

O certo é que a modicidade da tarifa deve ser conciliada com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; logo, se previsto no contrato o subsídio e, depois, retirado, pode-se dar ensejo à rescisão do contrato – artigo 39 da Lei nº 8987/95, cabendo ao concedente assumi-lo sem prejuízo da indenização pelos prejuízos suportados pelo concessionário. Esse binômio – modicidade/equilíbrio econômico-financeiro – é que justifica o prazo contratual, sendo, pois, norma geral o prazo em aberto da concessão. O limite de 50 (cinquenta) anos previsto na Lei Estadual nº 1481/89, artigo 2º, par. único, admite prorrogação, que não pode ser negada se tal equilíbrio não for alcançado com prestação do serviço adequado.

Eram as breves observações que podiam ser feitas para atender ao prazo solicitado.

É o parecer, s.m.j

VISTO

Aprovo o Parecer nº 7/97-MJVS, do douto Procurador do Estado, DR. MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO, que, em exíguo prazo, examinou com precisão as questões suscitadas, oferecendo as soluções jurídicas adequadas.

É de se louvar o empenho e eficiência com que o competente Procurador respondeu à complexa tarefa que lhe foi cometida, administrando, com sabedoria, o tempo escasso de que dispunha e a abrangência do conteúdo, expondo, com segurança e de forma objetiva, o equacionamento dos temas enfrentados.

Ao Exmo. Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, para ciência, solicitando o posterior encaminhamento à Secretaria de Estado de Transportes, com vistas à FLUMITRENS.

Em 07 de fevereiro de 1997.

MARIA FERNANDA VALVERDE
Resp. p/ Subprocuradoria Geral do Estado

Processo nº E-14/37594/99

INTERNET. Sites do Estado do Rio de Janeiro – Inclusão de espaços publicitários para utilização por empresas privadas – ato jurídico bilateral regido predominantemente pelo direito privado – Formalidades a serem observadas – licitação prévia e termo de contrato – observância do Código de Defesa do Consumidor quanto ao conteúdo da publicidade

Senhor Procurador-Geral,

I

Trata-se de pedido de opinamento formulado pela Secretaria de Estado de Comunicação Social (SECOM), através de sua Assessoria de Informática, com prévia consulta à Assessoria Jurídica do referido órgão, no que tange à implementação dos chamados *banners* (nome técnico dado aos espaços de publicidade), em *sites* do Estado do Rio de Janeiro, a fim de serem explorados por empresas privadas.

O interesse pela implantação dos espaços de publicidade, segundo consta no Parecer nº 05/99-ASSEJUR/SECOM, seria motivado pela elevada quantidade de acessos aos referidos *sites* (fls.03).

Entendeu o órgão jurídico setorial que a cessão de espaços dos *sites* para empresas privadas pode ser operacionalizada “mediante simples troca de correspondência epistolar”, sendo “desnecessário o instrumento contratual, eis que se trata somente de uma autorização mediante paga e também não se vislumbrando qualquer forma típica de competição” e “onde não há um texto contrário, a liberdade será posta ao alcance da vontade de cada um”. Estas as conclusões submetidas a exame desta Procuradoria Geral do Estado.

II

1.O direito à utilização de espaços na internet

A internet, nomenclatura utilizada para designar a rede mundial de comunicações via computador, opera através da utilização de uma rede pública de serviços de telecomunicações, sendo intermediada por uma entidade denominada provedor.

O incremento das relações sociais, econômicas e jurídicas, em função da agilização das comunicações via Internet, trouxe diversas questões no âmbito jurídico ainda não solucionadas.

O Brasil carece de regulamentação específica sobre o tema.

A base normativa se encontra na Portaria nº 148, de 31.05.95, do Ministro de Estado das Comunicações, cujo objeto foi a aprovação da Norma nº 04/95, que trata do “Uso dos Meios da Rede Pública de Telecomunicações para acesso à INTERNET”. A norma é aplicável tanto às entidades prestadoras dos serviços públicos de telecomunicações, quanto aos provedores e usuários dos serviços de conexão à Internet.

A norma traz algumas definições, entre as quais:

- “a) Internet: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o ‘software’ e os dados contidos nesses computadores;
- b) Serviço de Valor adicionado: serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações;
- c) Serviços de Conexão à Internet (SCI): nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado, que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações;
- d) Provedor de Serviços de Conexão à Internet (PSCI): entidade que presta o Serviço de Conexão à Internet;
- e) Provedor de Serviço de Informações: entidade que possui informações de interesse e as dispõe na internet, por intermédio do Serviço de Conexão à Internet;
- f) Usuário do Serviço de Informações: usuário que utiliza, por intermédio do Serviço de Conexão à Internet, as informações dispostas pelos Provedores de Serviço de Informações;
- g) Usuário de Serviço de Conexão à Internet: nome genérico que designa Usuários e Provedores de Serviços de Informações que utilizam o Serviço de Conexão à Internet;
- h) Ponto de Conexão à Internet: ponto através do qual o SCI se conecta à Internet.
- i) Coordenador Internet: nome genérico que designa os órgãos responsáveis pela padronização, normatização, administração, controle, atribuição de endereços, gerência de domínios e outras atividades correlatas, no tocante à Internet.”

O uso dos meios da rede pública de telecomunicações far-se-á por intermédio dos serviços de telecomunicações prestados pelas respectivas entidades exploradoras, sendo o provedor do serviço de conexão à Internet livre para a escolha dos serviços por elas prestados.

Na mesma data foi editada a Portaria Interministerial nº 147 pelos Ministros das Comunicações e da Ciência e Tecnologia, por meio da qual foi criado o “Comitê Gestor da INTERNET” no Brasil, que tem como atribuições o acompanhamento dos serviços de INTERNET no País, estabelecer recomendações, em especial sobre padrões e procedimentos técnicos, entre outras (art. 1º).

O Comitê Gestor editou as Resoluções nº 1 e 2, que tratam, apenas, de registro de nomes e códigos de acesso de usuários dos serviços de conexão, e cobrança de tarifa especial para entidades educacionais.

2.O exercício do direito a uso dos espaços na Internet

O processo de comunicação via Internet envolve um usuário, que, para se conectar à rede, deve se vincular a um provedor de serviço de conexão, que, por sua vez, faz uso dos serviços de empresas prestadoras do serviço público de telecomunicações. Uma vez conectado à rede, o usuário tem acesso a informações dispostas na Internet por um “provedor de serviço de informações”, que também faz uso de um serviço de conexão.

Em síntese, está-se diante de um serviço (de conexão) colocado no mercado à disposição de qualquer interessado (usuário ou provedor de informações) que atenda aos requisitos para sua obtenção.

O Estado, ao disponibilizar informações acessíveis ao público em geral pela Internet, qualifica-se não apenas como “provedor de informações”, mas, também, como “usuário do serviço de conexão” e do serviço público de telecomunicações.

3.A natureza jurídica do espaço virtual

Com a conexão, o Estado, na qualidade de provedor de informações, adquire um direito a produzir uma base de dados que constitui uma propriedade virtual (imaterial), protegida como direito autoral. É o ensinamento de WALTER DOUGLAS STUBER e ANA CRISTINA DE PAIVA FRANCO¹:

“O direito do autor manifesta-se assim que um trabalho é colocado num meio de comunicação acessível, o caso, as páginas da WWW ou qualquer outro meio de utilização da INTERNET, e quando este material é utilizado de forma não autorizada pelo seu criador”

Destarte, qualquer alteração a ser introduzida na base de dados por terceiros depende de uma “licença” do titular do direito autoral, não podendo se fazer à sua revelia (art. 32 da Lei nº 5988, de 14.12.1973).

Há portanto, necessidade de manifestação da vontade do titular do direito, no caso, o Estado.

1. *A internet sob a ótica jurídica*. RT nº 749. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1998, p. 67

4. A natureza jurídica da manifestação

O Estado manifesta sua vontade por atos unilaterais (autorizações, licenças, permissões, ingressos, matrículas), bilaterais (contratos administrativos e contratos da administração regidos predominantemente pelo direito privado) ou multilaterais (convênios e consórcios).

Na hipótese em exame, em função da disciplina do tema pelo regime de proteção pela Lei de Direitos Autorais, o ato é bilateral – contrato de licença firmado – pela Administração com um particular, regido predominantemente pelo direito privado (Lei n. 9.610/98, art. 7º, XII e Lei n.º 9609/985, art. 2º).

Tal licença² fica, no entanto, condicionada ao aspecto técnico do contrato firmado entre o provedor de informações e o provedor de acesso, tendo em vista a possibilidade de imposição de limites ao uso do espaço virtual. Tal contrato deverá descrever a forma de acesso ao *site*, preço, prazo, capacidade de comunicação disponível (*bandwidth*), número de pontos de conexão para a rede (*POPs*) e a razão entre o número de usuários e os pontos de conexão disponíveis; tudo isso deve considerar os termos e limites do contrato entre o provedor de conexão e a empresa prestadora de serviços públicos³.

5. A forma do ato de licença

Na era da comunicação eletrônica, o “comércio eletrônico” (o chamado *e-commerce*) tem exigido uma agilidade incompatível com as formalidades inerentes aos termos de contrato. Daí a técnica de assinaturas eletrônicas, senhas com as respectivas proteções, que dispensam o uso do papel, fazendo-se a prova das relações jurídicas através de outros meios hábeis.

Ocorre que o contrato firmado pela via eletrônica é incompatível com a formalidade inerente aos atos e processos administrativos. Isto porque o art. 62, §3º, da Lei n. 8.666/93 submete os contratos regidos predominantemente pelo direito privado às cláusulas essenciais dos contratos administrativos, às cláusulas exorbitantes (o que é absolutamente criticável quando o contrato é regido, predominantemente, pelo direito privado) e às formalidades, tais como o termo de contrato e sua publicação, ressaltando que o termo até pode ser substituído por outros “instrumentos hábeis”, tais como nota de empenho, carta-contrato, ordem de serviço ou de compra, não se verificando, no entanto, ampla abertura para o contrato eletrônico.

Vale registrar que, sendo um contrato, a licença deve ser precedida de licitação ou da declaração formal da sua dispensa ou inexigibilidade (arts. 24, 25 e 26 Lei

2 Cumpre alertar que a licença para uso de direito autoral tem natureza contratual, regida pelo direito privado, não se confundindo com o ato administrativo unilateral de licença, materializado em alvará, que representa o exercício do poder de polícia, no momento do consentimento de polícia

3 Orientação técnico-jurídica gentilmente fornecida pelo Procurador do Estado Antônio Murta Filho, com reconhecida especialização quanto aos aspectos jurídicos da informática

n.º 8.666/93), tudo constando de um processo (arts. 38 e 54, §2º, Lei n.º 8.666/93). Para tanto, deve se considerar a possibilidade e a necessidade de competição em face dos limites impostos pelo provedor de conexão ao provedor de informações que esteja licenciando o uso do espaço virtual.

Não se vislumbra, assim, com segurança, liberdade para adoção de mecanismo informal ou de forma eletrônica – desvinculada de um processo. Confira-se o entendimento do Juiz de Direito do Estado de Pernambuco DEMÓCRITO REINALDO FILHO⁴:

“A pergunta que sobressai imediatamente após a compreensão dessa realidade é: como ficam essas exigências legais de forma e documentação dos atos jurídicos diante das novas modalidades contratuais por meios eletrônicos? Contratos formalizados por meio eletrônico e documentos em meio digital geram obrigações e deveres para as partes? A resposta parece bem clara: não, não tem valor jurídico contato que não seja reproduzido num suporte material e tangível como o papel. A permanecer as regras atuais, somente os atos cujo registro possa ser documentado na forma papel têm valor jurídico.

A consequência dessa constatação é que toda a funcionalidade permitida com avanço das tecnologias da informação nenhum benefício traz no campo jurídico, se não for alterada a legislação dos países. As partes contratantes podem se utilizar de meios eletrônicos de comunicação, como o *eletronic mail (e-mail)* ou *EDI (eletronic data interchange)*, nas discussões comerciais, mas não formarão contratos nem assumirão direitos e obrigações se não reduzi-los a um meio material (papel) e arquivá-los segundo os tradicionais métodos de documentação cartorária.”

Isso, no entanto, não é livre de polêmicas; afinal, a própria Lei admite a adoção de “meios hábeis”, sendo contrato eletrônico uma realidade.

Menos controvertido – ainda que num raciocínio contrário ao desenvolvimento tecnológico – é, com base no princípio da legalidade, observar as formalidades da Lei de Licitações; afinal, como dito, a legislação sobre INTERNET ainda não trata do tema dos contratos eletrônicos. Este é também o entendimento de LEOPOLDO BRAND GRATEROL⁵:

“pareciera um contrasentido que acuerdos que versan sobre La red requieran de la elaboración de contratos ‘a la antigua’ (léase, escritos sobre papel). Lamentablemente, em tanto no se desarrolle una estructura legislativa homogênea de ‘Lhaves Públicas’

4 *A questão da validade jurídica dos atos negociais por meios eletrônicos*. www.infojus.com.br/area1/democrito_filho13.htm

5 *Contratos “CLICK”*. Revista Eletrônica de Derecho informático. [HTTP://derecho.org/redi/index](http://derecho.org/redi/index)

(firmas digitais, certificados digitais, etc) a nível global, los contratos deberán seguir siendo plasmados sobre papel.”

A inexistência de norma é um problema mundial, como ressalta FERNANDO RAMOS SUAREZ⁶:

“Uno de los mayores problemas que afectan al comercio electrónico en Internet es la carência de um marco regulatorio adecuado que regule los problemas que las transacciones electrónicas crean entre los distintos países”

6. A forma de veiculação da publicidade na Internet

Poderá o *site* do Estado servir apenas como um ponto de ligação para o site do contratado (procedimento tecnicamente chamado de *linking*) ou poderá o material publicitário do contratado ficar exposto no próprio *site* estadual (tecnicamente chamado de *framing*). Tal importância se justifica no que se refere à questão da responsabilidade civil.

Na forma conhecida como *framing*, ou seja, estando o conteúdo publicitário exposto no próprio *site* do Estado, este poderá vir a ser responsabilizado, haja vista que cabe ao dono do *site* o controle das informações nele veiculadas e, principalmente, por se tratar de um espaço cujo domínio pertence a uma pessoa jurídica de direito público, que deve ter como premissa fundamental o interesse da coletividade na prestação dos seus serviços.

Em se tratando de *linking*, também não se deve descartar, de todo, uma eventual responsabilização, pois, mesmo servindo apenas como um *link*, deverá a Administração Estadual, ao contratar, conhecer aquele com a qual contrata, não devendo aceitar servir de ligação para empresas que tenham imagem negativa ou que tenham por finalidade atos ilícitos ou imorais.

Deverá, portanto, a Administração contratante cercar-se de tais cautelas na realização dos contratos de licença de uso, assim como deverá prever a cláusula contratual que a isente de responsabilidade por anúncios lesivos apresentados nos *sites* dos licenciados.

7. Conteúdo da publicidade

Pelo fato de, no Brasil, se obedecer, nos referidos contratos, às disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90, arts. 36 a 41, em especial -, deverá a Administração contratante conferir atenção no

6 *Leyes que gobiernan Internet y normativas legales a aplicar en un entorno donde no existen fronteras geográficas*. Revista Electrónica de Derecho Informático. <http://derecho.org/redi/index>

que se refere ao conteúdo da publicidade expostas pelos licenciados, haja vista a possibilidade de responsabilização por veiculação de materiais ofensivos ou por propaganda enganosa.

Há que se atentar para o fato, destacado DENIS BORGES BARBOSA⁷, que:

“A internet é não supraestatal, mas aestatal. Não existem normas coativas próprias do espaço virtual. E os atos jurídicos que nela ocorrem têm de adquirir pertinência nos vários sistemas estatais circundantes. Como já vem sendo cogitado no tocante à responsabilidade pelo conteúdo das publicações na Internet, a legislação em perspectiva poderia obrigar à identificação das partes e mesmo à fixação da lei de regência e do foro como pressuposto no ingresso do comércio eletrônico. Salvo a hipótese de acordos internacionais abrangentes, porém, a coatividade de uma disposição como essa seria no máximo ilusória.”

A norma brasileira não é específica sobre a publicidade veiculada na Internet, em função do que não se deve descartar o uso, por analogia, do Decreto Legislativo 691, acompanhado de seu regulamento, o Decreto Supremo 20-94-ITINCI, que tratam do Tema no Perú.

A norma comentada por CARMÉ VELARDE KOEHLIN⁸, tem a preocupação de proteger os usuários de Internet como consumidores de publicidade e o respeito aos seus direitos a apreciarem ou não a publicidade. Afinal, esta publicidade ocasiona um problema ao usuário, pois congestiona a linha telefônica e faz com que obtenha sua informação com lentidão. Daí porque a publicidade deve se pautar por alguns princípios, tais como:

- O princípio da legalidade, por força do qual os anúncios devem respeitar a Constituição e as leis, bem como não devem conter nada que possa induzir a atividades anti-sociais, criminais ou ilegais ou que pareça apoiar, enaltecer ou estimular tais atividades;
- O princípio da veracidade, que estabelece que os anúncios não devem conter informações ou imagens que, direta ou

7 Parecer da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro provocado por consulta da Secretaria Municipal de Educação sobre “home page” na Internet intitulada “Projeto Pais na Escola”, onde foi detectado indevido comprometimento por parte do Poder Público Municipal. *Direito do Ciberespaço. Utilização por terceiro, não autorizada pelo Município, de página na internet para solicitar “doações” para Escola Municipal, oferecendo em troca propaganda em prédio público e em uniformes escolares. Oferecimento não autorizado de documentos públicos. Página localizada em servidor fora do território nacional. Caracterização do ilícito civil e penal. Aplicação da lei brasileira. Competência da justiça brasileira. Utilização prioritária dos meios de solução de controvérsias típicos do ciberespaço.*

8 *Aspectos jurídicos de La publicidad através de Internet*, Revista Eletrónica de Derecho Informático. [HTTP://derecho.org/redi/index](http://derecho.org/redi/index)

indiretamente, ou por omissão, ambiguidade ou exagero, possam induzir a erro o consumidor, especialmente quanto às características do produto, o preço e as condições de venda;

- Princípio da autenticidade, a exigir que os anúncios devem distinguir-se claramente como tais, qualquer que seja sua forma e meio empregado em sua difusão; os anúncios não devem conter ou referir-se a nenhum testemunho a menos que sejam autênticos e relacionados com a experiência recente que a pessoa relata.

A autora cita outros problemas sobre publicidade na Internet. Adverte que existe publicidade direta, que consiste em enviar uma série de avisos publicitários ao correio eletrônico de uma pessoa, o que pode ser considerado uma invasão de privacidade, violentando o direito de intimidade. Outras publicidades podem resultar confusas e enganosas quando mediante ela se solicita o endereço eletrônico e dados do usuário para enviar-lhe maior informação e resulta, finalmente, na venda do produto.

São, pois, cuidados a observar na contratação do licenciamento do uso de espaços virtuais sobre domínio do Estado, evitando-se não apenas sua responsabilidade civil, como o surgimento de danos, qualquer que seja o causador, contra o consumidor, que é, neste caso, também um usuário de serviço público.

III

O regime jurídico aplicável ao direito dos “donos” de *sites* na Internet é o da Lei de Direitos Autorais, conforme expressa previsão da Lei de Proteção de Programas de Computador.

Depende, assim, de manifestação de vontade do titular do *site* para que terceiros nele possam introduzir novas mensagens, manifestação essa que se dá por meio de contrato, e não por ato unilateral de autorização, regido predominantemente pelo Direito Privado.

Estando a Administração Pública sujeita ao dever de preceder seus contratos – regidos tanto pelo direito público como predominantemente pelo direito privado – de licitação na forma das normas gerais federais e em atenção aos princípios constitucionais vigentes (CF, arts. 37, XXI e 22, XXVII), deve observar as formalidades previstas na Lei nº 8666/93, na qual não se vislumbra autorização para adoção de instrumentos informais ou eletrônicos para formação de vínculos jurídicos.

É, pois, indispensável a adoção de termo de contrato, nos termos do edital de licitação ou do ato que a dispensou ou a declarou inexigível.

O princípio da legalidade para a Administração, previsto no art. 37, *caput* da Constituição Federal, opera de maneira diversa do princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II da mesma carta; enquanto o particular é livre para agir sempre que não

defeso em lei, a Administração só pode atuar na oportunidade e na forma previamente autorizadas na lei.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o Parecer nº 18/99 – MJVS, da lavra do ilustre Procurador do Estado DR. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (fls. 08/18).

Encaminhe-se ao Gabinete Civil, com vistas à Coordenadoria de Comunicação Social.

Em 29 de setembro de 1999

FRANCESCO CONTE
Procurador-Geral do Estado