

"O Direito não é e nunca foi uma ciência exata e enquanto sistema jurídico aberto, não está preso às formas abstratas daquela; o Direito é feito para servir às necessidades e anseios sociais e não o contrário. É cediço que, para acompanhar a evolução social e suas transformações, fato que está ocorrendo com cada vez mais celeridade, necessário se faz reconstruir o Direito de Família no que tange a algumas imposições normativas e concepções valorativas não menos impostas que aquelas".

Fernanda São José

"Como professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/MINAS, expresso a alegria em coordenar e publicar mais uma obra, intitulada *Direito Civil na Contemporaneidade 4*, tendo meus alunos, muitos destes professores, como coautores.

O Direito que buscamos agora talvez não seja usufruído por nossa geração, mas por gerações futuras. Assim, também registro o meu compromisso como professor e educador pela busca incessante de um Direito Privado baseado na reconstrução de paradigmas já instalados, sob a ótica transformadora do Estado Democrático de Direito."

Leonardo Macedo Poli



[ORGS.]

LEONARDO MACEDO POLI
FERNANDA SÃO JOSÉ
RENATA MANTOVANI DE LIMA

DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

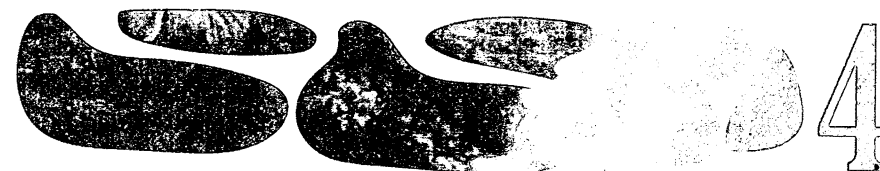


[ORGS.]

LEONARDO MACEDO POLI
FERNANDA SÃO JOSÉ
RENATA MANTOVANI DE LIMA



DIREITO CIVIL
NA CONTEMPORANEIDADE



DIREITO CIVIL NA CONTEMPORANEIDADE

[ORGS.]

LEONARDO MACEDO POLI
FERNANDA SÃO JOSÉ
RENATA MANTOVANI DE LIMA

André Couto e Gama
André Luiz Lima Soares
Anna Cristina de Carvalho Rettore
Bruno de Almeida Lewer Amorim
César Augusto de Castro Fiuza
Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida
Eduardo Perini Rezende da Fonseca
Fernanda São José
Gustavo Henrique de Almeida
Henrique Avelino Lana
Jullyane Cristina Cheloni
Leonardo Macedo Poli
Luciana de Castro Bastos
Maria de Fátima Freire de Sá
Monalisa Moraes Oliveira Reis
Nathália de Campos Valadares
Renata Lourenço Pereira Abrão
Renata Mantovani de Lima
Roberta Salvático Vaz de Mello
Vinícius Lage Bistene



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os Autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini
(Imagem de James Tissot [The Political Lady -
Detalhe] licenciado pelo WikiArt)

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Revisão de Português e normatização
Maria Carolina Ferreira Reis

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Direito civil na contemporaneidade - 4. SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de;
POLI, Leonardo Macedo; LIMA, Renata Mantovani de; [Orgs.] - Belo Horizonte:
Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-749-2

1. Direito. 2. Direito Civil. I. Título. II. Artigos

CDU347

CD0342.1

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

Apresentação	9
Capítulo 1	
A extensão do direito ao esquecimento em sua dimensão de responsabilização civil e a possibilidade de coexistência dos institutos	
Renata Lourenço Pereira Abrão	11
Capítulo 2	
A perspectiva das relações intersubjetivas no ciberespaço (modelamento da responsabilidade civil por violação aos direitos da personalidade)	
André Couto e Gama	35
Capítulo 3	
A responsabilidade pela perda de uma chance	
César Augusto de Castro Fiuza Henrique Avelino Lana	55
Capítulo 4	
A validade do termo de adesão digital	
Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida	75

Capítulo 5

O impacto do Provimento n.º 52/2016 do CNJ na garantia de anonimato a doadores de gametas no Brasil: necessidade de uma definição

Maria de Fátima Freire de Sá
Anna Cristina de Carvalho Rettore 97

Capítulo 6

Aspectos de direito autoral e o instituto do *fair use*

Vinícius Lage Bistene 125

Capítulo 7

Contratos eletrônicos

Monalisa Moraes Oliveira Reis 149

Capítulo 8

Da revisão judicial dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro

Nathália de Campos Valadares 181

Capítulo 9

Sobre um dever de transparência da indústria tabagista anterior à Constituição de 1988

Anna Cristina de Carvalho Rettore 203

Capítulo 10

Direitos da personalidade na pessoa jurídica

Luciana de Castro Bastos 223

Capítulo 11

A lacuna normativa e a situação jurídica do contrato de gestação por substituição

Jullyane Cristina Cheloni 245

Capítulo 12

Monogamia: um valor jurídico

Leonardo Macedo Poli
Renata Mantovani de Lima
Fernanda São José 265

Capítulo 13

O princípio da vedação ao *venire contra factum proprium* no direito civil brasileiro

Eduardo Perini Rezende da Fonseca 281

Capítulo 14

Responsabilidade civil pelo tempo perdido

Bruno de Almeida Lewer Amorim 297

Capítulo 15

Responsabilidade civil: onde estão os *punitive damages* no direito brasileiro?

Gustavo Henrique de Almeida
Roberta Salvático Vaz de Mello 329

Capítulo 16

Uma visão crítica sobre o instituto do dano moral e a negativa da cobertura securitária

André Luiz Lima Soares 341

Autores 359

A VALIDADE DO TERMO DE ADESÃO DIGITAL

4

Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida¹

4.1. Introdução

As relações em meio digital são reguladas por contratos eletrônicos, os quais podem ser definidos como o negócio jurídico constituído por duas ou mais partes, com a finalidade de criar, extinguir, modificar, manter ou alterar um vínculo, tendo em vista um objeto, através de meio eletrônico. Esse tipo de contrato, muitas das vezes, é feito por adesão, sendo denominado, nestes casos, de termo de adesão digital.

A relação entre um provedor de aplicação e o usuário é feita através deste termo, por isso se afirma que é importante a investigação da validade deste tipo de avença. O atual estágio da sociedade, denominada de era da informação, na qual há uma vasta gama de informações sobre os usuários disponíveis na rede mundial de computadores, torna necessária a tutela destes e a proteção contra os abusos feitos pelos fornecedores. Ressalta-se que a relação se amolda no conceito de consumo previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, o presente artigo tem como problema a validade do termo de adesão digital, utilizando-se o método qualitativo para a revisão bibliográfica, documental e jurisprudencial. Para a investigação proposta, na seção 2, será feita uma análise sobre contratos eletrônicos, analisando os seus requisitos de validade e a forma como eles podem ser exteriorizados. Conforme se verá, o elemento vontade deixa de ser preponderante em uma relação jurídica com a massificação do consumo e a ruptura do liberalismo. Assim, afirma-se que a teoria clássica contratual entra em crise, o que será objeto de estudo na seção 3.

¹ Mestrando em Direito Privado pela PUC-MG. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Advogado. E-mail: daniellevangelista@gmail.com

Com a superação do entrave jurídico de validade às expensas da vontade, o item 4 abordará a abusividade e invalidade de cláusulas restritivas de direitos. Serão evidenciados alguns exemplos de invalidade de determinadas cláusulas, o que não implica um vício de toda avença. Ao final, será feita a análise de um caso ocorrido com um adolescente de treze anos chamado Nissim Ourfali, no qual o pano de fundo é o direito ao esquecimento. O viés a ser aprofundado neste caso é um desdobramento da boa-fé objetiva, qual seja, a teoria do *venire contra factum proprium*, também conhecida como teoria dos atos próprios, segundo a qual as partes na execução de um contrato não podem adotar um comportamento contraditório.

4.2. Contratos eletrônicos

A relação entre um usuário e um provedor da Internet é uma relação de consumo. Assim, é preciso que se tenha uma maior proteção do usuário ante a sua vulnerabilidade. Neste sentido, os contratos eletrônicos precisam ser interpretados de uma forma mais favorável ao consumidor (MARQUES, 2011).

Observe que não há como requisito de validade de um contrato a existência de uma avença escrita. Isso porque, conforme o artigo 104 do Código Civil brasileiro de 2002, são requisitos de validade dos contratos a capacidade, licitude do objeto e a forma, que pode ser obrigatória ou não proibida em lei. Portanto, não existe nenhuma obrigação de se ter um contrato eletrônico escrito, desde que não se faça o uso dos dados pessoais do usuário. Nesse caso, há a obrigação legal de um contrato escrito.

Isso se deve ao fato de que o artigo 7º, inciso VIII, alínea c, condiciona o uso de dados pessoais às finalidades que “estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet” (BRASIL, 2014). Nesse sentido, apenas se um provedor fizer o uso de dados pessoais é que ele terá a obrigatoriedade de utilizar um termo de uso e uma política de privacidade.

Os termos de uso são os contratos eletrônicos feitos entre o usuário e o site, neles são previstas as condições às quais se está aderindo. Em se tratando de termos de uso, poucos são os usuários que os leem. Veja, por exemplo, que em 2005, o aplicativo PC Pitstop fez uma experiência e colocou no meio dos termos de uso uma cláusula que prometia uma bonificação ao primeiro usuário que enviasse um *e-mail* requisitando

a recompensa. Levou mais de 5 meses e mais de 3 mil downloads para alguém requerer o prêmio. (ROMERO, 2016)

Uma pesquisa feita pela Universidade de Stanford constatou que 97% dos usuários não leem os termos de uso (ROMERO, 2016). Outra pesquisa, elaborada por Robert Hillman (*apud* LIMA, 2016), constatou que apenas 4% dos alunos dela leem os contratos de adesão eletrônicos. Tais dados demonstram que o usuário não tem costume de ler o contrato eletrônico para a utilização do serviço.

O termo de adesão nada mais é que um contrato de adesão feito em meio virtual, tendo em vista que o usuário não tem o poder de negociar nenhuma das cláusulas ali inseridas. O conceito de contrato de adesão encontra-se no artigo 54² do Código de Defesa do Consumidor - CDC (BRASIL, 1990). Trata-se daquela avença na qual o consumidor não pode discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Há uma vantagem econômica para ambas as partes no contrato feito por adesão, pois, conforme Robert Cooter e Thomas Ulen (2007), neste tipo de avença o risco e o preço são menores, já que não se barganha nada além do preço. Isso significa que o custo marginal do negócio é menor, até mesmo porque ante ao padrão de contratos, o fornecedor pode calcular melhor os riscos. Entretanto, do ponto de vista do consumidor, muitas vezes em tais contratos são inseridas cláusulas limitativas de direitos, o que pode gerar a nulidade, tendo em vista o disposto no Código Civil, conforme se verá adiante.

Pensando na proteção do consumidor, em decorrência dessas cláusulas limitativas inseridas em contratos de adesão, o CDC normatiza que estas devem ser escritas com destaque, permitindo a fácil identificação,

² Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

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

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. (BRASIL, 1990)

conforme o artigo 54, §4º (BRASIL, 1990). Mais ainda, tratando-se de contrato de adesão, este deve ser escrito por inteiro em linguagem clara e de fácil compreensão, além da fonte ser de tamanho 12, no mínimo, de acordo com o §3º do mesmo dispositivo (BRASIL, 1990).

Tais normas têm o fito de proteger o consumidor de práticas abusivas (TARTUCE, 2012). Entretanto, em alguns casos o usuário na internet sequer sabe da existência de um termo de uso que regula a relação.

Isso decorre do fato de existirem dois tipos de contratos de adesão eletrônico, os chamados Click-wrap e o Browse-wrap³ (LIMA, 2016). O contrato de Click-wrap é aquele por meio do qual o consumidor/ usuário deve clicar na opção “Eu declaro que li e que concordo com os termos de uso e com a política de privacidade”. Por sua vez, o contrato de Browse-wrap é aquele que regula a relação entre o provedor e o usuário sem que ao menos este tenha manifestado a sua intenção através do clique (KLEE, 2012). Este é utilizado em sites em que não é necessário um cadastro prévio para uso, mas que utilizam cookies⁴, por exemplo. É feita a coleta de dados do usuário, com a autorização do termo de uso, o qual não foi disponibilizado realmente ao usuário, quer seja através de uma pop-up⁵ ou através de um aviso no próprio site, por exemplo.

O problema aqui é o imediatismo da sociedade da informação (PAESANI, 2013), que faz com que os usuários não leiam os termos de uso que regulam o serviço que estão usando. Sobre isso, assim conclui Cintia Lima:

[...] a sociedade de informação pós-moderna busca, constantemente, a aceleração do tempo. Em outras palavras, na rede mundial de computadores, tudo deve acontecer muito rápido, sob pena de espantar os interessados. Neste contexto, insere-se uma nova prática contratual, em que o adquirente acessa a

³ Wrap é uma palavra de origem inglesa que significa embrulho. O intuito aqui é deixar claro que o contrato vem em um embrulho que deve ser clicado (Click-wrap) ou em um embrulho que é apenas navegado (Browse-wrap).

⁴ Cookies é uma forma de comunicação entre o site e o usuário. Trata-se do armazenamento das preferências do usuário naquele determinado site. O seu objetivo é aperfeiçoar a navegação, tendo em vista ser possível traçar um perfil pré-determinado dos gostos do usuário.

⁵ Pop-up é uma nova janela que abre no navegador ao se clicar em um link específico, ou, até mesmo, acessar um website.

página na internet do fornecedor, vinculando-se aos termos e condições de uso fixadas discretamente em um hiperlink no canto inferior do site. (LIMA, 2014, p. 130)

Nesse sentido, discute-se a validade destes contratos, tendo em vista a relativa ausência de expressão de vontade. Mais ainda, em se tratando de cláusulas restritivas, questiona-se como certificar que o usuário tenha conhecimento dos termos a que se vinculou.

4.3. A massificação dos contratos: crise contratual

Contrato é a exteriorização de um negócio jurídico, de forma que a “vontade é a nota característica que mais avulta no negócio jurídico. É a sua força propulsora” (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 428). Tal conceito se enquadra na concepção clássica, quando se falava, mormente, em autonomia da vontade. Esta teoria entra em crise, mudando-se para a autonomia privada.

Conforme Cesar Fiuza (2011), a autonomia da vontade remonta ao auge do liberalismo, momento em que se dava autonomia aos sujeitos, com a mínima intervenção estatal. Tal fato mudou com o avanço do capitalismo, o que fez com que acontecesse uma massificação dos contratos. Assim, os sujeitos não negociavam como antes, houve uma diminuição da vontade, que culminou na teoria preceptiva. Esta teoria ensina que “as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas consequências econômicas e sociais” (FIUZA, 2011, p. 94). Conclui Cesar Fiuza (2011), afirmando que se passa de uma autonomia da vontade para uma autonomia privada, na qual não se tem na vontade uma lei máxima que deve sempre prevalecer, podendo um contrato ser revisto caso se tenha um abuso de uma das partes, por exemplo. Ademais, fala-se em boa-fé objetiva e função social do contrato, princípios capazes de relativizar os efeitos de um contrato.

No mesmo sentido:

É preciso aqui registrar, reiterando posição antes evidenciada à exaustão, que o elemento volitivo, fruto da autonomia da vontade e da autonomia privada, marca registrada do negócio jurídico, não mais assume caráter absoluto, sofrendo, sempre, as limitações decorrentes da ingerência de normas de ordem pública, notadamente constitucionais, por força da proteção

destinada à pessoa humana, realçando sua necessária dignidade (art. 1º, III, CF/88). (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 428).

Fala-se em crise contratual, tendo em vista a mudança de pensamento em relação ao elemento vontade. Há uma relativização dos seus efeitos. Conforme afirma Enzo Roppo (2009),

Existe, sem dúvida, na evolução da teoria e da disciplina dos contratos, uma tendência para a progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como momento psicológico da iniciativa contratual: esta tendência, que podemos definir como <objectivação (sic) do contrato>, leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação (ROPPO, 2009, p. 297)

Portanto, o elemento vontade deixa de ser o preponderante em uma relação contratual, podendo se afirmar válido um contrato entabulado por adesão, ou seja, sem a discussão das cláusulas, pois nele há contato social, que, segundo Roppo (2009), é o principal elemento jurígeno a formar o contrato. Assim, ele se posiciona pela validade dos termos de uso, o que não implica afirmar que todas as cláusulas ali inseridas sejam válidas.

Em se tratando de Direitos da Personalidade, como o caso do direito à imagem, estes não podem sofrer uma limitação sem que isso seja expressamente concordado pelo usuário, com base no disposto no artigo 11º do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). Ademais, existem diversas previsões de nulidades de cláusulas contratuais, tanto no CDC, quanto no Marco Civil da Internet. Conforme normatiza o artigo 7º, inciso VI do Marco Civil, são asseguradas ao usuário “informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços” (BRASIL, 2014). Trata-se, pois, de um dever do provedor de serviço informar ao usuário como é que será regida a relação, através dos termos de uso, dando possibilidade ao consumidor/usuário de conhecer as regras do serviço. Frisa-se que o artigo 8º do mesmo dispositivo normativo traz hipóteses de nulidades de cláusulas dos termos de uso. Veja-se:

⁶ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

I – impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II – em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil. (BRASIL, 2014)

Nesse sentido, caso exista uma cláusula que implique as hipóteses acima mencionadas, esta não terá validade. É uma forma de se tutelar o usuário ante aos termos de adesão, tendo em vista a falta de possibilidade de se escolher como vão ser tratados os dados pessoais, por exemplo.

Além do CDC e do Marco Civil, o Código Civil Brasileiro de 2002 possui duas normas que tratam do contrato de adesão, os artigos 423⁷ e 424⁸ (BRASIL, 2002). Tais normas trazem, respectivamente, o princípio da interpretação mais favorável ao aderente e da nulidade das cláusulas que tenham renúncia antecipada de direito resultante do negócio. É uma proteção a mais para o usuário. Nesse contexto, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao aderente, preservando, sempre que possível, a validade da avença.

Como os termos de uso dos serviços eletrônicos regulam aquela relação, neles são inseridas diversas condições para o uso, bem como das possibilidades de tratamento de dados pessoais, o que pode ferir a privacidade e a intimidade do usuário. Surge a necessidade de se certificar que o usuário anuiu com aquela cláusula restritiva em específico. Assim, o caminho mais apropriado, tratando-se de um contrato eletrônico, é fazer com que o usuário dê o consentimento em apartado para cada situação que implique uma limitação de seu direito, tal qual é feito no ordenamento jurídico Italiano para contratos de adesão feitos por escrito. O artigo 1341 do Código Civil Italiano assim dispõe:

Art. 1341. Termos e Condições Gerais.

⁷ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

⁸ Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Os termos e condições estabelecidos por um dos empreiteiros gerais são eficazes contra o outro, se, no momento da celebração do contrato estes conheçam ou deveriam ter as conhecido usando a diligência normal.

Em qualquer caso, não têm nenhum efeito se não forem especificamente aprovadas por escrito, as condições que garantam, em favor de quem aderiu, limitação de responsabilidade, o direito de rescindir o contrato ou suspender a sua execução, ou impor sobre o outro empreiteiro, limitações ao direito de se opor, as restrições à liberdade contratual nas relações com terceiros, a extensão tácita ou renovação do contrato, cláusulas de arbitragem ou derrogações à competência do tribunal. (ITALIA, 2016; tradução nossa)⁹

Na Itália, existe uma obrigação de o fornecedor de bens ou serviços, tratando-se de cláusula restritiva, provar que o consumidor a leu, fazendo isso através de uma assinatura específica para aquela cláusula. Assim também deveria ser para os termos de adesão em meio digital. Caso tenha-se uma cláusula que restrinja o direito do consumidor, este deve anuí-la através de uma pop-up¹⁰, por exemplo. Desse modo o fornecedor estaria cumprindo o seu dever de informar e o consumidor saberia, de forma clara, quais são as condições a que se sujeita.

Outra possibilidade é o projeto "Terms of Service; Didn't Read"¹¹, que em tradução livre seria "Termos de serviço: não os leia". O referido projeto disponibiliza de maneira bem simplificada e intuitiva as regras que as principais plataformas utilizam em suas políticas de privacidade e termos de uso. Destarte, não existe a possibilidade do usuário discordar das cláusulas, pois o referido projeto apenas informa as condições a que

⁹ Art. 1341. Condizioni generali di contratto. Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

¹⁰ Pop-up é uma janela que abre no navegador da internet quando se acessa uma página na web ou algum link de redirecionamento.

¹¹ Disponível em <<https://tosdr.org/>>.

se submete. É melhor que isso seja feito pela própria plataforma, dando ao usuário a possibilidade de discordar (Opt-Out) de alguma cláusula restritiva, quer seja proibindo o acesso a determinada informação, por exemplo, ou até mesmo optando pelo cancelamento do serviço.

Ademais, é preciso que se tenha em mente que um dos pilares do Marco Civil é a privacidade do usuário (BRANT, 2014). Fala-se no princípio da finalidade, o qual surge da preocupação com a coleta e tratamento de dados pessoais. Trata-se do princípio que determina que os dados pessoais devem ser utilizados com a finalidade para a qual foram coletados, impedindo a sua utilização para fins diversos do que o definido, ou seja, que haja tratamento secundário (MENDES, 2014). Portanto, os provedores não podem, à revelia dos usuários, realizar a coleta indiscriminada de dados pessoais.

Por isso, afirma-se que na modernidade o acesso aos bens de consumo é uma necessidade, portanto, o contrato é uma relação jurídica necessária e não mais voluntária. Fala-se em preceptivismo jurídico, em que o liberalismo perde força, fazendo com que o contrato tenha uma função social e deva ser protegido (FIUZA, 2011). "Assim, ser consumidor não é opção, bem como, por decorrência lógica, praticar atos de consumo ou atos necessários ao consumo (contratos), também não constituem fenômenos volitivos." (POLI; LORENTINO, 2016). Nesse sentido é que os contratos de adesão em meio eletrônico devem ser tutelados, pois não há uma relação de paridade entre os contratantes. Como visto, isso não importa em nulidade do contrato, o que pode acontecer é a declaração de nulidade de algumas das cláusulas da avença.

4.4. A abusividade e invalidade de cláusulas restritivas de direitos

A principal característica do contrato de adesão é que não é possível alterar as cláusulas substanciais do contrato. Afirma-se que para os termos de adesão digital vigora o princípio da aceitação integral, segundo o qual não é possível discordar dos termos de uso ou política de privacidade. Isso gera o risco da invalidação do negócio jurídico.

O risco da invalidação judicial está vinculado à inexistência de acordo mútuo sobre tais termos e condições, o que significa a própria inexistência do contrato em si, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Além disso, a utilização de *hiperlink* para indicar a existência de um contrato, nos moldes

atuais, anteriormente, descritos, não é aceito pelos tribunais, tendo em vista a dificuldade em percebê-los, constituindo, muitas vezes, uma prática desleal do proprietário do site. (LIMA, 2014)

Destarte, isso não implica invalidade do contrato, nem tampouco em validade absoluta de todas as cláusulas. Caso exista alguma cláusula abusiva ou restritiva de direitos, esta será considerada nula a depender do caso. Um exemplo de cláusula nula comumente encontrada nesses contratos é a que estabelece o domicílio para o ajuizamento de qualquer demanda pelo usuário. Veja-se, por exemplo, a que consta nos termos de uso do Facebook:

Você resolverá qualquer reivindicação, causa de ação ou disputa (reivindicação) decorrente de ou relacionada exclusivamente à esta Declaração ou ao Facebook no tribunal distrital americano, para o distrito do norte da Califórnia, ou um tribunal estadual localizado no condado de San Mateo, e você concorda em submeter-se à jurisdição pessoal de tais tribunais com o propósito de pleitear todas essas reivindicações. As leis do estado da Califórnia regem esta Declaração, bem como as alegações que surjam entre você e nós, independentemente de conflitos nas disposições legais. (FACEBOOK, 2016)

Se aplicada a referida cláusula, um usuário brasileiro deveria ajuizar uma ação no estado da Califórnia nos Estados Unidos da América, onde se encontra a sede principal do Facebook. Entretanto, conforme o artigo 11 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Isso significa que quando a informação utilizada pelo Facebook provém de um usuário brasileiro, deverá ser aplicado o ordenamento jurídico deste país, ao contrário do que dispõe os termos de uso, o que implica a competência da jurisdição brasileira. Tal fato decorre dos artigos 101, inciso I do CDC (BRASIL, 1990) e do artigo 22 do Código de Processo Civil – CPC (BRASIL, 2015).

O artigo 101 do CDC dispõe em seu caput e inciso I que a ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços pode ser proposta no domicílio do autor (BRASIL, 1990). Mais ainda, o artigo 22, inciso II do CPC normatiza que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil (BRASIL, 2015). Nesse sentido, por se tratar de uma relação de consumo a relação entre um usuário e um provedor (PINHEIRO, 2016), bem como o fato de se tratar de um contrato de adesão, deverá ser considerada nula de pleno direito a referida cláusula, podendo o usuário optar pelo seu domicílio para fins de fixação de competência, além da observância do ordenamento jurídico brasileiro para a aplicação do direito.

Outro exemplo de cláusula nula de pleno direito que comumente é inserida nos termos de adesão digital é a que trata da cessão de dados para terceiros. O Marco Civil em seu artigo 7º, inciso VII, normatiza o direito dos usuários ao não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, exceto se houver consentimento livre, expresso e informado. Esse consentimento, tratando-se de um contrato de adesão, é relativo. Isso porque, como já exposto, o usuário usualmente sequer lê o contrato com o qual está aderindo. Perceba que o Facebook assim dispõe em seus termos de uso:

Quando você usa aplicativos, sites ou outros serviços de terceiros que utilizam ou são integrados aos nossos Serviços, eles podem receber informações sobre suas publicações ou compartilhamentos. Por exemplo, quando você joga com seus amigos do Facebook ou usa os botões Curtir ou Compartilhar em um site, o desenvolvedor do jogo ou o site pode coletar informações sobre as suas atividades no jogo, ou receber o comentário ou link do site compartilhado por você no Facebook. Além disso, quando você baixa ou usa serviços de terceiros, eles podem acessar seu Perfil Público, que inclui seu nome ou número de identificação de usuário, faixa etária e país/idioma, lista de amigos, bem como as informações que você compartilha com eles. As informações coletadas por esses aplicativos, sites ou serviços integrados estão sujeitas aos seus próprios termos e políticas. (FACEBOOK, 2016)

Percebe-se que o Facebook permite que um serviço de terceiro tenha acesso às informações sobre o usuário da plataforma. Além disso, em outra cláusula, o Facebook admite que compartilha as informações

peçoais do usuário com o seu grupo de empresas. Assim dispõe o contrato: "Compartilhamos as informações que temos sobre você com um grupo de empresas que fazem parte do Facebook." (FACEBOOK, 2016). Percebe-se que esse compartilhamento de dados pessoais fere o Marco Civil da Internet, além de fugir da finalidade da rede social.

O aplicativo "Lulu" foi um exemplo que evidenciou o quão prejudicial pode ser esse compartilhamento. Tal serviço permitia que as mulheres avaliassem sexualmente os homens que faziam parte de sua rede de amigos no Facebook, tudo isso de forma anônima. Com isso, muita discussão se formou, levando inclusive à instauração de um inquérito por parte do Ministério Público do Distrito Federal para que fosse apurada alguma irregularidade no caso, com base no argumento de que "o aplicativo no qual mulheres dão notas a homens de sua rede social evidencia ofensa a direitos existenciais de consumidores, particularmente à honra e à privacidade" (ALVES, 2016).

Diversas foram as ações judiciais ajuizadas por homens contra o aplicativo, o que levou ao seu fim no ano de 2014, sem qualquer explicação para os usuários. Isso não impediu o julgamento de alguns processos que também tinham no polo passivo o Facebook, plataforma que cedeu os dados dos usuários ao aplicativo, sem a autorização expressa dos homens.

Um desses casos foi a apelação cível número 1000647-47.2014.8.26.0564, julgada pela 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 20 de Outubro de 2015. O caso teve a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação de indenização por danos morais – Sentença de procedência – Violação à honra do autor – Aplicativo "Lulu" – Ilegitimidade passiva – Inocorrência – No mérito, ocorrência de abalo moral indenizável – Valor da indenização fixado de forma razoável, no caso concreto – Recurso improvido.

(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 1000647-47.2014.8.26.0564, Desembargador José Carlos Ferreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília 20/10/2015).

Trata-se uma ação de indenização por danos morais ajuizada por um homem em face da "Luluise Incorporation", empresa que possui o aplicativo "Lulu" e em face do Facebook. O juiz de primeira instância condenou os réus a ressarcirem o autor a importância de 20

mil reais em razão dos danos morais. O Facebook recorreu da decisão argumentando que não possui legitimidade passiva, pois não possui responsabilidade sobre o aplicativo tido como ofensivo. No mérito do recurso, argumentou que o autor consentiu com o uso de suas informações no momento em que aceitou os termos de uso da plataforma.

Sobre a ilegitimidade passiva, o tribunal decidiu que não há ilegitimidade passiva do Facebook, pois este permitiu o compartilhamento de opiniões de caráter ofensivo à honra do autor, existindo solidariedade entre os réus. No mérito, argumentou o relator que a parte autora teve as informações de seu perfil pessoal do Facebook capturadas, sem o seu consentimento, servindo de avaliação pelo público feminino de forma anônima. O relator rechaçou o argumento de que o autor teria anuído com essa cessão de dados pessoais quando aderiu à rede social, afirmando que se trata de um contrato de adesão. Assim, o tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença.

O mesmo fundamento foi utilizado no Recurso Inominado 71005057401 da Quarta Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 19 de setembro de 2014. Veja-se trecho da decisão:

E não é demais referir que o autor ao informar e autorizar a divulgação de seus dados no Facebook, não significa autorizar a utilização de forma irrestrita e que sejam utilizadas por qualquer um, mas apenas acesso aquelas pessoas para quem ele autoriza e quer compartilhar a sua vida. E com certeza não pretendeu nem mesmo compartilhar com aquelas mulheres, com quem nem pessoalmente se relacionou, e muito o mais ter a sua vida e pessoa avaliadas e de forma depreciativa, colocando em risco sua felicidade pessoal. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Processo 71005057401**, Rel. Desembargadora Gisele Anne Vieira de Azambuja. **Diário de Justiça**, Brasília 23/09/2014)

Perceba que foi decidido que a autorização para o uso das informações pelo Facebook não admite a utilização por terceiros. Tal conclusão decorre da aplicação do princípio da finalidade e da proteção da privacidade dos usuários, pois "todo indivíduo deve ter direito à proteção de sua propriedade e de sua privacidade." (PINHEIRO, 2016, p. 95).

Apesar de toda a discussão sobre o aplicativo, ele voltou a funcionar em 2016 no Brasil (LOPES, 2016). Dessa vez, o cadastro e os

dados utilizados não são oriundos do Facebook. Além do mais, os perfis disponíveis para a avaliação não são mais feitos automaticamente, é preciso que seja feito o cadastro prévio pela pessoa. Com isso, há um consentimento dos usuários em serem avaliados e avaliarem os outros, o que denota uma atenção à informação clara aos serviços prestados pelo aplicativo, com o respeito à privacidade dos demais usuários.

4.4.1. *Próprio*

Como o termo de uso se trata de um contrato, a ele se aplica o princípio da boa-fé objetiva. O referido princípio é positivado no ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 113 (função interpretativa), 422 (função integrativa) e 187 (função restritiva), todos do Código Civil (BRASIL, 2002). Conforme Carlos Roberto Gonçalves:

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio do direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, o de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. (GONÇALVES, 2011, p. 700)

As partes devem agir sempre com probidade na execução contratual, bem como adotar uma postura de lealdade para com o contratante. Assim sendo, a boa-fé objetiva resulta da análise do padrão do homem médio e os usos e costumes locais. Por isso, afirma-se que é em vão a tentativa de se cunhar uma definição fechada deste princípio, pois, em cada individualidade, haverá um significado distinto (FARIAS; ROSENVALD, 2007).

Diversos são os desdobramentos da boa-fé objetiva. Um deles é *venire contra factum proprium*, também conhecida como teoria dos atos próprios.

Na tradução literal, *venire contra factum proprium* significa vir contra um fato próprio. Ou seja, não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de

atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 118)

Pela teoria dos atos próprios, o contratante não pode ter uma conduta contraditória na execução do contrato, ou seja, deve manter um padrão esperado de comportamento. Conforme afirma Anderson Schreiber (2005), há necessidade de se tutelar a confiança dos contratantes geradas pelo comportamento do outro, em conformidade com o princípio da solidariedade social.

O princípio da solidariedade social, protegido como objetivo da República brasileira no artigo 3º da Constituição de 1988, impõe a consideração da posição alheia também na atuação privada. O *nemo potest venire contra factum proprium*, concebido como uma vedação ao comportamento incoerente dirigida à tutela da confiança, não é outra coisa senão um instrumento de realização deste valor constitucional. Há, em outras palavras, direta vinculação entre a solidariedade social e o princípio de proibição ao comportamento contraditório. (SCHREIBER, 2005, p. 101)

Isso tem relevante influência na análise dos termos de uso de um serviço de Internet. Questiona-se a possibilidade de se proteger um usuário por uma ação que ele mesmo tomou, ou seja, proteger a pessoa dela mesma.

A título exemplificativo, será abordado o caso do adolescente Nissim Ourfali. No ano de 2012, um vídeo postado pelo pai do adolescente se espalhou pela Internet, sendo assistido por inúmeras pessoas. O referido vídeo era um convite feito à família para o seu Bar Mitzvah, uma cerimônia judaica que marca o início da adolescência (GLOBO.G1, 2016).

O que era para ser apenas um convite aos familiares, rapidamente tomou conta das redes sociais, pois o vídeo possuía diversas passagens cômicas:

O vídeo de Nissim feito por uma produtora mostrava o jovem, ao som da música do One Direction, falando em português sobre sua família e suas atividades favoritas - ele faz referências a lugares como a praia da Baleia. O vídeo foi feito para o Bar Mitzvah do garoto, uma cerimônia que insere o jovem judeu como um membro pleno da comunidade judaica. (GLOBO.G1, 2016).

Logo após o vídeo ter se espalhado o pai apagou o original, entretanto, já havia diversos outros disponíveis para acesso. Em verdade, é possível encontrar o vídeo com muita facilidade na Internet, basta que se pesquise o nome do Nissim Ourfali em qualquer motor de buscas, tal como o Google.

Ante a dificuldade em retirar o conteúdo da Internet, Nissim Ourfali, assistido por seus pais, ajuizou uma ação contra o Google, requerendo a retirada de todo e qualquer vídeo que “apresentassem o nome, a voz ou a imagem do jovem e estivessem disponíveis no YouTube, no Orkut e no Blogger (redes sociais da empresa)” (GOOGLE, 2016a).

Foi requerida medida liminar para a retirada do conteúdo, a qual foi deferida. Entretanto, o pedido foi julgado improcedente pelo Juiz de primeira instância. Assim sendo, foi feito um recurso para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A 9ª câmara de direito privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso do Nissim, determinando a retirada de todo e qualquer conteúdo relacionado ao vídeo do Google.

O processo tramita sob segredo de justiça, o que impede o conhecimento de mais detalhes sobre o caso. Entretanto, em nota divulgada pelo Google, este afirmou que “a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo não observou a jurisprudência pacífica do STJ sobre a matéria, que reconhece a necessidade de indicação das URLs específicas do conteúdo para que seja possível fazer a remoção” (GOOGLE, 2016a). Assim, há um erro na decisão, pois não foi indicado o endereço do conteúdo a ser retirado, o que já era o entendimento consolidado no STJ, definido em 2013, no Recurso Especial 1.396.417, além de ser a disposição legal do Marco Civil da Internet em seu artigo 19, §1º (GOOGLE, 2016a).

Analizando o caso sob o prisma da teoria dos atos próprios, deve-se questionar a possibilidade de imputação ao Google do ato ilícito, tendo em vista que o vídeo ofensivo foi colocado pelo próprio usuário à disposição de todos. Mais ainda, conforme os termos de uso da plataforma, o usuário permite que outros reproduzam o trabalho, podendo inclusive distribuí-lo. Veja-se:

Para fins de esclarecimento, Você mantém todos os direitos de propriedade sobre seu Conteúdo. Entretanto, ao enviar o Conteúdo ao YouTube, Você, pelo presente, cede ao YouTube licença mundial, não exclusiva, isenta de royalties, passível de ser sublicenciada e transferida, para usar, reproduzir, distribuir,

preparar trabalhos derivados, exibir e executar o Conteúdo em conexão com o Serviço e YouTube (e de seus sucessores e afiliadas), inclusive, mas sem se limitar a atividades de promoção e redistribuição parcial ou total do Serviço (e trabalhos derivados) em qualquer formato de mídia e através de qualquer canal de mídia. Você também cede a todos os usuários do Serviço uma licença não-exclusiva para acessar o seu Conteúdo por meio do Serviço, e para usar, reproduzir, distribuir, exibir e executar tal Conteúdo conforme permitido pela funcionalidades do Serviço e de acordo com estes Termos de Serviço. (GOOGLE, 2016b, grifo nosso)

Por mais que se trate de um contrato de adesão, não se vislumbra, sob essas circunstâncias, um vício que anule a referida cláusula, importando em um dever da plataforma indenizar o usuário. Isso porque foi ele quem fez com que o vídeo fosse disponibilizado na Internet, momento em que já saberia da possibilidade de ser acessado por qualquer usuário. Ora, como o usuário teve o intuito de tornar público o vídeo, não pode agora, após gerar essa expectativa de comportamento no provedor de serviço, requerer uma reparação pela repercussão que o caso tomou. O usuário sabia, desde o princípio, que, ao disponibilizar o vídeo no *You Tube*, o público alvo se tornaria indeterminado. Assim, não pode agora ir contra o próprio ato.

Evidente que a análise do caso perpassa por outro aspecto, qual seja, o direito de ser esquecido pela Internet¹², o qual tem origem no caso *Soldatenmord von Lebach* (SARLET, 2016). Na Alemanha, no ano de 1969, quatro soldados foram assassinados, sendo três réus condenados pelo crime, dois à prisão perpétua e outro à prisão de 06 anos. Este último, ao sair da prisão, tomou conhecimento que uma emissora de TV iria fazer uma reportagem especial sobre o crime, mostrando inclusive fotos dos criminosos. Assim, ele ajuizou uma ação pleiteando que não fosse exibido o programa. A corte alemã decidiu por impedir a exibição do programa, ao fundamento de que não pode um fato

¹² Em verdade, a corrente mais aceita no direito Europeu trabalha com o Direito de ser apagado/deletado (*right to be erase* ou *right to be delete*). O argumento é de que o esquecimento é subjetivo, não se pode impor que as pessoas esqueçam um fato, mas pode-se impor que um motor de busca apague um resultado. Sobre o tema, ver: BERNAL, P.A., ‘A Right to Delete?’, *European Journal of Law and Technology*, Vol. 2, No.2, 2011. Disponível em <<http://ejlt.org/article/view/75/144>>. Acesso em: 05 dez. 2016

se tornar um verdadeiro martírio na vida de uma pessoa. Há sim o direito de se noticiar fatos ocorridos no passado, mas desde que isso seja relevante. O direito de ser esquecido é de tamanha importância, que a diretiva da união europeia, em sua última reforma (abril/2016), colocou-o como um direito de todos.

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se o enunciado 531, que dispõe que a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Evidente que já se tem uma base para o direito ao esquecimento. Por mais que qualquer informação na rede seja perene, é dado aos usuários o direito de serem literalmente esquecidos pela rede, através da exclusão de seus dados. A grande dificuldade na era digital é a facilidade de como se copia um arquivo. Com apenas alguns cliques é possível fazer uma cópia perfeita do arquivo original, o que torna uma árdua tarefa esquecer alguém na rede mundial de computadores. No caso do Nissim Ourfali, por exemplo, mesmo com a determinação judicial, muitos usuários já possuem o vídeo salvo, o que faz com que seja inócua qualquer decisão nesse sentido.

5. Conclusão

A investigação mostrou que a relação entre um provedor de aplicação de Internet e um usuário é regulada por um termo de adesão digital, que é um contrato de adesão. Como característica principal, estes termos têm a aceitação integral, ou seja, ou se aceitam todos os termos ou não se utiliza o serviço desejado.

Tal fato evidencia a relativização do elemento vontade nas relações entre usuários e provedores. A ideia de autonomia da vontade deve ser revisitada, pois não mais reflete a ordem principiológica moderna. Fala-se em preceptivismo jurídico, teoria segundo a qual além de interessarem aos contraentes, os contratos possuem um efeito em toda a sociedade, e a esta também interessa o adimplemento da avença. Assim, houve uma crise após o auge do liberalismo, acompanhada da massificação das relações jurídicas, com uma objetivação do contrato. Mostrou-se que as relações são necessárias, não mais voluntárias, o que não significa a ausência de vontade. Há o elemento voluntarista, entretanto este não é mais o preponderante. Deve-se tutelar a confiança das partes.

Com base na análise documental feita, evidenciou-se a teoria da autonomia privada, que melhor reflete essa tutela da confiança. Há limites sobre a vontade dos contratantes, como, por exemplo, os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

A investigação mostrou que existem dois tipos de termos de adesão digital, quais sejam, o *Click-Wrap* e o *Browse-Wrap*. O primeiro é aquele no qual o usuário deve clicar em alguma caixa ou botão para concordar com o contrato, aceitando os seus termos. Por sua vez, o segundo tipo é aquele quando se navega em um *Web Site* sem que se tenha aceitado os termos com um click, mas estando vinculado a este simplesmente por estar utilizando aquele serviço. Percebe-se que o elemento vontade não é o preponderante dessa relação. Conforme a investigação mostrou, isso não implica invalidade da avença, pois rompeu-se com o paradigma de necessidade de se tutelar a vontade.

Destarte, este estudo mostrou que é possível se falar em invalidade de determinadas cláusulas contratuais. Isso porque não se pode ter, por exemplo, renúncia antecipada ao direito resultante da natureza do negócio em um contrato de adesão. O contrato continua válido, mas, existindo uma cláusula que implica renúncia, apenas esta será invalidada. Há primazia da continuidade da relação contratual, pois, como visto, o adimplemento interessa a toda sociedade. Portanto, a análise da validade deve ser feita em cada cláusula em apartado e, conforme evidenciado, deverá ser observado o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o Marco Civil da Internet, Código Civil de 2002, Código de Defesa do Consumidor e Código de Processo Civil de 2015.

Outro aspecto estudado neste trabalho diz respeito à proteção contra o comportamento contraditório, teoria conhecida como *venire contra factum proprium* ou teoria dos atos próprios, a qual é um desdobramento da boa-fé objetiva. De acordo com tal princípio, uma parte não pode assumir um comportamento em uma relação contratual e posteriormente ir contra essa postura.

Trabalhou-se com o caso do Nissim Ourfali, no qual um vídeo cômico foi colocado na Internet pelo próprio pai do adolescente, vindo a ser divulgado por diversas pessoas. Posteriormente, foi ajuizada uma ação contra o Google, requerendo a retirada do vídeo. Com base na teoria dos atos próprios, não se pode falar em qualquer dano praticado pelo provedor, pois sabia-se que, ao inserir o vídeo na plataforma Youtube, ele poderia ser acessado e compartilhado por qualquer pessoa. Ou seja, a parte adotou um comportamento no início da relação, o de divulgar o vídeo, e posteriormente, requereu a retirada deste. Não se discute a possibilidade jurídica do direito ao esquecimento, é evidente que há hipótese de o vídeo ser retirado com base neste instituto. Destarte, não

se pode falar em responsabilidade do provedor por ato ilícito, pois ele confiou no comportamento adotado pelo usuário no início da relação.

Referências

ALVES, Cida. Ministério Público Abre Inquérito contra aplicativo Lulu e Facebook. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/12/1379824-ministerio-publico-abre-inquerito-contra-aplicativo-lulu-e-facebook.shtml>>. Acesso em: 14 nov. 2016

BERNAL, P.A., 'A Right to Delete?', **European Journal of Law and Technology**, Vol. 2, No.2, 2011, Disponível em <<http://ejlt.org/article/view/75/144>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

BRANT, Cássio Augusto Barros. **Marco Civil da Internet**: comentários sobre a Lei 12.965/2014. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 Jan. 2002.

BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 ABRIL DE 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 24 Abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 mar. 2015.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 12 Set. 1990.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. Boston: Pearson Education, 2007.

FACEBOOK. **Política de dados**. Disponível em <<https://www.facebook.com/privacy/explanation>> Acesso em: 19 ago. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GLOBO.G1. Justiça determina que Google tire do ar vídeos sobre garoto. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/03/nissim-ourfali-justica-determina-que-google-tire-do-ar-videos-sobre-garoto.html>> Acesso em: 15 jul. 2016

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Contratos e atos unilaterais**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOOGLE é obrigado a excluir todos os vídeos de Nissim Ourfali do YouTube. 2016a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-15/google-obrigado-excluir-videos-nissim-ourfali-youtube> Acesso em: 15 jul. 2016.

GOOGLE. **Termos de Serviço**. 2016b. Disponível em: <<https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&hl=pt>> Acesso em: 19 de ago. 2016.

ITALIA. **Codice Civile**. 2016. Disponível em <<http://www.studiocataldi.it/codicecivile/>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 399-450.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira De. Contratos de Adesão Eletrônicos (*Shrink-wrap* e *Click-wrap*) e os termos de condições de uso (*Browse-wrap*). IN: LIMA, Cíntia Rosa Pereira De; Nunes, Lydia Neves Bastos Telles. **Estudos Avançados de Direito Digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira De. **O Ônus de Ler o Contrato no Contexto da "Ditadura" dos Contratos de Adesão Eletrônicos**. 2016. Disponível em: < <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

LOPES, Renan. Com tantos processos judiciais, como o app Lulu conseguiu voltar ao Brasil?. **Gismodo**. Disponível em <<http://gizmodo.uol.com.br/lulu-volta-ao-brasil/>>. Acesso em 14 nov. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAESANI, Liliana Minardi. **O Direito na Sociedade da Informação III: a evolução do Direito Digital**. São Paulo: Atlas, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

POLI, Leonardo Macedo; LORENTINO, Sérgio Augusto Pereira. Autonomia dos Consumidores nos Contratos. In: **CONPEDI**; 2015, v. 1, p. 208-226. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/852e718s/vMLdSzDuxS7mH7ff.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo 71005057401, Rel. Desembargadora Gisele Anne Vieira de Azambuja. **Diário de Justiça**, Brasília 23/09/2014

ROMERO, Luiz. Não li e concordo. **Super Interessante**. 2016. Disponível em <<http://super.abril.com.br/tecnologia/nao-li-e-concordo>>. Acesso em: 22 ago. 2016.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Do caso Lebach ao caso Google vs. Agencia Espanhola de Proteção de Dados**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-05/direitos-fundamentais-lebach-google-vs-agencia-espanhola-protecao-dados-mario-gonzalez>> Acesso em: 15 jul. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 1000647-47.2014.8.26.0564, Rel. Desembargador José Carlos Ferreira Alves. **Diário de Justiça**, Brasília 20/10/2015

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TARTUCE, Flávio. A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 205-232.

O IMPACTO DO PROVIMENTO N.º 52/2016 DO CNJ NA GARANTIA DE ANONIMATO A DOADORES DE GAMETAS NO BRASIL: NECESSIDADE DE UMA DEFINIÇÃO

Maria de Fátima Freire de Sá¹
Anna Cristina de Carvalho Rettore²

5.1. Introdução

A primeira gravidez fruto das técnicas de reprodução humana assistida ocorreu em 1978, e a partir de então ficou clara a possibilidade de a comunidade científica intervir efetivamente no processo reprodutivo humano. A ideia era tornar possível o sonho da parentalidade para pessoas com problemas de fertilidade. O caminho se tornou eficiente e real.

As técnicas evoluíram e, a cada dia, tornam-se mais refinadas. Hoje, os procedimentos de medicina reprodutiva afiguram-se técnicas rotineiras e alcançam cada vez mais um número maior de usuários, inclusive por meio do uso de material (óvulos, sêmen ou embriões) doado por terceiros que não possuem intenção de estabelecer vínculo com a criança a nascer ou, ainda, por meio do uso do útero de uma gestante substituta.

É tamanha a atualidade e difusão do tema que existe uma série de produções cinematográficas que o tangenciam, a exemplo do filme indicado a quatro estatuetas do Oscar “Minhas mães e meu pai” – no qual os filhos de um casal homoafetivo feminino decidem conhecer o doador de espermatozoides que gerou ambos, decisão esta que acaba por

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito (mestrado e doutorado) e Professora Adjunta IV na Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.