



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ISABELA CRISTINA SABO

**IMPUTAÇÃO DA VONTADE VIRTUAL:
VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS NA
INTERNET POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES
ABSOLUTAMENTE INCAPAZES E A RESPONSABILIDADE
CONCORRENTE DOS PAIS E DOS FORNECEDORES**

ISABELA CRISTINA SABO

**IMPUTAÇÃO DA VONTADE VIRTUAL:
VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS NA
INTERNET POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES
ABSOLUTAMENTE INCAPAZES E A RESPONSABILIDADE
CONCORRENTE DOS PAIS E DOS FORNECEDORES**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Tarcisio Teixeira

Londrina
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

Sabo, Isabela Cristina.

Imputação da vontade virtual : validade dos negócios jurídicos celebrados na Internet por crianças e adolescentes absolutamente incapazes e a responsabilidade concorrente dos pais e dos fornecedores / Isabela Cristina Sabo. - Londrina, 2017. 167 f.

Orientador: Tarcisio Teixeira.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2017.

Inclui bibliografia.

1. Direito Civil - Tese. 2. Direito do Consumidor - Tese. 3. Direito e Internet - Tese. I. Teixeira, Tarcisio. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

ISABELA CRISTINA SABO

IMPUTAÇÃO DA VONTADE VIRTUAL:
VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS NA
INTERNET POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES ABSOLUTAMENTE
INCAPAZES E A RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DOS PAIS E
DOS FORNECEDORES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Tarcisio Teixeira
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Newton De Lucca
Universidade de São Paulo - USP

Londrina, 29 de junho de 2017.

Aos meus pais, meu maior alicerce.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que em qualquer manifestação de fé na qual é invocado, é detentor de uma luz que nos guia e nos protege de maneira inexplicável, fazendo-nos refletir nos momentos de erros e acertos e acreditar que não estamos sozinhos.

Aos meus pais, Paulo e Fátima, cujo apoio na realização do estudo transcende qualquer obstáculo; por zelarem por mim, com amor infinito, em todas as dificuldades.

Ao irmão Paulinho, por me despertar desde criança o interesse pela Informática e me permitir realizar pesquisas interdisciplinares durante o curso.

Ao Feres, pelo sólido companheirismo; por compartilhar comigo os mesmos sonhos; e por sempre me guardar, ainda que distante, uma palavra de força e de carinho nos momentos de desânimo e incerteza.

Ao Professor Doutor Tarcisio Teixeira, por ter acreditado no tema deste trabalho em 2015 e me revelar, desde então, um grandioso caminho na área acadêmica; pelas oportunidades proporcionadas ao longo do curso; pelos conselhos atentados à minha formação, e pela constante paciência, estima e cuidado conferidos a mim na orientação.

À Professora Doutora Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, por não medir seu tempo e espaço para me acolher; pelos conhecimentos jurídicos fundamentais obtidos em suas disciplinas e pelas contribuições basilares direcionadas à lapidação deste trabalho. Minha admiração e profundo respeito à sua história, coragem e dedicação, e também à sua bagagem acadêmica.

Ao Professor Doutor e Desembargador Newton De Lucca, que gentilmente aceitou despendar seu tempo no exame deste trabalho e deslocar-se de São Paulo a Londrina para compor a banca examinadora, honrando-me com a presença em minha defesa de um importante nome e referencial teórico do Direito do Espaço Virtual.

À Professora Doutora Tânia Lobo Muniz, pela valiosa experiência na Revista *Scientia Iuris*; pelo apreço com que sempre me distinguiu em minhas dúvidas e imperfeições e por cultivar uma postura inspiradora.

Ao Professor Doutor Miguel Etinger de Araújo Junior, pela excelente coordenação do Programa; pela serenidade, compreensão e segurança transmitidas aos alunos.

Aos docentes do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, figuras geniais, por me apresentarem um amplo mundo cognitivo que abarca a ciência do Direito e por me conduzirem à luz do ensinamento durante as aulas.

Ao Francisco Carlos Navarro (o Chico), por ser o secretário mais prestativo que já conheci.

Aos amigos da turma do Mestrado, pessoas incríveis e com futuros brilhantes, por tornarem especiais, leves e divertidos todos os momentos do curso; por me darem assistência, em diversas circunstâncias, na permanência em Londrina. Destaco um agradecimento à Nida, amiga de longa data, pela irmandade duradoura e confiança recíproca nesta etapa compartilhada. E também à Ana, não só por me conceder estadia inúmeras vezes, mas pela grande amizade que construímos e por ter um coração que não lhe cabe no peito.

À Dr.^a Marlene Tissei São José, pessoa de ímpar sabedoria e otimismo, pelo aprendizado pessoal e profissional na advocacia desde 2011; pelo suporte essencial e pela anuência com o meu distanciamento durante a trajetória no Mestrado.

Ao Sr. Werner Paulo Oesterle e à Émilin Casagrande de Souza, pelo célere auxílio com as traduções da língua alemã e francesa, respectivamente.

À Bibliotecária Laudicena de Fátima Ribeiro, pela permanente disposição em me atender e pelos esclarecimentos normativos.

À Professora Mestre Cláudia Vanessa Bergamini, pela diligência na revisão deste trabalho.

À Universidade Estadual de Londrina, estrutura primordial na realização deste sonho, por me receber em seu quadro de discentes.

À CAPES, pela ajuda financeira destinada aos alunos de pós-graduação, que muito facilitou o trâmite desta jornada.

Às bibliotecas da UEL, UEM, CESUMAR, PUC-PR (por meio da amiga e “estagiária” Natália), FDUSP (por meio do amigo Pedro) e UFSC, que muito me socorreram.

A todos aqueles que à sua maneira torceram por mim e colaboraram para que o percurso dessa jornada fosse possível.

Valendo-me das palavras de Anna Lins dos Guimarães Peixoto Bretas (Cora Coralina): “Sou feita de retalhos. Pedacinhos coloridos de cada vida que passa pela minha e que vou costurando na alma. Nem sempre bonitos, nem sempre felizes, mas me acrescentam e me fazem ser quem eu sou. Em cada encontro, em cada contato, vou ficando maior. Em cada retalho, uma vida, uma lição, um carinho, uma saudade. Que me tornam mais pessoa, mais humana, mais completa. E penso que é assim mesmo que a vida se faz: de pedaços de outras gentes que vão se tornando parte da gente também [...]. Portanto, obrigada a cada um de vocês, que fazem parte da minha vida e que me permitem engrandecer minha história com os retalhos deixados em mim”.

SABO, Isabela Cristina. **Imputação da vontade virtual**: validade dos negócios jurídicos celebrados na Internet por crianças e adolescentes absolutamente incapazes e a responsabilidade concorrente dos pais e dos fornecedores. 2017. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

RESUMO

As novas tecnologias de informação e comunicação favorecem as relações negociais, em especial as relações de consumo, visto que o meio digital, representado pela Internet, elimina qualquer dificuldade relativa ao tempo e ao espaço físico. Entretanto, constata-se, no atual cenário, um manejo desorientado dessas novas tecnologias por crianças e adolescentes absolutamente incapazes, atrelado às diversas ferramentas eletrônicas que estão ao seu alcance (smartphones, computadores, tablets, videogames, entre outros). Empregando-se o método dedutivo e, a partir de investigações teóricas, a pesquisa apura a validade dos negócios jurídicos celebrados, na Internet, por crianças e adolescentes incapazes, com a imputação de sua vontade virtual aos pais (primeiro problema). Partindo-se da concepção de que crianças e adolescentes são considerados seres hipervulneráveis (termo atribuído pelo Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina), que carecem de proteção integral, de acordo com os preceitos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o trabalho explora as críticas e sugestões sobre o sistema legal vigente das incapacidades e das invalidades, no que se refere ao campo do negócio jurídico. A pesquisa analisa, ainda, as demais abstrações jurídicas que contornam o problema, quais sejam, os fatos jurídicos, os atos-fatos jurídicos, a relação jurídica e a situação jurídica, bem como o negócio jurídico sob o enfoque da teoria da vontade e da declaração, no sentido de definir a natureza jurídica do fenômeno. Quanto às consequências jurídicas desse fenômeno (segundo problema), recorre-se ao instituto da responsabilidade civil, abordando seus alcances e perspectivas, bem como sua função preventiva combinada com a função promocional do Direito. O estudo apresenta, também, a responsabilidade civil do incapaz, dos pais pelos filhos menores, dos fornecedores nas relações de consumo e dos provedores de Internet. Ao final, propõe a responsabilidade concorrente como solução ao problema proposto, com base na teoria unitária da responsabilidade civil (que rejeita a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual), ponderando-se a conduta dos pais e das empresas atuantes no comércio eletrônico, no intuito de buscar o melhor interesse da criança e do adolescente, aplicando-se, de maneira equitativa, as normas que regem a matéria investigada.

Palavras-chave: Internet. Negócios jurídicos. Hipervulnerabilidade. Imputação da vontade virtual. Responsabilidade concorrente.

SABO, Isabela Cristina. **Imputation of the virtual will**: questioning the validity of unable child and adolescent's legal business transaction on the Internet, and the concurrent liability of their legal representatives and companies. 2017. 167 p. Dissertation (Master's degree in Business Laws) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2017.

ABSTRACT

Information and communication technologies are transforming business relations, especially consumption relations, since the digital mediums represented by the Internet removes time constraints and physical barriers, thus propelling the creation of new legal relations. Children and adolescents of our modern era are increasingly utilizing these technologies e.g., smartphones, computers, tablets, videogames, among others. Moreover, with the use of the deductive method and theoretically examined investigation, this research ascertains the validity of legal transactions made by children or adolescents, as the imputation of their virtual will befalls on their parents or legal representatives (first problem). Furthermore, if we consider that children and adolescents are 'hypervulnerable beings', i.e., *seres hipervulneráveis* – a term given by the Brazilian Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça – STJ) and legal scholars – then they need to be protected in accordance with the norms of the Brazilian Federal Constitution and the Brazilian Child and Adolescent Statute (CAS). This paper also explores criticisms and suggestions of the current Brazilian legal system, as there are various incapacities and invalidities in the area of legal business transactions. Additionally, this study analyzes legal abstractions that circumvent this problem, which can take on the form of legal facts, legal acts, legal relations and legal situations; as well as legal transactions under the 'theory of the will and declaration', as it defines the legal nature of this phenomenon. In addition to examining the legal consequences of this continuous occurrence (second problem), this paper uses the institution of civil liability, addressing its scope and perspectives, as well as its preventive and promotional law-based utility. The study also analyzes the civil liability of the legally incapable, parents of minors, suppliers because of their relationship with consumers, and Internet providers. Finally, after all this research, this paper proposes 'concurrent liability' as a solution for this problem and is based on the 'unitary theory of civil liability', which rejects the distinction between contractual and non-contractual liability. With that being said, this theory also weighs the actions of legal representatives of minors and companies whom benefit from electronic commerce, as a way to materialize a minor's interest through the application of norms that govern the area in an equitable way.

Keywords: Internet. Legal business transactions. Hypervulnerability. Imputation of the virtual will. Concurrent liability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemão)
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
MCI	Marco Civil da Internet
ONU	Organização das Nações Unidas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
WWW	<i>World Wide Web</i> (rede de alcance mundial)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 SOCIEDADE DE CONSUMO E DA INFORMAÇÃO: O CONTRATO NA CONTEMPORANEIDADE	18
1.1 REFLEXOS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: A DEMANDA DO CONSUMO, A PROLIFERAÇÃO CONTRATUAL E A INSUFICIÊNCIA NORMATIVA	18
1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UMA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA EM CONSTRUÇÃO	26
1.3 DO NEGÓCIO JURÍDICO CLÁSSICO AO ELETRÔNICO	35
2 VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES NA INTERNET A PARTIR DA IMPUTAÇÃO DA VONTADE VIRTUAL	43
2.1 TUTELA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A HIPERVULNERABILIDADE	43
2.2 A INCAPACIDADE CIVIL E O PLANO DA VALIDADE	48
2.2.1 Legislação e Teoria Atuais: Exposição e Críticas	48
2.2.2 Natureza Jurídica do Problema	61
2.2.2.1 Fatos jurídicos. Espécies	62
2.2.2.2 Relação jurídica. Direito objetivo e direito subjetivo	64
2.2.2.3 Situação jurídica. Interesse	67
2.2.2.4 Negócio jurídico. Teoria da vontade e teoria da declaração	72
2.3 A AUTODETERMINAÇÃO E A NECESSIDADE DE RELEITURA DA TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO	78
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS E DOS FORNECEDORES	89
3.1 EVOLUÇÃO E FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	89
3.1.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual. Alcances e Perspectivas	89
3.1.2 Prevenção e Promoção	95

3.1.3	A Teoria Unitária.....	100
3.2	RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DOS FORNECEDORES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS.....	107
3.2.1	Deveres Jurídicos.....	109
3.2.2	Prática e Publicidade Abusiva	112
3.2.3	Excludentes e Atenuantes de Responsabilidade.....	116
3.2.3.1	Conduta exclusiva da vítima e conduta exclusiva de terceiro.....	117
3.2.3.2	Caso fortuito ou força maior	119
3.2.3.3	Risco do desenvolvimento.....	122
3.2.3.4	Conduta concorrente	126
3.2.4	Responsabilidade Civil dos Provedores	128
3.3	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INCAPAZES E DOS PAIS (E EQUIPARADOS).....	136
3.4	UMA PROPOSTA DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENTE	145
	CONCLUSÃO	151
	REFERÊNCIAS.....	156

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade é caracterizada por constantes evoluções da realidade social, dentre as quais advém a Internet. Embora sejam indiscutíveis e inúmeros os benefícios trazidos pelo meio digital, como a facilitação da comunicação, da interatividade e, por conseguinte, dos negócios jurídicos para fins de consumo, institutos jurídicos são desafiados a oferecer respostas a um mundo tecnologicamente avançado.

Neste cenário, o homem, enquanto consumidor, corresponde a um sujeito cada vez mais dependente das novas tecnologias, estando conectado a todo instante por meio de diversos aplicativos que permitem, concomitantemente, o acesso imediato a questões de sua vida privada, profissional e social. É possível afirmar que o fenômeno da inclusão digital abrange qualquer pessoa, dispensando qualquer filtro com relação à idade, raça, escolaridade, ou grupo social.

Entretanto, observa-se que as novas tecnologias adentraram com certa intensidade no cotidiano de crianças e adolescentes, que utilizam a Internet e o comércio eletrônico muitas vezes de forma desorientada, à vista do alcance facilitado a smartphones, computadores, videogames, tablets, entre outras ferramentas eletrônicas. Como resultado, vislumbram-se consequências jurídicas indesejadas advindas do consumo irregular e não fiscalizado pelos pais.

Considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) estabelece como criança a pessoa até 12 (doze) anos incompletos, e adolescente a pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos (art. 2º), bem como considerando que o Código Civil (Lei n. 10.406/2002) designa como absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil a pessoa de 16 (dezesesseis) anos (art. 3º), o problema inicial desta pesquisa consiste em investigar a validade dos negócios jurídicos realizados, na Internet, por crianças e adolescentes absolutamente incapazes (ou seja, pessoas de até 16 anos incompletos), a partir da obtenção de dados de seu representante legal sem a expressa autorização deste.

Esse fenômeno será tratado como “imputação da vontade virtual”: a declaração de vontade no meio eletrônico, uma vez captada por dados do representante legal fornecidos pelo menor (a exemplo, obtidos em documentos pessoais, em cartão de crédito etc.), perpassa do agente incapaz ao agente capaz. As consequências que referidos negócios geram para os pais são diversas. A mais

comum, por sua vez, é a compra de produto ou serviço de significativo valor, o que será aferido com base nas condições econômico-sociais da família. E, no eventual inadimplemento da obrigação contraída, menciona-se a possibilidade de negativação do nome, o superendividamento dos pais, entre outras. A questão se agrava quando os efeitos jurídicos desse negócio são impossíveis de serem desconstituídos, a exemplo, quando o produto já foi consumido, o serviço já prestado, ou ainda, quando os 7 (sete) dias para alegar o direito de arrependimento já transcorreram (art. 49, CDC).

Analisado o primeiro problema no que tange à validade, passa-se a examinar o segundo problema, que decorre exatamente das consequências ora apontadas. Na maioria das ocasiões, esses negócios são celebrados em razão de publicidade abusiva ou por meio de práticas comerciais lançadas no ambiente virtual, situações previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e entendidas pela doutrina como ilícitos civis (art. 37, § 2º e art. 39, IV, respectivamente). Ou, ainda, quando há omissão para com os deveres de informação, cautela e segurança, que emergem do dever geral de boa-fé e estão irradiados nas leis que interessam à pesquisa, quais sejam, no Código de Defesa do Consumidor, no Decreto n. 7.962/2013 (regulamentação do *e-commerce*) e no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

Diante dessas circunstâncias, para dirimir as consequências derivadas desses negócios, isto é, os efeitos jurídicos produzidos, será necessário recorrer ao instituto da responsabilidade civil extracontratual e contratual, verificando-se as condutas das partes envolvidas: dos pais, quanto ao seu dever de vigilância e educação, que gera a responsabilidade pelos atos dos filhos menores, disciplinada pelo Código Civil; e dos fornecedores do produto e do serviço, cujos deveres jurídicos no âmbito pré-contratual estão regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Excluem-se do foco de investigação os negócios jurídicos celebrados por crianças e adolescentes relativamente incapazes (entre 16 anos completos até 18 anos incompletos – art. 4º, I, CC), em razão de haver situação próxima já regrada pelo art. 180, do CC; como descartam-se, também, os negócios jurídicos celebrados por menores emancipados, em razão da cessação da incapacidade e da extinção, nesse caso, do poder familiar (art. 5º, § único, I e art. 1.635, CC). E ainda, afasta-se da investigação a responsabilidade do fornecedor quando da ocorrência de fato ou

vício do produto ou do serviço (art. 12 e seguintes e art. 18 e seguintes, CDC), ao passo que a existência de defeito no produto ou no serviço consistirá em uma consequência a mais. Ou seja, além da obrigação contraída de maneira indesejada, demandará a análise de mais uma conduta por parte do fornecedor (a de ter colocado em circulação produto defeituoso).

Fazem-se, ainda, duas observações de ordem terminológica presentes no título do trabalho. A primeira refere-se a “crianças e adolescentes” ao invés de “menores” absolutamente incapazes por conta da própria evolução da lei inerente à matéria: do criticado Código de Menores (Lei n. 6.697/1979) ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), que trouxe a distinção etária entre crianças e adolescentes para fins de melhor aplicação da norma. A segunda refere-se aos “pais”, por conta da disciplina extraída do art. 932, I, do Código Civil, no campo da responsabilidade civil. No entanto, compreende-se que os problemas assinalados atingem o representante legal de maneira ampla, ao passo que a hipótese apresentada estende-se aos equiparados à condição de pais (tutores, guardiões, ou aqueles que, por determinada razão, estiverem na condição de autoridade sob a criança ou o adolescente).

Diante do exposto, o objetivo geral do trabalho consiste em demonstrar o caminho da tutela jurídica, de forma equitativa, quando da ocorrência de negócios jurídicos realizados por crianças e adolescentes absolutamente incapazes. Embora indesejados tais negócios, são propiciados com a imputação da vontade virtual dos filhos aos seus pais. De forma específica, o trabalho pretende a) analisar cientificamente o problema dos negócios jurídicos celebrados, via Internet, envolvendo crianças e adolescentes, considerando a imensidão de novas tecnologias que facilitam essa prática; b) demonstrar as consequências que referidos negócios indesejados geram para os pais; e c) identificar os sujeitos de responsabilização frente à situação de hipervulnerabilidade das crianças e adolescentes absolutamente incapazes, como forma de orientação no uso seguro da Internet e no comportamento dentro do ambiente eletrônico, voltados para o comércio e o consumo.

O método empregado consiste no dedutivo, que corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir do problema em geral (teoria geral do negócio jurídico e teoria da responsabilidade civil), para, após, incorrer em evidências concretas e alcançar a solução específica (a possibilidade dos negócios jurídicos

realizados por crianças e adolescentes absolutamente incapazes em razão da imputação da vontade virtual aos pais serem reputados válidos, bem como a possibilidade de a responsabilidade civil dos pais ser cotejada com a responsabilidade civil dos fornecedores).

Para tanto, serão aplicadas técnicas de investigação teórica, buscando-se um contato mediato com a realidade estudada, valendo-se de análises dogmáticas a partir das fontes primárias do Direito (Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como buscas em legislações estrangeiras que projetam na temática pesquisada (Código Civil português, alemão, italiano, francês e argentino), no sentido de se conhecer sistematicamente o ordenamento jurídico brasileiro, além de outros ordenamentos que, de alguma forma, contornam os problemas indicados. Além disso, a pesquisa bibliográfica em obras relacionadas ao assunto desempenha relevante papel, pois auxilia na delimitação dos problemas e na formulação das hipóteses.

Diante dessas considerações, lançam-se as seguintes hipóteses aos dois problemas expostos: com relação aos negócios jurídicos celebrados em que a vontade virtual da criança ou do adolescente absolutamente incapaz é imputada ao representante legal, propõe-se que esse negócio será válido nos termos da declaração exteriorizada, sobretudo quando não há como desconstituir os efeitos jurídicos gerados de forma automática. Quanto à responsabilidade civil, aventa-se a possibilidade da responsabilidade concorrente, em razão da conduta dos pais (ausência do dever de vigilância, educação etc.) e da conduta dos fornecedores (ausência do dever de informação, segurança, cautela etc.) contribuírem para a realização desse negócio jurídico válido e eficaz, porém antagônico à vontade real dos pais.

Para sustentar as hipóteses apresentadas, o trabalho será organizado em três seções.

A primeira contextualizará o negócio jurídico no cenário da sociedade de consumo e da informação. A revolução tecnológica ocorrida no final do século XX refletiu no modo de vida da sociedade e, conseqüentemente, na maneira das pessoas realizarem seus negócios. Essa alteração da realidade econômica e social desencadeia na ascensão do comércio eletrônico. Paralelo ao progresso da informática, o Direito Privado é submetido a uma releitura constitucional, tendo como centro de análise a dignidade da pessoa humana, ocasião em que advém novos

microsistemas com o intuito de proteção da parte mais fraca da relação, ou seja, a parte vulnerável. O Código de Defesa do Consumidor é um dos principais expoentes dessa visão e é instigado a oferecer a proteção nas atuais relações de consumo concebidas no ambiente virtual.

Um dos pontos investigados nesse panorama é possibilidade de validade dos negócios jurídicos, visto que o meio digital, uma vez ausente a presença física das partes contratantes, permite que crianças e adolescentes absolutamente incapazes para os atos da vida civil celebrem negócios a partir da obtenção de dados de seu representante legal (a exemplo, quando o menor está em posse de documento pessoal ou do cartão de crédito de seus pais). Este primeiro problema sinalizado será objeto de análise da segunda seção, na qual se estuda a legislação nacional e estrangeira, bem como as teorias atinentes à incapacidade civil e, sobretudo, à invalidade dos negócios jurídicos, prosseguindo-se pelos planos de existência, validade e eficácia. A atenção será maior no plano de validade, momento em que os negócios realizados por crianças e adolescentes incapazes encontra o óbice legal quanto à nulidade (art. 166, I, CC).

Nessa seção, será considerado que a doutrina consumerista, ratificada por decisão do Superior Tribunal de Justiça, reconhece que crianças e adolescentes são seres hipervulneráveis, carecedores de proteção especial, dada a sua idade reduzida e, por isso, considerados seres em desenvolvimento físico e mental. Essa mesma proteção, nos termos do art. 227, da Constituição Federal, e do art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, possui caráter integral, estendendo-se a toda a sociedade, ora devida tanto pelos pais, quanto pelos fornecedores atuantes no comércio eletrônico e pelo Estado.

Outro assunto de relevância da segunda seção é a busca pela natureza jurídica do fenômeno em análise, o que será investigado com base na teoria geral do negócio jurídico. Para tanto, serão examinadas as seguintes abstrações: o fato jurídico e suas espécies (nelas compreendido o ato-fato jurídico), a relação jurídica e as noções de direito objetivo e direito subjetivo, a situação jurídica, a noção de interesse, e, por fim, o negócio jurídico sob a ótica da teoria da vontade e da declaração. Também será apresentada uma proposta de releitura da teoria geral do negócio jurídico, sobretudo no campo das invalidades, dada a interferência da tecnologia na vida das pessoas e a ampliação das liberdades fundamentais.

Salienta-se que esse último estudo não confere enfoque principal ao trabalho, reduzindo-se a uma sugestão a partir do problema discutido.

A terceira seção será dedicada ao estudo da responsabilidade civil, na qual analisa-se a evolução do instituto, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, tendências da matéria, bem como a discussão a respeito da teoria unitária da responsabilidade civil. Nessa ocasião, também será ponderado a respeito da função da responsabilidade civil, dando enfoque à sua função preventiva em paralelo com a função promocional do Direito.

A investigação se expande para a responsabilidade civil pré-contratual dos fornecedores, sob a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, momento de verificação dos deveres jurídicos das empresas atuantes no comércio eletrônico (nelas incluída a figura do provedor), como também das práticas comerciais e publicidade consideradas abusivas, nos termos da lei especial e da doutrina. Nessa etapa, a pesquisa se volta ao estudo das excludentes e atenuantes de responsabilidade civil no âmbito da relação de consumo, quais sejam, a conduta exclusiva do consumidor (vítima) e de terceiro, o caso fortuito e a força maior, o risco do desenvolvimento e a conduta concorrente do consumidor.

A análise caminhará, também, para a responsabilidade do incapaz e a dos pais pelos atos dos filhos menores, previstas no Código Civil e em ordenamentos jurídicos estrangeiros (estudo comparado). Ao final da terceira seção, será lançada a proposta da responsabilidade civil concorrente enquanto hipótese ao segundo problema apresentado, reunindo-se os fundamentos da doutrina da proteção integral, da função preventiva da responsabilidade civil combinada com a função promocional do Direito, da teoria unitária e, sobretudo, o estudo da responsabilidade civil dos fornecedores e da responsabilidade civil dos pais.

A justificativa do trabalho reside na necessidade de uma nova direção para o campo do direito privado, à medida que, dentro do plano virtual, há novos acontecimentos e comportamentos sociais atípicos capazes de criar efeitos jurídicos entre particulares que não coincidem com os ditames legais. Ademais, a Internet representa o principal meio e ferramenta que favorece essas negociações, e assim persistirá no futuro, cabendo ao Direito corresponder de forma concisa e uniforme às questões jurídicas que a envolvem, promovendo, ao mesmo tempo, a proteção dos consumidores hipervulneráveis, a fiscalização dos pais e a livre iniciativa econômica.

1 SOCIEDADE DE CONSUMO E DA INFORMAÇÃO: O CONTRATO NA CONTEMPORANEIDADE

1.1 REFLEXOS DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA: A DEMANDA DO CONSUMO, A PROLIFERAÇÃO CONTRATUAL E A INSUFICIÊNCIA NORMATIVA

Desde os tempos mais antigos, a necessidade de obter a matéria-prima para a própria sobrevivência corresponde à ideia de consumo, sem o qual não seria possível a existência humana. Nas palavras de Zygmunt Bauman, o consumo “[...] é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos”¹. O que mudou foi a forma de consumir e a importância social dada ao verbo no decorrer da história da humanidade.

Paralelamente à noção de consumo, o comércio adquire relevo com a Idade Média, embora escassas as leis comerciais à época, sendo regulado sobretudo pelos usos e costumes locais. No período em questão, destacam-se o escambo e a compra e venda; após, os ambulantes, a moeda, o comércio estabelecido em feiras, caracterizando a formação de cidades, especialmente com os centros comerciais da Itália, França, Espanha, e também nos estados do norte da Alemanha. Menciona-se também o comércio marítimo², aspecto do início da Idade Moderna e ponto de partida da globalização econômica³.

Com a Revolução Industrial, o crescimento populacional das metrópoles, somado ao aumento da demanda e da oferta, favoreceu um modelo capaz de entregar para mais pessoas, mais produtos e serviços. Nesse contexto é que se cria a standardização da produção (a produção em série) e, por conseguinte, dos

¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 37.

² GOLDSCHMIDT, Levin. **Handbuch des Handelsrechts**. Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, 1864, p. 11-12.

³ Segundo Ulrich Beck, “[...] globalização é, com toda certeza, a palavra mais usada – abusada – e a menos definida dos últimos e dos próximos anos; é também a mais nebulosa e mal compreendida, e a de maior eficácia política. [...] é preciso distinguir (sem pretender uma exatidão ou completude absoluta) entre as diversas dimensões da globalização, a saber, a da comunicação técnica, a ecológica, a econômica, a da organização trabalhista, a cultural e a da sociedade civil etc.” É possível considerar o colonialismo no século XVI como início da globalização econômica, dada a experiência para além das fronteiras, das dimensões da economia e da informação entre os Estados nacionais e suas respectivas sociedades (BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 44-47).

contratos. Esse modelo veio crescendo na passagem do século XIX para o século XX, incrementando-se com a Primeira Guerra Mundial e solidificando-se, por fim, na Segunda Guerra Mundial. Nesse último acontecimento é que surge a tecnologia de ponta, a informática, e as telecomunicações são fortalecidas, o que fez com que esse modelo atingisse níveis extraordinários. Na segunda metade do século XX, ele avança para o globo terrestre, ratificando-se a globalização⁴ e a sociedade capitalista contemporânea⁵.

O avanço tecnológico e a globalização caminharam juntos no cenário de transformações ocorridas no final do século XX e assim permanecem na atual sociedade informacional do século XXI. O surgimento da Internet e seu posterior acesso mundial⁶ produz uma conexão infalível entre as pessoas, ampliando sua interatividade, o que certamente gera reflexos nos mais variados setores de organização e de produção, desde a convivência em sociedade, à política, à economia local e mundial.

⁴ Neste cenário, a globalização consiste em processos nos quais Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação e seu poder sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais (BECK, 1999, p. 30).

⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3-4.

⁶ Em 1969, uma agência de projetos de pesquisa avançada norte-americana, a ARPA (Advanced Research Projects Agency) instalou uma nova e revolucionária rede eletrônica compartilhada de comunicação – a Arpanet – com o objetivo de alcançar superioridade tecnológica militar em relação à União Soviética na época do lançamento do primeiro Sputnik, em 1957. A Arpanet se desenvolveu durante os anos 70, sobretudo em 1973, com o projeto do protocolo de controle de transmissão (TCP), realizado em um seminário liderado pelos cientistas da computação Vint Cerf, Gerard Lelann e Robert Metcalfe, a partir dos estudos de arquitetura básica da Internet expostos em um artigo do próprio Cerf, da Universidade Stanford, e de Robert Kahn, da ARPA. Isso permitiu a conexão da Arpanet a diferentes tipos de rede, introduzindo-se um novo conceito: uma rede de redes. Em 1975, a Arpanet foi transferida para a Defense Communication Agency (DCA), tornando-se a ARPA-INTERNET, e foi dedicada à pesquisa. Em 1978 o TCP foi dividido por pesquisadores em duas partes, acrescentando um protocolo intra-rede (IP), o que gerou o protocolo TCP/IP, padrão segundo o qual a Internet opera até hoje. Nos anos 80, outras redes independentes surgiram para usos militares específicos, como a MILNET, criada em 1983 pelo DCA. Também a National Science Foundation (NSF) montou sua própria rede de comunicações entre computadores, a NSFNET, e em 1988 começou a usar a ARPA-INTERNET como seu *backbone* (infra-estrutura física da rede por onde passam as correntes elétricas). Em 1990, a Arpanet, já tecnologicamente obsoleta, foi retirada de operação e, dali em diante, a Internet libertou-se do seu ambiente militar. O governo dos EUA confiou a sua administração à NSF, cujo controle durou pouco. Com a tecnologia de redes de computadores no domínio público, e as telecomunicações plenamente desreguladas, a NSF deu início à privatização da Internet. No início da década de 1990, muitos provedores de serviços da Internet montaram suas próprias redes e estabeleceram suas próprias portas de comunicação em bases comerciais. A partir de então, a Internet cresceu rapidamente como uma rede global de computadores. Isso foi possibilitado pelo projeto inicial da Arpanet, baseado em uma arquitetura de múltiplas camadas, descentralizada e com protocolos de comunicação abertos. Assim, a Internet se expandiu com a adição de novos nós e com a reconfiguração infinita da rede para acomodar necessidades de comunicação (CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 13-15).

Uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias de informação está remodelando a base material da sociedade em ritmo cada vez mais veloz. O próprio capitalismo passa por um processo de profunda reestruturação caracterizado por maior flexibilidade de gerenciamento, descentralização das empresas e sua organização em redes, menor intervenção estatal e aumento da concorrência econômica global. Além disso, um novo sistema de comunicação que fala cada vez mais uma língua universal digital está promovendo a integração global da produção e distribuição de palavras, sons e imagens, personalizando-os ao gosto das identidades e humores dos indivíduos. As redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, concomitantemente, sendo moldadas por ela⁷.

As novas tecnologias revolucionaram, ao longo do século XX, a economia, bem como as formas de circulação e de vida. As estruturas do mundo da vida carregadas de tecnologia exigem das pessoas uma relação inocente, uma confiança habitual com aparelhos e dispositivos enigmáticos. O efeito de aceleração, advindo das técnicas avançadas de comunicação e de transporte, possui uma importância totalmente diferente para a modificação a longo prazo do horizonte cotidiano de experiências. A consciência do espaço e do tempo é afetada de outro modo pelas novas técnicas de transmissão, armazenamento e elaboração de informações⁸.

Diante desse cenário, o Estado reage procurando fazer uma regulação jurídica por redes. O resultado dessa estratégia é um círculo crescentemente vicioso e paradoxal: quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema socioeconômico, menos o Estado intervencionista parece capaz de mobilizar coerentemente os instrumentos normativos de que formalmente dispõe. Quanto mais seus dirigentes e seus legisladores ampliam o número de leis, códigos, decretos, portarias, resoluções, instruções e pareceres normativos das matérias disciplinadas e reguladas por esses textos legais, mais acabam acelerando o esvaziamento da própria funcionalidade do Direito. O sistema jurídico se vê inflacionado por “leis de circunstância” e por “regulamentos de necessidade” surgidos a partir de conjunturas políticas, sociais e econômicas muito específicas e transitórias, visto que a velocidade e a intensidade da produção

⁷ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 21-22.

⁸ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 56-57.

legislativa levam o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico, tanto nas normas que edita quanto dos atos e comportamentos que disciplina⁹.

A velocidade da comunicação e do desenvolvimento tecnológico é incompatível com a criação de leis específicas e impede, muitas vezes, a uniformização de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a respeito de determinado tema (a exemplo, o comércio eletrônico internacional, a responsabilidade dos provedores, a tributação na Internet, os direitos autorais e a propriedade intelectual, a proteção do consumidor – inclusive do consumidor hipervulnerável que também maneja a ferramenta tecnológica, tais quais, crianças, adolescentes, idosos, portadores de deficiência, analfabetos –, o teletrabalho, os crimes informáticos), entre outras questões que ultrapassam a legislação e jurisdição internas e que causam opiniões das mais diversas.

Por essa razão, Lawrence Lessig¹⁰ apresenta uma alternativa diversa a respeito da regulamentação do espaço virtual, posição que defende no decorrer de toda sua obra, em que o futuro do controle da Internet é em parte exercido pelas tecnologias próprias e pelo do comércio, apoiado pelo Estado de Direito (regulação estatal). Trata-se de uma espécie de autorregulamentação técnica, caracterizada pela arquitetura do próprio sistema – os “codes” (códigos) – e suportada, subsidiariamente, pela intervenção do próprio Estado com a criação de normas jurídicas que regem as relações sociais no âmbito não-físico. Isso é o que garantirá as liberdades essenciais no meio virtual, segundo o autor.

No Brasil, em que pesem algumas leis existentes em matéria de informática e consumo, a destacar, a Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), a qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no País, e o Decreto n. 7.962/2013, que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico, ainda restam dúvidas no momento de operar o Direito em casos que ultrapassam a literalidade legislativa. Além disso, há o risco de todas essas normas entrarem em

⁹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 128-129.

¹⁰ “*This invisible hand, pushed by government and by commerce, is constructing an architecture that will perfect control and make highly efficient regulation possible. The struggle in that world will not be government’s. It will be to assure that essential liberties are preserved in this environment of perfect control*”. Tradução livre: “Essa mão invisível, impulsionada pelo governo e pelo comércio, está construindo a arquitetura que estabelecerá o controle perfeito, tornando a regulação de alta eficiência possível. A luta naquele mundo não será do governo. Será assegurar que liberdades essenciais são preservadas nesse ambiente de controle perfeito” (LESSIG, Lawrence. **Code version 2.0**. New York: Basic Books, 2006, p. 4).

desuso, haja vista o rápido avanço no sentido de atrofiar os atuais instrumentos virtuais e eliminar certas práticas no ambiente eletrônico.

No atual contexto, os desafios jurídicos com relação ao avanço da informática referem-se à descentralização, à dificuldade em definir limites territoriais e físicos, à velocidade com que as decisões devem ser tomadas e à crescente capacidade de resposta dos indivíduos. A Internet acaba por gerar uma infinidade de nações virtuais compostas por pessoas, empresas e instituições de várias partes do mundo e unidas por interesses dos mais variados¹¹.

As relações virtuais alcançaram tamanha importância na sociedade contemporânea que se tornou impossível imaginar o mundo e sua rede de relações desconectadas como ocorria há poucas décadas. Nas sociedades mais avançadas é inegável a importância dos recursos virtuais, mesmo que a virtualidade não seja acessível à totalidade da população. Por meio do ambiente virtual, ora compreendido como local digital (não físico), as pessoas podem desenvolver os mais variados atos: se relacionar trocando mensagens, pesquisar, contratar, isto é, efetuar uma série de atitudes da vida social e econômica. Sobretudo pelas mídias sociais, as pessoas estão encontrando novas formas de exercer a cidadania, manifestando-se e organizando-se, ou seja, a utilização da tecnologia de informação pode ter os mais variados fins, sendo hoje uma ferramenta indispensável às pessoas¹².

A coexistência paralela de vários interesses e culturas na rede tornou flexível a forma da *World Wide Web* – WWW (Rede de Alcance Mundial), hoje formada por diversas redes dentro da Internet em que instituições, empresas, associações e pessoas físicas criam os próprios sites, que servem de base para todos os indivíduos com acesso poderem produzir sua *homepage*, feita de colagens variáveis de textos e não-verbais (imagens). Com a tecnologia de software, superou-se a caótica e demorada Internet pré-WWW. As pessoas e organizações são capazes de interagir de forma expressiva e individualizada. O preço por uma participação tão diversa e difundida é deixar que a comunicação espontânea e informal prospere simultaneamente¹³.

¹¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

¹² TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015b, p. 133-134.

¹³ CASTELLS, 2000, p. 379.

A sociedade da informação, traduzida por Alvin Toffler¹⁴ como a “Terceira Onda”¹⁵, é caracterizada por pessoas e organizações que anseiam continuamente por mais informação, na medida em que todo o sistema começa a pulsar com um fluxo de dados cada vez mais alto, inclusive forçando a quantidade de informação necessária para manter o sistema social coeso e rápido.

A rede mundial de computadores oportuniza o acesso à informação de qualquer lugar do planeta a ela conectado, a partir de dados inseridos por qualquer usuário de qualquer outro ponto de conexão. A disseminação da informação em escala mundial tornou-se extremamente fácil com o advento da Internet. É o que Pierre Lévy¹⁶ nomeia de “virtualização” da informação, ao examinar as propriedades econômicas a ela conferidas. O consumo de uma informação não é destrutivo e sua posse não é exclusiva porque a informação é virtual. Logo, é possível alienar um bem virtual, por essência imaterial desterritorializado, sem perdê-lo.

Movida pela informação dos usuários¹⁷, uma importante e atual ferramenta tecnológica é a possibilidade de contratação pelo meio eletrônico – sem limites

¹⁴ TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 21. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995, p. 173.

¹⁵ A civilização pode ser dividida em três fases, em “ondas de mudança”: a fase agrícola (Primeira Onda), a fase industrial (Segunda Onda) e a fase tecnológica (Terceira Onda). “Antes da Primeira Onda de mudança, a maioria dos seres humanos viviam em pequenos grupos, frequentemente migradores, e alimentavam-se pilhando, pescando, caçando ou pastoreando. Em algum ponto, aproximadamente há dez milênios, começou a revolução agrícola, que avançou lentamente através do planeta, espalhando aldeias, colônias, terra cultivada e um novo modo de vida. [...] consideraremos que a Primeira Onda começou por volta de 8.000 a.C. e que dominou a terra sem qualquer desafio até 1.650 e 1.750 d.C. A partir deste momento, a Primeira Onda perdeu ímpeto, enquanto a Segunda Onda ganhava força. A civilização industrial, produto desta Segunda Onda, dominou então o planeta por sua vez, até atingir a altura máxima. Este último ponto máximo histórico ocorreu nos Estados Unidos, durante a década iniciada por volta de 1955 – a década que viu os trabalhadores de colarinho branco e de serviços gerais excederem em número os trabalhadores de macacão. Esta foi a mesma década que viu a introdução generalizada do computador, o jato comercial, a pílula anticoncepcional e muitas outras inovações de alto impacto. Foi precisamente durante esta década que a Terceira Onda começou a ganhar força nos Estados Unidos” (Ibid., p. 27-28).

¹⁶ LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 56-58.

¹⁷ Grandes quantidades de informação sempre estiveram disponíveis de modo esparsa, mas a possibilidade de análise e agregação de todos esses dados por qualquer pessoa, e não apenas por governos e por empresas, é algo inédito. Assim, na sociedade moderna, são inegáveis a importância e a utilidade dos bancos de dados e dos cadastros interligados por meio da Internet. Entre suas principais vantagens, destacam-se a ampliação da circulação de produtos e serviços, a diminuição dos riscos e dos custos da atividade econômica e a agilização da concessão de crédito. Por outro lado, na era da informação e das redes, marcada pelo anonimato dos agentes e pela complexidade e velocidade das relações comerciais, a troca de informações é instantânea e ocorre em uma escala sem precedentes. Isso porque os baixos custos de armazenamento de informações e a facilidade de sua manipulação provocaram o surgimento de bancos de dados e cadastros de toda espécie (LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71-72). No Brasil, é possível notar que não é o governo que ameaça a privacidade, mas sim o comércio, por meio da Internet. A web transformou-se em um mercado, e, nesse processo, a

geográficos em razão de seu alcance global – em sua maioria caracterizada por termos de adesão de produtos e serviços para fins de consumo, e em sobremaneira, de downloads gratuitos. Isso deságua na realidade social em que pessoas, inseridas em qualquer faixa etária, estão cada vez mais dependentes da rede e demandam por aplicativos que atendam necessidades instantâneas¹⁸.

Zygmunt Bauman¹⁹ pondera que, nos dias atuais, o termo “consumo” evoluiu para “consumismo”, à medida que a capacidade do ser humano de querer, de desejar, de ansiar e de experimentar certas emoções repetidamente passa a sustentar a economia. Atinge-se o consumismo “[...] quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercido pelo trabalho”²⁰.

Apesar de as ferramentas tecnológicas disponíveis no mundo hoje permitirem uma gama de criatividade às pessoas (que usam cotidianamente suas páginas pessoais incluindo textos e não-verbais) são atividades, em grande maioria, consideradas como mero “hobby” ou divertimento doméstico²¹. Ou seja, essa adesão às ferramentas eletrônicas se dá, sobretudo, com o propósito consumista.

A sociedade de produtores foi substituída pela sociedade de consumidores, ou, sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, bem como pelas dificuldades de acesso à Justiça. Daí o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor

privacidade passa de um direito a uma commodity. O poder informático possibilita não só acumular informações em quantidade ilimitada sobre a vida de cada indivíduo (suas condições físicas, mentais, econômicas ou suas opiniões religiosas e políticas), como também confrontar, agregar, rejeitar e comunicar as informações obtidas (PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 37).

¹⁸ Destaca-se, a propósito, a crítica de Zygmunt Bauman ao descrever a distopia da chamada “modernidade líquida”: “Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que esteja territorialmente enraizada, é um obstáculo a ser eliminado. Os poderes globais se inclinam a dismantelar tais redes em proveito de sua contínua e crescente fluidez, principal fonte de sua força e garantia de sua invencibilidade. E não esse derrocar, a fragilidade, o quebradiço, o imediato dos laços e redes humanos que permitem que esses poderes operem. Se essas tendências entrelaçadas se desenvolvessem sem freios, homens e mulheres seriam reformulados no padrão da toupeira eletrônica, essa orgulhosa invenção dos tempos pioneiros da cibernética imediatamente aclamada como arauto do porvir: um plugue em castores atarantados na desesperada busca de tomadas a que se ligar. Mas o futuro anunciado pelos telefones celulares, as tomadas serão provavelmente declaradas obsoletas e de mau gosto, e passarão a ser fornecidas em quantidades cada vez menores e com qualidade cada vez mais duvidosa” (BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 21-22).

¹⁹ BAUMAN, 2008, p. 38-39.

²⁰ Ibid., p. 41.

²¹ LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. Tradução de Fábio Emilio Costa. São Paulo: Trama, 2005, p. 18.

como disciplina jurídica autônoma²². Além disso, a sociedade de consumo não trouxe apenas benefícios para seus atores. Ao contrário, a posição do consumidor piorou em vez de melhorar. Se antes o fornecedor e o consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), hoje é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que assume posição de força na relação de consumo e “dita as regras”, de forma que o Direito não pode ficar alheio à tal situação. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) significou um indiscutível avanço, graças ao qual o Brasil passou a ocupar um lugar de destaque entre os países que legislaram ou estão legislando sobre a matéria²³.

Entretanto, a realidade novamente mudou. O jeito de consumir das sociedades modernas do Ocidente passou a ser também o seu jeito de viver, na medida em que o comportamento social, em variados campos da vida cotidiana, foi transmutado em comportamento do consumidor, afirmando que nesse contexto, atividades sociais mais basilares, tais como a empatia e as relações mais aprofundadas, perdem espaço para a busca incessante por mais dinheiro, que possibilita acesso a mais bens, os quais, segundo se acredita, traduzem-se em felicidade e realização pessoal²⁴.

Jean Baudrillard²⁵ constata a ocorrência de uma mutação na ecologia da espécie humana, advinda da multiplicação dos objetos, dos serviços, da “abundância virtual”. Até mesmo os homens não se encontram rodeados por outros homens, mas sim por objetos.

As empresas, cada vez mais, para obter êxito em seus objetivos, incentivam o consumo ostensivo por meio de propagandas dos mais variados tipos e

²² No Brasil, o Direito do Consumidor apresenta todos os pressupostos de autonomia, quais sejam: a) a vastidão da matéria, gerando um estudo particularizado; b) a especialidade de princípios, conceitos, teorias e instrumentos (o conceito de consumidor e fornecedor, os crimes de consumo, a irrenunciabilidade muitos dos benefícios, a interpretação “in dubio pro consumidor”, a criação de órgãos especializados); c) um método próprio. A codificação da matéria, por sua vez, fortalece a sua autonomia. Mas, essa autonomia decorre mais de seu conteúdo, qual seja, a natureza específica da relação jurídica de consumo, a peculiaridade de seus sujeitos e a originalidade de seus instrumentos (BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O direito do consumidor. **Justitia**, São Paulo, v. 54, n. 160, p. 251-266, out./dez. 1992, p. 259).

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 6-7.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 65.

²⁵ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2008, p. 13.

diversificados meios, sobretudo pela via eletrônica, em razão da facilidade de acesso pelos indivíduos e conseqüente sucesso no alcance deles para ofertar seus produtos e serviços. No intuito de atingir máxima efetividade alcançando todo e qualquer possível consumidor no mundo globalizado, a empresa, desprovida de atitudes éticas, até mesmo extrapola a privacidade dos indivíduos alvo de seus produtos e/ou serviços²⁶, utilizando, para isso, principalmente, o meio eletrônico²⁷.

Se em um primeiro instante a preocupação da disciplina do Direito do Consumidor era regulamentar uma série de deveres aos fornecedores por operarem via contratos de adesão, dado que isso impedia (e impede) os consumidores de discutirem suas cláusulas; hoje essa mesma disciplina, protetiva e com o intuito de reestabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes, é desafiada a resolver outra realidade: o consumo virou consumismo; o consumidor está superendividado; o consumo está sendo praticado incessantemente e sem orientação por crianças e adolescentes. São questões que deslocam a função ora protetiva da disciplina do Direito do Consumidor para também educativa, conforme será apontado ao final da pesquisa no tocante à responsabilidade civil dos pais e dos fornecedores.

1.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UMA TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA EM CONSTRUÇÃO

Numa perspectiva histórica, o Estado liberal do século XVIII trouxe como ideia central o reconhecimento de que o indivíduo possui direitos naturais e inalienáveis, como, por exemplo, os relacionados à vida, à liberdade religiosa, à livre

²⁶ Em 2007, Mark Zuckerberg (criador do *Facebook*), lançou o *Beacon Program*, programa patrocinado por mais de 40 grandes empresas que controlariam o que os usuários da rede social compravam em seus sites corporativos e enviariam as informações ao *Facebook*, que, por sua vez, compartilharia as informações com os amigos do usuário sem permissão para tanto. Em poucos dias, milhares de usuários organizaram forte resistência ao programa, tendo como consequência a retirada de patrocínios por parte de algumas empresas, como a Coca-Cola. Em 2009, novamente, o *Facebook* tentou modificar sua política de coleta e retenção de informações (Termos do Serviço), concedendo ao site controle quase irrestrito, sem a possibilidade de alteração sobre os dados gerados pelos usuários. Da mesma forma, ante a resistência destes, a rede retornou à antiga política. Todavia, ainda assim, milhões de usuários continuam a responder pesquisas terceirizadas como “que bebida melhor combina com sua personalidade?”, sem perceber a extensão do acesso às informações pessoais que concedem aos desenvolvedores da pesquisa e de outras aplicações. As configurações de segurança do *Facebook* permitem acesso quase que ilimitado às informações do perfil do usuário (LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane P. **Sistemas de informação gerenciais**. Tradução de Luciana do Amaral Teixeira. 9. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010, p. 317-318).

²⁷ BAUMAN, 2011, p. 70.

manifestação e à propriedade. A doutrina liberal pregou a defesa da liberdade no campo político, como uma reação ao anterior Estado absolutista, então acostumado a tudo centralizar, incluindo os rumos da economia²⁸.

Com o liberalismo, o Estado passou a ter funções específicas, mediante a divisão dos seus poderes e o postulado de que os interesses individuais coincidiam com os interesses da sociedade. Nesse paradigma, há uma divisão entre o que é público e o que é privado. Essa separação era garantida pelo Estado, que, por intermédio da lei, assegurava o que era pactuado nas relações entre indivíduos. A valorização do individualismo era consequência óbvia e direta do Estado liberal. Nas palavras de Norberto Bobbio: “Sem individualismo não há liberalismo”²⁹.

No campo do Direito Privado, o Estado liberal enalteceu o chamado princípio da autonomia da vontade, como decorrência dos ideais pós-revolucionários franceses, que objetivavam retirar os contratos do âmbito da intervenção estatal, de modo a garantir a liberdade de contratar. Na visão do Estado liberal, cabia à autonomia da vontade presidir o destino e determinar a força da convenção criada pelos contratantes. As partes poderiam escolher o que melhor lhes interessassem, estipulando livremente as cláusulas contratuais. Essa autonomia permitia que os contratantes autorregulassem os seus interesses, suscitando, mediante declaração de vontade, aspectos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica³⁰.

A autonomia da vontade e a liberdade contratual formavam, portanto, a viga mestra do direito contratual, por conta do princípio da igualdade de todos perante a lei (“igualdade formal”). Entretanto, pode-se observar que a liberdade contratual

²⁸ “[...] historicamente, o Estado liberal nasce de uma contínua e progressiva erosão do poder absoluto do rei e, em períodos históricos de crise mais aguda, de uma ruptura revolucionária (exemplares os casos da Inglaterra do século XVII e da França do fim do século XVIII), racionalmente, o Estado liberal é justificado como o resultado de um acordo entre indivíduos inicialmente livres que convencionam estabelecer os vínculos estritamente necessários a uma convivência pacífica e duradoura. [...] Afirmação dos direitos naturais e a teoria do contrato social, ou contratualismo, estão estritamente ligados. A idéia de que o exercício do poder político é apenas legitimado se fundado sobre o consenso daqueles sobre os quais deve ser exercido (também esta é uma tese lockeana), e portanto sobre um acordo entre aqueles que decidem submeter-se a um poder superior e com aqueles a quem o poder é confiado, é uma ideia que deriva da pressuposição de que indivíduos têm direitos que não dependem da instituição de um soberano e que a instituição do soberano tem a principal fundação de permitir a máxima explicitação desses direitos compatível com a segurança social. O que une a doutrina dos direitos do homem e o contratualismo é a comum concepção individualista da sociedade, a concepção segundo a qual primeiro existe o indivíduo singular com seus interesses e com suas carências, que tomam a forma de direitos em virtude da assunção de uma hipotética lei da natureza, e depois a sociedade [...]” (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 14-15).

²⁹ Ibid., p. 16.

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1971, p. 28.

correspondia, de um lado, a um progresso na evolução das sociedades ocidentais, mas, de outro, realizava apenas o interesse de uma classe da sociedade, a capitalista³¹.

Essa dupla realidade advém, a princípio, do desenvolvimento dos meios de produção e do comércio em meio à Revolução Industrial. Como exposto no tópico anterior, é neste cenário em que ocorre a incorporação de uma grande quantidade de pessoas ao mercado de consumo, acarretando, como consequência, a necessidade de estabelecimento de práticas comerciais, especificamente a estipulação de cláusulas e contratos padrão (contratos de adesão, contratos “standard”).

Nessa codificação original³², erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada, o legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, de forma que os bens jurídicos, uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações. Contudo, tal ordem altera-se no Estado social da segunda metade do século XX, em que a atenção do legislador desloca-se para a função social³³ que os institutos privados devem cumprir, protegendo-se objetivos baseados na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades culturais e materiais³⁴.

Embora permaneça como essência do negócio jurídico, o princípio da autonomia da vontade passa por um processo de reavaliação crítica devido à intervenção crescente do Estado, razão pela qual advém a ideia de autonomia privada. Referida expressão designa a quebra de um paradigma do sistema liberalista burguês, apontando a evolução de um conceito. Enquanto a autonomia da vontade possui conotação subjetiva, psicológica, dizendo respeito à possibilidade reconhecida ao titular de celebrar, ou não, negócios jurídicos, a autonomia privada

³¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 39.

³² Refere-se ao Código Civil de 1916, ainda influenciado pelos ideais liberais.

³³ O significado jurídico do termo “função social” encontra origem na doutrina de Louis Josserand. De acordo com o referido autor, a evolução social e econômica colocou em discussão o absolutismo do direito de propriedade, abrindo-lhe novas fronteiras, passando a ser concebida, ordenada e exercida em face do bem-estar da coletividade. Criou-se, ainda, a teoria do abuso do direito, que se configura sempre quando ocorre um desvio de utilização em relação à sua função principal, qual seja, a sua função social (JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**; conforme aux programmes officiels des facultes de droit ouvrage couronne par l’institut. Paris: Recueil Sirey, 1932. v. I, p. 809-810).

³⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 219.

marca o poder da vontade, sendo concernente ao poder dos particulares de regular, pelo exercício da própria vontade, o conteúdo e disciplina dos negócios que resolverem entabular³⁵.

A crítica de Enzo Roppo³⁶ nesse contexto é, justamente, o enfraquecimento do *pacta sunt servanda*, concluindo, ainda, pelo possível declínio definitivo da figura do contrato, tendo em vista que a efetiva vontade dos contraentes já não possui mais importância diante dos contratos “standard”. E, uma vez que essa vontade se identifica com a essência do contrato, estar-se-ia diante da morte do próprio conceito de contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada.

A expressão “autonomia da vontade” não deve ser confundida com o conceito de “autonomia privada”, tampouco com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja, a “autonomia negocial”. A “autonomia da vontade” designa uma construção ideológica, datada dos finais do século XIX por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico. Modernamente designa-se como “autonomia privada” (dita, no campo dos negócios, “autonomia negocial”) seja um fato objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, mas nos limites traçados pela ordem jurídica, de autorregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte das quais derivam certos direitos e obrigações (fonte negocial), sejam as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais (normas heterônomas, legais ou jurisdicionais) que as limitam, subtraindo ao poder derivado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado³⁷.

O negócio jurídico, na sua condição de instrumento da autonomia privada, teria uma essência tipicamente normativa, que se exercita por meio do indivíduo ao criar normas de caráter negocial. No entanto, toda essa atividade estaria delimitada pelo ordenamento jurídico, que traçaria os limites dentro dos quais o indivíduo

³⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 337-378.

³⁶ ROPPO, 1988, p. 296.

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 614-615.

exerceria este poder. Assim, não mais se pode falar nem conceber a autonomia privada sem a correspondente ressonância no ordenamento³⁸.

A nova postura estatal de tomar a responsabilidade para si e intervir nos contratos, podendo modificá-los, rescindi-los e até definir uma solução diferente do acordado, decorre da mudança axiológica sofrida pelo Direito Privado. A força obrigatória dos contratos teve sua abrangência reduzida pela boa-fé, pela função social do contrato e pela equidade entre as partes.

Com a promulgação da Constituição de 1988, inicia-se, no ordenamento jurídico, o fenômeno chamado de “constitucionalização do Direito Privado”, o que significa dizer que os princípios básicos do Direito Privado partem do Código Civil para a Constituição, pilar central do ordenamento. O ponto de partida desse fenômeno é suplantar na teoria geral dos sujeitos da relação jurídica o estatuto do privilégio, e ali alavancar a repersonalização, que encontra a raiz esquecida da pessoa natural, para além da personalidade como conceito. Assim, atravessando o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, os princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social³⁹.

Os valores fundamentais do Direito em geral e do civil em particular, como a justiça, a segurança, a liberdade, a igualdade, o direito à vida e a propriedade, o contrato, o direito de herança etc., saem do seu habitat natural, que era o Código Civil, e passam ao domínio da Constituição que, além de reunir os princípios básicos da ordem jurídica, também estabelece os direitos e deveres do cidadão e organiza a estrutura político administrativa do Estado⁴⁰.

A par dessa perspectiva, surge um Estado voltado a programas solidaristas e de valorização da pessoa humana, moldando um direito social e o “despatrimonializando”. Em outras palavras, tanto na esfera constitucional dispõe-se sobre inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, objetivando a tutela da dignidade da pessoa humana. O legislador condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas, tradicionalmente, disciplinadas sob a ótica exclusiva patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. É diante

³⁸ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 1997, p. 37.

³⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 15.

⁴⁰ AMARAL, 2003, p. 52.

desse tecido normativo, desses verdadeiros objetivos fixados, que o contrato deve ser funcionalizado⁴¹.

Nesse período também adquire relevância o surgimento dos chamados “microssistemas”, que consistem em legislações independentes que igualmente tutelam os princípios no sentido de reconhecer a fraqueza de certos sujeitos na relação negocial. Segundo Ricardo Luis Lorenzetti, esses microssistemas, “[...] assim como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é singular. O Código é o Sol, ilumina-os, colabora com sua vida, mas já não pode incidir diretamente sobre eles”⁴².

Diante da Constituição de 1988 e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral (Lei n. 9.610/1998), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e a Lei das Locações (Lei n. 8.245/1991), reconhece-se que o Código Civil (vigente na época o de 1916) não mais se encontrava no centro das relações de Direito Privado. Tal polo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição de 1988, base única dos princípios fundamentais do ordenamento⁴³.

Esse advento de leis específicas, dispostas em autênticos microssistemas jurídicos, a receber a incidência subsidiária da norma genérica nos seus artigos que não tinham sido revogados, acarretou o fenômeno da “decodificação”, que foi acentuado pela constitucionalização das normas privadas. O surgimento dos microssistemas e o enfraquecimento das codificações é formalmente reconhecido com a edição de leis específicas. Dotados de normas jurídicas que não estabelecem propriamente deveres, mas reconhecem valores a serem observados pelas pessoas em suas relações jurídicas, esses microssistemas possuem como fundamento constitucional a proteção da pessoa e de sua dignidade e têm como objetivo, entre outros, a erradicação da pobreza e a solidariedade social⁴⁴.

⁴¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 115.

⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v. I, 1991, p. 4.

⁴⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 54-55.

Este período da decodificação corresponde à conquista diária de determinadas áreas por leis especiais. A função do Código Civil é alterada: ele passa a servir como um direito residual para disciplinar os casos não regulados por leis especiais. Em outras palavras, o Código passa a complementar as disposições das leis especiais. Estas tomam posse de classes inteiras de relações, submetidas a uma nova e diferente disciplina, expressando critérios gerais e independentes e novos princípios⁴⁵.

Hoje não há mais motivos para a chamada “codificação” ou “recodificação” de todos os temas em uma única lei, o que confere menor dinamicidade das modificações da norma jurídica e maior dificuldade para a aprovação do código. Além disso, o fenômeno da despatrimonialização é uma realidade que não se coaduna com um regime codificado sob premissas patrimonialistas, formalistas e conservadoras. Não se configura mais razoável qualquer tentativa de consolidação ou “recodificação” das leis específicas⁴⁶ em um único texto legal⁴⁷.

Em matéria de consumo, o constituinte adotou à Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990, exemplo de microssistema, a concepção de um código, de acordo com a melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo, representando, à época, um grande avanço para o Brasil, país com peculiaridades e problemas próprios em seu mercado de consumo⁴⁸. O texto constitucional expressamente reconheceu que o consumidor não pode ser protegido, pelo menos adequadamente, com base apenas em um modelo privado⁴⁹.

⁴⁵ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1979, p. 26-27.

⁴⁶ Contudo, excetua-se à essa afirmação, por exemplo, o Projeto de Lei n. 1572 de 2011, que institui o Novo Código Comercial no Brasil, tendo em vista a necessidade de disciplinar as várias modificações ocorridas no âmbito da empresa desde o Código Comercial de 1850 (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1572 de 2011. Institui o Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 17 abr. 2017.).

⁴⁷ LISBOA, 2006, p. 55-56.

⁴⁸ GRINOVER, 2007, p. 8-9.

⁴⁹ Refere-se aqui ao art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, que eleva a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental, bem como ao art. 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece normas de ordem pública para concretizar essa defesa (cf. nota de rodapé 190). Todavia, a interpretação conforme a lei civil que ainda é utilizada para as relações de consumo, sobretudo no que diz respeito ao *pacta sunt servanda*: “Esse esquema legal privatista para interpretar contratos de consumo é completamente equivocado, porque o consumidor não senta à mesa para negociar cláusulas contratuais. Na verdade, o consumidor vai ao mercado e recebe produtos e serviços postos e ofertados segundo regramentos que o CDC agora pretende controlar, e de forma inteligente. O problema é que a aplicação da lei civil, assim como a memória dos operadores do direito, atrapalha a interpretação. Até a oferta, para ilustrarmos com mais um

Um dos aspectos mais importantes da defesa ao consumidor é a proteção contra as cláusulas abusivas. Isso, pois o fenômeno contemporâneo da contratação em massa fez com que se multiplicassem os contratos de adesão nos mais variados campos da atividade econômica (contratos bancários, seguros, cartões de crédito etc.) nos quais são sempre encartadas as cláusulas contratuais gerais. Além disso, a impossibilidade de o consumidor discutir o conteúdo das cláusulas predispostas, pois a celebração do contrato pressupõe a aceitação daquelas disposições contratuais sem qualquer questionamento, contribui para abusos por parte do predisponente, tornando-se imperiosa a intervenção do legislador para que sejam coibidos⁵⁰.

O CDC também trouxe, como grande contribuição à exegese das relações contratuais no Brasil, a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4º, III, e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais⁵¹. Isso, pois a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, pode gerar outros direitos e deveres que não estão expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal. Essa criação de deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, corresponderão, por sua vez, a outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos na lei ou no título⁵².

A exigência desses deveres laterais principiológicos na relação negocial, a exemplo, o dever de cuidado, previdência e segurança, de aviso e esclarecimento, de informação, de prestar contas, de colaboração e cooperação⁵³, revigoraram o direito contratual clássico. Entre os principais fatores de influência do Direito do Consumidor na renovação da teoria contratual está a constatação do reequilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores, bem como a proteção da parte vulnerável do contrato, determinando-se novos deveres aos fornecedores, como a

exemplo, é diferente nos dois regimes: no direito privado é um convite à oferta; no direito do consumidor, a oferta vincula o ofertante, que fica obrigado a cumpri-la” (NUNES, 2009, p. 4-5).

⁵⁰ DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: aspectos práticos: perguntas e respostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 66.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 220.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 393.

⁵³ Ibid., p. 439. Para uma melhor análise a respeito dos deveres anexos, cf. seção 3.2.1.

transparência, a informação e a boa-fé. Assim, a decisão de contratar do consumidor deve ser orientada a partir da exigência do cumprimento destes deveres pelo fornecedor⁵⁴.

A ideia de autonomia privada é característica dessa nova realidade contratual, dado que o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações é reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção do contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar outro elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social⁵⁵.

A “nova teoria contratual” e a “crise do contrato”, expressões utilizadas por Cláudia Lima Marques⁵⁶, são caracterizadas por três fases em sua análise: a primeira fase caracteriza-se pelo surgimento, propriamente, dos contratos de adesão⁵⁷ em razão da economia de abundância advinda da Revolução Industrial; a segunda fase corresponde à pós-modernidade, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a privatização generalizada dos serviços públicos, diminuindo-se a intervenção protetiva estatal e renascendo-se a autonomia da vontade; e a terceira fase revela-se após os atentados de 11/09/2001 em Nova Iorque, ocasião que afetou a base comum de todas as relações – a confiança – refletindo-se no contrato e no Direito.

A desconfiança, hoje, permeia as relações em qualquer ângulo, sobretudo quando envolvem consumidores, os quais, uma vez desconfiados, querem segurança, esperam proteção da lei, sabem de seus direitos e não aceitam mais a falta de qualidade, de informação, de cuidado ou de lealdade, sem reclamar, atuar, visualizar o dano e exigir uma futura reparação, ainda que por danos morais. O contrato de massa transforma-se, assim, em um estranho campo de batalha de

⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 233.

⁵⁵ MARQUES, 2005, p. 210-211.

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22-25.

⁵⁷ Do ponto de vista empresarial, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa também refere-se à crise do sistema clássico de formação dos contratos com relação ao elemento vontade. O exercício da vontade das partes deixou de ser inteiramente livre em muitas situações de contratação, como são os casos dos contratos obrigatórios, dos contratos-tipos e da adesão contratual restrita (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos**: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 287-288).

formas e cláusulas, seja por quem o redige unilateralmente, seja pelo direito que regula estas relações entre parceiros desiguais⁵⁸.

O fenômeno da massificação dos contratos é ainda presente, agora potencializado pelo ambiente virtual, no qual a velocidade destitui barreiras inerentes ao tempo e ao espaço, tendo em vista as inúmeras vantagens que a Internet, enquanto sistema global de redes de computadores interligadas, fornece ao disponibilizar múltiplas plataformas a milhares de usuários, concomitantemente, em diversos locais do planeta.

Por essas razões, há uma nova crise do contrato: a da despersonalização extrema. O comércio eletrônico é realizado por intermédio de contratações à distância, por meios eletrônicos (e-mail etc.), por Internet (on-line) ou por meios de telecomunicação de massa (telemarketing, televisão, televisão a cabo etc.), sendo um fenômeno multifacetado e complexo, nacional e internacional, no qual há uma certa desumanização⁵⁹ do contrato⁶⁰.

Portanto, indaga-se a respeito de uma teoria contratual contemporânea não apenas quanto ao fenômeno da “constitucionalização do Direito Privado”, mas também se baseando nas experiências atuais e impactantes vivenciadas pela sociedade no comércio eletrônico. Isso demanda analisar a realidade social atual e repensar o negócio jurídico clássico ao negócio jurídico eletrônico, sobretudo readaptando seus pressupostos de validade, o que será objeto de estudo a seguir quando o assunto é a sua celebração por crianças e adolescentes absolutamente no meio digital sem a representação dos pais.

1.3 DO NEGÓCIO JURÍDICO CLÁSSICO AO ELETRÔNICO

A pós-modernidade (ou contemporaneidade) é caracterizada por transformações jurídicas conforme as modificações enfrentadas pela sociedade. Na seara do Direito Privado, institutos jurídicos concebidos pela doutrina ao longo dos

⁵⁸ MARQUES, 2007, p. 32.

⁵⁹ A expressão “desumanização do contrato” é utilizada por Giorgio Oppo, que observa a ausência do “rosto” dos fornecedores nos contratos telemáticos, em razão de alguns serem redes de distribuição sem sede fixa. Os contratantes estariam representados por máquinas ou computadores, que identificam sinais, senhas, protocolos, mas que não mais falam ou “acordam” em algo (OPPO, Giorgio. ¿La deshumanización del contrato? **lus et veritas**, n. 25, p. 39-45, nov. 2002, p. 42-43).

⁶⁰ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 64-65.

séculos são desafiados a oferecer respostas no contexto tecnologicamente avançado do século XXI. O principal deles é o negócio jurídico, cujo conceito doutrinário tradicional não mais abarca a realidade fenomenológica hodierna.

Negócio jurídico é o ato pelo qual o indivíduo regula, por si, seus interesses nas relações com os outros. Constitui um ato de autonomia privada ao qual o Direito liga os efeitos conforme a função econômico-social que lhe caracteriza o tipo. Ou seja, o negócio é uma manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos. Por meio do negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para os outros, o objeto do seu querer⁶¹.

O negócio jurídico pode ser visualizado sob duas estruturas: como categoria (fato jurídico abstrato); e como fato (fato jurídico concreto). Como categoria, revela-se na hipótese de fato jurídico que consiste em uma manifestação de vontade envolvida por certas circunstâncias que fazem com que socialmente seja dirigida à produção de efeitos jurídicos. Desta forma, o negócio jurídico é visto como declaração de vontade, em que a vida social atribui efeitos manifestados como queridos, isto é, efeitos constitutivos de direito. Sob o prisma concreto, o negócio jurídico corresponde também em uma declaração de vontade; porém como sendo aquela a quem o ordenamento jurídico confere os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica⁶².

Na vigência do Código Civil de 1916, o conceito de negócio jurídico surgiu para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo como propósito esse acontecimento do mundo jurídico. Para tal poder fático de escolha, supõe-se certo autorregramento de vontade, ou seja, a autonomia da vontade, pela qual o agente determina as relações jurídicas das quais fará parte⁶³.

Já na vigência do Código Civil de 2002, a formulação do conceito parte de dois elementos: a) uma vontade particular dirigida à produção de determinados efeitos, com o que as pessoas regulam os seus interesses; e b) o reconhecimento, pelo sistema legal, do poder de os particulares regularem assim os seus interesses

⁶¹ BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. I, p. 107-113.

⁶² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15-16.

⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. III, p. 29.

(autonomia privada). Este princípio, embora fundamental nos sistemas de Direito Privado de natureza liberal, não está expressamente previsto no Direito Civil brasileiro, salvo no seu pressuposto constitucional, que é a liberdade de iniciativa econômica (CF, art. 1º, IV). O negócio jurídico, portanto, é meio de realização da autonomia privada, tendo o contrato como símbolo⁶⁴.

A pós-modernidade é caracterizada, sobretudo, pelo avanço da informática, que desafia a dogmática sobre a matéria⁶⁵, de forma que a releitura da teoria geral do negócio jurídico é necessária frente às novas práticas negociais no ambiente eletrônico, dada a proliferação contratual viabilizada pelas tecnologias da informação e a necessidade de tutelá-los quando da ocorrência de danos.

Os contratos eletrônicos podem ser classificados em três categorias distintas de acordo com o momento em que o computador é utilizado: intersistêmicos, interpessoais e interativos. Nos contratos eletrônicos intersistêmicos, o computador é utilizado apenas para aproximar as vontades das partes que já existiam, funcionando somente como um instrumento auxiliar na formação e manifestação da vontade, ou seja, para facilitar a comunicação. Os contratos eletrônicos interpessoais são aqueles em que o computador interfere diretamente na formação da vontade dos contratantes, podendo ser simultâneos (se as partes estiverem conectadas à rede ao mesmo tempo, manifestando suas vontades no mesmo momento ou em curto espaço de tempo), ou não simultâneos (se houver lapso temporal entre a declaração e a recepção da manifestação de vontade). E, por fim, os contratos eletrônicos interativos são aqueles realizados entre uma pessoa e um sistema eletrônico de informações, em que o interessado na oferta manifesta sua vontade a um sistema de processamento eletrônico colocado à disposição pela outra parte, sem que esta última esteja conectada ao mesmo tempo ou tenha ciência imediata da formação do contrato⁶⁶.

⁶⁴ AMARAL, 2003, p. 372.

⁶⁵ Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas arbitrárias como vinculantes para o estudo, renunciando-se o postulado da pesquisa independente. A dogmática trata de questões finitas, razão pela qual são regidas pelo princípio da proibição da negação. No Direito, a dogmática faz com que os juristas procurem compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente, a qual eles aceitam e não negam, constituindo uma espécie de limitação (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48).

⁶⁶ BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 48-58.

Quanto às hipóteses contratuais no espaço virtual, elencam-se as seguintes: a) entre setor público e privado (G2B – *government to business*); b) entre empresas e consumidores (B2C – *business to consumer*); c) entre empresas (B2B – *business to business*)⁶⁷; d) celebração automática: existe uma tecnologia interposta entre a pessoa física e a declaração, uma vez que as partes não atuam pessoalmente, nem utilizam o meio para transmitir declarações, mas programam uma máquina que toma algumas decisões com graus de autonomia diversos, como por exemplo, os caixas automáticos; e) celebração por adesão: o contrato é celebrado por mera adesão a condições gerais de contratação predispostas por uma das partes (distinguem-se da hipótese anterior), como é o caso dos *click agréments*; f) contratos internacionais: em se tratando da Internet e da inexistência de barreiras geográficas, este campo se expande, porém com grande desequilíbrio para os direitos nacionais e para o sistema protetivo estabelecido por cada país; entre outras situações⁶⁸.

Menciona-se, também, os contratos de TI (Tecnologia da Informação), tais como o contrato de desenvolvimento de software, o contrato de *hosting* (armazenamento de informações), o contrato de manutenção e atualização, o contrato de segurança de informação, entre outros peculiares do meio digital⁶⁹. Ainda, destaca-se a diferenciação de Newton De Lucca, o qual denomina o contrato informático como “[...] o negócio jurídico bilateral que tem por objeto bens ou serviços relacionados à ciência da computação”⁷⁰, que coexiste com o contrato telemático, qual seja, “[...] o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração”⁷¹.

⁶⁷ Uma projeção da Forrester Research estimou uma cifra de 6,8 trilhões de dólares para o comércio eletrônico global em 2004, dos quais 90% seriam B2B. Mas, como destaca o sociólogo, a importância dos negócios eletrônicos vai muito além de seu valor quantitativo: “Redes internas, pelas quais empregados se comunicam entre si e com a administração, são críticas para o desempenho da firma. Toda a organização do negócio precisa adequar-se à tecnologia baseada na Internet, através da qual se relaciona com compradores e fornecedores. Além disso, à medida que empresários individuais florescem nesse tipo de economia, ligações entre consultores, subcontratadores e firmas na web tornam-se tão importantes quanto as operações da própria firma. O que está surgindo não é uma economia ponto.com, mas uma economia interconectada com um sistema nervoso eletrônico. [...] Sem dúvida as leis da economia de mercado continuam a vigorar nessa economia interconectada, mas o fazem de uma maneira específica, cuja compreensão é crucial para se viver, sobreviver e prosperar nesse admirável mundo novo econômico” (CASTELLS, 2003, p. 56-57).

⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 289-290.

⁶⁹ PINHEIRO, 2016, p. 542-543.

⁷⁰ DE LUCCA, Newton. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

⁷¹ *Ibid.*

As contratações, porquanto viabilizadas pelo comércio eletrônico (*e-commerce*), à proporção que este oferece uma série de benefícios, como a diminuição dos custos de transação (especificamente na divulgação, negociação e distribuição de bens) e de manutenção, visto que o funcionamento de um estabelecimento virtual é menos oneroso que um estabelecimento físico, além de inexistir limitação geográfica e de horário⁷², sua nova linguagem gera desafios cada vez mais complexos à ciência jurídica.

Dentre os problemas de relevância jurídica ocorridos no comércio eletrônico, revelam-se: a) a imputabilidade das declarações de vontade, visto que a declaração negocial é transmitida mediante algoritmos dirigidos a um receptor, que remete a aceitação por intermédio deles, o que significa que o declarante da vontade de contratar pode ser um sujeito que não é o dono do computador, nem mesmo aquele que o utiliza no momento concreto; b) a emissão da declaração, que pode ser adulterada, trocada, apagada, captada por um terceiro ou enviada por um desconhecido; c) a formação do consentimento, dado que a oferta, a aceitação e a adesão nos meios eletrônicos devem ser apresentadas contando de características especiais; d) o local e momento da celebração, pois os contratos podem ser celebrados entre sujeitos situados em lugares muito distantes, inclusive países diversos; e) os graus de utilização do meio digital, que pode ocorrer total ou parcialmente (é possível que um sujeito encaminhe o pedido de compra via e-mail e receba o produto físico pelos correios; é possível que o bem adquirido seja digital, por exemplo, um software etc.)⁷³.

Diante disso, busca-se suplantar esses problemas propostos pelo comércio eletrônico, reconstruindo a teoria jurídica por ele desafiada. Em especial, quanto à identificação virtual dos contratantes (ou reidentificação), questão a ser analisada neste trabalho quando a interação digital envolve crianças e adolescentes, seres considerados incapazes para fins de celebração de negócios jurídicos, nos termos dos arts. 3º e 4º do Código Civil – absolutamente incapazes, quando menores de 16 (dezesseis) anos, e relativamente incapazes, quando maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos.

⁷² TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015a, p. 30-31.

⁷³ LORENZETTI, 2004, p. 274-276.

Entre as técnicas de reidentificação das partes envolvidas no negócio jurídico eletrônico, estão as maneiras de identificar os computadores, os códigos secretos, as senhas e os logins individuais, como também a criptografia e as chaves da assinatura eletrônica, as certificações de origem das mensagens, das imagens e dos dados. Entretanto, ainda que reidentificado o sujeito virtual, resta o problema da capacidade eletrônica, pois o usuário da Internet nem sempre tem sua idade e sua capacidade plenamente identificada⁷⁴.

A celebração de contratos eletrônicos por crianças e adolescentes, embora em desacordo com a lei civil, é uma realidade comum. Seja com o download de programas (softwares) para computadores, aplicativos para smartphones⁷⁵, o que se concretiza, em grande parte, por meio da manifestação de vontade ao aceitar os termos ou condições de uso (verdadeiros contratos de adesão que, na grande maioria das vezes – senão em todas as vezes – não os leem, apenas dão um “*click*” para continuar à próxima etapa de instalação). Ou ainda, via cadastramento em redes sociais e da própria realização de compras de produtos, utilizando-se de informações falsas sobre seu perfil (principalmente quanto à idade) para atingir tal fim.

Esses novos acontecimentos conflitam com a teoria geral dos negócios jurídicos, especificamente quanto aos requisitos (ou pressupostos) de validade do negócio⁷⁶. Sobretudo no caso dos contratos eletrônicos, ocasião em que o meio virtual permite que uma criança e um adolescente (seres considerados incapazes) adquira produtos e se utilize de serviços como redes sociais (inclusive, utilizando-se dos dados dos pais), ou ainda, a possibilidade de interação negocial com uma ferramenta tecnológica que detém inteligência tal como se humano fosse (inteligência artificial⁷⁷).

⁷⁴ LORENZETTI, 2004, p. 103.

⁷⁵ Existe uma diferença entre programas operativos e aplicativos: nos primeiros, há uma integração entre o programa e a máquina, na medida em que esta não pode funcionar sem o programa operativo; nos segundos, não há integração, sendo possível o mesmo aplicativo ser utilizado em várias espécies de equipamentos desde que possuam idêntico sistema operacional (DE LUCCA, 2003, p. 27).

⁷⁶ Objeto de análise da seção seguinte.

⁷⁷ Um agente inteligente (entidade integrada que envolve um sistema de computador e seus usuários) é ser capaz de realizar uma série de ações. Explica-se: 1) Autonomia: o agente opera sem a intervenção direta do usuário ou de outros agentes, e tem algum tipo de controle sobre as suas ações e sobre o seu estado interno; 2) Habilidade social: o agente interage com outros agentes através de algum tipo de linguagem de comunicação; 3) Reatividade: o agente percebe o ambiente ao seu redor e responde oportunamente às mudanças que acontecem; 4) Proatividade: o agente

Depreende-se que os requisitos objetivos, subjetivos e formais do instituto⁷⁸ tornam-se incompatíveis à realidade subjacente. Contudo, abordando-se o negócio jurídico em si e de acordo com a demanda temporal da sociedade, verifica-se que as transformações das relações sociais não são totalmente comportadas pelo instituto. Por essa razão, outras figuras mais amplas do Direito Privado, como os fatos jurídicos, relações jurídicas e, sobretudo, as situações jurídicas, ganham importância, dada a necessidade de enquadramento e tutela pela ordem jurídica dos novos fenômenos da realidade social.

Em todo o mundo há uma falência do modelo regulamentar inspirado na pretensão de completude das codificações diante da multiplicação decorrente de novas situações e expectativas que caracterizam as sociedades atuais. Nem mesmo a “orgia legiferante”⁷⁹ não se mostra capaz de dar conta dos desafios impostos pelas novas tecnologias. Nem a tentativa parece justificar-se em um contexto inteiramente diverso daquele vigente ao tempo das grandes codificações, em que à segurança da lei era habitual contrapor o arbítrio do Poder Judiciário, preocupante em face da compreensão da autonomia privada como área sacra do liberal-individualismo⁸⁰.

Diante desse cenário de mudanças, o estudo do Direito, sobretudo no campo privado:

[...] não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez

não só age em resposta ao ambiente mas toma a iniciativa tendo em vista um objetivo (ROVER, Aires José. **Informática no direito**: inteligência artificial. Curitiba: Juruá, 2001, p. 62).

⁷⁸ Os requisitos objetivos do negócio jurídico dizem respeito ao agente, que deverá ser capaz; e ao objeto, que deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104, I e II, CC). Os requisitos subjetivos referem-se à vontade das partes em celebrar o negócio jurídico. O consentimento deve ser livre e espontâneo, sob pena de ter a sua validade afetada pelos vícios ou defeitos do negócio jurídico: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude (arts. 135 a 165, CC). Os requisitos formais reportam ao meio de revelação dessa vontade, a qual deve ser prescrita ou não defesa em lei (art. 104, II, CC), não dependendo de forma especial (art. 107, CC). Para uma melhor análise dos requisitos do negócio jurídico, cf. seção 2.2.

⁷⁹ Gustavo Tepedino explica o fenômeno reportando que no passado o Poder Legislativo regulamentava todos os setores da vida social. Contudo, não cabe ao legislador prever e antecipar aos fatos da vida contemporânea, cada vez mais dinâmica e insuscetível de enquadramento por modelos de organização e de comportamento predefinidos, especialmente no âmbito de relações existenciais (TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa**: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 32).

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 122-123.

maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção⁸¹.

A seguir será debatida uma das problemáticas propostas, qual seja, a análise específica da validade dos negócios jurídicos de consumo celebrados por crianças e adolescentes absolutamente incapazes na Internet – considerando a realidade irreversível da sociedade informacional e de consumo –, a fim de propor uma possível adequação dos requisitos do instituto a par das consequências geradas por esses contratos.

⁸¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1.

2 VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES ABSOLUTAMENTE INCAPAZES NA INTERNET A PARTIR DA IMPUTAÇÃO DA VONTADE VIRTUAL

2.1 TUTELA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A HIPERVULNERABILIDADE

Para adentrar à noção da hipervulnerabilidade, é necessário analisar o advento da ideia de vulnerabilidade a par do Código de Defesa do Consumidor, enquanto conjunto de normas protetivas a serem aplicadas às relações de consumo, defesa elevada ao patamar de direito fundamental, conforme consagrado pelo do art. 5º, XXXII, da CF/88. Concomitante a isso, cabe o estudo da construção da Doutrina da Proteção Integral em matéria de direitos da criança e do adolescente, fundamentada pelo art. 227 da CF/88 e pelo art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É possível afirmar que a noção de vulnerabilidade é uma interpretação flexibilizada e não consolidada, caracterizada por traços de subjetividade, a partir do princípio aristotélico da isonomia. Desse modo, trata-se igualmente os iguais, porém desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade, para assim alcançar o justo. A vulnerabilidade não necessita sempre de uma comparação entre situações e sujeitos, sendo mais um estado da pessoa, uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é o fundamento das regras de proteção do mais fraco, mas sim a explicação destas regras, a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação das normas protetivas e reequilibradoras⁸².

Há quatro tipos de vulnerabilidade explicadas pela doutrina: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional. Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo, podendo ser facilmente enganado quanto às características do bem ou do serviço, razão pela qual é presumida para o consumidor não profissional. A vulnerabilidade jurídica está relacionada com os deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, face a complexidade que envolvem as relações contratuais, como é o caso

⁸² MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 120.

dos contratos bancários. Em outras palavras, deve o fornecedor presumir que o consumidor é um leigo e proceder com boa-fé para que este consumidor alcance a informação. A vulnerabilidade fática ou socioeconômica diz respeito ao fornecedor, que, por seu grande poder econômico, impõe superioridade a todos que com ele contratam. Já a vulnerabilidade informacional corresponde àquela vulnerabilidade básica e intrínseca do consumidor, a qual merece atenção especial em se tratando da era de novas tecnologias e de comércio eletrônico, em que o consumo é mais visual, rápido e de risco, sendo de suma importância a informação⁸³.

A base de todo o ordenamento é a dignidade, e o ponto central do sistema de valores deve ser a pessoa, especialmente no Direito Privado, em que a pessoa digna, além de ser uma pessoa livre, deve ser uma pessoa igual – formal e materialmente. Esse princípio, porém, só terá efetividade reconhecendo-se situações estruturais de desigualdade para proteção dos vulneráveis. É nesse sentido os direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente à criança e ao adolescente (art. 227), aos idosos (art. 226), aos consumidores (art. 5º, XXXII), aos portadores de necessidades especiais (art. 7º, XXXI; art. 23, XIV; art. 227, II), e às futuras gerações (art. 225)⁸⁴.

Com relação à criança, pessoa até 12 (doze) anos incompletos, e ao adolescente, pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos (art. 2º, ECA), a Doutrina da Proteção Integral os direciona especial tratamento, por se tratarem de seres em desenvolvimento. Proteção integral significa amparo completo, não só da criança e do adolescente, como também a sua salvaguarda desde o momento da concepção, zelando pela assistência à saúde e bem-estar da gestante e da família, natural ou substituta da qual fará parte. Crianças e adolescentes não deveriam, a princípio, constituir objeto de preocupação do legislador, pois são entregues pela própria natureza aos cuidados do pai e da mãe. No entanto, a ausência de um nível adequado de educação e as condições de extrema miserabilidade em que vivem milhões de pessoas no mundo, aliadas, também, à ignorância dos mais elementares deveres de uma paternidade responsável e à violação constante dos deveres

⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94-103.

⁸⁴ MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 130-131.

fundamentais, obrigam o legislador a dedicar-lhes atenção especial, numa política mais abrangente⁸⁵.

A Doutrina da Proteção Integral estabelece, portanto, que toda criança ou adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais que, em face de sua condição de pessoas em processo de desenvolvimento, exigem uma proteção especializada, diferenciada e integral, tendo prioridade absoluta na garantia e efetivação de seus direitos⁸⁶.

No Brasil, a norma constitucional (art. 227, CF/88) e a norma infraconstitucional (art. 4º, ECA) impõem a prioridade absoluta para a infanto-adolescência, sendo um “dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público” garanti-la. Destaca-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança é que consagrou a Doutrina da Proteção Integral, ou seja, que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuam características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e o Estado⁸⁷.

Essa proteção especial é declarada em vários documentos internacionais, entre os quais se menciona a Declaração de Genebra de 1924, sobre os direitos da criança; a Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1959; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim) e, principalmente, a mencionada Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989 e ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 99.710/90⁸⁸.

O texto da Convenção, além de ter fundamentado a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, alcançou a universalidade que deve caracterizar um documento internacional. Seus princípios se aplicam a crianças e adolescentes de países centrais e de países periféricos, pois apesar de conquistas em muitos

⁸⁵ CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 51, 53.

⁸⁶ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 91-92.

⁸⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 25-26.

⁸⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cleverton Elias. **Limites na educação**: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 32.

setores, a criança é, muitas vezes, esquecida a sua própria sorte. Por isso, não são incomuns os casos em que crianças dos denominados países de primeiro mundo sofrem uma série de vitimizações, são objetos de cobrança, de abandono emocional, além da questão da violência física e sexual⁸⁹.

Os meios de comunicação influenciam significativamente no desenvolvimento das crianças, vulneráveis às informações veiculadas e acreditando ser real tudo aquilo que veem. Estimulam-nas a serem passivas, e não imaginativas. Em razão destes recursos representarem meios privilegiados, deve haver uma função pedagógica e cultural, e não simplesmente publicitária. No entanto, o uso inadequado da TV, por exemplo, determina outros efeitos nas crianças, como o aumento temporário do estresse, frustração e níveis de passividade, o que interfere no seu desenvolvimento psicossocial e moral⁹⁰. De igual maneira pode-se afirmar com relação às novas tecnologias (computadores, tablets, smartphones etc.).

A informação não falta, mas ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, na maioria das vezes, desnecessária, podendo-se se falar em uma nova vulnerabilidade. Daí o aparecimento da “hipervulnerabilidade”⁹¹, considerando, ainda, aqueles seres que carecem de maior proteção, dadas as suas condições especiais, como é o caso das crianças e adolescentes. E essa vulnerabilidade informativa é, no cenário atual, o maior fator de desequilíbrio das relações, visto que os fornecedores são os únicos verdadeiramente detentores da informação, e, por isso, o déficit informacional dos consumidores está cada vez mais profundo⁹².

A tecnologia é complexa na sua programação. Porém, apresenta-se de maneira bastante simplificada ao usuário, ocultando, assim, uma série de aspectos que permanecem na esfera de controle do fornecedor. Logo, a tecnologia aumenta a

⁸⁹ VERONESE; VIEIRA, 2006, p. 33.

⁹⁰ PEREIRA, 1996, p. 460-461.

⁹¹ “Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a “pasteurização” das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [2ª Turma]. Recurso Especial 586.316-MG. Relator: Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 mar. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>>. Acesso em: 1 dez. 2016).

⁹² MARQUES, 2012, p. 101-103.

vulnerabilidade dos consumidores, instaurando uma relação que não lhes é familiar⁹³.

Zygmunt Bauman⁹⁴ reflete que uma vez inseridos em uma escola ou comunidade, seja ela física ou eletrônica, os sites de redes sociais se espalham à velocidade do que denomina por “infecção virulenta ao extremo”. Rapidamente as redes sociais deixam de ser uma opção e se tornam o endereço de um número crescente de jovens, utilizadas por estes como “confessionários eletrônicos”.

Logo, em se tratando de crianças e adolescentes, a vulnerabilidade é um estado *a priori*, o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*vulnus*), aquele que pode ser “ferido” (*vulnare*) ou é vítima facilmente. Assim, a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida, o que ocorre, por exemplo, com a comida para bebês e com a publicidade para crianças⁹⁵.

A criança consumidora na pós-modernidade vem sendo caracterizada por uma intensiva participação dos infantes nas compras da família. O exercício de atividade laboral pelos pais faz com que os momentos de lazer dos filhos sejam vivenciados por meio de idas aos supermercados e às lojas em geral juntos. Assim, as crianças são introduzidas precocemente no mercado de consumo, tornando familiar a rotina de desejar bens de consumo ou banalizar a compra destes⁹⁶.

Além disso, às técnicas de marketing, sedutoras aos consumidores em geral, intensificam-se em relação às crianças e aos adolescentes. Estes se encontram em estágio da vida em que se convencem com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem o controle sobre os aspectos práticos da contratação (os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio). Daí porque estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor comum. Esta vulnerabilidade agravada da criança é reconhecida no âmbito da publicidade, estabelecendo o próprio CDC o caráter abusivo da publicidade que venha a aproveitar-se da deficiência de julgamento da criança (art. 37, § 2º), como

⁹³ LORENZETTI, 2004, p. 365.

⁹⁴ BAUMAN, 2008, p. 8-9.

⁹⁵ MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 130-131 e 201.

⁹⁶ BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? **Revista de Direito do Consumidor**, v. 90, ano 22, p. 69-90, nov./dez. 2013, p. 76.

de qualquer conduta negocial do fornecedor que venha a prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, entre outras condições de sua idade e conhecimento (art. 39, IV)⁹⁷.

Os meios de comunicação, uma vez descompromissados com a formação integral da criança e do adolescente, porém comprometidos com o mercado consumista, investem na atração a fim de orientá-los ao consumo, com técnicas persuasivas que superam o discernimento crítico do menor pelo simples fato de ele ainda não possuir suas faculdades de juízo desenvolvidas. Interfere-se exatamente nesse processo de configuração da base moral e do uso da liberdade. Instigam-se condutas com tal intensidade e com uso de recursos de publicidade que tornam difícil à criança e ao adolescente resistirem. E, ainda, a repetição desse ato poderá se converter em dependência psíquica ou física, dificultando a retificação dos hábitos quando a pessoa atinge a maioridade⁹⁸.

Diante disso, é preciso analisar juridicamente as práticas contratuais da era digital envolvendo crianças e adolescentes, em suas variadas formas e ocorrências (seja na oferta, na publicidade, no aceite), considerando a atual imensidão de dispositivos móveis, computadores, softwares, aplicativos, sites, jogos, entre outros, que o meio eletrônico propicia e desenvolve para a classe infanto-juvenil. Isso contribui para o agravamento da vulnerabilidade, ou seja, para a hipervulnerabilidade, haja vista que as condições físico-mentais características das crianças e adolescentes os elevam a tal estado.

Cabe não só ao Judiciário, como também a toda a sociedade, em consonância com a Doutrina da Proteção Integral prevista no art. 227, CF/88 e no art. 4º, ECA – proteção devida por todos – a responsabilidade pedagógica pela atuação de crianças e adolescentes no campo virtual, como forma de orientação e reeducação no uso seguro das ferramentas tecnológicas e no comportamento para com o meio eletrônico voltado para o consumo.

2.2 A INCAPACIDADE CIVIL E O PLANO DA VALIDADE

2.2.1 Legislação e Teoria Atuais: Exposição e Críticas

⁹⁷ MIRAGEM, 2014, p. 126.

⁹⁸ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. **Direitos da criança e do adolescente em face da TV**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

Tecidas as considerações sobre as dimensões de proteção conferidas pelo ordenamento jurídico à criança e ao adolescente, cabe situá-los no campo do Direito Privado, em especial quanto à possibilidade ou não de realizarem negócios jurídicos. Para tanto, examina-se o negócio jurídico sob os planos da existência, validade e eficácia, verificadas as regras sobre a incapacidade civil da criança e do adolescente.

Salienta-se que, de acordo com o ECA, criança é a pessoa de até 12 (doze) anos incompletos; e adolescente é a pessoa entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos (art. 2º). E, nos termos do Código Civil, são absolutamente incapazes de exercerem pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos (art. 3º); e são relativamente incapazes de exercerem certos atos ou à maneira de exercê-los os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos (art. 4º, I).

Esclarece-se que o problema proposto neste trabalho compreenderá, apenas, os atos da vida civil praticados por crianças e adolescentes inseridos no patamar de absolutamente incapazes – pessoas até 16 (dezesesseis) anos incompletos –, excluindo-se da análise adolescentes relativamente incapazes e outras categorias de incapacidade da pessoa, como aquelas disciplinadas pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

O enquadramento da criança e do adolescente nos patamares de “absolutamente incapazes” e “relativamente incapazes” é criticado por alguns doutrinadores⁹⁹. Levando-se em conta os atuais estudos destinados às teorias do desenvolvimento humano, é inconcebível a ideia de situar menores entre 0 (zero) a 16 (dezesesseis) anos sobre um mesmo perfil, devido à vasta diferença dentro desse período, bem como à diversidade de estágios ou etapas que o caracterizam. As afirmativas quanto às características atribuídas ao menor, (in)capacidade de exercer suas funções civis, (in)suficiência do desenvolvimento intelectual, (i)maturidade, e o fato de ser (não)possuidor de vontade própria, adjetivam ao menor a ideia de negação, de ausência individual e social, contrastando com a personalidade desses seres humanos. Afirma-se pela reestruturação do enquadramento instituído pelo Código Civil, apresentando maiores graduações jurídicas de capacidade civil desde

⁹⁹ Cf. VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999; cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

o nascimento do indivíduo, valorizando-se sua evolução no decorrer do processo de desenvolvimento físico e psicológico. E, ainda, defende-se pela substituição das expressões para “capacidade absolutamente restrita” e “capacidade relativa”¹⁰⁰.

Considera-se necessário repensar o regime, eis que o legislador afastou tal sujeito (o incapaz) da titularidade do exercício de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais (como se fosse seu valor preponderante), a ser efetivada, ainda, por intermédio de terceiros (o representante legal). Desse modo, entende-se que os interesses existenciais da criança e do adolescente se deslocam para segundo plano, o que não se mostra adequado, sobretudo quando estiverem em discussão situações jurídicas existenciais envolvendo crianças e adolescentes. Daí a necessidade de dedicar proteção jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela é, e não pela ótica do que ela tem¹⁰¹.

Para que seja possível a prática do negócio jurídico, o menor de 16 (dezesesseis) anos deverá ser representado pelo pai, mãe ou tutor, sob pena de nulidade do negócio (art. 166, I); e o maior de 16 (dezesesseis) anos e menor de 18 (dezoito), quando não emancipado, deverá ser assistido pelo pai ou pela mãe (art. 1.634, V e art. 1.690, CC), sob pena de anulabilidade do negócio (art. 171, I). Ambas as situações são formas de representação legal (art. 115, CC)¹⁰².

Diante dessas considerações, para melhor situar o problema em questão, analisa-se a passagem do negócio jurídico em três momentos: 1) o plano da existência, que se refere aos elementos do negócio jurídico; 2) o plano da validade, que diz respeito aos requisitos (ou pressupostos) do negócio jurídico; 3) e o plano da eficácia, que está ligado aos fatores do negócio jurídico¹⁰³.

¹⁰⁰ VERONESE, 1999, p. 59-67.

¹⁰¹ FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 198.

¹⁰² A representação legal é prevista pela própria lei, não resultando de negócio jurídico. Quando o sujeito não pode agir por si, a sua intervenção pode ser suprida através de um representante, como ocorre no caso das incapacidades de exercício (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil, teoria geral**: ações e fatos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2, p. 216).

¹⁰³ A doutrina não é uniforme com relação às terminologias empregadas. Afirma-se por “elementos de existência”, “requisitos de validade”, e “fatores de eficácia” do negócio jurídico (cf. AZEVEDO, 2002, p. 30); “elementos constitutivos”, “pressupostos de validade” e “elementos acidentais” (eficácia) (cf. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil [Lei n. 10.406, de 10-1-2002]. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 171, 240); “elementos volitivos do suporte fático” e “pressupostos de validade” (cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. III, p. 93-94; t. IV, p. 35-38); “pressupostos” e “efeitos do negócio jurídico” (cf. BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. II, p. 7-130).

Elemento do negócio jurídico é tudo aquilo que compõe sua existência no campo do Direito. Os elementos gerais do negócio jurídico são aqueles indispensáveis à existência de todo e qualquer negócio. Podem ser classificados como intrínsecos (ou constitutivos) e extrínsecos. Os elementos intrínsecos são subdivididos em: a) a forma, isto é, como a declaração se manifesta (escrita, oral, mímica, silêncio etc.), b) o objeto, ou seja, o seu conteúdo, o fim a que a declaração se manifesta (as diversas cláusulas de um contrato, as disposições testamentárias etc.) e, c) as circunstâncias negociais, ou melhor, o que faz com que uma manifestação de vontade seja vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos. Os elementos extrínsecos são subdivididos em: a) agente, dada a sua possibilidade de agir no campo do Direito; b) lugar e tempo, considerando que não há fato jurídico que não ocorra em determinado ponto do espaço e em determinado momento, conseqüentemente são indispensáveis a todo negócio jurídico¹⁰⁴.

Para que seja possível ligar ao negócio os efeitos jurídicos correspondentes à sua típica função econômico-social e, portanto, próprios para o regulamento de interesses estabelecidos pelas partes, deve existir uma correlação entre esses efeitos e os pressupostos de validade do negócio jurídico¹⁰⁵. Assim, entre existir e produzir efeitos, interpõe-se a questão de valer, e é o plano da validade a principal consequência da característica específica do negócio. Isso, pois, o negócio jurídico é, entre os fatos jurídicos, o único que consiste em declaração de vontade vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos. Logo, é em razão do plano de validade que a categoria “negócio jurídico” encontra plena justificação teórica¹⁰⁶.

A validade é a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas. Validade é a qualidade de um negócio existente. Portanto, válido é o adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias e o

¹⁰⁴ AZEVEDO, 2002, p. 31-34.

¹⁰⁵ BETTI, 1969, t. II, p. 7-8.

¹⁰⁶ AZEVEDO, op. cit., p. 41.

segundo um plano de adjetivos. Logo, os requisitos de validade são as qualidades que os elementos devem ter¹⁰⁷.

Assim, considerando que a) o negócio jurídico é a declaração de vontade; b) os elementos gerais intrínsecos (ou constitutivos) são essa mesma declaração tresdobrada em objeto, forma e circunstâncias negociais; c) os requisitos são qualidades dos elementos: a declaração de vontade deverá ser resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé. Se não for assim, o negócio será nulo ou anulável. Por exemplo, se ausente o discernimento, o negócio será nulo. Se houver erro, dolo ou coação, será anulável. O objeto deverá ser lícito, possível e determinado (ou determinável). E a forma, ou será livre, porque a lei não exige nenhum requisito, ou deverá ser conforme a prescrição legal. Quanto às circunstâncias negociais, não há requisitos exclusivamente seus, pois elas são o elemento caracterizador da essência do próprio negócio. Quanto aos elementos gerais extrínsecos, o agente deverá ser capaz e legitimado para o negócio. O tempo, salvo se o ordenamento jurídico impuser que o negócio se faça em um determinado momento, deverá ser o tempo útil. E o lugar deverá ser o apropriado¹⁰⁸.

Tanto o ato nulo como o anulável entram no mundo jurídico. Nulo e anulável existem, sendo que no plano da existência (que equivale à entrada no mundo jurídico) não há como distingui-los. A distinção só se pode fazer no plano da validade: ao contrário da anulabilidade, a nulidade é imprescritível e irrenunciável, bem como impossível de convalidação. Ambas consistem em invalidades do negócio jurídico, sendo a anulabilidade situação menos grave que a nulidade¹⁰⁹.

Os efeitos da sentença a qual decreta a nulidade operam *erga omnes* e *ex tunc*, o que significa dizer que valem para todos e iniciam desde a época em que o ato nulo foi praticado. Já os efeitos da sentença a qual reconhece a anulabilidade operam *inter partes* e *ex nunc*, ou seja, aproveitam exclusivamente aos que alegaram e a iniciam a partir da decisão. A propósito, o ato anulável só pode ser alegado pelos interessados, enquanto o ato nulo pode ser arguido não só por

¹⁰⁷ AZEVEDO, 2002, p. 42.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 42-43.

¹⁰⁹ PONTES DE MIRANDA, 2000, t. IV, p. 63-65.

qualquer interessado, mas também pelo Ministério Público, devendo a nulidade ser pronunciada pelo juiz quando a encontrar comprovada¹¹⁰.

O terceiro e último plano de projeção do negócio jurídico é o da eficácia, ou seja, dos efeitos manifestados como queridos. Excepcionalmente, um negócio nulo poderá produzir efeitos jurídicos, como é o caso do casamento putativo e do testador que aliena um bem após a deixa testamentária. São espécies de fatores de eficácia: a) os fatores de atribuição de eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato não produz efeitos; é o caso do negócio sob condição suspensiva; b) os fatores de atribuição de eficácia diretamente visada, que, embora eficaz entre as partes, antes do advento do fator de atribuição da eficácia, o negócio não produz seus efeitos normais; é o que ocorre, por exemplo, no negócio realizado entre o mandatário sem poderes e o terceiro; e c) os fatores de atribuição de eficácia mais extensa, que, embora o negócio possua plena eficácia, inclusive produzindo os efeitos visados, deverá dilatar seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*; é o caso, por exemplo, da cessão de crédito notificada ao devedor e registrada¹¹¹.

No Código Civil brasileiro, os elementos e requisitos (ou pressupostos) do negócio jurídico estão presentes no art. 104¹¹². De acordo com o dispositivo, a manifestação de vontade deve partir de agente capaz (inciso I), o objeto deve ser lícito e possível (inciso II), e a forma deve ser prescrita ou não proibida em lei (inciso III). Havendo um ato válido, pressupõe-se a sua existência¹¹³.

O Código Civil também estabelece, no art. 166¹¹⁴, as causas de nulidade do negócio jurídico. Este será nulo quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (inciso I), quando o objeto for ilícito, impossível ou indeterminável (inciso II), quando o motivo determinante, comum às partes, for ilícito (inciso III), quando não obedecer à forma prescrita em lei (inciso IV), quando for preterida solenidade que a lei

¹¹⁰ RODRIGUES, 2003, v. 1, p. 286-287.

¹¹¹ AZEVEDO, 2002, p. 49-50, 57.

¹¹² “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016).

¹¹³ AMARAL, 2003, p. 523.

¹¹⁴ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção” (BRASIL, 2002).

considera essencial para sua validade (inciso V), quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa (inciso VI), ou, ainda, quando a lei o declarar expressamente nulo ou proibir-lhe a prática (inciso VII). Acrescenta-se a essas situações a simulação, que consiste na declaração enganosa da vontade visando produzir efeito diverso do manifestado (art. 167¹¹⁵). Quanto às causas de anulabilidade, o art. 171¹¹⁶ dispõe que a incapacidade relativa do agente (inciso I) e a existência de vício na formação da vontade, resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (inciso II)¹¹⁷.

Com relação aos fatores da eficácia (ou elementos acidentais), o Código Civil, nos arts. 121 e seguintes, prevê a condição, o termo e o encargo como modificações das consequências do negócio jurídico; todavia não sendo indispensáveis à sua existência. A condição poderá ser: a) casual (que surge do acaso), potestativa (que emana da vontade exclusiva de uma das partes) e mista (que emana da vontade de uma ou de ambas as partes e também da vontade de terceiro, art. 121); b) impossível (que é sancionada pela lei, arts. 123 e 124); c) suspensiva (art. 125) e d) resolutiva (art. 127). São lícitas todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes (art. 122)¹¹⁸.

Dos planos examinados, o da validade é que o interessa à pesquisa, visto que é nele que o negócio jurídico celebrado por crianças e adolescentes absolutamente incapazes se depara com o óbice legal. Veja-se que entre os requisitos de validade previstos no art. 104 do Código Civil, a idade é o primeiro dado considerado pelos ordenamentos jurídicos no deferimento da capacidade de agir. O ser humano, de modo geral, somente depois de certa idade, adquire a vivência necessária que o torna apto a conduzir, pessoalmente, seus interesses.

¹¹⁵ “Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado” (BRASIL, 2002).

¹¹⁶ “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores” (BRASIL, 2002).

¹¹⁷ AMARAL, 2003, p. 528-531, 539.

¹¹⁸ RODRIGUES, 2003, v. 1, p. 239-252.

Cada comunidade jurídica, conforme sua própria valoração, define com que idade as pessoas devem ser consideradas capazes para a prática dos atos jurídicos¹¹⁹.

No entanto, não é exato afirmar que o negócio jurídico é nulo quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz. Tais pessoas participam da vida jurídica, praticam atos, embora não possam praticar ou celebrar pessoalmente esses atos. Os incapazes, como quaisquer pessoas, têm capacidade de direito. Aliás, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º), ao passo que a personalidade civil começa do nascimento com vida (art. 2º). Assim, quem adquire personalidade é dotado, automaticamente, de capacidade jurídica, de aptidão para ser titular de direitos e deveres. O que se distingue, no caso dos incapazes, é a capacidade de direito e a de fato (de exercício). A capacidade de direito ou capacidade jurídica, ou ainda, a personalidade, é pressuposto da capacidade de fato, sendo esta última a aptidão para praticar, pessoalmente, os atos da vida civil¹²⁰.

A declaração de vontade, por sua vez, não pode entrar e funcionar dentro do ordenamento jurídico sem qualquer regulamentação, sob pena de caracterizar-se uma anarquia. Deve-se proibir a declaração contrária às normas superiores, cercado de segurança certas declarações que interessam a todos. Se, sob outro ângulo, é permitido à vontade humana fixar o conteúdo da declaração, e se os efeitos são imputados à declaração segundo o seu conteúdo, é evidente que se deve evitar declarações decorrentes de vontades não correspondentes à exata consciência da realidade¹²¹.

A orientação no Brasil é no sentido de considerar inválidos os negócios jurídicos realizados diretamente pelo incapaz. Todavia, em razão dos problemas que acarretam na experiência jurídica e que desafiam o rigor normativo e dogmático do sistema, não se considera a melhor solução. Menores de 16 (dezesesseis) anos, por exemplo, realizam pessoalmente uma série de negócios jurídicos, desde a compra e venda de objetos móveis, contrato de transporte, quase sempre de pequeno valor, porém necessários à própria vida¹²². Tais contratos são nulos dado que a lei não

¹¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27.

¹²⁰ VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 37-38.

¹²¹ AZEVEDO, 2002, p. 41-42.

¹²² Os usos são comportamentos habituais e importantes instrumentos no processo interpretativo, pois auxiliam o intérprete no esclarecimento de deficiências da declaração negocial, a fim de verificar o sentido a ela atribuído no ambiente social (MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187-188). Em se tratando dos

abre qualquer exceção com relação à incapacidade absoluta. Entende-se que, ao considerar nulos os negócios jurídicos realizados por menores de 16 (dezesesseis) anos, o legislador civil adotou regra que desatende à realidade, embora existam, em outros sistemas jurídicos, soluções que compatibilizam a necessidade de proteção do incapaz com a realidade da vida¹²³.

Essa definição das regras sobre a validade, no geral das invalidades, tem cunho predominantemente dogmático, o que faz com que variem conforme o ordenamento jurídico e o momento histórico de análise. Por essa razão, o tratamento do legislador quanto às invalidades reflete, naturalmente, as concepções filosóficas e axiológicas de cada época e de cada cultura¹²⁴.

Em Portugal, os negócios jurídicos cotidianos, de valor reduzido e de pequena importância realizados por menores incapazes são ressaltados nas causas de nulidades do negócio jurídico (Código Civil, art. 127¹²⁵). Na França (Código Civil, art. 1.125¹²⁶) e na Itália (Código Civil, art. 1.426¹²⁷), a incapacidade resultante da

contratos de pequeno valor celebrados por menores sem autorização, compreende-se que os usos foram relevantes para a sua admissão na doutrina e jurisprudência, e contribuirão ainda mais na aceitação desses negócios quando a prática é transferida para o ambiente eletrônico.

¹²³ MELLO, 2008, p. 82-83.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 7-8.

¹²⁵ “Artigo 127 (Exceções à incapacidade dos menores): 1. São excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei: a) Os atos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho; b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância” (PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. DL n. 47344/1966, de 25 de novembro. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_miolo=>. Acesso em: 1 dez. 2016).

¹²⁶ “Article 1125: *Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de ceux avec qui elles ont contracté*” (FRANCE. **Code Civil**. Legifrance, 2 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 1 dez. 2016).

Tradução livre: “As pessoas capazes de contratar não poderão opor-se à incapacidade das pessoas com quem eles tenham contratado”. Essa disposição legal foi alterada recentemente pela “*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*” (Despacho n. 131/2016, de 10 de fevereiro de 2016), trazendo a matéria em seu artigo 1147: “*L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative*” (FRANCE, 2017). Tradução livre: “A incapacidade de contratar é uma causa de nulidade relativa”.

¹²⁷ “Art. 1426: *Raggiri usati dal minore: Il contratto non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnazione del contratto*” (ITALIA. **Il Codice Civile Italiano**. Gazzetta Ufficiale, n. 79, 4 apr. 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016).

Tradução livre: “Golpes utilizados pela criança: O contrato não é anulável, se a criança com golpes ocultou sua menoridade; mas a simples declaração feita por ele de sua maioridade não é um obstáculo à impugnação do contrato”. Menciona-se, ainda, o art. 1425, primeira parte: “*Incapacità delle parti: Il contratto è annullabile se una delle parti era legalmente incapace di contrattare (1441 e seguenti)*” (ITALIA, 1942). Tradução livre: “Incapacidade das partes: O contrato é anulável se uma das partes era legalmente incapaz de contratar (1441 e seguintes)”.

insuficiência de idade gera anulabilidade, o que evita os problemas resultantes da nulidade (imprescritibilidade, irrenunciabilidade e a impossibilidade de convalidação).

Na Alemanha, a incapacidade absoluta termina ao atingir 7 (sete) anos (BGB, § 106¹²⁸). A partir daí e até completar 18 (dezoito) anos, tem-se a pessoa como relativamente incapaz (de “capacidade jurídica restrita”, termo do BGB), sendo anulável o negócio jurídico que praticar sem o acompanhamento do representante legal. Além disso, negócio jurídico concluído diretamente pelo incapaz é válido, e, por conseguinte, é eficaz, se o seu cumprimento for efetivado com meios fornecidos pelo seu representante legal ou por terceiro, sendo que neste último caso deverá ser ratificado pelo representante (BGB, § 110¹²⁹). Em suma, se o negócio não prejudica o incapaz, é válido¹³⁰.

Em um estudo comparado entre o direito alemão e o direito brasileiro, Ana Paula Gambogi Carvalho¹³¹ expõe que não é raro que crianças e adolescentes façam pedidos pela Internet dos mais variados produtos, como jogos de computador para download, artigos esportivos, CD's e livros etc. Assim, na Alemanha, os contratos celebrados por menores de capacidade restrita serão nulos se estes não estiverem agindo com autorização dos pais ou equiparados. Declarada a nulidade do contrato, o menor não poderá ser obrigado ao pagamento exigido, em razão da proteção dos incapazes ser princípio absoluto na ordem jurídica alemã.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão nesse sentido, com relação aos menores absolutamente incapazes. Todavia, de acordo com o art.

¹²⁸ “§ 106 Beschränkte Geschäftsfähigkeit Minderjähriger: Ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt” DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. **Bürgerliches Gesetzbuch**, 1 jan. 1990. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb>>. Acesso em: 1 dez. 2016).

Tradução livre: “Capacidade jurídica restrita dos menores: Um menor que atingiu a idade de sete anos tem capacidade restrita para contratar nos termos dos artigos 107 a 113”.

¹²⁹ “§ 110 Bewirken der Leistung mit eigenen Mitteln: Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind” (DEUTSCHLAND, 1990).

Tradução livre: “Efetuando o pagamento com meios próprios: Um contrato celebrado pelo menor sem a aprovação do representante legal é considerado efetivo desde o início se o menor efetuar o cumprimento do contrato com meios que lhe foram concedidos para esse fim, ou com sua livre disposição pelo representante legal ou por um terceiro, com a ratificação do representante”.

¹³⁰ MELLO, 2008, p. 83.

¹³¹ CARVALHO, Ana Paula Gambogi. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 96.

180¹³² do Código Civil, o negócio jurídico celebrado por adolescente relativamente incapaz que, na ocasião, declarou-se capaz, será considerado válido, não lhe sendo possível alegar a idade verdadeira para eximir-se da obrigação contraída. Dessa forma, o adolescente relativamente incapaz que utilizar os dados de seu representante para realizar determinado negócio jurídico por meio eletrônico, permanecerá obrigado ao que foi pactuado, ainda que revelando sua identidade real.

É inadmissível juridicamente que alguém se prevaleça de sua própria malícia para tirar proveito de um ato ilícito, causando dano ao outro contratante de boa-fé. Isso em razão do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (a ninguém é permitido alegar a própria torpeza em seu proveito). Nesse caso, o objetivo da lei é proteger o interesse público¹³³.

Questiona-se, por isso, se certos contratos celebrados pela Internet por menores de 16 (dezesesseis) anos poderiam ser tolerados. Observa-se que essas declarações de vontade cotidianas são consideradas válidas em caráter de exceção, por serem situações irrelevantes e com menor possibilidade de constituírem litígios. Não é sempre que o objeto dos contratos eletrônicos corresponde a uma importância financeira reduzida, a ponto de serem entendidos como atos cotidianos de um menor absolutamente incapaz. Apesar de sua simplicidade técnica, eles apresentam certa complexidade em razão dos métodos de pagamento comuns na Internet (cartão de crédito, autorização para débito em conta etc.). Sendo assim, caso um contrato eletrônico celebrado por um adolescente de 15 (quinze) anos vir a tornar objeto de disputa judicial, caberá ao magistrado reconhecer a sua nulidade¹³⁴.

Segundo Clóvis Beviláqua¹³⁵ a teoria das invalidades, em especial quanto às causas de nulidade, ainda é vacilante, circunstância aliada à falta de nitidez dos dispositivos legais, à ausência de princípios diretores do pensamento em função legislativa. Como a pena em relação ao crime, a decretação da nulidade é uma reação do organismo social para manter ou restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica. Essa reação se opera, de certa forma, violenta de acordo com os interesses feridos pela ilegalidade.

¹³² “Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior” (BRASIL, 2002).

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 166.

¹³⁴ CARVALHO, 2001, p. 100-101.

¹³⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 1999, p. 254-257.

Embora a invalidação dos negócios represente uma reação do ordenamento à violação que o acomete, é certo que o interesse social na manutenção dos efeitos das manifestações de vontade (que despertam nos contratantes e em terceiros a convicção de sua idoneidade) justifica que se busque, sempre que possível, evitar que o negócio celebrado seja nulo, e, conseqüentemente, ineficaz. Isso é o que se denomina por princípio da conservação¹³⁶.

Uma das formas de conservação do negócio jurídico é por meio do instituto da conversão substancial, prevista no art. 170¹³⁷ do Código Civil. A conversão é um procedimento de escolha, devidamente fundamentada, entre duas qualificações jurídicas diferentes do mesmo negócio, cujo resultado consiste na atribuição ou no reconhecimento de eficácia jurídica ao negócio jurídico. Esse ato decisório que culmina na conversão do negócio jurídico tem como fundamento o poder jurídico *lato sensu*, atribuído pelo sistema jurídico a certos agentes (às partes e ao juiz)¹³⁸.

Os negócios jurídicos nulos são suscetíveis de conversão¹³⁹, excetos os negócios ilícitos, em razão de não constituírem entes jurídicos dignos de

¹³⁶ BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 106.

¹³⁷ “Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade” (BRASIL, 2002).

¹³⁸ DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47, 352.

¹³⁹ Cf. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE DOAÇÃO. AUSÊNCIA DE SOLENIDADE ESSENCIAL. PRODUÇÃO DE EFEITOS. CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO NULO. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS. CONTRATO DE MÚTUO GRATUITO. ART. ANALISADO: 170 DO CC/02. 1. Ação de cobrança distribuída em 13/04/2006, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 13/01/2011. 2. Cinge-se a controvérsia a decidir a natureza do negócio jurídico celebrado entre a recorrente e sua filha, e se a primeira possui legitimidade e interesse de agir para pleitear, em ação de cobrança, a restituição do valor transferido à segunda. 3. O contrato de doação é, por essência, solene, exigindo a lei, sob pena de nulidade, que seja celebrado por escritura pública ou instrumento particular, salvo quando tiver por objeto bens móveis e de pequeno valor. 4. A despeito da inexistência de formalidade essencial, o que, a priori, ensejaria a invalidação da suposta doação, certo é que houve a efetiva tradição de bem móvel fungível (dinheiro), da recorrente a sua filha, o que produziu, à época, efeitos na esfera patrimonial de ambas e agora está a produzir efeitos hereditários. 5. Em situações como essa, o art. 170 do CC/2002 autoriza a conversão do negócio jurídico, a fim de que sejam aproveitados os seus elementos prestantes, considerando que as partes, ao celebrá-lo, têm em vista os efeitos jurídicos do ato, independentemente da qualificação que o Direito lhe dá (princípio da conservação dos atos jurídicos). 6. Na hipótese, sendo nulo o negócio jurídico de doação, o mais consentâneo é que se lhe converta em um contrato de mútuo gratuito, de fins não econômicos, porquanto é incontroverso o efetivo empréstimo do bem fungível, por prazo indeterminado, e, de algum modo, a intenção da beneficiária de restituí-lo. 7. Em sendo o negócio jurídico convertido em contrato de mútuo, tem a recorrente, com o falecimento da filha, legitimidade ativa e interesse de agir para cobrar a dívida do espólio, a fim de ter restituída a coisa emprestada. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [3ª Turma]. Recurso Especial 1.225.861-RS. Relator: Ministra Fátima Nancy Andrighi. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 maio 2014. Disponível em:

conservação. Do contrário, configuraria abuso do poder jurídico *lato sensu* atribuído ao autor do ato decisório. Todavia, é possível conduzir a ilicitude do elemento, cláusula ou parte do negócio jurídico a alguma modificação de modo a torna-lo lícito. Também se excluem as hipóteses de negócios confirmados ou ratificados, pois seria inadmissível a conversão se houve a supressão da anulabilidade em virtude da atuação de alguém, desaparecendo o pressuposto da conversão do negócio jurídico¹⁴⁰.

A necessidade de adaptação dos requisitos de validade do comércio tradicional para se aplicarem aos negócios concluídos por intermédio do meio eletrônico existe e foi sentida muito cedo nos anos 90 do século XX. Isso porque o que se questiona é quem deve ser responsabilizado por essa contratação¹⁴¹, inclusive quando ocorre a imputação da vontade virtual aos pais (quando a criança utiliza os dados de seu representante para concluir o negócio, o que será explorado no último capítulo).

Como apontado no decorrer deste trabalho, os negócios jurídicos realizados por crianças e adolescentes absolutamente incapazes por meio da Internet, desprovidos da representação dos pais, seja a adesão a serviços como redes sociais, ou a compra de produtos que lhe interessam etc., é uma realidade social, sobretudo pelo fato das atuais gerações caminharem cada vez mais conforme o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, demandando o resultado (os efeitos) dessa contratação eletrônica, sem discernir suas consequências. Conforme será exposto a seguir, esses efeitos poderão ocorrer independentemente de o negócio ter obedecido aos requisitos (ou pressupostos) de validade.

O fenômeno da contratação eletrônica por crianças e adolescentes absolutamente incapazes é algo irreversível diante das novas tecnologias que estão ao seu alcance. Por essa razão, compreende-se que cabe ao Direito repensar a teoria geral do negócio jurídico, adequando e flexibilizando os requisitos (ou pressupostos) de validade, que estão ultrapassados diante da nova realidade. Com isso, será possível cientificar e prevenir as partes envolvidas quanto às eventuais consequências posteriores (por exemplo, uma compra de objeto de alto valor e

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102677/recurso-especial-resp-1225861-rs-2010-0207570-4-stj>>. Acesso em: 1 dez. 2016).

¹⁴⁰ DEL NERO, 2001, p. 371-372.

¹⁴¹ MARQUES, 2004, p. 109.

recusa dos pais quanto à quitação), bem como evitar a insegurança jurídica no momento em que se busca a tutela jurisdicional ao caso concreto.

2.2.2 Natureza Jurídica do Problema

Não obstante às sugestões apontadas, o contrato eletrônico celebrado por crianças e adolescentes absolutamente incapazes, a partir de dados de seus representantes legais, sem a exata autorização destes, em uma análise inicial, sob a ótica do sistema das invalidades vigente no direito civil brasileiro, não pode ser considerado como negócio jurídico válido nos exatos termos da lei. À primeira vista, é um negócio eivado de nulidade, tendo como consequência a desconstituição dos efeitos jurídicos que porventura causar.

Todavia, na impossibilidade de desconstituição desses efeitos, seja em razão do serviço já ter sido prestado, ou do produto já ter sido consumido, ou ainda, quando decorrido o prazo legal para o exercício do direito de arrependimento (art. 49, CDC¹⁴²), questiona-se o tratamento que a ordem jurídica atual concederá a este complexo fenômeno, sobretudo por envolver interesses conflituosos entre si emanados do menor, dos pais e do fornecedor do produto ou do serviço. Seria a nulidade negocial o melhor caminho para dirimir esse possível litígio?

À vista da demanda temporal da sociedade, outras abstrações do Direito, tais como os fatos jurídicos, os atos-fatos jurídicos, as relações jurídicas e as situações jurídicas, estão adquirindo relevância na pesquisa das atuais realidades passíveis de apreciação jurídica, e que não estão previstas expressamente na lei. Para tanto, explora-se o significado de tais figuras, a fim de averiguar a natureza jurídica do fenômeno em questão, apresentando-se, ao final, uma resposta à pergunta do parágrafo anterior e a hipótese almejada ao problema inicial do trabalho.

¹⁴² “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados” (BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 out. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016).

2.2.2.1 Fatos jurídicos. Espécies

Considera-se fato jurídico todo fato do mundo real sobre o qual incide a norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta recai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, existência jurídica. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos; tem ele, portanto, eficácia jurídica¹⁴³.

O mundo jurídico confina-se com o mundo dos fatos (materiais ou enérgicos, econômicos, políticos, costumeiros, morais, artísticos, religiosos, científicos). O mundo jurídico é o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico. A soma de suportes fáticos que passaram à dimensão jurídica é o mundo jurídico¹⁴⁴. O suporte fático, por sua vez, consiste naquele fato, ou grupo de fatos, sobre o qual a regra jurídica incide, podendo ser da mais variada natureza. É incalculável o número de fatos do mundo que a regra jurídica pode fazer entrar no mundo jurídico, e dizer se podem tornar fatos jurídicos. Essa é a função classificadora da regra jurídica: distribuir os fatos do mundo em fatos relevantes e fatos irrelevantes para o direito, em fatos jurídicos e fatos ajurídicos¹⁴⁵.

Os fatos jurídicos abrangem os acontecimentos naturais (fatos jurídicos *stricto sensu*) e os acontecimentos voluntários ou humanos (atos jurídicos). Os fatos jurídicos *stricto sensu* podem ser ordinários, como o nascimento, a morte, o decurso de tempo, a doença; e extraordinários, como o acaso, nas suas espécies de caso fortuito ou força maior. Os atos jurídicos, por sua vez, podem consistir em simples declarações de vontade que produzem efeitos já estabelecidos por lei, como o reconhecimento de filho, a fixação de domicílio, a apropriação de coisa abandonada ou de ninguém, sendo, pois, chamados de atos jurídicos *stricto sensu*. Também podem consistir em declarações de vontade destinadas a produzir efeitos, permitidos em lei e desejados pelo agente, ocasião em que são chamados de

¹⁴³ AZEVEDO, 2002, p. 24

¹⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. II, p. 221.

¹⁴⁵ *Ibid.*, t. I, p. 66.

negócios jurídicos, como os contratos (espécie mais comum), o testamento e as declarações unilaterais de vontade¹⁴⁶.

Os atos jurídicos também incluem os atos ilícitos. Quando alguma regra jurídica incide sobre os atos humanos, torna-os atos jurídicos, atribuindo-lhes eficácia jurídica. Sem a incidência de regra jurídica, não há ato jurídico. É preciso que a regra jurídica incida sobre o ato humano, e não sobre a consequência dele. Incidir sobre a consequência do ato não é incidir sobre o ato, e sim sobre o fato, que é a consequência (o que se denomina por ato-fato jurídico, explicado adiante). Atos ilícitos, isto é, atos humanos que são contrários ao Direito, não se separam dos atos jurídicos. A regra jurídica incide sobre os atos jurídicos como sobre os atos ilícitos, permitindo-lhes entrar no mundo jurídico. Os atos jurídicos possuem eficácia ativa, enquanto os atos ilícitos possuem eficácia reativa¹⁴⁷.

Ato-fato jurídico, por sua vez, consiste em ato humano, em que não houve vontade, ou no qual não se leva em conta o conteúdo de vontade, apto, ou não, a ser suporte fático de regras jurídicas. A variedade deles ainda não permitiu que se lhes descobrissem todas as regras gerais; e as regras sobre os negócios jurídicos não podem apanhá-los. Ou seja, não importa se houve ou não vontade em praticar o ato, pois o elemento volitivo é irrelevante. O que é relevante é a consequência do ato, ou seja, o fato resultante¹⁴⁸. Por exemplo, é eficaz o pagamento feito por absolutamente incapaz se é devedor¹⁴⁹.

Considerando que os atos jurídicos incluem os atos ilícitos, mencionam-se, ainda, os conceitos de ato-fato ilícito *lato sensu* e ato-fato ilícito *stricto sensu*. Ato-fato ilícito *lato sensu* é ato humano que entra no mundo jurídico para que as suas consequências danosas sejam superadas, ou pela indenização do dano extranegocial (reparação), ou pelas caducidades, ou pela prestação (o que também repara) do equivalente, ou ainda, outra execução. A contrariedade ao Direito decorre de ato-fato, ou seja, de fato produzido pelo homem, sem ser considerada, no entanto, a vontade de praticá-lo, e que causa prejuízo a terceiro. É o que ocorre, por exemplo, com os atos dos loucos e dos absolutamente incapazes que, quando obrigam a indenizar, são atos-fatos ilícitos¹⁵⁰.

¹⁴⁶ AMARAL, 2003, p. 244.

¹⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, 2000, t. I, p. 109-110.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 133.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 274.

¹⁵⁰ *Ibid.*, t. II, p. 233.

O ato do absolutamente incapaz contrário ao Direito não é imputável, logo, não é culposos. Assim, os suportes fáticos de atos-fatos ilícitos *stricto sensu* em que falta o elemento da capacidade de agir, à diferença dos negócios jurídicos e dos atos jurídicos *stricto sensu* em que falta a capacidade de ato jurídico lícito, não entram no mundo jurídico. O ato lícito desprovido do elemento da capacidade entra no mundo jurídico, porém não passa no plano da validade. Quanto ao ato ilícito, isso não ocorre: ele fica de fora, pois não passa no plano da existência. O ato contrário ao Direito, sem culpa, não entra como ato ilícito e sim como ato-fato ilícito. É o que acontece, por exemplo, com a tomada de posse ou com violação da posse de outro praticada pelo incapaz¹⁵¹.

Concluindo o raciocínio exposto, fatos jurídicos abrangem os fatos jurídicos *stricto sensu* (acontecimentos naturais) e os atos jurídicos (ações humanas). Os atos jurídicos incluem os atos jurídicos *stricto sensu* (atos que não dependem da vontade humana, porém seus efeitos estão previstos em lei; por exemplo, a adoção e o reconhecimento de paternidade) e os negócios jurídicos (atos que dependem da vontade e seus efeitos são disciplinados pelas partes; por exemplo, os contratos). Há ainda os atos-fatos jurídicos, que são atos humanos desprovidos de vontade, consciência e intenção quanto aos efeitos jurídicos (por exemplo, a criança que celebra compra e venda de objeto de pequeno valor).

Os atos jurídicos abarcam os atos ilícitos, já que há a incidência da regra jurídica sobre ambos. A diferença é que a eficácia do ato jurídico é ativa, enquanto do ato ilícito é reativa. No caso dos atos-fatos jurídicos ilícitos, é possível subdividi-los em atos-fatos ilícitos *lato sensu* e atos-fatos ilícitos *stricto sensu*. Os atos-fatos ilícitos *lato sensu* consistem em atos que entram no mundo jurídico para sanar consequências danosas (ou seja, consequências jurídicas), como é o caso, por exemplo, da indenização a ser paga decorrente de ato praticado por absolutamente incapaz. Já os atos-fatos ilícitos *stricto sensu* correspondem a atos ilícitos desprovidos de culpa (ou seja, inexistentes), porém com efeitos previstos em lei. É o caso, por exemplo, do absolutamente incapaz que pratica a tomada ou violação de posse.

2.2.2.2 Relação jurídica. Direito objetivo e direito subjetivo

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, 2000, t. II, p. 247-248.

A relação jurídica é o vínculo que o Direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres, representando uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram. A relação jurídica também é concebida por meio de uma perspectiva dinâmica, considerando-a principalmente no que tange ao direito das obrigações, como um todo unitário e orgânico que se apresenta como um processo em andamento, um conjunto de direitos e deveres que existe e se desenvolve em face de um determinado objetivo¹⁵². Todo negócio jurídico cria uma relação jurídica, constituindo, ou modificando, ou extinguindo direitos, pretensões, ações ou exceções¹⁵³.

No campo do Direito Privado, a relação jurídica é caracterizada como a relação que o direito objetivo estabelece entre uma e outra pessoa, na medida em que confere a uma determinado poder e impõe à outra o vínculo correspondente. Há uma bilateralidade que lhe é própria, ou seja, a correlação necessária entre poder e vínculo, entre posição ativa e posição passiva¹⁵⁴.

A relação jurídica de consumo, por sua vez, apresenta características próprias e que demandam um cuidado especial quanto à interpretação de seu conteúdo e alcance. No estudo de Newton De Lucca¹⁵⁵, não é possível formular um conceito único da relação de consumo, a exemplo do que ocorre com a relação jurídica tradicional. Para compreender adequadamente os diferentes aspectos do âmbito de aplicação do Direito do Consumidor, é necessário recorrer à seguinte dicotomia: a relação jurídica de consumo em sentido estrito, que consiste naquela entre um fornecedor e o consumidor-padrão de referido no art. 2º, *caput*¹⁵⁶, do CDC; e relação jurídica de consumo em sentido lato, que corresponde àquela entre um fornecedor e o consumidor por equiparação, previsto este último no art. 2º, parágrafo único¹⁵⁷, no art. 17¹⁵⁸ e no art. 29¹⁵⁹, do CDC.

¹⁵² AMARAL, 2003, p. 159, 168.

¹⁵³ PONTES DE MIRANDA, 2000, t. III, p. 34.

¹⁵⁴ BETTI, 1969, t. I, p. 26.

¹⁵⁵ DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**: teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 203-204.

¹⁵⁶ “Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

¹⁵⁷ “Art. 2º [...]. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (BRASIL, 1990).

¹⁵⁸ “SEÇÃO II Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço [...]. Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” (BRASIL, 1990).

Dentro da análise de relação jurídica, é preciso, porquanto, rememorar os conceitos de direito objetivo e direito subjetivo. Direito objetivo é sempre um conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando o indivíduo a fazer ou não fazer algo. O direito objetivo indica ao ser humano um o caminho a seguir, prescrevendo medidas repressivas em caso de violação de normas. O direito subjetivo, por seu turno, é sempre a permissão que tem o ser humano de agir conforme o direito objetivo. Um não pode existir sem o outro. Comumente se apresentam duas espécies de direito subjetivo: a) a comum da existência, que é a permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa, sem violação de preceito normativo, como por exemplo, o direito de ter um nome, um domicílio, de ir e vir, de casar, trabalhar, alienar bens etc.; e b) o de defender direitos ou proteger o direito comum da existência, ou seja, a autorização para assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma poderá resistir contra a ilegalidade, fazer cessar o ato ilícito e pleitear a reparação pelo dano. Essas autorizações são permissões concedidas pelas normas jurídicas¹⁶⁰.

O direito subjetivo significa um poder do seu titular, a ideia de um dever a ser prestado por outra pessoa. Em outras palavras, quem tem um poder de ação oponível a outrem, seja determinado, como nas relações de crédito, seja indeterminado, como nos direitos reais, participa de uma relação jurídica, que se constrói com a ideia de bilateralidade, suscetível de expressão na fórmula poder-dever: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito. Todavia, observa-se que, quanto aos direitos potestativos, o ordenamento concede-os o poder-sujeição: poder do titular do direito de um lado, sujeição de alguém para com o exercício do direito de outrem. Esta situação diferencia-se da anterior por não haver nada que o titular da sujeição possa ou deva fazer, ou seja, não há dever, apenas submissão à manifestação unilateral do titular do direito¹⁶¹.

Por essa razão, deve-se acrescentar ao estudo da relação jurídica a análise da situação jurídica, enquanto abstração ampla que vem despertando o interesse

¹⁵⁹ “CAPÍTULO V Das Práticas Comerciais [...]. Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 1990).

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247, 251.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Máio da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 36-37.

doutrinário em razão de apresentar resposta à busca da natureza jurídica das questões fáticas características da sociedade pós-moderna, conforme exposição a seguir.

2.2.2.3 Situação jurídica. Interesse

Consideram-se situações jurídicas aquelas que se produzem a par de uma causalidade jurídica, ou seja, produto de uma valoração jurídica realizada pelo homem na medida em que reage sobre a realidade social. Ou seja, constituem respostas que a ordem jurídica concede às diferentes situações de fato, que são configuradas à medida que sobrevêm os fatos jurídicos. Estes, por sua vez, revelam-se como aqueles a que o Direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações jurídicas, que correspondam a novas qualificações que a norma jurídica atribui a pessoas, coisas e atos. A diferença entre a situação e a relação jurídica é uma questão de especificação e de aspecto. A relação jurídica constitui espécie mais saliente e mais desenvolvida do que o gênero situação jurídica, entendida esta expressão no seu significado *lato sensu*¹⁶².

Nem toda valoração pelo direito origina uma relação jurídica. Há, por sua vez, situações jurídicas, no sentido de situações valoradas pelo Direito, que não podem reduzir-se à categoria intersubjetiva da relação. Daí porque recorrer-se a um conceito de maior generalidade, consubstanciado na situação jurídica, que, além de abranger a relação jurídica como uma modalidade, exprime simplesmente a resultante de qualquer valoração da realidade pela ordem jurídica¹⁶³.

Consideram-se situações jurídicas objetivas aquelas resultantes da própria norma que as determina, caracterizando-se por sua generalidade e permanência, como, por exemplo, a situação do cônjuge e do proprietário. As situações jurídicas subjetivas, por sua vez, são resultantes da manifestação da vontade particular e, por isso, são adaptadas aos interesses do agente, como a situação do comprador, do locatário etc. São caracterizadas por sua temporariedade e especialidade. Outro aspecto é que nas situações jurídicas objetivas há mais deveres do que direitos,

¹⁶² BETTI, 1969, t. I, p. 15-26.

¹⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil, teoria geral: relações e situações jurídicas**. Coimbra: Almedina, 2002, v. 3, p. 9-10.

enquanto nas situações jurídicas subjetivas há uma tendência a se criar mais direitos do que deveres¹⁶⁴.

No estudo de Natalino Irti¹⁶⁵, situações jurídicas subjetivas são os modos, diversos e múltiplos, em que o Direito, à ocorrência de certos fatos, avalia comportamentos humanos. As situações jurídicas subjetivas não são diferentes dos efeitos jurídicos, sendo necessário repensar o instituto à luz dos resultados obtidos na análise do efeito jurídico, para tornar problemáticas as classificações tradicionais da literatura jurídica. Analisa-se a situação jurídica a partir de três categorias: o direito subjetivo, a faculdade e o poder.

A obrigação consiste na valoração de uma conduta humana, que deve imediatamente dizer se pode ser considerada em si mesma ou em seu reflexo na esfera do outro. Em alguns casos, a norma enuncia a valoração da obediência ao dever, desinteressando as expectativas e a sensação dos sujeitos associados; em outros, no entanto, se destina para um ou mais sujeitos determinados. Aqui se delineiam os destinatários próprios da obrigação. Esta posição de destinatários, ou destinação, é o que se define como direito subjetivo que, estritamente, é apenas o reflexo secundário e eventual da obrigação dos outros. Mas, se é verdade que cada direito subjetivo pressupõe uma obrigação, não é verdade que cada obrigação corresponde a um direito subjetivo. A análise de um sistema historicamente determinado demonstra uma correlação constante entre obrigações e direitos; mas isto não permite considerar a destinação como elemento necessário da obrigação e, conseqüentemente, da norma jurídica. As figuras do destinatário da obrigação e do destinatário do comportamento devido não coincidem. A destinação da obrigação identifica o titular do direito subjetivo; a destinação do comportamento devido identifica o sujeito a quem a obrigação é direcionada¹⁶⁶.

O poder, por sua vez, designa a possibilidade de alcançar um resultado, ou seja, de determinar a produção de determinados efeitos jurídicos. Possibilidade, portanto, de querer os atos para os quais a norma relaciona esses efeitos. A figura de poder nasce da alegada insuficiência da categoria de dever. Isso é suficiente para descrever o aspecto estático do Direito, mas resulta inadequado para expressar o aspecto dinâmico: isto é, a produção e a variação do Direito. Mesmo nesta ideia de

¹⁶⁴ AMARAL, 2003, p. 203-204.

¹⁶⁵ IRTI, Natalino. **Introduzione allo studio del diritto privato**. Padova: Cedam, 1995, p. 34-35.

¹⁶⁶ Ibid., p. 35-36.

poder, há a intrusão de elementos psicológicos, que se revelam especialmente na configuração de atos jurídicos, como a realização de uma possibilidade genérica do indivíduo. Enquanto os fatos da natureza são independentes do homem, os atos referem-se a uma decisão da vontade humana neles desempenhada e que os determina. Daí a necessidade de distinguir uns dos outros, remontando a este último a vontade humana e a sua capacidade de decidir a produção de efeitos jurídicos¹⁶⁷. A faculdade ora é indicada como elemento interno do direito subjetivo, ora é contraposta a este. É a escolha individual do ato de cumprir e decidir ou não por certo resultado jurídico, estando na dependência da vontade humana¹⁶⁸.

A categoria do poder se relaciona com o exame do direito potestativo, compreendido como poder de constituir, modificar ou extinguir – com sua declaração ou por uma decisão do juiz – uma relação jurídica. Neste caso, o poder opera na esfera jurídica dos outros, na qual a outra parte não tem a obrigação ou encargo de realizar qualquer comportamento. O direito potestativo corresponde uma mera sujeição. A parte contra a qual é exercida o direito potestativo não é obrigada a fazer, não fazer ou tolerar nada; nem é capaz de satisfazer ou violar o interesse do titular¹⁶⁹.

Logo, o direito potestativo é incompatível com a definição de direito subjetivo. O direito potestativo não exige uma atitude de outros, nem é suscetível de violar, dependendo apenas da escolha do titular para produzir ou não produzir um determinado efeito jurídico. Diante disso, teoria do direito subjetivo não é suficiente para explicar o direito potestativo. No direito subjetivo, a vontade sempre se volta para os outros, precisamente para o sujeito passivo da relação: o comando é sempre destinado a sujeitos diversos do titular. No direito potestativo, a vontade é resolvida no cumprimento do ato, ao qual a norma jurídica confere determinados efeitos jurídicos; e a outra parte não está sujeita à vontade do titular, mas sim ao objetivo de produzir seus efeitos jurídicos, ou seja, às consequências da declaração de vontade do titular. Portanto, sendo o direito potestativo incompatível com o direito subjetivo, é também antagônico à noção de relação jurídica¹⁷⁰.

Por essa razão, a noção de situação jurídica tem ganhado relevância nos últimos tempos em razão do conceito de relação jurídica não ser mais suficiente

¹⁶⁷ IRTI, 1995, p. 37-39.

¹⁶⁸ Ibid., p. 46-47.

¹⁶⁹ Ibid., p. 40-41.

¹⁷⁰ Ibid., p. 42-43.

para explicar determinadas realidades sociais. O tema é abordado especialmente no campo das biotecnologias, quando se tem em conta interesses ligados à existencialidade humana. Com a consagração da dignidade humana como fundamento da República, realocando o homem no centro do ordenamento jurídico, surgem diversos interesses juridicamente relevantes em razão das possibilidades favorecidas pelo progresso científico que, nem sempre, dispõem de dispositivo legal correspondente (de um direito objetivo), culminando na ausência de um direito subjetivo¹⁷¹. Esses interesses poderão ser violados da mesma forma como se violam direitos subjetivos¹⁷².

A evolução dinâmica dos fatos sociais traz a dificuldade de se estabelecer uma disciplina legislativa para todas as possíveis situações jurídicas de que a pessoa humana seja titular. Impõe-se, necessariamente, a rejeição de concepções que pretendem selecionar interesses mercedores de tutela com base em prévia especificação legislativa, seja em forma de direito subjetivo, seja por meio de qualquer outra categoria inflexível¹⁷³. As situações jurídicas subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: o tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida nas relações¹⁷⁴.

Menciona-se ainda a noção de interesse em substituição à noção de vontade trazida por Rudolf von Ihering¹⁷⁵. A justificativa é que a percepção anterior não serviria para explicar o direito dos que não possuíam ou não podiam expressar sua vontade, a exemplo do deficiente mental ou de quem ignora ter direito, como no exemplo do herdeiro que desconhece a herança. O direito não pode ser resumido à

¹⁷¹ “Em razão da dependência entre o direito subjetivo e a previsão normativa, observam-se, por vezes, novas situações fáticas que não encontram correspondência normativa. Os fatos exibem sua força transformadora e seu potencial jurígeno sem que o direito objetivo-positivo tenha lançado mão do seu poder regulamentador” (PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 186).

¹⁷² “A diferença de tratamento, quanto à violação do direito subjetivo e à violação do interesse, protegido por um direito não-subjetivado, está em que aquela é perceptível ao primeiro exame (= a contrariedade a direito não precisa ser mostrada, resulta da *res deducta*), e essa tem de ser apontada, *deducta*” (PONTES DE MIRANDA, 2000, t. II, p. 221).

¹⁷³ SCHREIBER, 2013, p. 123.

¹⁷⁴ PERLINGIERI, 2002, p. 155-156.

¹⁷⁵ IHERING, Rudolf von. **La posesión**. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003, p. 14-15.

mera faculdade de obrigar. É necessário que lhe seja dado um elemento substancial, que seria a utilidade, e um elemento formal, que seria a proteção e a garantia, configurando-se, assim, um interesse juridicamente protegido. A finalidade do Direito é satisfazer as necessidades da vida de uma forma assegurada, independentemente da capacidade do indivíduo. Logo, quanto menos capaz é uma pessoa de acessar essas necessidades, maior a responsabilidade do Direito.

A partir da chamada Convenção de 1999 das Nações Unidas sobre os direitos da criança, o interesse unitário do menor se desarticula em um discurso duplo. Por um lado, conserva-se a sua tradicional razão de ser como critério guia para os legisladores, autoridades judiciárias e estruturas sociais, pois na própria ação inerente à criança há o objetivo de proteção do mesmo. De acordo com o art. 3 da Convenção, em todas as decisões relativas a crianças, de competência de instituições públicas ou privadas de assistência social, dos tribunais, das autoridades administrativas ou dos órgãos legislativos, o melhor interesse da criança deve ser uma consideração primária. Por outro lado, especifica-se em situações jurídicas singulares, que, como tal, e enquanto tais, exigem tutela, com garantias, inclusive jurídicas, que acompanham em princípio a tutela das situações jurídicas subjetivas. Inicia-se, assim, um processo, atualmente em curso, de determinação progressiva do conteúdo do interesse do menor. O surgimento gradual de situações jurídicas subjetivas da criança deve estar afastado de restrições provenientes de ações discricionárias advindas das autoridades judiciárias na determinação do interesse do menor¹⁷⁶.

A questão reside quando as novas tecnologias proporcionam formas inesperadas para que crianças e adolescentes absolutamente incapazes manifestem sua vontade, sendo possível imputá-la ao representante legal em razão da utilização não autorizada, no momento da celebração do negócio jurídico, de dados e informações dos pais.

Tendo em conta a vontade manifestada pelo menor e os direitos a ele conferidos pela norma vigente (ECA, CDC, CF, Tratados e Convenções internacionais), é possível enquadrar os efeitos do fenômeno à noção de situação jurídica subjetiva. Nesse caso, visualizam-se certos interesses do menor, e não necessariamente direitos subjetivos (ou por ausência de norma prévia, ou por

¹⁷⁶ BOCCHINI, Fernando. L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 3, p. 276-313, magg./giugno 2000, p. 285.

ausência de capacidade civil de fato, ou por ausência de uma exata relação bilateral de direito e dever). Constata-se o interesse contratual que é conflitante com o direito subjetivo dos pais, mas, principalmente, o interesse protetivo e o interesse pedagógico que correspondem aos melhores interesses a serem buscados pela sociedade, pelos pais e pelas autoridades competentes, a favor da criança e do adolescente.

Do ponto de vista dos deveres legais dos pais e dos fornecedores, que, sob a ótica do CDC e do ECA, são em maior quantidade em relação aos seus direitos, é possível enquadrar os efeitos do fenômeno no âmbito da situação jurídica objetiva. Todavia, não se descarta o direito subjetivo dos pais, enquanto consumidores (dada a sua vontade declarada), na restituição do valor pago, alegando, a seu favor, a ausência de informações claras no site, tal como disciplinam o CDC e o Decreto n. 7.962/2013¹⁷⁷ (direito objetivo); como também o direito subjetivo do fornecedor no cumprimento da obrigação contratual, visto que o negócio jurídico é válido a partir do instante em que a vontade declarada é de agente capaz (direito objetivo).

Em razão dessa bilateralidade de direitos objetivos e direitos subjetivos existente entre o representante legal do menor absolutamente incapaz e os fornecedores do produto ou do serviço, indaga-se a respeito da possibilidade desse fenômeno constituir uma relação jurídica e, conseqüentemente, um negócio jurídico válido, sobretudo quando há a impossibilidade de desconstituição dos efeitos, conforme análise adiante.

2.2.2.4 Negócio jurídico. Teoria da vontade e teoria da declaração

Feitos os apontamentos a respeito das abstrações que compõem e contornam a noção de negócio jurídico, essa seção é dedicada à verificação da

¹⁷⁷ Menciona-se o art. 2º, VI e o art. 4º, II:

“Art. 2º. Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: [...] VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta. [...]”

Art. 4º. Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: [...] II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação” (BRASIL. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016).

natureza jurídica própria do fenômeno apreciado e ao exame concreto de sua validade. Refere-se, assim, ao negócio jurídico celebrado por absolutamente incapaz, sem a devida representação, identificando-se como capaz. Salienta-se que, de acordo com o que fora analisado, a presença de culpa ou dolo na vontade consubstanciada no ato é irrelevante e, por sua vez, desconsiderada, em razão da inimputabilidade do menor absolutamente incapaz.

Esse acontecimento denomina-se por “imputação da vontade virtual aos pais”: crianças e adolescentes absolutamente incapazes, em posse dos dados de seus responsáveis no ambiente virtual despersonalizado, praticam negócios jurídicos, de forma que a vontade declarada é atribuída aos pais. Inexiste previsão em regra jurídica de tal circunstância. O que se aproxima dessa situação é o negócio jurídico celebrado por menor relativamente incapaz que na ocasião declarou-se capaz, conforme previsão do art. 180 do Código Civil, exposto na seção 2.2.1.

A questão se agrava, ainda, quando os efeitos jurídicos gerados por esse fenômeno são impossíveis de serem desconstituídos. É o caso, por exemplo, do decurso do prazo legal de 7 (sete) dias para o consumidor manifestar seu arrependimento; ou ainda, quando o produto adquirido é consumido ou quando o serviço é concluído, ocasião em que haverá uma obrigação de quitação pela parte consumidora. Repete-se o questionamento anterior: seria a nulidade a melhor resposta da ordem jurídica a esse caso específico? Para auxiliar essa investigação, é necessário o exame das teorias da vontade (subjéctiva) e da declaração (objéctiva) e suas interpretações a partir do Código Civil.

No direito romano, até os fins da República (portanto, em todo o período pré-clássico), só se conhecia a interpretação objéctiva, em razão do próprio formalismo que caracterizava essa época primitiva. Logo, havendo observância da forma, não havia que se indagar se ela correspondia, ou não, à vontade real das partes. No período clássico, porém, esse formalismo é atenuado, o que, somado à influência retórica dos gregos, gera uma preocupação sobre a divergência entre a palavra e o pensamento, dando-se, aos poucos, maior importância à vontade real do que à sua manifestação (desde que a declaração de vontade fosse ambígua, dando margem à dúvida). No período pós-clássico (período Justiniano) prepondera, então, a interpretação subjéctiva. A matéria, porém, é controversa, não se sabendo, certamente, até que ponto chegaram os juristas clássicos ao admitir a interpretação subjéctiva, e até que ponto o critério por eles seguidos foi diferente dos juristas pós-

clássicos¹⁷⁸. Ousa-se afirmar, todavia, que essa cisão de interpretações objetiva e subjetiva permanece na pós-modernidade.

Por um lado, a exemplo do que expõe Antônio Junqueira de Azevedo¹⁷⁹, a vontade não é elemento do negócio jurídico. O negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge e nasce por ocasião da declaração. Sua existência é inaugurada com a declaração, de modo que o processo volitivo anterior não faz parte dela. A declaração é o resultado do processo volitivo interno, que é absorvido no momento que a declaração é emitida. A vontade poderá, depois, influenciar a validade do negócio e, às vezes, a eficácia. Mas, ela não faz parte, existencialmente, do negócio jurídico. Ela é inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado. O fato de ela poder vir a influenciar a validade ou a eficácia do negócio não a transforma em parte dele.

A vontade poderá agir sobre o negócio no plano da validade, às vezes porque ela, na realidade, não existiu (por exemplo, declarações feitas sob hipnose) e às vezes porque não foi regular, isto é, não resultou de uma exata noção da realidade (erro, dolo), ou não resultou de opção espontânea (coação, estado de perigo), ou, ainda, não resultou de motivos lícitos (simulação, fraude contra credores, lesão). Logo, a relevância jurídica da vontade não ocorre no plano da existência. A declaração, uma vez feita, desprende-se da vontade interna e adquire autonomia. É da declaração, e não da vontade, que surgem os efeitos. Tanto é assim que, no âmbito civil, mesmo quando uma das partes muda de ideia em um contrato, os efeitos persistem¹⁸⁰.

Por outro lado, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira¹⁸¹, deve-se partir da declaração da vontade e procurar seus efeitos jurídicos, indagando-se, porém, a verdadeira intenção. O direito subjetivo do agente nem sempre coincide com a produção das consequências jurídicas do negócio. As circunstâncias que envolvem a realização do ato, os elementos econômicos e sociais que circundam a emissão de vontade, são fatores úteis à condução do trabalho daquele que se encontra no mister de, em dado momento, esclarecer o sentido da declaração de vontade para determinar quais são os seus verdadeiros efeitos jurídicos.

¹⁷⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 186-187.

¹⁷⁹ AZEVEDO, 2002, p. 82-83.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 85.

¹⁸¹ PEREIRA, 2004, p. 339.

O problema do predomínio da vontade ou da declaração como elemento determinante do negócio jurídico apresenta duplo sentido no Código Civil. O art. 112¹⁸² dispõe que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem, em uma aparente opção pela teoria da vontade (subjéctiva). É o que ocorre em matéria de erro do negócio (art. 141¹⁸³), por exemplo. Entretanto, tomando como ponto de partida a declaração de vontade, na qual a intenção está consubstanciada, o Código Civil adotou como critério de interpretação a boa-fé e os usos do lugar (art. 113¹⁸⁴), optando, nesse aspecto, pela concepção objectiva e, conseqüentemente, pela teoria da declaração¹⁸⁵.

Diante dessas considerações, passa-se a analisar o problema em questão sob a concepção subjéctiva (vontade) e objectiva (declaração). Dando enfoque à vontade consubstanciada que é a do absolutamente incapaz, ou seja, aplicando-se a teoria da vontade, depara-se, a princípio, com um negócio jurídico nulo, embora tenha produzido efeitos jurídicos. Todavia, na prática, não havendo como desconstituir esses efeitos pelos motivos exemplificados, tem-se, obrigatoriamente, um negócio jurídico que ultrapassou o plano da validade e, por essa razão, será válido, independentemente do processo volitivo.

Nesse aspecto, faz-se referência à exposição de Claudio Luiz Bueno de Godoy¹⁸⁶, segundo o qual, diante da ausência de exceção no Código Civil quanto aos negócios cotidianos realizados por menores incapazes, seria possível ampliar o espectro dos atos jurídicos lícitos para solucionar o problema da capacidade, de forma que o ato jurídico lícito (inclusive o ato jurídico *stricto sensu*) não é apenas aqueles atos nos quais a vontade não se volta à obtenção do resultado (o efeito jurídico), mas também os atos nos quais a vontade se volta à obtenção do resultado, e nos quais o efeito jurídico acontece de forma automática, não havendo espaço para o autorregramento desse efeito. Logo, esses atos seriam preservados em

¹⁸² “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (BRASIL, 2002).

¹⁸³ “Art. 141. A transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração directa” (BRASIL, 2002).

¹⁸⁴ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, 2002).

¹⁸⁵ AMARAL, 2003, p. 421.

¹⁸⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo, 07 ago. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PCd77MMUzhk&t=1483s>. Acesso em: 19 nov. 2016. Aula magna proferida em conferência organizada pela APAMAGIS (Associação Paulista de Magistrados).

razão de não serem negócios jurídicos (nos quais há a exigência de ser celebrado por agente capaz), mas sim atos jurídicos lícitos.

Ainda sob a ótica subjetiva, ocorre algo semelhante nos negócios jurídicos celebrados por menores absolutamente incapazes decorrentes da imputação da vontade virtual aos pais: os efeitos jurídicos são produzidos de forma automática, afastando-se o alcance da regra jurídica sobre eles, e muito menos sobre os requisitos (ou pressupostos) de validade. Logo, esse negócio jurídico persiste, mesmo que deficitária a vontade real manifestada na ocasião de sua celebração.

Enfatizando-se a declaração em si (concepção objetiva), a análise é menos dificultosa. A declaração de vontade nesse caso, enquanto elemento de existência, é externalizada por agente capaz, inexistindo qualquer dúvida a respeito da validade do ato, tampouco de sua eficácia. Desse modo, depara-se, seguramente, com um negócio jurídico válido e eficaz. Mesmo considerando que o ambiente virtual é despersonalizado e que as declarações de vontade poderão ocorrer em tempos diversos (contrato interpessoal e não simultâneo), inexistindo má-fé da parte destinatária no momento específico da recepção dessa declaração, não há espaço para alegação de invalidades.

Andreas Wiebe¹⁸⁷, em estudo específico dedicado à imputação da declaração de vontade pelos meios tecnológicos, afirma pela necessidade de conscientização de que o conceito de declaração da vontade, em seu ponto de partida, é um conceito funcional, e cuja função primordial é abarcar as necessidades de comunicação preponderantes nas relações jurídicas de uma sociedade. Assim, a estrutura da declaração de vontade é relacionada dinamicamente às condições sociais e econômicas vigentes. Sua adequação não se pode contrapor aos interesses de efetivação de negócios, tampouco aos interesses em se ter uma livre escolha das tecnologias de comunicação como expressão da autonomia privada. Essa argumentação resulta em uma equalização de interesses num patamar abaixo daquele ato jurídico pleno, do qual a doutrina jurídica exige para a declaração convencional de vontade. É necessário situar a declaração eletrônica de vontade no segmento dos negócios jurídicos com os meios legais existentes. Isso porque a automatização do processo de comunicação, que abrange um número crescente de

¹⁸⁷ WIEBE, Andreas. **Die elektronische Willenserklärung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, p. 140.

setores, não se deixa delimitar em categorias feitas sob medida para atos de comunicação puramente humanos.

A formatação do conceito de declaração de vontade deverá ocorrer com base na noção de imputabilidade. A evolução da jurisprudência alemã sobre a estrutura da declaração de vontade, principalmente em relação à faltante consciência declaratória (ausência de capacidade), não oferece ocasião apenas para reunir o modelo da declaração de vontade patológica com aquela livre de vícios, mas também empresta fundamentos para reunir os segmentos da doutrina do negócio jurídico e da responsabilidade pela confiança (boa-fé). Neste sentido, o uso do conceito da imputação no contexto jurídico denomina uma vinculação material, também com uma função corretiva, ou seja, com o objetivo de um equacionamento adequado dos interesses. A base de avaliação para a imputação jurídica são os fatos jurídicos, de forma que a imputação não trata apenas dos motivos situados fora do âmbito da vontade ou da doutrina do negócio jurídico, mas de todas as formas de imputação de declaração de vontade em relação a uma pessoa e, além disso, num sentido mais amplo, a todo e qualquer comportamento ou postura. Logo, é necessário extrair uma estrutura conjunta de autodeterminação e imputação de ações no segmento negocial, na responsabilidade pela confiança. A confiança será vista como princípio de imputação, tomando-se a declaração válida. Isso, pois no núcleo do negócio jurídico se instala a confiança por parte do destinatário da declaração¹⁸⁸.

Assim, entende-se que a declaração extraída do negócio celebrado por criança ou adolescente absolutamente incapaz, que tenha se utilizado de dados de seu representante legal, deverá ser reputada válida. Tanto do ponto de vista da teoria subjetiva (que sobreleva a vontade), como da teoria objetiva (que focaliza a declaração), a natureza jurídica desse fenômeno, e portanto, do problema inicial proposto, será de negócio jurídico válido.

É certo que os pais, muitas vezes, munem os filhos com seus dados pessoais, permitindo a realização de contratações no meio digital (a exemplo, a posse, pelo menor, do cartão de crédito de seu representante legal). Todavia, em alguns casos, em razão do considerável valor que essa contratação resulta, haverá a discordância dos pais e, conseqüentemente, a reflexão do modo em que estão

¹⁸⁸ WIEBE, 2002, p. 141-143.

educando seus filhos. Entretanto, é certo, também, que fornecedores de produtos e serviços que operam no comércio eletrônico, muitas vezes, não se atentam aos deveres de informação, cautela e segurança nas relações de consumo, como também lançam mão de publicidades e práticas tidas como abusivas, facilitando esse tipo de contratação pela classe infanto-juvenil, desprovida de consciência suficiente quanto à percepção de que tal ato é inapropriado.

Em resposta ao questionamento lançado no início dessa seção, compreende-se que a nulidade não é o melhor caminho para coibir tais condutas. Os resultados obtidos com a decretação da nulidade (em especial o retorno das partes ao *status quo ante*) não são aptos para solucionar e prevenir essa complexa situação, sobretudo quando não é mais possível desconstituir os efeitos jurídicos desse negócio.

Em que pese a sugestão de ampliação dos atos jurídicos lícitos a fim de abarcar os negócios cotidianos e de menor valor celebrado¹⁸⁹, entende-se que o instituto do negócio jurídico perpassa hoje por outros conflitos atinentes ao seu sistema de invalidades, razão pela qual uma readequação da matéria será mais efetiva. Depreende-se que, nessa releitura da teoria geral, deverão ser reestabelecidas as causas de nulidade, pois, do contrário, admitindo-se uma interpretação extensiva, poderá ser considerado válido qualquer ato jurídico praticado por menores absolutamente incapazes no ambiente virtual. A análise é feita na seção adiante.

A discussão a respeito das consequências do negócio jurídico válido em que se imputa a vontade virtual não cabe ao plano de validade (eis que ultrapassado o óbice legal), e sim ao instituto da responsabilidade civil. A tutela jurisdicional do caso concreto deverá levar em consideração o valor da obrigação contraída pelo representante legal, a situação econômica e social da família, bem como a faixa etária em que se insere a criança ou o adolescente, a fim de buscar o melhor interesse ao menor. Tais questões serão melhor enfrentadas na terceira parte da pesquisa.

2.3 A AUTODETERMINAÇÃO E A NECESSIDADE DE RELEITURA DA TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO

¹⁸⁹ GODOY, 2012.

A concepção da liberdade dos indivíduos sofreu modificações interpretativas pela doutrina desde os tempos mais antigos. Na seara do Direito Privado, surge em um primeiro momento, a ideia de “autonomia da vontade”, baseada nos ideais revolucionários dos séculos XVIII e XIX que alcançaram o Estado liberal e que serviu de fundamento para o Código Civil de 1916. Neste modelo, os sujeitos da relação jurídica poderiam convencionar os termos contratuais como lhes melhor conviessem, de modo que as liberdades civis eram asseguradas pelo Estado em sua mais ampla dimensão.

Todavia, essa atuação estatal mínima nas relações sociais gerou consequências, sobretudo em razão da posição desequilibrada dos sujeitos dessas relações, como, por exemplo, a do consumidor. Assim, o cenário altera-se com o advento do Estado social, no qual a liberdade é concebida como “autonomia privada”. Diz-se privada, pois a liberdade de contratar depara-se com limitações previstas além das regras, mas também em princípios adotados pelo Direito¹⁹⁰,

¹⁹⁰ Robert Alexy, ao distinguir regras e princípios, explica que os princípios são mandados de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Ou seja, se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige. Nem mais, nem menos. Regras contém determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Logo, a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Na solução de um conflito entre regras deve ser introduzida uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Todavia, há também conflito quando duas regras que sejam aplicáveis ao caso deem para ele soluções contrárias, impossibilitando o estabelecimento de uma cláusula de exceção. Em um determinado caso, constatando-se a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, essa incongruência não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, mas sim declarando-se inválida uma das regras (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-92). Por outro lado, Ronald Dworkin sustenta que a diferença entre princípios e regras tem natureza lógico-argumentativa, de modo que os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do “tudo-ou-nada”. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida (e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita), ou não é válida (e neste caso nada contribui para a decisão). Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, ao passo que a decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, e, inclusive, pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. Os princípios desempenham uma parte essencial nos argumentos acerca de direitos e obrigações jurídicas particulares nos chamados “hard cases” (casos difíceis). Isso porque, ao contrário das regras, os princípios quando entram em conflito interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. Ao decidir o problema, vê-se diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ele e chegar a um veredicto a partir desses princípios, ao invés de identificar um deles como “válido” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de

como a boa-fé e a função social do contrato, após incorporados pela Constituição Federal de 1988, por leis especiais, e pelo Código Civil de 2002 (inclusive elevando-se algumas leis ao status de “normas de ordem pública”¹⁹¹, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor). Essas restrições visam reestabelecer o equilíbrio e a justiça contratual. Além disso, a própria dignidade da pessoa humana constitui, nas relações jurídicas de natureza negocial, orientações voltadas ao solidarismo e à ética.

No entanto, na contemporaneidade, não são analisadas apenas questões patrimoniais. Com a elevação deste mesmo princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III), prevendo-se direitos e garantias fundamentais (art. 5º) renascem as convicções individuais da liberdade, bem como surgem diversos interesses pelos quais os sujeitos decidem exercer sua dignidade em seus espaços mais íntimos, em suas áreas de caráter físico e psicológico, nos quais se rejeita a interferência do Estado. Caracterizam-se, portanto, questões existenciais. Sem abandonar as preocupações sociais e de interesse coletivo, ideias liberais reascendem-se em um cenário pós-positivista¹⁹².

Refere-se à noção de liberdade negativa, explanada por Isaiah Berlin, como a área na qual um homem pode agir sem ser obstruído por outros e sem a

Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-41, 114). Jürgen Habermas, em sua teoria baseada no consenso moral e no agir comunicativo, sustenta não bastar a entrada em vigor positivista das normas para assegurar duradouramente sua validade social. A imposição de uma norma – aqui, compreende-se a norma como sendo regra ou princípio – depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto da tradição, razões que sejam suficientes pelo menos para fazer parecer legítima a pretensão de validade no círculo das pessoas a que se endereça. Aplicando-se essa teoria às sociedades modernas, significa dizer que sem legitimidade, não há lealdade das massas. Ou seja, a norma (regra e princípio), para ser constituída válida, deve ser aceita pela sociedade (HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 83).

¹⁹¹ É possível extrair o conceito de “norma de ordem pública” a partir da interpretação do art. 2º, item 21, do Decreto n. 88.777/1983, qual seja, o “[...] conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum”. No Direito Privado predominam as normas de ordem privada, com exceção, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, conforme previsão constitucional (arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, CF). Isso significa que em determinada relação de consumo as normas instituídas pelo Código são inderrogáveis por vontade dos interessados, embora se admita, em alguns casos, a livre disposição de alguns interesses de caráter patrimonial, como, por exemplo, na convenção coletiva de consumo (art. 107, CDC) (FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 24).

¹⁹² Baseia-se essa afirmação na própria divisão feita pela Constituição Federal, ao dispor, dentro do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o Capítulo I (art. 5º), nomeado como “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

interferência do Estado. De acordo com o autor: “Se outros me impedem de fazer o que do contrário eu poderia fazer, não sou nessa medida livre; e, se essa área é restringida por outros homens além de certo valor mínimo, passo ser descrito como coagido ou, talvez, escravizado [...]”. Logo, “[...] a coerção implica a interferência deliberada de outros seres humanos na minha área de atuação”¹⁹³.

Como as várias liberdades fundamentais estão fadadas a conflitar umas com as outras, as regras institucionais que definem essas liberdades devem ser ajustadas de modo que se encaixem em um sistema coerente. Na prática, a prioridade da liberdade implica dizer que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca por razões de bem-estar geral. Essa restrição aplica-se até mesmo quando aqueles que se beneficiam de uma eficiência maior, ou compartilham o total maior de benefícios, são as mesmas pessoas cujas liberdades são limitadas ou negadas. Como as liberdades fundamentais podem ser limitadas quando entram em choque entre si, nenhuma delas é absoluta¹⁹⁴.

A partir do momento em que a esfera central de aplicação das liberdades fundamentais for garantida, os princípios de justiça serão satisfeitos. É sensato, contudo, limitar as liberdades fundamentais apenas àquelas que são verdadeiramente essenciais¹⁹⁵. No entanto, a grande maioria das leis que restringem a liberdade se justificam por serem de interesse geral ou atenderem ao bem-estar geral. Entende-se que o Estado não está autorizado a impor qualquer restrição à liberdade justificando-a no interesse social, como por exemplo, restringir a liberdade de expressão argumentando que isso contribuirá para o aumento do bem-estar geral. Logo, deve existir um direito geral à liberdade, sendo que tal direito poderá ser limitado apenas por outras liberdades importantes ou violações graves¹⁹⁶.

As liberdades fundamentais nas relações sociais privadas hodiernas, nesse contexto de renascer dos ideais liberais que dizem respeito à própria individualidade, estão sendo cada vez mais elevadas e valorizadas: a liberdade científica no campo da genética incita o nascimento e morte humana, à medida que surgem anseios

¹⁹³ BERLIM, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma analogia de ensaios**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 229.

¹⁹⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e revisão de Álvaro de Vita. Rio de Janeiro: Ática, 2000, p. 348-349.

¹⁹⁵ Ibid., p. 349-351.

¹⁹⁶ DWORKIN, 2002, p. 414-415.

humanos de alterá-los quanto à sua forma natural de acontecer; a liberdade intelectual faz nascer uma nova tecnologia a cada instante que altera os hábitos e costumes sociais; a liberdade de expressão no ambiente digital, sobretudo nas redes sociais, impera e define o indivíduo quanto às suas ideologias próprias. Todas essas questões representam a independência legítima do indivíduo, a qual o Estado não mais consegue dominar.

Logo, as liberdades fundamentais constituem a própria existência do indivíduo, razão pela qual a noção de autonomia privada é afastada em razão da preocupação com questões atinentes à existencialidade humana. Em substituição à expressão “autonomia privada”, promove-se a ideia de “autodeterminação” do indivíduo, operador de sua própria existência física e psíquica. A autodeterminação representa a capacidade do indivíduo de regulamentar um campo particular e íntimo que não se pode cogitar da interferência estatal com a imposição de limitações, por referir-se somente ao indivíduo em específico e não a terceiros, dado o pluralismo dos estilos de vida atuais. Ainda que o Estado não adote como regra a total liberdade de conduta do indivíduo, cabe reconhecer sua capacidade de autodeterminação e a necessária observância de suas escolhas¹⁹⁷.

No âmbito do negócio jurídico, a autodeterminação diz respeito ao espaço de atuação autônoma do indivíduo, criada por direitos subjetivos e/ou por interesses. Tanto a autonomia privada como a autodeterminação são manifestações de liberdade. Na autonomia privada, o centro de gravidade está na produção de efeitos jurídicos ao alvedrio do sujeito. Já na autodeterminação, o centro de gravidade está no poder de decisão do sujeito em exercer ou não um direito que lhe cabe. Mas, esse poder poderá ser restringido por certas categorias de direito, como por exemplo, o direito à vida¹⁹⁸.

A relevância das liberdades fundamentais do indivíduo, se de um lado, positivamente, valorizou-o como sujeito determinador de sua própria existência, contando com seu espaço autônomo de atuação em relação aos seus direitos subjetivos e interesses; por outro viés, acaba por gerar conflitos entre essas próprias liberdades fundamentais, inclusive na esfera contratual, gerando dúvidas no

¹⁹⁷ AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Curitiba/PR. **Anais...** Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=41f860e3b7f548ab>>. Acesso em: 26 out. 2015.

¹⁹⁸ ASCENSÃO, 2002, p. 77-78.

momento de tutelar o caso concreto e, conseqüentemente, insegurança jurídica às partes envolvidas.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹⁹ aponta três circunstâncias que geraram a insegurança jurídica na esfera contratual. A primeira advém da constatação quanto à impossibilidade de se dominar os efeitos da tecnologia. A ciência é incapaz de limitar-se a si, de forma que as novas questões, surgidas como consequência das manipulações genéticas, da reprodução assistida, da energia nuclear, das agressões ao meio ambiente, e o desenvolvimento da cibernética, configuram “situações-problema”. A segunda é a “explosão da ignorância” devida à monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal, de forma que não há tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza. A terceira refere-se ao fato de que a acumulação de tão profundos conhecimentos não aumentou a sabedoria do mundo, ou a sabedoria da pessoa em relação a si própria, aos demais, e à natureza. A vocação técnica do conhecimento científico, se, por um lado, garantiu a sobrevivência do ser humano em níveis nunca antes alcançados, por outro, gerou cada vez menos espaço para a divisão entre ciência, como pura produção de conhecimentos, e técnica, como aplicação desses conhecimentos, ou seja, fez com que a busca do conhecimento fosse substituída pela busca de poder.

Um dos pontos atingidos por essa insegurança jurídica e pelo conflito de liberdades fundamentais é a validade dos negócios jurídicos, pois, como exposto, os fenômenos sociais da atualidade ocasionados pelo avanço da informática fazem com que as normas jurídicas sejam desafiadas. E mais, além de certos acontecimentos não encontrarem previsão legal, geram efeitos jurídicos que partem de um ato considerado nulo pelo ordenamento (dado que, em tese, o ato nulo sequer produz efeitos jurídicos).

É o caso do fenômeno analisado. O negócio jurídico celebrado por crianças e adolescentes absolutamente incapazes no ambiente eletrônico e por meio da imputação da vontade virtual ao seu representante legal nada mais é que uma consequência da valorização das liberdades fundamentais do indivíduo, o que alavanca as novas tecnologias a todo momento. Esse atual cenário demanda a

¹⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 60-63.

releitura da teoria geral do negócio jurídico, sobretudo no campo das invalidades, a fim de admitir e disciplinar certas práticas e não simplesmente rejeitá-las, o que caracterizaria um retrocesso das liberdades fundamentais.

Salienta-se que o enfoque desta pesquisa não consiste em propor detalhadamente uma reestruturação da teoria geral do negócio jurídico com relação aos seus requisitos (ou pressupostos) de validade, mas sim trazê-la como sugestão necessária, alimentando-a a partir do problema apresentado e analisado até então. O fenômeno da contratação por crianças e adolescentes absolutamente incapazes é apenas um dos vários exemplos²⁰⁰ que vem a contribuir com o repensar das invalidades do negócio jurídico.

Vincenzo Scalisi²⁰¹, ao expor uma forma de reconstrução do contrato no direito europeu, apresenta a proposta das “nulidades conformativas”²⁰² dentro do sistema de invalidades, com vistas à remodelação da eficácia contratual. Trata-se de uma mudança radical, um novo começo para a categoria das invalidades, chamadas para operarem não somente com funções desconstrutivas e dissuasivas, mas também e sobretudo em perspectiva conformativa e construtiva da ação privada. Essas novas invalidades, ou denominadas de “conformativas”, não estão resumidas em padrões previamente definidos, nem reconduzidas a um estatuto normativo unitário. Elas ignoram, em primeiro lugar, o ordenamento codificado no qual se apresentam como invalidades-nulidades; ao contrário, considera-se que as conotações clássicas atuam mais como nulidades-função, ou seja, como nulidades

²⁰⁰ “[...] as práticas científicas próprias da chamada engenharia genética, *lato sensu*, as ações sobre o DNA humano (análise molecular do genoma humano e a utilização dos genes humanos), as ações sobre células humanas ou sobre embriões (processo de fecundação *in vitro* e congelamento, manipulação e experimentação), e ações sobre os indivíduos (a transferência de genes, transplante de órgãos humanos, a reprodução assistida, a esterilização e controle da natalidade, e ainda a eutanásia, os tratamentos médicos e a proibição ou recusa de transfusão de sangue por motivo religioso, caso em que o direito à vida deve ser prioritário)” (AMARAL, 2003, p. 315). Destaca-se, ainda, o testamento vital, “[...] esse instrumento de vontade, válido em muitos países ao redor do globo, é batizado em sua origem norte-americana como sendo *living will*, testamento vital entre os nacionais. A adoção em terras brasileiras, entretanto, encontra impasses na interpretação que se dá ao direito à vida e aos limites da disposição da própria vontade [...]. Do outro lado do Atlântico, os países membros do Conselho da Europa (Council of Europe), em data de 04 de abril de 1997, firmaram a chamada Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina que acolheu, em seu artigo nono, o testamento vital como documento jurídico válido” (AMARAL; PONA, 2013).

²⁰¹ SCALISI, Vincenzo. **Il contratto in trasformazione**: invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 387-388.

²⁰² Esclarece-se que na Itália o ato de contratar do menor de 16 (dezesesseis) anos sem autorização de seus representantes legais é considerado como anulável, ao passo que a proposta das nulidades conformativas interessa à pesquisa em razão do direito brasileiro considerar referido ato como nulo.

que estão em relação próxima e imediata de correspondência com um determinado ato de interesse. Inclusive quando derivam de um déficit da composição estrutural do ato (por exemplo, a violação dos deveres de informação, a inobservância das formas prescritas), o seu valor é considerado do tipo funcional, detectável na exigência de garantir maior eficiência e racionalidade ao contrato.

O fundamento substancial das novas invalidades-nulidades é outro: não mais e apenas enquanto sanção para a proteção de um interesse público e social como na nulidade tradicional, mas também para a proteção de individuais categorias de interesses. Elas não são administradas de uma só vez e nem sempre são detectáveis *a priori*, mas, muitas vezes *a posteriori*, razão pela qual são essencialmente plurais, não redutíveis a uma categoria unitária. Em alguns casos, a razão de invalidar é dada ao fato do contrato parecer destituído do perfil ou do conteúdo mínimo necessário, normativamente pré-determinados; em outros casos, ao fato do contrato não responder a uma conformação prevista da ordem jurídica, ou expressar um conteúdo valorado negativamente por ela; enquanto em outros casos, a patologia ainda deriva de um contrato no qual é verificado um significativo desequilíbrio econômico ou jurídico, a desproporção entre prestações, o abuso da posição dominante, o abuso da liberdade contratual, contrariedade à boa-fé, grave desigualdade ou injustiça substancial. Nessas hipóteses a técnica de desaprovação ou rejeição, típicas da tradicional invalidade, poderia revelar-se remédio pior, deixando sem tutela o fim prático que tinha como alvo. A ordem jurídica deve se desdobrar sobre uma nova estratégia, associando ao âmbito de costume 'reativo-desconstrutivo' da invalidade um efeito importante a mais, ou menos 'conservador-reconstrutivo' do contrato, a fim de alcançar o que pode ser chamado de uma verdadeira remodelação adequada do mesmo, de acordo com regras e critérios de proporcionalidade, equidade e justiça²⁰³.

Até mesmo a absoluta operabilidade de acordo com a lei sofre a mudança, dando lugar à aplicação de uma relatividade a pedido da parte. É um perfil certamente incomum ao regime tradicional das nulidades. Mesmo os personagens mais característicos da categoria, tais como a indisponibilidade e insanabilidade, imprescritibilidade e retroatividade *inter partes* ou *erga omnes*, resultam muitas vezes superadas por disposições normativas na direção oposta. Assim, segue-se

²⁰³ SCALISI, 2011, p. 389-390.

uma remodelação da eficácia do contrato que, dependendo dos interesses em jogo, dos sujeitos envolvidos e dos bens e serviços respectivos, podem resultar em aberturas²⁰⁴, em ampliações, tanto em extensão como em intensidade: a exclusão de qualquer efeito até a atribuição de efeitos plenos e completos, ou a simples remoção ou caducidade (a pedido da parte, de ofício ou de um terceiro qualificado) de individuais estipulações consideradas prejudiciais, diferentes ou contrastantes, até a reescrita integral e recomposição do contrato, através de intervenções integrativas, corretivas e/ou substitutivas de vários tipos (legais, administrativas ou judiciais)²⁰⁵.

Em última análise, essas novas invalidades, ou nulidades conformativas, traduzem uma reforma substancial dos efeitos do contrato, avaliando todo o processo normativo de construção, gestão e controle do regulamento contratual. Na medida em que os agentes entrarem em sólida coerência com o novo sistema de princípios e critérios comandados pelo atual direito contratual, haverá uma segura potencialidade para a solução de certos problemas que ainda hoje agitam a categoria da nulidade, incluindo a discutida distinção e contraposição entre as regras de validade e as regras de comportamento. Tratam-se das mesmas regras, uma vez que as regras de validade, enquanto prescrições de obrigações ou encargos de

²⁰⁴ Vincenzo Scalisi pondera que há número diversificado e crescente de previsões normativas estabelecendo regras contratuais corretivas não necessariamente correspondentes aos pressupostos codificados de aplicabilidade das nulidades presentes nos arts. 1339, 1374 e 1419, § 2º, do Código Civil Italiano. A seguir a redação dos dispositivos mencionados:

“Art. 1339 Inserzione automatica di clausole: Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge (o da norme corporative) sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti (1419, 1679, 1815, 1932)” (ITALIA, 1942).

Tradução livre: “Inserção automática de cláusulas: As cláusulas, os preços dos bens ou serviços, impostas por lei (ou por normas corporativos) são de direito inseridas no contrato, mesmo em substituição de cláusulas diferentes afixadas pelas partes (1419, 1679, 1815, 1932)”.

“Art. 1374 Integrazione del contratto: Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità” (ITALIA, 1942).

Tradução livre: “Integração do contrato: O contrato obriga as partes, não só ao quanto e expresso no mesmo, mas também para todas as consequências que lhes derivam segundo a lei, ou, na falta desta, segundo os costumes e a equidade”.

“Art. 1419 Nullità parziale: [...] La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (1339, 1354, 1500 e seguente, 1679, 1815, 1932, 2066, 2077, 2115)” (ITALIA, 1942).

Tradução livre: “Nulidade parcial. [...] A nulidade de cláusulas individuais não importa a nulidade do contrato, quando as cláusulas nulas são substituídas por regras imperativas de direito (1339, 1354, 1500 e seguintes, 1679, 1815, 1932, 2066, 2077, 2115)”.

²⁰⁵ SCALISI, 2011, p. 391.

conduta, são regras de comportamento, como é toda regra jurídica, enquanto 'dever ser'²⁰⁶.

No direito civil brasileiro, as nulidades são, em sua maioria, previsões legais que são aplicadas sem oportunizar às partes o direcionamento dos efeitos, pois configuram-se atos nulos de pleno direito. No caso do negócio jurídico celebrado por menor absolutamente incapaz a partir da imputação da vontade virtual aos pais, o que ocorre é uma conformação de sua estrutura, remodelando a sua eficácia. Mas, insiste-se: é necessária uma reformulação da teoria dos negócios jurídicos e da estrutura legal das invalidades, no intuito de cientificar e prevenir as partes quanto às possíveis consequências desse negócio jurídico válido.

Além disso, nenhuma previsão legal pode ser exaustiva, pois deixaria fora algumas manifestações da pessoa (sobretudo quando envolver crianças e adolescentes, carecedores de proteção integral). O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre determinado aspecto que não possui previsão legal específica, porque aquele direito subjetivo ou interesse terá uma relevância ao nível do ordenamento e, portanto, merecerá uma resposta, uma prestação jurisdicional²⁰⁷.

Desse modo, entende-se que a reconstrução da teoria geral do negócio jurídico, deve, primeiramente, encontrar um equilíbrio entre a livre atividade econômica e a intervenção estatal no sentido de proteção da parte vulnerável na relação. E mais, essa reestruturação deve perceber que o negócio realizado, ainda que antagônico aos seus requisitos de validade positivados, produz efeitos jurídicos, muitas vezes automáticos, razão pela qual seria inexecutável pretender a nulidade ou a anulabilidade desses atos. É a ideia presente no direito europeu, na exposição de Vincenzo Scalisi:

Emerge in questa prospettiva il volto di un contratto profondamente e radicalmente mutato, che, abbandonati gli antichi e solidi ancoraggi codicistici dalla <fattispecie>, seriale ed astratta e in quanto tale poco sensibile e incline al mutamento, elegge ora inverte a principio ordinante e centrale della categoria la <regola> e quata il nuovo ordine giuridico elabora e definisce in funzione non più e soltanto del singolo atto, ma anche e soprattutto della varia e complessa e multiforme realtà storico-sociale degli interessi umani coinvolti e sottesi e di cui ogni singola operazione contrattuale altro non è che parte e al tempo stesso coerente manifestazione. Così anche il contratto ha finito per approdare al piano mobile e instabile di una

²⁰⁶ SCALISI, 2011, p. 391-392.

²⁰⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156.

entità assiologico-pratica non più definibile a priori e una volta per tutte, ma invece individuabile e identificabile volta per volta e con procedimento soltanto a posteriori. In questo senso può dirsi che lo scenario inquieto e liquido della postmodernità ha varcato anche i confini di tale secolare e augusta figura, sancendone la definitiva transizione dalla fissa e statica struttura codicistica (come già detto, della fattispecie) alla prospettiva aperta e duttile del <regolamento>, fatto oggetto di una vera e propria costruzione policentrica e multilivello (volontaria, legale, giudiziale, amministrativa), sicuramente inedita per estensione e intensità, con invalidità e inefficacia direttamente chiamate anch'esse nel ruolo strategico di rimedi conformativi²⁰⁸.

Portanto, a releitura da teoria geral do negócio jurídico se faz necessária, sobretudo quanto aos requisitos do negócio jurídico frente ao atual cenário da sociedade contemporânea, em que autodeterminação dos sujeitos ultrapassa qualquer barreira legal. Essa readequação permitirá as novas práticas, assegurando-as tutela dos direitos subjetivos ou interesses juridicamente relevantes envolvidos. E essa nova concepção deve tomar como base as liberdades fundamentais do indivíduo, flexibilizando rígidas imposições da norma jurídica, a fim de que elas sejam concretizadas e não retroagidas.

²⁰⁸ Tradução livre: “Emerge nesta perspectiva a face de um contrato profundamente e radicalmente mudado, que abandona os antigos e sólidos berços codificados do suporte fático (fattispecie), sério e abstrato e, enquanto tal, pouco sensível e inclinado à mudança, elege agora, ao invés do princípio ordenado e central da categoria de “regra”, esta nova ordem jurídica que se elabora e define em função não mais e apenas do ato singular, mas também e sobretudo da variável, complexa e eclética realidade histórico-social dos interesses humanos envolvidos e subjacentes dos quais cada operação contratual individual não mais apresenta, ao mesmo tempo, uma manifestação coerente. Assim também o contrato acabou atracar ao plano móvel e instável de uma entidade axiológica prática não mais definível *a priori*, e uma vez por todas, ao invés, identificável de tempo em tempo e com procedimento apenas *a posteriori*. Neste sentido pode-se dizer que o cenário inquieto e líquido da pós-modernidade atravessou também os limites de tal secular e augusta figura, sancionando a definitiva transição da fixa e estática estrutura codificada (como já dito, do suporte fático, da “fattispecie”) à perspectiva aberta e dútil do regulamento (o autor refere-se ao ‘regulamento contratual’, ou mesmo ao ‘contrato’ em si, que também faz lei entre as partes), fato objeto de uma verdadeira e própria construção “policêntrica” e “multinível” (voluntária, legal, jurídica, administrativa), seguramente inédita por sua extensão e intensidade, com invalidade e ineficácia diretamente chamadas também nesse papel estratégico de remédios conformativos” (SCALISI, 2011, prefácio, p. XII).

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS E DOS FORNECEDORES

3.1 EVOLUÇÃO E FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na segunda seção desta pesquisa, delimitou-se o problema da validade do negócio jurídico específico celebrado por crianças e adolescentes absolutamente incapazes, na Internet, a partir da imputação da vontade virtual ao representante legal, apresentando-se como hipótese a validade deste fenômeno. Esta seção propõe a discussão a respeito das consequências (efeitos jurídicos) que decorrem desse negócio tido como válido, sobretudo quando não é mais possível desconstituir esses efeitos.

Nesse ponto, dois aspectos mencionados na seção anterior devem ser melhor analisados: de um lado, os pais, muitas vezes, munem os filhos com seus dados pessoais, permitindo a realização de contratações no meio digital (a exemplo, a posse, pelo menor, do cartão de crédito de seu representante legal). E, em alguns casos, em razão do considerável valor que essa contratação resulta, haverá a discordância dos pais. Do outro lado, os fornecedores de produtos e serviços que operam no comércio eletrônico, muitas vezes, não se atentam aos deveres de informação, cautela e segurança nas relações de consumo, como também lançam mão de publicidades e práticas tidas como abusivas, facilitando esse tipo de contratação pela classe infanto-juvenil.

O campo apropriado para a discussão dessas questões é o da responsabilidade civil, ocasião em que se faz necessário o estudo de ambas as condutas mencionadas: quais sejam, a conduta dos pais, sob a ótica da responsabilidade pelos atos dos filhos prevista no art. 932, I; e a conduta do fornecedor, cuja responsabilidade é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor. Antes, porém, faz-se imprescindível analisar a evolução do instituto da responsabilidade civil, suas distinções e atuais rumos.

3.1.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual. Alcances e Perspectivas

A responsabilidade civil existe desde os primórdios da humanidade. O Código de Hamurabi, elaborado por volta de 1.700 a.C., foi o primeiro código de leis

escrito pelo homem, no qual haviam diversas disposições sobre a reprovação a danos causados. Naquela época, a retaliação do dano era feita através da retribuição do mal causado, independentemente de culpa, de acordo com a pena de Talião, conhecida pela máxima “olho por olho, dente por dente”. Entre o final do século III e início do século II a.C., foi aprovada em Roma a “*Lex Aquilia de Damno*”, que disciplinava a responsabilização do agente que causou dano a outrem mediante a existência da culpa²⁰⁹.

No Brasil, as responsabilidades contratual e extracontratual, desde o Código Civil de 1916, sofreram mudanças em sua teoria e, conseqüentemente, em sua aplicação. Com base na principiologia e nos parâmetros previstos na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor de 1990 e no Código Civil de 2002, a responsabilidade civil contratual passou a alcançar outros deveres além daqueles previstos expressamente na convenção entre as partes, nomeados como deveres acessórios, anexos ou colaterais, que decorrem da boa-fé objetiva. Refere-se, por exemplo, ao dever de informação, de transparência, de cautela e de segurança para com o cocontratante.

No campo da responsabilidade civil extracontratual, seus elementos caracterizadores são revistos, ao passo que a prova da “culpa”, do “nexo causal” e inclusive do “dano”, passam por uma certa flexibilização. Isso em razão do desenvolvimento científico e tecnológico que, em algumas áreas de aplicação, acaba por afastar o ressarcimento do dano, tendo em vista a dificuldade da vítima em comprovar todos os elementos predispostos da responsabilidade civil extracontratual.

Tanto a responsabilidade civil contratual como a responsabilidade civil extracontratual (ou “aquiliana”) estão sujeitas à contrariedade da norma, ao dano, e ao nexo de causalidade. Elas diferem no campo da prova: a vítima, na responsabilidade extracontratual, deve demonstrar a existência de todos os elementos, ao passo que, na contratual, fica estabelecida *ex re ipsa* a culpa. Isso significa que o contrato traça a norma de conduta para os contratantes, de modo que incorre em culpa aquele que se desvia do pactuado. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes que estão adstritos a um dever específico. Diversamente, na responsabilidade extracontratual, o lesado tem necessariamente

²⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1-6.

de demonstrar a existência de uma norma de comportamento e sua infração. O infrator da cláusula contratual responde pelos efeitos de sua inadimplência e o infrator de uma norma de comportamento responde pelo dano causado²¹⁰.

Há a violação de um dever jurídico preexistente na responsabilidade extracontratual e na contratual. A distinção está na sede desse dever. A responsabilidade contratual está caracterizada quando o dever jurídico violado estiver previsto no contrato (inadimplemento ou ilícito contratual). Como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, afirma-se também que na responsabilidade contratual há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). A responsabilidade extracontratual, por sua vez, está caracterizada se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica²¹¹.

Assim, uma pessoa pode causar prejuízo a outra tanto por descumprir uma obrigação contratual como por praticar outra espécie de ato ilícito. Enquanto o art. 186²¹², conjugado com o art. 927²¹³, do Código Civil disciplina, genericamente, as consequências derivadas da responsabilidade extracontratual (ou “aquilina”), o art. 389²¹⁴ do mesmo Código disciplina os efeitos resultantes da responsabilidade contratual²¹⁵.

O Direito Civil brasileiro adota o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade civil extracontratual. Entretanto, a teoria da responsabilidade objetiva (na qual se dispensa a prova da culpa) vem conquistando maiores terrenos,

²¹⁰ PEREIRA, 2000, p. 249-250.

²¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. ampl. e rev. São Paulo: Atlas, 2015, p. 33.

²¹² “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

²¹³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002). Com relação à responsabilidade civil que dispensa a prova da culpa, é importante observar que o Código Civil brasileiro faz a seguinte distinção: a responsabilidade objetiva, que corresponde àquela disciplinada por lei (por exemplo, a responsabilidade civil prevista pelo Código de Defesa do Consumidor); e a responsabilidade pelo risco, que diz respeito àquela atividade que apresentar determinado risco à sociedade, sendo aplicada pelo juiz conforme o caso concreto.

²¹⁴ “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (BRASIL, 2002).

²¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n.10.406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 8.

como é o caso das relações de consumo. Isso corresponde, em termos científicos, à necessidade de resolver casos de danos que, ainda com acerto técnico, não seriam ressarcidos pelo critério clássico da culpa. O dano e o ressarcimento não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses envolvidos cujo desequilíbrio é manifesto se adentrarem aos estreitos limites da responsabilidade subjetiva²¹⁶.

Uma das dificuldades que a teoria da responsabilidade subjetiva oferece é a caracterização precisa da infração de um dever, o que não se confunde com infração de lei. Em matéria de responsabilidade contratual, o dever identifica-se com a obrigação assumida pela parte. Mas, no campo da responsabilidade extracontratual, é impossível sistematizar os deveres. Esta dificuldade que reveste a teoria da culpa sempre existiu; mas a complexidade da vida moderna veio agravá-la. A teoria da responsabilidade subjetiva, de um modo geral, tem se mostrado vulnerável e insuficiente para a solução dos casos que nascem do comércio jurídico moderno, sobretudo com relação às indústrias e aos transportes, em que a vítima, na maioria dos casos, é desamparada²¹⁷.

A teoria da responsabilidade objetiva parte da necessidade da segurança da vítima. Os autores do dano, nas suas múltiplas atividades em busca de proveitos individuais, configuram-se criadores de riscos. Se os autores do dano colhem todos os proveitos dessas atividades, ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que respondam pelos riscos aí disseminados. Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não colhe esses proveitos, suporte os infortúnios da atividade alheia. A responsabilidade, enquanto questão de reparação dos danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social, deve, pois, ser resolvida atendendo-se ao critério objetivo, de forma que quem guarda os benefícios que sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os malefícios decorrentes desta mesma atividade²¹⁸.

No entanto, as formas contemporâneas de danos decorrentes das atividades de risco, quais sejam, o dano coletivo, o dano nuclear, o dano ambiental, o dano

²¹⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 49, 51, 79.

²¹⁷ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 306-307.

²¹⁸ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 119-121

informático, e ainda, os danos futuros que virão como consequência da evolução tecnológica, estão conformando verdadeiras tendências na teoria geral da responsabilidade civil extracontratual.

Destacam-se as seguintes: 1) A ampliação dos danos ressarcíveis; 2) A prevenção dos danos; 3) O aumento da lista de fatores de atribuição de responsabilidade; 4) A ampliação da possibilidade de reclamar, seja pelo campo maior de legitimados passivos contra quem dirigir a ação ou pelo reconhecimento da maior quantidade de legitimados ativos; 5) O alívio à vítima da carga probatória, o que também se consegue pelas presunções de causalidade cada vez mais numerosas; 6) Um processo gradual de socialização dos riscos mediante o seguro obrigatório e a seguridade social; 7) A proteção das vítimas a partir de mecanismos como a nulidade da abreviação convencional do prazo de prescrição e a nulidade das cláusulas limitativas de responsabilidade²¹⁹.

A culpa, cuja prova configurava etapa difícil de ser superada pelo autor da demanda, hoje está descartada em várias hipóteses. Com o crescente âmbito de aplicação da responsabilidade objetiva, a culpa vem conservando um papel cada vez mais coadjuvante, sendo presumida ou aferida de modo facilitado, o que favorece lançar sobre o nexos causal todas as atenções. Todavia, os magistrados têm se recusado a atribuir ao nexos causal o mesmo tratamento rigoroso que reservaram, um dia, à culpa, preferindo oscilar entre concepções diversas da relação causal, conforme lhes parece mais adequado a cada caso concreto. As excludentes de causalidade perdem força, segregando-se, dentro do caso fortuito, a categoria do fortuito interno, insuficiente para interromper a relação de causalidade, de modo que se atribui ao réu, sobretudo quando organizado de forma empresarial, o ônus de certas condutas que configurariam, tradicionalmente, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Tudo isso compõe um cenário de fluidez na aferição do nexos causal, a que se vem denominado causalidade flexível²²⁰.

Assim, afastada a culpa e o nexos causal, o juízo de responsabilização ficaria a depender exclusivamente do dano, cuja verificação consistiria no último meio de defesa. Os tribunais, todavia, valendo-se de construções erguidas sobre pilares patrimoniais, aferem o dano apenas em abstrato, contentando-se com a

²¹⁹ GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de Estrella. **La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva**. 2. ed. atual. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1997, p. 18.

²²⁰ SCHREIBER, 2013, p. 5.

identificação de uma norma a que se possa remeter, ainda que genericamente, a tutela do interesse lesado. E, na impossibilidade de prova matemática do dano moral, concluem pela desnecessidade de demonstração da existência do dano extrapatrimonial. Trata-se do dano *in re ipsa*, ou seja, que decorre dos próprios fatos. A transferência do foco da responsabilidade civil em direção ao dano, com relativa perda de importância da culpa e do nexo causal, traz a ideia de solidariedade. Há, cada vez mais, solidariedade na culpa (todos são culpados pelos danos) e solidariedade na causa (todos causam danos), ao passo que haja solidariedade também na reparação (todos devem reparar os danos)²²¹.

Segundo Daniel de Andrade Levy²²², há a necessidade de se separar a função punitivo-preventiva da função reparadora, a fim de extrair da responsabilidade civil parte significativa da dinâmica referente às indenizações que, progressivamente, deverá ser garantida por mecanismos extrajudiciais. Esse novo conjunto que terá como fundamento interpretativo a proteção da vítima e os efeitos do ilícito chama-se de “direito dos danos”. À responsabilidade civil caberá, ao contrário, estudar e pesquisar o ilícito sob o ponto de vista de suas causas, isto é, a conduta do agente, tendo como fundamento interpretativo a possibilidade de dissuadir o comportamento faltoso, denominando-se de “direito das condutas lesivas”. A ideia é de que o “direito dos danos” serviria para simplificar a responsabilidade civil, na medida em que a maioria das empresas e boa parte dos particulares têm condições de contratar um seguro ou contribuir para um fundo de reparação, promovendo a repartição dos riscos. E, para a efetivação do “direito das condutas lesivas”, que cabe à responsabilidade civil, a medida sancionadora deverá ter conteúdo intimidatório e levar o agente a prevenir o dano, sendo plausível admitir que a simples exposição à situação de perigo a danos graves e irreversíveis já seria considerada como dano.

Há quem defenda, ainda, pela extinção do requisito de antijuridicidade como imprescindível ao ato para a reparação de danos. É o caso, por exemplo, de admitir a responsabilidade por omissão mesmo quando inexistente previsão normativa de determinado dever jurídico a ser cumprido. Isso significa admitir a responsabilidade

²²¹ SCHREIBER, 2013, p. 6, 225.

²²² LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 221.

por ato lícito, partindo do elemento central do dano para atribuir o dever de reparar²²³.

Feitas as considerações introdutórias acerca da responsabilidade civil contratual e extracontratual, bem como da evolução e tendências no campo da responsabilidade civil extracontratual, passa-se a analisar a relevância da função preventiva da responsabilidade, verificando como ela, aliada às perspectivas expostas, poderá ser operada no campo das relações de consumo e das relações entre pais e filhos menores, especificamente quanto ao dever de vigilância e educação.

3.1.2 Prevenção e Promoção

Prevenção é o esforço com que a humanidade tende a enfrentar certo mal. As medidas preventivas são possíveis somente antes que a lesão tenha ocorrido. Prevenção e reparação são as tendências dirigidas a um mesmo objetivo, mas conseqüentemente análogas entre si. Enquanto a prevenção tende a conservar certo grau de escolha do indivíduo, a reparação tende a reintegrar o estado anterior, modificado ilicitamente por ele²²⁴.

A reparação pode ser utilizada paradoxalmente, funcionando como uma prevenção posterior. Caso não seja possível eliminar o dano, ao legislador é possível corrigi-lo ou, ao menos, eliminar seus efeitos. No entanto, o adequado é eliminar os possíveis danos, pois mesmo reparando-os, haverá uma perda do patrimônio nacional em razão dos custos relacionados à reparação (custos no processamento da ação etc.). O verdadeiro objetivo da reparação não é cessar a perda econômica sofrida pessoalmente pela vítima afetada pela atividade ilícita, mas sancionar violações a direitos, sendo um meio próprio e eficaz para impedir a reprodução dos danos. Em outras palavras, o objetivo é diminuir o número de danos futuros²²⁵.

Cabe ao legislador ocupar-se com os danos, e não com a reparação. George Marton²²⁶ afirma que se o legislador observasse a essência e importância da

²²³ GUTIÉRREZ, 1997, p. 304-305.

²²⁴ MARTON, George. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine, essai d'un système. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. 346-347.

²²⁵ Ibid., p. 347-349.

²²⁶ Ibid., p. 350-355.

reparação dos danos e quais os interesses da pessoa são prejudicados pelo ato danoso de outra, deveria impor, além dela, uma pena²²⁷ não superficial. A pena previne a pessoa lesada quanto a fenômenos que representem perigo aos seus interesses, bem como aos interesses econômicos e morais da sociedade, atingindo-se a ética da humanidade em geral. Se todos tomassem consciência dos danos que causariam aos outros, seria desenvolvido nos indivíduos uma aversão a certos modos de comportamento, um sentimento de responsabilidade, do respeito aos interesses dos outros.

Na análise de Guido Alpa²²⁸, responsabilidade não é um termo que se confunde com ressarcimento. As regras de responsabilidade também podem desempenhar uma função de dissuasão, de prevenção de atividades perigosas e, portanto, a prevenção de danos. É neste sentido que se propõem técnicas para sistemas de prevenção, ao contrário de sistemas de compensação. No entanto, integradas entre si: existem atividades que, enquanto excessivamente perigosas, são proibidas às pessoas; outras, que podem ser realizadas dentro de padrões pré-determinados de diligência; outras, ainda, que envolvem regulamentação detalhada e controles administrativos. Estas são áreas em que operam simultaneamente regras inibitórias e regras de ressarcimento.

Muito vem se discutindo se a função preventiva da responsabilidade civil deve atuar como instrumento de antecipação do dano e não somente após a ocorrência de uma lesão. Um grande problema encontrado na teoria da responsabilidade civil é a forma com que se fará a reparação de danos graves e irreversíveis. Dois grandes campos concentram esses danos: o meio ambiente e a saúde. A doutrina e a jurisprudência vêm caminhando no sentido de reconhecer a função preventiva da disciplina ao responsabilizar o agente que adotou uma conduta que possa causar um dano grave e irreversível e que, portanto, não tem como ser avaliado. Isso em razão de típicas hipóteses de precaução, fundadas em um risco apenas suspeito, mas que os seus potenciais causadores devem ser considerados na adoção de condutas²²⁹.

²²⁷ Esclarece-se que no direito civil brasileiro inexistente aplicação do instituto da pena privada além da reparação do dano. A aplicação das chamadas indenizações punitivas (“*punitive damages*”) é acentuada nos Estados Unidos, por exemplo. Todavia, é possível afirmar que no Brasil, as atuais indenizações por dano moral aproximam-se das indenizações punitivas. Na realidade, elas estariam “embutidas” nos altos valores arbitrados (SCHREIBER, 2013, p. 211).

²²⁸ ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1980. v. I, p. 23.

²²⁹ LEVY, 2012, p. 142-143.

Tereza Ancona Lopez²³⁰, em estudo dedicado ao princípio da precaução, o conceitua como aquele que analisa a antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis, e sobre os quais não há certeza científica. Esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza. Entretanto, sua aplicação necessita ser muito bem avaliada dentro de determinado momento social, econômico ou político. Também os riscos e benefícios devem ser criteriosamente balanceados, assim como os custos sociais para a sua implementação. O princípio da precaução é uma arma perigosa nas mãos de políticos populistas. Assim, empresas que estão colaborando com o progresso e crescimento do país, que ajudam socialmente com o fornecimento de empregos e com a distribuição de certos benefícios sociais, podem ser obrigadas a fechar suas portas, acusadas de omissões no gerenciamento dos riscos que vêm de seus produtos e serviços por não terem adotado medidas de prevenção (no caso de risco conhecido) ou de precaução (no caso de riscos possíveis).

A precaução, a prevenção e todas as técnicas de administração de risco partem do princípio de que a potencial lesão a um interesse juridicamente relevante deve ser objeto de controle, tanto quanto a lesão em si. A preocupação com os riscos de lesão há muito ocupa o pensamento do direito civil-constitucional, para o qual a tutela dos interesses fundamentados em valores constitucionais não se limita a uma tutela do tipo negativo clássico, destinada a reprimir sua lesão, mas abrange também uma tutela negativa preventiva ou inibitória, no sentido de evitar situações potencialmente lesivas a tais interesses, bem como uma tutela positiva, comprometida em promover a sua máxima realização. A eliminação prévia dos riscos de dano encontra seu principal instrumento na instituição de deveres de comportamento prévios, quase sempre por normas legais ou regulamentares²³¹.

Essa última visão relaciona-se com a função promocional do Direito sob a exposição de Norberto Bobbio²³². O meio para obter o máximo de respeito às normas do sistema, como também o conteúdo próprio das normas, fazem com que a

²³⁰ LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latim, 2010, p. 103.

²³¹ SCHREIBER, 2013, p. 229.

²³² BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 7

concepção dominante é a de considerar o Direito como ordenamento coativo, ou seja, com função repressiva. Isso ocorre em razão da importância exclusiva dada às sanções negativas: a coação é considerada uma sanção negativa ou o meio extremo para tornar eficazes as sanções predispostas pelo ordenamento para a conservação do próprio patrimônio normativo.

Na pós-modernidade, deve-se tornar mais frequente o uso das técnicas de encorajamento, surgindo uma nova imagem do Direito: o ordenamento jurídico com função promocional. Para tanto, é necessário analisar a diferença entre técnicas de encorajamento e desencorajamento: quando se assume a técnica de encorajamento, ela age mediante dois expedientes distintos, isto é, seja pela resposta favorável ao comportamento já realizado, no que consiste precisamente a sanção positiva, seja pelo favorecimento do comportamento quando ainda está para ser realizado. Por outro lado, assumindo-se a técnica do desencorajamento, pode-se evitar um comportamento não desejado tanto ameaçando-o com uma pena sempre que o comportamento vier a se realizar, como tornando o próprio comportamento mais penoso²³³.

Considerando as medidas de desencorajamento e as de encorajamento de um ponto de vista funcional, as primeiras são utilizadas predominantemente com o objetivo da conservação social e as segundas, com o objetivo de mudança. Ilustrem-se as situações: aquela em que se atribua valor à inércia, isto é, ao fato de as coisas permanecerem como estão, e aquela em que se atribua um valor positivo à transformação, ou seja, ao fato de a situação subsequente ser diferente da anterior. No âmbito das duas situações (da inércia e de transformação), há dois pontos de partida: aquele em que o comportamento seja permitido e aquele em que o comportamento seja obrigatório. No caso de um comportamento permitido, o agente está livre para fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, está livre para valer-se da própria liberdade para conservar ou para inovar. Se o ordenamento jurídico julga positivamente o fato do agente valer-se o mínimo possível da sua liberdade, procurará desencorajá-lo a fazer o que lhe é lícito. Logo, a técnica do desencorajamento é conservadora. Se, ao contrário, o mesmo ordenamento jurídico julga positivamente o fato do agente servir-se o máximo possível de sua liberdade, procurará encorajá-lo a se valer dela para mudar a situação existente. Logo, a

²³³ BOBBIO, 2007, p. 13, 16-17.

técnica do encorajamento tem uma função transformadora ou inovadora. O exemplo mais interessante são as chamadas leis de incentivo. Partindo de uma situação jurídica em que a atividade empresarial é qualificada como atividade lícita, o incentivo tende a induzir certos empreendedores a modificar a situação existente, enquanto o desincentivo tende a induzir outros empreendedores à inércia²³⁴.

É possível combinar a função preventiva da responsabilidade civil com a função promocional do Direito. Elementos normativos incentivadores que consistem em isenções ou investimentos por parte do Poder Público no sentido de evitar danos são mais efetivas que as grandes indenizações²³⁵, ou mesmo as penas. De igual forma, técnicas de encorajamento no âmbito da responsabilidade objetiva poderão favorecer condutas por parte de empresas atuantes no comércio eletrônico que demonstrem e promovam maior cautela para com seu mercado consumidor. E, sobretudo, para com o consumidor individual, enquanto vulnerável aos riscos do ambiente virtual.

Um exemplo de norma em que é possível identificar formas de prevenção e promoção é o art. 29, *caput* e parágrafo único da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). A redação merece destaque:

Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no *caput*, bem como para a

²³⁴ BOBBIO, 2007, p. 19-20.

²³⁵ Nesse aspecto, destaca-se a crítica de José de Oliveira Ascensão: “[...] os tempos mudaram. O valor das indenizações exigidas foi sendo cada vez mais elevado. E nota-se a tendência de transformar a indenização por danos “morais” numa duplicata de indenização por danos patrimoniais. Quer dizer: torna-se um artifício para elevar a indenização, que deveria corresponder rigorosamente à medida dos danos sofridos, ao dobro do valor destes. Mesmo quando não há danos patrimoniais, põe-se a funcionar esta indenização. Assim, houve na doutrina quem defendesse em Portugal que a indenização por danos não patrimoniais em caso de alguém ter provocado morte acidental de uma pessoa, nunca poderia ser inferior a um milhão de euros! É realmente um modo de enriquecer à custa de um morto! [...] A Responsabilidade Civil tem um papel fundamental a desempenhar na sociedade do risco em que vivemos. Mas se é exacerbada subverte-se a sua função. Passa a ser um risco mais na sociedade do risco” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Posfácio: direito civil, inadimplemento e responsabilidade civil*. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 312-313).

definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes²³⁶.

Depreende-se do *caput* do mencionado dispositivo que o controle parental com relação à Internet é algo opcional e não obrigatório. A técnica de encorajamento consiste na sugestão implícita a respeito da utilização de softwares, pelo representante legal, a fim de monitorar a navegação em determinados sites de conteúdo por ele entendido como impróprio. A promoção também está expressa no parágrafo único do artigo, em consonância com a Doutrina da Proteção Integral, afirmando que a educação digital de crianças e adolescentes deverá ser alavancada pelos provedores, em conjunto com a sociedade civil e o Poder Público.

A partir do instante em que boas práticas virtuais são disseminadas com o acompanhamento dos pais, dos provedores e demais empresas que atuam no ambiente comercial da Internet, e também, com a preocupação efetiva do Estado, a função preventiva da responsabilidade civil será atingida, qual seja, evitar consequências danosas em relação a crianças e adolescentes, seres em desenvolvimento que carecem de proteção e educação em vários aspectos sociais, inclusive proteção e educação para com o meio digital. Logo, a prevenção decorre também da promoção, e não apenas da reparação e da punição.

Certamente, no meio informático o assunto se apresenta relevante, uma vez que as técnicas de encorajamento poderão estimular orientações quanto à utilização segura e consciente das novas tecnologias de informação e comunicação. A função preventiva é possível mesmo com atual sistema normativo, cabendo ao operador do Direito visualizá-la no momento de interpretação e aplicação da norma. Na seção 3.4 será demonstrado que a prevenção e a promoção também poderão ser atingidas no que tange ao problema dos negócios jurídicos praticados por crianças e adolescentes absolutamente incapazes a partir da imputação da vontade virtual aos pais, com base em uma interpretação das disposições legais vigentes em matéria de responsabilidade civil.

3.1.3 A Teoria Unitária

²³⁶ BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016.

Nas seções anteriores, foram dadas notas introdutórias a respeito da responsabilidade civil contratual e extracontratual, evolução do instituto e perspectivas, bem como considerações a respeito de sua função preventiva e a possível relação com a função promocional do Direito. Um assunto em discussão no campo da responsabilidade civil é a respeito da teoria unitária, segundo a qual não haveria diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Essa seção, escrita em apartado e após analisadas a evolução e função da responsabilidade civil, expõe a respeito da teoria unitária, sem elevá-la como novo paradigma do instituto em análise, dado que, conforme investigações a seguir, haviam propostas acerca de um sistema legal único de responsabilidade desde meados do século XX.

Os adeptos da teoria unitária (ou monista) criticam essa dicotomia por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, dado que os seus efeitos são uniformes. Nos códigos dos países em geral, inclusive no Brasil, em que pese o acolhimento da tese dualista ou clássica, é possível afirmar que o Código de Defesa do Consumidor superou essa distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual com relação à responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços²³⁷.

Tanto na configuração da responsabilidade contratual como na da extracontratual, há pressupostos comuns: a conduta do agente, a culpa, o dano e a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano experimentado pela vítima ou contratante. Na responsabilidade contratual, a indenização por perdas e danos, em muitos casos, se não em todos, é um substitutivo da prestação contratada. Na responsabilidade extracontratual, a indenização por perdas e danos também não corresponde à prestação prometida, sendo apenas um sucedâneo dela. As perdas e danos, a que fica sujeito o contratante inadimplente, são coisas diversas da prestação inadimplida, pois, na realidade, a indenização não é o equivalente da obrigação descumprida, mas a reparação do prejuízo difluente da inexecução. Nisso

²³⁷ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 34. O autor se refere, inclusive, às vítimas de acidente de consumo que são equiparadas a consumidores (art. 17, CDC). Nesse caso, submete-se a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança, ou seja, o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo.

a responsabilidade contratual identifica-se com a responsabilidade extracontratual²³⁸.

Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e André Tunc²³⁹ afirmam que na responsabilidade contratual há um vínculo de direito preexistente entre duas pessoas, qual seja, uma obrigação representada pelo contrato; de modo que, quando uma delas o descumpre, enseja a responsabilidade contratual entre essa pessoa e a vítima. Na responsabilidade extracontratual não há vínculo de direito preexistente entre as pessoas envolvidas, de modo que são elas, o autor do dano e a vítima, que criam esse vínculo, também considerada obrigação. Em suma, a responsabilidade contratual e a extracontratual são, igualmente, fontes de obrigação, o que significa dizer que inexistente diferença fundamental entre ambos os tipos de responsabilidade.

George Marton²⁴⁰ propõe um sistema unitário francês de responsabilidade civil baseado em fundamentos (princípios) estruturados da seguinte forma: 1) o princípio da prevenção; e os 2) princípios auxiliares à prevenção: a) o princípio do interesse ativo; b) o princípio do melhor interesse social e c) o princípio da repartição dos danos. Com relação ao princípio da prevenção, conforme exposto na seção anterior, pena e reparação, embora sejam institutos diversos, possuem a mesma finalidade social, qual sejam, a defesa da ordem jurídica. E é na prevenção que o enfoque é maior e mais óbvio: eliminar os atos prejudiciais é a prioridade, cabendo ao Poder Legislativo sancioná-los obrigatoriamente. Entretanto, no lugar da prevenção, a doutrina vem designando erroneamente a própria culpa como princípio motriz da responsabilidade civil.

Com relação aos princípios auxiliares, o princípio do interesse ativo é o moderador da responsabilidade, possuindo funções negativa e positiva, conforme o interesse do agente. Na função positiva, será possível antecipar o resultado, a fim de não cobrar de outrem um dano que foi produzido na esfera de atividade do agente, ou seja, sob o seu interesse, ainda que tenha sido causado pela influência de uma força maior e externa, a qual não poderia ter sido governada por ele.

²³⁸ RODRIGUES, 2003, v. 4, p. 9-10.

²³⁹ MAZEAUD, Henri; TUNC, André; MAZEAUD, Léon. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. t. I, v. I, p. 115-116.

²⁴⁰ MARTON, 1938, p. 354-358.

Consequentemente, na função negativa, o resultado poderá ser amenizado na medida que o interesse do agente for menor²⁴¹.

Quanto ao princípio do melhor interesse social, significa que nenhuma ação jurídica poderá ser admitida se causar um mal maior do que deveria. A fim de se evitar a injustiça devido ao excesso de justiça, deve-se levar em consideração também os propósitos públicos. A particularidade ocorre quando há diferença considerável na situação financeira das partes envolvidas. Se por um lado há um dano a ser reparado, pelo outro, há uma reparação equivalente ao dano, porém que gera um efeito desigual entre as partes. É o que acontece, por exemplo, no caso da responsabilidade das grandes empresas, em que as leis são direcionadas para aprimorar o máximo possível a sua responsabilidade. Nesse caso, o dano não poderá gerar responsabilidade quando uma das partes envolvidas se encontra em uma situação financeira mais favorável que a do outro. É nesse ponto que incide o equilíbrio dos interesses da sociedade. Assim, o princípio do melhor interesse social seria uma espécie de corretivo da eventual aplicação equivocada dos dois primeiros princípios (prevenção e interesse ativo)²⁴².

No entanto, esse sistema construído sobre estes três princípios não estará completo se não for inserido um quarto princípio de natureza econômica. Um princípio que não pertence à esfera da responsabilidade (porque ele mostra situações em que há danos pelos quais ninguém possa ser responsabilizado), mas que, no entanto, está intimamente relacionado com o sistema de responsabilidade, sobre o qual exerce certa modificação. Trata-se do princípio da repartição de danos, exigência econômica de que o dano, para ser melhor suportado, deve ser distribuído de acordo com os interessados. As formas de realização deste princípio são: a forma indireta, qual seja, a absorção dos danos pelo produtor que o repassará ao cliente, embutido no preço do produto; e a forma direta, realizada pelo seguro de responsabilidade civil²⁴³.

José de Aguiar Dias²⁴⁴, examinando a proposta de George Marton, acrescenta, ainda, um quinto princípio: o princípio da restituição, que completa o da prevenção. A restituição está presente no problema da responsabilidade a dois títulos: no de sanção, com que aparece no sistema exposto, e mais importante,

²⁴¹ MARTON, 1938, p. 366-375.

²⁴² Ibid., p. 376-380.

²⁴³ Ibid., p. 381-383.

²⁴⁴ DIAS, 2012, p. 100-101.

também no de interesse social da restauração do equilíbrio violado. No sentido de sanção, a restituição é o ato de execução, operação prática que decorre da responsabilidade civil. No sentido de interesse social, enquanto princípio substancial ao lado da prevenção, é elemento de conservação da ordem social. Se assim for considerado, não há dificuldade em reconhecer a obrigação de reparar por parte dos menores, loucos, e, em geral, das pessoas privadas de discernimento.

Nas discussões atuais a respeito do tema, é possível afirmar que a busca pela teoria unitária trilha caminhos diversos. Vai além da verificação das semelhanças e fundamentos entre ambos os tipos de responsabilidade e da identificação de um suporte fático geral, uma fonte passível de englobar a responsabilidade contratual e extracontratual. Uma das constatações recentes quanto à aproximação das duas responsabilidades é que ambas supõem uma lesão a deveres preexistentes, cuja fonte comum poderia ser, inclusive, o próprio contrato social, dado que a vida em sociedade existe de todos o respeito aos direitos dos outros e de terceiros²⁴⁵.

Nesse sentido é a afirmação de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva²⁴⁶ a respeito de uma “crise das fontes das obrigações”. A obrigação não é mais concebida de forma única, e sim como um “processo obrigacional”, em razão desses deveres acessórios que contornam o vínculo obrigacional, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, da conduta esperada pelas partes. Ocorre que o “processo” da obrigação se liga diretamente às fontes (como nascem os deveres) e com o desenvolvimento do vínculo. E, por sua vez, há certos interesses que decorrem de novos fatos sociais que não estão enumerados como fontes pela doutrina tradicional. A crise das fontes não é resultado dos novos fatos sociais. Ela considera que o raciocínio jurídico não se deve orientar puramente pelo método dedutivo, deixando de relevar outros fatos sociais que influenciam no nascimento e no desenvolvimento do vínculo obrigacional.

Mário Júlio de Almeida Costa²⁴⁷, embora não seja adepto à teoria unitária, reconhece que é no campo da responsabilidade pré-contratual que a discussão

²⁴⁵ BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil**. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 360.

²⁴⁶ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, 73-74.

²⁴⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2016, p. 302-303, 540-541.

encontra maiores fundamentos e coerência. Durante as fases anteriores à celebração do contrato (chamadas também de fase negociatória ou fase decisória), o comportamento dos contratantes deverá pautar-se pela lealdade e probidade. Aponta-se, por exemplo, o dever de comunicar à outra parte a causa de invalidade do negócio, o dever de não se esquivar perante o erro que estará para se lavrar, o dever de evitar a divergência entre a vontade e a declaração. Na responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma crie, não só quando à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração.

A aplicação das cláusulas gerais de boa-fé no sistema legal italiano, sobre as quais a doutrina fundou a teoria dos deveres de proteção (art. 1.175, Código Civil italiano²⁴⁸), estendendo a responsabilidade do devedor à violação de deveres acessórios à obrigação principal, fez com que os intérpretes até distinguissem a responsabilidade pré-contratual como um terceiro tipo de responsabilidade civil. Há um embate doutrinário em situar essa responsabilidade na esfera da responsabilidade contratual ou extracontratual, em razão de ocorrer, no âmbito da responsabilidade contratual, um fato ilícito. Cita-se, por exemplo, um ato ilícito cometido por uma das partes com vistas à conclusão de um contrato²⁴⁹⁻²⁵⁰.

Para uma corrente, os comportamentos danosos que podem qualificar-se como violadores dos deveres de boa-fé se resolvem tomando como base o art. 1.218 do Código Civil italiano²⁵¹, ou seja, corresponde à responsabilidade contratual.

²⁴⁸ “Art. 1175 *Comportamento secondo correttezza*

Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (Cod. Civ. 1337, 1358) (ITALIA, 1942).

Tradução livre: “Art. 1175 Comportamento segundo correção

O devedor e o credor devem se comportar segundo a regra da correção (Código Civil 1337, 1358)”.

²⁴⁹ VISINTINI, Giovanna. **Tratado de la responsabilidad civil**. Traducción y adaptación de Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999. t. I, p. 233-234.

²⁵⁰ A divisão da seção 3.2 deste trabalho (3.2.1 Deveres Jurídicos e 3.2.2 Prática e Publicidade Abusiva) é baseada nessa constatação.

²⁵¹ “Art. 1218 *Responsabilità del debitore*

Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno (2740), se non prova (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (1256; att. 160) (ITALIA, 1942).

Tradução livre: “Art. 1258 Responsabilidade do devedor

O devedor que não cumpre exatamente (1307, 1453) a prestação devida é obrigado ao ressarcimento do dano (2740), se não provar (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) que o

Isso, porque o conceito de obrigação vem sendo enriquecido em sua estrutura em virtude da cláusula geral da boa-fé, não havendo impedimentos para ampliar a noção tradicional de obrigação, e sim compreender nela os deveres de correção nas tratativas²⁵².

A outra corrente, por sua vez, remete ao Código anterior, no qual era ausente uma normativa específica e, para sancionar o comportamento reprovável de um dos contratantes no período da formação do contrato, os intérpretes recorriam ao art. 1.151²⁵³, dedicado ao ato ilícito. Afirmava-se que o comportamento de quem rompe injustificadamente as tratativas logo após criar a confiança da contraparte, e o de quem omite informações essenciais à contraparte, ou pior, oferece falsas informações, viola o princípio do *neminem laedere* (não ferir a ninguém). Inclusive, defende-se pela natureza extracontratual da responsabilidade pré-contratual na hipótese em que o autor é menor. O art. 1.426 do Código Civil italiano²⁵⁴, ao impedir que se requeira a nulidade quando o menor celebrou um contrato mediante comportamentos fraudulentos de sua parte, disciplina que o delito de falsa informação configura um ilícito doloso²⁵⁵.

A verdade é que a regulação específica das normas pertinentes a ambos os tipos de responsabilidade apresenta uma certa carência (no direito italiano), o que não significa afirmar, exatamente, que exista uma terceira espécie de responsabilidade. Todavia, a análise doutrinária a partir da responsabilidade pré-contratual como terceiro tipo de responsabilidade poderia superar a dicotomia contratual x extracontratual, com vistas à uma responsabilidade unitária²⁵⁶.

inadimplemento ou o atraso foi determinado pela impossibilidade da prestação devido à causa a ele não imputável (1256; att. 160)".

²⁵² VISINTINI, 1999, p. 235, 254.

²⁵³ "1151. Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno" (ITALIA. **Codice Civile del 1865**. Disponível em: <http://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_300.pdf>. Acesso em: 17 maio 2017).

Tradução livre: "1151. Seja o que for feito pelo homem que causar dano aos outros, obriga aquele por culpa do que ocorreu, a ressarcir o dano".

²⁵⁴ "Art. 1426 Raggiri usati dal minore

Il contratto non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età (2); ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnazione del contratto" (ITALIA, 1942).

Tradução livre: "Art. 1426 Golpes utilizados pelo menor

O contrato não é anulável, se o menor por meio de golpes ocultou sua menoridade (2); mas a simples declaração feita por ele de ser maior de idade não é um obstáculo à impugnação do contrato".

²⁵⁵ VISINTINI, op. cit., p. 254-256.

²⁵⁶ Ibid., p. 254, 260.

A peculiaridade das situações ocorridas na fase pré-contratual não autoriza a criação de uma terceira via de responsabilidade. Isso em razão de existirem situações especiais, como é o caso, por exemplo, do tratamento que os tribunais têm dado ao transporte gratuito ou de mera cortesia. Não se exclui a responsabilidade contratual, mas a culpa, por sua vez, não é presumida (vide Súmula n. 145, do STJ²⁵⁷). Logo, as respostas a essas situações podem ser dadas por ambas as concepções existentes (responsabilidade contratual e extracontratual), de modo que a concepção unitária da responsabilidade civil é mais adequada aos dias atuais²⁵⁸.

Anelise Becker²⁵⁹ ratifica que a adoção de uma teoria unitária acerca da responsabilidade civil tem importantes consequências quanto à responsabilidade pré-contratual do fornecedor. Isso porque exclui-se qualquer discussão a respeito da natureza jurídica dessa responsabilidade (se contratual ou se extracontratual). O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, é o microsistema que melhor representa a adoção da teoria unitária, ao disciplinar uma série de deveres anexos à atividade dos fornecedores. A aproximação entre os dois tipos de responsabilidade tende a uma uniformização de soluções, bem como a uma harmonização dos conceitos.

Nas seções seguintes serão exploradas, especificamente, a responsabilidade civil pré-contratual dos fornecedores nas relações de consumo virtuais e a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, à medida que a teoria unitária será relevante fundamento para a proposta final da pesquisa quanto às consequências que sucedem ao negócio jurídico celebrado, na Internet, por crianças e adolescentes absolutamente incapazes, com a imputação da vontade virtual aos pais.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL DOS FORNECEDORES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO VIRTUAIS

²⁵⁷ Súmula n. 145 do STJ - Responsabilidade civil pela "carona". No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.

²⁵⁸ POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 150.

²⁵⁹ BECKER, 2010, p. 370-371.

Como salientado no início da pesquisa, a atual sociedade de consumo e da informação é caracterizada por constantes transformações em diferentes aspectos da vida social e privada, expandindo-se a economia para além do espaço nacional. A influência de grandes empresas, inclusive multinacionais, produtoras e distribuidoras de bens e serviços variados, atingem públicos infinitos como consumidores, em uma relação de dependência para a satisfação de necessidades pessoais e sociais.

Essa economia, amparada pelo desenvolvimento tecnológico e das comunicações, caracteriza-se pelo distanciamento entre as fontes de produção e os consumidores finais. À medida que crescem as concentrações empresariais, mais se acentua este fosso, fazendo com que os contratos sobre relações massificadas de consumo não reflitam um posicionamento equilibrado entre as partes, pois, de um lado, se situam grandes empresas multinacionais, ou nacionais, e, de outro, o público consumidor em geral, de variadas culturas, costumes, classes sociais e outros elementos diferenciais, submetido a riscos de toda sorte²⁶⁰.

Neste panorama, o círculo contratual alcança diretamente, de um lado, o representante, o revendedor, ou o distribuidor e, de outro, o consumidor. As inúmeras relações antecedentes, de aquisição de matérias-primas, insumos e produtos outros necessários à fabricação, circunscrevem-se ao fabricante e aos seus fornecedores, escapando ao alcance e ao controle do consumidor, que assim não tem condições de conhecer dos riscos que o consumo envolve, a menos que devidamente informado pelo próprio produtor. Atinge-se, assim, um regime próprio de responsabilização, fundado na teoria objetiva da responsabilidade civil, permitindo-se ao consumidor a obtenção da necessária reparação ao minimizar-lhe os esforços da prova, a qual é reduzida à simples demonstração do nexo causal²⁶¹.

O fornecedor é toda pessoa física ou jurídica que, no exercício da sua atividade profissional econômica, lança produtos ou serviços no mercado de consumo. Nas relações de consumo, o vocábulo fornecedor é fixado como gênero, do qual são espécies: o produtor, o montador, o criador, o fabricante, o construtor, o transformador, o importador, o exportador, o distribuidor, o comerciante e o prestador de serviços (art. 3º, CDC).

²⁶⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: código de defesa do consumidor: (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 69-70.

²⁶¹ Ibid., p. 70-71

Em se tratando da Internet como meio que favorece o consumo – inclusive por crianças e adolescentes –, a responsabilidade pré-contratual dos fornecedores abrange os deveres jurídicos de informação, cautela, segurança etc. (deveres anexos ao contrato), como também se abster de práticas e de publicidades consideradas abusivas (por exemplo, lançadas através de *cookies*, spam, entre outros). Passa-se a analisar essas questões pertinentes à esfera de aplicação anterior ao negócio jurídico celebrado.

3.2.1 Deveres Jurídicos

São imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções: a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos²⁶². Ater-se-á, pois, à segunda função. Os deveres jurídicos nas relações de consumo, assim como em qualquer processo obrigacional, são relevantes enquanto direcionamentos para garantir que os contratos não desrespeitem os princípios do ordenamento jurídico e os valores fundamentais da convivência em sociedade.

Em cada relação contratual, alocam-se certos deveres de prestação, os quais se subdividem em: a) os deveres principais, ou deveres primários de prestação, constituindo-se o núcleo da relação obrigacional e definindo o tipo contratual (por exemplo, o dever de entregar a coisa e de pagar o preço, na compra e venda, o dever de cedência temporária da coisa locada e de satisfação do aluguel, na locação); e b) os deveres secundários e os deveres laterais, anexos ou instrumentais²⁶³.

Segundo Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²⁶⁴, esses deveres acessórios seguem a tripartição: proteção, esclarecimento e de lealdade. Pelos deveres de proteção considera-se que as partes enquanto perdure o fenômeno contratual, estão obrigadas a evitar que ocorram danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios. Os deveres de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo obrigacional. E os deveres de lealdade obrigam as partes a

²⁶² MARTINS-COSTA, 1999, p. 427.

²⁶³ *Ibid.*, p. 437.

²⁶⁴ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 604-607.

absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por ela consignado.

Judith Martins-Costa²⁶⁵, por sua vez, subdivide e exemplifica os deveres anexos em: a) deveres de cuidado, previdência e segurança; b) deveres de aviso e esclarecimento; c) deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (arts. 12, 14, 18, 20, 30, 31, entre outros do CDC), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) dever de prestar contas; e) deveres de colaboração e cooperação; e f) os deveres de omissão e de segredo.

No meio virtual, especificamente em contratações eletrônicas entre empresas e consumidores (B2C – *business to consumer*), algumas legislações recentes regulamentam aspectos gerais sobre a matéria, como é o caso do Decreto n. 7.962/2013, que dispõe sobre a contratação no comércio eletrônico, e da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

O Decreto n. 7.962/2013, referente ao dever de informação, disciplina em seu art. 2º uma série de dados obrigatórios que devem constar nos sítios eletrônicos (sites), como a) o nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver; b) endereço físico e eletrônico; c) características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança; d) discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; e) modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto.

No art. 4º também estão previstas várias atribuições aos fornecedores, como a) apresentar o sumário do contrato antes da contratação, e, após ela, disponibilizá-lo em meio que permita sua conservação e reprodução; b) fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação; c) confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; d) manter um serviço adequado, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes à informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; e) confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor; e f) utilizar mecanismos de segurança

²⁶⁵ MARTINS-COSTA, 1999, p. 439.

eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor. Tratam-se, igualmente, de deveres de informação, como também de cuidado, de transparência e de segurança.

Não é suficiente saber contratar pela plataforma virtual. É necessário negociar com a devida segurança e com a certeza de que todos os termos e riscos da compra efetuada foram informados pelo fornecedor. Em que pese as inúmeras vantagens proporcionadas pela Internet, nem todos os consumidores estão preparados para compreender e gerir toda a informação que lhes é facultada²⁶⁶, cabendo aos fornecedores disponibilizá-la de maneira precisa e devidamente selecionada para qualquer faixa etária.

Com relação ao direito de arrependimento, presente no art. 5º do Decreto n. 7.962/2013, o fornecedor deverá informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o seu exercício pelo consumidor. E ainda, o consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados, sem qualquer ônus. O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão, a fim de que a transação não seja lançada ou para que seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. Pode-se afirmar que essas observações quanto ao direito de arrependimento é um exemplo do dever de cooperação para com o consumidor.

Contudo, entende-se que o Decreto n. 7.962/2013 acertaria mais caso tivesse imposto critérios distintivos quanto às aquisições cujos bens não entregues via download ou fisicamente. Isso porque há a possibilidade de má-fé de algumas pessoas que se aproveitam do recebimento virtual do bem para arrepender-se após usufruir do produto ou do serviço; ou ainda continuar usando-o após o exercício do direito de arrependimento²⁶⁷.

Quanto à Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), afirma-se que ela parte de uma base principiológica no que diz respeito à utilização democrática e justa da Internet, de onde se extrai alguns deveres a serem observados, como garantir a liberdade de expressão, a proteção da privacidade e dos dados pessoais,

²⁶⁶ MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121-122.

²⁶⁷ TEIXEIRA, 2015a, p. 83.

bem como preservar a neutralidade, a estabilidade, a participação, a segurança e a funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo a boas práticas (art. 3º, I a VII).

Demonstrados como os deveres anexos são essenciais para garantir a harmonia nas relações de consumo virtuais, percebe-se uma tendência de positividade nas legislações recentes, justamente para que sejam estritamente observados e aplicados nos negócios jurídicos realizados neste ambiente.

3.2.2 Prática e Publicidade Abusiva

A publicidade e as práticas abusivas estão disciplinadas no Capítulo V Código de Defesa do Consumidor, referente às práticas comerciais. Assim como os deveres anexos, a publicidade e as práticas abusivas consistem em reflexos do princípio da boa-fé objetiva a ser observado pelas partes envolvidas na relação.

A maciça e atraente publicidade via mídia eletrônica cria, frequentemente, novos hábitos, despertando e mantendo o interesse da coletividade, que assimila e adere às mensagens das empresas. Com isso, sucessivos impulsos de compra são gerados, aumentando-se o contingente de consumidores da população terrestre. Daí o nome de “sociedade de consumo”, em que a aquisição e a fruição de bens se perfazem por sugestão e em relação à ideia de status pessoal²⁶⁸.

A particularidade da publicidade on-line é, tecnologicamente, possibilitar a finalização das operações comerciais a partir de um simples anúncio. Em outras palavras, o objetivo da publicidade no meio virtual não é apenas a sedução do comprador, é mais: uma vez e imediatamente após o momento em que é seduzido, pode o consumidor adquirir o produto com um simples toque no mouse²⁶⁹. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor (art. 30), a publicidade, quando suficientemente precisa, passa a ter os efeitos jurídicos de uma oferta, integrando o contrato que vier a ser celebrado. No meio eletrônico isso é muito notável, sobretudo em razão das publicidades já conterem um “link” que leva o consumidor à efetiva compra do produto, apresentando-o seu preço e condições.

As formas de publicidade e oferta dispostas na Internet são variadas, de modo geral representadas por um marketing incisivo e apelativo. Em particular,

²⁶⁸ BITTAR, 2003, p. 1-2.

²⁶⁹ PINHEIRO, 2016, p. 412.

quando por meio dos *cookies* (banners interativos dispostos nas telas virtuais, contendo propagandas específicas ao perfil do consumidor); do spam (mensagens eletrônicas não solicitadas abarcando anúncios tendenciosos ao click); entre outras práticas consideradas abusivas pela lei consumerista, pelo seu caráter propenso a induzir o consumidor, facilmente, em erro no momento da escolha.

Cookie é um programa de computador que registra os caminhos do usuário da Internet, obtendo dados sobre seus costumes e preferências. Podem ser classificados em duas modalidades: os *cookies* passivos, ou seja, aqueles programas de computador que armazenam as informações com a autorização do usuário e de forma não oculta, facilitando o seu acesso; e os *cookies* ativos, ou seja, aqueles que monitoram o comportamento do usuário para registrar suas preferências sem a autorização do usuário, oferecendo, por meio de sites, produtos e serviços que lhe interessam conforme seu perfil. O spam, por sua vez, consiste em um e-mail de conteúdo impróprio e inoportuno, distribuído em massa via correio eletrônico sem o consentimento do destinatário, sendo remetido a inúmeros endereços pelo qual se divulga e/ou se oferece produtos ou serviços²⁷⁰. Hoje, com a amplitude de redes sociais e aplicativos, o meio de propagação do spam é estendido às mensagens de celulares SMS (*Short Message Service*), como também via *Facebook*, *Skype* e *WhatsApp*²⁷¹.

O spam é um modo de publicidade com significativa diminuição dos custos de transação comparado ao correio tradicional, uma vez que se obtendo uma lista de usuários, é possível o envio de quantidades enormes de mensagens com baixíssimos custos²⁷². Destaca-se que a publicidade não identificada por meio eletrônico é considerada prática abusiva no Brasil, incidindo-se os arts. 6º, 36, 37 e 39 do CDC. O uso de spam também pode ser considerado prática abusiva, se for

²⁷⁰ TEIXEIRA, 2015b, p. 41, 45.

²⁷¹ Na Itália, a medida denominada de "*Il garante per la protezione dei dati personali*" ("A Autoridade Europeia para a proteção dos dados pessoais") de 4 de julho de 2013, contém disposições específicas em relação ao uso adequado de sistemas automáticos e envio de comunicações eletrônicas (spam). A medida esclarece alguns aspectos problemáticos relacionados com as diferentes formas de spam, para que as empresas possam cumprir as disposições relativas ao tratamento de dados pessoais. Também enquadra algumas novas formas de spam, com o objetivo de limitar os riscos associados com as novas tecnologias, apesar da insuficiência do instrumento jurídico em relação à evolução das tecnologias, cada vez mais avançadas e de rápida propagação. Além disso, a medida estabelece algumas sanções, inclusive penais, quanto ao tratamento ilegal de dados pessoais (ITALIA. **Il garante per la protezione dei dati personali**. Gazzetta Ufficiale, n. 174, 26 lugl. 2013. Disponível em: <<http://garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2542348#7>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

²⁷² LORENZETTI, 2004, p. 392.

realizada com efeitos danosos, se causar extremo distúrbio, peso ou perturbação ao consumidor, incorrendo-se, ainda, em invasão da privacidade²⁷³.

Em suma, pode-se afirmar que a publicidade veiculada no meio eletrônico, em grande parte, é caracterizada por artifícios diversos e criativos, capazes de produzir o rápido convencimento (livre ou não) do consumidor²⁷⁴. As consequências quando dispostos a crianças e adolescentes são inúmeras. Entre elas, os “clicks” desorientados, motivados propositalmente por imagens instigantes, podendo levar a compras de produtos ou serviços (sejam materiais ou imateriais) indesejados ou não solicitados pelos pais. Menciona-se, a título de exemplo, a publicidade exposta em meio aos jogos de smartphones, cujo aceite pelo menor incorre no desconto de valores dos saldos telefônicos). A propósito, o comando de direção das tecnologias conferido aos filhos pode acarretar em compras além da normalidade e/ou de elevados valores, provocando consequências como a negatização do nome e a colaboração para o superendividamento dos pais.

Em matéria de menores absolutamente incapazes, a publicidade é considerada abusiva quando se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança (art. 37, § 2º, CDC). Publicidade abusiva é a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, e, conseqüentemente, fere valores da sociedade como um todo. A publicidade caracterizada como abusiva constitui ilícito civil, e o responsável civilmente é o fornecedor que se utiliza dessa publicidade para promover seus produtos ou seus serviços²⁷⁵. Na situação específica, significa que a publicidade não pode exortar diretamente a criança a

²⁷³ MARQUES, 2004, p. 169.

²⁷⁴ Sobre o tema, interessante deliberação faz o professor titular de Direito do Consumidor da PUC/RS e ex-presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON), Adalberto Pasqualotto, ao ponderar que “[...] a publicidade sob a forma tradicional, na mídia impressa e eletrônica, é uma forma de comunicação das empresas, mas existem outras, que vão sendo usadas em busca de maior efetividade ou para driblar as restrições. O que não se pode perder de vista é a função. Se as restrições à publicidade foram estabelecidas para proteger a criança, todos os seus substitutos publicitários que a atinja devem sofrer iguais restrições. A questão é saber se a norma jurídica atual, do modo como está redigida, garante a proteção mesmo em face dessas novidades, como as ações de marketing. Acredito que a interpretação teleológica do princípio da proteção integral da criança, conjugado com o conceito indeterminado de abusividade, daria resposta positiva. Mas depende de interpretação e como ela ainda não foi feita por quem é o intérprete legítimo da lei – o Judiciário – a indústria age”. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/noticias/criancas-sao-hipervulneraveis-e-precisam-ser>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

²⁷⁵ MARQUES, 2005, p. 808-809.

comprar um produto ou serviço, ou encorajá-la a persuadir seus pais a adquirir um produto ou serviço²⁷⁶.

A prática abusiva, por sua vez, é considerada quando o fornecedor que prevalece da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços (art. 39, IV, CDC). Prática abusiva é aquela que está em desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor. O dispositivo em questão confere um tratamento mais rígido sobre a matéria, pois envolve consumidores cuja posição não lhes permite avaliar certamente o que estão adquirindo²⁷⁷.

A grande maioria das empresas não agem por força de opções morais, não se orientam de acordo com uma racionalidade fundada em valores, e não se submetem aos controles sociais difusos. Operam com uma “razão instrumental”, de cálculo econômico²⁷⁸. É necessário que haja uma democracia participativa na relação de consumo, ou seja, na relação que deve existir entre fornecedor e consumidor. Estes últimos não devem intervir somente nos resultados dos danos que promovam os produtos elaborados, mas devem tomar parte das decisões do processo de elaboração, incorporando-se ao processo produtivo. No entanto, sob os sistemas vigentes, o fornecedor e o consumidor somente se encontram em dois momentos: na aquisição do produto e na hora de reclamar pelos danos²⁷⁹.

Logo, a “razão instrumental” deve ser reabilitada para uma “razão comunicativa”²⁸⁰, de interligação da empresa à sociedade. As empresas que no

²⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. Oferta e publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 260.

²⁷⁷ Id. Práticas abusivas. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 272.

²⁷⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 98.

²⁷⁹ GUTIÉRREZ, 1997, p. 107-108.

²⁸⁰ Alain Touraine, baseado na teoria da democracia de Jürgen Habermas, pondera que o espírito das luzes não deve ficar enclausurado no domínio do pensamento científico. É preciso que ele penetre na vida social, no domínio dos valores e das normas, e até mesmo na experiência mais subjetiva, a do gosto e do julgamento estético. A dificuldade é imensa e é grande o risco de recair na imagem autoritária de um racionalismo que destrói ou despreza tudo o que parece irracional, desde o sentimento amoroso à religião, do imaginário à tradição. Essa foi a maior dificuldade de Habermas, segundo o sociólogo. E como relacionar, então, o universal e o particular? Pela comunicação, isto é, pela discussão e argumentação que permitem reconhecer no outro o que é mais autêntico. Esse comportamento é o que se mostra como melhor fundamento da democracia.

passado atuavam sob a ótica do capitalismo liberal, regidas pela calculabilidade e eficiência de resultados, inserem-se hoje em um novo cenário que além de global é ainda complexo, exigindo das organizações a intensificação da racionalidade de resultados somada à capacidade de responder as expectativas sociais de comportamento da esfera pública mundial, amplamente conectada pelas redes sociais via Internet. É nesse ponto que a ideia de “responsabilidade social” adquire o status de compromisso avocado pela sociedade, indo além dos preceitos legais impositivos, nutrindo-se de uma legitimidade que se encontra respaldada na aceitabilidade e no prestígio proveniente do reconhecimento interacional da esfera pública, e não apenas na cunhada expressão “função social”²⁸¹.

Diante de tais considerações, depreende-se que em matéria de Internet, em casos envolvendo consumidores menores, ou seja, hipervulneráveis, a contribuição dos pais auxiliará na construção da responsabilidade social das empresas fornecedoras como instrumento de análise da publicidade e das práticas destinadas à classe infanto-juvenil; como também, e sobretudo, evitar consequências como compras indesejáveis e também prejuízos empresariais daí decorrentes²⁸².

3.2.3 Excludentes e Atenuantes de Responsabilidade

O Código de Defesa do Consumidor prevê, expressamente, excludentes da responsabilidade civil objetiva em seu corpo normativo. Abordam-se, nesse ponto, algumas excludentes e atenuantes da responsabilidade do fornecedor, previstas expressamente ou não no CDC, de acordo com a construção e interpretação pela doutrina moderna a respeito da matéria e conforme a relevância para a pesquisa em questão.

Cabe observar que a doutrina se separa quanto à terminologia ao se referir às excludentes e atenuantes de responsabilidade. Há quem defenda que, em razão

(TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 354-355).

²⁸¹ BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Responsabilidade social e emancipação social. In: SOUZA, André Peixoto; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **Questões contemporâneas do Direito**. Curitiba: Instituto Latino Americano de Argumentação Jurídica, 2015, p. 43.

²⁸² Cita-se, nesse sentido, o projeto “Criança e Consumo”, que visa a discussão da publicidade infantil no âmbito da comunicação mercadológica e da publicidade, fomentando a reflexão acerca do tema por parte de pais, mães, professores, profissionais liberais, publicitários, operadores do direito, empresários, executivos e governantes, por meio da difusão de materiais de pesquisa e estudos diversos, bem como pela promoção de constantes e democráticos debates em todo o país. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br>>. Acesso em: 31 abr. 2017.

da ausência do elemento “culpa” na responsabilidade objetiva, a melhor expressão consiste em “fato”, tal como se menciona, na própria lei, o “fato” do produto e do serviço²⁸³. Por outro lado, há quem afirme que, em decorrência da inversão do ônus da prova em favor do consumidor, o fornecedor, em sua defesa, deverá comprovar a “culpa” da vítima ou a “culpa” de terceiro, ou ainda, a “culpa” concorrente para eximir-se de sua responsabilidade ou atenuá-la²⁸⁴.

Contudo, adotar-se-á, aqui, a noção de “conduta”²⁸⁵, por considerar que esse termo assume posição intermediária entre os regimes jurídicos a serem analisados na pesquisa, quais sejam, o do Código Civil (responsabilidade dos pais pelos filhos) e o do Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade dos fornecedores). Assim, serão analisados os casos de exclusão e atenuação da responsabilidade a partir da conduta da vítima (consumidor) e de terceiro, bem como da conduta concomitantemente da vítima (consumidor) e do fornecedor (condutas concorrentes). Serão tratadas, ainda, as noções de risco do desenvolvimento e de caso fortuito ou força maior, que constituem construções doutrinárias sem tratamento jurídico expresso no CDC²⁸⁶.

3.2.3.1 Conduta exclusiva da vítima e conduta exclusiva de terceiro

A excludente de responsabilidade por conduta exclusiva da vítima, ou seja, do consumidor, está disposta nos arts. 12, § 3º, III²⁸⁷, e 14, § 3º, II²⁸⁸ do CDC.

²⁸³ Cf. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269 e ss. (quanto à culpa exclusiva ou concorrente do consumidor); cf. MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**: os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 152 e ss.; cf. LISBOA, 2006, p. 308 e ss.

²⁸⁴ Cf. SANSEVERINO, 2002, p. 279 e ss. (quanto ao fato exclusivo de terceiro); cf. DIAS, 2012, p. 797 e ss.; cf. CAVALIERI FILHO, 2015, p. 95 e ss.; cf. MARTINS, 2008, p. 147 e ss.

²⁸⁵ Cf. PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 408.

²⁸⁶ “Quanto mais inovações, mais riscos. Todos queremos as facilidades das novas criações, das novas descobertas, mas não queremos ter de absorver a incerteza de danos que pesa sobre essas utilidades e facilidades. É o caso do telefone celular, que, como mostram pesquisas científicas recentes na Europa, pode afetar o cérebro se usado em demasia, recomendando-se que crianças não deveriam usá-lo. O mesmo se diga dos novos medicamentos, dos novos tratamentos para doenças até agora incuráveis, das pesquisas que levam à criação de espécies geneticamente modificadas, das clonagens, frutos da biotecnologia avançada. Enfim, os maiores riscos atuais poderão ter origem na alta tecnologia e no progresso científico” (LOPEZ, 2010, p. 30).

²⁸⁷ “Art. 12. [...] § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: [...] III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (BRASIL, 1990).

Conduta exclusiva da vítima diz respeito à eliminação do nexo de causalidade. É o que ocorre, por exemplo, com a empresa de transporte urbano que não é responsável pela morte do indivíduo que se atira voluntariamente sob as rodas do ônibus. Mas, se esse indivíduo for louco, a empresa continua não respondendo pela sua morte²⁸⁹.

A vítima deve apresentar-se, no mínimo, sob a forma de uma conduta descuidada na consecução dos prejuízos por ela sofridos para que possa incidir a excludente. O comportamento acidental não incide em exclusão da responsabilidade do fornecedor. Se isso ocorrer, há exclusão de responsabilidade²⁹⁰. A mínima participação do responsável objetivamente em colaborar, de qualquer forma, para a ocorrência do prejuízo, ocasiona a sua responsabilidade²⁹¹.

O raciocínio é o mesmo com relação à conduta exclusiva de terceiro. Todavia, se houver defeito, e houver a concorrência entre defeito o comportamento de terceiro ou da vítima, não há exclusão de responsabilidade, e sim atenuante²⁹². Terceiro, no caso, é qualquer pessoa que não se identifique com os partícipes da relação de consumo descrita no art. 12 (que envolve, de um lado, o fabricante, produtor, construtor ou importador e, de outro, o consumidor). Embora o comerciante também seja considerado parte da relação de consumo, tendo sua responsabilidade subsidiária descrita no art. 13, poderá também ser responsabilizado como terceiro. É o caso, por exemplo da concessionária que, indevidamente, substitui peça ou componente de veículo novo sem consultar a montadora²⁹³.

Observa-se ainda que, no momento da individualização, o terceiro deve ser uma pessoa específica, mesmo que eventualmente não seja possível a sua perfeita identificação, como ocorre na hipótese de sua fuga do local do evento. É irrelevante a licitude ou ilicitude da conduta do terceiro causador do dano para a exclusão da responsabilidade do agente demandado. Em síntese, a conduta de terceiro deve

²⁸⁸ “Art. 14. [...] § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: [...] II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro” (BRASIL, 1990).

²⁸⁹ DIAS, 2012, p. 797-798.

²⁹⁰ SANSEVERINO, 2002, p. 270-271.

²⁹¹ LISBOA, 2006, p. 308-309.

²⁹² MARINS, 1993, p. 152.

²⁹³ DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 198-199

surgir como causa exclusiva do dano sofrido pelo prejudicado para ensejar o rompimento do nexo causal²⁹⁴.

Nas relações de consumo virtuais, a conduta de terceiro poderá ocorrer, por exemplo, na contaminação por vírus, o que poderá consubstanciar a participação total ou parcial do terceiro na causação do dano, ou, uma vez ocorrendo a eliminação do nexo causal, ficará excluída a responsabilidade do fornecedor²⁹⁵. Já a conduta exclusiva da vítima ocorre, por exemplo, quando o consumidor navega na Internet sem um programa antivírus (o uso de um software desatualizado, para tal fim, pode levar ao mesmo efeito) ou age de forma displicente em face das técnicas de engenharia social²⁹⁶, destinadas à obtenção de senhas com base na fragilidade dos usuários²⁹⁷.

Em suma, compreende-se que a conduta do consumidor ou de terceiro é admissível para fins de exclusão de responsabilidade quando demonstrar, suficientemente, a quebra do nexo de causalidade. Caberá ao fornecedor, em decorrência do princípio da inversão do ônus da prova, comprovar a conduta assumida exclusivamente pelo consumidor ou por terceiro.

3.2.3.2 Caso fortuito ou força maior

Caso fortuito ou de força maior corresponde a acontecimento que escapa da diligência do devedor, sendo inteiramente estranho à sua vontade e à obrigação. Trata-se de circunstância irresistível externa que impede o agente de exercer a conduta devida para cumprir a obrigação contraída²⁹⁸. O caso fortuito ou força maior não encontra previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, sendo previsão do Código Civil (art. 393²⁹⁹).

²⁹⁴ SANSEVERINO, 2002, p. 279.

²⁹⁵ MARTINS, 2008, p. 147.

²⁹⁶ A engenharia social utiliza uma variedade de manobras psicológicas para fazer com que o usuário entregue informações necessárias para acessar um computador ou uma rede. Engenheiros sociais tiram vantagem em qualidades da natureza humana, como a tendência em confiar nas pessoas e vontade de buscar atalhos (PELTIER, Thomas R. Social engineering: Concepts and solutions. **Information Systems Security**, v. 15, n. 5, p. 13-21, 2006, p. 13).

²⁹⁷ MARTINS, op. cit., p. 149.

²⁹⁸ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 98.

²⁹⁹ “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (BRASIL, 2002).

A diferença entre eles é que, para a caracterização do caso fortuito, é indispensável o elemento da imprevisibilidade, enquanto da força maior é a irresistibilidade. Essa imprevisibilidade deverá ser específica, relativa a um fato concreto, e não a genérica ou abstrata de que poderão ocorrer assaltos, acidentes, atropelamentos etc. A irresistibilidade, por sua vez, decorre de fato superior às forças do agente ainda que previsível. O elemento comum a ambos é a inevitabilidade; só que no caso fortuito a inevitabilidade decorre da imprevisibilidade e na força maior da irresistibilidade³⁰⁰.

Cabe observar que em razão do avançado estágio atual do progresso tecnológico e científico, a caracterização da inevitabilidade é cada vez mais relativa. O assalto em um banco, a um carro forte, em um shopping, em um ônibus ou na rua, por exemplo, não poderá ter a mesma avaliação de inevitabilidade. Dependerá dos riscos assumidos pelo agente, do dever de segurança que a ordem jurídica lhe impõe, dos instrumentos tecnológicos que tem à sua disposição para prevenir e evitar os riscos³⁰¹.

Agostinho Alvim³⁰² de forma inaugural no direito brasileiro, divide o caso fortuito em interno e externo. O fortuito interno é o que se liga à empresa; o fortuito externo é o que está fora dela. Entram na categoria de caso fortuito interno todos os acontecimentos que, embora não possam ser atribuídos à culpa do responsável, estão ligados à organização da empresa pela qual é responsável. Por mais cauteloso que seja aquele que se serve de uma máquina qualquer, poderá acontecer que ela venha a falhar e cause dano a terceiro. Assim, no caso fortuito interno, o caminho é a responsabilização. Só se excluiria a responsabilidade no caso fortuito externo, isto é, por um fato sem ligação alguma com a empresa ou negócio, como, por exemplo, fenômenos naturais, ou seja, força maior.

O estudo do caso fortuito e da força maior pode ser dividido em dois momentos distintos: 1) quando ocorrentes antes da inserção do produto causador do dano no mercado de consumo; e 2) quando ocorrentes depois da inserção do produto causador do dano no mercado de consumo. Para a primeira hipótese, se a força maior ocorre ainda dentro do processo produtivo, até o momento em que, juridicamente, se tem o produto por colocado em circulação, não há que se falar em

³⁰⁰ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 98.

³⁰¹ Ibid., p. 99.

³⁰² ALVIM, 1980, p. 314-315.

exclusão da responsabilidade do mesmo. Isso, pois, até o momento em que o produto ingressa formalmente no mercado de consumo tem o fornecedor o dever de diligência, garantindo que não sofra qualquer tipo de alteração que possa torna-lo defeituoso e acarrete riscos à saúde e segurança do consumidor, mesmo que o fato causador do defeito seja a força maior. A ação da força maior, quando ainda dentro do ciclo produtivo, não tem a virtude de descaracterizar a existência do defeito juridicamente relevante. Isso não ocorre com a força maior verificada após a introdução do produto no mercado de consumo. Após o ingresso do produto em circulação não se pode mais falar em defeitos de criação, produção ou informação, que são sempre anteriores à inserção do produto no mercado de consumo. E, não havendo qualquer dessas espécies de defeitos, não há defeito juridicamente relevante que possa propiciar a responsabilização do fornecedor, devendo este realizar prova de que quando lançou o produto no mercado de consumo, este não apresentava nenhum defeito³⁰³.

Esses acontecimentos ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem, podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo. Na primeira hipótese, instalando-se na fase de concepção ou durante o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-la para se subtrair à responsabilidade por danos. Todavia, quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Não há que se falar em defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior parte das vezes imprevisíveis, criam obstáculos de tal forma que sequer a boa vontade do fornecedor pode suprir. Diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto era defeituoso, ficando afastada a responsabilidade do fornecedor³⁰⁴.

Antes de introduzir o produto no mercado de consumo, o fabricante o possuía sob seu domínio, tendo a oportunidade de, efetuando um controle de qualidade, verificar as suas condições, corrigindo o defeito já existente. Assim, o acontecimento pode até ser mesmo previsível, como ocorre com as ações violentas praticadas por assaltantes, ou com os eventos da natureza. Porém, deve ser inevitável para gerar o efeito de quebrar o nexo de causalidade e liberar o agente da

³⁰³ MARINS, 1993, p. 153-154.

³⁰⁴ DENARI, 2007, p. 199-200.

obrigação de indenizar. O fundamental é que o acontecimento inevitável ocorra fora da esfera de vigilância do fornecedor, ou seja, via de regra, após a colocação do produto no mercado³⁰⁵.

No ambiente digital, é possível exemplificar o caso fortuito e a força maior com a invasão de *hackers* e *crackers*³⁰⁶. Contudo, tratando-se de uma empresa cujo objeto consiste na prestação de serviços específicos de informática, deveria esta tomar maiores precauções e diligências para evitar o infortúnio. Na hipótese de o evento haver atingido um escritório de contabilidade, porém, a ação do *cracker* seria totalmente imprevisível, ensejando a excludente. Tal circunstância não pode ser valorada isoladamente, mas à luz do caso concreto, tendo em vista a observância do dever de cuidado por parte da vítima, que deve adotar a tecnologia adequada para prevenir a invasão. Essa invasão não se confundirá com o fato de terceiro, pois, para o autor, a exoneração terá lugar se for identificada a pessoa cuja participação proveio o dano. No caso fortuito ou força maior, o dano provirá de um fato cujos efeitos foram impossíveis de evitar ou impedir³⁰⁷.

O caso fortuito e a força maior terão o condão de afastar a responsabilidade do fornecedor desde que comprovado, por este, que o infortúnio ocorrido era imprevisível e inevitável, mesmo considerando o aparato científico e tecnológico relacionado à natureza da atividade disponível no mercado à época do acontecimento. Por essa razão, relaciona-se com o risco do desenvolvimento, abordado adiante.

3.2.3.3 Risco do desenvolvimento

O risco do desenvolvimento consiste na possibilidade de um produto ser introduzido no mercado sem possuir defeito cognoscível (ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento disponível à época de sua introdução), sendo detectado o defeito depois de determinado período do início de sua circulação no

³⁰⁵ SANSEVERINO, 2002, p. 294, 296-297.

³⁰⁶ Originalmente, “hack” se refere o uso inovador da tecnologia. Entretanto, a pirataria tornou-se associada a esse movimento na mídia de massa como uma ilícita intrusão no computador, levando-se à definição de “crack”, termo atribuído aos hackers exploradores ou criminosos que invadem um sistema de computador. O termo “hacker” não deve ser interpretado apenas para se referir a pessoas que quebram as barreiras de um computador, mas para tudo o que possibilite os novos usos de tecnologia (JORDAN, Tim. **Activism!**: direct action, hack tivism and the future of society. London: Reaktion Books, 2002, p. 120).

³⁰⁷ MARTINS, 2008, p. 149, 160.

mercado de consumo, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores³⁰⁸. Sua previsão não está clara no Código de Defesa do Consumidor, conforme se verifica pelo art. 12, § 1º, III³⁰⁹.

As consequências dos riscos do desenvolvimento adquirem especial transcendência nos produtos farmacêuticos e medicinais, recordando-se ao fármaco “talidomida”, utilizado como calmante para as gestantes e que produziu deformações físicas em mais de 4.000 recém-nascidos. Nesta hipótese, como em outras, é necessário determinar se o fabricante será responsável pelo dano superveniente, não obstante haver cumprido na época de lançar o produto no mercado com as experiências necessárias para determinar a segurança do produto, o qual demonstrava-se seguro³¹⁰.

Embora seja do empresário a carga referente aos riscos que possam ser causados pela comercialização de seus produtos, é necessário estabelecer novas premissas para o risco de desenvolvimento, pois uma hipótese extrema tornaria insuportável a assunção do risco pelo setor produtivo da sociedade, trazendo eventual iniquidade na distribuição da carga de responsabilidade em detrimento do próprio desenvolvimento social, além de trazer repasse de riscos de que tornariam inviável a comercialização de determinados tipos de produtos³¹¹.

Na Argentina, a doutrina nacional colocou o problema em discussão, a início na VIII Jornadas Nacionais de Direito Civil, La Plata, 1981, sobre o tema “responsabilidade civil por produtos elaborados”, na qual resultaram duas opiniões: 1) Não é exonerado o fabricante quando os conhecimentos científicos posteriores provam a capacidade de dano do produto; e 2) A existência de defeito de fabricação deverá ser julgada segundo as normas científicas e técnicas vigentes a época em que foi posto no comércio e não segundo os avanços científicos desenvolvimentos ao tempo do julgamento. Em contrapartida, na IV Jornadas Rioplatenses de Direito, Punta del Este, 1986, restou a opinião de que ao elaborador é imputada a responsabilidade embora seja desconhecida a nocividade potencial do produto no momento de lançá-lo ao consumo. Esta diversidade de opiniões em posições

³⁰⁸ MARTINS, 2008, p. 164.

³⁰⁹ “Art. 12. [...] § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: [...] III - a época em que foi colocado em circulação” (BRASIL, 1990).

³¹⁰ GUTIÉRREZ, 1997, p. 95-96

³¹¹ MARINS, 1993, p. 131-132.

contrapostas colocou em evidência a influência das grandes empresas na política legislativa destes temas. Nas Jornadas Marplatenses de Responsabilidade Civil e Seguros, Mar del Plata, 1989, por unanimidade, decidiu-se que nos casos de lançamento massivo de consumo de produtos cuja nocividade não era conhecida no momento em que foi posta em circulação, mas que novas comprovações científicas ou técnicas foram manifestadas, cabe responsabilidade ao produtor, que deve garantir aos consumidores a segurança dos bens que introduzem na comunidade. O profissional de saúde será responsável quando a nocividade do medicamento prescrito era conhecido ou cognoscível, e mesmo assim o indicou³¹².

Após, a Diretiva Europeia n. 85/374/CEE contemplou expressamente os riscos do desenvolvimento como causa de exclusão da responsabilidade do produtor, conforme redação do art. 7º, alínea “e”: “O produtor não é responsável nos termos da presente diretiva se provar: [...] e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito”.

Zelmo Denari³¹³ afirma que a nocividade de certas drogas, como o que ocorreu com a talidomida, e a comoção social causada em todo o mundo em decorrência do seu poder de mutilação do gênero humano, gerou a inconsistência dos postulados da teoria do risco do desenvolvimento para aferição da responsabilidade dos fabricantes. Quando estão em causa vidas humanas, as excludentes de responsabilidade devem ser recebidas pelo aplicador da norma com muita reserva.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³¹⁴, embora afirme pela inaplicabilidade da excludente dos riscos do desenvolvimento no direito brasileiro, considera que o legislador brasileiro deveria regular com maior clareza essa importante questão, afastando-a expressamente do sistema. Contudo, na hipótese de acolhimento expresso dessa causa de exclusão, poderia, no máximo, ser adotada uma solução intermediária, à semelhança da Espanha, que acolheu a excludente, porém afastando os setores de medicamentos e de produtos alimentícios do seu âmbito de abrangência (Lei n. 22/1994, art. 6º, letra “e”³¹⁵).

³¹² GUTIÉRREZ, 1997, p. 96-98.

³¹³ DENARI, 2007, p. 194-195.

³¹⁴ SANSEVERINO, 2002, p. 320.

³¹⁵ “Artículo 6. Causas de exoneración de la responsabilidad. 1. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: [...] e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos

Teresa Ancona Lopez³¹⁶, em visão semelhante, acolhe o risco do desenvolvimento como excludente para todos os produtos, com exceção dos alimentos e remédios, uma vez que podem ser perigosos para a saúde humana e também para os animais. Para esses danos, como ocorre na Europa, deveria haver um fundo de indenização com verbas do Poder Público, dos seguros e das empresas de cada setor. Essa seria a melhor solução, pois as vítimas sempre seriam indenizadas e as empresas não iriam à falência causando desemprego. O problema como um todo é econômico, pois encarece o preço dos medicamentos e dos alimentos, o que já vem ocorrendo, visto que os remédios de última geração estão caros, não apenas em razão da pesquisa, mas também por conta das altas quantias pagas aos seguros e aos fundos de indenização. No final, é sempre o consumidor quem paga esse preço.

Sergio Cavalieri Filho³¹⁷, por sua vez, pondera que exigir que o fornecedor responda pelos riscos do desenvolvimento pode tornar insuportável para o setor produtivo da sociedade, a ponto de inviabilizar a pesquisa e o progresso científico-tecnológico, frustrando o lançamento de novos produtos. Sem conhecer esses riscos o fabricante não teria como incluí-los nos seus custos e, assim, reparti-los com os seus consumidores. Em contrapartida, seria injusto financiar o progresso às custas do consumidor individual, ou seja, debitar na sua cota social de sacrifícios os enormes riscos do desenvolvimento. Isso importaria um retrocesso na responsabilidade objetiva, que, por sua vez, tem por objetivo a socialização do risco – repartir o dano entre todos, já que os benefícios do desenvolvimento são para todos. A fim de se preparar para essa nova realidade, o setor produtivo tem condições de se valer de mecanismos de preços e seguros (o consumidor não), ainda que isso venha a se refletir no custo final do produto. Mas se a inovação é benéfica ao consumo em geral e nada impede que todos tenham que pagar o preço do progresso, os riscos de desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito

existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. [...] 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo” (ESPAÑA. Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. **Boletín Oficial del Estado**, n. 161, 7 jul. 1994. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-15797>. Acesso em: 1 dez. 2016).

³¹⁶ LOPEZ, 2010, p. 198-199.

³¹⁷ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 269.

interno – risco integrante da atividade do fornecedor, pelo que não excluiria a sua responsabilidade.

No ambiente eletrônico, entende-se que os deveres laterais, anexos ou instrumentais de proteção ao outro contratante, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva é que deverão impor ao fornecedor de produtos e serviços na Internet uma obrigação de constante atualização dos elementos técnicos destinados a assegurar a segurança do negócio, o que não pode ser de forma alguma negado. O risco do desenvolvimento vem a confirmar aquele conjunto de deveres, pois pressupõe que o profissional deva reunir todo um feixe de conhecimentos envolvendo os aspectos científicos e técnicos de sua atividade. Isso funciona como um fator de estímulo à pesquisa, e à criação e circulação de uma informação científica de qualidade³¹⁸.

Portanto, compreende-se que o risco do desenvolvimento poderá ser tido como excludente de responsabilidade objetiva, sobretudo no meio digital, considerando a gama de possibilidades da Internet. A todo instante surgem novas descobertas neste ambiente, proporcionadas por avanços nos campos da matemática, da física e da informática. À medida em que essa excludente for desconsiderada, poderá surtir efeitos negativos, como o desencorajamento e a desmotivação quanto ao progresso científico.

3.2.3.4 Conduta concorrente

Admitir a conduta concorrente da vítima não significa excluir sua responsabilidade, mas sim atenuá-la quando verificado que o fornecedor e também o consumidor, no caso, a vítima, contribuíram para a ocorrência do dano. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor não previu a conduta concorrente do consumidor de maneira expressa, em que pese entender-se que essa causa de atenuação da responsabilidade do fornecedor é uma questão de ordem lógica, sistemática, histórica e teleológica³¹⁹.

Considerar apenas a conduta exclusiva do consumidor como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor constitui afronta à ideia de concausalidade e ao princípio da boa-fé, pois desestimularia cada um velar pela sua própria segurança, favorecendo aquele que venha a causar um dano a si mesmo a

³¹⁸ MARTINS, 2007, p. 170.

³¹⁹ SANSEVERINO, 2002, p. 275.

exigir de outrem a sua indenização, num claro *verire contra factum proprium*. Seria melhor que o Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do direito italiano, português ou alemão, tivesse admitido a culpa concorrente do consumidor como fato hábil a reduzir a indenização devida pelo fornecedor³²⁰.

Sobre a vedação do comportamento contraditório, José Carlos Brandão Proença³²¹, ao se referir à concorrência de condutas, afirma que um dos obstáculos para a aplicação concreta da boa-fé objetiva é, justamente, a falta de sintonia entre a conduta concorrente do lesado (*o factum proprium*) e a sua pretensão de colocar todo o dano a cargo do lesante.

Mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima na produção do resultado, desde que o defeito do produto ou serviço não tenha sido a causa preponderante do acidente de consumo. Isso, pois, a culpa do consumidor perde toda a expressão se demonstrado que sem o defeito do produto ou do serviço, o dano não teria ocorrido. Por exemplo, o veículo que capota porque estava em excesso de velocidade. O *airbag* não abre e o motorista ficou gravemente ferido. Neste caso, o produto não ofereceu a segurança legitimamente esperada, porém a conduta do motorista foi indispensável para a ocorrência do dano³²².

Quando há várias pessoas responsáveis objetivamente, ainda que a responsabilidade seja prevista por leis distintas, Andreas von Tuhr³²³ compreende que é possível a concorrência, exemplificando seu entendimento com o acidente gerado por uma companhia pública ferroviária e por uma empresa particular de trens. Nesse caso, caberá ao juiz arbitrar a indenização, porém o mais justo seria distribuir por igual a carga entre os vários partícipes.

A concausalidade pode ser retirada das menções que a norma consumerista faz a respeito das excludentes de responsabilidade, no caso, da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, seja no produto ou no serviço. Do mais para o menos, ou do maior para o menor (*argumentatio a maiori ad minus* ou *argumentum a maiore ad minus*), deve-se entender que a culpa ou o fato concorrente da vítima e de terceiro servem como atenuantes da responsabilidade civil na ótica consumerista. Em outras

³²⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 106.

³²¹ PROENÇA, 1997, p. 408.

³²² CAVALIÉRI FILHO, 2015, p. 607.

³²³ VON TUHR, Andreas. **Tratado de las obligaciones**. Traducción de Wenceslao Roces. Madrid: Reus, 1934, p. 296-297.

palavras, se a culpa exclusiva da vítima e de terceiro afastam a responsabilidade, a culpa concorrente em ambos a atenua³²⁴.

Interpreta-se, portanto, que a concorrência de condutas é possível em matéria de consumo e de responsabilidade objetiva, sobretudo na Internet, na qual vislumbra-se a atuação de vários personagens em uma mesma relação. A ideia será relevante ao que se pretende defender ao final deste trabalho, ocasião em que será melhor explorada na seção 3.4, referindo-se aos efeitos gerados pelo negócio jurídico válido celebrado por crianças e adolescentes absolutamente incapazes, na Internet, a partir da imputação da vontade virtual aos pais.

3.2.4 Responsabilidade Civil dos Provedores

Há no meio virtual extrema complexidade quanto aos vários participantes envolvidos na cadeia de fornecimento, notadamente em matéria de contratação eletrônica com consumidores. Ilustram-se os seguintes casos:

[...] o co-contratante (por exemplo, uma livraria eletrônica), o organizador da cadeia (por exemplo, um portal ou um serviço de busca), o “representante” (por exemplo, aquele que aparece como franqueado, com a marca do franqueador, com o logotipo do representado), o provedor de acesso (por exemplo, quando o provedor participa, por qualquer meio, diretamente das atividades previstas no art. 3º, do CDC). Ainda temos o fornecedor direto do serviço ou o produtor ou fabricante do produto e seu representante (art. 34 do CDC) e o garantidor, tema importante do papel dos cartões de crédito no comércio com consumidores, excluída apenas a responsabilidade contratual eventual do provedor e do mantenedor do *site*, que só intermedia a contratação³²⁵.

A responsabilidade por danos ocasionados na Internet abrange os fornecedores diretos, mas também aqueles que atuam indiretamente, como por exemplo, na qualidade de intermediários, os provedores, os certificadores, e quaisquer agentes que, mesmo indiretamente, percebam vantagem econômica com o manuseio dos dispositivos eletrônicos pelos consumidores (como por exemplo, sites que intermediam compra e venda – MercadoLivre, *Amazon*, *eBay* etc.), ou mesmo redes sociais.

³²⁴ TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**: a teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011, p. 235.

³²⁵ MARQUES, 2005, p. 742.

Com relação aos provedores, a responsabilidade civil por seus próprios atos deve ser interpretada pelo sistema de responsabilidade previsto no Código de Defesa do Consumidor ou no Código Civil, conforme afetem diretamente os consumidores que os utilizam, ou terceiros. Já a responsabilidade civil por atos de usuários e terceiros, deve ser interpretada a par de um sistema que atribua responsabilidade solidária aos provedores em caso de dolo ou negligência, quando deixam de cumprir seus deveres (e tornam assim impossível a identificação do efetivo responsável pelo ato ilícito), quando colaboram para sua prática, ou quando deixam de bloquear o acesso à informação ilegal, após terem sido cientificados de sua existência³²⁶.

As áreas do sistema informático de um provedor postas à disposição dos usuários podem ser vistas como regiões privadas em relação aos controladores do sistema, no sentido de que não podem intervir de modo desarrazoado no conteúdo produzido pelo usuário. Todavia, a liberdade editorial que o provedor desfruta não o previne contra indenizações ou ações criminais em virtude da publicação de informações obscenas, difamatórias ou pornográficas, visto que esses “espaços privados” representam, na realidade, uma grande rede pública de comunicação. Para não ser responsabilizado solidariamente ou como co-autor pela circulação desses conteúdos ilícitos, o operador do sistema deve tomar alguma iniciativa que exclua sua responsabilidade e que demonstre efetivamente que não agiu com negligência, assumindo ou transferindo passivamente o conteúdo das publicações realizadas pelo usuário nos “espaços privados”. A comum atividade intermediária dos controladores de sistema, embora nem sempre exerça um controle real sobre o conjunto de informações que neles circulam, pode ser interpretada como um conhecimento presumido do caráter ilícito da informação que se encontra em seu sistema³²⁷.

A Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) adotou a responsabilidade civil fundada na culpa, na modalidade negligência, quanto aos provedores de aplicações, conforme os arts. 19³²⁸ e 21³²⁹. De acordo com a legislação, os provedores de

³²⁶ LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 79-80.

³²⁷ REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 214-215.

³²⁸ “Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, 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,

aplicações de Internet somente poderão ser responsabilizados por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial, não tomarem as providências para indisponibilizar o conteúdo indevido, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, dentro do prazo legal (art. 19). E, se os provedores de aplicações de Internet disponibilizarem conteúdo indevido gerado por terceiros, serão responsabilizados subsidiariamente pela violação da intimidade daí decorrente, caso não indisponibilizarem o conteúdo indevido, após o recebimento de notificação do lesado ou de seu representante legal, também no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço (art. 21).

Referidos dispositivos são alvo de críticas, destacando-se a de Anderson Schreiber³³⁰, a respeito da necessidade de ordem judicial para efeitos de responsabilização do provedor. Em matéria de provedores de Internet, adentrou-se à realidade brasileira a chamada teoria do “*notice and takedown*” (“notificação e retirada”), do campo do direito autoral. De acordo com a teoria, cria-se uma espécie de exceção à responsabilidade por violação de direitos autorais na Internet, assegurando imunidade aos provedores que atendessem prontamente à notificação do ofendido para a retirada do material impróprio. Mas essa importação para o campo da responsabilidade civil por dano decorrente de conteúdo gerado por terceiro representa, sob certo ângulo, uma fissão no sistema brasileiro de responsabilidade civil. Isso, pois o responsável somente seria considerado como tal se, após comunicado, deixasse de agir para impedir a perpetuação do dano. Seria uma responsabilidade civil “*ex post*”, posterior ao início da produção do dano, voltada a impedir que o dano se propagasse. Na prática, o dano sofrido pela vítima durante o período anterior à notificação permaneceria sem ressarcimento. No

no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. [...]” (BRASIL, 2014).

³²⁹ “Art. 21. O provedor de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido” (BRASIL, 2014).

³³⁰ SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet** (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II, p. 286-291.

entanto, a menção à “ordem judicial” no art. 19 afasta toda a inspiração do *notice and takedown*, de forma que o descumprimento da ordem judicial de retirada do conteúdo passa a ser condição necessária para a responsabilização dos provedores. A vítima, que antes propunha ação judicial como seu último recurso para obter a responsabilização do réu, com esse sistema, ela necessita propor a ação judicial e pleitear a emissão de uma ordem judicial específica, para que, só então e apenas em caso de descumprimento da referida ordem, é que o provedor será considerado responsável.

Para fins de aplicabilidade dos dispositivos descritos, entende-se que o provedor de aplicações é um gênero que abarca o provedor de correio eletrônico, de hospedagem, de conteúdo. O provedor de correio eletrônico é aquele que fornece serviço de envio, recebimento e armazenamento de mensagens eletrônicas. Já o provedor de hospedagem é aquele que permite o armazenamento de sites, blogs, redes sociais etc., com textos, imagens, sons e informações em geral. E o provedor de conteúdo, por sua vez, coloca à disposição do usuário a possibilidade de adquirir diversos serviços (acesso e armazenamento de informações, como redes sociais, blogs etc.) e produtos (eletrodomésticos, programas de computador etc.) ao conectar-se à Internet³³¹. Ao provedor de conteúdo é possível a edição das informações disponibilizadas por ele ou por terceiros, o que não ocorre no provedor de hospedagem, a quem não é possível controlar informações³³².

Por aplicações de Internet, compreende-se ser o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à Internet. Essas funcionalidades correspondem, por exemplo, a sites institucionais, governamentais, empresariais de *e-commerce*, blogs, redes sociais etc. Vale frisar que registros de acesso a aplicações de Internet trata-se do conteúdo de informações referentes a data e hora de uso de uma determinada aplicação de Internet a partir de um determinado endereço IP³³³.

Realizadas as diversificações dos provedores e dos possíveis danos causados por terceiros em redes sociais, expõe-se um ponto conflituoso com relação à responsabilidade civil dos provedores, especificamente em uma relação de

³³¹ TEIXEIRA, 2015b, p. 30-32, 34.

³³² LEONARDI, 2015, p. 26.

³³³ TEIXEIRA, Tarcisio. **Marco civil da Internet comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 93.

consumo: se subjetiva, de acordo com o Marco Civil da Internet e com o Código Civil, ou se objetiva, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

À primeira vista, não há contradição legislativa. Durante algum tempo, não houve a necessidade de preocupação com este tema, pois incontroversa, diante da ausência de lei especializada sobre o uso da Internet no território brasileiro em sentido diverso. Na ocorrência de algum dano nas relações de consumo eletrônicas, ou seja, havendo ato ilícito que gerasse dano, observado o nexo de causalidade entre os dois elementos, incidiria a responsabilidade civil na modalidade objetiva, de acordo com a regra geral de responsabilidade civil objetiva preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor³³⁴.

No entanto, com a promulgação do Marco Civil da Internet, em 2014, surgiu a necessidade de se averiguar qual a modalidade de responsabilidade civil deveria ser aplicada aos provedores em razão da ocorrência de danos causados aos consumidores. De acordo com o art. 1º, inc. VI, a referida lei dispõe a “responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei”, não revelando, expressamente, qual a espécie de responsabilidade. Entretanto, conforme exposto, entende-se pela responsabilidade subjetiva, também pelos seguintes motivos.

A regra geral de responsabilidade civil é a subjetiva, disposta no art. 186 do Código Civil, em sua parte geral. Também, nesta mesma análise, de acordo com o parágrafo único, primeira parte, do art. 927 do Código Civil, a responsabilidade civil objetiva é exceção que só será aplicada nos casos previstos em lei. Logo, sendo o Marco Civil da Internet lei específica, trazendo dispositivo legal exclusivo acerca da responsabilidade civil dos agentes da Internet, entende-se que, diante da

³³⁴ Cf. REPARAÇÃO DE DANOS - RESPONSABILIDADE CIVIL - INTERNET - ORKUT - APLICABILIDADE DO CDC - CRIAÇÃO DE COMUNIDADE PARA DIFAMAÇÃO - MANUTENÇÃO DA COMUNIDADE - ATO ILÍCITO - SERVIÇO FALHO - DANO MORAL - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. A relação que se estabelece entre a empresa que fornece um site de hospedagem gratuito e o usuário que usufrui desse serviço é de consumo, sendo perfeitamente aplicável o CDC, pois, apesar de não ser remunerado, a empresa recebe pagamento de terceiros, que fazem propaganda visando o usuário, portanto, estabelecendo uma relação de consumo indireta. Sendo aplicável o CDC, a empresa responde pelos danos causados, mesmo que não aja com culpa ou dolo, conforme estabelece o art. 14 do referido código. Comprovado o nexo causal entre o dano causado e a má prestação do serviço, gera para a empresa o dever de indenizar pelo dano moral sofrido pela parte (MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 110090/2010. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alves da Rocha. **Diário da Justiça Eletrônico**, Cuiabá, 11 ago. 2011. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/330281711/apelacao-apl-1100904920108110000-110090-2010>>. Acesso em: 1 dez. 2016).

inexpressão da modalidade objetiva, a modalidade de responsabilidade civil almejada pelo legislador é a subjetiva³³⁵, devendo, desta forma, ser verificada a culpa destes agentes para que haja o dever de ressarcir³³⁶, ainda que a legislação não exclua a incidência das normas consumeristas ao comércio eletrônico (art. 7º, XIII, MCI³³⁷).

Percebe-se o impasse na aplicação das duas normas (CDC e MCI) a partir das seguintes considerações: o Marco Civil da Internet, conforme exposto, dispõe a responsabilidade subjetiva dos provedores por atos ilícitos praticados por terceiros em seu âmbito (arts. 19 e 21); o Código Civil, também, dispõe a responsabilidade subjetiva como regra (art. 186); o Código de Defesa do Consumidor dispõe a responsabilidade objetiva dos fornecedores (arts. 12 e 14), elencando a possibilidade de eliminação dessa responsabilidade quando por culpa exclusiva de terceiro (art. 12, § 3º, inc. III, segunda parte e art. 14, § 3º, inc. II, segunda parte).

Conforme salientado, a responsabilidade objetiva foi concebida como exceção, e não como regra. Ampliar demasiadamente seu campo de aplicação

³³⁵ Cf. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET. REDE SOCIAL "ORKUT". RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CONTROLE EDITORIAL. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO E NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). INDICAÇÃO DA URL. MONITORAMENTO DA REDE. CENSURA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE. RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO. 1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais, decorrentes de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor. 2. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de Internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. Precedentes do STJ. 3. Cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na Internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal). 4. A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - Universal Resource Locator. 5. Não se pode impor ao provedor de Internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo. 6. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. 7. Recurso especial provido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [3ª Turma]. Recurso Especial 1.568.935-RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 abr. 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339756511/recurso-especial-resp-1568935-rj-2015-0101137-0>>. Acesso em: 1 dez. 2016).

³³⁶ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 150.

³³⁷ "Art. 7º. O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na Internet" (BRASIL, 2014).

criará enorme insegurança jurídica. Se qualquer atividade humana for considerada como passível de criar risco para os direitos de outrem, restará esvaziado o sistema de responsabilidade subjetiva. Conseqüentemente, haverá motivo para a adoção de cautelas objetivando a prevenção de danos, já que o dever de indenizar existirá independentemente das medidas de segurança tomadas pelo agente³³⁸.

Essa é a ideia adotada pelo Marco Civil da Internet quanto ao provedor de aplicações, gênero de provedor de hospedagem e conteúdo. A responsabilidade civil em ambos os provedores por atos ilícitos praticados por seus usuários ou terceiros é subjetiva, advinda de eventual conduta omissiva, de negligência ou imprudência, tendo aplicação o art. 186 do Código Civil. Isto ocorrerá quando o provedor de hospedagem ou de conteúdo deixar de bloquear o acesso à informação ilegal disponibilizada por um usuário, ou quando não o fizer em tempo hábil, desde que tenha sido previamente informado a esse respeito e desde que não haja dúvidas sobre a ilicitude da conduta perpetrada pelo usuário³³⁹.

A situação será diferente quanto ao provedor de conteúdo (em razão de sua capacidade de modificação das informações), se ele auferir alguma vantagem ou lucro em razão de funcionar como intermediário de uma transação comercial ou, ainda, em razão de prática criminosa diretamente relacionada com a conduta de seus usuários. No primeiro caso ele responderá sob o regime consumerista, por fazer parte da cadeia de fornecedores, como é o caso de empresas que abrem espaço para terceiros anunciarem seus produtos e serviços, recebendo parte do lucro obtido na venda; no segundo, ele responderá de acordo com o art. 932, inc. V e art. 933 do Código Civil, ou seja, ainda que não haja culpa de sua parte, aplicando-se a responsabilidade objetiva³⁴⁰.

E, nesse ponto, adota-se a Teoria do Diálogo das Fontes³⁴¹, elaborada por Erik Jayme na Alemanha para possibilitar a interação entre as Diretivas da União

³³⁸ LEONARDI, 2005, p. 44.

³³⁹ Ibid., p. 105, 110.

³⁴⁰ Ibid., p. 110.

³⁴¹ “Em verdade, sempre que ocorre uma renovação no sistema do direito, reacende-se uma série de dúvidas na mente do aplicador da lei. Qual das leis, por exemplo, deve ele aplicar a determinada relação jurídica, a determinado contrato? Qual o verdadeiro campo de aplicação destas leis, que relações jurídicas pretendem regular? Há coincidência entre o campo de aplicação da lei nova e o da lei anterior? E se há, serão estas normas incompatíveis? Estaria a lei mais antiga revogada pela mais nova? Não havendo revogação de nenhuma das normas, como interpretá-las de forma integradora ou, se isto não é possível, como preterir uma em relação à outra? Estando aquela revogada ou superada pela mais nova, deverá o intérprete da lei aplicá-la mesmo a relações jurídicas já iniciadas antes da entrada em vigor da lei nova ou somente às novas relações

Europeia e as leis internas. No Brasil, Cláudia Lima Marques é a precursora da teoria, afirmando que as leis não se excluem, mas se comunicam. Com o diálogo é possível a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja possibilitando a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matérias de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por uma das leis em conflito abstrato. O diálogo consiste em uma solução flexível e aberta, de interpretação, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação³⁴². Assim, a par da Teoria do Diálogo das Fontes, em matéria de provedores de Internet, compreende-se que:

1) O provedor de hospedagem e o provedor de conteúdo que, entre os serviços aderidos pelo consumidor (a exemplo, a adesão “gratuita” a redes sociais, blogs etc.), está a segurança de suas informações, serão responsabilizados somente caso não retirem o conteúdo danoso após notificado extrajudicialmente ou, na ausência desta, após ordem judicial (responsabilidade subjetiva), de acordo com o MCI.

2) Se o conteúdo for produto de crime (a exemplo, imagens de pedofilia), compreende-se que o provedor de conteúdo, apenas, responderá independentemente de notificação ou ordem judicial prévia (responsabilidade objetiva), de acordo com o CC.

3) Se houver lucro ou vantagem econômica obtida diretamente do consumidor, ou seja, se houver contratação direta de serviço pelo consumidor (a exemplo, a contratação de um site de casamento), compreende-se que o provedor

assinadas após a mudança no ordenamento jurídico? O que significa diálogo das fontes? Qual o papel da Constituição Federal na hierarquia de aplicação das normas em diálogo? Estas dúvidas são quase quotidianas para o aplicador de lei, em face do grande número de leis especiais e gerais, novas e antigas, existentes no Brasil. As dúvidas mais comuns referem-se à determinação da vigência (ab-rogação, derrogação ou continuidade das normas) das leis no sistema do direito atual e outras referem-se a um aspecto de sua eficácia no sistema (campo de aplicação, efeito imediato e retroatividade da lei) e à ordem e forma de aplicação das regras em conjunto (diálogo). [...] o aplicador da lei deve examinar o conflito com olhos plurais, adaptando sua própria formação e seus preconceitos às necessidades desta sociedade de consumo e de informação, de rapidez fantástica e de produção legislativa cada vez mais impressionante e plural (de tratados, leis gerais, leis especiais, leis praticamente materiais, leis complementares, leis com números e sem números, de medidas provisórias mensais, de decretos, portarias, circulares etc.). O aplicador deve também visar o diálogo das fontes, de forma a dar efeito útil a um grande número de normas, privilegiando as normas narrativas, os valores constitucionais e, sobretudo, os direitos humanos, pois, como lembra Erik Jayme, o *Leitmotive*, o fio condutor, do direito na pós-modernidade, no direito do século XXI, serão os direitos humanos” (MARQUES, 2005, p. 585-587).

³⁴² Ibid., p. 667-668.

de conteúdo (não o de hospedagem), apenas, responderá independentemente de notificação ou ordem judicial prévia (responsabilidade objetiva), de acordo com o CDC.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INCAPAZES E DOS PAIS (E EQUIPARADOS)

A responsabilidade civil do incapaz é disciplinada pelo art. 928 do Código Civil, segundo o qual o incapaz responderá pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo, ou se não dispuserem de meios suficientes. No parágrafo único do mesmo dispositivo, está previsto que a indenização, neste caso, deverá ser equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. A responsabilidade dos pais pelos filhos menores, por sua vez, encontra-se prevista no art. 932, I, e art. 933 do mesmo diploma, cuja redação prevê que os pais serão responsáveis pela reparação civil, mesmo sem culpa de sua parte, pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

De acordo com Rui Stoco³⁴³, o art. 928 prevê a responsabilidade subsidiária ou secundária dos incapazes que, neste caso, em razão da lei ter adotado o gênero, poderão ser absoluta ou relativamente, no que refere aos menores. Assim, estes só responderão pelos danos que causarem se os seus responsáveis (pais, tutor e curador) não tiverem obrigação de fazê-lo, seja porque o incapaz foi emancipado, contraiu matrimônio, não esteja sob o poder familiar, ou qualquer outro motivo escorado na lei. Ou ainda, se os seus responsáveis não disponham de meios suficientes para cumprir a obrigação. Mas, a regra escolhida pelo legislador está inscrita no art. 932, que estabelece, preferencialmente, a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos menores sob sua guarda ou, como diz o preceito, sob sua autoridade e em sua companhia.

O parágrafo único do art. 928, ao estabelecer que a indenização não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam, dá margem para que o devedor secundário (ou seja, o incapaz) dificilmente seja responsabilizado, pois, só responderá se estiver em condições financeiras para tanto. O dispositivo legal apresenta outra questão importante, que é a “indenização

³⁴³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1070.

equitativa”. Equitativo é aquilo que é igual, reto e justo, de modo que, segundo o texto, o julgador poderia fixar um valor que entender equânime, ainda que não indenize por completo. Tal previsão traduz-se como exceção ao princípio da reparação integral consagrado no art. 944 do Código Civil – “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Essa mitigação só se justifica quando a aplicação da lei resulte em excessivo rigor que derive ou tangencie para o injusto, razão pela qual seria melhor se o legislador afastasse a responsabilidade dos inimputáveis, porque são desprovidos de querer ou de determinar-se³⁴⁴.

A questão foi debatida na I Jornada de Direito Civil, ocorrida em 13/09/2002, na qual resultou o Enunciado n. 39, cuja redação prevê que a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, está respaldada pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Os pais, tutores e curadores também serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

Se o inimputável agiu em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa caso fosse imputável, não poderá ser obrigado a indenizar, pois seria um contrasenso tratar o inimputável, nesse aspecto, com maior severidade do que as pessoas imputáveis. E, se o inimputável possuir bens em valor superior ao necessário para lhe assegurar os alimentos adequados ao seu estado e condição e os alimentos que legalmente deva a outrem, deverá repará-lo integralmente. Essa é a reparação imposta objetivamente por uma razão de equidade, de acordo com parágrafo único do art. 928³⁴⁵.

Quanto à responsabilidade dos pais prevista no art. 932, deverá ser analisado que o inadimplemento real ou presumido decorre da falta dos deveres do pai em relação ao filho menor. Esses deveres podem ser classificados em duas categorias: 1) Assistência: não é só a material (prestação de alimentos e satisfação de necessidades econômicas), mas também moral, compreendendo a instrução e a educação em amplo sentido. 2) Vigilância: é o complemento da obra educativa, e far-se-á mais ou menos necessária, conforme a atuação dos pais e o desempenho dos filhos. Esses são os motivos por que se presume a responsabilidade dos pais.

³⁴⁴ STOCO, 2014, p. 1070-1071.

³⁴⁵ CAVALIERI FILHO, 2015, p. 45-46.

Um filho criado por quem observe estritamente esses deveres não pode ser autor de injusto prejuízo para outrem. Nessa esfera se incluem os pais naturais e adotivos, os parentes com quem viva em caráter permanente o menor; não se inclui o professor particular que ministra lições ao menor na própria casa dos pais. A responsabilidade do pai poderá ser intermitente, cessando e restaurando-se, conforme a delegação de vigilância, efetiva e a título de substituição, como acontece no caso de menores que frequentam estabelecimento de ensino ou de aprendizagem em geral ou mesmo de trabalho. Mas é incontestável a responsabilidade de todos a quem incumba, de forma concreta, a vigilância do menor: pai, mãe, no exercício do poder familiar; o padrasto, quando seja tutor ou tenha influído para o dano; a viúva que, casando-se novamente, retém consigo os filhos, quando o padrasto não for tutor; a pessoa a quem é judicialmente entregue o menor, a qualquer título; enfim, todo aquele que, de forma permanente e a título de encarregado do menor, faça as vezes de pai, na dupla função de agente do poder familiar e de obrigado à vigilância³⁴⁶.

Situa-se aí a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato das coisas, ou ainda, a responsabilidade indireta ou responsabilidade complexa. Nessa responsabilidade, o dano é causado por alguém que é dirigido por outrem. Ou seja, supõe a existência de um intermediário. Em qualquer dos casos previstos na lei, milita uma ideia que é comum a todos: o intermediário é responsável quando dispõe de uma autoridade de direito ou de fato sobre outros³⁴⁷.

Esclarece-se, porém, que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores, e a dos tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados não está fundada na teoria do risco. Aqueles que afirmam que o fato dos pais colocarem filhos no mundo correm o risco de que, da atividade deles, surja dano para terceiro, levam a teoria do risco a tal extremo, de tal forma que tudo passará a tê-la por fundamento, até o próprio nascimento. É equivocada a interpretação de que há risco de ter um filho, risco de ser pai e assim por diante. Na tutela e na curatela, a impropriedade é ainda maior ao se falar em risco, porque representam um ônus para quem as exerce. O fundamento dessa responsabilidade é realmente outro, qual seja, o dever objetivo de guarda e vigilância legalmente imposto aos pais, tutores e curadores. Depreende-se isso do próprio texto legal, da expressão “estiverem sob

³⁴⁶ DIAS, 2012, p. 635-636.

³⁴⁷ PEREIRA, 2000, p. 85-86.

sua autoridade e em sua companhia”. Esse dever de guarda e vigilância é exigível daquele que tem autoridade sobre outrem e enquanto o tiver em sua companhia³⁴⁸.

Os irmãos Mazeaud e André Tunc, ao interpretarem a presunção da culpa na responsabilidade dos pais pelos filhos menores, argumentam que essa presunção se refere apenas ao dever de vigilância, e não ao dever de educação:

*Nos parece preferible admitir que se presume tan sólo la falta de vigilancia. Varias razones nos conducen a ello. En primer lugar, esa presunción es la única que está justificada verdaderamente por los hechos. Cuando un niño incurre en una culpa, cabe presumir normalmente que una vigilancia más cuidadosa habría impedido que se cometiera esa culpa; cabe presumir normalmente que el hijo ha sido mal criado [...]. Si se presume una culpa por su parte en la educación del hijo, hay que permitirles demostrar, por lo tanto, que le han dado una buena educación al hijo. Ahora bien, esa prueba nos parece prácticamente imposible. Los padres justificarían tal vez que habían colocado al hijo en un liceo o en una institución acreditada. Pero eso no tiene mucha relación con una buena educación.*³⁴⁹

Logo, vigorando a presunção de culpa dos pais em relação aos filhos em seu poder e guarda, é insuficiente a ilidir a responsabilidade a simples demonstração de que procedem com zelo e vigilância, pois este é dever dos pais. Somente se exoneram, demonstrando de forma concreta, estar afastada a presunção de culpa. Em outras palavras, a vítima não necessitará provar que o fato ocorreu por culpa dos pais quanto à falta de vigilância³⁵⁰.

A vigilância dos pais, ainda que contínua, geral e permanente, está sujeita às possibilidades humanas. A presunção contra eles não pode desconhecer o fato de que exatamente por ser tão amplamente exigida, se torna mais e mais difícil. Não deve, pois, subordinar-se a critério absoluto e abstrato, que signifique, por exemplo, a vigilância de todos os instantes. A ausência temporária poderá constituir

³⁴⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 200-201.

³⁴⁹ MAZEAUD, Henri; TUNC, André; MAZEAUD, Léon. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 511. Tradução livre: Nos parece melhor admitir que se presume apenas a falta de vigilância. Várias razões nos levam isso. Em primeiro lugar, essa presunção é a única que está verdadeiramente justificada pelos atos. Quando uma criança incorre em culpa, cabe geralmente presumir que uma vigilância mais cuidadosa teria impedido que essa culpa fosse cometida; cabe normalmente presumir que a criança tenha sido mal-educada [...]. Se se presume uma culpa por sua parte na educação da criança, há que se permitir aos pais demonstrar, portanto, que têm dado à criança uma boa educação. No entanto, essa prova nos parece praticamente impossível. Os pais justificariam que haviam colocado a criança em uma escola ou uma instituição respeitada. Mas isso não tem muita relação com uma boa educação.

³⁵⁰ PEREIRA, 2000, p. 90-91.

circunstância concreta que justifique o fato do pai não haver impedido o ato do filho. Da mesma forma, será motivo de isenção quando o pai tenha provido à sua substituição, encarregado da vigilância pessoa idônea e igualmente capaz de exercê-la³⁵¹.

Rui Stoco³⁵² observa, ainda, a debatida solidariedade entre responsável principal (pais) e responsável secundário (incapaz), pois o parágrafo único do art. 942 preceitua que “São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”. Essa solidariedade está em contradição com o princípio de exclusão estabelecido no art. 928, uma vez que de seu enunciado resulta claro que o incapaz e o seu responsável não podem, a um só tempo, ser obrigados a reparar, razão pela qual este último responde como obrigado principal. Somente na hipótese de os pais não terem a obrigação de fazê-lo, ou não dispor de meios suficientes para honrar o débito é que, excluído este responsável imediato, responderá, subsidiariamente, o incapaz e, ainda, de forma mitigada, ou seja, reparando a menos que o devido para não privá-lo de recursos necessários.

Se fosse possível estabelecer essa solidariedade, ou se assim vierem a doutrina e a jurisprudência a entender, deverão obedecer às condições e restrições impostas para a responsabilização dos incapazes, como a regra do art. 934 do CC. O dispositivo prevê que “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”. Na medida em que o legislador admitiu a solidariedade, procurou impedir que o pai se volte contra o filho para recuperar o que pagou. Mas caso seja aceita a interpretação de que a solidariedade da lei consiste em um equívoco do legislador, então a impossibilidade de direito de regresso encontrará justificativa plausível e sustentada, e essa impossibilidade não se limitará aos pais, mas deverá ser estendida também aos tutores e curadores, que não poderão valer-se do instituto da solidariedade, nem do direito de regresso, para recuperar o que pagaram em face do incapaz, por força, inclusive, da regra de exclusão do art. 928³⁵³.

³⁵¹ DIAS, 2012, p. 637-639.

³⁵² STOCO, 2014, p. 1072.

³⁵³ Ibid., p. 1073-1074.

José Fernando Simão³⁵⁴ propõe a solução do conflito em questão por meio dos critérios de solução de antinomias: hierarquia, cronologia e especialidade³⁵⁵. Todavia, no caso da responsabilidade civil do incapaz, é impossível a aplicação do critério hierárquico ou do cronológico, pois a antinomia ocorre na mesma lei, ou seja, no Código Civil. Sobra como derradeiro critério para a solução do problema o da especialidade. Nesse ponto, o autor interpreta que o art. 928 do CC, por um lado, cria a subsidiariedade apenas no tocante à indenização a ser paga pelo representante de pessoa incapaz, ou seja, é norma especial. O art. 942, parágrafo único, por outro lado, prevê a solidariedade para toda e qualquer indenização proveniente de ato ilícito praticado por terceiro. Ou seja, trata não só dos incapazes, mas também do empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos; dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores ou educandos. E, por fim, dos que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Assim, tratando-se de incapaz, aplica-se o art. 928 e não o parágrafo único do art. 942. Portanto, se os responsáveis pelo incapaz (pai, tutor ou curador) tiverem a obrigação de indenizar e dispuserem de meios suficientes para tanto, responderão exclusivamente, e o incapaz nada pagará. Porém, se não forem atendidas as condições referidas, ou seja, arcará apenas o incapaz com a indenização, nos limites do parágrafo único do art. 928, sem ocorrência da solidariedade. Por fim, o art. 942, parágrafo único, deve ser lido da seguinte forma: são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932, salvo se o causador do dano for pessoa absoluta ou relativamente incapaz, hipótese em que a responsabilidade dos incapazes é subsidiária³⁵⁶.

Em uma visão de direito comparado, verifica-se que as posições estrangeiras em alguns pontos se relacionam, e em outros divergem-se. Em Portugal (Código Civil, art. 494³⁵⁷), a norma faz menção à “indenização equitativa”,

³⁵⁴ SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-220.

³⁵⁵ *Lex posterior derogat priori, lex superior derogat inferior e lex specialis derogat generali*. O primeiro é o critério da cronologia, pelo qual lei posterior derroga lei anterior; o segundo é o critério da hierarquia, em que lei hierarquicamente superior derroga lei inferior; e o terceiro é o critério da especialidade, segundo o qual lei especial derroga lei geral (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 1999, p. 91-114).

³⁵⁶ SIMÃO, op. cit., p. 220-221.

³⁵⁷ “Artigo 489 (Indemnização por pessoa não imputável): 1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-

de forma a não privar o inimputável – considerado devedor secundário – dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição. Na Alemanha (BGB, § 829³⁵⁸) a norma refere-se à “equidade” no momento de fixar a indenização a ser paga por um “terceiro com dever de supervisão”, levando-se em conta as circunstâncias das partes, como também a não privação do terceiro de recursos para a sua manutenção e daqueles que dele dependam.

Na França (Código Civil, art. 1.242³⁵⁹), o pai e a mãe são responsáveis solidariamente pelos danos causados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não tiveram condições de impedir a conduta danosa. Ou seja, a responsabilidade é subjetiva. Na Itália, a lei se aproxima dessa situação (Código Civil, art. 2.047³⁶⁰ e art. 2.048³⁶¹). Os pais e tutores são responsáveis pelos atos

los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância. 2. A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos” (PORTUGAL, 1966).

³⁵⁸ “§ 829 *Ersatzpflicht aus Billigkeitsgründen*

Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle für einen von ihm verursachten Schaden auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist, hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann, den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum angemessenen Unterhalt sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltungspflichten bedarf (DEUTSCHLAND, 1990).

Tradução livre: “§ 829 Responsabilidade por danos por razões de equidade

Uma pessoa que, pelas razões citadas nas seções 827 e 828, não é responsável pelos danos causados nos casos especificados nas seções 823 a 826, deve, no entanto, compensar o dano, a menos que uma compensação por danos possa ser obtida de um terceiro com um dever de supervisão, na medida em que nas circunstâncias, em especial as circunstâncias das partes envolvidas, a equidade exija que a indenização não o prive dos recursos necessários para a sua razoável manutenção, e para cumprir os seus deveres obrigatórios de alimentos”.

³⁵⁹ “Article 1242 [...] *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. [...] La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité*” (FRANCE, 2017).

Tradução livre: “Artigo 1242 [...] O pai e a mãe, enquanto exercerem a autoridade parental, são solidariamente responsáveis pelos danos causados por seus filhos menores que vivem com eles. [...] A responsabilidade acima mencionada não terá lugar, a menos que os pais e artesãos provarem que não poderia impedir o fato de que deu origem a esta responsabilidade”.

³⁶⁰ “Art. 2047 *Danno cagionato dall'incapace*

In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere (Cod. Pen. 85 e seguenti), il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità” (ITALIA, 1942).

Tradução livre: “Art. 2047 Danos causados por incapazes

Em caso de danos causados pela pessoa incapaz de compreender ou de querer (Cod. Pen. 85 e seguintes), o ressarcimento é devido por aqueles que são obrigados à vigilância dos incapazes, salvo se provarem que não puderam impedir o fato.

ilícitos dos filhos menores e não emancipados, e também daqueles sujeitos à tutela, que habitem com eles e estejam sob sua fiscalização. A responsabilidade também será liberada se provarem que não poderiam impedir o fato, ou seja, não há objetivação. E, na ausência de condições econômicas, poderá o juiz fixar uma “indenização equitativa”.

De acordo com Giovanna Visintini³⁶², o art. 2.048 do Código Civil italiano prevê um regime muito rigoroso de responsabilidade pelo ato ilícito cometido pelos filhos menores, a cargo dos pais. Para atenuar essa questão, os juízes, na Itália, a fim de considerar os pais isentos de responsabilidade, não estão mais exigindo a prova legalmente prevista de não poder impedir o ato (prova de fato negativo), mas a prova de ter dado ao filho boa educação e exercido sobre ele uma vigilância adequada (prova de fato positivo).

No direito italiano analisa-se a responsabilidade dos pais sob os seguintes pressupostos: 1) Convivência do menor com os pais; 2) Capacidade de entender e querer do menor; 3) Existência de um ato ilícito cometido pelo menor; e 4) Imputação da culpa consistente em uma omissão de vigilância e de educação. 1) Referente ao requisito da convivência, são significativas as sentenças que têm interpretado a expressão “que habitam com eles”, contida no § 1º do art. 2.048, no sentido de que há responsabilidade dos pais somente se os filhos moram em casa. O requisito da convivência se cumpre inclusive na ocasião de uma ausência temporal da casa em que se mora. Ou seja, a responsabilidade desaparece, segundo a jurisprudência, somente quando o menor tenha deixado a casa familiar

No caso em que a pessoa lesada não tenha conseguido obter o ressarcimento da pessoa responsável pela vigilância, o juiz, tendo em conta as condições econômicas das partes, pode condenar o autor do dano a uma indenização equitativa”.

³⁶¹ “Art. 2048 *Responsabilità dei genitori; dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte*
Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati (314 e seguenti, 301, 390 e seguenti) o delle persone soggette alla tutela (343 e seguenti, 414 e seguenti), che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliate.
 [...]”

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto” (ITALIA, 1942).

Tradução livre: “Art. 2048 Responsabilidade dos genitores; dos tutores, dos pedagogos e dos profissionais da arte

O pai e a mãe, ou tutor, são responsáveis pelo dano causado decorrente de ato ilícito dos filhos menores não emancipados (314 e seguintes, 301, 390 e seguintes), ou das pessoas sujeitas à tutela (343 e seguintes, 414 e seguintes), que habitem com eles. A mesma disposição aplica-se aos afilhados.

[...]”

As pessoas referidas nos números anteriores são liberadas de responsabilidade apenas se provarem que não puderam impedir o fato”.

³⁶² VISINTINI, 1999, p. 303.

de maneira estável. 2) Quanto à capacidade de entender e querer do menor, trata-se do pressuposto que delimita o âmbito de aplicação do art. 2.048 quanto ao do art. 2.047. 3) O juiz deve ter em conta não só a idade do menor e as modalidades do ato, mas também o desenvolvimento intelectual e a aptidão do menor para perceber a ilicitude de sua ação. Ainda não se chegou a um pronunciamento explícito de irresponsabilidade dos pais quando o filho está perto de atingir a maioridade, e, como tal, aparece dotado de um grau de maturidade suficiente para excluir um defeito de educação por parte dos progenitores. 4) Referente ao critério de imputação da responsabilidade, a responsabilidade dos progenitores se baseia na culpa *in educando et in vigilando*. Este critério tradicional de imputação foi mantido invariável até a atualidade e se extrai do comando legislativo³⁶³.

A corrente jurisprudencial italiana está experimentando certa atenuação quanto ao rigoroso regime da prova liberatória. Isso supõe que os juízes estão prestando maior atenção às características e modalidades do ato ilícito e à efetiva possibilidade dos pais terem impedido. Se trata de uma posição jurisprudencial que tende a limitar a responsabilidade dos progenitores nos casos em que o ato ilícito tenha sido cometido por um filho menor próximo a alcançar a maioridade. No âmbito de uma esfera própria de autonomia, se subtrai o controle exaustivo dos pais. Contudo, esta mudança de orientação ainda é minoritária, pelo que, quanto à evolução das regras jurisprudenciais, se poderia dizer que o regime da responsabilidade dos progenitores resulta inspirado em um notável rigor, embora às vezes atenuado, na medida em que diminui o conteúdo da obrigação de vigilância quando o menor se aproxima da maioridade, ou ao ter em conta o tipo de comportamento observado pelo menor e nas circunstâncias do caso concreto, entre as quais assume importância, seguramente, as condições econômicas das partes na causa³⁶⁴.

Em que pese a diferença de sistemas jurídicos, compreende-se que a responsabilidade do incapaz e a responsabilidade dos pais e equiparados pelos atos dos filhos menores deverá ser revista e melhor instrumentalizada no que se refere aos atos antijurídicos lançados no do meio virtual. Seja na modalidade subjetiva ou objetiva – e aqui, inclina-se que a responsabilidade objetiva é que melhor atende as

³⁶³ VISINTINI, 1999, p. 304-306.

³⁶⁴ Ibid., p. 307-308.

atuais demandas³⁶⁵ – deverá ser considerado que os pais, no momento em que autorizaram e não controlaram o uso da Internet pelos filhos menores, estão contribuindo para a celebração de negócios jurídicos que lhes causem consequências indesejadas. Ou seja, estão exercendo conduta passível de responsabilização.

Depreende-se daí a ausência para com os deveres de vigilância e de educação, razão pela qual não há que se falar em impossibilidade de impedir o ato do filho. Nesse ponto a lei brasileira colabora com a função preventiva da responsabilidade civil, ao estabelecer a responsabilidade por fato de outrem, ou seja, na qual dispensa-se a prova da culpa dos pais. Essa objetivação que decorre da presunção dos deveres para com os filhos menores terá relevância quando o negócio jurídico válido celebrado pela criança e adolescente absolutamente incapaz gerar efeitos jurídicos antagônicos aos interesses do representante legal. Isso em razão de eventual ação de natureza consumerista a ser proposta em face do fornecedor, que também é objetivamente responsabilizado. A análise é apresentada a seguir.

3.4 UMA PROPOSTA DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONCORRENTE

O negócio jurídico válido, celebrado por crianças e adolescentes absolutamente incapazes, na Internet, a partir da imputação da vontade virtual, gera efeitos jurídicos indesejados pelos pais. Trata-se do fenômeno em que o menor, em posse autorizada ou não dos dados de seus pais ou aqueles que exerçam a função de poder familiar, realizam negócios para fins de consumo. Assim, a declaração de vontade no meio eletrônico, uma vez captada por meio de dados do representante civil fornecidos pelo menor (tal como dados pessoais, dados de cartão de crédito etc.), perpassa do agente incapaz ao agente capaz.

Conforme apontado na seção 2.2.2.4, não cabe ao plano de validade a discussão das consequências desse fenômeno, ou seja, dos efeitos jurídicos impossíveis de desconstituição, mas sim ao instituto da responsabilidade civil, que deverá tutelar o caso concreto quando constatado inadimplemento no processo obrigacional e também a prática de ilícito civil pelas partes envolvidas. A hipótese,

³⁶⁵ Cita-se, a exemplo, crianças e adolescentes que se manifestam em redes sociais, por meio de fotos ou imagens, de maneira ofensiva a outrem.

nesse caso, consiste na repartição da obrigação contraída entre os pais e os fornecedores da relação de consumo. Corresponde, desse modo, à uma responsabilização a partir de condutas concorrentes. E ainda, na forma da subsidiariedade da lei civil, o incapaz também poderá participar dessa repartição, se seus responsáveis não tiverem meios para responderem por ele (devedor secundário), e desde que não seja privado de recursos destinados ao seu sustento.

Sustenta-se essa hipótese com base nos seguintes fundamentos extraídos da legislação e da doutrina expostas no decorrer da pesquisa:

1) De acordo com a Doutrina da Proteção Integral, prevista no art. 227 da CF/88 e pelo art. 4º do ECA, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, os direitos das crianças e dos adolescentes, de acordo com o seu melhor interesse. Ou seja, a responsabilidade concorrente condiz com a lei específica, atribuindo a todos os agentes envolvidos o dever de proteção para com esses seres em fase de desenvolvimento.

2) Ainda que disciplinadas por regimes jurídicos diversos (Código Civil e Código de Defesa do Consumidor), a responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores está dentro da modalidade objetiva, assim como a responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços nas relações de consumo. Refere-se, aqui, à conduta dos pais no momento em que não controlam e não vigiam os filhos no manejo das novas tecnologias. E, também, à conduta assumida pelas empresas que operam no ambiente virtual, quando não dispõem de meios informativos e examinadores, passíveis de evitar, ou ao menos reduzir a ocorrência dessas contratações. Em ambos os casos há a presunção da culpa, permitindo que a responsabilidade seja configurada a partir da comprovação dos mesmos elementos (conduta do agente, nexo de causalidade e dano).

3) A teoria unitária é importante fundamento na construção dessa hipótese, pois elimina discussões a respeito do campo e/ou tipo da responsabilidade a ser aplicada. Do ponto de vista da conduta do representante legal, verifica-se que a responsabilidade dos pais pelos filhos está disciplinada pelo Código Civil na esfera de aplicação da responsabilidade extracontratual; ao passo que a responsabilidade contratual dos pais decorre do próprio poder familiar. A ausência de regulamentação específica no Código sobre esse campo se justifica, obviamente, pelo fato dos

absolutamente incapazes são serem aptos, por si próprio, a celebrarem negócios jurídicos.

Sob a ótica dos fornecedores, o Código de Defesa do Consumidor, como também o Decreto n. 7.962/2013 e o Marco Civil da Internet, preveem uma série de deveres jurídicos a serem obedecidos durante o processo obrigacional (responsabilidade contratual), como também regulamentam atos considerados ilícitos, quais sejam, a prática e a publicidade abusiva (responsabilidade extracontratual). Ambas as situações contornam a responsabilidade anterior ao contrato, afastando discussões, também, a respeito da natureza da responsabilidade pré-contratual.

De acordo com Giovanna Visintini³⁶⁶, quando o mesmo ato representar o descumprimento de um dever contratual e também a violação de direitos inerentes à pessoa, independentemente do contrato, é admissível o concurso das ações de responsabilidade contratual e extracontratual. Isso se aplica às hipóteses de relações obrigacionais que implicam violação do direito à vida e à integridade física, como aquelas derivadas de contratos de transporte de pessoas, de tratamentos médicos, e de hospedagem, quando, por exemplo, o descumprimento dos deveres de proteção da pessoa do outro contratante acompanha um comportamento doloso como a fraude no comércio.

4) A concorrência de condutas, no caso, é a melhor forma de atender à função preventiva da responsabilidade civil, ao lado da ideia de repartição de prejuízos³⁶⁷. Trata-se de um meio de evitar o problema inicial, e ao mesmo tempo promover condutas de vigilância, de orientação, de informação, de controle, de fiscalização, de educação etc., das partes envolvidas (pais e fornecedores).

A concorrência está amparada na equidade, na ideia do justo e na busca da justiça no caso concreto, além do amparo legal. Diante desse argumento, perde relevo a crítica que poderia ser feita no sentido de prejudicar a proteção dos vulneráveis no âmbito da responsabilidade civil contratual. Ao contrário, a teoria se mostra até mais favorável aos vulneráveis negociais, pois a sua concepção no ordenamento jurídico pode, inclusive, implicar maior tutela ou proteção de tais direitos. Além disso, os novos caminhos da responsabilidade civil indicam a

³⁶⁶ VISINTINI, 1999, p. 261-263.

³⁶⁷ Cf. o sistema unitário francês da responsabilidade civil proposto por George Marton, exposto na seção 3.1.3.

distribuição dos custos conforme as contribuições das partes. Não se imagina, nos tempos atuais, a responsabilidade civil com personagens que detêm papéis estáticos, ou seja, o ofensor como reparador puro e a vítima como pessoa a ser indenizada. No caso de contribuição dessa última, haverá dever de indenizar e de acordo com a sua conduta de contribuição³⁶⁸.

O resultado da aplicação dessa proposta será a flexibilização a obrigação contraída de forma indesejada pelos pais. Isto significa que, havendo a recusa do representante legal em adimplir essa obrigação, acarretará um dano contratual a ser suportado pela empresa fornecedora. A conduta dos pais, enquanto consumidores (dada a imputação da vontade virtual e a declaração exteriorizada) e também responsáveis pela conduta antijurídica dos filhos menores, atenuará esse dano contratual oriundo da obrigação inadimplida. Caberá ao juiz, levando em consideração as condições econômicas e sociais da família no caso concreto, fixar a proporção da responsabilidade do fornecedor e dos pais.

No âmbito do Direito Processual Civil, embora não integre o objeto da pesquisa, cumpre observar que há mecanismos para efetivar judicialmente essa pretensão bilateral entre pais e fornecedores, quais sejam, a reconvenção, na Justiça Estadual Comum³⁶⁹, e o pedido contraposto, nos Juizados Especiais Cíveis³⁷⁰.

Além disso, a prevenção é a ideia a ser amadurecida. A visão de que a responsabilidade civil se destina à reparação individual, exclusivamente, não se ajusta a atual realidade econômica dos povos que perseguem a paz e justiça social, mediante a busca pela equiparação das classes econômicas. De forma concorrente, a repartição dos prejuízos importa na preocupação do Estado para com o bem estar

³⁶⁸ TARTUCE, 2011, p. 389-390.

³⁶⁹ “Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 maio 2017).

³⁷⁰ “Art. 31. Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia” (BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 maio 2017).

da vítima – e aqui, a preocupação com o menor incapaz –, independentemente da culpa ou mesmo existência de ilícito justificável pelo agressor³⁷¹.

O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil. Seu fundamento deveria, pois, ser investigado em função daquele interesse, que sugere, antes de tudo, o princípio da prevenção, sem excluir os outros princípios que o completam. Entretanto, o comum é a escolha de quem deve suportar o dano. A culpa e o risco não são mais critérios possíveis. A distribuição do ônus do prejuízo atende, primordialmente, ao interesse da paz social, ao lado da prevenção³⁷².

Cabe destacar que, de acordo com Tânia da Silva Pereira³⁷³ é possível cumulação da responsabilidade paterna com a responsabilidade de terceiros. Caberá à autoridade judiciária, na apreciação de cada caso, dar à matéria um tratamento individual conforme as peculiaridades de cada caso. E, tratando-se de ato praticado por criança ou adolescente, há que se considerar, além da incidência da lei, as circunstâncias pessoais, familiares, sociais de cada caso. A medida judicial deverá representar para o lesado um ressarcimento, e, para o menor, uma oportunidade para reconhecer sua falta e sua responsabilidade. Com esta finalidade, assume inequívoco caráter educativo.

O que se pretende e exige-se, hoje, é o auxílio mútuo objetivando a conservação da humanidade. Enquanto o Código Civil de 1916 referia-se às situações patrimoniais, o Código Civil de 2002, influenciado pelos parâmetros constitucionais, fez prevalecer às situações jurídicas extrapatrimoniais, dado que é à pessoa humana que o ordenamento jurídico deve dar a garantia e a proteção prioritária. Por essa razão e no contexto desse renovado humanismo, passaram a ser tuteladas, com prioridade, as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais (hoje chamados de portadores de necessidades especiais), os consumidores, os não-proprietários, os contratantes em situação de vulnerabilidade, os membros da família, as vítimas de acidentes anônimos, entre outros³⁷⁴.

³⁷¹ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil**: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996, p. 49-50.

³⁷² DIAS, 2012, p. 43.

³⁷³ PEREIRA, 1996, p. 121.

³⁷⁴ MORAES, 2009, p. 74-75.

Compreende-se, portanto, que a responsabilidade concorrente garantirá o melhor interesse do menor na situação em análise, pois abrangerá a cadeia completa dos envolvidos.

Caberá ao operador do Direito, interpretar, dialogar e aplicar as leis que se relacionam à temática, de maneira sistemática, procurando verificar e atender qual o melhor interesse da criança e do adolescente absolutamente incapaz no caso concreto, considerando sua hipervulnerabilidade, seu ambiente familiar e o seu alcance às novas tecnologias, bem como a atuação da empresa no comércio eletrônico, com vistas a garantir a efetiva proteção integral desses seres considerados em desenvolvimento físico e mental.

CONCLUSÃO

A ausência de legislação específica junto ao progresso veloz das novas tecnologias de informação demandou, na investigação dos problemas apresentados nesta pesquisa, a necessidade de repensar os institutos do Direito, bem como de reinterpretar as normas vigentes a fim de adequá-las à atual realidade social.

A primeira seção demonstrou que a revolução tecnológica é um acontecimento irreversível, ao passo que a tendência é que os negócios jurídicos sejam cada vez mais realizados no âmbito do comércio eletrônico. As leis estudadas que abarcam o campo negocial (o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil e inclusive a Constituição Federal), embora o seu revestimento com base na dignidade da pessoa humana e a preocupação em proteger a parte vulnerável da relação, são ainda instigadas a dar soluções a casos em que o meio virtual gera incertezas quanto à correta aplicação da norma.

É importante esclarecer que não se defendeu a criação de uma ou mais leis que enquadrem os problemas discutidos, pelas seguintes razões: a) o próprio avanço da tecnologia poderá retirar-lhes o objeto, levando-as ao desuso; b) inexistente tempo hábil para que o Direito valora cada fato advindo dessa expansão tecnológica e converta-o em norma, ante a celeridade do desenvolvimento científico; c) entende-se que cabe ao operador do Direito se dispor a uma releitura sistemática das normas vigentes, o que resultará em maior efetividade da tutela jurídica no ambiente eletrônico.

Com base no estudo realizado na segunda seção, constatou-se que o negócio jurídico, realizado na Internet por crianças e adolescentes absolutamente incapazes, a partir da imputação da vontade virtual aos pais, será válido, ainda que antagônico à real vontade dos pais. Tanto do ponto de vista da teoria da vontade (concepção subjetiva), como sob a ótica da teoria da declaração (concepção objetiva), o problema enquadrou-se à noção de negócio jurídico válido, em razão de ter produzido efeitos jurídicos que, conforme o caso, não poderão ser desconstituídos na ordem prática (ou pela ausência do exercício do direito de arrependimento, ou em razão do produto já ter sido consumido, ou serviço já prestado etc.).

Além disso, verificou-se que o desenvolvimento pleno das crianças e adolescentes é um dever imposto como prioridade absoluta pela Constituição

Federal, e, por isso, são elevados à condição de hipervulneráveis pela doutrina consumerista, carecendo de proteção especial ante o seu discernimento incompleto. Assim, é de suma importância que os pais, as empresas, o Poder Público e a sociedade em geral se blindem e se direcionem a cada avanço tecnológico, buscando pelo seu uso seguro e ético, utilizando-o em seus aspectos positivos, não permitindo que este mesmo avanço corrompa o crescimento digno e saudável das crianças e adolescentes.

Ainda na segunda seção, constatou-se que a releitura da teoria geral do negócio jurídico se faz necessária, readaptando-se, especialmente, seus requisitos de validade, frente ao atual cenário em que crianças e adolescentes contratam, via Internet, sem maiores impedimentos. Pretender a nulidade dessas contratações é inexecutável diante da acessibilidade digital, razão pela qual se compreende pela importância em repensar a teoria com base no problema apontado.

A partir da terceira seção, foi possível a discussão a respeito da tutela jurídica das consequências desse negócio jurídico válido no âmbito da responsabilidade civil. Perquiriu-se a responsabilidade civil objetiva gerada pela conduta do fornecedor, ao lançar mão de prática ou publicidade abusiva, ou ainda, ao violar algum dever acessório, como não tomar as cautelas que estavam a seu alcance e não dispor as informações precisas e necessárias em seu site. Ainda, examinou-se a responsabilidade civil gerada pela conduta antijurídica dos filhos, pela qual os pais respondem objetivamente em razão da presunção da ausência do dever de vigilância, sem descartar a responsabilidade civil do próprio incapaz (quando os pais não forem obrigados ou quando não possuírem condições de responder).

Concluiu-se, desse modo, que a responsabilidade civil deverá ser aplicada de maneira concorrente, ponderando-se a responsabilidade objetiva dos pais pelos filhos e a responsabilidade objetiva dos fornecedores nas relações de consumo, com vistas à prevenção desses negócios complexos e à promoção do melhor interesse do menor.

A teoria unitária, por sua vez, alicerça a proposta da responsabilidade concorrente, ao preconizar que a responsabilidade civil, contratual e extracontratual, está construída sob os mesmos elementos (conduta antijurídica, nexo de causalidade e dano), estando caracterizada a partir da violação a um dever jurídico

preexistente, esteja ele previsto ou não no contrato celebrado entre as partes, ou em regra jurídica específica.

No caso da conduta da empresa fornecedora, sua responsabilidade está disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor nos campos extra e contratual, a partir do instante em que prevê, expressamente, uma série de deveres propagados no conteúdo desse microsistema (informação, segurança, transparência etc.), como também prevê, expressamente, a prática e a publicidade abusiva como atos ilícitos. Na esfera da conduta dos pais (conduta omissiva), sua responsabilidade com relação aos filhos que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia está disciplinada pelo Código Civil no campo extracontratual; o que também ocorre com a responsabilidade civil do incapaz.

Logo, a concorrência de condutas é sustentada a partir do instante em que se considera não haver diferenças entre os dois campos de responsabilidade, ainda que assim disciplinada pela norma.

Ressalta-se que, por um lado, caso a responsabilidade fique ao cargo apenas do fornecedor, crianças e adolescentes absolutamente incapazes permanecerão realizando negócios jurídicos sem qualquer controle. Por outro lado, se a carga for apenas dos pais, fornecedores continuarão a agir em desconformidade com lei consumerista, aproveitando-se da despersonalização da Internet para proliferar a venda de seus produtos e serviços. Assim, a responsabilidade civil deverá exercer sua função preventiva. Isso, pois o adequado é que não sejam realizados negócios na Internet por crianças e adolescentes absolutamente incapazes que se declaram como agentes capazes.

Não se defende que crianças e adolescentes absolutamente incapazes não devam utilizar as novas tecnologias. Ao contrário, sustenta-se pela sua inclusão digital, desde que exercido o devido controle parental. Essa é, pois, a função promocional do Direito, dispondo de normas de incentivo e comportamentos permitidos, ao invés de normas de repressão e comportamentos proibidos. É o caso, por exemplo, do art. 29, caput e § único, do Marco Civil da Internet. Cabe ao Poder Público, em conjunto com os provedores e toda a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador, definindo boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes. E os pais, por sua vez, terão a faculdade de exercer o controle parental quanto ao conteúdo entendido por impróprio aos seus filhos.

Na prática, a aplicação da proposta consiste em flexibilizar a obrigação indesejada contraída pelos pais. Isto significa que, havendo a insurgência do representante legal e o inadimplemento dessa obrigação, estar-se-á diante de um dano contratual configurado em desfavor da empresa fornecedora. A conduta dos pais, enquanto consumidores diante da imputação da vontade virtual e também na posição de responsáveis pelos atos dos filhos menores, atenuará esse dano contratual decorrente da obrigação inadimplida. A fixação da proporção de responsabilidade deverá ser arbitrada pelo juiz, mediante as condições econômicas e sociais da família, avaliadas no caso concreto.

Embora tenha sido explorado no trabalho a obrigação contraída pelo negócio jurídico válido realizado em decorrência do fenômeno da imputação da vontade virtual, não se descarta a aplicação responsabilidade concorrente nos casos de vício e fato do produto ou do serviço, embora sejam casos em que o inadimplemento obrigacional/ilícito civil por parte dos fornecedores terá maior preponderância. Não se descarta, também, a possibilidade de incidência dessa hipótese (a concorrência de responsabilidades) em outros casos envolvendo atos negociais de crianças e adolescentes absolutamente incapazes que geram efeitos jurídicos indesejados (isto é, que não são viabilizados, necessariamente, com a imputação da vontade ao representante legal), e que outrora são fomentados pela conduta de empresas que operam por meio da plataforma virtual.

Ademais, em que pese a pesquisa ter se pautado na esfera do direito material, observou-se que no Direito Processual Civil há meios para desenvolver judicialmente essa pretensão bilateral entre pais e fornecedores, quais sejam, o instituto da reconvenção, no âmbito da Justiça Estadual Comum, e o pedido contraposto, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

A característica marcante das gerações atuais é a convivência, desde o berço, com as ferramentas tecnológicas. Crianças de pouca idade demonstram uma inacreditável facilidade no aprendizado e manuseio de tudo o que se relaciona ao virtual, o que dá margem a consequências jurídicas, não somente relacionadas a aspectos materiais, como também ligadas à saúde física, mental e social.

A pretensão da pesquisa não se limitou em obter respostas ou soluções aos problemas expostos, mas também em trazer uma contribuição para as demais questões jurídicas que cercam a Internet, promovendo-se o seu uso e consumo

consciente pelas novas e futuras gerações, bem como moldando-se o comportamento da sociedade como um todo para com as novas tecnologias.

Desse modo, caberá aos pais, aos fornecedores (neles incluídos os provedores) e ao Estado não a proibição plena, mas sim o conhecimento das consequências jurídicas analisadas, direcionando-se o foco da intervenção nos deveres de informação, cautela, vigilância, segurança etc., em cotejo com a atual e direta convivência das crianças e adolescentes absolutamente incapazes com as novas tecnologias.

REFERÊNCIAS

- ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPA, Guido. **La responsabilità civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1980. v. I.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; PONA, Éverton Willian. Entre autonomia privada e dignidade: testamento vital e “como se vive a própria morte” – os rumos do ordenamento brasileiro. In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI. Curitiba/PR. **Anais...** Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=41f860e3b7f548ab>>. Acesso em: 26 out. 2015.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARATANGY, Lidia Rosenberg. **Adolescentes na era digital**. São Paulo: Benvirá, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil, teoria geral**: ações e fatos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.
- _____. **Direito civil, teoria geral**: relações e situações jurídicas. Coimbra: Almedina, 2002, v. 3.
- _____. Posfácio: direito civil, inadimplemento e responsabilidade civil. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2014.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Responsabilidade social e emancipação social. In: SOUZA, André Peixoto; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **Questões contemporâneas do Direito**. Curitiba: Instituto Latino Americano de Argumentação Jurídica, 2015.

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

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECKER, Anelise. Elementos para uma teoria unitária da responsabilidade civil. In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 353-372.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O direito do consumidor. **Justitia**, São Paulo, v. 54, n. 160, p. 251-266, out./dez. 1992.

_____. Oferta e publicidade. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. In: **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Práticas abusivas. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. In: **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERLIM, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade**: uma analogia de ensaios. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na “vulnerabilidade agravada”: como proteger as crianças consumidoras? **Revista de Direito do Consumidor**, v. 90, ano 22, p. 69-90, nov./dez. 2013.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. I.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. II.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Efeitos do negócio jurídico nulo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos do consumidor**: código de defesa do consumidor: (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 1999.

BOCCHINI, Fernando. L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 3, p. 276-313, magg./giugno 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 out. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Decreto n. 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 mar. 2013.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 de abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 1572 de 2011. Institui o Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial 586.316-MG. Relator: Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 mar. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092403/recurso-especial-resp-586316>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 1.225.861-RS. Relator: Ministra Fátima Nancy Andrighi. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 26 maio 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25102677/recurso-especial-resp-1225861-rs-2010-0207570-4-stj>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial 1.568.935-RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 13 abr. 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339756511/recurso-especial-resp-1568935-rj-2015-0101137-0>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

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

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer com a colaboração de Kaluss Brandini Gerhardt. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. ampl. e rev. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2016.

CRIANÇA E CONSUMO. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

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

_____. **Direito do consumidor**: aspectos práticos: perguntas e respostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Direito do consumidor**: teoria geral da relação de consumo. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DEL NERO, João Alberto Schützer. **Conversão substancial do negócio jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. **Bürgerliches Gesetzbuch**, 1 jan. 1990. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. rev., atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPAÑA. Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. **Boletín Oficial del Estado**, n. 161, 7 jul. 1994. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-15797>. Acesso em: 1 dez. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Disposições gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

FRANCE. **Code Civil**. Legifrance, 2 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria geral do negócio jurídico**. São Paulo, 07 ago. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PCd77MMUzhk&t=1483s>. Acesso em: 19 nov. 2016. Aula magna proferida em conferência organizada pela APAMAGIS (Associação Paulista de Magistrados).

GOLDSCHMIDT, Levin. **Handbuch des Handelsrechts**. Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, 1864.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1971.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (et. al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de Estrella. **La responsabilidad civil en la era tecnológica**: tendencias y prospectiva. 2. ed. atual. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

IHERING, Rudolf von. **La posesión**. México: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.

IRTI, Natalino. **Introduzione allo studio del diritto privato**. Padova: Cedam, 1995.

_____. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

ITALIA. **Codice Civile del 1865**. Disponível em: <http://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_300.pdf>. Acesso em: 17 maio 2017.

_____. **Il Codice Civile Italiano**. Gazzetta Ufficiale, n. 79, 4 apr. 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 1 dez. 2016.

_____. **Il garante per la protezione dei dati personali**. Gazzetta Ufficiale, n. 174, 26 lugl. 2013. Disponível em: <<http://garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2542348#7>>. Acesso em: 26 nov. 2016.

JORDAN, Tim. **Activism!**: direct action, hack tivism and the future of society. London: Reaktion Books, 2002.

JOSSERAND, Louis. **Cours de droit civil positif français**: conforme aux programmes officiels des facultes de droit ouvrage couronne parl'institut. Paris: Recueil Sirey, 1932. v. I.

LAUDON, Kenneth C.; LAUDON, Jane P. **Sistemas de informação gerenciais**. Tradução de Luciana do Amaral Teixeira. 9. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LESSIG, Lawrence. **Code version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

_____. **Cultura livre**: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. Tradução de Fábio Emilio Costa. São Paulo: Trama, 2005.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1998.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

LOPEZ, Tereza Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latim, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico.** Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. 2. ed. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto:** os acidentes de consumo no código de proteção e defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato:** estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Campo de aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. (Org.) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTON, George. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine, essai d'un système. Paris: Recueil Sirey, 1938.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (5ª Câmara Cível). Apelação Cível 110090/2010. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alves da Rocha. **Diário da Justiça Eletrônico**, Cuiabá, 11 ago. 2011. Disponível em:<<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/330281711/apelacao-apl-1100904920108110000-110090-2010>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

MAZEAUD, Henri; TUNC, André; MAZEAUD, Léon. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957. t. I, v. I.

_____. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. t. I, v. II.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, v. I, 1991.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Responsabilidade civil**: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OPPO, Giorgio. ¿La deshumanización del contrato? **Ius et veritas**, n. 25, p. 39-45, nov. 2002.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PELTIER, Thomas R. Social engineering: Concepts and solutions. **Information Systems Security**, v. 15, n. 5, p. 13-21, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

_____. **Responsabilidade civil**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. **Direitos da criança e do adolescente em face da TV**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONA, Éverton Willian. **Testamento vital e autonomia privada**: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. 4t.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001.

PORTUGAL. Procuradoria Geral Distrital de Lisboa. DL n. 47344/1966, de 25 de novembro. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis&so_milo=>>. Acesso em: 1 dez. 2016.

PROENÇA, José Carlos Brandão. **A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual**. Coimbra: Almedina, 1997.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e revisão de Álvaro de Vita. Rio de Janeiro: Ática, 2000.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROVER, Aires José. **Informática no direito**: inteligência artificial. Curitiba: Juruá, 2001.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCALISI, Vincenzo. **Il contratto in trasformazione**: invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito & Internet III**: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. II.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SENADO FEDERAL. **Manual de comunicação da Secom**: estrangeirismos grafados sem itálico ou aspas. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/manualdecomunicacao/redacao-e-estilo/estilo/estrangeirismos-grafados-sem-italico>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco**: a teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015b.

_____. **Marco civil da Internet comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do Direito Civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Direito Civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOFFLER, Alvim. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 21. ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Tradução de Elia Ferreira Edel. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses difusos e direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cleverton Elias. **Limites na educação: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

VISINTINI, Giovanna. **Tratado de la responsabilidad civil**. Traducción y adaptación de Aida Kemelmayer de Carlucci. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1999.

VON TUHR, Andreas. **Tratado de las obligaciones**. Traducción de Wenceslao Roces. Madrid: Reus, 1934.

WIEBE, Andreas. **Die elektronische Willenserklärung**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.