ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

Revista Direito e Liberdade

AUTONOMIA PRIVADA E CONTRATOS ELETRÔNICOS NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE PONTEANA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE E SEUS REFLEXOS NO TRATAMENTO DE DADOS

ELECTRONIC CONTRACTS AND AUTONOMY OF WILL IN THE CONTEMPORARY CIVIL RIGHT: A PONTEAN ANALYSIS OF MANIFESTATION OF WILL AND ITS REFLEXES ON THE DATA PROCESSING

Sthéfano Bruno Santos Divino [*]
Taisa Maria Macena de Lima [**]

RESUMO: A internet e as disposições contratuais eletrônicas encontram-se em intensa utilização e precária regulamentação. Partindo dessa premissa, o presente texto, utilizando-se da metodologia pesquisa bibliográfica para coleta de dados e do método hermenêutico-concretizador para argumentação, tem como objetivo a análise da regularidade jurídica dos negócios jurídicos contratuais eletrônicos (união ou coligação do contratos eletrônico de prestações de serviços e do contrato de coleta e tratamento de dados), sob a ótica da doutrina de Pontes de Miranda, para demonstrar que tais negócios jurídicos coligados não observam os requisitos mínimos exigidos pelas manifestações de vontades envoltas no plano de existência. Ao final, defende-se a inexistência dos dois contratos eletrônicos, por haver discrepâncias entre as manifestações de vontade e as intenções externadas entre as partes, no que concerne à coleta e ao tratamento de dados.
Palavras-chave: Contrato eletrônico. Manifestação de vontade. Plano de existência. Tratamento de dados.

---

[*] Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras. Professor substituto de Direito Privado Patrimonial da Universidade Federal de Lavras. Advogado. Lavras – Minas Gerais – Brasil.

[**] Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora adjunta da graduação e do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Desembargadora Federal do Trabalho. Belo Horizonte – Minas Gerais – Brasil.

ABSTRACT: The internet and electronic contractual arrangements are under intense use and precarious regulation. Based on this premise, the present text, using the bibliographical research methodology for data collection and the hermeneutic-concretizing method for argumentation, has the objective of analyzing the legal regularity of the contractual electronic legal business (union or coalition of electronic contracts of benefits services and the data collection and processing contract) from the point of view of the Pontes de Miranda doctrine, in order to demonstrate that such related legal transactions do not meet the minimum requirements demanded by the manifestations of wills involved in the plan of existence. In the end, it is argued that there are no two electronic contracts, as there are discrepancies between the manifestations of will and intentions expressed between the parties, regarding the collection and processing of data.
Keywords: Electronic contract. Manifestation of will. Plan of existence. Data processing.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 NEGÓCIO JURÍDICO: A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE EM PONTES DE MIRANDA**; 3 CONTRATOS ELETRÔNICOS:** ATIPICIDADE E REGULAÇÃO; 3.1 CONTRATOS ELETRÔNICOS**: atipicidade; 4 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE:** ENTRE O TERMO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E A POLÍTICA DE PRIVACIDADE – COLIGAÇÃO CONTRATUAL?**; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

Inúmeros dispositivos tecnológicos são comumente utilizados na práxis. Para a devida utilização e completa fruição do que é ofertado ao usuário, são indispensáveis e indissociáveis, à celebração dos negócios jurídicos eletrônicos, o aceite às condições pré-estabelecidas em termos contratuais.

Nessas contratações são coligados os Termos de Serviços e os Termos de Privacidade em um único instrumento, condicionando-os uns aos outros. Surgem, então, na atual conjuntura jurídica e tecnológica, alguns questionamentos: os contratos eletrônicos coligados são pactuados seguindo as diretrizes do princípio da autonomia privada? Os requisitos inerentes à expressão da manifestação de vontade estão sendo observados? Existem maneiras de realizar um negócio jurídico eletrônico de prestação de serviços sem consentir com o tratamento de dados expresso em outro contrato eletrônico? Quais as consequências jurídicas caso não haja como dissociá-los?

Assim, o presente trabalho, por meio da metodologia da pesquisa bibliográfica e do método hermenêutico-concretizador, demonstrará que, de forma geral, na celebração de contratos, pela via eletrônica, nos moldes atuais, ocorre necessariamente a coligação de contratos, com múltiplas e distintas manifestações de vontade, ainda que simultâneas. Coligam-se o contrato de prestação de serviços e o contrato de tratamento de dado.

O objetivo do presente escrito é analisar criticamente a coligação obrigatória dos contratos de prestação de serviços e tratamento de dados, que nega ao usuário a possibilidade de contratar apenas a prestação de serviços e deixar de contratar o tratamento de dados, a despeito de manifestações de vontade distintas para compor o núcleo de cada contrato. Tal obrigatoriedade não decorre de lei, mas de imposição de um dos partícipes da relação contratual. Há, pois, evidente vulneração do princípio da autonomia privada.

Incialmente, utilizar-se-á a doutrina de Pontes de Miranda, para uma abordagem conceitual sobre a manifestação de vontade, visando a uma demonstração mais detalhada da composição fática e jurídica do negócio jurídico.

Em seguida, os conceitos inicialmente abordados serão implementados à contratação eletrônica. Neste momento serão apresentados os elementos que devem fazer parte do consentimento para que este seja validamente manifestado, no sentido de permitir a coleta e tratamento de dados.

Ao final, frente à superação do problema de pesquisa e dos objetivos propostos, questiona-se: 1) se nos moldes atuais, existe substrato jurídico e fático que possa afirmar e subsidiar a existência jurídica dos contratos eletrônicos que fornecem e realizam, de maneira coligada, serviços e tratamento de dados; e se 2) as manifestações de vontade envoltas desse tipo de negócio eletrônico contratual seriam suficientes ou capazes de condicionar o negócio jurídico à sua inexistência.

2 NEGÓCIO JURÍDICO: A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE EM PONTES DE MIRANDA

Antes de iniciar uma reflexão acerca dos contratos em si, procede-se à uma análise detalhada da manifestação de vontade e à distinção conceitual entre negócio jurídico e ato jurídico não negocial.

Negócio jurídico é apenas uma classe de fatos jurídicos em que há, como elemento fático (suporte fático - *negotium*), manifestação de vontade. É o próprio suporte fático após sua entrada no mundo jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 55).

O suporte fático é a ocorrência de um evento ou grupo de eventos da e na práxis que, se descrito e positivado em uma determinada norma jurídica ela irá, ao regulá-lo, judicializar esse ato, transformando-o em negócio jurídico. Somente alguns fatos terão pertinência para a norma jurídica. Por exemplo: a declaração de vontade de confessar-se ao padre

não é suporte fático de negócio jurídico. Portanto, nem todos os fatos e declarações de vontade podem ser, ou são, suporte fático de negócios jurídicos (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 57).

Como manifestação de vontade, entende-se o elemento essencial do suporte fático. Com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico. Daí a conclusão de o negócio jurídico ser a judicialização do suporte fático (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 56).

Além disso, o emprego dos termos *manifestação de vontade e declaração de vontade* possuem significados epistêmicos distintos. Existem, de fato, negócios jurídicos em que o suporte fático é a manifestação simples (ato adeclarativo), em vez de declaração de vontade (vontade tácita + vontade expressa).

Os atos *volitivo*s adeclarativos ausentam-se de declaração. Nesse caso, o ato é indício de vontade. Lado contrário, os atos adeclarativos (manifestações simples de vontade) aproximam-se das declarações de vontade que se denominam como tácitas, visto que nesses atos há vontade (*vox*). Explica-se: o caráter "tácito" origina-se da acepção "silente", "calado". Contudo, embora materializados dessa forma, dadas as circunstâncias negociais ou em razão de disposição normativa, verifica-se que há manifestação de vontade (*vox*). Por isso, a diferença entre as declarações de vontade tácitas e os atos *volitivo*s adeclarativos.

O que identifica a singela peculiaridade das primeiras é a presença da vontade, embora silente. Já a distinção entre declaração de vontade tácita e atos adeclarativos é a existência de divulgabilidade do ato que os distingue. Enquanto na primeira há, necessariamente, intento de divulgação, ao ato adeclarativo, por definição, não é necessário que falte a intenção de comunicar a vontade, mas sim que não a ponha clara. No mais, existem as declarações onde a disposição da vontade é clara, ou seja, expressas (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 57-59).

Tanto as manifestações de vontade simples quanto as declarações de vontade podem ser, ou são, suporte fático de negócios jurídi-

cos. O que importa nesse caso é precisar se a vontade que ali se declara constitui vontade negocial; se contém a de estabelecer o negócio jurídico ou o suporte fático de negócio jurídico, uma vez que não há negócio sem vontade negocial (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 57-58). Exemplificando: a restituição do penhor é ato *volitivo* adeclarativo; não é negócio jurídico. Esse já fora celebrado inicialmente. Inexiste vontade negocial na restituição do objeto. Trata-se de mera vontade não negocial.

Para ser válida e considerada como elemento do suporte fático do negócio jurídico, a manifestação de vontade há de ser consciente, por exigência do princípio da autonomia privada. A falta de vontade excluirá a existência da declaração de vontade, não gerando o negócio jurídico. A falta de consciência da exteriorização da vontade de negócio jurídico excluirá a existência da declaração de vontade, ou da atuação de vontade como suporte fático do negócio jurídico (ato *volitivo* adeclarativo).[1] Sem vontade, sem consciência de exteriorização de vontade, não há declaração de vontade, ou ato *volitivo* adeclarativo que possa ser suporte fático de negócio jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 58).

A declaração ou manifestação de vontade contida no suporte fático básico do negócio jurídico pode estar só (sozinha – aqui, suficiente à composição do negócio jurídico e coincidente com a declaração ou manifestação de vontade), ou com outras declarações ou manifestações de vontade, sendo multíplice (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 64).

Caso a vontade seja multíplice, alguma delas deverá ocupar e exercer o papel de núcleo (*essentialia negotti*); o elemento definidor do conteúdo específico do negócio jurídico. Ausente esse elemento nuclear, ou o negócio jurídico não seria, ou seria outro negócio jurídico. Em torno do elemento nuclear, compreendem-se outros elementos *volitivo*s, os quais, sem

[1] Pontes de Miranda (2012b, p. 59) demonstra: "o que se sentou, no momento de aprovação de negócio jurídico de adesão, porque ia perder os sentidos, não o aprovou, - exatamente como aquele que perdeu os sentidos e se sentou: ali faltou consciência de manifestação; aqui, de vontade".

eles, o negócio jurídico, tal qual é em sua especificidade, seria, pois não lhe afeta a natureza (o núcleo) (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 65).

Os elementos *volitivo*s que complementam o núcleo são considerados complementares ou complementantes (de modo algum acessório; pois não há condição de acessoriedade; e diferente de completantes[2]) podem ser declarações ou manifestações de vontade. Sua presença ensejará à validade; sua falta, a anulabilidade do negócio jurídico. Fora do núcleo, tudo o que se destaca no suporte fático atine-se à validade ou eficácia do negócio jurídico, e não à sua existência. Se complementante do núcleo, falta, há nulidade (PONTES DE MIRANDA, 2012a, p. 66).

Esse cenário pode ser claramente visualizado nas relações matrimoniais envolvendo menores que atingiram a idade núbil e desejam casar, mas necessitam da autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, por não terem atingido a maioridade civil (art. 1.517 do Código Civil de 2002). A manifestação de vontade núcleo será a externada pelos nubentes menores. O *animus* matrimonial, relativo ao núcleo de existência desse negócio jurídico, está expresso na declaração de vontade dos sujeitos em causa. Sua falta ensejará a inexistência desse ato. Por outro lado, a autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, caracteriza-se como elemento *volitivo* que complementa o núcleo. Nesse caso, sua ausência enseja a anulabilidade do negócio jurídico matrimonial (art. 1.550, II, do Código Civil).

Por vezes, as declarações de vontade ou as manifestações de vontade complementares funcionam duplamente: como núcleo de negócios jurídicos auxiliares e elementos complementares do negócio jurídico auxiliado.

O destaque para essa distinção apresentada por Pontes de Miranda é razão de sua singularidade entre a doutrina tradicional, além

[2] Aqui, Pontes de Miranda cria um vocábulo para determinar o elemento que completa o núcleo do suporte fático como condição de existência, diferindo-se dos complementares ou complementantes, estes relacionados à validade ou eficácia.

ser de suma importância para permear e (de)linear a entrada da manifestação de vontade no mundo jurídico. Por isso, a discussão do tema aqui apresentado será realizada baseada em suas premissas.

O autor apresenta, por exclusão, três situações em que a declaração de vontade – frise-se esta não classificada como ato jurídico, e sim como suporte do elemento fático – não ingressaria no mundo jurídico: a) quando o objeto não se presta, ou raramente se presta, ou só excepcionalmente se prestaria a ser objeto de relações jurídicas, compreendendo manifestações de vontade que passam e permanecem, por pouco tempo, ou por muito tempo, no mundo fático; b) quando os figurantes não querem que as suas manifestações de vontade não entrem no mundo jurídico; e c) aquelas circunstâncias que se fazem sem intuito jurídico (PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 92-93).

O esboço da análise ponteana acerca da manifestação de vontade e da declaração de vontade constitui cerne e *conditio sine qua non* à materialização do negócio jurídico. Assim, com a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático com indispensável intuito negocial, materializa-se em negócio jurídico. Inexistindo, no entanto, o "intuito negocial", negócio jurídico não existirá. Em razão disso, aqui se demonstrará e sustentará a tese de que a ausência de manifestação de vontade, no sentido de permitir o tratamento de dados nos contratos eletrônicos, resulta na inexistência do contrato de tratamento de dados que normalmente encontra-se unido ao contrato de prestação de serviços. O ato *volitivo* adeclarativo (ato sem vontade negocial, seja ela tácita ou expressa) externado pelo contratante naquele negócio jurídico não é suficiente para autorizar o tratamento de dados. Note-se: o contrato atinente ao tratamento de dados não é nulo ou anulável, pois ele sequer adentra no plano da existência.

A premissa e o raciocínio acima ajustados tornarão mais evidentes quando da descrição acerca de sua atipicidade e regulação, termos aparentemente contraditórios, mas aplicáveis à temática desenvolvida.

3 CONTRATOS ELETRÔNICOS: ATIPICIDADE E REGULAÇÃO

O contrato possui o efeito de criar, adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos e obrigações por meio do prévio consentimento e conformidade com a ordem legal expresso e materializado em negócio jurídico bilateral, assentado na ideia de um pressuposto de fato e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido, com fundamento ético na vontade humana e sua atuação perante a ordem legal (PEREIRA, 2017, v.3, p. 184).

O conceito sofreu várias reformulações desde sua origem no direito romano[3] até o estágio contemporâneo, sendo mutável quanto à sua importância à época analisado. Considerado um mal necessário e de menor importância face ao direito de propriedade durante o período feudal, os contratos foram readaptados para com as transformações advindas do mercantilismo e, posteriormente, da revolução industrial (TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 49).

No intercalar dessas épocas, o lema *laisses faire, laisses passer*, sintetizando a desejada livre iniciativa ausente de qualquer controle político em virtude da autorregulamentação do mercado àquela época, fez com que a concepção individualista já presente no contrato acentuasse, concentrando e manipulando os recursos na sociedade em poucas pessoas para garantia de subsistência do capitalismo, abrindo a possibilidade de uma das partes conseguir ganhar mais com o contrato, enquanto a outra praticamente era escravizada pelo mesmo, causando um grande desequilíbrio nas relações sociais (TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 50).

Lado contrário à essa visão, um dos modos mais expressivos de sua redução durante o século XX, foi o surgimento e a atuação do dirigismo contratual como "poder para transformar a igualdade teórica, contrariada pelos fatos, em igualdade efetiva, com uma política de regula-

[3] Nessa época, o foco do direito cingia-se entre o Direito de Família, o Direito das Sucessões e o Direito de Propriedade (ZIMMERMANN, 1999, p. 1-34).

mentação e intervencionismo" (BEVILÁQUA, 1938, p. 59).

"O processo de constitucionalização do direito contratual – assim como o do direito civil como um todo – implica a substituição de seu centro valorativo: em lugar do indivíduo, e de sua autonomia, encontra-se a pessoa humana, sua socialidade e dignidade" (NEGREIROS, 2006, p. 507). Lado à liberdade individual, a Constituição fez instituir no direito contratual a solidariedade. A presença da dignidade da pessoa humana sensibiliza o direito contratual à questão social, reformando-o e concedendo-lhe novas facetas inteiramente estranhas ao modo exclusivamente patrimonial a que era concebido (NEGREIROS, 2006, p. 507).

Com o advento da Internet e sua incorporação ao cotidiano, os contratos sofreram uma radical mudança em seu clássico paradigma e induziram os juristas à novamente reformulá-los e relê-los sob a ótica do direito civil contemporâneo, pois, "em uma economia baseada no conhecimento, na informação e em fatores intangíveis, a inovação é função primordial" (CASTELLS, 2003, p. 85).

À essa visão, alocando-se como primeira acepção a ser (em) compreendida, dirige-se à necessária racionalidade do instrumento em causa como contrato. Evidentemente, a lógica dessa construção liga-se ao fato de inexistir previsão expressa no atual código civilista ou qualquer outra legislação brasileira esparsa consagrando e intitulando a carta eletrônica como um instrumento negocial. Para tanto, *a priori*, convém reler concepção conceitual de contratos atípicos trazida pela doutrina.

3.1 CONTRATOS ELETRÔNICOS: **atipicidade**

A experiência jurídica contratual tende a tutelar os instrumentos de maior incidência e utilização na práxis quando da elaboração do respectivo dispositivo legislativo que tende a regulá-los. Entre a elaboração e a promulgação do atual Código Civil, a correspondência fática e legislativa para com as cartas eletrônicas praticamente inexistia, razão

pela qual sua ocupação não foi incluída em conjunto à tipificação dos clássicos instrumentos contratuais.

Porém, a inexistência de expresso regramento para um determinado tipo negocial não exime a legislação de regê-lo, afinal, a concepção de contrato é vinculada à ideia de negócio jurídico. Esse se dá a partir da incidência de uma norma jurídica em um suporte fático (*negotium*), por meio de uma declaração de vontade (PONTES DE MIRANDA, 2012b, p. 55). Nesse sentido, a atipicidade contratual é abordada pela doutrina clássica e pela contemporânea a fim de delinear sua singular identidade.

Pontes de Miranda (2012a, §4.257) leciona que "os negócios jurídicos atípicos, bilaterais ou plurilaterais, são aquêles (sic) que não podem ser insertos em contrato típico, ou em uniões de contratos típicos".

Pereira (2017, v.1), por sua vez, advoga que essa noção de (a) tipicidade contratual tem suas raízes fundadas no Direito Romano. Aqui, duas largas classes existiam: nominados e inominados. Enquanto aqueles se compunham de figuras contratuais identificadas por suas linhas dogmáticas precisas e definidas, sendo designados por seus próprios nomes, os inominados, em razão de a complexidade da vida romana ter se oposto à contenção dos negócios jurídicos dentro de esquemas legislativos previamente estabelecidos, surgiram como convenções não enquadradas nesses, mas que não poderiam ser considerados desprovidos de efeitos, ante a existência de um sinalagma entre os interessados.

Em razão da atecnia trazida pela nomenclatura romana, posteriormente, realizou-se a correção léxica para contratos típicos e atípicos, justificando que o contrato pode ter nome (como é o caso aqui abordado – contrato eletrônico ou contrato digital), mas ser atípico.

Assim, os contratos típicos recebem uma tutela específica do ordenamento jurídico e apresentam-se com um nome. Enquanto os atípicos, lado contrário, embora possam ter nome, inexiste disposições legislativas, carecendo de regulamentação expressa, mas vinculando o interesse dos contraentes à lei, à ordem pública, aos bons costumes e aos princípios

gerais de direito que ali incidirão (AZEVEDO, 2009, p. 121).

Dessa forma, a lógica dedutiva, ante a inexistência de dispositivos legais que regulam e regem a carta negocial eletrônica, infirmam e evidenciam sua classificação como contrato atípico. Por outro lado, sua classificação como contrato não é relativamente nova.

O marco legal responsável pelo reconhecimento jurídico dos instrumentos negociais eletrônicos como contrato, no direito estrangeiro, deu-se na Lei Modelo da Uncitral sobre o Comércio Eletrônico, de 1997, em seus arts. 5° e 11.[4] Porém, em razão de a legislação brasileira nada o regular, visualiza-se claramente sua atipicidade.

No mesmo sentido, posiciona-se a doutrina contemporânea. Pinheiro (2016, p. 536-537) advoga que os contratos eletrônicos são uma modalidade de contratos atípicos, em razão de sua inexistência específica de regulamentação legal, na qual o fator que prepondera é a liberdade de contratar e o princípio da autonomia da vontade, mas devendo as partes se acautelarem na estipulação das normas da relação em causa, para que não contrariem as disposições legais e parâmetros gerais estabelecidos pelo Código Civil.

Leal (2009, p. 82) também classifica os contratos eletrônicos como atípicos, ponderando que, não obstante, seu conteúdo possa estar disciplinado em lei, como, por exemplo, a compra e venda.

---

[4] Artigo 5 – Reconhecimento jurídico das mensagens de dados.
Não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica.
Artigo 11 – Formação e validade dos contratos
Salvo disposição em contrário das partes, na formação de um contrato, a oferta e sua aceitação podem ser expressas por mensagens eletrônicas. Não se negará validade ou eficácia a um contrato pela simples razão de que se utilizaram mensagens eletrônicas para a sua formação (UNITED NATIONS, 1999).

Apesar das incontáveis definições doutrinárias sobre contratos eletrônicos[5] e das discussões que fomentam, está aquém do objetivo deste artigo abordá-las pormenorizadamente. O que se pretende é enquadrar e classificar os contratos eletrônicos como contratos atípicos, evidenciando a lacuna legislativa e remetendo seus regramentos aos parâmetros gerais estabelecidos pelo Código Civil de 2002.

Frisa-se e posiciona-se: com relação à forma, será eletrônica se celebrada em meio tecnológico ou digital. Já o conteúdo, caso exista nominação e tipificação legal estrita sobre a modalidade negocial a ser realizada, que possa identificá-lo com qualquer outro tipo de contrato, não será ele contrato eletrônico. Portanto, um contrato de compra e venda, um contrato de doação, um contrato de mútuo, ou qualquer outro disposto expressamente pelo código civilista brasileiro, ou reconhecido e já nominado pela doutrina, embora as partes optem por materializá-lo em meio eletrônico, não será ele um contrato eletrônico *sui generis*. Esse somente será assim classificado quando seu conteúdo e forma forem estritamente ligados ao direito digital e não for possível identificá-los ou subsumi-los às normas de uma modalidade contratual já nominada e tipificada.

Dessa forma, apesar da ausência de normativos nacionais aplicáveis aos contratos eletrônicos, não quer dizer que sejam eles eivados de

---

5 Para Filkenstein, "O contrato eletrônico, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que resulta do encontro de duas declarações de vontade e é celebrado por meio da transmissão eletrônica de dados. Ele geralmente é formado pela aceitação de uma oferta pública disponibilizada na Internet ou de uma proposta enviada ao destinatário certo, via correio eletrônico, contendo, no mínimo a descrição do bem e/ou produto ofertado, preço e condições de pagamento" (FINKELSTEIN, 2004, p. 187-188).
Para Oliver Iteanu, o contrato eletrônico "é o encontro de uma oferta de bens ou serviços que se exprime de modo audiovisual através de uma rede internacional de telecomunicações e de uma aceitação suscetível de manifestar-se por meio da interatividade" (ITEANU, 1996, p. 27).
Na visão de Semy Glanz, "contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou de aparelhos com tais programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha" (GLANZ, 1998, p. 72).

regulamentos. Estes seguirão as diretrizes básicas estabelecidas pela parte geral do Código Civil. Pretende-se, neste momento, apresentar a análise específica desses instrumentos direcionado ao tratamento de dados.

4 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE: ENTRE O TERMO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E A POLÍTICA DE PRIVACIDADE – COLIGAÇÃO CONTRATUAL?

Quando do acesso a *sites* comerciais ou de interações sociais, aplicativos, ou quaisquer outros meios eletrônicos de comunicação e interação digital, os usuários desses serviços encontram as condições gerais de um contrato eletrônico predispondo Termos e Condições de Serviço a regular aquela relação contratual. Em sua totalidade, as disposições ali contidas são caracterizadas como termo de adesão, uma vez que não há possibilidade de o usuário discutir as cláusulas contratadas e seus direitos e seus deveres oriundos daquele negócio jurídico. Esse, em sua maioria, possui cláusulas direcionadas ao tratamento de dados pessoais do usuário desses serviços. Nesse sentido, os usuários adentram em uma questão de racionalidade limitada: há um contrato contendo as cláusulas reguladoras daquela relação eletrônica; normalmente não são lidas; se lidas, não compreendidas; se compreendidas, não pactuadas. Neste último caso, pressupõe-se minoria, uma vez que situação majoritária se concentra na primeira e na segunda categoria.

São incontáveis os tipos de contratos eletrônicos existentes na rede mundial de computadores. Utilizar-se-ão dois grandes modelos contratuais de rotineira utilização: as Políticas de Privacidade da *Google* e da *Apple*. O simples fato de o usuário possuir um dispositivo *smartphone* ou acessar alguns dos serviços disponíveis de titularidade dessas empresas, direciona-o aos moldes contratuais estabelecidos por elas. Suas Políticas de Privacidade, anexas aos Termos de Serviços e indissociáveis à sua prestação, são condições indispensáveis à utilização do produto ofertado.

Primeiramente, analisa-se a Política de Privacidade da *Apple* (2017). Para utilizar qualquer serviço da empresa, o usuário deve concordar com as condições gerais contratuais que lhe é posta. Caso contrário, a simples negativa enseja a indisponibilidade do serviço. Ou seja, caso o usuário seja detentor de um dispositivo dessa empresa (*iPhone*, *iMac, iPod*, etc.), precedendo seu uso, foi obrigado a concordar com tais termos, sob pena de não poder utilizá-lo.

Aceita a Política de Privacidade para utilização de seus serviços, a *Apple* (2017) poderá coletar informações de usos pessoais sobre: solicitações de crédito comercial; compra de um produto; atualização de software; registro de aula na *apple store*; contatos com a própria empresa; participação de pesquisas on-line patrocinadas pela própria empresa; o nome, endereço de correspondência, número de telefone, endereço de *e-mail*, preferências de contato e informações de cartões de crédito do usuário; compartilhamentos de conteúdo entre a família e amigos que utilizam produtos da empresa; envio de vale-presentes e produtos; convite à pessoas para participar de serviços ou fóruns da empresa, bem como as informações cedidas pelo usuário sobre essas pessoas, tais como: nome, endereço de correspondência, número de telefone, endereço de *e-mail*, podendo a empresa utilizar essas informações com a finalidade de completar solicitações do usuário, fornecer produtos ou serviços que ela achar relevantes.

Todas as informações de cunho pessoal serão utilizadas (*APPLE*, 2017): para manter o usuário atualizado sobre anúncios de produtos; atualizações de software; criação, desenvolvimento, operação, fornecimento e melhoria nos produtos, serviços, conteúdos e publicidade da empresa; para confirmar a identidade do usuário, incluindo o uso da data de nascimento deste, objetivando a identificação de demais usuários e determinação de serviços adequados; envio de avisos considerados importantes pela empresa, como comunicações sobre compras e alterações em seus termos, normas e condi-

ções; para propósitos internos, como auditoria, análise de dados e pesquisa para melhoria de produtos, serviços e as comunicações de clientes da empresa.

Além disso, a empresa também coleta e utiliza informações não pessoais[6], podendo transferi-las e revelá-las para qualquer propósito, tais como (*APPLE*, 2017): ocupação, idioma e código postal do usuário; código de área; identificador do dispositivo; localização e fuso-horário; atividades do usuário em fontes quaisquer serviços da empresa, *iCloud, iTunes Store, App Store, Mac App Store, App Store* para *Apple TV* e iBooks Store, etc.; informações sobre os modos de utilização dos serviços da empresa, incluindo buscas realizadas por meio do dispositivo; e, com o consentimento explícito do usuário, informações de como ele utiliza o dispositivo e os aplicativos, objetivando ajudar os desenvolvedores de aplicativos a melhorarem seus produtos.

Em ambos os casos, a empresa poderá disponibilizar informações pessoais e não pessoais a parceiros considerados estratégicos e que trabalhem com ela, para fornecimento de produtos e serviços que a ajudem na comercialização e interação com seus clientes. Por exemplo, quando o usuário compra e ativa seu *iPhone*, ele autoriza a *Apple* e sua operadora a trocarem informações fornecidas durante o processo de ativação para realização do serviço. Se ele for aprovado para o serviço, sua conta será regida pelas políticas de privacidade respectivas da *Apple* e de sua operadora.

Existe, inclusive, a possibilidade de venda desses dados. Rodotà (2008, p. 153), contra essa atitude, denomina esse fenômeno como "um novo direito de propriedade sobre os dados pessoais, que se tornaram um bem indispensável e de grande valor da era do *direct marketing*". A *commodification* desses direitos modificaria a

[6] Compreendidas como aquelas que não permitem a associação direta a um indivíduo específico.

própria natureza do direito à privacidade. Ele não seria mais direito fundamental da pessoa, mas um título negocial a ser circulado no mercado. Assim:

> A proposta de considerar os dados como "propriedade" do interessado revela uma tutela insuficiente justamente sob o perfil do direito fundamental à privacidade, porque a possibilidade de negociar uma contrapartida econômica se apresenta como único instrumento capaz de atribuir ao interessado um real poder de controle sobre os próprios dados que, de outra forma, poderiam ser coletados sem o seu consentimento ou até mesmo sem o seu conhecimento (RODOTÀ, 2008, p. 154).

A situação não é diferente no cenário contratual da empresa *Google*. Da mesma forma que sua concorrente, *Apple*, a Política de Privacidade da *Google* (2017) será aplicada a todos os serviços oferecidos por ela e por suas afiliadas, inclusive o *YouTube*, serviços oferecidos em dispositivos *Android* e quaisquer serviços oferecidos em outros sites, tais como anúncios.

Assim, a *Google* (2017) destinará as informações coletadas para melhoria de seus serviços, desde descobrir coisas básicas, como o idioma de seus usuários, até coisas mais complexas, como anúncios considerados úteis e relevantes pelos seus usuários, as pessoas on-line que são mais importantes para estes, ou vídeos do *YouTube* que poderá os usuários gostar.

Dentre os dados coletados pela empresa, elencam-se (*GOOGLE*, 2017): informações pessoais como nome, endereço de *e-mail*, número de telefone ou cartão de crédito; informações acerca do uso que o usuário faz dos serviços fornecidos pela empresa, quando, por exemplo, vê um vídeo no *YouTube* ou visita um *website* através do seu principal motor de pesquisa, o *Google*; especificidades sobre os dispositivos utilizados

para acesso aos serviços fornecidos, tais como modelo de *hardware*, versão do sistema operacional, identificadores exclusivos de produtos[7], informações de rede móvel, inclusive número de telefone, podendo associá-los à Conta do *Google* do usuário.

Quando o usuário utiliza os serviços fornecidos pela *Google*, também possui certas informações coletadas, como: detalhes de como utilizou os serviços; informações de registros de telefonia, como números de quem chama, números de encaminhamentos, horário e data de chamadas, duração das chamadas, informações de identificador de SMS e tipos de chamadas; endereço de protocolo de internet (IP); dados de evento de dispositivo como problemas, atividade do sistema, configurações de *hardware*; a localização real do usuário através do amálgama de informações fornecidas por *GPS*; e diversos outros dados que podem ser observados em sua política de privacidade (*GOOGLE*, 2017).

Não diferente, a empresa poderá ceder e compartilhar essas informações com terceiros, desde que autorizada pelo usuário. Autorização essa obtida desde o momento em que este adere ao Termo de Adesão para iniciar e reger aquela relação contratual.

Todo o esboçado e exemplificado pela análise dos Termos de Privacidade dessas duas grandes empresas é o *locus* para demonstrar sua caracterização como manifestação de vontade núcleo, coligada e indissociável, dos Termos de Serviços.

---

[7] "Um identificador de dispositivo (às vezes chamado de ID único universal ou UUID) é uma *string* de caracteres incorporada a um dispositivo pelo fabricante. Ele pode ser usado para identificar o dispositivo com exclusividade (um número IMEI de *smartphone*). Diferentes identificadores de dispositivo variam no sentido de serem ou não permanentes, de poderem ou não ser redefinidos pelo usuário e no modo como podem ser acessados. Um dispositivo pode ter diferentes identificadores exclusivos, podendo sê-los utilizados para diversos fins, incluindo segurança e detecção de fraudes, sincronização de serviços como a caixa de entrada de um usuário, memorização das preferências do usuário e fornecimento de publicidade relevante" (*GOOGLE*, 2017).

Quando do início da contratação, o usuário é obrigado a aceitar tanto os Termos de Privacidade quanto os Termos de Serviço. Caso não o faça, não poderá dar início àquela relação negocial. Não há como aceitar apenas os Termos de Serviço e negar vigência aos Termos de Privacidade. Há coagulação. São esses Termos coligados voluntariamente pelo contratado.

Por serem pactuados dessa forma, afirma-se que o *negotium* externado pela empresa objetiva, além do fornecimento de serviços, a coleta e tratamento de dados. Será impossível para o usuário celebrar um contrato dissociando-os para conter apenas a obrigação de prestação de serviços. Ele será obrigado a aceitar, inclusive, o Termo de Privacidade, no qual autoriza a coleta e tratamento de dados.

Essa característica inerente a esses tipos de contrato traz à tona a manifestação de vontade externada pelas partes. Enquanto a empresa necessita de duas manifestações de vontade, o usuário externa apenas uma. A manifestação de vontade núcleo da empresa será múltipla. Além do fornecimento de serviços, o objetivado por ela é a coleta e tratamento de dados. Há dualidade de núcleos nessa relação contratual eletrônica. E, caso não o fosse estipulado dessa forma, o contrato seria outro: apenas de prestação de serviços.

Já o ato negocial externado pelo usuário é o da utilização desses serviços. Não se afirma que alguém compre um dispositivo eletrônico, como um *smartphone*, para autorizar o tratamento de dados pessoais. Ou que realiza uma pesquisa no *Google* objetivando ter seus dados captados e tratados. A compra do dispositivo é para interação social. Ligação, conversação, *e-mails, SMS*, ou qualquer outro modo disponível para tanto. No mesmo sentido é a pesquisa realizada em um motor de busca na internet. O que é objetivado pelo usuário é a utilização desses serviços. Em nenhum momento objetiva ele ter suas informações pessoais coletadas para *melhoria dos serviços da empresa prestadora de serviços*, ou qualquer outra função genérica estipulada pela empresa.

Neste ponto, portanto, têm-se dois negócios jurídicos contratuais eletrônicos: o de prestação de serviços (A) e o de coleta e tratamento de dados pessoais (B). O suporte fático que enseja a entrada do negócio no mundo jurídico, por parte da empresa, é a soma de A+B. Para ela, a manifestação de vontade é múltipla. É a soma desses dois fatores que caracterizarão sua posição no sinalagma contratual. Caso seja extraído o elemento A ou o elemento B, o contrato não será o mesmo, pois há a retirada de uma manifestação núcleo de vontade. Tanto A quanto B exercem a função de *essentialia negotti*.

Por outro lado, o negócio jurídico celebrado pelo usuário objetiva apenas o elemento A, a prestação de serviços. A vontade negocial externada por ele é justamente essa. Inexiste outra. Não há, sequer, declaração de vontade tácita, pois nessa há *vox*, embora silente. O externado pelo usuário com relação à manifestação de vontade núcleo B é ato *volitivo* adeclarativo. Inexiste vontade negocial para subsidiar a entrada do suporte fático B no mundo jurídico. A manifestação de vontade não é consciente, e sua falta excluirá a existência da declaração de vontade, ou da atuação de vontade como suporte fático do negócio jurídico (ato *volitivo* adeclarativo). Sem vontade, sem consciência de exteriorização de vontade, não há declaração de vontade, ou ato *volitivo* adeclarativo que possa ser suporte fático de negócio jurídico.

Dessa forma é possível afirmar que, ausente uma das manifestações núcleos do *essentialia negotti*, não será possível sua constituição. Não sendo uma dessas possíveis, inexiste contrato. Sua constituição é condicionada à existência de, pelo menos, ato adeclarativo objetivando realizar A+B. Como o ato é *volitivo* adeclarativo, sem qualquer intuito negocial externado pelo usuário para realizar o negócio jurídico de B, apenas a vontade externada em A não é capaz de sustentar sua existência e incidência do *negotium* no mundo jurídico, uma vez que quando há multiplicidade de núcleos caracterizadores do negócio, indispensavelmente há de ter intuito negocial em todos eles.

Pontes de Miranda (2012a, § 286), à sua época, já visualizava essa possibilidade:

> A vida é mais rica do que a tipificação jurídica. Donde surgirem negócios jurídicos atípicos. Mas os fins mesmos multiplicam-se, juntam-se, combinam-se, fundem-se; de modo que, aqui e ali, os negócios jurídicos apenas apresentam traços comuns de fins, a que se dá o nome de *fim comum*. Naturalmente, o que entra, sozinho, no mundo jurídico, é negócio jurídico único, de per si; O que entra de uma vez, sem acompanhamento, que o force a ser ao lado, à frente, ou por trás, ou embaixo de outro negócio jurídico, é negócio jurídico único. Se o suporte fático contém elementos que *seriam* de dois ou mais negócios jurídicos, e só um entra, é que a unidade se fez pela composição complexa de suporte fático.

No cenário brasileiro, até agosto de 2018, as disposições legais não regulavam o tratamento de dados nas relações contratuais eletrônicas de forma pormenorizada e eficazmente. Em especial as questões que envolvem consentimento e manifestação de vontade nesta modalidade negocial são inócuas. Exsurge, nesse cenário, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, com consideráveis disposições legais inspiradas do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho Europeu, de 27 de abril de 2016, que revoga a antiga Diretiva 95/76/CE (Regulamento Geral sobre Proteção de Dados), e do Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

O Regime de Proteção de Dados Brasileiro (BRASIL, 2018) dispõe, em seu art. 7°, *caput*, incisos I-X, e parágrafos situações que autorizam o tratamento de dados. Dentre as hipóteses elencadas, uma delas é pertinente para a temática do presente estudo: a contida no inciso I [8], que

[8] Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

condiciona a coleta e o tratamento de dados do titular mediante o fornecimento de consentimento de seu titular.

O inciso I do normativo acima citado é complementado pelos arts. 5°, XII, e 8° deste mesmo dispositivo legal. Nos termos do primeiro [9], o consentimento deverá ser manifestação livre, informada e inequívoca, bem como fornecido por escrito ou qualquer outro meio que o certifique[10]. Se escrito, deverá ser fornecido em cláusula destacada das demais cláusulas contratuais, cabendo ao responsável pelo tratamento de dados o *onus probandi* de que o consentimento foi obtido em conformidade com essa e outras situações dispostas na Lei[11].

O §3° do art. 8° da Lei nº 13.709/2018 dispõe acerca dos defeitos do negócio jurídico elencados pelos arts. 138-144 (erro ou ignorância), 145-150 (dolo), 151-155 (coação), 156 (estado de perigo), 157 (lesão), 158-165 (fraude contra credores), e art. 167 (simulação), todos do Código Civil de 2002, sendo vedado qualquer tratamento de dados pessoais quando o consentimento tenha sido obtido nessas condições[12].

Além disso, toda autorização captada pelo consentimento do titular dos dados para o seu tratamento deverá ter uma finalidade determinada, sendo nulas as autorizações genéricas (art. 8°, §4°), podendo sê-lo, também, revogado a qualquer a qualquer momento, desde que o titular expresse essa intenção (art. 8°, §5°)[13].

---

[9] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]
XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;

[10] Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

[11] § 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.
§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

[12] § 3º É vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento.

[13] § 4º O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, e as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas.

Apesar de tentar conceituar o termo *consentimento livre, inequívoco e informado*, o texto da Lei nº 13.709/2018 não satisfaz quanto às definições contidas da mesma forma que o Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados[14]. Aqui (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 58-59), o consentimento pode ser externado de forma implícita ou explícita por meio de atos indubitáveis de que a pessoa sujeito em causa concorda com o tratamento dos seus dados, sendo indispensável o consentimento explícito quando envolver dados sensíveis[15].

Elenca o Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados três elementos de um consentimento válido que assegura que as pessoas objeto de tratamento de dados genuinamente autorizam a sua utilização. 1) a pessoa não pode estar sob qualquer pressão quando presta o seu consentimento, assemelhando-se ao disposto no art. 8°, §3°, da Lei 13.709, porém este mais completo; 2) a pessoa em causa deve ter sido devidamente informada sobre o objeto e as consequências do consenti-

§ 5º O consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 desta Lei.

[14] "A Convenção 108 não contém uma definição de consentimento; esta tarefa incumbe ao legislador nacional. Os requisitos de validade do consentimento são iguais aos requisitos de validade da declaração negocial estipulados no direito civil europeu. Outros requisitos de validade do consentimento previstos no direito civil, tais como a capacidade jurídica, também serão naturalmente aplicáveis no contexto da proteção de dados, na medida em que são requisitos jurídicos fundamentais. O consentimento inválido de pessoas sem capacidade jurídica não constitui uma base legal para o tratamento de dados sobre essas pessoas" (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 59).

[15] "No direito da UE, bem como no direito do CdE, existem categorias específicas de dados pessoais que, por natureza, poderão representar um risco para as pessoas em causa quando são tratados, pelo que exigem uma proteção reforçada. Por conseguinte, o tratamento destas categorias específicas de dados («dados sensíveis») só poderá ser permitido se tiverem sido implementadas garantias específicas. Quanto ao conteúdo dos dados sensíveis, podem ter: dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica; dados pessoais que revelem as opiniões políticas, as convicções religiosas ou outras; e dados relativos à saúde e à vida sexual" (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 44-45).

mento; e 3) o âmbito do consentimento deve ser razoavelmente concreto; sendo tais requisitos aplicáveis de forma cumulativa, condicionando o consentimento válido somente se observado todos os três requisitos acima citados (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 59).

O termo *caráter inequívoco* "significa que não devem existir dúvidas razoáveis de que a pessoa em causa pretendia comunicar a sua permissão para o tratamento de dados" (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 60), sendo a mera inércia é incapaz de constituir um consentimento inequívoco. Na esfera prática, quando da análise contratual, deve ficar verificada a potencial premissa da vontade, em seu caráter concreto. Ou seja, não se presume ou não se abstraem conclusões de algo que não pode ser concretamente verificável. Ao caráter inequívoco atribui-se como elemento o próprio discorrer da autonomia privada.

Com relação à liberdade, "será livre o consentimento se a pessoa em causa puder exercer uma verdadeira escolha e não existir nenhum risco de fraude, intimidação, coação ou consequências negativas importantes se o consentimento foi recusado" (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 60). Esta configuração não é estranha à matéria civilista. Está presente nos vícios do negócio jurídico como a coleta e o tratamento de dados pressupõe a existência contratual, tal instrumento deverá, obrigatoriamente, compor os vieses básicos dos critérios de validade e eficácia. Nesse sentido, o pressuposto de liberdade está ligado à ausência de vícios ou defeitos do negócio jurídico que possam eivá-lo de nulidade ou anulabilidade.

Já direcionado ao *consentimento informado*, a pessoa em causa deverá possuir informações suficientes acerca do tratamento de dados antes de tomar sua decisão (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 62). A (in)suficiência das informações fornecidas somente poderá ser determinada em cada caso concreto. Como regra, essas informações deverão incluir uma descrição rigorosa e facilmente compreensível do objeto do consentimento, bem como das consequências deste se proferido e ou se recusado, devendo a linguagem ser adaptada aos destinatários previsíveis das informações.

Por fim, o *consentimento deve ser específico*. Neste caso, caracteriza-se como a qualidade de informações fornecidas sobre o objeto do consentimento (UNIÃO EUROPEIA, 2014, p. 63). Para tanto, será considerado o homem médio como padrão de discernimento a fim de aferir a especificidade dos escritos destinados ao tratamento de dados. Além disso, se previstas novas operações ou alterações que não estavam pactuadas ou não poderiam ser previstas quando a pessoa em causa forneceu inicialmente o seu consentimento, será necessário requerer-lhe novamente.

No mais, o Regulamento 2016/679 (UNIÃO EUROPEIA, 2016) formaliza a necessidade de o consentimento ser explícito, ou seja, expresso na carta contratual destinada ao tratamento de dados, coadunando e aproximando, neste caso, ao critério de inequivocabilidade, já que não se admite a subsistência de dúvidas ou declarações formalmente tácitas para confecção da política contratual. Poderá, também, a pessoa em causa revogá-lo a todo tempo, não necessitando de justificativa prévia para tanto.

Verifica-se que, em ambos os dispositivos legais analisados, o termo consentimento é a palavra *locus* utilizada, tanto pelo legislador brasileiro quanto pelo legislador europeu, para regular o tratamento de dados. Poderia ter sido utilizada a palavra *autorização*, mas não é. E não o é de forma correta. Apesar de aparentemente iguais, semanticamente são distintas.

"Autorização é assentimento; anuência à realização de negócio jurídico de outrem. Aquele que assente sequer é parte integrante da convenção, mas legitima a realizá-la quem pretende fazê-la" (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017, p. 68). Enquanto, por outro lado, consentimento é vontade constitutiva do negócio jurídico, do acordo ensejador de efeitos negociais. Consentimento é manifestação de vontade. É elemento constitutivo do plano de existência do negócio jurídico. Sem ele, não há como o suporte fático incidir no mundo jurídico para a criação do negócio, diferentemente do que ocorre com a ausência de autorização. Neste caso, o negócio existe, só não será válido ante a ausência do requisito autorizador (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017, p. 68-69).

Assim, nos moldes contratuais eletrônicos contemporâneos, não se pode afirmar que o consentimento para o tratamento de dados é livre, informado, inequívoco e específico, pois inexistem extratos fáticos empíricos que utilizam desses pilares para sua legítima constituição.

Enquanto houver contratos eletrônicos de prestações de serviços e de tratamento de dados coligados, embora necessária a multiplicidade de manifestações de vontade, não há como separá-los. Por isso, se inexiste reciprocidade no sinalagma contratual e na vontade manifesta pela parte da relação que terá seus dados tratados, nesse sentido específico, seguidos os ditames trazidos pela legislação europeia, e se lhe falta regulamentações infraconstitucionais no cenário brasileiro, o contrato sequer existirá, pois lhe falta vontade; inexiste um dos núcleos. A vontade volitiva adeclarativa não é o suficiente para realizar essa autorização, sequer constituir consentimento para tanto.

A viável solução para essa postura seria, *a priori*: 1) afastar a coligação dos contratos relativos à política de privacidade e tratamento de dados, pois nitidamente distintos em suas funções, direitos e obrigações; e 2) possibilitar ao usuário escolha ou não de adesão ao negócio contratual de tratamento de dados, uma vez que factual e juridicamente ele não necessitaria dele para ter os serviços desejados, tornando-se, portanto, faculdade.

Concluindo, toda a discussão teórica sobre manifestação de vontade foi desenvolvida para demonstrar que, diante da união dos Termos de Serviço e Termos de Privacidade no momento da contratação eletrônica, a ausência do intuito negocial de ceder dados pessoais, têm como consequência a inexistência de ambos os negócios jurídicos. Trata-se de hipótese falta de elemento *volitivo* constituidor de um dos suportes fáticos.

Porém, apesar de as considerações e reflexões nos guiarem a uma solução jurídica teoricamente adequada e respaldada nas diretrizes da manifestação da vontade, não há como negar que o negócio de fato tem ampla repercussão jurídica e econômica na *práxis*. O princípio da preservação do negócio jurídico é escolha viável nesse cenário. O negó-

cio jurídico inexistente deve ser provisoriamente mantido até as partes sanarem-no com a coleta expressa do consentimento e da manifestação de vontade do usuário em causa. Isso, contudo, não descontrói a reflexão aqui trazida. Sua aplicação não deve ser a regra, mas exclusiva exceção diante da dificuldade fática e jurídica para declarar a inexistência de todos os atos reflexos dessa inexistência negocial *primeva*.

5 CONCLUSÃO

Os contratos eletrônicos são instrumentos jurídicos de relevância no cotidiano. Isso é um fato. Porém, ante sua múltipla e extensa capacidade clausular, disposições são pactuadas arbitrária e unilateralmente por uma das partes, especialmente o fornecedor dos serviços.

Para a utilização de um *smartphone*, de um serviço de busca, de reprodução de vídeo, de uma rede social, entre outros, o usuário necessariamente deverá concordar com os termos de serviços e os de privacidade. Neste último, há disposições que, em tese, autorizariam o tratamento de dados do usuário para utilização dos serviços. Seriam duas faces da mesma moeda. Para o usuário utilizar o que lhe é ofertado, ele precisará, necessariamente, consentir com o tratamento de seus dados. Esse cenário vai contra os princípios da autonomia privada e atinge diretamente o plano de existência desses negócios eletrônicos pactuados.

O fato de os contratos eletrônicos serem dispostos em um único instrumento, mas para sua constituição são necessárias múltiplas manifestações de vontade, direciona-o à sua inexistência caso o cessionário desses dados não tenha consentido para tanto.

Regulamentações e interpretações clássicas para com os institutos contemporâneos são necessárias. O tratamento de dados é uma questão sensível e preponderantemente abordada nacional e internacionalmente. Não há como autorizar sua coleta e tratamento em termos de adesão que não informam ou adquirem o consentimento necessário para tanto.

Posiciona-se pela possibilidade de escolha em aceitar as condições estipuladas e inerentes aos termos e condições de serviços e, caso o usuário destes desejar, a negatória do tratamento de seus dados. Seria essa, *a priori* e juridicamente, uma opção viável ao exercício da autonomia privada no âmbito contratual eletrônico. Os contratos devem ser autônomos; feitos em instrumentos separados para não impossibilitarem o contratante de utilizar apenas o serviço caso não consinta com os demais. Paliativamente, autoriza-se a utilização do princípio da preservação do negócio jurídico para manutenção do contrato até a regularização e colheita da manifestação de vontade e do consentimento do usuário que tem os dados tratados.

Uma proposição legislativa viável sobre o assunto seria a criação de um dispositivo legal que facultasse ao titular dos dados ceder ou não os dados pessoais sem que a prestação de serviços ficasse prejudicada. Ou seja, descaracterizar a coligação contratual para possibilitar o exercício da autonomia privada e da liberdade de contratar dos sujeitos em rede.

Assim, superando a problemática e objetivos inicialmente propostos, o presente trabalho, após toda a demonstração teórica, empírica e argumentativa, conclui pela inexistência jurídica dos contratos eletrônicos celebrados no âmbito digital, que objetivam a prestação de serviços coligados ao tratamento de dados pessoais, e que não são pactuados com consentimento prévio, explícito, informado, livre e inequívoco da pessoa que tem os dados tratados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. B. de; ALMEIDA, J. E. de. A exigibilidade da autorização conjugal para alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. In: POLI, L. M; SÃO JOSÉ, F. (coord.). **Direito civil na contemporaneidade**, v. 3. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

APPLE. **Política de privacidade**: atualizada em 13 de dezembro de 2017. Disponível em: https://www.apple.com/legal/privacy/br/. Acesso em: 14 dez. 2017.

AZEVEDO, A. V. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. **Lei n.º 13.708, de 14 de agosto de 2018**: dispõe sobre a regulamentação do tratamento de dados. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 15 dez. 2018.

BEVILÁQUA, C. Evolução da theoria dos contractos em nossos dias. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 1-10, jan./dez, 1938.

CASTELLS, M. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, M. **Communication power**. New York: Oxford University Press, 2009.

FINKELSTEIN, M. E. **Aspectos jurídicos do comércio eletrônico**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

GLANZ, S. Internet e contrato eletrônico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 757, p. 70-75, nov. 1998.

GOOGLE. **Política de Privacidade**: atualizada em 2 de outubro de

2017. Disponível em: https://www.google.com/intl/pt-BR/policies/privacy/#application. Acesso em: 15 dez. 2017.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

ITEANU, O. **Internet et le droit**: aspects juridiques du commerce électronique. Paris: Eyrolles, 1996,

LEAL, S. R. C. S. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2009.

NEGREIROS, T. **Teoria dos contratos**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil, v. 3**: contratos. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil, v. 1**: introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINHEIRO, P. P. **Direito digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado:** parte especial. Direito das Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado:** parte especial. Negócios jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, E. Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 940, p. 129-169, fev. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados.** Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em: <https://rm.coe.int/16806ae65f>. Acesso em: 15 dez. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho Europeu, de 27 de abril de 2016**. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679. Acesso em: 15 dez. 2017.

UNITED NATIONS, **Uncitral Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment**, 1999. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf. Acesso em: 8 abr. 2018.

ZIMMERMANN, R. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Correspondência | *Correspondence:*

Sthéfano Bruno Santos Divino
Praça Professor Edmir Sá Santos, s/n, Campus Universitário,
Departamento de Direito, CEP 37.200-000. Lavras, MG, Brasil.
Fone: (35) 3829-3158.
Email: sthefanoadv@hotmail.com

Recebido: 25/5/2018.
Aprovado: 23/5/2019.

Nota referencial:

Divino, Sthéfano Bruno Santos; Lima, Taisa Maria Macena de. Autonomia privada e contratos eletrônicos no Direito Civil Contemporâneo: uma análise ponteana da manifestação de vontade e seus reflexos no tratamento de dados. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 21, n. 2, p. 295-326, maio/ago. 2019. Quadrimestral.