virtuais" de um livro). Se mecanismos desta ordem não forem estabelecidos, a reprodução descontrolada de cópias de obras ou imagens pela Internet vai criar legião de plagiadores ou "piratas". O Direito autoral não é protegido apenas em homenagem ao direito individual do autor, mas também para valorizar a Sociedade do Conhecimento e a inovação. Se os inovadores não forem, de algum modo, valorizados, desmotivam as suas criações. O que se busca é, portanto, o equilíbrio, o chamado *fair use* (uso justo), conciliando o interesse do criador da obra (que espera receber por ela algum estímulo financeiro) e o interesse de acesso público ao conteúdo das criações.

A convergência dos dispositivos tecnológicos permite que obras e inventos sejam reproduzidos por diversas vias, tais como computadores, televisão, tablets, notebooks e celulares, tornando fácil a transmissão de informações, independente de limites de território. Cópias de material são produzidas na rede com muita rapidez, sendo evidente que a profusão de funcionalidades propicia frequentes violações aos direitos do criador e às formas de proteção da propriedade intelectual, desafiando mecanismos de defesa jurídica diante da replicação de conteúdos em alta velocidade. Assim sendo, imagine quantos usuários de Internet podem ser infratores de direitos autorais, em escala exponencial, quando se fazem downloads de arquivos de obras, músicas e imagens armazenados num determinado site, de forma gratuita. Não se trata de evitar o compartilhamento de arquivos pela Internet, mas sim que tais arquivos não sejam disponibilizados pela via clandestina, mas sim por distribuidores que tenham tido a prévia autorização de seus autores, devidamente remunerados por esta divulgação.[17] Para agravar este problema, existe um fenômeno "enxuga-gelo", pois a todo momento se criam novas ferramentas virtuais para driblar direitos autorais, num uso sem fim de meios tecnológicos com fins ilegais.

Houve nos Estados Unidos o lançamento de um projeto de lei, denominado *Stop Online Piracy Act* (SOPA), que previa estabelecer uma política de responsabilidade ampla por infração a direitos autorais, seja pela responsabilização dos serviços de hospedagem de conteúdo, serviços de busca da Internet, provedores de pagamento e sites de publicidade, o que envolvia, inclusive, sites fora do território norte-americano. A estratégia consistia "em fechar toda a cadeia que alimenta e sustenta os sites

17 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 180.

considerados infratores que, dentre outras condutas ilegais, hospedam, publicam ou permitem a distribuição de conteúdo ilícito".[18] Protestos generalizados e interesses contrariados suspenderam a tramitação desta proposta legislativa, vigorando atualmente normas, nos Estados Unidos, segundo as quais os provedores terão que ser previamente notificados para remover conteúdos. O desafio, todavia, continua e só será efetivo se o combate à pirataria for internacional, já que, conforme antes dito, o território digital não tem fronteiras.

O Direito Digital ainda está em busca da melhor regulação para o direito dos autores. De um lado, há que se reconhecer que o Direito Digital é um direito comunitário, multicultural, com dinamismo próprio, aberto e colaborativo, onde a transmissão contínua de dados, em escala mundial, é uma de suas características. Mas, por outro lado, tais singularidades têm que ser balanceadas com a proteção jurídica da criação humana, que urge igualmente ser valorizada, não apenas pelo interesse individual, mas também público, preservando-se, sobretudo, a autenticidade da obra, que é um direito moral do autor, independente da tecnologia utilizada para a sua divulgação.

No Brasil, o Marco Civil da Internet eximiu de responsabilidade civil os provedores de conexão pelo tráfico de conteúdo de terceiros, cabendo a responsabilidade subsidiária aos provedores de aplicação se, estes, cientes do fato, nada fizerem.[19] Segundo a Lei 12.965/2014, artigo 14, é vedado ao provedor de conexão guardar os registros de acesso a aplicações de Internet, estabelecendo-se ainda que este provedor não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdos exibidos na Internet e gerado por terceiros (artigo 18). Segundo a sistemática legal, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para cumpri-la, tornando indisponível o referido conteúdo (artigo 19).

Todavia, esta norma genérica não se aplica, por enquanto, a infrações a direito do autor ou a direitos conexos, que dependerá de "previsão legal específica", a qual deverá respeitar "a liberdade de expressão e demais garantias previstas no artigo 5º da Constituição Federal". Até a entrada em vigor desta futura lei, a matéria relativa à infração a direitos autorais continuará a ser regida pela Lei 9.610/98 e demais disposições vigentes antes do advento da 12.965/2014 (artigos 19, § 2º e 31).

---

18 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 182.

19 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 183.

Hoje, os tribunais decidem questões de direito autoral na Internet de acordo com as particularidades de cada caso concreto, mas a própria evolução do tema fará com que soluções novas sejam encontradas, em nível de regulação nacional e internacional. Quaisquer que sejam elas, terão que envolver necessariamente as responsabilidades dos provedores de conexão, dos provedores de aplicação e as empresas de hospedagem de sites.

3.1.1. Os direitos autorais sobre programa de computador (software). Lei 9.609, de 19/02/1998

Como antes mencionado, o artigo 7º da Lei 9.610/98 incluiu como obra intelectual protegida diversas "criações de espírito", entre as quais o programa de computador (inciso XII). Em relação a este, aplica-se, portanto, a proteção conferida pela citada legislação, com as peculiaridades estabelecidas pela Lei 9.609, de 19/02/1998, que trata ainda de matérias conexas, como as licenças de uso, comercialização e transferência de softwares.

O programa de computador (software) é definido na Lei 9.609/98 como um bem incorpóreo que consiste na "expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento de informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados" (artigo 1º). Neste conceito, se enquadram também os modernos "aplicativos", igualmente sujeitos à lei acima indicada.

Os aplicativos, verdadeiras vedetes do mundo virtual, mereceriam um capítulo à parte, tal a sua expansão e sua capacidade de expandir a "Sociedade do Conhecimento". São acessíveis ao público em geral a baixo custo, atraindo consumidores com assinaturas módicas, como é o caso, por exemplo, do Netflix, uma invenção digna de proteção da propriedade intelectual, pois nos coloca, num piscar de olhos, com acesso a um arquivo com centenas de filmes, tornando obsoletos os suportes físicos do tipo DVD, sem necessidade de licenças de uso ou qualquer outra formalidade.

À época em que se discutia a proposta legislativa convertida na referida lei, indagava-se se este "conjunto organizado de instruções", descrito em sequência lógica (como vimos, os chamados algoritmos), que cria diferentes comandos e fórmulas, mereceria a tutela do direito autoral, tendo o Legislador respondido de forma positiva, uma vez que, no artigo

2º da Lei 9.609/98, garantiu-se a proteção legal à "propriedade intelectual de programa de computador" da mesma forma como são protegidas as obras literárias por legislação própria, resguardadas as peculiaridades da área da informática. Nasceu daí o conceito de "código-fonte", que tem diferentes consequências, dependendo se tratarmos de "software livre" ou "software proprietário".

"Software livre" é aquele no qual o usuário é livre para executá-lo, fazer cópias, distribuir, estudar, modificar e aperfeiçoar o programa, sendo o conhecimento do código-fonte um requisito para sua utilização. Já o "software proprietário" não permite ao usuário acesso ao código-fonte, sendo vedadas a obtenção de cópias ou distribuição do software, nem seu aperfeiçoamento. Neste caso, sua utilização se dá por meio de permissão ou licença de uso ao interessado, mediante remuneração. O chamado "contrato de licença" possui algumas cláusulas costumeiras, tais como a breve descrição do software, seu funcionamento e finalidades, as condutas a serem adotadas pelos usuários, referência a Termos de Uso e à Política de Privacidade adotada pela empresa titular, a previsão de eventual indisponibilidade do software em razão de manutenções preventivas ou emergenciais, isenção de responsabilidade do titular do software em caso de seu uso indevido ou por danos ao equipamento dos usuários causado por terceiros, dentre outras. A licença difere da "cessão de softwares", que é a transferência de sua propriedade ao cessionário.

O registro do software não é imprescindível para a sua proteção legal (artigo 18 da Lei 9.610/98). Havendo simples exteriorização intelectual da obra, nasce, em favor de seu criador, o uso e gozo de seus direitos autorais.

Não obstante, pode-se realizar o registro do software no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (Inpi), em departamento específico denominado Divisão de Contratos de Licença de Uso e Registros de Programa de Computador (Dimapro). Ali não se examina a originalidade do software, pois o exame do citado instituto se cinge à verificação formal da documentação apresentada. Concedido o registro, o Inpi arquivará uma cópia lacrada do software, que somente poderá ser aberta mediante ordem judicial.

3.2. A QUESTÃO DOS CONTEÚDOS DA INTERNET E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS AUTORAIS

Patrícia Peck chama a atenção para os ditos "conteúdos" da Internet, que se constituem num bem jurídico a ser tutelado:

> "No Direito Digital, o conteúdo toma a forma de bem jurídico a ser tutelado. Esta crescente importância do conteúdo está em sintonia com o que, para Don Tapscott, é a sociedade digital: 'A sociedade digital é fruto da união dos 3C: Computação, Comunicação e Conteúdo.' Um dos grandes desafios não é a discussão do meio, da comunicação em si ou da tecnologia em si. É a questão do conteúdo, ou seja, da produção intelectual cada vez mais necessária para manter o interesse no uso do meio e na própria tecnologia. Esta produção implica, inclusive, criação de produtos imateriais dispostos no meio e viabilizados pela tecnologia para serem consumidos, como é o caso do MP3, do e-book e do próprio mecanismo de download.

A necessidade de regular essas questões traz uma grande semelhança com problemas enfrentados pela propriedade intelectual no começo do século e pela questão das patentes até hoje, principalmente na área farmacêutica e de biotecnologia, visto que há sempre interesses macroeconômicos muito maiores do que apenas a determinação de conceitos jurídicos. Novamente a relação computação, comunicação e conteúdo determina o monopólio do poder e a soberania dos Estados dentro da era digital e, diante de um mundo cada vez mais globalizado, os donos destas 'pontes' podem vir a ditar as regras, cada vez mais."[20]

Assim, o conteúdo de um site torna-se objeto de negociação, um produto, que agrega valor ao seu proprietário. O conteúdo pode ser compreendido como "uma informação à qual se dá crédito". No mundo dos sites, une-se conteúdo e comercialização em uma mesma página, passando o conteúdo a ter uma função econômica. O conteúdo exerce uma *vis atractiva* para o consumidor, a depender do produto que está sendo oferecido, que podem ser fotos de roupas à venda ou informação sobre o mercado, em sites financeiros. Não é fácil aquilatar o valor real de mercado de um conteúdo, tendo que se ponderar vários fatores, tais como o potencial de replicação desta ou daquela informação. Existem sites de acesso restrito, onde o seu conteúdo é exclusivo, e sites abertos, como aqueles que divulgam notícias, e onde o conteúdo é valorado a partir de sua credibilidade e quantidade de acessos, mas que também perde gradualmente seu valor se persistir na divulgação de notícia antiga, cujo impacto evidentemente diminui perante o público.[21]

---

20 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 203.

21 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit. fls. 203 e seguintes.

Pode-se imaginar os cuidados que um advogado deve ter na elaboração de um contrato que envolva aspectos de Direito Digital, como especificar o conteúdo que está sendo produzido num site ou portal, a mensuração de seu valor, a possibilidade de acessos à rede Web e seus impactos, seu tempo de vigência e, principalmente, a responsabilidade editorial. Dificuldades existirão na medição de um dano provocado à vítima que for prejudicada por uma notícia falsa veiculada na mídia virtual, onde, muitas vezes, não se consegue quantificar quantas vezes o conteúdo foi replicado na Internet, já que a retificação da informação em alguns sites não significa necessariamente que outros sites para os quais a notícia foi transmitida tenham tido a mesma preocupação. A depender de cada caso, algumas cautelas podem ser tomadas, como, por exemplo, a ressalva contratual, a ser divulgada pelo site, de que o provedor de aplicação não se responsabiliza pelo conteúdo da informação transmitida por seus clientes, tal como se verifica, por vezes, em canais de televisão que alugam espaço e tempo para divulgação de assuntos específicos, como, por exemplo, programas de orientação religiosa. Quando a empresa estiver comercializando conteúdos restritos, pode-se fixar que os limites de responsabilidade pelo que é divulgado valem apenas até o primeiro comprador da informação, não se responsabilizando a empresa por produtos vazados, que podem, inclusive, ter seus conteúdos modificados ou adulterados.

Por outro lado, a transmissão de conteúdos na Internet envolve, não raro, a multiplicidade de cópias digitais sobre obras de criação intelectual que se colocam ao abrigo da legislação de direito autoral, onde o autor deve se precaver contra violação da autenticidade de sua obra e sobre sua indevida comercialização.

Conteúdos podem ser websites, blogs, páginas em redes sociais, textos, imagens, vídeos, áudios e outros que apreciem os mais variados temas, tais como educação, lazer, compras, trabalho, gastronomia, pesquisas, aplicações financeiras, numa escala infinita de assuntos. O conteúdo na Internet é dinâmico, rápido e objetivo, sendo determinante para o sucesso de uma marca ou produto. Há de se encontrar uma roupagem "internetiana", ou seja, precisa se apropriar de técnicas, características e linguagens próprias da Web.[22] Empresas especializadas produzem conteúdo na montagem de um negócio comercial e igualmente constroem estratégias de comunicação de marketing digital, difusão nas redes sociais e escolha das melhores plataformas de divulgação (blogs, Facebook, Instagram, etc.). Enfim, do ponto de vista comercial, o conteúdo é um

22 https://nauweb.com/serviços/produção-conteudo-internet, acesso em 01/03/2017.

ativo imaterial da empresa, relevante para sua credibilidade e fator de maior interatividade com o seu público-alvo, podendo estabelecer uma boa referência na conquista de um segmento do mercado.

3.3. O E-MAIL COMO INSTRUMENTO DE COMUNICAÇÃO E FERRAMENTA DE TRABALHO. POSSIBILIDADE DE MONITORAMENTO PELA EMPRESA

O e-mail se constitui numa forma de comunicação eletrônica que tem similaridade, no mundo físico, com a correspondência. Tanto que a expressão completa em inglês é *eletronic mail*, traduzida como correio eletrônico. É uma aplicação da rede de computadores muito utilizada na Internet, viabilizando o intercâmbio de mensagens e arquivos entre os usuários. Os e-mails podem ter caráter pessoal, corporativo, comercial ou publicitário. Torna-se um meio de comunicação para viabilização de negócios, o que demonstra sua importância para a dinâmica empresarial e sua relevância como forma de prova judicial. Do ponto de vista da tecnologia eletrônica, não é uma correspondência direta entre remetente e destinatário, pois depende de intermediadores, ou seja, diversos receptores e transmissores existentes na rede da Internet que se encarregam da entrega da mensagem.

Há muito tempo, o e-mail já é instrumento de "declarações de vontade", gerando imediatos efeitos jurídicos, podendo existir o "e-mail oferta", o "e-mail contrato", o "e-mail notificação" e outros. O grande vilão é o "e-mail spam", que corresponde a uma mensagem não solicitada, normalmente com conteúdo falso e remetente falso. Não raro, é utilizado para transmitir vírus e envio de códigos maliciosos, que podem destruir arquivos e retirar informações de um computador, identificar senhas de banco, números de cartão de crédito e outros. Ele "compete" com o "e-mail marketing", com o qual é constantemente confundido pelo usuário, que não sabe se a mensagem que lhe é destinada visa fins escusos ou é uma simples e legítima mensagem publicitária.

Encontram-se em curso no Congresso Nacional alguns projetos de lei que visam disciplinar o uso de e-mails (Projetos de Lei 2.186/2003, 4.187/2008, PLS 2.423/2003 e 3.731/2004, e outros), mas nenhum deles prosperou, seja pela dificuldade em regular adequadamente tal matéria, seja porque nem sempre tratam a matéria de maneira tecnicamente adequada. A melhor proteção ao usuário, até o momento, tem sido de natureza técnica, qual seja o uso de "softwares anti-spam", além de boas

práticas na utilização da Internet, especialmente para que mensagens comerciais inspirem confiança ao destinatário. Também é importante que este denuncie aos seus provedores o recebimento de mensagens falsas ou suspeitas através de seus Canais de Denúncia, para que não mais sejam exibidas. Por outro lado, determinadas iniciativas podem ser tomadas por entidades representativas da sociedade, como o Código de Autorregulamentação para Prática de E-Mail Marketing, aprovado por diversas associações, tais como a Abradi, a Abanet, a Fecomércio-RS e a Fecomércio-SP, dentre outras. Do ponto de vista legal, embora não haja, até agora, leis específicas que regulem a transmissão de e-mails pela Internet, o usuário terá disponível a utilização da legislação tradicional para resguardo e reparação de seus direitos, tais como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil (proteção aos direitos da personalidade, *vide* artigo 21, indenização por ato ilícito, artigos 186, 187 e 927 e seguintes) e a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) se, por exemplo, o direito do usuário envolver, por alguma razão, alguma responsabilidade do provedor de aplicações de e-mails.[23]

No mundo empresarial, devem ser adotadas medidas de cautela do empregador em relação a mensagens enviadas por seus colaboradores por intermédio de e-mails corporativos que, eventualmente, possam gerar corresponsabilidade da empresa, como seria, por exemplo, um e-mail calunioso que resulte em responsabilidade civil por dano a terceiro (artigo 932, inciso III, do Código Civil), que é de natureza objetiva, ou seja, "ainda que não haja culpa de sua parte" (artigo 933 do Código Civil, Súmula 341 do STF). Assim, a providência recomendada é que, na Política de Segurança da Informação (PSI), que será explanada mais adiante, sejam obtidas ciência e concordância dos empregados em relação aos adequados procedimentos sobre o direito do empregador de manejar e-mails corporativos, sendo aqueles igualmente notificados ainda sobre a monitoração ou não dos e-mails enviados a partir dos computadores da empresa. Também se devem prever na PSI as fórmulas adequadas de comunicação entre os empregados, especialmente entre superiores hierárquicos e seus subordinados, uma vez que muitos e-mails podem configurar prova eletrônica de que este ou aquele empregado esteja sofrendo assédio moral ou sexual de alguém, gerando, por igual, corresponsabilidade ao empregador.

Tais questões vêm sendo frequentemente debatidas nos tribunais do trabalho, prevalecendo o entendimento de que e-mails corporativos podem ser monitorados e rastreados, pois representam ferramentas de tra-

23 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fls. 422 a 424.

balho, já que a empresa precisa proteger o seu grande ativo, que é a informação. Além disto, a empresa deve valer-se desta prerrogativa, por vários motivos. Em primeiro lugar, pelo risco de ser responsabilizada objetivamente por mensagens indevidas lançadas em seus e-mails. Em segundo lugar, porque a empresa possui direito de propriedade sobre seu próprio equipamento, sendo, pois, legitimada para regular o seu uso. E, por último, porque providências desta ordem estão compreendidas no poder de direção do empregador (artigo 2º da CLT), inclusive a instituição da PSI e a formulação de Códigos de Ética para uso profissional (este último é, inclusive, recomendado pela chamada "lei anticorrupção", a Lei 12.846/2013). Nos debates jurisprudenciais, foi feita a devida distinção entre e-mail corporativo e e-mail pessoal, este sim protegido pelo direito à privacidade (artigo 5º, inciso X, da Constituição e Lei 12.965/2014) e pelo direito à inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (artigo 5º, inciso XII, da CF).

A maioria das decisões judiciais estabelece que, uma vez seja o empregado previamente advertido de que o e-mail da empresa só pode ser usado para fins profissionais, a empresa pode checar o seu conteúdo, sem qualquer violação legal ou constitucional. É uma providência de natureza ética, pautada pela lealdade, pela boa-fé e pela transparência, que devem presidir as relações de trabalho.[24] Assim, foram tratados, de forma razoável, os limites entre os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado e os direitos à propriedade privada e à livre iniciativa asseguradas ao empregador.

Como ilustração, transcrevemos abaixo arestos do TST:

> "Correio eletrônico. Monitoramento. Legalidade.
>
> '(...) Comungo do entendimento *'a quo'* no sentido de afastar a alegada ofensa aos incisos X, XII, LVI do artigo 5º da CF, por não ferir norma constitucional a quebra de sigilo de e-mail fornecido pela empresa, sobretudo quando o empregador avisa a seus empregados acerca das normas de utilização do sistema e da possibilidade de rastreamento e monitoramento de seu correio eletrônico. Também o julgado recorrido consignou ter o empregador o legítimo direito de regular os bens da empresa, nos moldes do artigo 2º da CLT, que prevê os poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar do empregador, inexistindo notícia acerca

24 Celina Mendonça: https://noticias.uol.com.br/opinião/coluna/2014/08/21/empresas-podem-monitorar-e-mails-corporativos-de-funcionários.htm, acesso em 12/01/2017.

de excessiva conduta derivada do poder empresarial.' (TST, AIRR 1.130/2004-047-02-40, relator ministro Vieira de Mello, julgamento em 31/10/2007)"

"Prova lícita. 'E-mail' corporativo. Justa causa.

'Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ('e-mail' particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado 'e-mail' corporativo, instrumento de comunicação virtual, mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. Pode o empregador monitorar e rastrear suas mensagens, tanto do ponto de vista formal, quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, (...) Inexistência de afronta ao artigo 5º, incisos X, XII e LVI da Constituição Federal'. Proc. TST-ED-rr-613/2000-013-10.00.7, ministro relator João Oreste Dalazen."

3.4. O TELETRABALHO

A evolução das relações de trabalho, derivada dos progressos da Tecnologia da Informação (TI) e da mobilidade do empregado, gerou modificações na Consolidação das Leis do Trabalho, mediante alteração do seu artigo 6º, por força da Lei 12.551/2011. O objetivo desta nova legislação foi estipular que é indiferente o local onde o trabalhador se encontre fisicamente para que ele desfrute dos direitos contemplados na legislação trabalhista.

A Lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011, deu nova redação ao artigo 6º da CLT, estabelecendo o seguinte:

> "Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego."
>
> "Parágrafo único: Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio."

Neste sentido, o TST teve que examinar a questão à luz da nova legislação e não mais pelos estritos ditames da Súmula 428, de 24 de maio de 2011, segundo a qual "o uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, '*pager*' ou aparelho celular pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso".

Considerando-se que o trabalho realizado a distância é tempo de serviço, surgem, no teletrabalho, questões relacionadas a horas extras e sobreaviso, que representam atividades que extrapolam a jornada diária de trabalho.

Há um dispositivo na CLT (artigo 244, § 2º) aplicável à categoria dos ferroviários, segundo o qual considera-se de sobreaviso:

> "O empregado efetivo que permanece em sua própria casa aguardando, a qualquer momento, o chamado para o serviço. Cada escala de sobreaviso será, no máximo, de 24 horas. As horas de sobreaviso, para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal."

Passou-se a entender, nos pretórios da Justiça do Trabalho, que esta regra se aplica, por analogia, a outras situações de relação de emprego. A este respeito, confira-se o entendimento da Súmula 229 do TST, que estabeleceu igual regra para os eletricitários, com redação aprovada originalmente pela Resolução 14/1965 e revisada pela Resolução Administrativa do TST 121, de 28/10/2003. Também os petroleiros e os aeronautas possuem norma específica sobre sobreaviso (Lei 5.811/72, artigo 5º, § 2º e Lei 7.183/84, artigo 25).

Evidentemente que, à época em que foi aprovada a norma sobre o sobreaviso, por intermédio do Decreto-Lei nº 6.353, de 20/03/1944, o contato a distância do empregador ao seu empregado se fazia, via de regra, por telefone fixo e, certamente, de forma precária, quando o trabalhador se colocava à disposição de seu patrão em sua própria residência. Com o advento de processos informatizados e da moderna telefonia celular, a questão teve que ser interpretada pela legislação moderna, expressa mediante nova redação conferida ao artigo 6º da CLT pela Lei 12.551/2011, podendo o empregado ficar em sobreaviso em qualquer lugar. É evidente, no entanto, que o distanciamento do empregado tem limites, já que o seu direito de ir e vir tem que ser compatibilizado com a urgência do seu comparecimento imediato à empresa.

Há, portanto, que se distinguir o seguinte: se o empregado ficar à disposição do empregador, em sua residência ou não, sem prestar serviços, receberá a remuneração das horas relativas ao sobreaviso, na proporção de 1/3 do salário normal. Se for convocado ao trabalho, receberá o valor da hora trabalhada, acrescida do respectivo adicional, na hipótese de ultrapassar a jornada normal semanal.

A redação atual da Súmula 428, alterada pela Resolução TST 185/2012 para fins de adaptação à nova lei, passou a ser a seguinte:

> "I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.
>
> II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, a distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso."

Quando a Súmula proclama que o uso de instrumentos telemáticos ou informatizados, "fornecidos pela empresa ao empregado", por si só não caracteriza sobreaviso, quis configurar situações nas quais foi facultada ao empregado a posse de tais instrumentos para seu mero conforto ou até mesmo para episódicas comunicações ou avisos entre a empresa e seu colaborador no seu período de descanso, sem que isto configure necessariamente "controle patronal", este sim requisito essencial para o sobreaviso. O referido controle e o regime de plantão é que caracterizam o sobreaviso.

Verifique-se que, nesta Súmula, o TST se cingiu a interpretar exclusivamente o instituto do sobreaviso em sua linguagem jurídica atual. Não tratou propriamente do *home office* ou de qualquer trabalho efetivamente realizado em local diferente do estabelecimento empresarial, hipóteses nas quais o empregado não está apenas em alerta mas sim praticando verdadeiramente sua atividade profissional. Daí o alcance do atual artigo 6º da CLT, que unifica o tratamento jurídico entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregado ou fora dele, desde que caracterizada a relação de emprego, particularmente a habitualidade das tarefas laborais e a subordinação jurídica ao empregador.

A grande questão a ser esclarecida é que o simples recebimento de e-mails corporativos da empresa, muitos deles habitualmente enviados a telefones celulares dos empregados, não significa demanda de trabalho. Note-se que, atualmente, a informação circula independente de horário e, portanto, o mero acesso do trabalhador a tais mensagens não pode ensejar, por si só, nem sobreaviso, nem ordem direta do empregador para que passe a trabalhar em determinados horários fora do expediente.

Ideal seria que a lei permitisse jornadas flexíveis estabelecidas em contrato ou convenções coletivas derivadas de negociações entre as categorias econômica e profissional. É de se reconhecer que há riscos trabalhistas derivados da atual realidade de mobilidade corporativa, nas situações que atinjam zonas cinzentas onde não se sabe ao certo se houve, por parte do empregado, trabalho efetivo ou simples contato entre empregado e empregador.

Algumas recomendações podem ser prescritas para evitar indesejáveis passivos trabalhistas, como, por exemplo, a edição de um regulamento da empresa para disciplinar o uso de computadores e dispositivos móveis por seus empregados. Deve ficar claro quais mensagens representam simples informações transmitidas aos colaboradores de uma empresa ou quais comunicações podem representar solicitação de serviço. As demandas fora de serviço, ordenadas por meios telemáticos ou informatizados, devem, se possível, ser previamente classificadas, identificando-se as situações em que os empregados poderão recebê-las. De preferência, melhor será que tais demandas se restrinjam exclusivamente aos profissionais que detenham cargo de confiança, ministrando-se aos gestores regras de boas práticas a respeito de compartilhamento de informações a seus subordinados, por e-mails, postagens em redes sociais e outros, sem que tais ações possam ser interpretadas como determinações do poder empresarial.

Podem também ser previstas normas para o trabalho conhecido como "*Bring Your Own Device* (BYOD)", no qual é o empregado que possui a propriedade do seu recurso informático e o conduz ao seu ambiente de trabalho. Nestes casos, interessa profundamente que o profissional respeite a Política de Segurança da Informação (PSI) da empresa, bem como cumpra obrigações e limites no uso do seu equipamento, inclusive deveres de manutenção e guarda e suas responsabilidades sobre o conteúdo armazenado, além de estipulações específicas sobre utilização de softwares pertencentes ao empregado, com as devidas licenças de uso. Por evidente, é preciso compatibilizar o uso do "BYOD" com o horário de trabalho do colaborador, de forma a que não se configure necessariamente nem sobreaviso, nem sobrejornada.

3.5. AS OPERAÇÕES BANCÁRIAS, O INTERNET BANKING, O HOME BROKER. ARRANJOS DE PAGAMENTO E O BITCOIN

As múltiplas atividades bancárias exercem enorme influência na vida financeira do País e desempenham importante papel para o seu desenvolvimento econômico. Podemos enumerar, como exemplos, o depósito de dinheiro, a concessão de empréstimos, a compra de títulos públicos, a disponibilização de variados investimentos financeiros, o pagamento de salários, pensões e aposentadorias, o recebimento de impostos e taxas, e tantos outros.

Embora os bancos brasileiros sejam hoje considerados "*up to date*" no que tange à sua sofisticação empresarial e a seus processos eletrônicos em geral, estão naturalmente passíveis de erros, como qualquer empresa, e respondem por falhas decorrentes da prestação de serviços aos seus clientes. Tais serviços são tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, diante do que dispõe o seu artigo 3º, § 2º, ao estabelecer que "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". Por seu turno, o artigo 14 do mesmo diploma legal estabelece que o fornecedor de serviços se responsabiliza objetivamente pela reparação dos danos causados aos consumidores "por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". Caracteriza-se como serviço defeituoso aquele "que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar" (artigo 14, § 1º). Por sua vez, o fornecedor só se exime de qualquer responsabilidade quando provar "a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

Os tribunais brasileiros recebem com assiduidade demandas contra estabelecimentos bancários, com pleitos de ressarcimento por danos morais e materiais. Diversas são as situações, como clonagem de cartões, roubo de senhas, falsificação de cheques, recusa de pagamento de cheque regular, e outros. Temos ainda, a título ilustrativo, a cobrança de quantia indevida, punível com a devolução do indébito "por valor igual ao dobro do que pagou em excesso" (artigo 42, parágrafo único do CDC), inscrição ilegal em serviços de proteção ao crédito e a exposição indevida do consumidor inadimplente, violando a proteção assegurada à sua imagem (artigo 42, *caput* do CDC). Em relação ao cheque falsificado, desde que o correntista não tenha concorrido para o evento danoso, o banco é responsável pelo prejuízo, sendo, neste sentido, a Súmula 28 do STF, a qual dispõe que "o estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista".

Prevalece hoje no STJ a Súmula 479, segundo a qual "as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". Tal entendimento vem gerando reflexos na jurisprudência brasileira. Podemos verificar, a título exemplificativo, dois arestos que colacionamos, cujas ementas transcrevemos parcialmente:

> "Ementa: Direito do Consumidor. Ação indenizatória. Abertura de conta-corrente com documentos falsos. Emissão de cheques sem fundos com assinatura falsa comprovada por perícia. Restrição de crédito. Aplicação das regras consumeristas, nos termos da Súmula 297 do STJ. Responsabilidade civil objetiva da instituição financeira. Excludente de responsabilidade não configurada. Teoria do risco profissional. Dano moral configurado. Recurso conhecido e provido. 1. De posse dos documentos do Apelante, terceiro fraudador abriu uma conta-corrente e emitiu vários cheques sem fundos em nome do recorrente, motivo que gerou a sua inscrição no CCF. 2. Restou comprovada, por meio de perícia, a falsidade da assinatura constante nos documentos de abertura de conta-corrente. Aplicam-se as regras do CDC às instituições financeiras, conforma Súmula nº 297 do STJ. Portanto, a responsabilidade dos bancos é objetiva, isto é, independentemente da existência de ato culposo, conforme dispõe o artigo 14, *caput* do CDC. (...) 6. Adoção da teoria do risco profissional, segundo a qual deve o banco

arcar com o ônus de seu exercício profissional, de modo a responder pelos danos causados a clientes e a terceiros, pois são decorrentes de sua prática comercial lucrativa. 7. Dano moral configurado em virtude da inscrição indevida nos cadastros do CCF..." Decisão do TJ-RN Apelação Cível AC 68993 RN 2008.00689-3, publicação em 18/01/2011.

"Ementa: Direito Civil. Instituição bancária. Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor. Súmula 297 do STJ. Responsabilidade civil objetiva. Pessoa jurídica. Protesto indevido de título. Prova do dano. Obrigação de indenizar. 1 – A Lei 8.078/90 inclui a atividade bancária no conceito de serviço, estabelecendo como objetiva a responsabilidade contratual do banco, que fica configurada na presença dos seguintes pressupostos: fato, dano e nexo de causalidade e nos termos da Súmula 297 do STJ. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. 2 – *In casu*, em decorrência de transação comercial entre a Autora e a Cooperativa Rio Grandense de Laticínios Ltda., esta emitiu indevidamente, em 19/09/1996, uma nota fiscal e boleto para pagamento bancário, no valor de R$ 1.750,00, com vencimento em 18/10/1996. Em 27/09/2006, ao reconhecer tal equívoco, a Cooperativa solicitou o cancelamento da cobrança à CEF, que desprezou a contraordem de cobrança da credora, levando a efeito o protesto do título. 3 – A negligência da CEF é evidente, diante do dever de zelar pela perfeita concretização das operações financeiras, sendo presumível o abalo na reputação da Autora, que deve ser reparado pelo pagamento de indenização por danos morais, mormente em face da Súmula 227 do STJ: pessoa jurídica pode sofrer dano moral, bem como porque o artigo 2º da Lei 8.078/90 preceitua que consumidor é toda pessoa física ou jurídica. No arbitramento do *quantum* reparatório, devem ser considerados os critérios objetivos da moderação, da proporcionalidade, do grau de culpa, do nível socioeconômico da vítima e do ofensor, de modo que o valor pago não constitua enriquecimento sem causa..." Decisão do TRF-2 – Apelação Cível AC RJ 1997.51.01.074142-0. Data da publicação: 08/07/2009.

Atualmente, a relação estabelecimento bancário-cliente foi transposta, em grande parte, para o mundo virtual, graças ao funcionamento do In-

ternet Banking, o que acentua a responsabilidade dos estabelecimentos bancários para garantir segurança, solidez e credibilidade nas operações financeiras que realiza. Tais operações não são presenciais, mas feitas diante da tela de um computador ou de um dispositivo móvel (telefone celular, tablet e outros, sistema denominado Mobile Banking), com utilização de "login", senha de acesso à Internet e assinatura eletrônica. No intenso universo das fraudes virtuais, os mecanismos de Segurança da Informação devem ser absolutamente confiáveis e lastreados em moderna tecnologia digital. À luz da Súmula 479 do STJ, o chamado "fortuito interno" deve ser identificado como a falha no processo operacional interno do banco, pois este só pode ser responsabilizado se lhe fosse de sua atribuição o encargo de evitar a fraude. Já se a falha se comete no ambiente externo, afasta-se, em regra, a responsabilidade objetiva do banco, pois a culpa será do cliente, que pode ter utilizado, por exemplo, um equipamento com vírus para acessar sua conta-corrente ou compartilhado sua senha com terceiros. Também será culpado o cliente que deixar de observar, por negligência, recomendações expressas divulgadas pelo banco para o uso seguro de seus serviços.

Os investimentos em renda variável no mercado acionário passaram a ter, desde 1999, por decisão do Conselho de Administração da Bovespa, um instrumento tecnológico denominado Home Broker, composto de sistemas automatizados hospedados em websites para comunicação entre o cliente-investidor e as corretoras. O cliente tem acesso à sua carteira de ações, cotações e análises sobre o mercado financeiro e mercado de capitais e pode ainda, sem nenhum contato com a mesa de operações, programar compra e venda de suas ações, ou seja, negociar via Internet. O sistema compreende inúmeras vantagens, consistindo num método de facilitação do investidor para acompanhar e realizar suas aplicações em ações, mas também possui riscos de natureza técnica pelos riscos operacionais resultantes do uso da rede mundial de computadores. Assim como ocorre em relação aos bancos, cabe à empresa corretora de valores zelar pela segurança da informação de seu site e pelo sigilo de informações de seus clientes. Também deve a corretora orientar seus investidores sobre as melhores práticas na utilização do Home Broker, especialmente a elaboração de um Termo de Uso, em linguagem clara e acessível. Por seu turno, o cliente deve fazer um acesso seguro à Internet (inclusive com equipamento antivírus), fazer a guarda adequada de sua senha, realizar a atualização periódica de seu navegador (browser) e evitar a utilização de aplicativos não conhecidos, prevenindo-se para que não recaia contra si a responsabilidade por uma operação realizada sem as devidas cautelas, que poderá lhe proporcionar grandes prejuízos.

Os "arranjos de pagamento" foram integrados ao Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) pela Lei 12.865, de 9 de outubro de 2013, e se definem como um "conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público, aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores" (artigo 6º, inciso I). Estes arranjos, que constituem, em verdade, novos meios alternativos de pagamento, vêm sendo frequentemente praticados nas operações on-line, como forma de facilitação de transações financeiras e celebração de negócios em geral pelo comércio eletrônico. Podemos citar o PayPal, PagSeguro e Google Wallet, que buscam intermediar a relação vendedor-comprador pelos caminhos virtuais, oferecendo ambiente seguro para as informações financeiras e dispondo de várias opções de pagamento, desde boletos, débito em conta, transferência bancária e cartões de débito e de crédito.[25]

A promulgação da Lei 12.865/2013 derivou da amplitude e intensidade na prática de tais arranjos no Brasil, o que tornou necessária sua regulamentação legal. Seguem adiante alguns de seus conceitos, contidos no artigo 6º:

a) instituidor do arranjo de pagamento: pessoa jurídica responsável pelo arranjo de pagamento e, quando for o caso, pelo uso da marca associada ao arranjo de pagamento;
b) instituição de pagamento: pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividades principais ou acessórias, dentre outras, as seguintes:

I) disponibilizar serviço de aporte ou saque de recursos mantido em conta de pagamento por ela gerida;
II) executar ou facilitar a instrução de pagamento relacionada a determinado serviço de pagamento;
III) emitir e credenciar a aceitação de instrumento de pagamento;
IV) executar remessa de fundos;
V) converter moeda física ou escritural em moeda eletrônica ou vice-versa e credenciar a aceitação ou gerir o uso desta moeda.

É importante, outrossim, destacarmos outras definições legais, contidas igualmente no artigo 6º da citada lei, a saber:

25 Anderson Hofelmann, *Vender na Internet, por onde começar*, p. 102, Editora Senac São Paulo, 2016.

a) conta de pagamento: conta de registro detida em nome do usuário final de serviços de pagamento utilizada para a execução de transações de pagamento;
b) instrumento de pagamento: dispositivo ou conjunto de procedimentos acordados entre o usuário final e seu prestador de serviço de pagamento utilizado para iniciar uma transação de pagamento;
c) moeda eletrônica: recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.

As instituições financeiras podem aderir a arranjos de pagamento, na forma estabelecida pelo Banco Central e pelo Conselho Monetário Nacional. O artigo 7º estabeleceu alguns princípios sobre o assunto, como interoperabilidade entre arranjos de pagamento, confiabilidade, qualidade e segurança dos serviços de pagamento e atendimento às necessidades dos usuários finais, em especial liberdade de escolha, proteção de seus interesses econômicos, tratamento não discriminatório, privacidade e proteção de dados pessoais, transparência e acesso a informações claras e completas sobre as condições de prestação de serviços. O Sistema de Pagamentos e Transferência de Valores Monetários por Meio de Dispositivos Móveis (STDM) é parte integrante do SPB e se distingue pela "utilização de dispositivo móvel em rede de telefonia móvel" (artigo 8º, parágrafo único).

Outros conceitos foram fixados pela Resolução 4.284, de 04/11/2013, do Banco Central do Brasil, a saber:

a) pagador é a pessoa natural ou jurídica, que autoriza a transação de pagamento;
b) recebedor é a pessoa natural ou jurídica destinatária final dos recursos de uma transação de pagamento;
c) transação de pagamento: ato de pagar, de aportar, de transferir ou de sacar recursos;
d) usuário final de serviços de pagamento: pagador ou recebedor que utiliza um serviço de pagamento. Acrescenta ainda a Circular nº 3.680, de 4 de novembro de 2013, que a conta de pagamento "utilizada pelas instituições de pagamento para registro de transações de pagamento de usuários finais" é de titularidade do usuário final, "utilizada exclusivamente para registros de débitos e créditos" relativos a tais transações. A Lei 12.865/2013 é ainda regulamentada pela Re-

solução 4.283/2013 e pelas Circulares 3.681 a 3.683/2013, todas baixadas pelo Banco Central do Brasil.

Toda esta regulamentação ofereceu lastro legal à intermediação financeira feita nas operações mercantis, realizadas via Internet, recrudescendo, assim, as condições de segurança jurídica para a prática do "e-commerce".

Sabemos que a sociedade sofreu, ao longo de séculos, uma evolução quanto à materialização dos meios de pagamento. O ouro já foi lastro de moedas e o papel-moeda continua sendo, mas, nas últimas décadas, introduziram-se inovações hoje corriqueiras, como os cartões de crédito e os cartões de débito. Não obstante, surgiu, em 2009, o bitcoin, uma moeda eminentemente virtual, que circula na Internet mediante códigos abertos para geração, uso e transferência da moeda. A rede é "*peer-to-peer*", ou seja, a transferência se faz diretamente entre computadores, sem interferência de um servidor central.

Segundo define a Wikipédia:

> "*peer-to-peer* (do inglês par a par ou simplesmente ponto a ponto, com sigla P2P) é uma arquitetura de redes de computadores onde cada um dos pontos ou nós da rede funciona tanto como cliente, quanto como servidor, permitindo compartilhamento de serviços e dados, sem a necessidade de um servidor central. As redes P2P podem ser configuradas em casa, em empresas e ainda na Internet. Todos os pontos da rede devem usar programas compatíveis para ligar-se um ao outro. Uma rede *peer-to-peer* pode ser usada para compartilhar músicas, vídeos, imagens, dados, enfim, qualquer coisa com formato digital."

Assim sendo, cada computador da rede é um nó (ponto de interconexão da rede), responsabilizando-se por uma parcela dos recursos da rede, tais como armazenamento, poder de processamento e largura de banda, sem a necessidade de "uma coordenação central de um servidor ou hosts", onde cada par de computador é, ao mesmo tempo, fornecedor e consumidor de recursos digitais, diferente do modelo cliente-servidor, onde o servidor alimenta toda a rede e os clientes somente consomem.[26] Há, no entanto, uma diferença entre o bitcoin, que é uma moeda livre não regulamentada e a moeda digital, representada pelos meios de pa-

26 https://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer, acesso em 16/01/2017.

gamento regulamentados pela Lei 12.865/2013, a que aludimos acima. Trata-se, portanto, de uma tecnologia inovadora que permite que pessoas e instituições transfiram fundos instantaneamente, sem intermediários.

Potencialmente, esta moeda poderá expandir o comércio internacional, simplificar o sistema de pagamentos e a infraestrutura do sistema financeiro, alterando a forma como realizamos compras e negócios. A circulação de dinheiro físico vem diminuindo sensivelmente, destacando-se o exemplo da Suécia, onde apenas um quinto de todos os pagamentos daquele país foi feito em moeda local. Por sua vez, a Dinamarca já anunciou que quer ser o primeiro país a eliminar a circulação de dinheiro físico, invocando as vantagens da melhor fiscalização do dinheiro eletrônico para o combate à sonegação de impostos e lavagem de dinheiro. O Fórum Econômico Mundial considerou o blockchain – a tecnologia que ampara o bitcoin – "como uma das dez principais inovações tecnológicas emergentes" de 2016.[27]

O prof. Carlos Thadeu de Freitas, Chefe da Divisão Econômica da CNC, leciona sobre esta matéria, observando que, de acordo com o fórum acima nominado:

> "(...) essa tecnologia tem o potencial de mudar a infraestrutura das finanças e seu uso. Pode, inclusive, revolucionar outras áreas, como os sistemas de identidade digital. A tecnologia 'Blockchain' não se limita ao 'bitcoin'. Através dela é possível desenvolver e alavancar empresas de tecnologia financeira, as 'Fintechs', que prometem 'desintermediar' os serviços financeiros, oferecendo serviços digitais, com grande transparência, rapidez, segurança e melhores condições de preço.
>
> (...)
>
> "As chamadas 'Fintechs' e a tecnologia 'Blockchain' estão gerando oportunidades e novos desafios... Neste cenário, as novas empresas de tecnologia financeira ameaçam a hegemonia financeira dos bancos, pois oferecem os mesmos serviços, a um custo menor... Além das transações de ativos, a tecnologia pode também beneficiar os sistemas de identidade digital, por meio de seu sistema de assinatura digital em criptografia, além de outras características, como a rastrea-

27 Artigo de Carlos Thadeu de Freitas Gomes, chefe da Divisão Econômica da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), em outubro de 2016, publicado no informativo *Sumário Econômico*.

> bilidade e imutabilidade, aprimorando serviços públicos de cobranças de impostos, emissão de passaportes, registros de propriedade, entre outros..."[28]

Como explicado em matéria sobre o assunto, publicado no jornal *O Globo*, de 25/12/2016, fl. 24, o bitcoin é muito diferente do padrão dos bancos. Em operações tradicionais de transferência de dinheiro, são os bancos que aprovam a transação, verificando as contas de débito e crédito. No caso do bitcoin, esta verificação é feito pelos próprios correntistas. Como explica a reportagem:

> "(...) Por se tratar de uma moeda virtual, os usuários estão conectados por meio de computadores. Quando alguém envia bitcoins para outro usuário, um código digital é gerado. Nessa hora, os computadores de todos os usuários de bitcoin no mundo começam uma corrida para decifrar aquele código e dizer se ele é válido. Depois disto, o código é acrescentado a um arquivo com o registro de todas as transações já feitas em bitcoin. Os computadores de todos os usuários têm uma cópia desse arquivo e ele é usado como referência para validar as transações futuras."

O bitcoin não possui regulamentação específica no Brasil, embora tenhamos no País até mesmo as "corretoras de bitcoins". Não há ainda uma garantia oficial de que tais moedas virtuais possam ser transformadas em reais. É uma moeda ainda associada a questões ilegais, entre as quais podemos citar a técnica ilícita denominada "*ransomware*", que é um delito no qual o delinquente invade a rede da empresa e impede que esta tenha acesso a seus dados, mediante um processo de criptografia. A empresa, para restaurar tal acesso, sofre uma chantagem, pois os criminosos, para restabelecê-lo, exigem determinado valor em bitcoins, o que dificulta o rastreamento destes recursos na rede, diferentemente do que aconteceria se esta moeda transitasse por instituições financeiras tradicionais.

28 Vide nota de rodapé 29, ob.cit.

3.6. INOVAÇÕES DERIVADAS DE UMA SOCIEDADE DIGITAL. BREVE ABORDAGEM NA ÁREA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. A EDUCAÇÃO DIGITAL

O desenvolvimento da rede mundial de computadores promoveu, ao longo do tempo, criativas fórmulas de relacionamento e novas tecnologias. Considerando que a Internet potencializou as tendências de globalização já existentes no século XX, foram verificados novos fenômenos decorrentes do uso da rede como meio de integração social. Vejamos os exemplos abaixo.

3.6.1. O VoIP e as TVs Interativas

O VoIP (sigla para *Voice Over IP*) constitui um sistema de comunicação por voz baseado nos protocolos IP e TCP/1P, permitindo o intercâmbio de informações entre pontos conectados de rede de comunicações, realizando-se "a entrega da voz digitalmente em pequenos pacotes de comunicação".[29] Os tipos de comunicação normalmente utilizados no VoIP são: a) PC (*personal computer*) a PC: b) telefone a telefone; c) PC a telefone (pode ser fixo ou celular). Há basicamente dois tipos de VoIP, o VoIP puro, que é a comunicação entre dois sistemas informáticos conectados à Internet e o VoIP híbrido, que utiliza saídas e entradas de outros sistemas, sem embargo de outras modalidades (por exemplo, o sistema POTS, que é a comunicação entre um sistema PSTN (*Public Switched Telephone Network*) – redes públicas de operadoras de telefonia – e outro sistema de VoIP).

Esta tecnologia de transmissão de voz, se utilizada para uso privado ou entre estabelecimentos de empresas, não necessita de autorização da Anatel. Porém, se o serviço for oferecido para terceiros, há a necessidade de licença do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), que consiste num "serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilite a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço". No caso das empresas, portanto, se o uso é corporativo, nenhuma licença é requerida, diferentemente da hipótese de que estas utilizem o serviço para atender necessidades de outrem.[30]

---

29 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fls. 444 e seguintes.

30 *Idem*, fl. 445.

O uso do VoIP não está infenso a interceptações legais. Diz a Lei 9.296/96 que a interceptação de comunicações telefônicas é válida para investigação criminal e instrução processual penal, dependendo de ordem judicial. Como já nos referimos, esta prerrogativa se estende também à interceptação do fluxo de comunicação em "sistemas de informática e telemática" (artigo 1º, parágrafo único), o que compreende, evidentemente, as comunicações por intermédio do VoIP.

Há que se registrar igualmente outra revolucionária invenção derivada dos meios digitais, em franca evolução, a chamada TV Interativa, a simbiose da televisão tradicional com a Internet. O telespectador pode interagir com sua televisão, quase como um internauta, e terá direito a uma programação personalizada ao seu gosto. Compreende serviços de Home Banking, compra de passagens, acesso ao e-commerce, mediante compras com pagamentos via cartões de crédito (que já está sendo chamado de t-commerce – *television commerce*), recebimento de e-mails, disponibilidade de aplicativos, downloads de filmes e outros conteúdos audiovisuais, jogos, softwares diversos que podem ser baixados e outras funcionalidades. O telespectador deixa de ser passivo para ser ativo, tal qual acontece em PCs, tablets, notebooks e aparelhos celulares. Existem três padrões de distribuição digital de sinais pela TV Interativa: o ATSC – *Advanced Television Standard Committee* (padrão norte-americano, adotado nos Estados Unidos e em outros países, tais como Canadá e México), o DVB-T – *Digital Video Broadcasting Terrestrial* (o chamado padrão europeu, adotado no Reino Unido, na Itália, Suécia, França, Alemanha e outros) e o ISDB-T (*Integrated Services Digital Broadcasting*), utilizado no Japão. O Brasil escolheu o padrão ISDB-TB, uma variante do padrão japonês ISDB-T, com algumas tecnologias locais, desenvolvido em pesquisas realizadas em universidades brasileiras, para melhor adaptação à nossa realidade tecnológica. Existem atualmente estudos no mundo sobre uma tecnologia de padrão para a TV Digital móvel, que poderia ser a DAB – *Digital Video Broadcasting* ou o *Digital Video Braodcasting-Handeheld*, este último desenvolvido com o apoio de famosas empresas, como a Nokia, a Motorola e a Sony Ericsson.

A TV interativa envolve debates jurídicos que se assemelham ao uso dos demais dispositivos digitais, tais como a proteção dos direitos autorais e as responsabilidades derivadas do Código de Defesa do Consumidor, já que esta TV é intermediária de operações comerciais (por exemplo, a corresponsabilidade derivada de uma publicidade enganosa e a obrigação de correta informação de produtos e serviços), além de outras questões derivadas da tutela da vida privada, da intimidade, da

proteção de dados pessoais, entre outros desafios que envolvem a compreensão das novas técnicas digitais. Porém, como costuma acontecer no Direito Digital, é preciso previamente conhecer o fato tecnológico para a seguir aplicar adequadamente a norma jurídica. Mas isto não é novidade: primeiro o fato, depois o Direito. Como já se dizia no tempo do vetusto Direito romano: "*Da mihi factum, dabo tibi jus*" (Dá-me o fato, que te darei o direito).

3.6.2. As comunidades virtuais, os blogs e os fotoblogs

Uma realidade frenética do mundo virtual são as conhecidas e famosas comunidades virtuais, que se tornaram um ponto de encontro entre indivíduos que tenham convergência nos mesmos interesses, no propósito de enriquecer a vida social de seus usuários. Uma comunidade que se destacou como uma das pioneiras foi a Orkut, criada pelo turco Orkut Buyukkokten, com a inspiração de fomentar contatos online entre amigos, de publicar testemunhos, compartilhar fotos e outras formas de relacionamento. Mais recentemente, outras redes sociais se destacaram, particularmente o Facebook, a maior do mundo. Outra bastante renomada é o Twitter, onde cada tweet é caracterizado pela sua instantaneidade e pelo limite de 140 caracteres.[31]

A comunicação entre redes sociais, não obstante, pode ser utilizada para o bem ou para o mal, para usarmos este velho e surrado jargão. O lado negativo está na sensação de muitas pessoas que ainda imaginam que possam gozar de uma suposta "liberdade ilimitada" de dizer na Internet o que bem entender, livre da censura e protegidas pelo anonimato. Não obstante, inúmeras condutas reprováveis, muitas delas criminalizadas, podem ser alvo de uma investigação digital para descoberta de seus autores, gerando responsabilidade cível e criminal, particularmente os crimes contra a honra, sintetizadas no trio "injúria-difamação-calúnia", mas também outros delitos, como violação de direito autoral, falsidade ideológica, violação de segredo profissional, falsa identidade, apologia de fato criminoso e outros.

Além das comunidades virtuais, temos também os blogs. Inicialmente foram concebidos como uma espécie de "diário de bordo" ("*log*" em inglês). De diário online, periodicamente atualizado, o blog virou fonte de comunicação, muito utilizado por jornalistas e empresas, que passaram a ter seus leitores, que com estes interagem. O gestor do blog tem a obrigação de administrá-lo de forma ética, suprimindo, por exemplo,

31 Ver nota de rodapé nº 5 , ob. cit., fls. 430 e seguintes.

conteúdos ofensivos a alguém, sobretudo se for notificado para tanto. Existem também os fotologs, onde são publicados fotos e ainda mensagens, podendo ainda ser palco de fóruns de discussão.

3.6.3. A Web 2

A expressão "Web 2" é um termo utilizado que se refere a uma "segunda geração de comunidades e serviços oferecidos na Internet", através de aplicações baseadas em redes sociais e tecnologia de informação. Diz respeito a uma mudança na forma como a Internet é percebida por muitos usuários e desenvolvedores no que tange a um melhor ambiente de interação e participação. A Web 2 tornou o ambiente on-line mais dinâmico, estimulando usuários a colaborar na organização de conteúdos da Web. Muitos sites deixaram de ser estruturas rígidas e estáticas e se transformaram em plataformas onde pessoas podem contribuir com o seu próprio conhecimento, em proveito dos demais usuários da rede mundial de computadores.[32] A Internet tornou-se mais interativa, mais aberta, mais voltada para a partilha do conhecimento. Trata-se do aproveitamento da "inteligência coletiva", onde todos podem usufruir, mas também colaborar. Agrega-se conteúdo e conhecimentos, com a possibilidade de que os utilizadores do site possam igualmente enriquecê-lo, valorizando-se a contribuição individual. Tal fenômeno diz respeito ao que Hernani Dimantas chamou de "Zonas de Colaboração", assim definida:

> "Uma cultura de rede traz a reboque uma nova forma de organização descentralizada, tanto do ponto de vista da organização per si, como da comunicação, mediada pela tecnologia hiperconectada. Essa cultura de rede se expande rapidamente. Pessoas comuns se apropriam dessas tecnologias e reverberam em suas comunidades aquilo que aprenderam. A replicação é a forma pela qual as pessoas se valem para aprender e ensinar nesse novo paradigma informacional."[33]

Como leciona Patrícia Peck, este movimento se chama "*wikinomics*", ou seja, "o poder de colaboração em massa, um novo modelo de infra-

32 https://www.significados.com.br/web-2-0. Acesso em 30/01/2017.

33 Hernani Dimantas, *in* "As Zonas de Colaboração-Metareciclagem Pesquisa – Ação em Rede", fl. 43; http:www.teses.usp.br/teses/disponíveis/27/27154/tde-17022011-122400/.../679860.pdf>.

estrutura típico de geração de conhecimento de baixo custo, em que pessoas e empresas colaboram de forma 'aberta' para impulsionar a inovação". Há uma união de forças de pessoas em torno de uma "colaboração auto-organizada", quebrando-se paradigmas verificados na Web 1. A Internet, cada vez mais, se torna menos uma rede de computadores e se consolida mais como uma rede de pessoas, com o incremento de produção de textos, comentários em blogs, compartilhamento de "links" e divulgação de imagens, como filmes e fotos.[34] A transmissão de ideias, de textos e outros materiais faz com que o usuário da rede assuma um papel ativo e passivo, pois este é receptor, mas também produtor de conteúdo. Isto se tornou possível porque a Web 2 desenvolveu novas maneiras de se comunicar na era digital, através de novas interfaces gráficas, que podem ser definidas como formas de interação entre o usuário do computador e um programa traduzido por meio de uma tela ou representação gráfica, visual, com desenhos e outras figurações, envolvendo igualmente uma conexão entre as barras de tarefa, a área de trabalho e o menu "Iniciar". Seria, portanto, a maneira como as posições do menu, ícones e itens diversos são disponibilizados numa tela de computador, de forma mais atraente e mais facilitadora para o usuário.

O exemplo mais emblemático deste grande movimento de colaboração virtual é a enciclopédia "Wikipédia", que permite uma rápida consulta para pesquisarmos todo tipo de informação, como conceitos, biografias, definições em geral, fatos históricos e, em geral, várias formas de ensinamento. Seu aspecto negativo, a exemplo do que possa ocorrer em outras "zonas de colaboração", é a falta de uma gestão adequada que garanta qualidade às contribuições recebidas de seus colaboradores, sobretudo diante de informes equivocados ou falsos que comprometam, sobretudo, a imagem de pessoas físicas e jurídicas.

3.6.4. Aspectos gerais da Responsabilidade Civil e do Dano Moral no Direito Digital

Todos os ambientes virtuais devem ser geridos num contexto de preservar a Segurança da Informação e também de coibir abusos na liberdade de expressão, o que pode acarretar responsabilidades por danos morais e materiais. Igualmente devem tais ambientes ser guardiões da privacidade e da intimidade das pessoas, obedecendo, assim, ao mandamento constitucional contido no artigo 5º, inciso X, da lei fundamental brasileira.

Historicamente, a noção clássica da responsabilidade civil era de natureza subjetiva, como tivemos observação de acentuar em outra obra:

34 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., p. 447.

> "O padrão básico da responsabilidade civil é o da responsabilidade subjetiva. Nesse caso, só responde por uma ação ou omissão que cause lesão ou prejuízo a terceiros quem agiu com culpa. Essa culpa abrange não apenas o ato consciente e voluntário de praticar o ato lesivo, mas também a chamada culpa *stricto sensu*, ou seja, a lesão praticada, não pela intenção de uma pessoa, mas por que ela violou o chamado dever de diligência... Esta é a forma que o Direito encontrou, desde remotos tempos, para buscar o equilíbrio entre as partes envolvidas em determinada situação, o qual fica afetado quando uma delas provoca um mal à outra, exigindo-se, a partir daí, a reparação civil, que é sucedânea, no mundo moderno, da antiga reparação da vítima pela vingança, a justiça pelas próprias mãos ou, como permitia a antiga Lei das Doze Tábuas, a reparação do mal pelo mal."[35]

Em tempos mais recentes, o Direito evoluiu para admitir a responsabilidade civil objetiva. Embora sejam mantidos os pilares da responsabilidade subjetiva, ou seja, garantir o direito do lesado à segurança jurídica e patrimonial e servir como sanção civil de natureza compensatória para reparar o dano sofrido pela vítima, a responsabilidade civil objetiva agregou a teoria do risco, que se caracteriza pela ausência de averiguação de culpa do agente que provocou a lesão, bastando que se caracterize a ação por ele praticada, a existência da lesão e o nexo causal entre a ação e o resultado danoso.

Dentro deste contexto, ganha relevo a aplicação da Responsabilidade Civil no âmbito do Direito Digital. Este clássico instituto jurídico, que tantas mutações sofreu desde os tempos antigos do Direito Romano, vem sendo inevitavelmente redefinido para sua adequação e incidência no âmbito virtual, pois sempre terá grande relevância para reprimir a impunidade de atos ilícitos realizados em meio eletrônico, inspirados sempre na sensação de anonimato. Serão sempre utilizadas as clássicas teorias da culpa e do risco, definidoras da obrigatoriedade ou não do dever de indenizar. Mas a tendência é que, no Direito Digital, prevaleça a teoria do risco, com a incidência da responsabilidade civil objetiva, única forma de punir aqueles que, mesmo sem culpa, foram vetores na transmissão de conteúdos inadequados ou criminosos, cujos danos se tornam multiplicados diante da irradiação de textos, mensagens e ima-

35 Marcelo Barreto de Araujo, *Comentários à Lei 12.846/2013. Diretivas sobre o Programa de Compliance*, fl. 32, publicação da CNC, 2016.

gens de uma forma exponencial pelas redes da Internet. Pode surgir daí uma cadeia de responsabilidades, envolvendo a ação de provedores, de donos de websites, de produtores de conteúdo, dos usuários de e-mail e de todas as pessoas que, de algum modo, tenham tido participação na produção, publicação e compartilhamento de conteúdos impróprios pela rede mundial de computadores.

Se todos alcançarem a conscientização de que a lei também é aplicada na Internet, reduziremos muito a cultura do anonimato e da sensação de impunidade, minorando a excessiva judicialização de atos jurídicos perpetrados pelo meio eletrônico. Quem participa de uma rede, seja por e-mails, blogs, redes sociais, precisa saber que no mundo virtual há direitos para desfrutar, mas também deveres a cumprir. Como vimos, há direitos autorais a serem respeitados e a liberdade de expressão, ainda que ampla, não pode ferir a privacidade, a intimidade e a honra de terceiros. Os sites precisam se prevenir, evitando questionamentos sobre conteúdos que publicam na Web, sobretudo quando se trata de empresários eletrônicos que desenvolvem seus negócios na rede. Por isto, a boa informação vira uma boa arma, sendo importante, sempre que possível, a celebração de contratos eletrônicos, a elaboração dos Termos de Uso, a exibição de avisos nas telas dos computadores, os chamados *disclaimers* e demais cautelas que estimulem o uso ético da Internet e o respeito às leis vigentes. Ou seja, colocar as "vacinas legais" nas próprias interfaces gráficas, como forma de orientação aos próprios usuários.

O empresário eletrônico, sobretudo aquele que transita nas redes sociais, precisa aprender a monitorar o universo virtual. "Orai e vigiai" é lição bíblica que pode ser aplicada à Internet. Cabe a ele fiscalizar tais redes, já que seus produtos ou serviços podem, por exemplo, gerar reações negativas de seus consumidores e ser alvo de concorrência desleal ou ação deletéria decorrente de "boatos eletrônicos". Varreduras periódicas na rede poderão ser úteis, gerando, em último caso, medidas judiciais. Mas, num primeiro momento, é recomendável "combater informação com informação".[36] Para tais situações, é importante que a empresa se preserve com um plano de ação, uma política de defesa institucional, uma estratégia para trabalhar os "incidentes" virtuais, de maneira a estar preparada para agir, a qualquer instante, na Internet, em resposta a falsas comunicações, prestando os devidos esclarecimentos. É uma ação que visa proteger a reputação digital, a imagem e a marca da empresa, perante seus parceiros comerciais (*stakeholders*) e, sobretudo, diante de sua clientela. Sabe-se que não é possível uma blindagem jurídica com-

36 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., p. 454.

pleta da empresa contra ações de terceiros que possam lhe trazer efeitos negativos, já que na Internet não há censura prévia e as manifestações digitais podem "pipocar" a qualquer momento, sem prévio aviso. Mas a pronta reação, mediante publicações de caráter institucional e outros informes lançados na rede, pode desfazer mal-entendidos e diluir as ações dos mal-intencionados, restabelecendo a verdade dos fatos. Tudo isto é Segurança da Informação, um princípio básico de navegação, especialmente para quem desenvolve na Internet o seu modelo de negócios, o seu "e-commerce".

"Mas, se ergues da Justiça a clava forte", não podemos fugir à luta, cabendo o socorro à lei e ao Direito. Se a prevenção não for suficiente, busca-se em juízo a reparação do prejuízo contra quem "violar direito e causar dano a outrem" (artigo 186 do Código Civil), aplicando-se as regras da responsabilidade civil. Trataremos mais amiúde, em capítulo posterior, sobre as repercussões deste tema perante as normas da Lei 12.965/2014, especialmente no que diz respeito às relações jurídicas entre o usuário da Web e os provedores de conexão e de aplicações.

A respeito do dano moral praticado no âmbito da Internet, trata-se de questão que está, em regra, relacionada a atos atentatórios à privacidade, valendo lembrar, neste particular, o disposto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, onde há uma expressa referência ao direito de indenização por dano material, mas também moral, sofrido por vítimas de violação de sua intimidade e vida privada, bem como ofensa à sua honra e imagem. Por outro lado, a legislação infraconstitucional igualmente contempla esta indenização, diante do disposto no artigo 186 do Código Civil.

A jurisprudência brasileira se pauta pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade da indenização em relação à extensão e gravidade do agravo sofrido pela vítima. O objetivo, neste caso, é criar critérios para que uma pessoa seja reparada de forma justa e equilibrada, sem que a indenização se converta em desmedido enriquecimento do demandante. Também existe uma orientação de nossos tribunais destinada a combater a banalização de ações judiciais por motivos menores, valendo lembrar o entendimento segundo o qual não se caracteriza dano moral se o ofendido não tenha experimentado verdadeira dor ou sofrimento, mas apenas "mero aborrecimento" ou pequenos transtornos causados à sua vida. Evidentemente, trata-se de análise a ser feita caso a caso, mediante o prudente arbítrio do juiz.

Ocorre que a sociedade digital, responsável pela intensa velocidade na disseminação de informações, gerou substanciais transformações no contexto social e jurídico da atualidade, ambiente no qual o exame do

dano moral ganha nova roupagem. Antes do surgimento da Web, a sua repercussão tinha limitações que poderiam ser razoavelmente parametrizadas pelo Poder Judiciário. Mas agora, em que informações ofensivas, perfis falsos, imagens e áudios são replicados de forma instantânea e frequentemente compartilhados com terceiros, a dimensão da proporcionalidade e razoabilidade é diversa, já que privacidade e intimidade são invadidas com uma amplitude colossal, estendendo-se a inúmeras comunidades virtuais que transbordam os limites territoriais das nações. Os internautas transgressores são pusilânimes quando se prevalecem da dificuldade de identificação dos autores do ilícito e se jactam de desfrutar de uma visão de liberdade de expressão ilimitada e absoluta, sempre protegida pelo anonimato. Literalmente, "botam a boca no mundo", pois sabem que estão espraiando "informações" além-fronteiras, com consequências às vezes irreversíveis suportadas por suas vítimas.

Daí porque, dentro dos quadrantes do bom senso, que deve ser predicado de todo magistrado, é preciso se refletir quanto a um maior rigorismo na aplicação de uma sanção cível proporcional e razoável, não porque o juiz tenha que se tornar necessariamente mais severo, mas porque terá que construir inevitavelmente uma nova gradação da indenização, pelas maiores repercussões do agravo no seio social, gerando sofrimento ainda mais intenso na vítima. Ou seja, mudam-se os critérios de aferição da indenização simplesmente porque mudaram os dados da realidade, tornando necessária uma compensação mais efetiva ao abalo emocional e psíquico sofrido pelo ofendido.

3.6.5. A EDUCAÇÃO DIGITAL

Uma divertida classificação dos usuários da Internet pode ser resumida da seguinte forma:[37]

a) "*homo analogicus*": aquele que tem fobia de tecnologia, que vive mais no mundo físico e presencial;
b) "*homo semi digitalis*": um perfil em transição, que foi criado no mundo analógico e foi forçado a se digitalizar, sobretudo em razão da necessidade de trabalho. Encara a tecnologia como um "mal necessário";
c) "*homo digitalis*": aquele que teve acesso à tecnologia virtual na escola ou na faculdade ou, quando criança, através, por exemplo, de um videogame. Tem um perfil multimídia, utiliza as redes sociais, mas tem ainda um comportamento

37 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fls. 531/533.

"amador", já que não se preocupa com segurança de informação, não sabe os riscos que corre e as consequências de seus atos;

d) "*homo digitalis-mobilis*": já sofreu transformações na sua noção de tempo-espaço e usa a Internet com facilidade, portando dispositivos móveis e utilizando tecnologia independente de onde estiver. Porém, não tem consciência de que as leis se aplicam na Web, que considera uma espécie de refúgio de liberdade ilimitada;

e) "*homo tecnologis*" seguro: é o usuário evoluído, "digitalmente correto", que tem condutas de boa ética e hábitos de segurança enquanto transita na Web. Em suma, tira nota 10, "com estrelinhas".

Esta quase alegoria na distinção dos diversos perfis de usuários na Internet ajuda a que compreendamos porque a grande maioria dos internautas necessita de educação digital. Precisam conhecer os limites éticos, precisam preservar sua reputação digital, precisam conhecer o uso seguro da tecnologia virtual, precisam navegar com responsabilidade social e conhecer regras legais.

Os desvirtuamentos que ocorrem diuturnamente na Internet, sempre em razão da presunção de anonimato e impunidade, foram bem ilustrados em reportagem da revista *Veja*, edição de 1º de fevereiro de 2017, denominada "Linchadores On-Line" (fls. 78 e seguintes). Ali se discorre sobre os "vícios da Internet", que podem levar certos usuários a necessitar de tratamento psicológico, como se fossem "dependentes químicos". Muitos pregam a cultura do ódio, já apelidados de "*haters*", praticando agressões verbais e insultos a terceiros, destilando seus preconceitos e realizando o chamado "*cyberbullying*", o que afeta gravemente o relacionamento social de internautas. É a circulação da chamada "raiva on-line", comportamento humano verificado na Internet e ainda não bem compreendido, que se resumiria numa coleção de bestialidades existentes na alma humana e liberados pelo modo virtual. Entre as principais intolerâncias, destacam-se o racismo, a ideologia política radical e a homofobia. A Internet virou "caixa de ressonância do ódio", exibido de forma despreocupada por pessoas que se julgam invisíveis e que não teriam, certamente, a mesma postura no mundo presencial. Razões psicológicas para estes comportamentos têm sido estudadas, havendo uma motivação patológica resultante do prazer sentido pelos "*haters*" em observar a repercussão de seus comentários e a possibilidade de que

estes gerem formadores de opinião. A reportagem da *Veja* aponta que, segundo estudos realizados por pesquisadores de três universidades canadenses, eles representam 5,6% dos usuários da Internet, que parecem poucos, mas que alcançam, em termos quantitativos, a expressiva cifra de 200 milhões de pessoas no mundo, disseminando uma explosão de ofensas e notícias falsas na Web. Um baita problema.

Enquanto se espera que "Freud explique" tais atitudes, o comportamento da sociedade digital passa não apenas pela repressão, mas também pela trilha da educação. O que se examina hoje, nos meios acadêmicos, é que, a par da inclusão digital, se promova igualmente a educação digital, desde o momento em que indivíduos estejam tendo o primeiro contato com computadores e dispositivos equivalentes, seja em casa, seja no ambiente de trabalho, seja por outros meios. Crianças e jovens devem ter prioridade nestas iniciativas, já que estão ainda em processo de amadurecimento em relação a posturas éticas, morais e de cidadania. As boas práticas digitais, as noções de segurança de informação e questões éticas devem ser transmitidas a partir da infância, seja no seio da família ou da escola. Tais ensinamentos logo terão repercussão positiva quando crianças ingressarem na faculdade e em ambientes profissionais e podem ser divulgados, seja de maneira formal (como uma cadeira no colégio de Cidadania e Ética Digital), seja por palestras, vídeos e formas lúdicas, como cartilhas e games, dentro de uma didática interativa. Educar transcende, portanto, o simples aprendizado da tecnologia e tem que levar em conta a mentalidade das novas gerações, criadas em ambiente digital e não analógico, o que exige uma nova linguagem, uma nova comunicação e novos raciocínios dentro deste processo educacional, que precisa ser altamente motivador. Esta empreitada deve ser realizada de forma transnacional e com um sentido de urgência, já que a tendência da Internet é evoluir rapidamente e se apropriar de novas tecnologias, o que somente contribuirá para a disseminação célere de condutas nocivas de navegação cibernética.

3.6.6. O NOME DE DOMÍNIO

3.6.6.1. Considerações Iniciais

Antes de adentrarmos na matéria relativa ao nome de domínio, mister que façamos breve recapitulação sobre a legislação de proteção à propriedade intelectual, a qual se divide em direitos autorais e propriedade industrial.

Em relação ao primeiro tema, do qual já tratamos anteriormente, vigora a regra constitucional, segundo a qual aos autores pertence

o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (artigo 5º, inciso XXVII), assunto regulado pelas Leis 9.610/98 e 9609/98, tendo esta última disciplinado os direitos autorais sobre programa de computador. Por outro lado, também a Constituição Federal assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (artigo 5º, inciso XXIX). Na via infraconstitucional, esta matéria foi tratada pela Lei 9.279/96, ao cuidar "dos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial".

A Lei 9.279/96 compreende diversas matérias, como o direito de patente concedido ao inventor, cuja criação pressupõe o requisito da novidade e da aplicação industrial, bem como a patente que tem por objeto o "modelo de utilidade", ou seja, "o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial que apresente nova forma ou disposição" e do qual resulte uma "melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação" (artigo 9º). Entre outras questões, a mesma lei garante o direito de obter registro de desenho industrial (popularmente conhecido pelo seu termo em inglês "*design*") e reprime os crimes contra a propriedade industrial, especialmente os crimes contra as patentes, os crimes de concorrência desleal e os crimes contra as marcas.

A respeito das marcas, que mereceu da citada lei uma extensa regulação, examinaremos o assunto no capítulo a seguir.

3.6.6.2. Os elementos identificadores da empresa. O nome empresarial, o título do estabelecimento e a marca

Para o empresário, é fundamental que sua clientela conheça os elementos identificadores de sua atividade econômica. O primeiro destes elementos é o nome empresarial, utilizado para identificar a si próprio e distinguir-se de seus concorrentes, sendo relevante preservá-lo no contexto da imagem e reputação da empresa. É mediante o uso do nome empresarial que serão assumidas as obrigações decorrentes de seu negócio comercial, sendo, ainda, o elemento de referência para o público em geral. Segundo o Código Civil brasileiro (artigo 1.155), nome empresarial é a "firma ou denominação" adotada para o exercício da empresa e sua proteção legal decorre do arquivamento dos atos constitutivos da empresa ou de suas alterações no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (artigo 33 da Lei 8.934, de 18/11/1994, *vide* ainda artigo 1.166 do CC).

O segundo elemento identificador é o título do estabelecimento, assim entendido o "nome de fantasia" ou "nome de fachada", já comparado a um "apelido", utilizado no local do exercício da atividade empresária. É outra forma utilizada pelo empresário para se diferenciar de empresas concorrentes, uma maneira de apresentação à clientela e ao mercado consumidor em geral, especialmente mediante material publicitário. Nome empresarial e título do estabelecimento podem ser diferenciados, podendo a empresa possuir diversos títulos para diferentes estabelecimentos.

Por fim, a marca é o terceiro elemento identificador da empresa em relação aos produtos e serviços que comercializa. Estabelece o artigo 122 da Lei 9.279/96 que são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais. Classificam-se como tais a "marca de produto ou serviço", qual seja aquela usada para distinguir produto ou serviço "de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa", a "marca de certificação", usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas e a "marca coletiva", usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade (artigo 123, incisos I, II e III). Merecem proteção especial as chamadas "marca de alto renome" e "marca notoriamente conhecida". O registro pode ser requerido por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado (artigo 128) perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Se validamente concedido, confere ao requerente a propriedade da marca, assegurado ao seu titular "seu uso exclusivo em todo o território nacional" pelo prazo de dez anos, prorrogável por períodos iguais e sucessivos (artigo 129), com o que o proprietário recebe proteção legal contra uso indevido de marcas por terceiros. A marca é um bem móvel, que possui valor econômico, podendo ser transferido a terceiros e circular como riqueza, um ativo imaterial de grande relevância para as empresas em geral.

Cabe destacar que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça,

> "(...) a proteção ao signo estende-se somente a produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins, desde que haja possibilidade de causar confusão a terceiros. Assim, é admitida a existência de marcas idênticas ou semelhantes, desde que ligadas a produtos ou serviços distintos: em tal caso, por se tratar de clientelas distintas, inexiste a possibilidade de confusão por parte dos consumidores."[38]

38 Victor Pellegrino da Silva Domaus, https://jus.com.br/artigos/30404/conflitos-

Logo, quando realizar o pedido de registro de marca, cabe ao empresário explicitar a natureza dos produtos ou serviços que a referida marca vai identificar. Neste sentido, o Inpi tem norma orientadora, qual seja a Classificação Internacional de Produtos e Serviços (conhecida como "Classificação de Nice"), que possui uma lista de 34 classes de produtos e 11 classes de serviços.

3.6.6.3. O nome de domínio como sinal distintivo da empresa na Internet

O nome de domínio é também um sinal distintivo, com a peculiaridade de que se trata de um signo utilizado exclusivamente no âmbito da Internet. Trata-se do endereço da empresa na Web, sua identidade na Internet. É esta identificação que servirá de guia para que o cliente localize no universo virtual informações sobre a empresa, seus produtos e serviços. A exemplo da marca, do nome empresarial e do título do estabelecimento, o nome de domínio é exclusivo e único, não podendo existir o mesmo domínio para empresas diferentes. Sua explicação técnica é bem definida no site Star Point, como transcrevemos a seguir:

> "Tecnicamente, um endereço Web é uma construção de endereço empregada para identificar e localizar computadores na Internet. Os computadores usam números de Protocolo Internet (IP – *Internet Protocol*) para se acharem entre si. As pessoas acham difícil memorizar estes números (ex.: 172.18.16.23). Em decorrência, endereços Web foram criados para facilitar a memorização de palavras e frases que identificam os endereços Internet.
>
> Por exemplo, o endereço Web anafloraorquidaceas.com.br identifica a organização Ana Flora Orquídeas. Ao se digitar anafloraorquidaceas.com.br no browser ou contato@anafloraorquidaceas.com.br para enviar um e-mail, o Sistema de Nome de Domínio (DNS) traduz anafloraorquidaceas.com.br em um sistema IP usado pela Internet para localizar e se conectar à Ana Flora Orquídeas."[39]

A terminologia "htttp:www" não é considerada parte integrante do "endereço Web" identificador do nome de domínio. Tal termino-

entre-marca-registrada-nome-empresarial-e-nome-de-dominio, acesso em 10/02/2017.

39 http://www.starpoint.com.br/domin.htm, acesso em 10/02/2017.

logia é representativa de um endereço mais amplo na "*World Wide Web*", conhecido como "*Universal Resource Locator* (URL), traduzido em português como "Localizador de Recursos Universais". Identifica a exata localização de um recurso ou conteúdo específico encontrado na Internet, tal como, por exemplo, "http://www.starpoint.com.br/domin.htm", que é justamente a fonte de informação de onde foi extraída a transcrição do texto acima. Cada "endereço Web" se hospeda num computador (*hosting*), que se denomina "*Domain Name Host*" (Hospedeiro de Nome de Domínio) e se conecta à Internet, com utilização de um software especial para traduzir os "endereços Webs" em endereço números (números IP).

O registro do nome de domínio é feito no Brasil no site "Registro.br", gerenciado pelo Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – Nic.br (*vide* Resolução 1/2005, CGI.br), segundo normas disciplinadoras do Comitê Gestor da Internet. É preciso, em primeiro lugar, verificar se o domínio que se pretende registrar está disponível para utilização, ou se outrem já dele se apropriou previamente. Se não ocorrer esta hipótese, o registro se fará mediante cadastramento (onde constará algumas informações básicas, tais como nome da empresa, e-mail, endereço e telefone, CNPJ) e efetivação do pagamento da taxa correspondente. É importante, também, se respeitar as chamadas "terminações de domínio", que são terminações de endereço eletrônico aceitas como padrão internacional de rede, tais como "gov" (para órgãos governamentais), "edu" (para instituições de ensino), "org" (para organizações em geral), conhecidas como "*Top Level Domains* (LTDs)", gerenciadas por uma entidade governamental sem fins lucrativos denominada Internet Corporation of Assigned Names and Numbers (ICANN).

O nome de domínio é hoje aquele que determina a visibilidade da empresa na Internet, o que repercute no valor intangível a ser atribuído a este signo. Para tanto, é natural que uma empresa agregue a este nome a sua marca, para facilitar sua melhor identificação perante sua respectiva clientela. Esta questão envolve, a exemplo das disputas existentes habitualmente no Inpi a respeito de marcas, o princípio da precedência no pedido de registro, como preceitua a Resolução CGI.br/Res/2008/008/P, do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), nos seguintes termos:

> "Art. 1º – Um nome de domínio disponível para registro será concedido ao primeiro requerente que satisfizer, quando do requerimento, as exigências para o registro do mesmo, conforme as condições descritas nesta Resolução.

Parágrafo único – Constitui-se em obrigação e responsabilidade exclusivas do requerente a escolha adequada do nome do domínio a que ele se candidata. O requerente declarar-se-á ciente de que não poderá ser escolhido nome que desrespeite a legislação em vigor, que induza terceiros a erro, que viole direitos de terceiros, que represente conceitos predefinidos na rede Internet, que represente palavras de baixo calão ou abusivas, que simbolize siglas de Estados, Ministérios ou que incida em outras vedações que porventura venham a ser definidas pelo CGI.br."

.....

"Art. 5º – É de inteira responsabilidade do titular do domínio:

I – O nome escolhido para registro, sua utilização e eventual conteúdo existente em páginas referidas por esse domínio, eximindo expressamente o CGI.br e o NIC.br de quaisquer responsabilidades por danos decorrentes desses atos e passando o titular do nome de domínio a responder pelas ações judiciais ou extrajudiciais decorrentes de violação de direitos ou de prejuízos causados a outrem."

.....

Portanto, o princípio de precedência conhecido como "*first to file*" é relativizado pela própria Resolução 008/2008 do Comitê Gestor da Internet ao se referir à violação de "direitos de terceiros" e respeito "à legislação em vigor", o que compreende inclusive observância das normas de Direito Marcário estabelecidas pela Lei 9.279/96. Em consequência, os nomes de domínio que contenham marcas registradas no Inpi só podem ser concedidos se o próprio requerente for o titular desta marca. Não sendo assim, o registro do nome de domínio não deve ser aceito, caracterizando-se, neste caso, em tese, até mesmo um delito, a depender da má-fé do interessado e das demais circunstâncias do caso concreto. Tais casos podem gerar não apenas a responsabilidade penal, mas também a responsabilidade civil por perdas e danos, como acontece na prática do "*cybersquatting*", qual seja o registro prévio, proposital e malicioso de um nome de domínio que contenha uma marca registrada, com o único objetivo de vendê-lo ao legítimo titular da marca.

Em outras palavras, o julgador que analisa conflito decorrente de uso de nome de domínio está obrigado a verificar se o uso deste nome teve como escopo se apropriar ou utilizar indevidamente de marca pertencen-

te a outrem, com imediata aplicação da Lei 9.279/96 e suas respectivas sanções. Neste sentido, acentua Júlio César Dutra Correa[40] que, "sobre a questão do uso indevido de marcas para registro de nome de domínio, se torna simples e claro sua solução, a aplicação do artigo 129, combinado com o artigo 189 da LPI, caracterizando, assim, o crime de violação de propriedade e o crime de reprodução não autorizada". Comete, pois, ato ilícito aquele que registra em seu favor nome de domínio que contenha expressão idêntica ou similar à marca de propriedade de terceiros.

Este entendimento vem sendo consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, como ilustramos abaixo:

> "Tradicionalmente, em termos jurídicos e de legislação em vigor, a prioridade de registro é dada pela sua ordem, ou seja, o critério normal é a propriedade para aquele que solicita determinado registro em primeiro lugar, critério conhecido como '*first to file*'."
>
> "Mas o mau uso destes registros tem tido como solução de Direito Digital a concessão da propriedade do domínio prioritariamente ao detentor da marca no mundo real, em caso de disputa. Para solucionar possíveis conflitos em relação a determinado domínio na Internet, o requerente deve provar a disponibilidade do registro da marca no mundo real ou a sua propriedade relacionada ao serviço que explora, para então justificar sua utilização e registro no mundo virtual."[41]
>
> "Internet. Propriedade Industrial. Conflito entre nome de domínio e marca. (...) O critério para registro de nome de domínio na Internet é o da precedência. O direito ao nome de domínio compete àquele que primeiro o requerer, exceto quando os nomes possam induzir terceiros a erros, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas, se não foram solicitados pelo respectivo titular... (TJDF, ApC20010142503 DF, relator Jair Soares. 28/03/2005, 6ª Turma Cível DJU 26/04/2005, p. 138)"[42]
>
> "Nome de domínio. Uso indevido, no nome de domínio, de marca da autora, amplamente conhecida e posicionada

40 Júlio César Dutra Correa, "Nome de domínio. Enseja proteção equiparável às marcas ou é apenas mais um signo distintivo para o exercício da atividade empresarial", http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11054, acesso em 10/02/2017.

41 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 192.

42 *Idem*, fl. 195.

> no mercado de baterias. Manifesta intenção de usurpar o bom nome já conquistado pela requerente. Abuso de direito configurado. Nome de domínio que tem, cada vez, mais, alcançado posição semelhante à dos bens imateriais. (...) Hipótese de aplicação da teoria da aparência e da função econômica e social da propriedade industrial, já que a providência foi efetivada justamente para exploração da expressão 'Moura' em prol da pessoa jurídica. Provimento do recurso, para determinar a transferência do nome de domínio para a Autora. (TJSP, Apelação 00106452720128260564-SP 0010645-27.2012.8.26.0564, relator Enio Zuliani, 01/08/2013, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, publicado em 09/08/2013)"[43]

Vale destacar, por fim que, já há alguns anos, o Comitê Gestor da Internet adotou saudável providência, que evita que conflitos desta ordem se prolonguem por motivos conhecidos de morosidade processual. Neste sentido, baixou a Resolução CGI.br/Res/2010/003/P, que normatizou uma solução consensual de disputas resultantes de registro de nome de domínio mediante a criação do Sistema Administrativo de Resolução de Conflitos de Internet relativo a Domínios sob o .BR – SACI-Adm.

3.7. O COMITÊ GESTOR DA INTERNET

Merece realce, até como registro histórico, a primeira regulamentação da Internet no Brasil, quando esta ainda "engatinhava" em nosso país. Acolhendo como fato da realidade o surgimento, em escala mundial, de uma rede conectada de computadores, a Nota Conjunta do Ministério da Ciência e Tecnologia e Ministério das Comunicações, de 15 de maio de 1995, considerou "de importância estratégica" a "Internet disponível a toda a Sociedade, com vistas à inserção do Brasil na Era da Informação". Declarou que o provimento de serviços comerciais na Internet deve ser realizado, preferencialmente, pela iniciativa privada, mediante provedores privados de serviços, tornando-se complementar a participação de empresas e órgãos públicos. Definiu a Internet como "um conjunto de redes interligadas, de abrangência mundial", onde "estão disponíveis serviços como correio eletrônico, transferência de arquivos, acesso remoto a computadores, acesso à base de dados e a diversos tipos de informação, cobrindo praticamente todas as áreas de interesse da Sociedade", organizada mediante "espinhas dorsais" (*backbones*), que são "estruturas de redes capazes de manipular

43 *Idem*, fl. 196.

grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade", as quais poderão ser de âmbito nacional, regional, estadual ou metropolitano.

Prossegue a Nota Conjunta, estipulando, em seu item 2.4., que "conectados às espinhas dorsais" funcionarão os "provedores de acesso ou de informações", os quais constituem "os efetivos prestadores de serviços aos usuários finais da Internet", à época contactados exclusivamente pelo sistema telefônico. Ao final (item sete), o referido documento anunciou, no interesse de tornar efetiva a participação da Sociedade nas decisões envolvendo a implantação, administração e uso da Web, a criação do Comitê Gestor da Internet, cujas atribuições principais são as seguintes:

a) fomentar o desenvolvimento de serviços Internet no Brasil;
b) recomendar padrões e procedimentos técnicos e operacionais para a Internet no Brasil;
c) coordenar a atribuição de endereços Internet, o registro de nomes de domínios e a interconexão de espinhas dorsais;
d) coletar, organizar e disseminar informações sobre os serviços da Internet.

Posteriormente, o ministro das Comunicações e o ministro da Ciência e Tecnologia "batizaram a criança", formalizando a criação do referido Comitê mediante a Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995 e organizaram a composição daquele Colegiado, composto por representantes dos setores público e privado. O Comitê veio a ser reformatado pelo Decreto 4.829, de 3 de setembro de 2003, estabelecendo como suas atribuições as seguintes, dentre outras:

a) estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil;
b) estabelecer diretrizes para a organização das relações entre o governo e a sociedade, na execução do registro de nomes de domínio, na alocação do endereço IP e na administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível (*Top Level Domain*);
c) propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionados à Internet, que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso, bem como estimular a sua disseminação em todo o território nacional, buscando oportunidades constantes de agregação de valor aos bens e serviços a ela vinculados;

d) articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à Internet;
e) adotar os procedimentos administrativos e operacionais necessários para que a gestão da Internet no Brasil se dê segundo os padrões internacionais aceitos pelos órgãos de cúpula da Internet, podendo, para tanto, celebrar acordo, convênio, ajuste ou instrumento congênere. O mesmo decreto determinou novas regras de representatividade dos setores público e privado naquele órgão, discriminando como segmentos do setor empresarial os provedores de acesso e conteúdo da Internet, os provedores de infraestrutura de comunicações, a indústria de bens de informática, de bens de telecomunicações e de software e o setor empresarial usuário.

Em 2009, o Comitê Gestor da Internet baixou a Resolução CGI.br/Res/2009/003/P, formulando um Decálogo de Princípios norteadores do funcionamento da Web, a seguir enunciados, os quais inspiraram posteriormente os valores e padrões consagrados pela Lei 12.965/2014:

a) liberdade, privacidade e direitos humanos;
b) governança democrática e colaborativa;
c) universalidade;
d) diversidade;
e) inovação;
f) neutralidade da rede;
g) inimputabilidade da rede;
h) funcionalidade, segurança e estabilidade da rede;
i) padronização e interoperabilidade;
j) ambiente legal e regulatório.

3.8. ALGUMAS NOTAS SOBRE A BANDA LARGA

O incremento de uma nova tecnologia de velocidade de conexão na Internet, a chamada "banda larga", revolucionou a rede mundial de computadores. É um conceito que descreve serviços de acesso à Internet de alta velocidade, com capacidade de controlar e transmitir grandes volumes de informação de forma simultânea. Facilitou intensamente o tráfego de certos conteúdos, como videoconferências, músicas, transmissão de voz e outras opções mais avançadas. No chamado acesso discado aos serviços da Internet, usa-se obrigatoriamente a linha telefônica para

transmitir os dados, de uma forma não tão rápida (sua velocidade é de até 56 kbps, enquanto a banda larga tem velocidade mínima de 128 kpbs).[44] Para melhor compreensão, transcrevemos explicações estritamente técnicas sobre o assunto:

> "A conexão discada usa obrigatoriamente a linha telefônica para transmitir os dados, enquanto a banda larga usa diferentes sistemas, além do telefônico, que permitem transmissões muito mais velozes. Na Internet discada, os dados são transmitidos da mesma forma que a voz, o que gera duas consequências: não se pode falar no telefone durante a conexão e usa-se uma "estrada" que é suficiente para nossas conversas, mas deixa a desejar na hora de passar os dados de Internet. A conexão de banda larga tem muito mais espaço para transmitir dados, seja usando meios diferentes – ondas de rádio, satélite, e cabo de TV – ou mesmo a própria linha de telefone, que, nesse caso, tem muito mais "estradas" habilitadas pela companhia telefônica. É como se a banda larga fosse uma rodovia com 250 pistas a mais do que a rodovia da conexão discada."

A banda larga utiliza também a fibra óptica, que consiste:

> "... numa estrutura de vidro cilíndrica, transparente e flexível, com dimensões microscópicas, similares às de um fio de cabelo. A fibra óptica é um meio de transmissão que permite o tráfego de dados com velocidades muito próximas à velocidade da luz. O sinal na fibra é transmitido através de reflexões de raios laser ao longo de todo o cabo, atingindo uma capacidade de transmissão única, que pode ser até um milhão de vez maior que o cabo metálico ou coaxial, que torna a fibra uma das tecnologias de transmissão mais modernas do mundo."[45]

E, já que estamos no plano estritamente técnico, dentro do contexto de banda larga, vale aqui aproveitarmos o ensejo para uma melhor com-

44 http://assinantes.uol.com.br/como-acessar-a-internet/o-que-e-banda-larga.html, acesso em 14/02/2017.

45 https://www.oficinadanet.com.br/artigo/redes/o-que-e-fibra-otica-e-como-funciona, acesso em 14/02/2017.

preensão do fenômeno da tecnologia Wi-Fi, 3G, 4G, que utilizamos a toda hora e à qual nos referimos diuturnamente, com pouca noção a respeito de seu funcionamento. Segue, portanto, uma abalizada explicação sobre banda larga sem fio e banda larga móvel, na dicção dos professores Nathalia Foditsch e Luca Belli, em estudo especializado sobre eletromagnetismo:

> "Banda larga sem fio e banda larga móvel são conceitos relacionados, mas não são sinônimos. Podemos dizer que toda banda larga móvel é sem fio, mas o contrário não é verdadeiro. A banda larga sem fio pode ser 'nomádica' ou móvel. Ela é 'nomádica' quando provém de uma conexão 'semimóvel', ou seja, móvel dentro de uma área limitada (por exemplo, Wi-Fi), que dependa da exploração de um acesso a uma rede fixa. De acordo com dados recentes, em 2015, 51% do total de tráfego de dados sem fio foi feito por meio dessa conexão nomádica... A banda larga móvel, no entanto, é um tipo de conexão sem fio que permite a mobilidade dentro de uma área maior de cobertura (por exemplo, tecnologias 3G e 4G). A expressão 'sem fio', portanto, pode designar ambos os padrões, nomádico e móvel."[46]

O nivelamento de uma boa tecnologia banda larga em todos os quadrantes deste país é uma aspecto apontado por estudiosos como determinante para a inclusão digital de todos os brasileiros, em caráter universal. Desequilíbrios ocorrem quando locais mais remotos do Brasil não são contemplados por uma boa infraestrutura de telecomunicações, acentuando desigualdades socioeconômicas. É evidente que estamos nos referindo a aspectos específicos de conexão de rede, já que inclusão digital envolve conceitos muito mais amplos de aplicações e conteúdos existentes na Internet que estimule a pesquisa, a educação, o treinamento e favoreça a inovação, com acesso a quaisquer cidadãos, benefícios inerentes à nossa atual Sociedade de Informação e fator de "qualificação e empoderamento das pessoas".[47] Este sentido de universalização já existia ao tempo em que foi promulgada a Lei 9.742/97, ao enfatizar que serviços de telecomunicações essenciais "objetivam possibilitar o acesso

46 Nathalia Foditsch e Luca Belli, "Da Escassez à Abundância: Sobre o Debate Acerca do Uso Eficiente do Espectro Eletromagnético", *in Banda Larga no Brasil*, Novo Século Editora Ltda., 2016, Barueri-SP, p. 132.

47 *Idem*, fls. 23 e 87.

de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica" (artigo 65, § 1º).

4.
OS DELITOS INFORMÁTICOS. A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E A LEI CAROLINA DIECKMANN

É interessante observamos que, antes mesmo de estabelecer regras gerais para o uso da Internet no Brasil, o legislador brasileiro houve por bem cuidar antes da tipificação dos crimes informáticos. A começar pela Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, que regulou norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso XII, de nossa Carta Magna no que tange ao sigilo das comunicações telefônicas e de dados, proteção constitucional do indivíduo, somente excepcionada por ordem judicial. Ali foi disciplinada a possibilidade de decisão do Poder Judiciário que quebre o mencionado sigilo, desde que haja algumas condições legais, especialmente os indícios de autoria ou participação em crimes, mas também se tratou de matéria penal, punindo-se o autor do delito de interceptação ilegal "de comunicações telefônicas, de informática ou telemática" mediante reclusão de dois a quatro anos e multa.

Quatro anos mais tarde, foi alterado o Código Penal por força da Lei 9.983, de 14/07/2000, a qual introduziu o crime de inserção de dados falsos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública (artigo 313-A) e também o delito tipificado como modificação ou alteração não autorizada daqueles sistemas (artigo 313-B). Por seu turno, a Lei 11.829/2008 criou novo tipo penal no Estatuto da Infância e da Adolescência (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), punindo aquele que, de alguma maneira, divulgue, "por meio de sistema de informática ou telemático", vídeo ou outro registro que represente material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes (artigo 241-A). No entanto, a lei que mais se difundiu na sociedade, em relação à punição de crimes virtuais, foi a Lei 12.737/2012, da qual trataremos logo a seguir.

Se a regulação da matéria penal precedeu as matérias cíveis, comerciais e administrativas, posteriormente reguladas pela Lei 12.965/2014, certamente houve bons motivos, já que era urgente a repressão a práticas invasivas da Web que geravam e ainda geram constantes perturbações a direitos individuais e a negócios comerciais. Cada vez mais, se disseminam os indivíduos que praticam crimes cibernéticos, havendo, inclusive, diversas "classificações" destes "operadores eletrônicos", como o "*hacker*" (aquele que invade sistemas e computadores, mediante senhas, propagação de vírus e ações similares), o "*cracker*" (aquele que sabota e pirateia programas de computador, fornecendo senhas e chaves de acesso obtidas de forma ilegal), o "*lammer*" (aquele que possui conhecimentos limitados de informática e não possui grande potencial ofensivo) e o "*spammer*" (aquele que invade a privacidade de outrem por meio de difusão de mensagem eletrônica), dentre outros.[48]

Inúmeras são as modalidades delitivas de cunho eletrônico ou cibernético, como a contaminação de mensagem por vírus por e-mail, uso indevido ou não autorizado de senhas ou do número do cartão de crédito, falsa identidade, ofensas digitais, sequestro do nome de domínio da empresa, clonagem de sites para subtração de informações de seus usuários, como número da carteira de identidade e CPF, telefone, dados bancários e outros, possibilitando operações comerciais subsequentes com a utilização de cartão de crédito clonado. Tais crimes em geral não são tipificados por leis especiais (tais como as leis referidas neste capítulo), mas sim capitulados dentro de tipos penais tradicionais do Código Penal brasileiro como furto, falsa identidade, estelionato, calúnia, difamação e outros.

As formas digitais utilizadas como "*modus operandi*" de um crime deverão gerar, gradativa e continuamente, adaptações das descrições de tipos penais às novas ferramentas e modos praticados pela via virtual. Para citar apenas um exemplo, o delito de furto é identificado como "subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel" (artigo 155, *caput* do CP), equiparando-se à coisa móvel "... a energia elétrica ou qualquer outra coisa que tenha valor econômico" (mesmo dispositivo, § 3º). No futuro, este parágrafo poderia ser redigido com um novo acréscimo, equiparando à coisa móvel, não apenas à energia elétrica, mas também a "conteúdos armazenados por meios digitais". Por outro lado, há atualmente uma natural dificuldade no enquadramento legal de certas condutas ilícitas praticadas na Internet. Aquele que envia e-mails falsos (*phishing*) para

48 Artur Barbosa da Silveira, *Os crimes cibernéticos e a Lei 12.737/2012*, fl. 2, site www.conteudojurídico.com.br, acesso em 15/10/2016.

um usuário, para captura de seus dados de sua conta bancária, mediante instalação de um arquivo malicioso, cometeu furto de dados (artigo 155 do Código Penal) ou estelionato (obtenção para si ou para outrem de vantagem ilícita em prejuízo alheio, mediante erro, ardil "ou qualquer outro meio fraudulento" – artigo 171 do CP)? Em nossa óptica, a atuação pela fraude atrairia a tipificação legal para a segunda hipótese.

A fraude eletrônica é tema inserido no estudo dos delitos informáticos, através do qual se buscam obter informações as mais variadas, como levantamento de bancos de dados, funcionamento do software, senhas de terceiros e outros. Ela consiste, segundo o Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (Cert):

> "(...) numa mensagem não solicitada que se passa por comunicação de uma instituição conhecida, como um banco, empresa ou site popular e procura induzir usuários ao fornecimento de dados pessoais e financeiros. Inicialmente, este tipo de mensagem induzia o usuário ao acesso a páginas fraudulentas na Internet. Atualmente, o termo também se refere à mensagem que induz o usuário à instalação de códigos maliciosos, além da mensagem que, no próprio conteúdo, apresenta formulários para o preenchimento e envio de dados pessoais e financeiros."[49]

A proliferação de práticas fraudulentas via Internet a partir dos anos 1990 gerou, ao longo do tempo, demandas para que órgãos públicos e privados formulassem uma Política de Segurança da Informação (PSI), sobre a qual faremos, mais adiante, uma abordagem específica. As empresas passaram a treinar usuários de dispositivos eletrônicos para que se conscientizassem dos riscos inerentes a uma sociedade digital que estava em formação. Investiu-se em treinamento e na melhor promoção de recursos humanos e tecnológicos em políticas corporativas de prevenção de fraudes e se criou, paulatinamente, uma convicção de que as autoridades policiais e judiciais necessitavam de mais poder e mais técnica para coibir o uso abusivo das ferramentas digitais, visando qualificar as atividades de investigação, necessárias para a apreensão de materiais ilícitos que transitam na rede e para a identificação dos delinquentes virtuais.

Outra estratégia que se desenvolveu, em nível privado e também nos órgãos públicos, foi a monitoração de conteúdos na rede, os quais, se maliciosos, podem afetar o nome e a reputação de uma empresa ou a marca

49 Ver nota de rodapé nº 5 , ob. cit., fl. 395.

da qual ela é detentora. Isto envolve o combate à criação de perfis falsos na rede e a repressão ao chamado "furto de identidade" (*identity thief*) no âmbito das redes sociais. Tais redes, ciosas de que abusos nos conteúdos que transitam em aplicações da Internet podem gerar responsabilidades aos seus provedores, elaboram Termos de Uso para disciplinar a conduta de seus usuários e inserem canais de denúncia para informar incidentes, tal como ocorre com o Facebook, YouTube, Twitter, Google e outros. A repressão a um crime digital necessita ser célere, já que seus malefícios são replicados, em face do poder de alcance da transmissão de dados, informações e imagens na rede mundial de computadores.

Ainda em 2001, numa época em que já despontavam as preocupações com infrações penais cometidas com o uso de ferramentas da nova era da Tecnologia da Informação (TI), foi aprovada a Convenção de Budapeste pelo Conselho da Europa, diante da "necessidade de prosseguir, com caráter prioritário, uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço" em face "das profundas mudanças provocadas pela digitalização, pela convergência e pela globalização permanente das redes informáticas". A grande questão que motivou aquela Convenção foi o risco de que a informação eletrônica seja utilizada "para cometer infrações criminais", impedindo-se "os atos praticados contra a confidencialidade, integridade e disponibilidade de sistemas informáticos, de redes e dados informáticos, bem como a utilização fraudulenta desses sistemas, redes e dados, assegurando a incriminação desses comportamentos, tal como descritos na presente Convenção" (transcrição de trechos do preâmbulo). Nesse sentido, era imperioso apurar tais atos, estabelecer procedimentos criminais para o combate a essas infrações e fixar regras visando uma cooperação internacional com essa finalidade.

Para tanto, foram fixados alguns conceitos técnicos, indispensáveis para a melhor interpretação da Convenção, entre os quais citaremos os seguintes:

a) **Sistema informático –** significa qualquer dispositivo isolado ou grupo de dispositivos relacionados ou interligados em que um ou mais entre eles desenvolve, em execução de um programa, o tratamento automatizado dos dados;

b) **Dados informáticos –** significa qualquer representação de fatos, de informações ou de conceitos sob uma forma susceptível de processamento, num sistema de computadores, incluindo um programa, apto a fazer um sistema informático executar uma função;

c) **Dados de tráfego –** compreende todos os dados informáticos relacionados com uma comunicação efetuada por meio de um sistema informático, gerados por este sistema, como elemento de uma cadeia de comunicação, indicando a origem da comunicação, o destino, o trajeto, a hora, a data, o tamanho a duração ou o tipo do serviço subjacente;

d) **Fornecedor de serviço –** qualquer entidade pública ou privada que faculte aos utilizadores dos seus serviços a possibilidade de se comunicar por meio de um sistema informático ou que processe ou armazene dados informáticos "em nome do referido serviço de comunicação ou dos utilizadores desse serviço".

Nos demais capítulos, a Convenção externou a intenção dos países signatários de fixarem alguns tipos penais em âmbito nacional, tais como:

a) "acesso ilegítimo a um sistema informático";
b) "interceptação ilegítima de dados informáticos";
c) "interferência em dados", visando "danificar, apagar, deteriorar, alterar ou eliminar dados informáticos";
d) "interferência no funcionamento de sistemas", mediante "introdução, transmissão, danificação, eliminação, deterioração, modificação ou supressão de dados informáticos";
e) "falsidade informática", na qual o agente delituoso introduz nos sistemas "dados não autênticos". Tratou ainda a nominada Convenção de outros variados temas, como "Responsabilidades e Sanções", "Direito Processual", "Conservação e Armazenamento de Dados Informáticos", "Busca e Apreensão de Dados Informáticos Armazenados", dentre outros.

Uma importante iniciativa legislativa aprovada pelo Congresso Nacional para punir os delitos eletrônicos no Brasil foi materializada pela edição da Lei 12.737/2012, conhecida como "lei Carolina Dieckmann", pois foi inspirada a partir de uma conduta de invasão de privacidade da referida artista.

A referida lei introduziu um dispositivo criminal, que assim se expressa:

> "Art. 154-A do Código Penal – CP
> Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de me-

canismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Pena: detenção de 3 meses a um ano e multa."

Prossegue a lei, determinando que incorre na mesma pena quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no artigo 154-A. Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido, a pena é agravada, variando de seis meses a dois anos e multa, se a conduta não constituir crime mais grave. Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra presidente da República, governadores e prefeitos, presidente do Supremo Tribunal Federal, presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de câmara municipal e dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

Se houver simples invasão do dispositivo informático, mas o resultado (por exemplo, obtenção de segredos comerciais) se frustrou, temos aí um crime de mera conduta, mas também de caráter comissivo, pois houve uma ação específica e proativa de "invadir" e tem como elemento subjetivo o dolo, que pressupõe a finalidade desejada do delinquente de obter, adulterar ou destruir dados ou informações contidas no "dispositivo informático" ou de realizar a ação prevista no § 1º do artigo 154-A. Entende-se como dispositivo qualquer equipamento físico (hardware) utilizado para acolher softwares, que poderá ser conectado a outros equipamentos, tais como computador, tablet, notebook, smartphone, HD externo, pen drive e outros. Por outro lado, "instalar vulnerabilidades" pode ser entendida de várias formas, seja instalando softwares num equipamento para enfraquecer ou anular seus mecanismos de segurança, seja instalando um simples e-mail criminoso (o chamado "spam"), o qual, uma vez acessado, permite a coleta indevida de informações ou imagens armazenadas pela vítima. Esta última hipótese bem se aproximaria de um "estelionato eletrônico", dada a similitude com a ação ilícita prevista no artigo 171 do Código Penal, que pune a obtenção de vantagem ilícita quando alguém é mantido em erro, "mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento".

Será preciso, por outro lado, a devida atenção com condutas absolutamente lícitas, que não podem ser confundidas com ações delituosas. Como bem lembrou Cristina Sleiman, as empresas de segurança digital devem ter seus contratos feitos com cautela e com boa redação, para que neles sejam previstos expressamente "testes de intrusão, levantamento de vulnerabilidades e simulação de incidentes, dentre outros", o que, evidentemente, não pode ser tratado como "atos de invasão" de equipamentos alheios.[50]

A investigação sobre tal crime só se realiza mediante representação, o que é facilmente justificável, uma vez que o direito à privacidade é bem disponível, devendo a vítima "avaliar as repercussões que podem advir da divulgação do fato delitivo".[51] Excepcionam-se os atos praticados contra a Administração Pública, contra quaisquer dos Poderes de qualquer ente federativo ou contra concessionários de serviços públicos, quando a iniciativa da ação penal cabe ao Ministério Público, mediante ação penal pública incondicionada.

A Lei 12.737/2012 criou ainda um acréscimo ao artigo 266 do Código Penal, ao tipificar o delito de interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública ou dificultar o seu restabelecimento, introduzindo, ainda, no artigo 298, parágrafo único, do mesmo diploma legal, o delito de falsificação de cartão de crédito ou cartão de débito. A interrupção que acima mencionamos pode ser feita de várias formas, como, por exemplo, a destruição física de uma rede ou um ataque virtual às funcionalidades da rede cibernética. É crime, portanto, a conduta nomeada como "ataque de denegação de serviço" (DOS/DDOS). O DOS normalmente não é uma invasão do sistema-alvo, "mas uma sobrecarga de acessos que fazem com o que o fluxo de dados da rede seja interrompido".[52] Neste caso, o sistema é simplesmente travado pela introdução de softwares maliciosos que funcionam como um engodo para os usuários.

Os crimes cibernéticos podem ser porta de entrada para outras condutas criminosas mais graves, com finalidades definidas pela norma legal. Neste caso, o ilícito eletrônico não é considerado para fins penais, atentando-se apenas para o crime-fim, cuja pena é mais grave. Ou seja, o crime maior absorve o crime menor. Sobre o assunto, assim disserta o incomparável Damásio de Jesus:[53]

---

50 Cristina Sleiman, *Lei 12.737/2012 – Carolina Dieckmann para quem não é advogado*, fl. 4, www.sleiman.com.br, acesso em 15/10/2016.

51 Barros Junior, *Comentários à Lei 12.737*, de 30 de novembro de 2012, fl. 9.

52 "Nova lei de crimes cibernéticos entra em vigor", trabalho do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo, fls. 3 e 4, site caocrim@mp.sp.gov.br, acesso em 15/10/2016.

53 Damásio de Jesus, *Direito Penal*, 1º Volume, Parte Geral, 6º edição, 1980, Editora Saraiva, fls. 107 e seguintes.

> "Ocorre a relação consuntiva ou de absorção quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nestes casos, a norma incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. '*Lex consumens derogat legi consumptae*.'
>
> "O comportamento descrito pela norma consuntiva constitui a fase mais avançada na concretização da lesão ao bem jurídico, aplicando-se, então, o princípio de '*major absorbet minorem*'. Os fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de *minus a plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a inteiro."

Assim sendo, se o agente, ao invadir "dispositivo informático", praticar extorsão contra a vítima, ele será punido por este último crime, que absorve o delito eletrônico, considerando, não só, a finalidade pretendida pelo criminoso, que é extorquir e também a pena aplicada a esta conduta (reclusão, de quatro a dez anos e multa, artigo 158 do CP), que é maior do que o crime do artigo 154-A do CP (detenção de três meses a um ano e multa).

Não será surpresa se, em tempos futuros, sejam editadas novas leis penais para reprimir crimes eletrônicos, dada a enorme inventividade e constantes mutações que ocorrem no mundo da Tecnologia da Informação, cuja funcionalidade e segurança precisam ser permanentemente asseguradas. Talvez isto ocorra em pouco tempo, já que é possível, desde já, observar carências na atual lei, como, por exemplo, a omissão em estabelecer punições para invasão de sistemas eletrônicos localizados "nas nuvens", ou seja, no "*clouding computing*", que não pode ser caracterizada como invasão do "dispositivo informático" aludido pelo artigo 154-A do Código Penal, pela inexistência de um hardware ou outro meio físico de transmissão de dados.

Os crimes virtuais geram novas técnicas e maior desenvolvimento da ciência criminalística, para que sejam investigados e punidos. Esta ciência envolve diferentes aspectos do conhecimento técnico-científico, todos voltados para as atividades policiais e judiciais na área criminal, em busca de vestígios materiais do delito, para fins de constituição de

prova das infrações penais. Vestígio significa "qualquer marca, fato, sinal ou material, que seja detectado em local onde haja sido praticado um fato delituoso". A obtenção destes vestígios por meios oficiais visa obter conclusões sobre a prática de uma infração eletrônica e se faz pela chamada computação forense, que pode ser definida como o "uso de métodos científicos na preservação, coleta, validação, identificação, análise, interpretação, documentação e apresentação de evidências digitais". Por sua vez, evidência digital pode ser definida concisamente como qualquer informação que possa ser extraída de um computador ou dispositivo eletrônico.[54]

54 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., p. 279.

5.
MARCO CIVIL DA INTERNET – LEI 12.965, DE 23/04/2014

5.1. CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS

O mundo da Internet, que era conhecido, há tempos atrás, como "território livre", vem se tornando, por meio de uma progressiva regulação, um campo de "liberdade vigiada". Isto porque, no espaço virtual, transitam direitos e deveres, celebram-se contratos, divulgam-se manifestações e opiniões e, como já comentado, até se cometem crimes, os chamados crimes eletrônicos, praticados, geralmente, mediante o uso da fraude, da captura de dados, da invasão da intimidade, do desvio contábil de fundos financeiros e outros procedimentos.

A rede Internet não pertence a ninguém, não pertence a qualquer indivíduo ou qualquer país, não pode ser entendida dentro dos princípios da posse e da propriedade. Ela é apenas um instrumento de comunicação em escala mundial e deve ser aberta e colaborativa. Se, em seus primórdios, a Internet gerou em algumas pessoas a fantasia de que nela se podia praticar uma liberdade quase absoluta, não há mais dúvidas de que hoje existe uma consciência de que ela precisa de regras, de disciplina legal e de segurança jurídica.

A Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como a lei do Marco Civil da Internet, veio preencher este papel estabelecendo princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da rede mundial de computadores no Brasil, determinando, igualmente, as diretrizes que poderão ser adotadas pelo Poder Público sobre este assunto, especialmente para garantir o direito de acesso desta rede a todas as pessoas físicas e jurídicas (artigo 4º, inciso I).

Este novo diploma normativo ofereceu uma base legal para o Poder Judiciário, sempre que este se depare com deveres de provedores de conexão e de acesso a aplicações da Internet, *vis-à-vis* com o direito dos usuários, questões que antes eram comumente apreciadas com decisões não raro contraditórias, oriundas de interpretação do Código Civil brasileiro, Código de Defesa do Consumidor e outras legislações existentes.

5.2. DIREITOS DOS USUÁRIOS. FUNDAMENTOS, PRINCÍPIOS E OBJETIVOS DA LEI 12.965/2014

Inicialmente, a Lei 12.965/2014 trata dos fundamentos para o uso da Internet, destacando, em primeiro lugar, a liberdade de expressão. A seguir, são elencados o reconhecimento da escala mundial da rede, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, a pluralidade e a diversidade, a abertura e a colaboração, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor e, por fim, a finalidade social da rede (artigo 2º).

Como princípios que regem a citada lei, foram relacionados os seguintes (artigo 3º):

a) garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
b) proteção da privacidade;
c) proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
d) preservação e garantia da neutralidade da rede;
e) preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
f) responsabilização dos agentes, de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
g) preservação da natureza participativa da rede;
h) liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta lei.

Acrescenta ainda o parágrafo único do artigo 3º que os princípios expressos na lei ora em comento não excluem "outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Além de fundamentos e princípios, a Lei 12.965/2014 deixou expressos quais os objetivos que persegue, uma vez que se destina a promover (artigo 4º):

- o direito de acesso à Internet a todos;
- o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;
- a inovação e o fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso;
- adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

A seguir, transcrevemos o vasto rol de direitos dos usuários da Internet, assegurados pelo artigo 7º da referida lei:

- inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;
- inviolabilidade e sigilo de suas comunicações armazenadas, salvo por ordem judicial;
- não suspensão da conexão à Internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;
- manutenção da qualidade contratada da conexão à Internet;
- informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de Internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;
- não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de Internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

Informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- justifiquem sua coleta;
- não sejam vedadas pela legislação e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviço ou em termos de uso de aplicações de Internet;
- consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

- exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos em lei;
- publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à Internet e de aplicações de Internet;
- acessibilidade, consideradas as características físico-motores, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei;
- aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na Internet.

5.3. A CONFORMIDADE DA LEI 12.965/2014 COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Lei 12.965/2014 revela, como um dos seus apanágios, o estrito respeito a normas constitucionais que tratam em geral da individualidade humana, sua privacidade e sua dignidade, conforme alguns dispositivos da Lei Maior que citaremos a seguir.

Tema cada vez mais realçado na doutrina e na jurisprudência pátria, a dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como assegura o artigo 1º, inciso III, da Lei Maior. Por outro lado, um dos seus "objetivos fundamentais" é promover o bem de todos, sem preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3º, inciso IV), dentro do princípio segundo o qual todos são iguais perante a Lei (artigo 5º, *caput*), com garantias ao direito de igualdade e liberdade, entre as quais a liberdade de consciência e de crença e a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura e licença (artigo 5º, incisos VI e IX). É livre, igualmente, a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato (inciso IV do mesmo artigo). Por outro lado, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurada indenização diante de dano material ou moral. Igualmente inviolável é o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo ordem judicial (incisos X e XII do mesmo artigo). Por fim, vale ressaltar que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI do artigo 5º). Estabeleceu ainda a Carta Magna a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios do

Brasil aplicáveis em suas relações internacionais.

Neste diapasão, o Marco Civil da Internet concentra algumas normas que são reverentes aos mandamentos constitucionais, classificando-as, como vimos acima, ora como fundamentos, ora como princípios, ora como direitos, merecendo destaque e ênfase alguns exemplos dentre aqueles já listados, tais como respeito aos direitos humanos e ao desenvolvimento da personalidade (artigo 2º, inciso II), a proteção da privacidade, a proteção de dados pessoais, na forma da lei (artigo 3º, incisos II e III), a inviolabilidade e proteção da intimidade e da vida privada e a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet e de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (artigos 7º, incisos I, II e III). Temos ainda o direito de todos ao acesso à Internet, como decorrente dos princípios da isonomia e da proibição de qualquer discriminação entre pessoas (artigo 4º, inciso I).

5.4. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE

A liberdade de expressão e o direito à privacidade são, em nossa óptica, os principais cânones do Marco Civil da Internet, uma vez que foram expressamente erigidos a condições essenciais para o pleno exercício do direito de acesso à Internet, sendo nulas cláusulas contratuais que as violem, tais como aquelas que ofendam a inviolabilidade e o sigilo das comunicações privadas pela Web, como dispõe o artigo 8º, *caput*, parágrafo único e inciso I. A proteção da privacidade constitui um princípio de utilização da Web, enquanto a liberdade de expressão é, ao mesmo tempo, fundamento e princípio, na medida em que ela vem garantida pelo artigo 3º, inciso I, juntamente com a liberdade de comunicação e a manifestação de pensamento.

A proteção à privacidade é bastante reforçada no Capítulo III, Seção I, da Lei 12.965/2014, que trata da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. Dispõe o artigo 10 que a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações da Internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, "devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas". Tais registros só podem ser disponibilizados pelo provedor "de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal" me-

diante ordem judicial. Esta intimidade, porém, não se estende a dados cadastrais que informem a qualificação pessoal, filiação e endereço do usuário, desde que requisitados por autoridades administrativas que detenham competência legal para sua requisição, como é o caso da polícia, do Ministério Público, Cade, Anatel, Receita Federal e outras. Como exemplo, podemos citar o artigo 17-B da Lei 9.613/98 e o artigo 15 da Lei 12.850/2013, que permitem à autoridade policial e ao Ministério Público o acesso a dados cadastrais do investigado que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, "independentemente de autorização judicial", o que se estende a empresas telefônicas, instituições financeiras, administradoras de cartão de crédito e provedores de Internet.

O festejado constitucionalista José Afonso da Silva, ao citar J. Matos Pereira, *in* "Direito à Informação", leciona que direito à privacidade é o "conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito". Assim sendo, complementa o jurista, a esfera da inviolabilidade é ampla, compreendendo o modo de vida doméstico, relações familiares e afetivas, pensamentos, segredos e planos futuros do indivíduo. Já a liberdade de expressão é a "exteriorização do pensamento, no seu sentido mais abrangente". Faz parte da vida social do indivíduo, de sua inter-relação com outros indivíduos, já que todo homem tem tendência e necessidade de "expressar e trocar suas ideias e opiniões com outros homens e de cultivar mútuas relações", o que envolve a liberdade de opinião e liberdade de comunicação.[55]

O grande debate que anima a jurisprudência brasileira é despertado quando se percebe, em determinada situação, uma aparente colisão entre os princípios da liberdade de expressão e a proteção à privacidade. Existe um tratamento distinto no Direito quando nos deparamos ora com interpretação de regras, ora com interpretação de princípios. As regras possuem a estrutura lógica que normalmente se atribui às normas de Direito, onde há a descrição ou tipificação de um fato, sua qualificação jurídica e uma possível sanção. Já os princípios gozam na lei da certeza de sua validade, mas não se referem a um fato específico. Apenas indicam um valor a ser seguido e que será aplicado pela análise de uma infinidade de fatos e situações que compreendem nossa realidade social, ou seja, uma valoração caso a caso, onde muitas vezes incidem também outros princípios, aplicando-se a técnica da ponderação para verificarmos qual deles é aplicável.

55 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional*, Positivo, 20ª edição, 2002, fls. 205 e 240.

Considerando que não existem direitos absolutos, é de se destacar que todos os princípios constitucionais possuem igual valor, não podendo um ser considerado superior a outro, já que não são hierarquizados. Sob este enfoque é interessante a observação de Marco Aurélio Florêncio Filho:[56]

> "Isto se deve ao fato de que não deve haver na interpretação constitucional a hierarquização dos princípios constitucionais, pois se poderia colocar superlativos nesses princípios e, via de consequência, poderia causar uma situação onde haveria colidência de princípios e o hiperprincípio enfrentaria o megaprincípio, em confronto direto com o superprincípio."

Assim sendo, uma liberdade de expressão por demais expansiva pode resultar em disputa com outros princípios ou valores contrapostos de idêntica proteção constitucional. Nestas situações, os valores constitucionais "se tornam mutuamente relativos",[57] em prol da prevalência da unidade e da harmonia da Constituição Federal. Havendo tensão entre dois princípios num caso concreto, aplica-se a regra da proporcionalidade, segunda a qual, em determinada situação, pode um princípio prevalecer sobre o outro, "embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia".[58] Não há prevalência de um princípio sobre outro no plano abstrato, mas sim aplicação de um com exclusão ou aplicação mitigada de outro, a depender das peculiaridades de cada caso específico. Os alemães intitulam o princípio da proporcionalidade como "mandamento da proibição de excesso" e, no Brasil, é considerado um princípio implícito da Constitucional Federal, por interpretação do artigo 5º, § 2º da Lei Maior, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados." No Direito português, a proporcionalidade é mandamento constitucional, conforme se extrai do artigo 18, inciso II, da Carta Magna lusitana: "A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo

56 Marco Aurélio Florêncio Filho, *in Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014*, 2a tiragem, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

57 Marco Aurélio Florêncio Filho, ob. cit., fl. 33.

58 Artigo de Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbellini Carnio: Metodologia Jurídica Político-Constitucional e o Marco Civil da Internet. "Contribuição ao Direito Digital", *in Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014*, 2ª tiragem, editora Revista dos Tribunais, 2014, fl. 20.

as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos." Ou, como disseram Willis S. Guerra Filho e Henrique Carnio,[59] o princípio da proporcionalidade pode ser entendido "como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro, na medida do jurídico e faticamente possível".

No permanente confronto entre liberdade de expressão e privacidade, alvo de batalhas judiciais constantes nos tribunais brasileiros, trazemos à baila, à guisa de ilustração, interessante acórdão do Superior Tribunal de Justiça[60] para bem ilustrar a aparente colisão daqueles princípios. Trata-se de situação onde se discutia matéria jornalística supostamente ofensiva a um magistrado, com base na Lei de Imprensa (à época, a Lei 5.250/67 estava sendo normalmente aplicada). Discutiu-se, em primeiro lugar, um pretenso dano à imagem pela divulgação de foto do juiz, o que foi rechaçado, pois "a utilização de fotografia do magistrado adequadamente trajado, em seu ambiente de trabalho, dentro da corte estadual onde exerce a função judicante, serviu apenas para ilustrar a matéria jornalística". Em seguida, considerou o STJ que não gera responsabilidade civil publicação de matéria em jornal que narre "fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas", pois a notícia se refere a fatos de interesse geral "relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada". Nesta hipótese, segundo o acórdão, "a liberdade de expressão é prevalente, atraindo verdadeira excludente anímica, a afastar o intuito doloso de ofender a honra da pessoa a que se refere a reportagem". Transcreva-se, do aresto colacionado, trecho que corresponde à sua própria "*ratio decidendo*":

> "A análise relativa à ocorrência de abuso no exercício da liberdade de expressão jornalística, a ensejar reparação civil por dano moral a direitos da personalidade, depende do exame de cada caso concreto, máxime quando atingida a pessoa investida de autoridade pública, pois, em tese, sopesados os valores em conflito, mostra-se recomendável que se dê prevalência à liberdade de informação e de crítica, como preço que se paga por viver num Estado democrático."

Dos critérios balizadores do acórdão em tela, podemos concluir que, malgrado o respeito aos direitos da personalidade, o compromisso ético

59 *Idem*, fl. 22.

60 *Idem*, fls. 34/36, STJ, Resp. 801.109, 4ª Turma, relator ministro Raul Araujo, DJe 12/03/2013.

com a informação verídica ou verossímil afasta a intenção da crítica jornalística de difamar, caluniar ou injuriar alguém.

Noutro giro, cabe relembrar uma questão que é vivamente discutida nos meios especializados de Direito Digital e também em matérias de imprensa. Trata-se de notório abuso do direito de expressão, já mencionado em capítulo pretérito (capítulo 3.6.5. A "educação digital"), que diz respeito ao chamado discurso do ódio, praticado irresponsavelmente na Internet pelos chamados "*haters*". Trata-se de uma exacerbação máxima da liberdade de expressão, influenciada por uma atmosfera de impunidade e anonimato e que pode causar grandes danos às suas vítimas. Liberdade que não pode ser invocada por ser notoriamente excessiva e, sobretudo, deletéria aos direitos de terceiros, atingindo gravemente a vida privada, a honra e a imagem das pessoas ofendidas, sobretudo pela possibilidade de replicação das mensagens pelas mídias sociais. Ana Paula Barbosa Fohrmann e Antonio dos Reis Silva, no artigo "O Discurso do Ódio na Internet",[61] lembram que esta prática envolve geralmente referências difamatórias e degradantes à raça, etnia, religião, origem, condição social ou aparência física de uma pessoa, dentre outros aspectos, constituindo-se em verdadeira "degeneração da liberdade de expressão", como expressado nas "Notas Conclusivas" do citado artigo:

> "Tanto a liberdade de expressão quanto a de comunicação se submetem a limites, dentre os quais aqueles que reprimem a prática de discurso de ódio, porquanto este representa exercício abusivo da liberdade constitucionalmente garantida ao atingir valor fundante da ordem jurídica, correspondente à dignidade da pessoa humana, representada na pessoa individualmente considerada ou no grupo ao qual ela pertence."

Após o advento do mundo digital, nunca houve nos tribunais nacionais e internacionais tanta "quebra de braço" entre a liberdade de expressão e a privacidade. A primeira parece estar levando a melhor, já que possui, a seu favor, uma expansão mais privilegiada, pois seu conteúdo é capaz de circular na Internet com incrível velocidade, para um universo indeterminado de pessoas, não dando "fôlego" para que a privacidade se defenda. Não é à toa que Patrícia Peck publicou um artigo denominado "A Privacidade na Era da Ausência da Privacidade", onde alerta a respeito dos meios de defesa e dos esforços que o usuário

61 Ana Paula Barbosa Fohrmann e Antonio dos Reis Silva, artigo "O Discurso do Ódio", *in Direito Privado e Internet*, Editora Atlas, 2014, fls. 29 e seguintes.

precisa para proteger seus dados e informações pessoais, evitando que se disseminem indevidamente na Web sem o seu consentimento, especialmente nas mídias sociais.[62]

Não obstante, como veremos a seguir, ainda que a Lei 12.956/2014 tenha "simpatizado" mais com a liberdade de expressão, quando se trata especificamente de remoção de conteúdos de terceiros da Internet, reconheça-se que a mesma legislação possui dispositivos que tutelam incisivamente a vida privada e a intimidade das pessoas, quando trata das responsabilidades dos provedores da Internet, como destacamos acima.

5.5. A INVIOLABILIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA E A LEI 9.296/96. QUEBRA DESTA GARANTIA POR ORDEM JUDICIAL. O CONCEITO SOBRE PROVEDOR

5.5.1. Aspectos gerais da questão. Aplicação da Lei 9.296/96 a comunicações por sistemas de informática e telemática

Como expressamente previsto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XII, é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Neste último caso, porém, esta garantia pode ser quebrada, por ordem judicial, "para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". Adequando-se a tal dispositivo, a Lei 12.965/2014 igualmente preceitua a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet, bem como das comunicações privadas armazenadas, salvo deliberação judicial em contrário.

A Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, regulou esta matéria, estabelecendo critérios para a interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza, sob segredo de Justiça, estendendo suas normas "à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática". Portanto, o Marco Civil da Internet deve ser aplicado em conjugação com o disposto na citada legislação, valendo lembrar, neste aspecto, que o artigo 7º, inciso II, da Lei 12.965/2014 garante ao usuário a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações, mas excepciona esta garantia, mediante ordem judicial, explicitando, porém, que a decisão do Poder Judiciário deve ser pronunciada "na forma da lei".

Após algumas discussões sobre a pretensa inconstitucionalidade da interceptação prevista na citada lei, hoje ela é regulamentada pela Re-

62 Patrícia Peck, artigo "A Privacidade na Era da Ausência da Privacidade", *in Direito Digital Aplicado*, fls. 203 e seguintes, editora Revista dos Tribunais, 2016.

solução 59/2008 (atualizada pela Resolução 217/2016) do Conselho Nacional de Justiça, a qual "disciplina e uniformiza as rotinas visando ao aperfeiçoamento do procedimento de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário de quebra de comunicação".

Segundo a Lei 9.296/96, deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta e justificada (artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.296/94), destacando-se que esta quebra pode ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento de autoridade policial ou do representante do Ministério Público. O pedido de interceptação de informação em meio virtual conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração da infração penal, com indicação dos meios a serem empregados, não se admitindo tal pedido se não houver indícios razoáveis de autoria de delito ou participação em infração penal, se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis ou quando o fato investigado constituir delito punido, no máximo, com pena de detenção (artigos 2º a 4º). A decisão judicial será fundamentada, sob pena de nulidade, e indicará a forma de execução da diligência, a qual não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo. A interceptação operada sem autorização judicial é crime, punível com reclusão de dois a quatro anos e multa (artigo 10).

5.5.2. A responsabilidade dos provedores de conexão e provedores de aplicações da Internet

Como já observado acima, a preservação do direito à intimidade e à privacidade mereceu a devida salvaguarda no artigo 10 e seus parágrafos da Lei 12.965/2014, pelo que comunicações privadas transmitidas na Internet não podem ser divulgadas pelos provedores, salvo mediante ordem judicial. O artigo 11 reforça este comando legal, explicitando que "em qualquer operação de coleta", armazenamento, guarda e tratamento de registros pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet, serão obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os "direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros", desde que, pelo menos, uma destas operações ocorra em território nacional. Segundo ainda o seu parágrafo 1º, esta determinação legal se aplica "aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que, pelo menos, um dos terminais esteja localizado no Brasil".

Observa-se de imediato que todas estas questões envolvem conceitos sobre provedores, que são inerentes ao Direito Digital e que se

constituem em mecanismos que operam a necessária intermediação da qual resulta o objetivo final do usuário, que é alcançar o serviço ou conteúdo oferecido pela Web. Cuidaremos deste assunto a seguir, já ligeiramente abordado anteriormente no capítulo 3.1 (que tratou dos direitos autorais).

5.5.2.1. Diversos conceitos sobre provedores

Segundo estudo realizado pelo professor Frederico Mainberg Ceroy,[63] podemos inicialmente definir provedor de *backbone* como a "pessoa jurídica proprietária das redes capazes de administrar grandes volumes de informações, constituídas por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade". No Brasil, a Embratel é o principal provedor desta estrutura. Temos, a seguir, o provedor de acesso ou provedor de conexão, que "possibilita a conexão dos terminais de seus clientes à Internet", o provedor de correio eletrônico, que possibilita "o envio de mensagens do usuário a seus destinatários", o provedor de hospedagem, que permite "o armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, permitindo o acesso de terceiros a esses dados" e o provedor de conteúdo, "que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação (ou autores), utilizando servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem para armazená-las".

Citando obra de Ronaldo Lemos intitulada "Direito, Tecnologia e Cultura", o aludido mestre faz alusão a uma outra classificação, que engloba os Provedores de Serviço de Acesso (PSAs) e Provedores de Serviços Online (PSOs). Os primeiros se identificam com os provedores de conexão, enquanto os demais englobam os provedores de hospedagem, de correio eletrônico e de conteúdo.

5.5.2.2. As classificações utilizadas pela Lei 12.965/2014. Provedores de conexão e provedores de aplicações da Internet e suas responsabilidades

A Lei 12.965/2014 se limitou a definir dois tipos de provedores: os provedores de acesso ou conexão e os provedores de aplicações da Internet.

O provedor de acesso ou de conexão desempenha o papel estabelecido no artigo 5º, inciso IV, da Lei 12.965/2014, na qualidade de "administrador de sistema autônomo", qual seja "a pessoa física ou jurídica

63 Frederico Mainberg Ceroy. Artigo "Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet", *in* http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet, acesso em 25/02/2017.

que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País".[64] Para melhor compreensão desta definição, será preciso que outras sejam igualmente assimiladas, tais como:

a) "terminal", que significa "o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à Internet";
b) "endereço de protocolo da Internet" (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;
c) "conexão à Internet": a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP" (artigo 5º, incisos II, III e V da mesma lei).

Patrícia Peck responde à seguinte indagação: Mas o que torna os provedores de acesso tão importantes em termos jurídicos? Segundo a ilustre especialista:

> "(...) provedores de acesso não são apenas empresas prestadoras de serviço. São os grandes aglutinadores do mundo digital, responsáveis pela abertura das portas de entrada dos usuários na rede. Isto significa que muitas das soluções jurídicas que poderiam ser desenhadas para aumentar a proteção de valores sociais e das relações interpessoais na rede têm seu início nos provedores e podem ser mais bem controladas por meio deles."

E prossegue, asseverando que:

> "As características dos serviços contratados por provedores de conexão são custo, competência técnica, confiabilidade no plano de segurança, capacidade e quantidade de linhas disponíveis em relação ao número de usuários e aos números de endereços de IP disponíveis, o que significa que é uma modalidade de empresa relacionada com a área de telecomunicações, mas com características próprias e peculiares ao veículo de comunicação Internet. A Internet funciona como uma rede orgânica em que os responsáveis

64 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., p. 140.

> pelas portas de entrada e saída têm como autorizar o acesso, restringi-lo, identificar o usuário em seu banco de dados, entre outras informações."[65]

Por seu turno, Bruna Manhago Serro define provedores de conexão como aqueles:

> "(...) responsáveis pela intermediação entre a operadora e o usuário do serviço contratado. Nesta modalidade de provedor, é oferecida a conexão à Internet, conforme especificidades e velocidades contratadas e o acesso pode ser feito através de uma identificação de usuário e senha, por exemplo. Os provedores de conexão são os responsáveis por alcançar ao usuário diretamente o acesso à rede. Este acesso é feito através de uma conexão adquirida de *backbone*."[66]

Algumas questões merecem ser ventiladas em relação aos provedores de conexão. Em primeiro lugar, é oportuno acentuar que tais provedores terão uma colaboração a dar às investigações próprias do universo digital, facilitando a identificação de crimes eletrônicos, como a pirataria e a pedofilia, podendo inclusive proporcionar o chamado "flagrante online", que é a caracterização da ação delituosa enquanto esta se encontra em andamento. Com efeito, a investigação poderá ser bem-sucedida se forem bem rastreados os chamados "registros de conexão", isto é, "o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados" (artigo 5º, inciso VI, da Lei 12.965/2014). Ou seja, alcança-se o endereço eletrônico do delinquente a partir de um terminal onde a ação delituosa começou. Por seu turno, os registros de conexão devem ser mantidos sob sigilo, "em ambiente controlado e de segurança", pelo prazo de um ano, na forma do artigo 13 da Lei 12.965/2014. Este prazo, não obstante, pode ser dilargado se uma autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público requerer cautelarmente esta providência. Nesta hipótese, a autoridade requerente deverá ingressar com pedido de autorização judicial de acesso

65 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fls. 141 e 144.

66 Bruna Manhago Serro, "Da responsabilidade civil dos provedores de aplicações frente à Lei 12.965/2014. Análise doutrinária e jurisprudencial", publicação do V Congresso Ibero-americano de Investigadores e Docentes de Direito e Informática, Rede CIIDI, realizado entre 27 e 29 de maio de 2015, na Universidade Federal de Santa Maria.

aos registros no prazo de 60 dias após a formulação do requerimento, sob pena de ineficácia da solicitação formulada ao provedor (artigo 13, parágrafos 2º ao 5º).

Todavia, é vedado aos provedores de conexão guardar os registros relativos a aplicações da Internet (artigo 14), pois tal monitoramento poderia ferir a liberdade e a privacidade dos usuários.[67] Por fim, resta salientar que o provedor de conexão não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de divulgação de conteúdos gerados por terceiros que circulem na Web (artigo 18 da mesma lei), já que realiza apenas o tráfego de informações, à semelhança de uma companhia telefônica, não podendo, portanto, ser obrigado a vistoriar mensagens ou informações em relação às quais não possui nenhuma possibilidade de controlar.

Outrossim, é preciso diferenciar provedores de acesso à Internet com as conexões oferecidas pelas empresas aos seus empregados, para fins profissionais. Nesta última situação, a empresa se coloca simplesmente como usuária do sistema e, internamente, pode impor restrições a seus colaboradores em relação a sites ou outras funcionalidades da Internet dentro do ambiente corporativo. A empresa é mera cliente do provedor, pois não faz a conexão à Internet, que inclui necessariamente "a atribuição ou autenticação de um endereço IP".[68] Da mesma forma, não podem ser considerados provedores de conexão bares, cafés, *lan houses*, escolas e livrarias, igualmente classificados, do ponto de vista técnico, como usuários da Internet, eis que não proporcionam o vínculo direto ao cerne da Internet, que são os *backbones*.

Por sua vez, os provedores de aplicação são aqueles que dão acesso às "funcionalidades" da rede que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à rede (*vide* artigo 5º, inciso VI, da Lei 12.965/2014). Funcionalidades englobam serviços e conteúdo, como o correio eletrônico, o WhatsApp, os sites comerciais, os sites de relacionamento, os sites de informação, os portais, os vídeos e imagens em geral, textos e áudios, os blogs, os arquivos de música e filmes, dentre outros. Tais provedores deverão manter, pelo prazo de seis meses, na forma do artigo 15 do Marco Civil da Internet, os respectivos "registros de acesso a aplicações de Internet", que são definidos legalmente como o "conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de Internet a partir de um determinado endereço de IP". Tais especificações

67 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., p. 141.

68 "Quem pode ser considerado provedor de acesso ou conexão", http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/pauta/quem-pode-ser-considerado-provedor-de-acesso-ou-conexão/, acesso em 25/02/2017.

de data e hora, a exemplo dos registros de conexão, servem como um dado técnico relevante quando uma autoridade policial, com esteio em ordem judicial, passa a investigar determinado fato ilícito na Web, que se inicia com uma averiguação técnica de como se deu a interligação do usuário com os provedores de conexão e de aplicação. Nestes casos, poderá a autoridade policial ou administrativa, ou o Ministério Público, adotar as mesmas providências previstas para os registros de conexão, ou seja, solicitar que os registros sejam guardados por prazo superior a seis meses e ingressar *a posteriori* com pedido de autorização judicial para desvendá-los.

Ressalvadas as regras cogentes acima estipuladas, o provedor de aplicação que não guardar os registros após decorridos seis meses não sofrerá nenhuma responsabilidade civil por danos decorrentes do uso indevido destes registros por terceiros (artigo 17).

O artigo 19 da Lei 12.965/2014 estipulou regra polêmica, bastante discutida durante os debates legislativos que a antecederam. Trata-se da valorização da liberdade de expressão em matéria específica, da qual resulta que o provedor de aplicações fica liberado de responsabilidade civil por publicar conteúdo supostamente ofensivo gerado por terceiros, até porque isto representaria, segundo se depreende do próprio dispositivo legal, uma censura prévia a informações e opiniões veiculadas pela Internet. No entanto, caso receba uma ordem judicial para tornar indisponível o conteúdo e não o faça no prazo que lhe for assinado, o provedor poderá ser corresponsabilizado pelas consequências do ilícito gerado por terceiros, uma vez que, com sua omissão, estará perpetuando uma grave ofensa cometida pelos meios virtuais, que se multiplica a cada replicação da infração pela rede mundial de computadores. Tal situação, no entanto, não se aplica a direitos autorais, que estão submetidos à legislação específica (artigo 19, § 2º).

Assim dispõe o artigo 19 da Lei 12.965/2014:

> "Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações da Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito dos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário."

Às razões já apontadas pela própria lei (liberdade de expressão e vedação à censura), soma-se também o entendimento de que o provedor

de aplicações não está obrigado a patrulhar a rede para descobrir ilícitos nos conteúdos que divulga, assim como o dono de uma livraria não fiscaliza o teor dos textos dos livros colocados no mercado. Por outro lado, a remoção sumária de informações on-line mediante simples notificação do ofendido poderia incentivar abusos e "reclamações frívolas, infundadas ou até mesmo ilegais, que jamais seriam acolhidas pelo Judiciário".[69] Isto estimularia a autocensura do provedor, que retiraria de seu site manifestações possivelmente legítimas, apenas para ficar isento de responsabilidades jurídicas. Acrescente-se ainda outro argumento, que reconhece a impossibilidade material do provedor para a realização de atos fiscalizatórios, sobretudo em grandes sites como o Google, como podemos ver do aresto abaixo:

> "Agravo de Instrumento. Google. Site de Relacionamento. Bloqueio
>
> Sites como Google consistem em meros instrumentos de disponibilização de informações e os conteúdos publicados na Internet são inseridos livremente pelos milhões de usuários. Estão disponíveis, no mundo virtual, inúmeros sites de imagens, de busca e de relacionamento, que também podem divulgar as informações reputadas ofensivas aos autores. Esse fato revela a impossibilidade material de o Google se responsabilizar por toda e qualquer publicação ofensiva aos agravados que esteja disponível na Internet. Não se mostra possível tecnicamente a determinação para que uma instituição como o Google efetue juízo de valor sobre o que é ou não ofensivo e bloqueie o acesso aos conteúdos que reputar ofensivos, não se revelando praticável, igualmente, a ordem para que todos os conteúdos referentes aos fatos narrados na inicial sejam bloqueados, uma vez que inexiste tecnologia para tanto."[70]

Sustentam alguns estudiosos que a cessação do ilícito deveria ocorrer tão logo o ofensor fosse notificado pela vítima, evitando-se o mal consumado, especialmente quanto atinge a vida privada das pessoas e sua intimidade. Não obstante, esta hipótese só existe num caso, ou seja, quando o conteúdo contém exposição de nudez ou de atos sexuais, divulgados

69 *Marco Civil da Internet, anotações à lei 12.965/2014*, Editora Mundo Jurídico, 2ª edição, 2015, fl. 115, Adriano Roberto Vancim e Fernando Frachone Neves.

70 Acórdão TJDF 20100020007066AGI, relatora Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, julgado em 28/04/2010, DJ 06/05/2010, p. 109, *apud* obra citada na nota nº 71.

sem autorização de seus participantes, obrigando-se o provedor a retirar de circulação as imagens assim que as vítimas o notificarem (artigo 21).

Algumas particularidades foram debatidas nas discussões acadêmicas sobre o tema. Por exemplo, é preciso verificar se, eventualmente, os danos foram provocados, não propriamente por manifestação de terceiro, mas sim por conteúdo produzido no próprio website do provedor de aplicação, caso que este se responsabilizaria diretamente como ofensor da vítima. Se assim for, o divulgador da infração não mais atuará como Provedor de Conteúdo Alheio, mas sim como Provedor de Conteúdo Próprio, não estando sua conduta, portanto, sob a égide do artigo 19 do Marco Civil da Internet.

Ademais, urge verificar se a ofensa ou a falsidade é notoriamente ostensiva. Neste caso, haveria um confronto evidente à lei, tais como uma alegação claramente mentirosa, um xingamento grave, um achincalhe à honra pessoal de alguém. Verificadas tais situações, o provedor de aplicações não necessita ordem judicial de indisponibilidade do conteúdo, porque o artigo 19 ressalva as "disposições legais em contrário", permitindo a imediata remoção do conteúdo pelo provedor que for instado pela pessoa prejudicada, sempre que se configurar óbvia e manifesta contrariedade à norma legal. Neste sentido, ponderam Adriano Vancim e Fernando Neves:[71]

> "Considerando a parte final do texto, pode-se inferir que determinadas condutas transgressivas/hediondas, tendo em vista a gravidade do contexto em que se enuncia, indiscutivelmente repugnadas pelo senso comum, como, por exemplo, conteúdos de racismo e homofobia, além de páginas criadas com perfil falso para fins gravíssimos, podem dar ensejo à responsabilidade direta dos provedores, notadamente quando não identificado o emissor da ofensa."

No mesmo diapasão, a cátedra de Rony Vainzof:

> "Porém, no final da redação do artigo 19, *caput*, do Marco Civil, ao excluir a necessidade de ordem judicial quando houver 'disposições legais em contrário', está claro, salvo melhor juízo, que o provedor de aplicações da Internet poderá responder civilmente no caso de sua inércia, a partir da ciência de qualquer conteúdo acusado como ilegal, assim previsto em lei, como nos casos de ofensa aos direitos de

71 *Idem*, ob. cit., fl. 132.

personalidade, danos às imagens de empresas, crimes contra a honra, violação de propriedade intelectual, fraudes, ameaças, pornografia infantil, racismo, etc."[72]

Portanto, Vainzof advoga que um provedor de aplicação, desde que previamente cientificado sobre qualquer atividade ilícita nele contida, remova de imediato o conteúdo, sem aguardar ordem judicial, o que se ajustaria à jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que vigorava outrora, antes do advento da Lei 12.965/2014. Em nossa óptica, este parece ser o caminho correto, sempre que nos deparamos com incontestável ilegalidade, preservando-se a necessidade da ordem judicial para as demais situações, especialmente as zonas cinzentas onde é difícil ao provedor fazer um juízo de valor. Não que se pretenda que a regra geral do artigo 19 vire exceção, mas é possível fazer-se ponderações a partir de seu texto final, que seria aplicado às excepcionalidades derivadas de flagrante violação da legislação brasileira, especialmente nos ramo cível, comercial e criminal.

5.6. RESPONSABILIDADE DIRETA DOS PROVEDORES EM CASO DE FALHAS CONTRATUAIS

Toda a matéria desenvolvida no item anterior concerne à responsabilidade extracontratual dos provedores de conexão e provedores de aplicação, com respaldo no que dispõe o artigo 186 do Código Civil, segundo o qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Envolve igualmente as noções de responsabilidade civil derivadas do artigo 927 do mesmo diploma normativo, onde se determina que "aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Não obstante, o Marco Civil da Internet estipulou regras de responsabilidade exclusivamente contratual, no ensejo de proteger o usuário de falhas derivadas de obrigações assumidas pelos provedores perante seus usuários. Grande parte destas garantias está abrangida pelo artigo 7º da Lei 12.965/2014, dentre as quais podemos citar:

a) a não suspensão da conexão à Internet (salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização) e a manutenção da qualidade contratada de conexão à Web, obrigações que, obviamente, estão endereçadas aos provedores de acesso;

72 Rony Vainzof. Artigo "Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros", *in Marco Civil da Internet*. *Lei 12.965/2014*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 2014, fl. 203.

b) informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de Internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede;

c) informações claras e precisas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades definidas no artigo 7º, inciso VIII, letras "a" a "c" e mediante consentimento expresso do usuário, mediante cláusulas contratuais destacadas;

d) publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão e de aplicações de Internet;

e) informação ao contratante sobre medidas e procedimentos de segurança (artigo 10, § 4º);

f) informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira "referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como em relação ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações (artigo 11, § 3º). Além disto, são nulas de pleno direito cláusulas contratuais que violem a inviolabilidade e o sigilo das comunicações privadas ou que, em contratos de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro em relação a serviços prestados no Brasil (artigo 8º, parágrafo único). Ainda sobre esta matéria, invocamos, mais uma vez, a lição de Vainzof, ao destacar que o inadimplemento da prestação de serviços por provedor contratado por usuário pode acarretar responsabilidade objetiva, se constatada uma relação de consumo, nos termos do artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, "devendo as empresas zelar pela qualidade das funcionalidades prestadas, sob pena de responder civilmente pelos danos causados...".[73]

Todo este conjunto de normas, destinado à fiel observância pelos provedores de conexão e provedores de aplicação, busca tutelar o usuário em caso de inadimplemento contratual e proporcionar a este transparência em suas relações com seus contratados. São normas benéficas ao usuário em geral, em particular aos empresários eletrônicos, que necessitam de segurança jurídica para a prática do e-commerce.

---

73 Rony Vainzof, artigo "Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros", *in Marco Civil da Internet*, editora Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 2014, fl. 95.

5.7. A REQUISIÇÃO JUDICIAL DE REGISTROS

Poderá a parte interessada, em processo judicial cível ou criminal, requerer ao juiz a disponibilização dos registros de conexão e dos registros de aplicações da Internet, com o objetivo de instruir o feito com um conjunto probatório, desde que obtenha fundados indícios da ocorrência do delito, justificativa motivada para o pleito e o exato período a que se referem os registros, cabendo ao juiz zelar pelo sigilo das informações para resguardo da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo o magistrado decretar segredo de Justiça em relação à prova obtida (artigo 22).

5.8. DA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS. MOEDA DIGITAL

A questão da proteção dos dados pessoais é matéria complexa, envolvendo muitas situações da realidade social e econômica de nossa época, mormente porque diz respeito ao velho dilema entre a vida privada e intimidade da pessoa e os interesses públicos e coletivos da sociedade.

A evolução tecnológica da Internet foi fator decisivo para que os anúncios publicitários fossem igualmente divulgados pelas mídias sociais. Surgiram, então, os "anúncios direcionados" que

> "(...) permitem atingir o público-alvo com precisão cirúrgica a preços consideravelmente menores, uma vez que, graças à interatividade da Internet, passou a ser possível proporcionar experiência individualizada, tendo como base perfis construídos a partir da coleta e análise de dados de cada usuário."[74]

Para que as empresas oferecessem tais anúncios, tornou-se necessária a coleta de dados dos usuários (exemplo: conteúdos mais visualizados pelo internauta, hábitos de compra), visando compreender seu comportamento e suas áreas de interesse. A estratégia, então, foi oferecer variado cardápio de serviços gratuitos pela Internet que, quando utilizados pelo usuário, colhiam informações a ele relacionadas (ferramentas de busca, e-mails, redes sociais e outros). A partir daí, as empresas construíram uma imensa base de dados, que serviu de plataforma de informações para que fossem anunciados continuamente produtos e serviços, muitos deles a preços reduzidos, adquiridos pelo consumidor por um mero clique no computador ou dispositivo equivalente. Ocorre que, com esta

74 Aristides Tranquilini Neto, artigo "Os novos modelos econômicos na realidade digital", fl. 66, *in Direito Digital Aplicado*, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

base de dados, as empresas e os provedores de aplicações, tais como o Google, o Twitter e o Facebook, passaram igualmente a ter notícias de aspectos privados da vida do cidadão, gerando controvérsias em todo o mundo sobre os limites que uma empresa ou provedor pode ter em relação a dados pessoais de um cidadão. A situação gerou perplexidade sobretudo quando, há poucos anos atrás, se evidenciou, pelo noticiários da mídia, que a Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (National Security Agency – NSA) praticava espionagem com esteio nos dados coletados por aquelas empresas, o que, em tese, permitiria àquela agência devassar a vida particular de milhões de indivíduos em todo o mundo.

Conclui-se, portanto, com facilidade, que a posse de um robusto banco de dados constitui verdadeira "moeda digital", compondo a avaliação de ativos de uma empresa. A questão, como sempre, é protegê-los contra atentados à individualidade, redundando, portanto, na proteção à privacidade das pessoas e ao sigilo corporativo.

No Brasil, existem alguns dispositivos que cuidam da matéria, a começar pelo Código de Defesa do Consumidor. Com propósito ilustrativo, vale citarmos o seu artigo 43, que faculta ao consumidor o acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e de dados pessoais ou de consumo existentes em arquivos de determinado órgão (especialmente os que compõem o Sistema de Proteção ao Crédito), inclusive com a possibilidade de solicitar a correção de eventuais inexatidões. O Marco Civil da Internet, como já examinamos, possui algumas regras protetivas em favor do usuário, relacionadas em seu artigo 7º, valendo aqui citar, a ensejo de exemplo, a norma que lhe garante o não fornecimento de seus dados pessoais a terceiros, "salvo mediante consentimento livre, expresso e informado, ou nas hipóteses previstas em lei" (artigo 7º, inciso VII).

Ocorre que tais normas de nossa legislação pátria são ainda fragmentadas e insuficientes, existindo hoje um razoável consenso de que é preciso consolidar regras atualizadas num estatuto legal único, onde se poderia, inclusive, dar tratamento diferenciado a determinadas situações, entre as quais a distinção clara e precisa do que sejam dados cadastrais (onde autoridades investigativas podem ter acesso) e dados sensíveis, que compreende questões mais íntimas, como etnia, orientação política, convicções religiosas, dados genéticos e outros. Reconheça-se que já existe um esforço legislativo para tanto, cabendo menção ao Projeto de Lei 4.060/2012, do deputado Milton Monti (PR-SP) e outro projeto oriundo do Poder Executivo nº 5.276/2016, ainda em trâmite na Câmara dos Deputados.

5.9. SOBRE O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE NA INTERNET

Estabelece o artigo 9º da Lei 12.965/2014 que o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal, ou aplicação. Mal comparando, este é o mesmo dever do carteiro, que deve seguir certos procedimentos-padrão do correio e não pode, por exemplo, "desviar a rota" e priorizar, por qualquer motivo, a entrega de certa correspondência, pacote ou encomenda a alguém de sua preferência em detrimento da entrega a outros destinatários.

Esta é a garantia da neutralidade da rede, tratando-se de obrigação a ser seguida pelas operadoras de telecomunicações e provedores de acesso à Internet. Todos os pacotes de dados devem ter o mesmo tratamento no que tange à velocidade do tráfego, vedando-se ao provedor reduzir tal velocidade conforme critérios próprios. Como lembra Damásio de Jesus e José Antonio Milagre,[75] "aos provedores, fica proibido o *traffic shaping*, ou seja, o provedor não poderá priorizar ou mitigar o tráfego de acordo com o que é acessado", ficando ainda vedado "retardar o tráfego, por exemplo, daquele que prefere utilizar voz sobre IP ao invés de usar telefonia convencional ou daquele que prefere utilizar um comunicador on-line ao enviar uma mensagem SMS (torpedo) ou daquele que busca assistir filmes por meio da Internet ao utilizar a televisão a cabo." Estabelece ainda o artigo 9º, § 3º, da Lei 12.965/2014 que, na provisão de conexão à Internet, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar os conteúdos dos pacotes de dados. A lei, no entanto, admite, neste mesmo artigo, que, em certas situações, possa existir a discriminação ou degradação do tráfego, matéria a ser regulada por decreto do presidente da República, ouvido o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, desde que decorra de "requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações" e a "priorização dos serviços de emergência". Esta situação excepcional gera deveres para o provedor de conexão, que deve informar previamente ao usuário da rede sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias, abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais, evitar causar danos aos usuários e agir "com proporcionalidade, transparência e isonomia" (artigo 9º, § 2º e seus incisos da Lei 12.965/2014).

75 Damásio de Jesus e José Antonio Milagre, *Marco Civil da Internet, Comentários à Lei 12.965/2014*, Editora Saraiva, 2014, p. 43.

A neutralidade é um dos princípios para o uso da Internet (artigo 3º, inciso IV) e é considerado um avanço da igualdade de todos perante a rede mundial de computadores, já que reafirma a necessidade de um tratamento isonômico dado aos pacotes de dados que transitam pela Web, sem quaisquer distinções. Com outras palavras, pode-se adotar a terminologia do prof. Tim Wu, da Columbia University, considerado o pai da terminologia "*net neutrality*", que considera a neutralidade "um princípio de concepção de rede, segundo o qual uma rede pública de utilidade máxima procura tratar todos os conteúdos, sites e plataformas da mesma maneira, o que a permite transportar toda forma e informação e aceitar todas as aplicações".[76]

Esta terminologia entra, pela primeira vez no Direito brasileiro, em texto de lei formal, mas já havia sido aludido anteriormente pelo Comitê Gestor da Internet, em sua 3ª reunião ordinária de 2009, quando aprovou a Resolução CGI.br/RES/2009/003/P, que estabeleceu os "Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil" (conhecido como o Decálogo da Internet, já mencionado no item 3.7) e incluiu, entre tais princípios, a neutralidade, definindo-a da seguinte forma: "Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento". Por outro lado, o termo foi igualmente mencionado pelo artigo 75 da Resolução 614, de 28/05/2013, da Agência Nacional de Telecomunicações, que aprovou o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia.

A compreensão sobre a neutralidade envolve conceitos de natureza tecnológica sobre a transmissão de dados pela Internet, muito bem explanados pela dra. Silvia Regina Belchior, que merecem ser reproduzidos:[77]

> "Considerando que a Internet se desenvolveu com a inteligência nas pontas (serviços e terminais), baseando-se no princípio fim a fim (*end-to-end*) e a rede na qual os dados trafegam tem um efeito apenas de condutor e transmissor desse tráfego (numa comparação mais primária como uma via ou estrada), o nógórdio está em bloquear, retardar, degradar ou de qualquer forma discriminar o tráfego ou uma

76 Silvia Regina Barbuy Melchior, artigo "Neutralidade no Direito brasileiro, fl. 101 , *in Marco Civil da Internet. Lei 12.965/2014*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 2014.

77 Silvia Regina Melchior, ob. cit., fl. 102.

conexão (estabelecida ou em vias de se estabelecer) para acesso a qualquer conteúdo, endereço na Internet, uso de aplicativo ou serviço.

Em última instância, a neutralidade tem o efeito de evitar o acesso desigual ou a discriminação (seja a degradação ou priorização) sobre o tráfego da rede, bem como práticas anticompetitivas (ou seu incentivo), por meio dos quais o detentor da infraestrutura e rede, que controla o acesso e sua precificação, trafega os dados e provê o serviço dessa entrega, tem a habilidade de degradar o tráfego de serviços concorrentes aos seus, favorecendo o seu conteúdo proprietário, em especial os serviços transportados (correio eletrônico, mensagens instantâneas, vídeos, dados) ou o acesso ao conjunto dinâmico de conteúdos/serviços/aplicações/usos acessíveis através da rede."

O princípio da neutralidade impede que um provedor defina quais sites ou serviços terão conexão mais rápida ou lenta com base nos perfis dos usuários da rede, vedando-se, por exemplo, conexões diferenciadas para acesso somente a e-mails, vídeos ou redes sociais. Não pode um provedor lançar um plano de utilização da Internet que faça uma distinção no tráfego de dados ou que faça uma triagem em relação aos conteúdos a serem acessados.[78] A neutralidade torna-se, então, parceira da liberdade individual, pois o detentor da rede não pode impedir ou inviabilizar, de alguma maneira, a circulação ou o acesso a conteúdo, quando assumiria o papel de censor. Garante-se, a partir daí, aplicações inovadoras de criação de conteúdos, com possibilidade de acesso a todos e o constante desenvolvimento de serviços e aplicações na rede mundial de computadores. Isto interessa ao comércio no que tange a modelos de negócios empresariais desenvolvidos e ofertados pela Internet, o que, naturalmente, favorece a livre concorrência e a livre iniciativa, fomentando a economia nacional e internacional. Esta é a filosofia da "inteligência nas pontas", pois é nas pontas que se cria. Alguém, na ponta inicial, faz, por exemplo, uma oferta de serviços e o usuário, na ponta final, é quem elege os serviços e aplicações que pretende adotar, num sistema em que existe o produtor e o receptor de conteúdos sem interferência da rede, que é neutra. Neste caso, a "estrada" não pode bloquear ou redirecionar a informação. Ao contrário, deve garantir a transmissão de dados, valorizando o "empoderamento" do usuário final, que define quem serão

78 Adriano Vancim e Fernando Neves, ob. cit., fls. 78/79.

os vencedores e perdedores do provimento de serviços e aplicações na Internet, valorizando a competição entre os ofertantes da rede.

5.10. DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO – FOMENTO À CULTURA DIGITAL

O capítulo IV da Lei 12.965/2014 comporta diretrizes voltadas para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da Internet no Brasil. Cabe ao Poder Público desenvolver mecanismos de governança democrática, transparente e multiparticipativa, integrando-se o governo com os empresários, a sociedade civil e a comunidade acadêmica. Ali são tratadas, em grande parte, questões técnicas e de gestão, tais como a promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da Internet, com a valiosa participação do Comitê Gestor da Internet e a promoção da racionalização e interoperabilidade tecnológica "dos serviços de governo eletrônico, entre os diversos Poderes e âmbitos da Federação" (artigo 24, inciso III), o que envolve a convergência de sistemas e terminais diversos entre os entes federativos e a sociedade em geral. Outra meta de atuação é a "otimização da infraestrutura das redes e o estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados do País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de Internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa", bem como compatibilidade dos serviços eletrônicos do governo com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso. A preferência será sempre pela adoção de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres.

Além de boa gestão e tecnologia, o Poder Público deve se preocupar com a utilização da Internet no fortalecimento da cidadania e da cultura, a prestação de serviços de atendimento "de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos" (artigo 24, inciso X), a publicidade e "disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada" (artigo 24, inciso VI), o fortalecimento da participação social nas políticas públicas, a promoção da inclusão digital, a redução das desigualdades regionais no uso da tecnologia de informação e comunicação, o cumprimento constitucional na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, bem como o treinamento para o "uso seguro, consciente e responsável da Internet", entre outros dispositivos legais encontrados no citado capítulo do Marco Civil da Internet. Tais normas são inteiramente harmônicas e complementares em relação ao que determina o artigo 205 da Carta Magna brasileira,

ao prescrever que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

5.11. DISPOSIÇÕES FINAIS DA LEI 12.965/2014. CONTEÚDOS IMPRÓPRIOS A MENORES

Em Disposições Finais, a Lei 12.965/2014 faculta ao usuário a livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal, visando o exercício de controle parental dos conteúdos da Web que sejam impróprios a seus filhos menores, respeitando-se sempre os termos da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente. Do ponto de vista prático, a questão reside na possibilidade de que pais insiram, em computadores ou dispositivos equivalentes, filtros ou bloqueios que impeçam o menor de acessar imagens e textos inadequados à sua idade, numa espécie de "censura benigna", que nada mais é do que uma forma de tutelá-lo visando à boa formação de sua personalidade e de seu desenvolvimento humano.

Mas a lei também demonstrou sua preocupação com a definição de boas práticas para a inclusão digital dos menores, cabendo ao Poder Público, irmanado com a sociedade civil e em conjunto com os provedores de conexão e de aplicação, orientar os pais sobre tais programas (a respeito, *vide* artigo 29, parágrafo único). Uma das melhores formas para a implementação deste desiderato legal é a implantação de um conjunto de políticas públicas que prestigie o controle parental e a educação digital, sobretudo a inclusão, em currículo escolar, deste tema, abordando-se a matéria em todos os níveis de ensino para que diversas questões possam ser debatidas no âmbito da inter-relação entre a Internet e a ética.

5.12. DECRETO 8.771, DE 11 DE MAIO DE 2016. REGULAMENTAÇÃO DE NORMAS DO MARCO CIVIL DA INTERNET

O Decreto 8.771/2016 cuida de questões relacionadas à discriminação de pacotes de dados na Internet e da degradação do tráfego, indicando procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações e aponta medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública, além de estabelecer

parâmetros sobre fiscalização e apuração de infrações previstas na Lei 12.965/2014 (artigo 1º).

Em apertada síntese, o decreto estabelece requisitos técnicos para a estabilidade, segurança, integridade e funcionalidade da rede, quais sejam:

a) tratamento de situações excepcionais de congestionamento de redes, com utilização de rotas alternativas de transmissão de dados em casos de interrupções da rota principal e em situações de emergência;
b) tratamento da segurança virtual, tal como restrição ao envio de mensagens em massa e controle de ataques de negação de serviço (atividade maliciosa em que o "atacante" utiliza um computador para tirar de operação um serviço ou computador conectado à Internet). Caberá à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) fiscalizar as falhas decorrentes de descumprimento destes requisitos técnicos, consoante diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da Internet. Também são previstas medidas de transparência para explicitar ao usuário os motivos do gerenciamento decorrente de discriminação ou degradação dos serviços (artigo 7º).

A degradação ou a discriminação decorrente da priorização de serviços de emergência somente poderá decorrer de:

a) comunicações destinadas aos prestadores dos serviços de emergência, ou comunicação entre eles, conforme previsões da Anatel;
b) comunicações necessárias para informar a população em situações de risco de desastre, de emergência ou de estado de calamidade pública.

No que tange à proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas, estabelece o artigo 11 que as autoridades administrativas que detenham competência para requisição de dados cadastrais (filiação, endereço e qualificação pessoal) deverão indicar a fundamentação legal que ampare esta providência. Quanto aos provedores de conexão e de aplicações, devem seguir alguns padrões de segurança, a saber:

a) o estabelecimento de controle estrito sobre o acesso aos dados, mediante a definição de responsabilidades das pessoas que terão "possibilidade de acesso e de privilégios de acesso exclusivo para determinados usuários";

b) previsão de mecanismos de "autenticação de acesso aos registros, usando, por exemplo, sistemas de autenticação dupla para assegurar a individualização do responsável pelo tratamento dos registros";
c) a criação de inventário detalhado dos acessos aos registros de conexão e de aplicações;
d) o uso de solução de gestão dos registros "por meio de técnicas que garantam a inviolabilidade dos dados, como encriptação ou medidas de proteção equivalentes". Todos estes procedimentos deverão obedecer a padrões técnicos e operacionais recomendados pelo Comitê Gestor da Internet.

Para fins do disposto no aludido decreto, foi definido dado pessoal como "aquele relacionado à pessoa natural identificada ou identificável", aí incluído os "números identificativos" (ex.: CPF), os "dados locacionais" e os "identificadores eletrônicos" (ex.: e-mail). Não se trata de conceito esclarecedor, até por que demais óbvio. Melhor seria se o aludido diploma normativo pudesse também estabelecer algum princípio ou regra que explicasse adequadamente qual seria o núcleo destes dados, ou seja, o mínimo necessário que se possa exigir de um indivíduo no que tange a informações pessoais, dentro de determinados critérios. Embora deva uma pessoa física indicar seu nome, CPF e endereço, nem sempre terá que informar estado civil, profissão, religião, preferências políticas e orientação sexual, salvo absoluta pertinência com a finalidade da coleta de informações. A edição de uma legislação nova e específica sobre esta matéria parece ser o caminho que mais interessa à sociedade brasileira.

A Anatel, a Secretaria Nacional do Consumidor e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência colaborarão na fiscalização e apuração de infrações à Lei 12.965/2014 e ao Decreto 8.771/2016, na medida de suas respectivas competências (artigos 17 a 19).

6.
O COMÉRCIO ELETRÔNICO

6.1. NOTAS INTRODUTÓRIAS. O MARCO CIVIL DA INTERNET E O EMPRESÁRIO ELETRÔNICO

A relação do Marco Civil da Internet com os interesses do empresário que exerce o comércio eletrônico existe na medida em que ele não é um mero visitante do mundo virtual, mas o frequenta na condição de um usuário de relevantíssima importância. Ele opera na Internet de forma profissional, assumindo uma atividade econômica. Através desta rede, pratica negócios, compra e vende e se comunica com seus clientes. Atuando como agente econômico, precisa ter todas as condições de proteção legal para sua atuação, mais ainda do que o comerciante tradicional, pois ele necessita da preservação de todos os seus dados e informações que transitam em ambiente cibernético, precisa de estabilidade e segurança das funcionalidades proporcionadas pelos meios eletrônicos para ter conexão com a Internet 24 horas, precisa ter acesso à difusão de novos padrões de tecnologias e modelos de uso e acesso.

Neste sentido, a Lei 12.965/2014 dá guarida ao comerciante eletrônico enquanto usuário da rede mundial de computadores, preservando sua liberdade econômica, inclusive a liberdade de inovar, criar e desenvolver livremente quaisquer modelos de negócios no âmbito da rede Internet, ressalvadas as vedações legais (artigo 3º, inciso VIII), o que denota o reconhecimento de que ela é um ambiente de mercado e de oportunidade de lucros. Como já verificamos, o empresário goza de maior segurança jurídica, eis que é preservado o sigilo de suas informações e de seus dados conectados aos provedores, regra excepcionada, como amplamente comentado, somente por ordem judicial.

Com efeito, várias das normas do Marco Civil da Internet influenciam e protegem o comércio eletrônico. Tal legislação veio em boa hora, pois a mercancia virtual vem se consolidando cada vez mais no cotidiano do

consumo entre os brasileiros. Existe, de modo crescente, um movimento de adesão às vantagens que a rede mundial de computadores oferece. A tela de computadores e os dispositivos móveis, basicamente os smartphones, têm sido o palco onde, a todo o momento, muitos negócios são realizados. As vendas pela Internet traduzem atualmente uma tendência irreversível onde os comerciantes procuram novas oportunidades.

6.2. OBSERVAÇÕES GENÉRICAS. A EMPRESA DIGITAL

O comércio eletrônico foi muito bem conceituado em um texto divulgado pelo Sebrae, que produziu, a nosso ver, uma feliz definição: comércio eletrônico consiste na automação das transações comerciais, pela utilização das tecnologias de informática e telecomunicações. Desenvolveu-se, a partir dos anos 1990, um verdadeiro centro de negócios virtuais, criando-se um mercado onde compradores e vendedores de todos os recantos do mundo se encontram simultaneamente para transacionar produtos e serviços, vencendo-se, num mágico instante, as barreiras de tempo e de espaço.

A prática de comerciar via eletrônica gerou o conceito de empresa digital. Há duas modalidades: uma que poderíamos considerar "puro-sangue", ou seja, a empresa é genuinamente um negócio digital, que não pode existir sem a Internet, como é o caso da famosa Amazon, que basicamente comercia livros. A outra modalidade é a empresa tradicional, dotada de estabelecimento físico, que cria uma loja virtual. Esta, na verdade, é apenas uma extensão eletrônica de uma empresa real, espécie de um ponto de venda para negócios na Internet.

É interessante acentuar que o "e-commerce" abrange basicamente dois tipos de atividade: o comércio eletrônico indireto, cujo objeto é a encomenda eletrônica de bens corpóreos, que continuam a ser entregues fisicamente no endereço dos destinatários com a utilização de canais tradicionais, como os serviços postais ou os serviços privados de correio expresso; e o comércio eletrônico direto, em que a encomenda, o pagamento e a entrega direta de bens incorpóreos e serviços são feitos on-line, como softwares, conteúdo recreativo e serviços de informação.[79]

Qualquer que seja a modalidade adotada, a regularidade da empresa, seja perante o órgão de registro, seja perante o órgão fiscal, seja no aten-

79 *Direito Privado e Internet*, Editora Atlas, São Paulo, edição 2014, trabalho de Pedro Modenesi, "Contratos eletrônicos de consumo. Aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial, fl. 306.

dimento das demais exigências administrativas e legais, gera uma presunção de transparência e confiabilidade, indispensável para que o consumidor virtual possa se aproximar do fornecedor, muitas vezes com espírito de fidelização. Isto exige estratégias jurídicas e mercadológicas diferentes. Exige do empresário infraestrutura e logística que sejam aptas a atender sua clientela, que poderá crescer de forma exponencial, se acertadas forem as fórmulas de atendimento para satisfação do consumidor. A capacidade de atender aos pedidos, no tempo previsto, é um dos requisitos fundamentais para a satisfação do comprador, devendo ser estatuídas regras no site sobre prazo de entrega, o que vai variar se o fornecedor virtual trabalhar com estoque próprio ou de terceiros. Daí a necessidade de que a loja virtual possua Política de Privacidade e Termos de Uso que representem regras claras para aquisição de um serviço ou produto.

A proteção de dados pessoais, os certificados de segurança, as regras sobre troca e devolução de mercadorias, cláusulas sobre desistência ou cancelamento de um contrato, definição de obrigações do fornecedor e de seus parceiros, canal de reclamações e outros itens ajudam a construir a credibilidade da empresa digital. Num mundo onde se permite a criação de infinidade de sites comerciais, exercita-se mais a livre concorrência e o "freguês" fica mais rigoroso, pois aumenta o poder de comparação entre os concorrentes, sobretudo em relação à ética e à confiabilidade do vendedor ou do prestador de serviços. Neste ambiente tão aberto e competitivo, a falsa esperteza pode levar ao ostracismo do mau empreendedor. Empresas que se marginalizem, que escondem minimamente seus dados cadastrais para dificultar sua identificação, que se mantenham irregular para não pagar tributos e que desconsiderem anseios mais exigentes do consumidor virtual, transformam-se numa espécie de "camelô virtual" oportunista,[80] gerando insegurança comercial e jurídica para a clientela.

A Internet, por ser muito vigiada por todos, tende a premiar as boas práticas comerciais e o verdadeiro empreendorismo. "Nesse caminho, as empresas jurídica e estruturalmente bem resolvidas, dentro de padrões corretos que valem para o mundo real e o virtual, serão as que se consolidarão."[81] As formas de diálogo do comerciante eletrônico com o consumidor não podem ser olvidadas, especialmente os canais de atendimento, virtuais ou telefônicos. É preciso atenção também para as críticas das mídias sociais, que constituem o que hoje se chama "Social Commerce – S-Commerce", uma espécie de propaganda (positiva ou negativa) que

80 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 135.

81 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., p. 139.

o público divulga sobre determinada loja virtual ou negócio digital realizado. Havendo protestos de consumidores, estes se espalham de forma instantânea, com grande poder de mobilização, sendo fundamental que qualquer empresa monitore o ambiente destas mídias para estabelecer contato com seus clientes, assimilando críticas e buscando melhorar seus relacionamentos comerciais. Por outro lado, é recomendável introduzir-se nas redes sociais ações promocionais e de comunicação, o que pode ajudar a gerar credibilidade ao site e transmitir ao público uma postura de transparência digital e responsabilidade social.

Devemos sempre partir da premissa de que o Direito Digital é um instrumento para atender a uma nova sociedade, a sociedade digital, onde os indivíduos adquiriram novos comportamentos nas relações com outros indivíduos. Por outro lado, o empresário virtual, lidando com maior concorrência, precisa garantir sempre seu "lugar ao sol", o que exige, não raro, frequentes investimentos em publicidade para melhoria no atendimento, nos serviços, nas pesquisas e nos relacionamentos. É bom atentarmos que o comércio que atua na Web tem diferentes conotações no que tange ao método de avaliação mercadológica de um negócio virtual, onde os ativos podem ser a marca, os softwares, os bancos de dados e os conteúdos que circulam na Internet, verdadeiros "laboratórios de informações". Em regra, o grande valor de mercado de uma empresa digital está relacionado com a capacidade de obter, armazenar, enriquecer, inovar, transmitir e partilhar informações que possam interessar aos seus consumidores.

6.3. A LOJA VIRTUAL

Em grande parte, os conceitos mercantis do comerciante tradicional e do comerciante virtual são os mesmos, a começar pelo perfil empreendedor, capacidade de planejamento e enfrentamento de riscos. Cabe aqui recordar aquela velha máxima: "Quem não tem competência, não se estabelece." O comércio virtual sofre da mesma lógica "darwiniana", onde somente prosperam os mais capacitados e insere um novo capítulo e uma nova era na evolução do capitalismo. Há, no entanto, certas características diferenciadas, decorrentes de sistemáticas jurídicas necessárias para acomodar direitos e obrigações de um conjunto indefinido de "*players*" que se interconectam fora dos padrões tradicionais de tempo e espaço. Por outro lado, é comum que tanto o empresário quanto o consumidor eletrônico passem a ter comportamentos diferenciados, que examinaremos a seguir.

A nosso ver, o símbolo do comércio eletrônico é a loja virtual, que se origina da democratização do acesso à Internet e da construção paulatina de uma série de vantagens atrativas, típicas do universo virtual, capazes de verdadeiramente atrair o consumidor, seja pela comodidade na realização de uma compra, seja pelas inovações, seja pela segurança e certeza na realização de uma operação comercial.

Numa loja virtual, há o aumento da base de consumidores potenciais, pois o site de vendas tem visualização nacional e internacional. Aumenta a capacidade potencial de vendas para uma comunidade que pode crescer de forma expressiva, onde as barreiras geográficas são irrelevantes ou, pelo menos, minimizadas. Com isto, a Web abre um ilimitado canal para novas vendas, com presença no mercado global. Há um incremento qualitativo e quantitativo na construção sólida de uma boa relação comerciante-consumidor, se surgirem autênticos laços de confiança, a depender do tratamento que a loja dá ao seu comprador, seja no atendimento, seja na solução de dúvidas, seja nas relações pós-vendas, seja no oferecimento constante de produtos que o agradam. O importante é a atratividade e a informação adequada do site, com bons textos, imagem, vídeo, boas apresentações, atualizadas com frequência, que se tornam bons instrumentos de venda, "onde os clientes, além de comprar, têm o prazer de 'estar'".[82] Um cadastro on-line para consultas e solução de dúvidas é um dos instrumentos úteis para o comerciante que quer estabelecer relacionamento profissional com seus clientes.

Questão de grande praticidade para quem navega na Internet é o estilo "self-service", onde o comprador não se sente constrangido por um eventual assédio indevido do vendedor, permitindo aquela tranquilidade na pesquisa do produto desejado e redução de tempo gasto para adquirir artigos de seu interesse.

Diversas e incontáveis estratégias de venda podem ser realizadas por via da Internet, acrescentando-se à loja virtual alguns ingredientes, tais como serviços comunitários, salas de "chat", canal de notícias e algumas ideias conformadas com o ramo comercial explorado pelo empresário, como, por exemplo, promover vídeos semanais sobre jardinagem em sites que vendem plantas ou que ofereçam sugestões para arquitetura de áreas externas de uma casa. Também é possível ao empresário organizar uma base de dados que acumule preferências e gostos de seus clientes ou, por exemplo, que transmita mensagens de aniversários, entre tantas outras fórmulas para atratividade de interessados, diuturnamente prati-

82 "O Comércio e a Internet", fl. 15, publicação da CNC, 1999, Luiz Claudio Pinho Almeida.

cadas no espaço cibernético. Outrossim, a possibilidade de comunicação instantânea e permanente com clientes, fornecedores e distribuidores, mediante sistemas de softwares inteligentes, oferece ao empresário feedbacks que o inspiram a realizar novas estratégias comerciais, circunstância que, por outro lado, lhe propicia ainda economia substancial na forma de comunicação com seus parceiros mercantis, se compararmos com as formas tradicionais de se realizar negócios.

Ressalvadas eventuais situações peculiares, a loja virtual, em regra geral, representa para o empresário eletrônico o barateamento dos gastos com investimento comercial. O comerciante virtual não precisa se preocupar com despesas como aluguel de loja, pagamento de cota condominial, área de estacionamento, custos com decoração e outras. Também a despesa com mão de obra se reduz sensivelmente, porque não há "pessoal de venda" para abordagem ao cliente. Em alguns segmentos, o investimento chega a ser bastante módico, como é o caso dos chamados produtos digitais, que são oferecidos mediante o processo automatizado de download no computador (a transmissão de textos de e-books – livros eletrônicos –, músicas e outros), onde é mínima a despesa com empregados, estocagem, fornecedores e transportadores. Mas o que o comerciante nunca poderá dispensar, como instrumento indispensável para dar partida à sua atividade econômica no meio virtual, é uma boa solução de construção de um software apropriado para o funcionamento de sua loja virtual e uma razoável estratégia de marketing.

Como, no comércio eletrônico, o acesso é universal, a Internet é o lugar adequado para se lançar produtos, tendências, serviços e outros temas que podem ser encontrados pelas chamadas ferramentas de busca. Ou seja, na Internet se encontram os chamados consumidores de novidades, de novas ideias em geral. Atende a algumas necessidades específicas, como, por exemplo, enviar presentes ou encomendas para pessoas ou empresas situadas em locais distantes. Existem outras facilidades, porque a loja não tem filas, não tem melhor ou pior horário para comprar e existe enorme comodidade na escolha do produto desejado, na efetivação do pagamento e na entrega da mercadoria. Mas uma característica notada na Internet é que o consumidor eletrônico costuma ser mais exigente no cumprimento correto dos prazos de entrega nas vendas de mercadoria; por outro lado, o comerciante eletrônico precisa ter muito mais atenção, para implementação de uma loja virtual, nas questões de logística, domínio da tecnologia e na confiabilidade das informações prestadas em seu site.

Sendo a Internet um espaço livre, aberto a todos, é um local apropriado para o exercício da livre concorrência e do livre mercado. Afinal,

enquanto um consumidor tradicional tem que caminhar e percorrer, nas ruas ou em shoppings, várias lojas para buscar um melhor preço, a comparação de preços entre diversos produtos, feita por um consumidor eletrônico, é realizada ao sabor de uma quantidade de alguns cliques no computador. Assim, em poucos minutos, sem sair do lugar onde se encontra, ele faz uma boa pesquisa de mercado, se souber usar bem as ferramentas eletrônicas. Isto aumenta em muito a competitividade no meio virtual, já que uma loja pode ser rapidamente preterida por outra que seja mais eficiente e cativante, não apenas no preço, nas condições para pagamento e no custo do frete, mas também na qualidade do atendimento.

Se quisermos sintetizar as vantagens do comércio eletrônico, podemos resumi-las da seguinte forma:

a) menor custo para investir no negócio;
b) preços mais baixos, já que a utilização de uma menor estrutura e a concorrência mais acirrada reduzem os preços em relação às lojas físicas;
c) privacidade e comodidade na busca de um produto, pois o consumidor pode realizar esta pesquisa sem sair de casa;
d) facilidade e segurança no pagamento, normalmente realizado por meio de cartões de crédito, que são muitas vezes garantidos por aplicativos instalados em um servidor, os chamados *gateways* de pagamentos, mantidos por uma operadora financeira, que autoriza pagamentos de compras online. Assim sendo, compras são liberadas depois que o vendedor se assegura da realização do pagamento pelo comprador.

Característica da loja virtual, fundamental para a sua identificação, é o ambiente em que os produtos serão oferecidos, ou seja, a tela do site que identifica visualmente o seu nome de domínio na Internet e que se constitui numa espécie de vitrine onde serão apresentados os produtos ofertados, com descrição e detalhes, cálculo de fretes, sistema de pagamentos, acompanhamento de pedidos, áreas de busca de produtos e outros, num conjunto de informações e funcionalidades produzidas por um software onde o consumidor irá transitar. Diante do perfil imediatista do usuário da Internet, os aspectos tecnológicos de uma exibição do site estão sendo cada vez mais simplificados, para que se vençam certas etapas do procedimento de maneira célere e transparente, tais como o fechamento do pedido (conhecido como o *checkout* de venda), as formas de entrega do produto e outros aspectos de um marketing muito específico.

Há um processo contínuo e cada vez mais sofisticado de criatividade no âmbito do comércio eletrônico na implementação de sistemas de vendas virtuais. Uma das modalidades de negócios bastante desenvolvida é o leilão virtual, promovendo o contato entre diferentes consumidores que tenham interesse em vender, comprar ou permutar mercadorias. Este leilão se torna uma grande "feira livre de grandes dimensões",[83] agregando um grande número de pessoas, sem necessitar fazer anúncios em jornais ou encontrar espaço para que as pessoas se desloquem fisicamente para assistir aos leilões.

Nos leilões oficiais, regulados pelo Decreto 21.981, de 19 de outubro de 1932, o leiloeiro, que é um agente auxiliar do comércio, é uma referência em relação ao produto leiloado, é o seu avalista em relação à sua origem, qualidade e autenticidade. Nos leilões virtuais, tais características não ocorrem necessariamente. Se o site cobra comissão para disponibilizar esta interface, age como um leiloeiro oficial, devendo avalizar todos os produtos negociados via Internet. Mas se o site apenas expõe os produtos, recebendo seu faturamento de anunciantes ou de acordo com a quantidade de visitas em suas páginas, não há responsabilidade do leiloeiro virtual a respeito da integridade e entrega do bem leiloado, pois esta modalidade funciona como uma espécie de anúncio de classificados dos jornais. Podemos citar três tipos destas operações:

a) preço mínimo/maior oferta;
b) sem preço mínimo/maior oferta;
c) oferta pelo comprador.

Há também, no comércio virtual, uma venda por via de *dropshipping*, onde o lojista oferece o produto sem tê-lo ainda em estoque, o *marketplace*, um shopping eletrônico onde vários lojistas expõem seus produtos em ambientes compartilhados, os sites de vendas coletivas, os programas de afiliados, e diversas outras formas de parceria. Os métodos de propaganda são cada vez mais intensos como o e-mail marketing, o *landing page* (direcionamento do consumidor que pesquisa na Internet a uma página especial, dedicada a um único produto) e também os anúncios patrocinados, que são links que se associam a algum sistema de buscas, notadamente o Google, onde empresas podem promover suas marcas, atrair clientes e avaliar a satisfação do consumidor. No mundo digital, é muito maior a possibilidade de que se obtenha um resultado mais ampliado da publicidade.

83 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 284.

Não se está aqui dizendo que o comércio eletrônico seja melhor ou pior do que o comércio tradicional, até porque este último possui vantagens insubstituíveis, quais sejam a verificação *in loco* do produto que o cliente pretende adquirir e o atendimento personalizado de um vendedor. Nem se está dizendo que todas as empresas que pretenderem ser modernas precisam mergulhar no universo eletrônico, caso estejam tendo bons resultados em termos de rentabilidade e lucro. O que se pretende acentuar é que o comércio eletrônico projeta no futuro uma grande e crescente adesão de seus operadores e adeptos, diante da dimensão hoje atingida pela inclusão digital.

6.3.1. Crescimento do comércio eletrônico em 2016

Segundo o relatório Webshoppers, divulgado pelo site www.ebit.com.br, o varejo virtual no Brasil faturou R$ 44,4 bilhões em 2016. Esta cifra representa um acréscimo de 7,4%, em comparação com o ano de 2015, quando o setor teve um faturamento de R$ 41,3 bilhões. O número de consumidores ativos cresceu 22% na comparação com 2015, de 39,14 milhões para 47,93 milhões. Houve aumento das vendas por intermédio de dispositivos móveis (tablets e smartphones), que concentraram 21,5% das transações em 2016, comparando-se com o percentual de 12,5% correspondente ao ano de 2015.

Seguem os dados mais relevantes do aludido relatório, referentes ao ano de 2016:

- Cinco categorias mais vendidas, em volume de pedidos:
  - Moda e Acessórios: 13,6%
  - Eletrodomésticos: 13,1%
  - Livros/Assinaturas/Apostilas: 12,2%
  - Saúde/Cosméticos/Perfumaria: 11,2%
  - Telefonia e Celulares: 10,3%

- Cinco categorias mais vendidas, em faturamento:
  - Eletrodomésticos: 23%
  - Telefonia/Celulares: 21%
  - Eletrônicos: 12,4%
  - Informática: 9,5%
  - Casa e Decoração: 7,7%

- Cinco categorias mais compradas em 2016 por consumidores brasileiros em sites internacionais:
  - Eletrônicos: 34%
  - Informática: 25%
  - Moda e Acessórios: 24%
  - Telefonia: 18%
  - Brinquedos: 17%

6.4. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO DIREITO CIVIL, DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DEMAIS RAMOS DO DIREITO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E NO DIREITO DIGITAL EM GERAL

6.4.1. Considerações gerais sobre o tema

Já tivemos oportunidade de acentuar que o Direito Digital, excetuada certas normas que lhe são distintas (especialmente a Lei 12.965/2014), não chega a ser, a rigor, um ramo específico do Direito, por não possuir objeto próprio. O que muda é o *modus operandi*, tornando o Direito Digital a extensão de diversos ramos da ciência jurídica.

Tais observações se aplicam igualmente ao comércio eletrônico, que se sujeita, na maior parte das situações jurídicas em que se envolve, ao Direito comum, assim entendido o Direito Civil, o Direito Comercial, o Direito Tributário, o Direito Administrativo e outros.

Não se furta, portanto, a empresa digital a se constituir legalmente segundo as tradicionais regras do Código Civil, obedecendo, por exemplo, ao disposto no seu artigo 45, segundo o qual "começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro", ficando estas obrigadas pelos atos de seus administradores, "exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo (artigo 46 do CC)".

A situação de empresário eletrônico, por seu turno, permanece enquadrada no artigo 966 da legislação codificada. Empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. É obrigatória sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, obedecidas as normas dos artigos 967 e 968 do CC. Se constituída uma sociedade que transite on-line, todas as normas dos artigos 981 e seguintes do Código Civil a ela igualmente se aplicam. Se sociedade simples, cabe observância aos artigos 997 e subsequentes. Se sociedade empresária, será organizada e exercerá

suas atividades segundo o tipo societário que vier a ser definido, dentro das regras estatuídas pelos artigo 983, combinado com os artigos 1.039 a 1.092 do Código Civil. Ademais, todas as normas instituídas pelo seu Livro II Do Direito da Empresa se aplicam tanto à empresa tradicional quanto à empresa digital, respeitadas, como antes dito, as peculiaridades desta última em aspectos específicos.

Por igual, regras clássicas do Direito Civil são plenamente aplicáveis ao Direito Digital, como a validade do negócio jurídico, seus defeitos (erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo), consequências dos atos ilícitos, prescrição e decadência, modalidades de obrigações jurídicas (obrigação de dar, obrigação de fazer, obrigações alternativas), adimplemento, inadimplemento e extinção das obrigações, disposições gerais sobre contratos, formação dos contratos, vícios redibitórios, espécies de contratos (compra e venda, permuta, doação, empréstimo, depósito, etc.), a legislação geral sobre Títulos de Crédito (artigos 887 e seguintes do Código Civil), a legislação extravagante de direito cambial e tantos outros e vastos temas regulados pelas leis brasileiras.

Neste sentido, ganha destaque, nas operações comerciais de natureza digital, a responsabilidade civil do empresário eletrônico se, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral ou se praticar abuso de direito, consistente no exercício de um direito de forma que exceda os limites impostos pelo seu fim econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes (artigos 186 e 187 do Código Civil).

Da mesma maneira, o empresário eletrônico se submete também às regras especiais aplicáveis às micro e pequenas empresas, caso estiver enquadrado nos dispositivos da Lei Complementar (LC) 123/2006, inspirada, por sua vez, nos artigos 170, inciso XI, e 179 da Constituição Federal. Trata-se de dispositivo da Lei Maior que assegura tratamento diferenciado a este segmento econômico, visando incentivá-lo pela simplificação, redução ou eliminação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Esta sistemática se opera mediante a apuração e o recolhimento de impostos e contribuições devidas por tais empresas, mediante regime único de arrecadação, em favor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar 123/2006). Para efeito desta legislação, o pequeno empresariado compreende a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário individual (artigo 3º da LC 123/2006). Microempresa é aquela que aufere, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$

360.000,00, enquanto que empresa de pequeno porte é aquela que aufere, no mesmo período, receita bruta superior a R$ 360.000,00 e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (artigo 3º, inciso II).

A manutenção desta legislação é de alto interesse do empresário virtual, que, na regra geral, se enquadra, para fins tributários, como micro ou pequeno empresário. Por este motivo, o comércio eletrônico acompanha com preocupação os desdobramentos da Emenda Constitucional 87/2015 no que tange à incidência do ICMS em operações comerciais interestaduais, particularmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.464, proposta pela OAB, que combate o Convênio ICMS 93/2015. Trata-se de instrumento normativo utilizado pelo Confaz para estabelecer regras complexas para a cobrança do ICMS interestadual, que desrespeitou o tratamento diferenciado garantido, por norma constitucional, aos empresários aderentes ao regime da Lei Complementar 123/2006. Este mesmo interesse animou os empresários eletrônicos, representados pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (AB-Comm), a também ingressarem com outra ADI contra o mesmo convênio, arguindo inconstitucionalidades com maior amplitude, como veremos, de forma mais detalhada, em capítulo posterior.

Todavia, é na legislação emanada do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que devemos mais nos concentrar, por se constituir no único ramo do Direito que o Marco Civil da Internet expressamente determinou que se aplicasse ao empresário virtual, proclamando que é garantia do usuário a "aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na Internet" (artigo 7º, inciso XIII, *vide* ainda artigo 2º, inciso V, da Lei 12.965/2014). Tal é a magnitude desta matéria no comércio eletrônico que o Poder Executivo editou o Decreto 7.962/2013, o qual regulamenta as contratações na área digital à luz do direito consumerista, como examinaremos em seguida.

Em consequência, impõe-se apresentarmos um breve panorama do Direito do Consumidor. Nesse sentido, relembraremos conceitos e normas básicos contidos na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, a começar pela definição de consumidor, que consiste em "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O fornecedor, por seu turno é "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços". Produto é "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial", enquanto serviço é "qualquer

atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista".

Assim, numa análise geral, podemos destacar que são direitos do consumidor, dentre outros (artigo 6º da Lei 8.078/90):

a) a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
b) a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
c) 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, especialmente sua nocividade e periculosidade (*vide* ainda artigos 9º e 31 do CDC);
d) a proteção contra a publicidade enganosa, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
e) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos causados ao consumidor;
f) o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

Por seu turno, a Política Nacional de Relações de Consumo acrescenta alguns postulados (artigo 4º e seus incisos), tais como a dignidade e a vulnerabilidade do consumidor, a proteção de seus interesses econômicos, a transparência e harmonia das relações de consumo, a garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho e a educação e informação de fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, "com vistas à melhoria do mercado de consumo" (artigo 4º, inciso IV). É de se destacar que o legislador alonga significativamente o alcance legal dos direitos dos consumidores, uma vez que os direitos previstos no CDC não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais subscritos

pelo Brasil, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade (artigo 7º).

a) Todo e qualquer princípio ou regra de Direito do Consumidor é amplamente aplicável ao comerciante eletrônico. Entre estes, merece realce: a) a imputação da responsabilidade direta e objetiva ao fornecedor, independente do vínculo contratual (artigos 6, 12 e 18 do CDC);
b) o fabricante, vendedor ou prestador de serviços tem a obrigação de informar as características do produto ou serviço ofertado;
c) a propaganda tem força vinculante, obrigando o fornecedor a proporcionar ao consumidor todas as promessas anunciadas quanto ao preço e qualidade do produto ou serviço (artigo 30 do CDC);
d) as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor (artigo 48 do CDC);
e) a desistência do contrato pelo consumidor, no prazo de sete 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, é o chamado direito de arrependimento (artigo 49 do CDC);
f) a proteção do consumidor contra práticas abusivas, dentro do elenco de hipóteses previstas no artigo 39 do CDC e ainda sua tutela diante de cláusulas contratuais abusivas, tipificadas no artigo 51 do mesmo código, que serão consideradas nulas;
g) facilitação da defesa judicial dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova processual em determinados casos (artigo 6º, inciso VIII, do CDC), o que hoje acontece além das fronteiras do direito consumerista, diante de regra nova do CPC de 2015, artigo 373, § 1º.

O dever de bem informar ao cliente ganha muito mais relevo no comércio eletrônico, onde a compra não é presencial. Não há manuseio do produto a ser adquirido, não há visualização imediata da sua cor e tamanho, o que faz com que as comunicações virtuais, por vezes, tenham que ser mais explicitadas e elucidativas. Por outro lado, o consumidor

eletrônico tem muito mais possibilidade de checar a veracidade de informações recebidas, pois pode consultar inúmeros sites, ouvir opiniões de mídias sociais, receber e-mails, utilizar aplicativos e usar canal de denúncias (por exemplo, www.reclameaqui.com.br), o que redunda num maior amadurecimento das relações de consumo. Neste particular, o consumidor eletrônico tem à sua disposição as já mencionadas normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, da Lei 10.962, de 11/10/2004, e do Decreto 5.903, de 20/09/2006, acrescidas de novas exigências de transparência e segurança que lhe são garantidas pela legislação adaptada ao mundo virtual, como é o caso do Marco Civil da Internet e do Decreto 7.962/2013.

A Lei 10.692/2004 trata das "condições de oferta e afixação de preços em vendas a varejo para o consumidor" e foi regulamentada pelo Decreto 5.903/2006. As regras contidas nesta legislação são obrigatórias no comércio eletrônico, ressalvadas as necessárias adaptações aos meios virtuais, podendo ser citadas as seguintes:

a) os preços de produtos e serviços deverão ser informados adequadamente, de modo a garantir ao consumidor a correção, clareza, visibilidade, precisão, ostensividade e legibilidade das informações prestadas;
b) o preço do produto ou serviço deverá ser informado discriminando-se o total à vista, aditando-se outros dados se houver financiamento da compra, especialmente número, periodicidade, valor das prestações, cobrança de juros e eventuais acréscimos e encargos. As penalidades sofridas pelo comerciante convencional infrator se estendem também às práticas utilizadas no comércio eletrônico.

Já o Decreto 7.962/2013 nos pareceu altamente direcionado para atender à transparência dos negócios digitais, além de reforçar, no âmbito virtual, normas consumeristas já conhecidas, fortalecendo a obrigação de aplicar o CDC ao comércio eletrônico. Entre os pontos fundamentais do mencionado decreto, salientamos a norma que evita anonimatos ou a permanência de lojas virtuais fantasmas na Internet, qual seja a exigência de indicação do nome empresarial e número de inscrição do fornecedor no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas (CNPJ), além de seu endereço físico e eletrônico "e demais informações necessárias para sua localização e contato" (artigo 2º, inciso II). Ademais, exige-se, entre outras obrigações para contratações virtuais, as seguintes:

a) a apresentação das características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e segurança dos consumidores:
b) discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega da mercadoria ou seguros;
c) exibição das condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto;
d) informações claras e ostensivas a respeito do produto, do serviço, do fornecedor e de quaisquer restrições à fruição da oferta;
e) respeito ao direito de arrependimento;
f) regras específicas de contratação, para atendimento facilitado ao consumidor, como fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação, confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta, utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor e manter serviço adequado em meio eletrônico para que o consumidor possa satisfazer suas demandas referentes a dúvidas, reclamações e suspensão ou cancelamento do contrato (artigo 4º, incisos II, III e V).

O Decreto 7.962/2013 disciplina ainda, de maneira específica, uma peculiaridade do comércio eletrônico, quais sejam os sites de compras coletivas, fonte de alguns problemas que afetaram o consumidor, diante da inidoneidade de alguns ofertantes de serviços ou produtos ou de sua impossibilidade de cumprir o prometido. Tais sites concentram ofertas diárias para conquistar clientes, com descontos atrativos, condicionando-se a sua validade à obtenção de um número mínimo de participantes e atendimento de condições básicas do negócio. Tendo em vista que o desregramento desta modalidade de contratação gerou no mercado frequentes inadimplementos, o artigo 3º do aludido decreto buscou regular esta operação, passando a estipular que as ofertas indiquem obrigatoriamente a quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato, o prazo para utilização da oferta pelo consumidor e, sobretudo, a identificação do fornecedor responsável pelo site e do fornecedor do produto ou serviço ofertado. São regras mínimas de

responsabilidade civil, valendo realçar os princípios de corresponsabilidade impostos ao vendedor eletrônico perante o adquirente, quando o produto não chega às mãos do consumidor por culpa de fabricantes ou transportadores, ou quando o serviço prometido não é cumprido, podendo ser invocada a solidariedade pelos vícios do objeto, conforme previsto em diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (*vide* artigos 12, 14, 18, 19 e 20).

Outra questão a ser examinada é a responsabilidade civil no âmbito dos chamados shoppings virtuais. A exemplo de lojas tradicionais, as lojas virtuais podem estar agrupadas em shoppings ou centros comerciais virtuais. Alguns deles são meras ferramentas de comparação de produtos e serviços, como o Buscapé e o Google Shopping. Estas ferramentas simplesmente exibem as ofertas, com links direcionados à loja virtual do anunciante. Mas, em outros shoppings virtuais, os chamados marketplaces, há uma sensação de que o usuário se encontra num único mercado eletrônico, pois, independente da oferta selecionada, todo o processo de compra ocorre dentro da mesma plataforma.[84]

A partir daí, podemos formular um exemplo interessante, que bem revela a simbiose entre o Direito Digital e o Direito do Consumidor: imaginemos que, na página do shopping virtual, haja alguns links que nos conduzam a um site de loja virtual. Neste caso, se o internauta que visita tal site clica num determinado link e resolve celebrar um contrato com uma determinada loja, mas se frustra com o inadimplemento do vendedor, ele pode responsabilizar a loja, mas não pode imputar culpa contratual ao titular do site do shopping virtual, que apenas faz um "noticiário" de fornecedores virtuais, oferecendo uma mera "passagem" ao comerciante eletrônico, para que ele se torne conhecido da clientela. Todavia, se a loja se insere dentro do espaço pertencente ao domínio virtual do shopping, a situação é diferenciada, pois este espaço integra a programação visual do próprio provedor de conteúdo, como acontece nos chamados "pop-ups", modalidade de interface gráfica, que se apresenta como uma janela agregada ao site principal, com o fim de transmitir informações e publicidade, gerando os cognominados "*page-views*". Neste caso, o shopping virtual pode ser acionado judicialmente, como corresponsável pelo descumprimento de obrigação contraída pela loja.[85]

Constata-se, assim, como o conhecimento da tecnologia é importante para que o operador de direito possa constituir uma blindagem jurídica

84 Anderson Hofelman, *Vender na Internet, por onde começar*, Editora Senac São Paulo, 2016, fl. 125.

85 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fl. 153.

em favor do shopping virtual. Neste caso, o Termo de Uso do site ou expediente equivalente pode, como medida de prevenção, estabelecer ressalvas para ciência do consumidor, visando deixar claro e transparente que não há responsabilidade solidária do shopping pelo conteúdo e pelas consequências jurídicas geradas por ofertas lançadas pelos pop-ups aceitas pelo consumidor.

Existem incontáveis situações em que o Direito tem que ser aplicado em harmonia com inovações tecnológicas, mas há outras que se tornam praticamente inexequíveis, também por causas igualmente tecnológicas, como seria o caso, por exemplo, de um consumidor pretender exercer o direito de arrependimento depois de ter visto um filme pelo "Now", serviço fornecido pela NET, ou depois de ler um "e-book" baixado por download. Seria o mesmo que alguém se arrepender de uma refeição já consumida, solicitada, via telefônica, para serviço de entrega em domicílio ("*delivery*"), só porque a contratação do produto e do serviço foi realizada "fora do estabelecimento comercial", nos termos do artigo 49 da Lei 8.078/90.

Por fim, vale destacar os negócios empresariais realizados via Internet onde não incide o Direito do Consumidor, ou seja, nos negócios praticados exclusivamente de empresa a empresa (*business to business*, ou modalidade B2B) que concentram grande volume de transações, conhecidos como metamercados, pontos de encontro entre empresas compradoras e fornecedoras que geram grande redução de custos operacionais. Afastado o direito consumerista, aplicam-se aos conflitos de interesses gerados por tais negócios as regras típicas de Direito Empresarial.

6.4.2. Validade dos documentos eletrônicos

Podemos ainda aludir à incidência, no âmbito digital, de certos dispositivos do Direito Civil e do Direito Processual Civil no que diz respeito à validade dos documentos eletrônicos. Com efeito, dispõe o artigo 107 do Código Civil que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir. A ilustre civilista Maria Helena Diniz diz que:

> "Nosso Código Civil inspira-se no princípio da forma livre... A forma livre é qualquer meio de exteriorização da vontade nos negócios jurídicos, desde que não previsto em norma jurídica como obrigatória: palavra escrita ou falada, mímica, gestos e até mesmo o silêncio."

No mesmo diapasão, vale citar ainda os ensinamentos do festejado comercialista Fábio Ulhoa Coelho, quando diz que:

> "(...) pelo princípio da equivalência funcional, afirma-se que o suporte eletrônico cumpre as mesmas funções que o papel. Aceita essa premissa, não há razões para se considerar inválido ou ineficaz o contrato tão só pela circunstância de ter sido registrado em meio magnético."

A jurisprudência brasileira, por seu turno, segue o mesmo viés hermenêutico, o que pode ser ilustrado pelo aresto abaixo transcrito:

> "Apelação Cível. Ação de Cobrança. Contrato Eletrônico. Princípio da Equivalência Funcional. Prova da Assinatura. Artigo 389, inciso II, do CPC. Ausência de demonstração. Sentença mantida. 1. Pelo princípio da equivalência funcional, o registro eletrônico da contratação não lhe compromete a validade, nem a eficácia... 2. Nos termos do artigo 389, inciso II, do CPC, contestada a assinatura do documento, cabe à parte que o produziu provar-lhe a veracidade (TJMG, Apelação 1.0056.11.003473-5/002, relator desembargador José Marcos Rodrigues Vieira, 12/07/2013)."[86]

Por tais fundamentos, o documento eletrônico está inserido, dentro do contexto de nossa legislação civil, como "forma livre" de expressar um ato jurídico, não obstada pela lei, assegurando sua eficácia jurídica como declaração de vontade. O desapego à forma foi adotado também no Código de Processo Civil, em plena harmonia com o espírito que presidiu a norma contida no artigo 107 do Código Civil, ao explicitar, em seu artigo 118, que "os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial". Na mesma linha, o CPC delineia o conceito aberto sobre prova, na qual se inclui, evidentemente, a prova eletrônica, quando diz que "as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".

86 Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 132 e Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial: Contratos, Falência e Recuperação de Empresas*, Editora Saraiva, 2008, p. 56, *apud* Apontamentos do Escritório Opice Blum, Bruno, Abrusio, Vainzof, Seminário na CNC realizado em 16/11/2016.

No âmbito processual, vigora desde 2006 a lei que rege a informatização do processo judicial (Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006) e que admite "o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais", com incidência nos processos civil, penal e trabalhista, bem como nos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição (artigo 1º e seu parágrafo 1º). Meio eletrônico é definido como "qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais", e transmissão eletrônica como "toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores". Importante regra sobre documento eletrônico está agasalhada no artigo 11 da referida lei, o qual proclama que "os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais".

Já a assinatura eletrônica é a "identificação inequívoca do signatário", mediante assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora, credenciada conforme lei específica ou mediante cadastro de usuário, na forma disciplinada pelo Poder Judiciário. Há que se atentar, porém, que não se confunde assinatura eletrônica (ou simplesmente assinatura digital) com "assinatura digitalizada", rechaçada pela jurisprudência do STJ e que consiste na simples reprodução, por imagem, de uma assinatura contida em papel e digitalizada por escaneamento.[87]

Torna-se oportuno ainda mencionar o CPC de 2015, quando reafirmou a validade da prática eletrônica de atos processuais, ao prescrever que os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma "a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei" (artigo 193). Outra regra alusiva do Direito Digital no CPC é aquela segundo a qual serão admitidos documentos eletrônicos, produzidos e conservados, com a observância da legislação específica (artigo 441).

Sobre este assunto, merecem referência a Lei 12.682, de 09/07/2012, que dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos (meio eletrônico, óptico ou equivalente) e a Medida Provisória 2.200-2, de 24/08/2001, que cuida da autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos em forma eletrônica, da qual trataremos no capítulo seguinte.

87 *Vide* nota de rodapé nº 5, ob. cit., p. 360 e 361, Recurso Especial 1442887-BA 2013/0080078-8, relatora ministra Nancy Andrighi, de 06/05/2014 e Agravo em Recurso Especial 518587-SC 2014/0119046-1, relator ministro Luis Felipe Salomão, de 24/06/2014.

6.4.3. Contratos no Direito Digital

6.4.3.1. Os contratos eletrônicos

Aspecto particularizado do Direito Digital e ínsito ao desenvolvimento do e-commerce é o enfoque a ser dado ao contrato eletrônico, que se integra ao rol dos documentos eletrônicos. Ontologicamente, ele possui todas as características de um contrato físico, que se constitui num pacto, um acordo de vontade celebrado por duas ou mais pessoas voltadas para criar, preservar, alterar e extinguir direitos. Ou, se seguirmos a vertente adotada por Orlando Gomes, um dos clássicos do Direito Civil brasileiro, contrato é concebido como "o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam".[88] A gênese do contrato é a vontade humana, baseada nos princípios da segurança e da liberdade volitiva. É sede de direitos e obrigações, dentro do princípio de reciprocidade que norteia o acordo entre as partes.

O contrato eletrônico não inova a sua natureza jurídica, apenas utiliza meio eletrônico para sua celebração. É bem definido por Maria Eugênia Filkenstein como o negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade, celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados.[89] Seria, portanto, uma nova tecnologia de formação contratual, que poderá ter como objeto, tal como o contrato tradicional, uma locação, um comodato, uma doação, uma compra e venda, uma prestação de serviços e tantas outras matérias.

Corroborando o conceito acima enunciado, não poderia ser mais clara outra definição quase idêntica de contrato eletrônico, desta vez externada por Sérgio Iglesias Nunes de Souza:[90]

> "O contrato eletrônico é toda e qualquer manifestação de vontade bilateral ou plurilateral que têm por objetivo constituir, modificar ou extinguir direitos, de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, por meio de qualquer processo de telecomunicação eletrônica ou digital, desde que celebrado a distância."

88 Orlando Gomes, *Contratos*, Editora Forense, edição 1998, atualizada por Humberto Theodoro Junior, 18º edição, fl.10.

89 Maria Eugênia Filkenstein, ver nota de rodapé nº 5, *apud* ob. cit., fl. 536.

90 http://www.principio.org/sergio-iglesias-nunes-de-souza.html?page+3, acesso em 20/02/2017.

Sendo uma transação jurídica em que as partes se manifestam eletronicamente, tal contrato segue o "modelo livre" adotado pelo Código Civil, compreendendo-se dentro dos parâmetros de qualquer ato jurídico que, pela legislação pátria, não depende de forma especial, salvo exigência legal, como dispõe o aludido artigo 107 do Código Civil.

Em face do que ora expomos, o contrato eletrônico se submete aos ditames civilistas, segundo os quais a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, com amparo nos princípios da boa-fé e da probidade (artigos 421 e 422 do Código Civil). A proposta contratual obriga o proponente, que não poderá dela desistir se a outra parte a aceitar, ressalvadas as situações excepcionadas no artigo 427 do Código Civil. Ademais, a oferta pública, apresentada em ambiente virtual, sobre bens ou serviços, equivale a uma proposta contratual (salvo circunstâncias ou usos em contrário, artigo 429 do CC), o que se coaduna com o que dispõe, de maneira similar, o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual "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...". Logo, uma oferta comercial em site, desde que minimamente detalhada em termos de direitos e obrigações, ganha força cogente se o usuário da Internet respondê-la positivamente com um clique de aceitação, podendo o internauta fazer valer seus direitos, caso o titular do site cambie de ideia ou diga simplesmente "que não foi bem assim".

Podemos elaborar uma classificação de contratos eletrônicos mediante distinção da técnica utilizada. Assim, temos:

a) os contratos eletrônicos intersistêmicos, onde a contratação é feita entre sistemas aplicativos pré-programados, sem que aconteça qualquer ação humana. Nas compras por atacado, por exemplo, um dispositivo que indicar carência de determinado material numa empresa poderá disparar, automaticamente, um aplicativo que gere um verdadeiro leilão virtual, convidando fornecedores para apresentarem preço de compra das mercadorias desejadas. Ou seja, as ações são realizadas por softwares, dentro de um sistema cognominado de "agente inteligente" que, no dizer de Vinicius Klein, significa:[91]

91 Vinicius Klein. "As contratações eletrônicas interempresariais e o princípio da boa-fé objetiva. O caso do EDI", *in Direito Privado e Internet*, Editora Atlas, São Paulo, 2014, fls. 384 e 385.

"(...) um programa de computador que, a partir de um algoritmo definido pelo programador, procura por oferta de bens na Internet que se encaixem nos parâmetros previamente definidos e realiza as compras sempre que a oferta se encaixar nesses parâmetros."

b) os contratos eletrônicos interpessoais, onde o computador é utilizado como meio de comunicação entre as partes, que se interagem mediante ação humana. Nestes casos, encontramos os "contratos simultâneos", firmados em tempo real, on-line, quando ambas as partes estão, ao mesmo tempo, conectadas na Internet, e os "contratos não simultâneos", onde a declaração de vontade e a recepção desta não ocorrem no mesmo instante temporal, como é o caso daqueles celebrados com a utilização do correio eletrônico;

c) por fim, temos os contratos eletrônicos interativos, onde a pessoa interage com um sistema destinado ao processamento eletrônico de informações, ou seja, uma interação entre uma pessoa e um sistema aplicativo. São os contratos usualmente adotados no comércio eletrônico, mediante acesso à página do site que contenha oferta de bens e serviços. As cláusulas destes contratos são normalmente preestabelecidas pelo titular do website, de forma unilateral, sem possibilidade de alteração pela outra parte contratante, caracterizando verdadeiro contrato de adesão.

Esta última modalidade, de ampla aplicabilidade no Direito Digital, é, em regra geral, a contratação realizada pelo consumidor a partir de alguns cliques feitos com o "mouse" do computador, no "botão" ou ícone virtual indicado na interface gráfica do computador ou dispositivo móvel equivalente, onde o usuário preenche com um "x" o campo "Aceito". O "contrato por clique" representa a adesão a um esquema contratual previamente elaborado fornecido por via eletrônica ao contratante consumidor.

Por tais razões, o contrato eletrônico interativo expressa, em regra, uma típica relação fornecedor-consumidor, aplicando-se, por consequência, todas as regras do direito consumerista. O clique feito pelo usuário de um site de vendas é considerado um "comportamento concludente", um consentimento tecnológico (*technological assent*), uma manifestação de vontade válida já consagrada pelos usos e costumes

virtuais. Não obstante, esta modalidade de contratação eletrônica acentua o desequilíbrio nas relações de consumo, já que o domínio e o conhecimento tecnológico do site representam uma vantagem do fornecedor frente ao consumidor.

Com efeito, as disparidades tecnológicas se acentuam no comércio eletrônico. Ainda que os consumidores se esforcem para aprender as novas formas de comunicação e a tecnologia empregadas nas operações comerciais via Internet, permanece uma discrepância técnica entre os conhecimentos tecnológicos do fornecedor, que arquiteta o negócio jurídico a ser proposto, e o consumidor, que não é familiarizado com certas facetas tecnológicas utilizadas no mercado eletrônico, o que aumenta a vulnerabilidade do consumidor, que normalmente não domina as diversas técnicas da informática, as quais evoluem permanentemente.

Acontece nestas situações o que se convencionou chamar de "assimetria informacional" verificada em desfavor do consumidor, porque, para tomar conhecimento de todas as características de uma transação comercial, este depende das informações disponibilizadas e selecionadas exclusivamente pelo fornecedor, que nem sempre são claras e precisas, como exige a legislação brasileira. A despersonalização do contrato gera uma enorme impessoalidade entre as partes contratantes, diante da massificação das relações contratuais, perfeitamente traduzidas por contratos de adesão onde são estipuladas as condições gerais do negócio de maneira unilateral. Neste sentido, entende-se que, nos meios eletrônicos, há que se reforçar ainda mais o princípio protetivo e legal aplicável ao consumidor, pelo seu natural desconhecimento sobre os meandros da tecnologia digital, circunstância que amplia as possibilidades de maior frequência nas práticas comerciais e publicitárias abusivas e desleais.

É relevante também observamos que a simplicidade e a objetividade das informações prestadas ao consumidor deve ser a tônica das mensagens e comunicações transmitidas pelo fornecedor, sendo prejudicial que o potencial adquirente de um produto ou serviço seja alvo de uma "tempestade de informações" contidas em Termos de Uso ou Termos de Privacidade, com quantidade excessiva de textos e documentos disponibilizados on-line, que só servem para confundir ou ludibriar o consumidor e lhe impor ônus e restrições aos seus direitos. Ou seja, o excesso e a redundância de informações gera, em verdade, desinformação.

Por estes e tantos outros motivos, Pedro Modenesi propugna pela observância rigorosa nestes contratos dos princípios da boa-fé objetiva, que envolve a confiança e probidade das partes, o cumprimento fiel do dever de bem informar, a repressão ao abuso de direito, a oferta hones-

ta de bens e serviços, o razoável equilíbrio entre direitos e obrigações, a transparência, a segurança dos meios tecnológicos e a cooperação mútua, dentre outros requisitos éticos a serem observados pelos contratantes. Salienta ainda o ilustre professor que já se forma no cenário internacional um consenso sobre este assunto, invocando, inclusive, o artigo 2º, alínea "h", da Diretiva da Comunidade Europeia nº 2005/29/CE, o qual define como "diligência profissional" o "padrão de competência especializada e cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou princípio geral da boa-fé no âmbito da atividade do profissional."[92]

Vinicius Klein[93] também discorre sobre a boa-fé objetiva, que significa a limitação da autonomia privada da parte contratante mediante adesão "a um padrão objetivo de comportamento adequado a um juízo ético", realçando os deveres de lealdade, de confiança e de cooperação, bem como o dever de informar e esclarecer, verdadeiros cânones jurídicos que pautam os direitos subjetivos de cada indivíduo. Reporta-se também à definição concebida por Claudia Lima Marques, bastante singela e inteligível até para os leigos em Direito, quando diz que boa-fé objetiva constitui uma atuação da parte que "pensa no outro", que pensa no "parceiro contratual",

> "(...) respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes".

Por fim, vale invocar ainda as lições de Klein, quando lembra um outro tipo de contrato eletrônico que, a nosso ver, dependendo de sua concepção técnica, pode ser classificado em qualquer dos modelos acima elencados, que é o contrato eletrônico interempresarial, ou seja, o contrato B2B, "*business to business*", já mencionado acima, onde não se aplicam os princípios do Direito do Consumidor, de vez que seu escopo

92 Pedro Modenesi. Artigo "Contratos eletrônicos de consumo. Aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial", fls. 330/331, *in Direito Privado e Internet*, Editora Atlas, São Paulo, 2014.

93 "As contratações eletrônicas interempresariais e o princípio da boa-fé objetiva. O caso do EDI, *in Direito Privado e Internet*, Editora Atlas, São Paulo, 2014, fls. 389 e seguintes.

é a lucratividade e a "existência, de forma predominante, de questões patrimoniais entre pessoas que visam ao lucro e, em regra, têm capacidade para assumir riscos". Não obstante, a observância da boa-fé objetiva é um traço comum entre o contrato consumerista e o contrato empresarial, já que este se submete igualmente aos mesmos preceitos éticos, originários do próprio Direito Constitucional e "valores a ele inerentes", bem como do Direito Civil, a partir do seu artigo 422, segundo o qual "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".[94]

6.4.3.2. Os contratos de Tecnologia da Informação. Os Acordos de Nível de Serviço (*Service Level Agreement* - SLA)

Os contratos de prestação de serviços de Tecnologia da Informação envolvem uma simbiose de conhecimentos tecnológicos e jurídicos. Todos eles devem primar pela regulação de certas matérias específicas, como o resguardo da propriedade intelectual, os direitos de confidencialidade, a segurança de informação, a prova eletrônica, o armazenamento de documentos digitais, seguro sobre perda de dados ou deterioração de serviços e a perfeita conceituação de termos técnicos. Neste sentido, a existência, no introito de um pacto contratual, de um glossário elencando tais expressões será de grande utilidade para a boa interpretação do acordo entre as partes. No rol deste segmento contratual, existem os contratos de desenvolvimento de software, onde interessa às partes estabelecer sua fórmula de comercialização, as respectivas manutenções e atualizações e a propriedade do código-fonte. No contrato de *hosting*, ou seja, na hospedagem de informações, é cláusula fundamental aquela que estipula o prazo em que os dados permanecerão armazenados e a previsão de backups. Num contrato de segurança de informação, há que se regular responsabilidades pelo vazamento de dados a terceiros. Patrícia Peck, em seu festejado livro *Direito Digital*, verdadeiro clássico do Direito brasileiro sobre o assunto, enumera ainda algumas sugestões de cláusulas que tratem de determinadas matérias:

a) obsolescência e atualização da tecnologia;
b) definição de padrões que nortearão a segurança da informação;
c) privacidade das informações coletadas;
d) repasse de informação técnica e documentação, caso as obrigações contratuais sejam sub-rogadas para um novo contratado;

94 Vinicius Klein, "As contratações eletrônicas interempresariais e o princípio da boa-fé objetiva. O caso do EDI, *in Direito Privado e Internet*, Editora Atlas, São Paulo, 2014, fls. 390 e 393.

e) Acordo de Nível de Serviço (SLA);
f) identidade digital e certificação digital;
g) cláusula de conformidade com a lei do Marco Civil da Internet.[95]

O Acordo de Nível de Serviço, conhecido na língua inglesa como SLA (*Service Level Agreement*), consiste na:

> "(...) especificação, em termos mensuráveis e claros, de todos os serviços que o contratante pode esperar do contratado na relação contratual. Além disso, expressa termos de compromisso, metas de nível de serviço, suporte técnico, prazos contratuais, dentre outros aspectos. Em outras palavras, é um esclarecimento técnico do contrato."[96]

Tal documento envolve planejamento e gestão dos serviços técnicos a serem realizados e há de ser exigido em qualquer relação contratual de TI, sendo descrito na ABNT NBR ISSO-IEC 20000-1. Deve ser continuamente revisado, de maneira que a empresa contratada possa oferecer suporte em todas as etapas dos processos técnicos. Envolve previsão de riscos contratuais, tais como os riscos de desempenho, os riscos de interrupção dos serviços, os riscos de migração de dados, em caso de troca do fornecedor, dentre outros. O SLA é, portanto, uma ferramenta de monitoração e controle de padrões técnicos, envolvendo, por exemplo, definição de responsabilidade das partes, previsões de contingência, nível de qualidade mínimo, cronogramas, geração de relatórios periódicos, penalidades por infrações contratuais, estabelecimento de conceitos e terminologias, dimensionamento do impacto dos riscos no êxito do negócio contratado e planos de ações para situações imprevistas.

95 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., p. 543.

96 https://www.opservices.com.br/o-que-e-sla-e-qual-a-sua-importancia/, acesso em 02/02/2017.

7.
A QUESTÃO DA POLÍTICA DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO (PSI). A MEDIDA PROVISÓRIA 2.200-2, DE 24/08/2001

7.1. INTRODUÇÃO

Sabemos que a Lei 12.965/2014 procura garantir ao empresário eletrônico a segurança legal para que este trafegue pelas vias da Internet. Significativo é o princípio enunciado no artigo 3º, inciso V, qual seja a "preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas". Há outras normas de cunho técnico. O legislador, por exemplo, estabelece que a disciplina do uso da Internet tem por objetivo a promoção "da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados" (artigo 4º, inciso IV). Existe também o direito do usuário à não suspensão da conexão à Internet, salvo na ocorrência de débito "decorrente de sua utilização" (artigo 7º, inciso IV). E, por fim, vale assinalar, mais uma vez, o conjunto de dispositivos daquela lei que buscam garantir ao empresário e aos usuários em geral proteção em relação à coleta, à guarda, ao armazenamento e ao tratamento de dados, além do respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

Todo este arsenal jurídico não será suficiente para tranquilizar o empresário se ele não realizar uma boa Política de Segurança da Informação (PSI), seja ele um empresário tradicional, seja ele aquele que desenvolve suas atividades exclusivamente pelo meio virtual. Ou seja, a segurança

não se exaure nos mecanismos legais existentes. Diretrizes empresariais internas são importantes para que o empresário não corra riscos desnecessários, capazes de lhe infligir danos e prejuízos ou responsabilidades civis e até criminais. Não podemos olvidar que, na sociedade digital, a informação é um ativo precioso, sujeito a inúmeras ameaças, tais como acessos indevidos, furtos de informações, danos a dados e informações arquivadas, revelações de segredos industriais, violações de bases de dados em geral e tantas outras, inclusive pirataria de marca, textos, áudios, vídeos e música. Neste sentido, merece registro uma norma ISO da Associação Brasileira de Normas Técnicas, a ABNT NBR ISO/IEC 27.002/2013, segundo a qual a segurança da informação é alcançada pela "implementação de um conjunto adequado de controles, incluindo políticas, processos, procedimentos, estrutura organizacional e funções de software e hardware".

Considerando que a falha humana é o principal fator de vazamento de informações, a Segurança de Informação deve abordar as seguintes questões: a) confidencialidade, pois a informação só deve ser acessada por pessoa habilitada para tanto; b) integridade, ou seja, a preservação de dados, evitando que sejam suprimidos ou alterados sem a devida autorização; c) disponibilidade, pois as informações devem estar sempre disponíveis para acesso. A autenticidade de um determinado pacote de dados ou de comunicação eletrônica e a validade legal de informações que transitam na Internet também devem ser aferidas.

Projetos de segurança de informação envolvem inventário de ativos, análises de riscos e vulnerabilidades do sistema eletrônico. Relevante é a classificação das informações para limitações de acesso, separando material público e privado e os dados sensíveis ou sigilosos. Esta política deve ter organicidade, com regras corporativas aplicáveis a todos os colaboradores de uma empresa, que poderá instituir inclusive um Comitê de Segurança. Todos os controles internos devem ser testados e situações de contingência hão de ser previstas, para debelar falhas reais. Entre seus objetivos principais, podemos citar:

a) adequar o sistema de controles à crescente complexidade operacional;
b) reduzir os riscos de descontinuidade, parcial ou total da operação;
c) reduzir os riscos de fraudes, de vazamento de sigilos empresariais e de desconformidades em relação a obrigações legais, contratuais ou a regras técnicas;
d) realizar um permanente trabalho de auditoria;

e) elaborar um sistema de gestão e mapeamento de riscos;
f) atribuir funções e responsabilidades aos empregados da empresa, particularmente aqueles que militam em ações de Tecnologia da Informação (TI);
g) estabelecer princípios e regras claros e elucidativos sobre o "que pode e o que não pode", ajustados a padrões legais nacionais e internacionais;
h) prever rotinas de monitoramento de determinadas práticas empresariais e disciplinar a investigação de incidentes, inclusive coleta de provas;
i) prever penalidades para infrações cometidas em desacordo com as diretrizes estabelecidas.

Uma empresa que pretender construir uma Política de Segurança da Informação (PSI) terá à sua disposição um conjunto de boas práticas que a experiência proporcionou, transformadas em ISOs, verdadeiras normas de padronização que poderão ser seguidas, tais como:

a) a ISO/IEC 27001:2013, que trata dos procedimentos e recomendações sobre Sistemas de Gestão de Segurança da Informação;
b) a ISO/IEC 27002:2013, já mencionada, que trata do mesmo tema;
c) a ISO/IEC 27035:2011, que trata dos incidentes de segurança da informação;
d) a ABNT ISO/IEC 2009, que cuida do Gerenciamento de Serviços; dentre outras.

Entre os temas que poderão compor uma PSI, podemos citar, dentre outros:

a) Normas de Gestão de Identidade e Controle de Acesso;
b) Normas de Proteção Física dos Ativos de Informação;
c) Normas de Uso e Utilização da Rede Interna;
d) Norma de Uso do Correio Eletrônico (e-mail);
e) Normas de Classificação da Informação e Gestão Documental;
f) Normas de Assinatura e Certificação Digital;
g) Elaboração de Termos de Confidencialidade ou de Responsabilidade;
h) Normas para Prevenção e Tratamento de Incidentes de Segurança.[97]

97 Ver nota de rodapé nº 5, ob. cit., fls. 228 a 230.

No capítulo 3.4., discorremos sobre o teletrabalho, situação onde o empregado, muitas vezes, utiliza, para fins profissionais, equipamento informático a ele pertencente, a que se convencionou denominar BYOD (*Bring Your Own Device*). Seu uso deve estar submetido aos ditames da Política de Segurança de Informação corporativa, seja pelos deveres do empregado em relação à manutenção e guarda de suas responsabilidades sobre o conteúdo armazenado naquele dispositivo, seja por condições específicas sobre o funcionamento de softwares de titularidade do colaborador. Mas outros cuidados devem ser tomados, inclusive a permissão para que, periodicamente, a empresa possa fazer inspeções naquele dispositivo, a introdução no BYOD de mecanismos de segurança lógica (senha, firewall, antivírus e outros), atualização dos aplicativos instalados, backups de arquivos e outros controles, inclusive as cautelas a serem tomadas em caso de furto ou extravio do equipamento. Em razão de certos riscos ou inconvenientes inerentes ao referido terminal, muitas empresas optam por fornecer ao empregado o CYOD (*Choose Your Own Device*), em que este preserva sua mobilidade, enquanto a empresa assegura o controle e a gestão do equipamento, pela introdução ou armazenamento prévio de todos os mecanismos de segurança antes de sua disponibilização ao trabalhador.

Por mais que se reforce o controle sobre os Recursos de Tecnologia da Informação e Comunicação (RTICS) – hardware, software, dados e redes –, deve-se adotar uma política de mitigação de vulnerabilidades conhecida como *Endpoint Detection and Response* (EDR) (Detecção e Resposta a Incidentes nos Terminais de Acesso), envolvendo varredura de vírus, remoção de endereços de Internet inseguros, retirada de conteúdos falsos em redes sociais, introdução de "vacinas digitais" e outras medidas de caráter profilático. Não obstante, como tais incidentes ocorrem, com muita frequência, por falha humana, é preciso que se realizem periodicamente campanhas de conscientização do usuário em sintonia com o aparato tecnológico existente na empresa. Ou seja, preparam-se as máquinas, mas também se preparam os seres humanos. Uma adequada Política de Segurança de Informação deve, portanto, aglutinar os setores de Recursos Humanos, Financeiro e Jurídico, em combinação com um bem elaborado programa de *Compliance*, permitindo assim que o treinamento e a capacitação dos empregados, neste particular, tenham efeitos generalizados, benéficos e duradouros num ambiente corporativo.

Situação inusitada e quase desconhecida, normalmente negligenciada pelos estabelecimentos comerciais, diz respeito a riscos decorrentes do fornecimento de rede Wi-Fi para seus clientes, que são contemplados gratuitamente por um serviço de conexão gratuita à Internet, um bom

"agrado" a fregueses de lojas, restaurantes, bares e hotéis, que se sentem confortados com esta comodidade. Porém, o mau uso do Wi-Fi pelo usuário, seja pela divulgação de notícias falsas, ameaças, invasão de privacidade ou outras condutas, pode gerar investigação para desvendar a autoria da infração. O primeiro passo no processo de apuração do delito será a identificação do endereço de protocolo da Internet (IP), resultando numa informação fornecida pelo provedor de conexão, que vai "dedurar" justamente o estabelecimento que forneceu gratuitamente o serviço de Wi-Fi. O estabelecimento comercial será instado a fornecer dados que levem à individualização do usuário infrator. Não possuindo tais informações, a empresa poderá incorrer em culpa por omissão, sujeitando-se a responder pelo ilícito, na forma dos artigos 186 e 927 do Código Civil, Este entendimento foi trazido à baila por Rafael Mott Farah,[98] ao se reportar a acórdão que julgou o Recurso Especial 1.300.161/RS, relatora ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJs 26.96.2012, que apreciou caso análogo, destacando-se daquela decisão o seguinte trecho:

> "(...) ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve (...) ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada (...). Deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa '*in omittendo*'."

Diante desta hipótese, para resguardo do empresário, podem ser utilizadas três providências:

a) a elaboração de "Termos e Uso", onde os usuários serão cientificados e manifestarão sua concordância a respeito do monitoramento da rede, bem como isentarão o estabelecimento por qualquer dano que provocarem. Esta conduta será acompanhada da identificação do cliente por exibição de documento e fornecimento de senha única, diferenciada dos demais clientes;
b) a criação de Blacklists ou Whitelists, sendo o primeiro uma lista de nomes de domínio cujo acesso por Wi-Fi é proibido

98 Rafael Mott Farah, artigo "Gestão e Tecnologia de Informação", *in Direito Digital Aplicado*, fl. 128, 2016, editora Revista dos Tribunais.

pelo estabelecimento, enquanto o segundo é uma relação de determinados domínios previamente escolhidos para fins de conexão à rede;

c) c) outras metodologias complementares que garantam a identificação do usuário, de preferência com recursos tecnológicos que permitam a aferição do tempo em que o usuário permaneceu no interior do estabelecimento.

Finalizando este tema, vale acentuar que existe, no âmbito do Comitê Gestor da Internet, um Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (Cert), já referido no Capítulo 4, sendo de sua responsabilidade receber, analisar e responder a incidentes de segurança em computadores, envolvendo redes conectadas à Internet no território nacional.

7.2. A CARTILHA DO CERT

O Cert possui uma cartilha, que visa propiciar diversos conceitos e informações que objetivam reforçar a segurança do usuário ao navegar na Internet, além de sugerir cautelas e boas práticas no âmbito virtual. Como explica o próprio documento, ele é dividido em 14 capítulos, compreendendo os seguintes temas:

1) **Segurança na Internet –** trata dos benefícios que a Internet traz para a realização de tarefas cotidianas, descrevendo os riscos relacionados ao seu uso.
2) **Golpes na Internet –** dá informação sobre os principais golpes no meio virtual e as recomendações para combatê-los.
3) **Ataques na Internet –** descreve os principais ataques, suas motivações e técnicas.
4) **Códigos maliciosos (*malware*) –** relaciona os principais códigos, menciona as diversas formas de infecção e as principais ações danosas por eles executadas.
5) **Spam –** aborda os problemas principais ocasionados pelo "spam", bem como métodos de prevenção.
6) **Outros riscos –** trata de serviços e recursos de navegação incorporados à grande maioria dos navegadores Web e leitores de e-mails que podem representar riscos ao funcionamento da Internet.
7) **Mecanismos de segurança –** apresentação destes mecanismos e a importância de posturas preventivas.

8) **Contas e senhas –** sua relevância como o principal mecanismo de autenticação usado na Internet, envolvendo assuntos como formas de uso, gerenciamento, alteração e recuperação.

9) **Criptografia –** menciona alguns conceitos de criptografia, tais como assinatura digital, certificado digital e chaves simétricas e assimétricas.

10) **Uso seguro da Internet –** apresenta os principais usos que são feitos da Internet e os cuidados que lhes são inerentes.

11) **Privacidade –** discute o tema e trata de proteção a dados pessoais.

12) **Segurança de computadores –** ressalta a importância de manter os computadores atualizados, mediante instalação periódica de mecanismos de proteção.

13) **Segurança de redes –** apresenta os riscos relacionados ao uso das principais tecnologias de acesso à Internet, como banda larga (fixa e móvel), Wi-Fi e bluetooth.

14) **Segurança em dispositivos móveis –** aborda os riscos relacionados ao uso de dispositivos móveis e sua similaridade em relação aos computadores no que tange às medidas de segurança.

7.3. A MEDIDA PROVISÓRIA 2.200-2, DE 24/08/2001

A Segurança das Informações se entrelaça com a tecnologia da criptografia, patenteada em 1983 por professores do Instituto de Tecnologia de Massachussets, nos Estados Unidos. Trata-se de uma ferramenta de codificação destinada ao envio de mensagens seguras em redes eletrônicas, muito usada em operações bancárias e financeiras. Na Internet, a operacionalidade do sistema funciona pelos sistemas de chaves, a "chave pública" e a "chave privada", para garantir o sigilo das transações ocorridas na rede e possibilitar a identificação do remetente e do receptor. O remetente possui uma chave privada, de conhecimento exclusivo seu (uma espécie de assinatura eletrônica), enquanto que o destinatário deverá conhecer a chave pública, correspondente à chave privada do remetente, permitindo a decodificação da mensagem enviada.

A assinatura digital permite o reconhecimento da origem de um ato e, simultaneamente, identifica um usuário, que foi aceito em determinada operação. Numa empresa que funciona com computadores interligados, seus empregados utilizam tais assinaturas na forma de senhas de segurança, que permitem acesso a determinadas áreas virtuais da rede, geralmente por níveis hierárquicos, uma vez que um diretor, por exemplo, poderá

ter acesso a determinados dados confidenciais de uma corporação, cujo conhecimento não é autorizado à maioria de seus colaboradores.

A certificação digital confere segurança às informações veiculadas pela Internet, garantindo a autenticidade de documentos virtuais. Sua utilização é ampla em várias situações, como na sua aplicabilidade perante a Receita Federal do Brasil e demais órgãos do governo, autenticação de contratos de compra e venda de imóveis, validação de documentos de concorrência pública e inúmeros atos que podem ser praticados no âmbito do comércio eletrônico, pois uma empresa que possui uma assinatura digital confere credibilidade ao negócio efetuado com o comprador via Internet.

No Brasil, já existe, há muitos anos, uma legislação que trata do trânsito de documentos em forma eletrônica, assunto regulado pela Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2002, a qual criou a "Infraestrutura de Chaves Públicas (ICP-Brasil)", visando garantir a "a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras" (artigo 1º). A ICP-Brasil é composta por uma "autoridade gestora de políticas" e pela "cadeia de autoridades certificadoras compostas pela Autoridade Certificadora (AC-Raiz)" (o Instituto Nacional de Tecnologia de Informação – ITI, conforme artigo 13), pelas Autoridades Certificadoras (AC) e pelas Autoridades de Registro (AR).

A função de autoridade gestora de políticas é exercida pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, vinculado à Casa Civil da Presidência da República e composto por cinco representantes da sociedade civil, integrantes de setores interessados, designados pelo presidente da República e representantes de diversos órgãos elencados no artigo 3º da citada medida provisória, tais como Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça.

Compete ao Comitê Gestor da ICP-Brasil, dentre outras atribuições, "estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para o credenciamento das ACs, das ARs e dos demais prestadores de serviço de suporte à ICP-Brasil, em todos os níveis da cadeia de certificação", estabelecer procedimentos relativos à política de certificação e às regras operacionais da AC-Raiz, criar diretrizes e normas técnicas para a formulação de políticas de certificados e regras operacionais das ACs e das ARs e aprovar políticas de certificados e práticas de certificação (artigo 4º da Medida Provisória 2.200-2/2001).

A AC-Raiz é a "primeira autoridade da cadeia de certificação, executora das políticas de certificados e normas técnicas e operacionais aprova-

das pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil". Tanto este órgão, como as ACs, podem emitir certificados digitais, em critérios ditados pelos artigos 5º e 6º da citada MP. As ACs emitem tais documentos, "vinculando pares de chaves criptográficas ao respectivo titular" (artigo 6º), enquanto que as ARs são entidades operacionalmente vinculadas a uma determinada AC, identificando e cadastrando usuários e encaminhando solicitações de certificados às Autoridades Certificadoras, além de manter registros de suas operações (artigo 7º). As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica, produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil, presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Por outro lado, a MP faculta a utilização de "outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica" diverso daquele adotado pela ICP-Brasil, "desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento". (artigo 10, §§ 1º e 2º).

7.4. A *DEEP WEB*

Uma Política de Segurança da Informação deve estar atenta ao que se convencionou chamar de "*Deep Web*", ou seja, "uma zona da Internet" que não pode ser facilmente detectada pelas tradicionais ferramentas de busca ou de investigação, o que garante privacidade e anonimato para seus usuários. É formado por um conjunto de sites, fóruns e comunidades, considerados por alguns como a "Internet Invisível", com característica "*underground*", já que compreende também sites de conteúdo imoral ou ilegal, como, por exemplo, os que exibem cenas de pornografia infantil.[99] Os endereços eletrônicos que estão na "*Deep Web*" não são construídos no formato HTML, justamente para dificultar o seu acesso às suas páginas. Para tanto, é necessária a instalação de programas específicos e até de alguns códigos secretos. O mais conhecido é o TOR (*The Onion Routing*), cujo símbolo é uma cebola, que possui várias camadas, a exemplo das camadas que internautas têm que percorrer até alcançar o site desejado. A "*Deep Web*" possui uma quantidade bem superior de conteúdos que a Web tradicional, a chamada "*Surface Web*". A par de frequentes conteúdos ilícitos, bizarrices e excentricidades, é também o universo de delinquentes e de hackers, que dela se servem para compartilhar vírus que podem furtar informações de computadores infectados. A vigilância constante desta verdadeira "incubadora" de vírus e de práticas criminosas é parte integrante das melhores práticas da segurança digital.

99 https:www.significados.com.br/deep-web/, acesso em 24/01/2017.

7.5. OBSERVAÇÕES FINAIS

A Segurança das Informações transformou-se hoje numa exigência da sociedade digital, que requer que as empresas criem ambientes seguros para a realização de negócios, em consequência da própria conscientização dos clientes sobre este assunto. A preocupação com a satisfação do consumidor é interesse constante do empresário eletrônico, o qual, munido da tecnologia adequada, poderá colaborar com seu cliente lesado com o acionamento de técnicas de rastreamento para localização do autor do ilícito digital. O desiderato por mais segurança na Internet não será alcançado apenas pela tecnologia, mas por um patrulhamento maior da própria sociedade, por uma cultura de proteção de dados em prol da respeitabilidade dos negócios, para a qual muito contribuirá a conscientização dos indivíduos mediante adequados processos educativos.

Por fim, vale salientar que, na área pública, existe no País um Decreto específico, de nº 3.505, de 13 de junho de 2000, que trata da Política de Segurança da Informação nos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal e ainda o Decreto 4.553, de 27 de dezembro de 2002, que cuida da salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da citada administração.

8.
O COMÉRCIO ELETRÔNICO E O ICMS NAS OPERAÇÕES MERCANTIS INTERESTADUAIS. EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTAS PELA OAB E PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO (ABCOMM)

8.1. NORMAS CONSTITUCIONAIS ANTERIORES À EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015

Pela sistemática adotada pela nossa Carta Magna, vigoram as seguintes regras no que tange às alíquotas do ICMS:

- em relação às alíquotas internas, cabe ao Senado estabelecer os seus percentuais mínimos e máximos que devem vigorar nos Estados da Federação (artigo 155, § 2º, inciso V, letras "a" e "b");
- em relação às alíquotas interestaduais, cabe ao Senado estabelecer suas respectivas alíquotas em diferentes situações (artigo 155, § 2º, inciso IV);

- salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, as alíquotas internas dos Estados não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais (mesmo dispositivo, inciso VI).

Por outro lado, antes da Emenda Constitucional 87/2015, de 16 de abril de 2015, vigorava uma redação anterior do artigo 155, parágrafo 2º, incisos VII e VIII, da Constituição Federal, que adotava uma determinada sistemática em relação à incidência do ICMS nas operações mercantis interestaduais no que tange às suas alíquotas internas e interestaduais, nos seguintes termos:

1ª SITUAÇÃO
O imposto interestadual incidente sobre a operação mercantil pertence ao Estado de origem da mercadoria, quando o destinatário for contribuinte do imposto. Neste caso, caberá ao Estado de localização do destinatário (Estado de destino) a diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual.

Vejamos um exemplo, imaginando que a mercadoria tenha saído de um Estado situado no sul do Brasil com destino a um Estado do Nordeste do País.

CÁLCULO DO IMPOSTO

VALOR DA MERCADORIA: R$ 1.000,00.

I) VALOR HIPOTÉTICO da alíquota interestadual fixada pelo Senado: 7% (sete por cento) sobre o valor da operação.

Estado do sul (local de origem da mercadoria): recebe a alíquota de 7%, equivalente à alíquota interestadual.

Valor do imposto: R$ 70,00 (setenta reais).

II) VALOR HIPOTÉTICO da alíquota interna do Estado do Nordeste, local de destino da mercadoria: 17% (dezessete por cento).

Estado do Nordeste (local de destino da mercadoria): receberá 10% do valor da operação.

Este percentual representa a diferença entre a alíquota interna fixada em 17% e a alíquota interestadual (7%).

Valor do imposto: R$ 100,00 (cem reais).

PARTILHA DO ICMS:

ESTADO DE ORIGEM: R$ 70,00.
ESTADO DE DESTINO: R$ 100,00.

2ª SITUAÇÃO
O imposto ficará inteiramente com o Estado de origem da mercadoria, quando o destinatário não for contribuinte do ICMS, mediante aplicação de sua respectiva alíquota interna.

VALOR DA MERCADORIA: R$ 1.000,00.

Valor da alíquota interna do Estado do Sul: 17%
Consequentemente, o ganho tributário será inteiramente do Estado do Sul, que é o estado de origem da mercadoria.

CÁLCULO DO IMPOSTO

ESTADO DO SUL: R$ 170,00.
ESTADO DO NORDESTE: 0 (zero real).

8.2. PROTOCOLO ICMS 21/2011

Ocorre que, a certa altura, foi editado o Protocolo ICMS nº 21/2011, assinado no âmbito do Confaz, que criou, de forma absolutamente inovadora, e sem respaldo constitucional, regras específicas para operações mercantis interestaduais realizadas de forma não presencial pela Internet (houve, também, previsões de operações comerciais não presenciais de menor relevância tributária, como acontece no telemarketing e no showroom).

Assim sendo, realizando-se venda remota, de um Estado da Federação a outro, mediante transação eletrônica, haveria de se pagar ao Estado de destino uma parcela do ICMS, calculada por critérios estabelecidos no próprio protocolo, relativa à operação comercial realizada. Acontece que, nestes casos, havendo vendas não presenciais, desprezava-se completamente a obrigatória regra de diferenciação entre as duas situações, pela qual se identificava se os destinatários contribuintes eram ou não

contribuintes do ICMS, violando-se claramente a compulsória distinção a ser realizada, posto que prevista na Constituição Federal.

Não obstante, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) apresentou, ainda em 2011, uma ADIN apontando a inconstitucionalidade do Protocolo ICMS 21/2011, ação esta que foi julgada inteiramente procedente, por decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento ocorrido em setembro de 2014.

8.3. NORMAS ATUAIS DECORRENTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015

As tensões políticas provocadas por esta situação, que conflitava interesses dos Estados fornecedores de mercadoria e serviços com Estados consumidores, foram pacificadas mediante um verdadeiro pacto federativo, com a edição da Emenda Constitucional 87/2015, resolvendo-se satisfatoriamente a questão.

Extinguiu-se a diferenciação entre destinatários contribuintes ou não do ICMS, estabelecendo-se, a partir daí, uma regra uniforme para todos os casos, segundo a qual, nas operações mercantis interestaduais destinadas ao consumidor final, contribuinte ou não do ICMS passaria a existir sempre uma divisão de arrecadação entre os dois entes federativos, onde o Estado de origem ficaria com o imposto interestadual, dentro da alíquota fixada pelo Senado federal, e o Estado de destino, com a diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual.

Portanto, a regra constitucional de hoje comporta apenas uma única situação, em que ambos os Estados são igualmente contemplados com uma repartição equânime na divisão tributária do ICMS.

O reclamo de natureza política dos Estados de destino, que culminou com a edição da citada Emenda Constitucional, se justificou porque, ao contrário do que ocorria à época da promulgação da Constituição Federal, passou a existir, em tempos mais recentes, uma nova realidade, com grande incremento de negócios eletrônicos demandados em determinados Estados por interessados não contribuintes do ICMS (geralmente do Norte, Nordeste e Centro-Oeste), que recebiam a mercadoria produzida e fornecida nos Estados do Sul e Sudeste (Estados de origem). A Internet foi, em grande parte, responsável por este novo fenômeno social e econômico, traduzido por operações mercantis geradas no ambiente do comércio eletrônico.

Foi preciso, por outro lado, criar, em paralelo, uma nova regra constitucional de arrecadação (nova redação do artigo 155, § 2º, inciso VIII, letras "a" e "b") em favor do Estado de destino, para garantir-lhe o seu quinhão tributário. Assim, imaginando uma transação originada de São Paulo com mercadoria remetida ao Ceará, ocorrerá o seguinte: a) se o destinatário cearense for contribuinte do ICMS, o próprio Ceará se encarregará de providenciar a cobrança e o recolhimento do imposto; b) se, no entanto, tal destinatário não for contribuinte do ICMS, cabe a São Paulo reter e mandar recolher o tributo, enviando, posteriormente, o seu respectivo valor ao Estado do Ceará. Isto porque o Ceará não teria condições legais de cobrar o tributo do seu destinatário local, justamente porque este, não sendo contribuinte do ICMS, não poderia se tornar sujeito passivo da obrigação tributária (muitos deles são pessoas físicas que manejam a Internet como consumidores de produtos dentro de um ambiente virtual). Assim, estabeleceu-se uma engenhosa solução, semelhante a uma substituição tributária, em que o Estado de origem, ou seja, São Paulo se responsabiliza pelo recolhimento da parcela do ICMS que cabe ao Ceará, num quadro de colaboração institucional entre dois entes federativos.

8.4. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DE NATUREZA TRANSITÓRIA

Com o advento da mudança constitucional, os Estados que são usualmente produtores e fornecedores de bens e serviços perderam a habitual cobrança do ICMS, sempre que o destinatário não contribuinte do citado imposto estivesse situado em outro Estado da Federação, cobrança que era fixada mediante aplicação de suas respectivas alíquotas internas. Para evitar que tais entes federativos sofressem, de inopino, um baque financeiro considerável, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e destino, na seguinte proporção:

- para o ano de 2015, 20% para o Estado de destino e 80% para o Estado de origem;
- para o ano de 2016, 40% para o Estado de destino e 60% para o Estado de origem;
- para o ano de 2017, 60% para o Estado de destino e 40% para o Estado de origem;
- para o ano de 2018: 80% para o Estado de destino e 20% para o Estado de origem;
- a partir do ano de 2019: 100% para o Estado de destino.

8.5. UM NOVO CAPÍTULO: A EDIÇÃO DO CONVÊNIO ICMS 93, DE 17 DE SETEMBRO DE 2015. REFLEXOS PARA O COMÉRCIO ELETRÔNICO. ADI 5464, INTERPOSTA PELA OAB E INGRESSO DA CNC COMO *AMICUS CURIAE*

8.5.1. Introdução

O Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), em reunião realizada no dia 17 de setembro de 2015, à luz das alterações tributárias ocorridas na Carta Política brasileira, resolveu editar o Convênio 93/2015 para disciplinar as "operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada". Ali se encontram muitas regras de razoável complexidade administrativa, aplicável a todas as empresas, inclusive às micro e pequenas empresas componentes do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, conforme expressamente dispõe o artigo 9º do citado convênio.

Entre tais regras, temos, por exemplo, a obrigação do contribuinte localizado no Estado de origem de efetuar inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS, se assim for exigido pela legislação tributária do Estado de destino (cláusula 5ª). Portanto, o remetente de uma mercadoria fica onerado com esta nova exigência burocrática, com novas guias de arrecadação, nova escrituração e com a obrigação de conhecer a legislação da unidade federada de destino do bem (cláusula 6ª), sujeitando-se à fiscalização tributária, conjunta ou isoladamente, de ambos os Estados (cláusula 7ª). Terá ainda o contribuinte de realizar uma análise pormenorizada de cada operação, com cálculo do Adicional ao Fundo de Combate à Pobreza instituído pelos artigos 81 e seguintes das Disposições Transitórias Constitucionais, o que antes somente ocorria em relação à legislação do Estado de origem.

Ocorre que a igualdade de incidência do convênio para todo o empresariado brasileiro ofende o artigo 170, inciso IX, e o conteúdo do artigo 179 da Constituição Federal, segundo os quais a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão ao segmento do pequeno empresário tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-lo "pela simplificação de suas obrigações tributárias, previdenciárias, administrativas e creditícias ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei".

8.5.2. A ADI 5464/2016 DA OAB

Louvando-se nas razões acima expostas, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou, em 29 de janeiro de 2016, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5464/2016 em face do Convênio ICMS 93/2015, sustentando que a cláusula 9ª daquele instrumento regulamentar viola os supracitados dispositivos constitucionais, dentre outras regras da Carta Magna igualmente malferidas, elencadas no contexto daquela peça jurídica. Tal providência judicial passou a interessar ao comerciante eletrônico, pois muitos deles são constituídos na forma de micro ou pequeno empresário, estando, portanto, sob a égide dos benefícios concedidos pelo Simples Nacional.

Como ainda bem lembrado naquela ADI, a Lei Complementar 123/2006 representou, ao mesmo tempo, a criação de regimes especiais para o ICMS, ISS e diversos tributos federais, concentrando-se a arrecadação no denominado DAS (Documento de Arrecadação do Simples). Neste modelo institucional, os diversos tributos são calculados mediante a aplicação de uma alíquota única incidente sobre a receita bruta mensal da micro e pequena empresa e, posteriormente, o produto da arrecadação é partilhado entre os entes tributantes. Assim sendo, prossegue a bem elaborada ação judicial, dentro deste peculiar regime tributário, "não há incidência do ICMS em cada operação de venda realizada, mas sim um fato gerador único verificado ao final de cada mês-calendário, quando da apuração da receita bruta total, relativa às saídas de mercadorias efetuadas no período".

Tal peculiaridade, que impõe notória distinção dos micro e pequenos empresários em face do regime geral de tributação do ICMS, levou a Constituinte a estabelecer, em outro dispositivo da Lei Maior (artigo 146, inciso III, letra "d", da CF), que cabe à lei complementar respeitar o tratamento diferenciado estabelecido em seu artigo 179, inclusive "no caso do imposto previsto no artigo 155, inciso II", da Carta Magna, ou seja, o ICMS. Em outras palavras, o segmento do pequeno empresário não está compelido a obedecer tratamento tributário estabelecido em lei que não seja estritamente derivado do regime especial instituído pela Constituição Federal. Logo, quando o dispositivo constitucional do artigo 146 dispõe que somente lei complementar pode instituir regime especial de tributação para o empresariado de menor porte, evidencia-se claramente a violação acima apontada, pois não caberia ao Confaz, mas sim a uma futura alteração da Lei Complementar 123/2006, regulamentar os efeitos jurídicos derivados da recente Emenda Constitucional 87/2015.

A referida ADI adverte ainda sobre o confronto do Convênio 93/2015 com a regra prevista no artigo 26 da Lei Complementar 123/2006, com a redação dada pela Lei Complementar 147/2014. Ali se determina que é vedada a exigência de obrigações tributárias acessórias relativas aos tributos apurados na forma do Simples Nacional além daquelas estipuladas pelo seu Comitê Gestor, proibindo-se também o "estabelecimento de exigências adicionais e unilaterais pelos entes federativos, exceto os programas de cidadania fiscal". Com tais argumentos, demonstrou-se claramente que o Convênio ICMS 95/2013 fez justamente o contrário do que a Constituição e a lei exigiram, igualando o pequeno empresário aos demais empresários de porte médio e grande, ao invés de diferenciá-lo.

Há, em primeiro lugar, uma preocupação estritamente jurídica, diante da inadequação da sistemática do Convênio com um sistema de arrecadação tributária unificada e centralizada. Mas sobram também preocupações de ordem negocial, já que a aplicação da cláusula 9ª do aludido convênio dificulta a viabilidade econômica das empresas integrantes do Simples Nacional que comercializam produtos para outros Estados da Federação, mercê de entraves técnicos e financeiros a serem superados para compatibilizar seus sistemas informatizados com as novas exigências do Fisco.

8.5.3. A decisão liminar do ministro Dias Toffoli

Ante tão fortes fundamentos, o ministro relator Dias Toffoli concedeu, em caráter liminar, a suspensão da citada cláusula, até pronunciamento final do Plenário da Corte Suprema brasileira. Registrou o magistrado que:

> "A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, a pretexto de regulamentar as normas introduzidas pela Emenda Constitucional 87/2015, ao determinar a aplicação das disposições do convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e pelas Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino, acabou por invadir campo próprio de Lei Complementar, incorrendo em patente vício de inconstitucionalidade..." (fl. 5 da decisão).

Prestigiou-se, portanto, a norma constitucional segundo a qual cabe à lei complementar a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive para o ICMS. Portanto, incumbe somente à Lei Complementar 123/2006 explicitar normas gerais em matéria de legislação tributária em favor daquele segmento empresarial, matéria que não poderia ser regulada em convênio interestadual.

A nosso ver, a pedra de toque da fundamentação jurídica do ministro, em sua louvável decisão, repousa na circunstância de que, no quadro jurídico especial instituído pela Constituição Federal:

> "(...) o microempreendedor, no tocante ao ICMS, nem sempre se submeterá a todas as regras gerais do imposto previstas no texto constitucional. No caso, a LC 123/2006 trata de maneira distinta as empresas optantes desse regime em relação ao tratamento constitucional geral atinente ao denominado diferencial de alíquotas de ICMS referente às operações de saída interestadual de bens ou de serviços a consumidor final não contribuinte...." (fl. 10, grifo nosso).

Analisando-se sinteticamente os argumentos esposados pelo ministro Toffoli, podemos concluir o seguinte: a) existe inconstitucionalidade material na cláusula 9ª do Convênio ICMS 93/2015, pois não foi respeitada a diferenciação de tratamento tributário exigida pela Constituição Federal entre o segmento do pequeno empresário e os demais empresários; b) existe igualmente uma inconstitucionalidade formal, pois não cabe àquele Convênio estipular regras tributárias peculiares àquele segmento, prerrogativa reservada à Lei Complementar de que trata o artigo 146 da Constituição Federal; c) a sistemática do Simples Nacional é excludente do pagamento de diferencial de alíquota na saída interestadual de bens e serviços promovida por empresa optante; d) o recolhimento deste diferencial pelos microempresários e empresários de pequeno porte representaria aumento expressivo da carga tributária recolhida pelas empresas do Simples Nacional.

Cumpre registrar que a CNC endossou inteiramente as razões jurídicas invocadas pela OAB para combater o Convênio ICMS 93/2015, ingressando, no dia 8 de agosto de 2016, como *amicus curiae* naquela demanda perante o Supremo Tribunal Federal.

8.5.4. A ADI 5469 proposta pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm)

Em 5 de fevereiro de 2016, a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm) ingressou com a ADI 5469 no Supremo Tribunal Federal, que se encontra igualmente sob a relatoria do ministro Toffoli. A referida demanda reitera os argumentos já expendidos pela OAB e pela CNC em relação à cláusula 9ª do Convênio ICMS 93/2015, mas amplia o pedido de inconstitucionalidade, que atinge também as cláusulas 1ª, 2ª, 3ª e 6ª do citado instrumento normativo. Vejamos os fundamentos da ABComm, numa ligeira síntese:

Cláusula 1ª

Segundo a autora da demanda, o Convênio é ato inadequado para tratar do fato gerador específico, qual seja "das operações e prestações que destinem bens e serviços ao consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada".

A ABComm relembra que o artigo 146, inciso III, letra "a", prescreve que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre "definições de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes...". O Código Tributário Nacional, que tem "status" de Lei Complementar, segundo pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, trata das questões elencadas no citado dispositivo constitucional, mas o ICMS passou a ter regulamentação legal própria a partir da edição da Lei Complementar 87/1996, a chamada "Lei Kandir", em atenção ao que dispõe o artigo 155, § 2º, inciso XII, da Carta Magna brasileira. Por sua vez, vigora igualmente a Lei Complementar 24/75, que trata de isenções, incentivos e benefícios fiscais no âmbito do citado tributo.

Como o fator gerador do ICMS já foi especificamente tratado no artigo 2º, § 2º, da Lei Complementar 87/96, é inconstitucional sua regulação por Convênio, provocando ferimento ao princípio da legalidade.

Cláusula 2ª

A cláusula 2ª do Convênio ICMS 93/2015 trata de base de cálculo e alíquotas do ICMS, matéria reservada à Lei Complementar, havendo, por igual, violação ao princípio da legalidade.

Cláusula 3º

Segundo a ABComm, a cláusula 3ª do Convênio em tela foi redigida "às pressas", mostrando-se "bastante confusa". Em resumo, ela trata da não cumulatividade do imposto, permitindo que o crédito relativo às operações e prestações anteriores seja deduzido "do débito correspondente ao imposto devido à unidade federada de origem". Acontece que o Convênio não trata do tributo recolhido no Estado de destino, enquanto que, como ressaltado na ADI, "a Constituição de 1988 determina a compensação total do imposto, sendo absurdo o Convênio determinar que, no sistema crédito/débito, apenas o tributo recolhido à origem seja compensado". Haveria, portanto, afronta do Convênio em relação a normas constitucionais e legais.

Cláusula 6ª

Queixa-se a demandante de que a cláusula 3ª trata "abertamente" de base de cálculo, determinando que, no cálculo do diferencial de alíquota do tributo na origem, seja observada a legislação da unidade federada de destino do bem ou do serviço. Como não cabe a Convênio regular base de cálculo, como já alegado acima, a cláusula é igualmente inconstitucional, atentando contra o princípio da legalidade.

8.5.5. Prognósticos sobre os questionamentos ao Convênio ICMS 93/2015

Como demonstrado pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidades interpostas pela OAB (com a interveniência da CNC, na qualidade de *amicus curiae*) e pela ABComm, há sérias inconsistências na edição de algumas cláusulas elencadas no Convênio ICMS 93/2015, especialmente a cláusula 9ª, que contrasta inequivocamente com a regra constitucional da diferenciação e simplificação das obrigações tributárias em favor das micro e pequenas empresas. Neste particular, a fundamentação robusta apresentada em decisão cautelar do ministro Toffoli já aponta para a provável procedência das ADIs interpostas no Supremo Tribunal Federal, que agirá, mais uma vez, dentro da sua missão precípua de guardião da Constituição Federal.

9.
CONCLUSÃO

O comércio eletrônico despontou a partir dos anos 1990 e hoje se tornou indissociável às atividades do universo virtual. Representa a face econômica da Internet, a par de seus outros matizes, quais sejam fomentar a informação e o conhecimento, estreitar relações culturais entre os povos, exercitar a cidadania pelos meios digitais, desenvolver a criatividade humana e se constituir em elemento de aproximação entre as pessoas e os povos, em nível nacional e internacional, graças à velocidade e abrangência dos seus poderes de comunicação.

A Lei 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, exaltou expressamente os valores da livre iniciativa e da livre concorrência e deu ampla liberdade para que se desenvolvam na Web os "modelos de negócios", ou seja, deu sinal verde para que o comércio eletrônico progrida incessantemente, dentro de um ambiente de regulação legal, proporcionando aos empreendedores a segurança jurídica de que necessitam. Por outro lado, ao arrolar uma série de direitos em favor dos usuários, prestigiou *ipso facto* o empresário eletrônico, assegurando-lhe privacidade e inviolabilidade do fluxo de suas comunicações, além de outras garantias exercidas em face de seus provedores de acesso e de aplicações da Internet, sempre regidas pelo princípio da transparência.

Por sua vez, o Direito Digital é o instrumento jurídico de que vale o comércio no cumprimento de seus direitos e obrigações, num contexto de evolução tecnológica permanente, fonte de desafios para a criação contínua de novas "regras do jogo", sempre que inovações sejam introduzidas pela informática. Esta "tecnologia nossa de cada dia" está dando asas à imaginação, fazendo com que a "ficção científica" se transforme em mera "previsão científica". Experimentamos uma sensação diuturna de que nada mais será "ficto", pois não mais nos surpreenderemos com o que pode acontecer no porvir da humanidade, rodeada de aparatos técnicos e científicos que nos ajudarão a nos conectar ainda mais, com

a colaboração de máquinas, robôs e "chips", numa perspectiva de longevidade do indivíduo, graças ao progresso da medicina, especialmente a genética.

Enquanto os mais velhos penetram neste novo mundo como migrantes digitais, os mais novos já são considerados nativos digitais, manejando com sua própria intuição as técnicas, as fórmulas e os aplicativos que hoje integram a realidade da TI em qualquer região do mundo. A Sociedade da Informação evolui por "saltos quânticos", já exibindo sua irreversibilidade e sua capacidade de realizar, em tão pouco tempo, as transformações culturais, intelectuais e sociais contra as quais não mais é possível oferecer resistências, sob o risco de sofrermos ostracismos digitais. Ao contrário, todo o movimento, todo o "andar da carruagem" é no sentido de se acelerar a inclusão e a educação digital, para que as pessoas encontrem um novo palco de vida, um novo cenário em que nos entrelaçamos com a tecnologia e nela buscamos ajuda e facilidades em prol de nossos objetivos e realizações. Eis por que somos todos visionários de um futuro que já chegou.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Luiz Claudio Pinho (Coord.). O Comércio, a internet e os organismos internacionais: construindo a estrutura do comércio eletrônico. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 1999.

_____. O comércio e a internet. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 1999.

ARAUJO, Marcelo Barreto. Comentários à Lei 12.846/2013: diretivas sobre o programa de compliance. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2016. 114 p.

CEROY, Frederico Mainberg. Os conceitos de provedores no marco civil da internet. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>. Acesso em: 25 fev. 2017.

CORRÊA, Júlio César Dutra. Nome de domínio: enseja proteção equiparável às marcas ou é apenas mais um signo distintivo para o exercício da atividade empresarial? Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11054>. Acesso em: 10 fev. 2017.

DIMANTAS, Hernani. As zonas de colaboração-metareciclagem: pesquisa–ação em rede. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-17022011-122400/pt-br.php>. Acesso em: 10 fev. 2017.

DOMAUS, Victor Pellegrino da Silva. Conflitos entre marca registrada, nome empresarial e nome de domínio. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30404/conflitos-entre-marca-registrada-nome-empresarial-e-nome-de-dominio>. Acesso em: 10 fev. 2017.

FARAH, Rafael Mott. A responsabilidade dos estabelecimentos comerciais no fornecimento de rede Wi-Fi a seus clientes. In: PINHEIRO, Patricia Peck. (Coord.). Direito digital aplicado 2.0. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. et al. Marco civil da internet: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. Metodologia jurídica político-constitucional e o marco civil da internet:

contribuição ao direito digital. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). Marco civil da internet: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
FODITSCH, Nathalia; BELLI, Luca. Da escassez à abundância: sobre o debate acerca do uso eficiente do espectro eletromagnético. In: KNIGHT, Peter. (Org.). Banda larga no Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Novo Século, 2016.
FOHRMANN, Ana Paula Barbosa; SILVA, Antonio dos Reis. O discurso do ódio na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Direito privado e internet. São Paulo: Atlas, 2014.
GOMES, Carlos Thadeu de Freitas. O avanço das moedas virtuais. Sumário Econômico, Rio de Janeiro, v. 34, n. 1.464, p. 1-2, 21 out. 2016. Disponível em: <http://cnc.org.br/sites/default/files/arquivos/sumario_1464.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.
GOMES, Orlando. Contratos. Atualização Humberto Theodoro Junior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
HOFELMAN, Anderson. Vender na internet, por onde começar. São Paulo: Senac, 2016.
IHERING, Rudolf Van. A luta pelo direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antonio. Marco civil da internet: comentários à Lei 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2014.
JESUS, Damásio E. de. Direito penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
KLEIN, Vinícius. As contratações eletrônicas interempresariais e o princípio da boa-fé objetiva: o caso do EDI. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Direito privado e internet. São Paulo: Atlas, 2014.
MELCHIOR, Silvia Regina Barbuy. Neutralidade no direito brasileiro. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). Marco civil da internet: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
MENDONÇA, Celina. Empresas podem monitorar e-mails corporativos de funcionários. Disponível em: <https//noticias.uol.com.br/opinião/coluna/2014/08/21/empresas-podem-monitorar-e-mails-corporativos-de-funcionários.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.
MODENESI, Pedro. Contratos eletrônicos de consumo: aspectos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Direito privado e internet. São Paulo: Atlas, 2014.
PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
SILVA, Carolike Teófilo da. A privacidade na era da ausência da privacidade. In: PINHEIRO, Patricia Peck. (Coord.). Direito digital aplicado 2.0. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 203.
REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SERRO, Bruna Manhago. Da responsabilidade civil dos provedores de aplicações frente à lei 12.965/2014: análise doutrinária e jurisprudencial. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3., 2015, Santa Maria; CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA, 5., Santa Maria. Resumos... Rio Grande do Sul: Universidade Federal de Santa Maria, 2015.
SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
SILVEIRA, Artur Barbosa da Silveira. Os crimes cibernéticos e a Lei nº 12.737/2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-crimes-ciberneticos-e-a-lei-no-127372012,52253.html>. Acesso em: 15 out.2016.
SLEIMAN, Cristina. Lei 12.737/2012: Carolina Dieckmann para quem não é advogado. Disponível em: <http://www.direitolegal.org/destaque/trabalho-remoto-pode-gerar-vinculo-empregaticio-2/>. Acesso em: 15 out. 2016.
TRANQUILLINI NETO, Aristides. Os dados são a nova moeda digital. In: PINHEIRO, Patricia Peck. (Coord.). Direito digital aplicado 2.0. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 65-70.
VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coords.). Marco civil da internet: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. Marco civil da internet: anotações à Lei nº 12.965/2014. 2. ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015.

OUTRAS FONTES

Pesquisas diversas em sites da Internet, conforme notas de rodapé mencionadas no texto.

Notas Taquigráficas do Seminário sobre Comércio Eletrônico, realizado na CNC pelo Escritório de Advocacia Opice Blum, Bruno, Abrusio, Vainzof no dia 16 de novembro de 2016.

Referências bibliográficas de diversos jornais e revistas, conforme notas de rodapé mencionadas no texto.

Trabalho do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo Nova Lei de Crimes Cibernéticos Entra em Vigor. Disponível no site caocrim@mp.sp.gov.br, acesso em 15.10.2016.

Publicação impressa na Imos Gráfica e Editora.
Rio de Janeiro, 2017.

Impresso em Pólen 90g/m^2.
Famílias Adobe Garamond Pro
e Helvética Neue LT Pro.

A Lei 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, exaltou expressamente os valores da livre iniciativa e da livre concorrência e deu ampla liberdade para que se desenvolvam na Web os “modelos de negócios”, ou seja, deu sinal verde para que o comércio eletrônico progrida incessantemente, dentro de um ambiente de regulação legal, proporcionando aos empreendedores a segurança jurídica de que necessitam. Por outro lado, ao arrolar uma série de direitos em favor dos usuários, prestigiou ipso facto o empresário eletrônico, assegurando-lhe privacidade e inviolabilidade do fluxo de suas comunicações, além de outras garantias exercidas em face de seus provedores de acesso e de aplicações da Internet, sempre regidas pelo princípio da transparência.

www.cnc.org.br

CNC