



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

LEONARDO MELO MATOS

**ORDEM CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA E OS NOVOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS:
RECEPÇÃO E ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS
ELETRÔNICOS NO SISTEMA POSITIVO BRASILEIRO**

Londrina
2013

LEONARDO MELO MATOS

**ORDEM CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA E OS NOVOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS:
RECEPÇÃO E ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS
ELETRÔNICOS NO SISTEMA POSITIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu*, Mestrado em Direito Negocial, na Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Linha de Pesquisa: Relações Negociais no Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi

Londrina
2013

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

M433o Matos, Leonardo Melo.

Ordem contratual contemporânea e os novos negócios jurídicos: recepção e adequação dos contratos eletrônicos no sistema positivo brasileiro / Leonardo Melo Matos. – Londrina, 2013. 161 f.

Orientador: Roberto Wagner Marquesi.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Contratos eletrônicos – Teses. 2. Atos jurídicos – Teses. 3. Direito civil – Teses. 4. Comércio eletrônico – Aspectos jurídicos – Teses. 5. Internet (Redes de computação) – Teses. I. Marquesi, Roberto Wagner. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.4:519.68.04

LEONARDO MELO MATOS

**ORDEM CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA E OS NOVOS
NEGÓCIOS JURÍDICOS:
RECEPÇÃO E ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS NO
SISTEMA POSITIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu*, Mestrado em Direito Negocial, na Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Linha de Pesquisa: Relações Negociais no Direito Privado.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi
UEL – Londrina

Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa
Espolador
UEL – Londrina - PR

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
UNESP – Marília - SP

Londrina, 17 de junho de 2013

MATOS, Leonardo Melo. **Ordem contratual contemporânea e os novos negócios jurídicos**: recepção e adequação dos Contratos Eletrônicos no sistema positivo brasileiro. 2013. 161 p Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, 2013.

RESUMO

As relações, no âmbito da sociedade, com o advento da modernidade, tendem a cada vez mais acentuar-se em um caráter plural e de rápidas transformações propiciadas pelo fenômeno da globalização (a que se denomina sociedade complexa), abrindo espaço com o advento da internet, na formulação de uma sociedade em rede. Nesse âmbito novos negócios jurídicos são surgidos no dia a dia e abrem espaço ao questionamento de sua recepção junto ao ordenamento jurídico positivado. Ao mesmo tempo, a própria concepção sobre o sistema jurídico impõe a superação do Positivismo pelo Pós-Positivismo, propondo um sistema jurídico aberto à interpretação como necessidade de sobrevivência do Direito no contexto da sociedade complexa. Tantas novas demandas e principalmente novas formas de negócios jurídicos surgem nesse contexto, que levam a uma indagação sobre a possibilidade de sua recepção ou o reconhecimento de uma crise do Direito devido à sua incapacidade em recepcionar estes novos fenômenos. No âmbito dos negócios jurídicos, propõe-se que os contratos celebrados via internet podem ser devidamente recepcionados pelo sistema mesmo diante da ausência de regramento específico e demonstra-se, através de quais instrumentos jurídicos, pode-se dar concretude e a formulação de uma adequada ordem contratual, mesmo diante de contratos jamais regulamentados em nosso sistema, tais como os contratos de webhosting ou de algumas formas de comércio eletrônico. Para tanto, uma série de elementos parecem ser o caminho para a recepção dos negócios celebrados na internet: as cláusulas gerais, o papel do elemento conduta e os deveres anexos de conduta. Em face disso, propõe-se uma teoria geral apta à recepção de novos negócios, dos quais os contratos celebrados via Internet seriam apenas um exemplo e a sua devida integração a esta teoria geral.

Palavras-chave: Direito civil. Negócio jurídico. Contratos.

MATOS, Leonardo Melo. **Contemporary contractual order and the new legal transactions:** reception and adequation of Electronic Contracts in the Brazilian positive legal system. 2013. 161 p Dissertation (Master's degree in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013.

ABSTRACT

With the advent of modernity, relations in society tend to become increasingly more pronounced in a plural character and with rapid transformations brought about by globalization (being called a complex society), opening space with the advent of the Internet for the formulation of a networked society. In this context, new legal transactions emerge daily and open space to the questioning of their reception by the positive legal system. At the same time, the very conception of the legal system requires the overcoming of the Positivism by the Post-Positivism, proposing a legal system open to interpretation as a survival necessity of law in the context of a complex society. So many new demands and especially new forms of legal transactions arise in this context, that they lead to a question about the possibility of their reception or to the recognition of a crisis of law due to its inability to adjust to these new phenomena. Within the field of legal transactions, it is proposed that the contracts made via the Internet can be properly received by the legal system even in the absence of specific ruling, and it is demonstrated through which legal instruments it is possible to provide concreteness and formulate an appropriate contractual order, even facing contracts never regulated in our system, such as web-hosting agreements or some forms of e-commerce. To this end, a number of elements seem to be the way for the reception of transactions conducted on the Internet: general conditions, the role of the conduct element and accessory conduct obligations. Given this, it is proposed a general theory capable of receiving new transactions, of which contracts concluded on the Internet would be just one example, properly integrated to this general theory.

Keywords: Civil law. Legal transaction. Contracts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A FORMULAÇÃO DE UMA NOVA ORDEM NEGOCIAL	10
1.1 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	10
1.2 GLOBALIZAÇÃO, MUNDIALIZAÇÃO E A SOCIEDADE INFORMACIONAL	13
1.3 MANUEL CASTELLS E O PARADIGMA DA SOCIEDADE EM REDE	23
2 PRESSUPOSTOS JURÍDICOS PARA A FORMULAÇÃO DE UMA NOVA ORDEM NEGOCIAL	26
2.1 DA CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA ATUAL: DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO	26
2.2 A SUPERAÇÃO DO MODELO POSITIVISTA	33
2.3 REFORMULAÇÃO DO DIREITO NO PARADIGMA DA SOCIEDADE COMPLEXA, O DIREITO PRIVADO E A POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA DO CODICISMO	37
2.4 A REDEFINIÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 COMO PARADIGMA DA NOVA CODIFICAÇÃO	44
3 DA INTERNET À SOCIEDADE EM REDE: O DIREITO E A INTERNET	50
3.1 DA INFORMÁTICA À TELEMÁTICA: A FORMAÇÃO DA INTERNET E SUA ESSÊNCIA CONSTITUTIVA	52
3.2 CONCEITOS ESSENCIAIS NO ÂMBITO DA INTERNET	57
3.3 O DIREITO NA ERA DA INTERNET: DA NECESSIDADE OU DESNECESSIDADE DE UM DIREITO DIGITAL	62
3.4 A REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL	65
4 BASES TEÓRICAS PARA A RECEPÇÃO DE UMA ORDEM CONTRATUAL ELETRÔNICA	71
4.1 DO PANDECTISMO À NOVA TEORIA GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	71

4.2	TEORIAS DO NEGÓCIO JURÍDICO: PRESSUPOSTOS PARA UMA ORDEM NEGOCIAL NA ERA DA REDE	72
4.3	O MODERNO DIREITO OBRIGACIONAL	82
4.4	TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ABERTA À RECEPÇÃO DE UMA NOVA ORDEM CONTRATUAL	88
4.5	ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS À ORDEM NEGOCIAL BRASILEIRA.....	
4.5	ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS À ORDEM NEGOCIAL BRASILEIRA.....	98
4.5.1	Nomenclatura Adequada aos Contratos Celebrados Via Internet.....	99
5	RECEPÇÃO E ESTUDO SISTEMÁTICO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	103
5.1	TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	103
5.2	CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS	120
5.3	SISTEMA JURÍDICO APLICÁVEL.....	124
5.4	CONTRATOS ELETRÔNICOS EM ESPÉCIE: MODELOS-PARADIGMAS	126
5.4.1	Comércio Eletrônico.....	130
5.4.1.1	Mercado livre e os intermediários de negócios: código civil ou código de defesa do consumidor?.....	134
5.4.1.2	Dos sites de compras coletivas (“cupons de desconto”).....	138
5.4.2	Regulamentação do Comércio Eletrônico e Compras Coletivas segundo o Decreto 7.962 de 15 de Março de 2013	140
5.4.3	Contratos de Webhosting ou Hospedagem de Website	143
5.5	CONCLUSÕES PRELIMINARES	148
	CONCLUSÃO	150
	REFERÊNCIAS.....	154

INTRODUÇÃO

Crise do Direito, publicização, redefinição de paradigmas, descodificação, superação dos dogmas e do positivismo, insuficiência do Direito em responder a todas as demandas surgidas na sociedade, sociedade complexa, globalização, mundialização e a sociedade em rede, hiperesfera, a Internet e as relações virtuais, etc. São muitos os termos utilizados para definir o atual momento vivenciado no âmbito do Direito.

De onde adviriam tantas mudanças, tanto pessimismo ou até que ponto de fato existem tais mudanças? Parece ser praticamente certo que, no âmbito da sociedade, as últimas décadas se caracterizaram por profundas transformações, algo que já vinha sendo observado desde o advento da modernidade, sendo que o atual estágio pode ser denominado de “sociedade complexa”, se se levar em conta a pluralidade e a complexidade dos níveis organizacionais e dos *ethos* sociais; ou ainda “sociedade em rede”, se se levar em conta a formação de uma sociedade organizada num plano de relações em teia, da qual a Internet é o maior ponto de encontro.

O Positivismo Jurídico procurou criar uma espécie de “blindagem” sobre o Direito em relação aos fenômenos sociais (deixando este objeto para análise das Ciências Sociais) e das interferências da Filosofia, dotando o Direito de um caráter “cientificista”, com postulados típicos das Ciências Naturais, com esquemas lógicos típicos da razão teórica (tais como silogismos, métodos científicos, esquemas normativos abstratos), criando desta maneira um Direito independente e neutro, cuja única preocupação deveria ser com o fenômeno da norma, concentrando sua atividade criativa e de pesquisa no âmbito de esquemas normativos.

Não é que o sistema positivista não admitiria o papel da interpretação, mas que esta, quando realizada pelo operador do Direito deveria restringir-se ao âmbito intra-normativo, sendo que qualquer perspectiva quanto ao plano da eficácia ou do justo deveria ser objeto de outra área de Estudo que não o Direito.

Ocorre que este Direito “cientificista” mostrou-se insuficiente para responder às demandas jurídicas da sociedade que vinha se tornando cada vez mais complexa, bem como a oferecer respostas quanto ao fenômeno da globalização e de crises na formulação do Estado.

Isso tudo impõe a superação do modelo Positivista e a proposição do modelo Pós-Positivista, não como um novo Positivismo, mas como sua superação. Ocorre que a formulação do Pós-Positivismo veio ao encontro de uma profunda mudança no campo da Filosofia, com a perspectiva da razão prática e da Filosofia da Linguagem.

Se a sociedade se torna mais complexa, os contratos e os negócios jurídicos também se tornam mais complexos. Ora, se por um lado há um rápido avanço no âmbito da informática e da Internet, de outros novos contratos e formas de negócio se formam: a utilização da publicidade advinda da interceptação de dados dos internautas; contratos para hospedagens de *websites*; a utilização de tecnologias de VOIP (chamadas “telefônicas” via Internet); compras coletivas; intermediações de negócios; registros de domínios; dentre outros tantos.

No campo da Bioética e dos avanços da Medicina e da Genética, uma série de novos negócios também se forma: contratos de armazenamento de sangue do cordão umbilical; extração de células-tronco dos cordões umbilicais; transplantes de órgãos; reprodução assistida; novos tratamentos médicos em caráter experimental; dentre outros tantos.

Como oferecer respostas a todas essas novas demandas? Reconhecer-se a insuficiência de sua recepção pelo Direito e deixar o campo aberto à especulação e à auto-regulação, sujeitando-se a uma relação de superioridade e dominação por parte do prestador de serviços? E no caso de conflito, deixar o caso sem respostas, considerando que o oblatos dos novos contratos é alguém que assumiu um risco de um negócio sem regulação?

Ora, em situações de ausência de regulamentação deve-se recorrer ao papel da teoria geral. No âmbito dos contratos, solução melhor não poderia ter sido adotada do que a adoção da teoria do negócio jurídico pelo Código Civil de 2002.

E de que modo a teoria do negócio jurídico pode vir a colaborar para a recepção dos novos negócios jurídicos? É diante desta indagação que se propõe o estudo preciso da caracterização dos pressupostos teóricos, jurídicos e negociais para a formulação de uma ordem contratual apta à recepção dos contratos celebrados via Internet, objeto de estudo do presente trabalho.

Para isso, fundamental a compreensão das mudanças no campo da Filosofia, que culminam no reconhecimento do devido papel da razão prática para as Ciências Sociais e a formulação do paradigma da Filosofia da Linguagem, o qual

através da hermenêutica e do papel dos signos será o modelo a ser adotado para o estudo do papel da conduta.

A conduta, a seu turno, é um dos principais elementos sobre os quais se debruçam diversas teorias do negócio jurídico e do direito obrigacional. Isso, ao final, e em conjunto, levará à reformulação do direito contratual, criando uma moderna teoria geral dos contratos.

Em torno dessa moderna teoria geral dos contratos far-se-á o enquadramento, recepção, estudo, sistematização, caracterização e classificação dos contratos celebrados via Internet, para demonstrar-se a possibilidade de sua recepção mesmo diante da ausência de regulamentação específica. Ao longo do estudo, formular-se-ão possibilidades de propostas de regulamentação ou de alterações pontuais sem descaracterizar a necessária ordem sistemática.

Entretanto, realizar tal exercício de recepção e enquadramento dos contratos celebrados via Internet em torno de uma teoria geral exige um convite a uma série de “desmistificações”, dentre as quais a mais importante gira em torno da Informática e da Internet.

Para isso, far-se-á um estudo sobre conceitos básicos da Informática para superar o mito da “virtualidade”, da “realidade virtual”, da “digitalização”. Para tanto, far-se-á, tanto quanto possível, o esforço para demonstrar que a Internet não apenas não é uma realidade virtual, mas é uma realidade tão ou mais física do que podemos imaginar. Desmistificar conceitos, portanto, é tarefa fundamental na realização deste exercício de enquadramento da Internet à luz do ordenamento jurídico, não apenas no âmbito negocial, objeto de estudo central, como também em outros campos (como a tributação, crimes, privacidade, responsabilidade civil, etc.).

Ao final, para ilustrar a possibilidade de recepção e adequação, será realizado o exercício de enquadramento de contratos que não estão previstos em qualquer forma de regulamentação, para demonstrar não apenas a possibilidade de sua existência no plano da realidade negocial fática, como também de sua recepção à luz da ordem jurídica.

1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS PARA A FORMULAÇÃO DE UMA NOVA ORDEM NEGOCIAL

Ao se analisar a problemática envolvendo a teoria do negócio jurídico numa perspectiva contemporânea, é fundamental para a compreensão de sua atual formulação realizar um estudo teórico que resgate as bases desta construção teórica.

Com efeito, fenômenos como a globalização e a informática, mormente através da Internet, representam uma nova dinâmica social, que é de interesse do Direito. Novos mercados são alcançados, novos negócios são realizados e há uma rápida dinamização das relações sociais e negociais através da instantaneidade proporcionada pela Internet, que suprime as barreiras territoriais, linguísticas e mesmo jurídicas, de modo que qualquer simples consumidor, localizado em qualquer parte do globo, pode realizar através de um único clique um negócio jurídico internacional através da Internet.

Esta nova dinamização nas relações negociais leva a uma reformulação do Direito, para que possa responder com eficácia aos novos conflitos que surjam neste contexto. Daí a razão de utilizar-se e priorizar-se a teoria do negócio jurídico como ponto de partida para a análise das novas categorias de contratos, dentre os quais os contratos celebrados via Internet.

Deste modo, é preciso analisar em que contexto essa nova dinâmica se insere, partindo-se de elementos filosóficos e de teoria social e mesmo do Estado, para então se inserir o Direito e realizar-se a devida análise jurídica.

1.1 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Muito se discute no âmbito da Filosofia a chamada “reabilitação da razão prática”, como sendo um dos elementos mais significativos da contemporaneidade com repercussões em relação às Ciências Sociais, inclusive o Direito. O positivismo é considerado superado e cede lugar ao pós-positivismo, à hermenêutica constitucional, a um novo manejo das figuras jurídicas, conforme será visto em momento posterior.

Quando se fala em razão prática, é preciso voltar às fontes da Filosofia. A razão prática é compreendida como sendo a razão que analisa o agir humano, numa

perspectiva que ao longo da história variou entre uma perspectiva racionalista e outra voluntarista. Por outro lado, há a razão teórica, que analisa a essência do ser, trabalhando a natureza da racionalidade.

Na perspectiva grega trabalha-se com o conceito de *ethos*, compreendendo neste os valores, costumes e tradições, que no contexto grego é uma universalidade inserida no contexto da polis, dando origem à ética, ao passo que na tradição latina se trabalha com a *mores*, os costumes, dando origem à moral. Essa distinção entre ética e moral foi presente ao longo da história da Filosofia, e mais tarde viria a ser questionada por Kant, e aprofundada em Habermas.

No contexto grego, o que liga o *ethos* a polis é precisamente a *nomos* (a norma). Homero compreende o *ethos* como sendo o *locus*, o refúgio, a pólis, o local onde o homem se encontra em sua dinâmica social (SPINELLI, 2009, n.p.).

Na razão prática se insere tudo o que é dinâmico, e nela se inserem nesta perspectiva a ética, o direito e a política. O que se trabalhou durante muito tempo no Direito foi uma visão ligada à razão teórica, vendo o Direito dentro de um critério cientificista, com necessidade de experimentação de rigores científicos, com princípios próprios e uma separação absoluta com elementos como valor e eficácia.

Assim sendo, na perspectiva positivista, o Direito é a norma dentro de um processo silogístico, de premissas e conclusões, e modais deônticos (proibido, permitido e devido) isolados de critérios axiológicos. Em síntese, ao Direito caberia apenas e tão somente o estudo da norma dentro de uma lógica jurídica, e os elementos valorativos e eficaciais seriam objeto, respectivamente, da Filosofia e da Sociologia.

Deste modo, a perspectiva positivista se insere dentro do contexto da razão teórica, que dominou os séculos XIX e XX devido a uma tradição cientificista. Por outro lado, a própria Filosofia também passava por processos de mudanças, que leva à teoria crítica (que não possui relação direta com a chamada teoria crítica do direito). A teoria crítica na Filosofia, dentre outros objetos, lida justamente com a conexão necessária entre a Filosofia (ligada ao valor), Sociologia (ligada à eficácia) e ao Direito (ligado à norma).

Kant em seus estudos traz a possibilidade da retomada da razão prática. Em Kant, o objeto da razão prática passa a ser a correção do ato humano conforme a justeza deste agir, ou seja, sua conformidade com princípios de justiça. O *ethos*, por sua vez, nesta perspectiva passa a ser o grau de previsibilidade do ato humano,

mediante os valores, costumes e tradição, de modo que a ética passa a ser relativizada e não mais vista numa perspectiva universal, superando o clássico conceito de que a ética é um conceito universal e a moral relativa.

Habermas, por sua vez, partindo do pressuposto que Kant, apesar de todo o esforço, não consegue sedimentar um novo critério de validação universal das ações humanas (que antes de Kant encontrava-se na figura de Deus), aproveita-se da Filosofia da Linguagem. E vê no discurso e na própria idéia de Democracia, o modo de se chegar ao critério de validação universal das ações humanas, abrindo espaço para um amplo desenvolvimento, na Teoria do Direito, da hermenêutica, formando assim o denominado “quadro institucional” da sociedade, tendo o mundo da vida, a cultura, a sociedade e a personalidade como elementos. Habermas, assim, dá um novo sentido à Ética e também à Moral. Estes elementos fazem conexão dentro de um discurso.

Quando a razão prática questiona os valores do mundo social no qual está inserida, não realiza apenas um ato individual, embora este seja sem dúvida um dos seus componentes. O questionamento surge em uma situação de conflito na qual outros seres humanos estão envolvidos. É justamente em face de interesses ou posições conflitantes que o senso moral desperta nas pessoas. Isso significa que a razão prática, a rigor, só age do ponto de vista moral em função de uma realidade comunitária. (GUAZZELLI, 2007, n.p.)

Ainda nesse sentido:

O princípio fundamental da moral é, segundo Habermas, a universalidade: as normas morais devem poder ser aceitas por todos os indivíduos envolvidos na situação em que serão aplicadas. Segundo suas próprias palavras, o princípio da universalidade exige que as normas decorrentes da aplicação desse princípio sejam aceitas sem coação por todos os concernidos. Defendendo este princípio, o autor contesta o relativismo ético. (GUAZZELLI, 2007, n.p.)

Em síntese, reabilita-se a razão prática, retira-se do Direito a sua absoluta separação com a Filosofia e com a Sociologia, o que leva em sintonia com as mudanças no campo da teoria social, à formulação de uma teoria do direito contemporâneo, a qual tem no negócio jurídico um de seus principais elementos, abrindo espaço ao chamado pós-positivismo. No próximo momento, far-se-á o estudo das conseqüências da Globalização e Mundialização sobre a produção normativa.

1.2 GLOBALIZAÇÃO, MUNDIALIZAÇÃO E A SOCIEDADE INFORMACIONAL

Durante a Guerra Fria, como será estudado em momento posterior, há um grande desenvolvimento da informática e das novas tecnologias e surge a Internet e a sua dissociação e popularização, sobretudo das décadas de 1990 e 2000.

Ao mesmo tempo em que a sociedade se torna mais complexa, surgem novas demandas além da garantia de saúde, habitação, proteção e educação, dentre outras. Isso tudo já havia sido conquistado e assegurado junto ao Estado. Em outro sentido, há também a reformulação nas bases filosóficas da razão, como já mencionado, formando-se o denominado paradigma das sociedades complexas.

A sociedade complexa se caracteriza pela existência de um pluralismo de *ethos*, ou seja, de uma gama de valores, costumes e tradições. Ocorre que o próprio fenômeno da globalização acaba mitigando ou talvez expondo a existência desta complexidade.

Isso porque, através do fluxo de informações, tem-se um maior conhecimento e inter-relação entre sujeitos desta sociedade complexa, uma vez que os indivíduos através das ferramentas modernas de comunicação estão em contato direto com o que se passa em todo o globo.

Por outro lado, o expansionismo industrial moderno veio a cabo com a descoberta e desenvolvimento de novas tecnologias, o que faz gerar o paradigma da sociedade de risco.

Ulrich Beck desenvolve a teoria da sociedade de risco. Em verdade, o autor pontua a sociedade de risco dentro do contexto do desenvolvimento industrial moderno em relação ao uso das novas tecnologias (de repercussões ambientais ainda completamente desconhecidas), notadamente riscos à incolumidade física e psíquica do trabalhador.

Ocorre que esta expressão - sociedade de risco - vem sendo cada vez mais utilizada no âmbito do Direito, dentro do que o próprio Beck viria a abrir campo, para se aplicar em relação a todas as formas de relações sociais. Com efeito, os riscos passam não somente em relação ao campo das novas tecnologias, como também no campo social:

A natureza foi subjugada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em interno, de fenômeno predeterminado para fenômeno fabricado. Ao longo de sua transformação

tecnológico-industrial e de sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial. [...] Contra as ameaças da natureza externa, aprendemos a construir cabanas e a acumular conhecimentos. (BECK, 2011, p. 9)

Ainda nesse sentido, BECK sintetiza que:

O conceito de sociedade de risco expressa a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais -, que tem uma presença esmagadora hoje em nosso mundo. Na medida em que o risco é vivido como algo onipresente, só há três reações possíveis: negação, apatia e transformação. A primeira está fortemente inscrita na cultura moderna, mas ignora o risco político da negação; a segunda se rende a uma veia niilista no pós-modernismo; a terceira destaca a questão levantada por minha teoria sobre a sociedade de risco: de que modo a antecipação de uma multiplicidade de futuros produzidos pelo homem, e de suas conseqüências, afeta e transforma as percepções, as condições de vida e as instituições das sociedades modernas? (BECK, 2011, p. 361)

Quando se fala em globalização, num momento inicial se compreende como sendo um fenômeno, um acontecimento, que acaba integrando o globo, relativizando as fronteiras estatais.

Em sendo um fenômeno, a globalização não se apresenta com caracteres bem definidos ou uniformes, tendo-se por isso passado a considerar-se a existência de ondas de globalização ou ainda globalizações, no plural (SANTOS, 2008, p. 195).

Distingue-se de globalização ao termo mundialização, sendo que na globalização se compreenderia este fenômeno de relativização das fronteiras territoriais e estatais em face da Economia, e na mundialização em face das relações sociais e culturais.

Entende-se a globalização sob um ponto de vista tridimensional, marcada pela ineficiência do Estado frente às mudanças que ocorrem no cenário global, manifestadas, sobretudo, pela diminuição das fronteiras espaciais e temporais e que se manifesta através dos paradigmas do desenvolvimento, democracia e direitos humanos.

Alia-se a esse processo a constante necessidade empresarial de expansão dos negócios, para o que é fundamental a criação de padrões culturais uniformes, de modo a se formar uma massa consumidora global, que consome em qualquer parte do globo, os mesmos tipos de produtos e necessidades básicas, a exemplo os *fast-foods*. (YIP e ANTONIONILI, 1992, p. 33-34).

A globalização vem se acentuando desde a década de 1990 e hoje se apresenta como “processos” ou “ondas” que varrem o mundo todo, embora de forma

heterogênea. A supressão das barreiras territoriais e econômicas num primeiro momento (e hoje caminhando para a supressão de barreiras jurídicas) acaba fazendo com que o mundo acabe sendo como que uma “grande linha” de trem nos dizeres de SLOTERDIJK (2000, p. 68) e que cada Estado são as estações desta linha, abrindo-se como terminais onde circulam pessoas, bens, cultura, informações.

Este processo se acentua e toma as atuais proporções a partir da década de 1970, com a crise do Estado de Bem-Estar Social devido à ineficiência do Estado em responder a todas as demandas sociais (HABERMAS, 1987, p. 107) e viria a se acentuar na década de 1990. Segundo FARIA:

A partir dos choques do petróleo, da instabilidade monetária e da crise financeira dos anos 70, no entanto, tanto essas ameaças quanto esses riscos passaram a ocorrer em ritmo cada vez mais intenso. Como consequência, os ciclos de prosperidade e estagnação se tornaram cada vez mais curtos, solapando velozmente as bases fiscais de financiamento dos gastos sociais. (FARIA, 2004, p. 116)

Enquanto na concepção clássica do Estado, o mesmo surge como ordenador da sociedade, na sociedade contemporânea, mormente após os reflexos da globalização, o Estado passa cada vez mais de ordenador para regulamentador. E após se tornar regulamentador, há a desregulamentação e ao Estado cabe apenas a criação de marcos jurídicos mínimos e essenciais.

Nesse contexto se insere a reabilitação da teoria econômica de Schumpeter. Enquanto o modelo keynesiano buscava equilíbrio e estabilidade econômica, através da atuação do Estado dentro do cenário econômico enquanto agente regulador, o modelo de Schumpeter não acredita no papel do Estado enquanto fomentador, abrindo espaço ao mercado e à livre-regulação.

O modelo de Schumpeter acredita na força criativa da iniciativa privada e aproveitando-se da ineficiência do Estado através de suas empresas públicas em procurar alcançar sua *manus* sobre todas as esferas da vida privada, questiona a viabilidade do Estado de Bem-Estar Social. Assim, é proposto um modelo em que há desregulamentação e desjuridificação, para deixar-se à iniciativa privada o papel de agente atuante na ordem econômica, mormente internacional.

A saída encontrada para a solução da crise dos anos de 1970 parece ter pendido mais para o modelo schumpeteriano, sendo marcos o Governo Thatcher na Europa e Reagan os EUA, através do chamado neoliberalismo.

Por conta da inspiração neoliberal, de desregulamentação do Estado, desjuridificação, perda de competências e a liberdade maior para a atuação da iniciativa privada como agente econômico, criam-se as condições teóricas para uma forte expansão empresarial, através da globalização, o que atingiria seu ápice com o desenvolvimento da informática e da comunicação nos anos de 1990. Além disso, como se verifica, há um encontro com a tendência da descodificação no âmbito do Direito.

A evolução tecnológica e o desenvolvimento da informática fazem com que o cidadão, que até então participava no Estado apenas das suas políticas internas, agora possa acompanhar o que está além das fronteiras do seu país e questionar as políticas internas e externas do seu próprio Estado.

A formação de uma sociedade de informação (informacional) vem na esteira de uma estratégia política e econômica e se formou ao longo do século XX. A origem da expressão, ainda na década de 1970, por sua vez, deu-se quando se constatou que a informação passou a desempenhar papel relevante nos aspectos culturais e sociais.

Com efeito, a velocidade das informações num contexto de amplo desenvolvimento tecnológico e comunicacional, traz perplexidade e abre um novo mundo ao cidadão, de modo que se forma uma "rede de informações", na qual o indivíduo pode nela se inserir a qualquer momento.

O desenvolvimento dos computadores e a sua popularização, tornando-se um equipamento de uso doméstico, fazem com que uma grande gama de informações possa ser armazenada e compartilhada em rede. Neste contexto, surgem as redes de computadores das grandes universidades, nas quais o estudante pode ter acesso ao banco de dados de outra universidade sem sair de sua própria instituição (TEIXEIRA, 2013, p. 21-22). A informação, deste modo, se dissemina rapidamente.

Por outro lado, os bancos e instituições financeiras aproveitam para aprimorar seus bancos de dados e interligar seus sistemas, de modo que há uma descentralização e possibilidade do cliente estando em qualquer local do mundo, ter acesso à sua conta e seus dados bancários, dinamizando as relações econômicas.

A rede de computadores acaba se tornando mundial, de modo que a Internet se insere como uma realidade que expõe a possibilidade de qualquer

indivíduo ter acesso a dados e informações do mundo todo, ao alcance de um clique, sem sair de sua casa.

Computadores e tecnologia de informação provêem uma infraestrutura que possibilita o processamento e a distribuição da informação, permitindo o seu manuseio numa escala sem precedentes históricos, facilitando as relações de comércio instantâneo e em tempo real num estágio global. Tem sido excepcionalmente rápido o crescimento do setor comercial da informação na economia, ressaltando o crescimento explosivo de serviços, tais como os meios de comunicação de massa (transmissão por satélite, cabo, vídeo) e as bases de dados on-line. (GIANNASI *apud* OLIVEIRA e BAZI, 2007, p. 123).

Esta evolução também acaba fazendo com que o mundo fique conectado e integrado. A informática faz surgir um novo mercado que se alia perfeitamente ao mundo financeiro. O mercado de ações e de ativos acaba encontrando na informática e neste mundo “virtual” o seu maior aliado.

Surge assim, sobretudo nos anos 1990, a última e atual onda de globalização: a globalização moderna. Agora caracterizada pelo elemento da informação e da integração da Economia e com uma característica que se diferencia de todas as ondas expansionistas antigas: a origem desta onda não está nos Estados, mas na Economia, na iniciativa privada, ainda que indiretamente movida pelo Estado.

Este modelo se apropria das políticas neoliberais após a década de 1970, comandada, mormente pelos EUA, o que representa um rápido período de crescimento econômico e desenvolvimento, mas que acaba desequilibrando a relação de forças entre a Economia e o Estado.

A globalização, com efeito, abarca vários temas que estão nas pautas de discussões do Estado Contemporâneo: os direitos humanos, o meio ambiente, a ecologia, a economia, a informação, a técnica, os conflitos, a sociedade civil, dentre outros.

O desenvolvimento informático e, sobretudo, o grande desenvolvimento da circulação de informação e dados em nível mundial, aliados ao desenvolvimento dos meios de transportes, acabam se juntando perfeitamente com esta concepção de Estado, dando origem a uma mudança significativa sobre o papel dos atores internacionais.

Nesse contexto surge a importância dos grandes conglomerados econômicos, representado por empresas privadas (dos meios de comunicação,

principalmente) que, aproveitando-se desta ampla circulação de informação, acabam assumindo um papel tão forte quanto o do próprio Estado, uma vez que passam a deter poderio econômico e social que interessa aos Estados e, quase sempre, o controle destes meios de informação (através da mídia e atualmente, da mídia digital).

Ao mesmo tempo em que os grandes conglomerados econômicos adquirem expressão em nível internacional, no campo dos Estados assiste-se a uma diminuição do papel da soberania estatal, através da perda gradativa de competências em favor de agentes internacionais, como as Organizações Não Governamentais e as Organizações Estatais Internacionais (FARIA, 2002, p. 71-72).

A transposição de barreiras e a mudança no conceito da soberania fazem com que ao mesmo tempo em que o mundo passa a se integrar cada vez mais, surja um modelo de rede de relações, onde o Estado acaba se distanciando do indivíduo, que passa a ser cada vez mais dependente dos conglomerados econômicos, numa política de estímulo ao consumo de bens e serviços.

É dizer para o cidadão: o Estado passa a ser visto como algo mais distante de sua realidade e as suas necessidades que antes eram de garantias de saúde, segurança, educação, habitação e previdência uma vez asseguradas e conquistadas e estabilizadas cedem espaço a novos interesses e necessidades, como o de se inserir no mercado de consumo e, sobretudo, na rede de informações.

O indivíduo, a sociedade, passa a ter a oportunidade de também se inserir como um ator neste novo cenário, no qual seu contato mais imediato se dá com os centros de informação, em geral na mão dos grandes conglomerados econômicos. Todo este processo não poderia ter sido possível se antes o Estado não tivesse dado ao indivíduo a oportunidade de ter segurança nas suas relações cotidianas.

Ou seja, as conquistas que o Estado moderno propiciou ao indivíduo passam a ser vistas como o mínimo, pressuposto. Ao mesmo tempo atores não estatais fazem surgir novas necessidades para o indivíduo, necessidades essas que não poderão ser supridas pelo Estado.

A sociedade acaba assim assumindo um novo caráter. Eis outra faceta da denominada “sociedade complexa”, é dizer, o homem se insere numa teia de relações sociais, em forma de rede e estando integrados e unidos pelo laço da informação.

Esta sociedade é também chamada de sociedade informacional, porque encontra na informação um dos seus elementos principais. A informação, com efeito, é talvez a maior necessidade desta sociedade reconfigurada.

Segundo FARIA (2004, p. 138):

[...] quanto mais complexos são os sistemas sociais, menores seriam a autoridade institucional do Estado e a efetividade de seu instrumental jurídico, em termos de controle direto das inúmeras interações entre indivíduos, organizações, grupos, classes, comunidades e coletividades.

Essa nova sociedade sofre uma mudança mais profunda do que aquela vivida da transição da sociedade feudal para a sociedade industrial, sendo que o principal motor desta nova sociedade é a informação. O indivíduo que não tem acesso à informação está desligado desta grande rede mundial.

E uma vez que com a globalização passa a existir uma uniformidade em padrão econômico e de consumo, os efeitos negativos de uma crise que se sentem numa parte do mundo vão sentir noutra. Os Estados acabam perdendo o controle sobre este processo.

Com este domínio das informações e detendo poderio econômico os entes não estatais finalmente conseguem se colocar em um cenário mundial no mesmo patamar dos Estados. O Estado individualmente vai perdendo força enquanto agente capaz de provocar mudanças sociais (FARIA, 2002, p. 79).

Ao permitir-se fragmentar e desregulamentar-se, o Estado perde competências básicas, não conseguindo mais ter o monopólio da informação, dos fatores econômicos e da produção normativa e acaba sendo apenas mais um ator no cenário internacional.

No campo da esfera econômica, o Estado passa a privatizar suas empresas e a limitar-se a regular as regras de concorrência. Cedem competências, até mesmo de monopólio de jurisdição, através da criação dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos internos, como a mediação e arbitragem.

Por outro lado, as normas jurídicas dos Estados precisam ser harmonizadas em nível internacional. Nesse processo de harmonização se insere, por exemplo, a contabilidade pública e privada (estabelecidas, por exemplo, na Lei 11.638/2007), de medidas de controle de gastos públicos (Lei de Responsabilidade Fiscal), de modelos jurídicos uniformes.

Deste modo, a globalização acaba não apenas relativizando as fronteiras territoriais, mas também as jurídicas. O Consenso de Washington, por exemplo, sugere aos países em desenvolvimento marcos regulatórios através do estabelecimento de regras e critérios de legislação (FARIA, 2002, p. 72).

Nesse contexto, o Estado não consegue mais manter um organismo jurídico próprio sem ceder a regras de uniformização em nível mundial. Se não ceder suas competências jurídicas ou parte delas não consegue se conectar na “rede mundial”. As fronteiras dos Estados vão se abrindo e começa a surgir a integração mundial não apenas no campo da Economia, mas também no campo jurídico.

Surgem inevitáveis confrontos entre iniciativas jurídicas de atores – governos, empresas públicas ou privadas e organismos multilaterais – com distintos graus de poder, interesses e institucionalização (FARIA, 2004, p. 143).

Tem-se, pois, nas décadas de 1980, 1990 e 2000 o enfraquecimento do ordenamento jurídico, a desregulamentação, a relativização do conceito de soberania e a pulverização do direito ordenado e uniforme, representado na idéia do “Codicismo”.

Ao mesmo tempo, em termos de fundamentação teórica, há um encontro acadêmico entre esta tendência da sociedade globalizada, com a superação do positivismo clássico, o que não seria possível se não houvesse pressupostos filosóficos por trás.

Alia-se a isto um Legislativo sem uniformidade jurídica na elaboração de leis e o resultado são leis esparsas, gerando até mesmo uma dificuldade para o intérprete do direito lidar com uma hiperinflação legislativa, que, ao invés de fortalecer o Direito, acaba por enfraquecê-lo, tornando-o moroso, burocrático, estimulando a busca de resolução de conflitos através de mecanismos extrajudiciais, como a composição, arbitragem e mediação e utilização de medidas de decisões equitativas (FARIA, 2004, p. 117).

Ao mesmo tempo, a dinâmica social é tão mais acelerada que a capacidade que tem o Direito de respondê-la, que as tradicionais normas jurídicas não mais conseguem responder aos conflitos e às demandas desta sociedade complexa, gerando, assim novas fontes jurídicas (FARIA, 2002, p. 76).

O Estado, portanto, passa a delegar à iniciativa privada em nível internacional e mesmo nacional o monopólio da regulamentação normativa. Como grande exemplo, no Brasil até o presente momento a regulamentação da Internet em

boa parte é delegada a entidades privadas, ou seja, há uma produção de normatividade infra-estatal, como será analisado posteriormente.

Os Estados, assim, perdem a sua importância histórica de articuladores da história da humanidade, de tal modo que a Economia, representada pelas empresas da iniciativa privada, passa a fazer as vezes do que anteriormente pertencia aos Estados. Nesse sentido SLOTERDIJK (2000, p. 68) fala na hiperesfera:

Os jogadores do novo jogo mundial da nova era industrial já não se definem a si mesmos pela “pátria” e o território que pertencem, senão por meio de acessos a estações de trem, a terminais, a possibilidades de ligações. O mundo é para eles uma hiperesfera conectada em tempo real. (Tradução nossa)

Nesse sentido também RECUENCO (2000, n.p.):

Na sociedade atual, o Estado-Nação cada vez mais está submetido à competência mais sutil e mais preocupante a fontes de poder que não estão definidas e, às vezes, são indefiníveis. São redes de capital, produção, comunicação, crime, instituições internacionais, aparatos militares supranacionais, organização não governamentais, religiões transnacionais e movimentos de opinião pública. (Tradução nossa)

Esse processo todo encontra um grande obstáculo: a legitimidade democrática. Com efeito, cada vez mais agentes econômicos privados ou mesmo bancos centrais, assumem o papel de decisões que possuem fortes reflexos sociais. Ocorre que tais agentes não possuem legitimidade democrática para a tomada de tais decisões.

Luigi Ferrajoli possui forte ceticismo no que tange ao estado na era da globalização e acredita que a chamada crise do estado basicamente é uma crise de soberania estatal, isso porque o estado cede seus poderes e funções públicas, de modo que cada vez mais depende menos de sua política interna e mais da política externa (FERRAJOLI *in* ATIENZA e FERRAJOLI, 2005, p. 109-110), que não tem um ponto em comum, de tal modo que existe um policentrismo decisório.

Ocorre que esta política externa possui *déficit* democrático, o que leva Ferrajoli a refletir se é possível haver democracia fora do âmbito estatal, acreditando que o principal efeito da crise do Estado contemporâneo é precisamente um vazio de direito público, notadamente de regras, limites e vínculos para garantir a paz e os direitos humanos (FERRAJOLI *in* ATIENZA e FERRAJOLI, 2005, p. 117),

acreditando deste modo que se deve formar uma esfera pública internacional para assegurar os direitos fundamentais, para o que não exclui a possibilidade de uma polícia internacional.

Deste modo, há de se ressaltar dois fatores que limitam a atuação do Estado contemporâneo: a necessidade de compatibilizar suas normas às regras de Direito Internacional (ex: o problema dos subsídios aos produtos nacionais ou a subordinação a princípios de desenvolvimento sustentável), e por outro, ainda, o problema envolvendo o super acesso à informação ao simples cidadão, que não depende mais totalmente do Estado para se inserir enquanto agente de transformação numa ótica internacional (e nesse sentido se exemplifica casos em que cidadãos foram responsáveis por alterar a ordem interna ao buscar soluções junto a mecanismos internacionais, como no caso do Brasil a denominada “Lei Maria da Penha” ou ainda as revoluções do oriente). Para José Eduardo Faria, o estágio a que se chegou não foi ao acaso. Faria esclarece, com efeito, que se tratam de estratégias que foram utilizadas em sede de política legislativa:

A primeira estratégia exigiu uma revisão das políticas legislativas tradicionais e uma redefinição das fontes de direito, pois implicou um drástico enxugamento do ordenamento jurídico e o subsequente estímulo à sociedade para que desenvolvesse formas e mecanismos de autorregulação de seus interesses. Em outras palavras, embora conservasse poder suficiente para impor as chamadas “regras do jogo” aos diferentes atores sociais, o Estado abriu mão de parte de suas responsabilidades regulatórias, deixando de tutelar determinados comportamentos e situações e passando a fomentar a autocomposição de interesses e a autorresolução de litígios, por parte dos diferentes setores sociais. A segunda estratégia consistiu em propiciar aos diferentes atores condições para que possam discutir entre si e definir de modo consensual o conteúdo das normas. Nos dois casos, o objetivo era desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no âmbito da economia, levando-o a se render ao pluralismo jurídico e à substituição da tradicional rigidez hierárquica dos códigos e leis pela diversidade e flexibilidade normativas. (FARIA, 2009, n.p.)

Para isso, fez-se uso de medidas de deslegalização e desconstitucionalização. Ainda dentro desta estratégia se insere a procedimentalização, ou seja, a criação de processos, ao invés de se criar regras, criando-se procedimentos a serem observados, “*standards* processuais”. Assim:

Graças a essa estratégia, conglomerados empresariais, instituições financeiras, entidades de classe, órgãos de representação corporativa e ONGs podem multiplicar seu poder político, convertendo-o em poder normativo sem precisar obrigatoriamente passar pelos filtros democráticos

tradicionais. Longe de conduzir a um vácuo normativo, esses processos de desformalização, deslegalização e desconstitucionalização abriram caminho para uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas infraestatais e supranacionais - e, por tabela, para a coexistência de múltiplos centros decisórios e distintos padrões de regulação e normatividade. (FARIA, 2009, n.p.)

Neste contexto em que “faltam instituições formais ou onde elas estão desreguladas, desmontadas e destruídas e onde se espraiam relações de informalidade, ocorre uma redução da segurança sócio-econômica” (MAHNKOPF *in* SOUZA e PETERSEN, 2005, p. 42), ou seja, este processo de desregulamentação conduz a um processo de vulnerabilidade, cujos principais atingidos são os trabalhadores, pois um dos principais focos da desregulamentação é justamente em torno da flexibilização dos direitos sociais trabalhistas.

1.3 MANUEL CASTELLS E O PARADIGMA DA SOCIEDADE EM REDE

Ao invés de falar em sociedade informacional, ou sociedade da informação ou do conhecimento, Manuel Castells prefere falar em sociedade em rede. Entretanto, alerta o autor, que não se deve cair no erro de se imaginar a sociedade em rede como algo futurista, fora da realidade, como se fosse algo absolutamente novo e que causa certo assombramento.

Com efeito, no caso da sociedade informacional, Castells defende que a informação sempre foi valorizada em toda a história da humanidade, de tal modo que quem tivesse a informação tinha um poderio e meios para promover mudanças sociais. Em não raros casos na história da humanidade, o fato de deter uma informação pode ter sido o fator decisivo para profundas mudanças.

Por isso, o que o desenvolvimento das comunicações e tecnologias proporciona é que esta informação se insere em rede, como já referido aqui anteriormente, de tal modo que Castells denomina a esta sociedade, de sociedade em rede, ainda que este estágio da sociedade não se apresente de modo uniforme ou igual por todo o globo (CASTELLS *in* CARDOSO e CASTELLS, 2005, p. 17). Entretanto, a sociedade em rede, é, essencialmente, uma faceta da globalização.

A diferença desta sociedade em rede é que além da informação, a rede se apresenta de modo flexível e adaptável, sendo na realidade um conjunto de

sistemas de nós interligados. É dizer, o indivíduo opta até que ponto se quer inserir na rede e que em grau quer se envolver.

A sociedade em rede, em termos simples, é uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microelectrónica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes. (CASTELLS *in* CARDOSO e CASTELLS, 2005, p. 20).

A Internet e o seu desenvolvimento foi o principal motor para a consolidação da sociedade em rede, de tal modo que Castells alerta que a Internet não provoca necessariamente o isolamento do indivíduo (CASTELLS *in* CARDOSO e CASTELLS, 2005, p. 23), mas que justamente cria uma rede pública de comunicação.

Assim, as relações interpessoais continuam sendo um elemento notável da sociedade contemporânea, a qual pode ser chamada de rede privada. Por sua vez, a comunicação, independente de estar ou não inserida no contexto da Internet, que vem apenas a ser uma consequência, é um espaço público. Neste sentido:

A comunicação constitui o espaço público, ou seja, o espaço cognitivo em que as mentes das pessoas recebem informação e formam os seus pontos de vista através do processamento de sinais da sociedade no seu conjunto. Por outras palavras, enquanto a comunicação interpessoal é uma relação privada, formada pelos actores da interacção, os sistemas de comunicação mediáticos criam os relacionamentos entre instituições e organizações da sociedade e as pessoas no seu conjunto, não enquanto indivíduos, mas como receptores colectivos de informação, mesmo quando a informação final é processada por cada indivíduo de acordo com as suas próprias características pessoais. É por isso que a estrutura e a dinâmica da comunicação social é essencial na formação da consciência e da opinião, e a base do processo de decisão política. (CASTELLS *in* CARDOSO e CASTELLS, 2005, p. 23).

Por sua vez, a Internet, a exemplo dos *blogs*, *sites* pessoais, *streamings* e afins, criam espaços de comunicação sem a necessidade de o indivíduo passar pelo filtro dos canais de comunicação clássicos. É dizer, para o indivíduo se inserir na rede de comunicação, não precisa mais se submeter ao Estado ou às mídias, pois o próprio controle da informação e comunicação está em suas mãos através do computador ligado na Internet.

Por outro lado, Castells alerta que o papel do setor público é essencial para o completo desenvolvimento e a forma que vai assumir a sociedade em rede.

Isso porque foram os indivíduos, é dizer, a iniciativa privada, que criaram a rede e dela se utilizam através da Internet. Entretanto, a Internet é uma rede de comunicação que pode ser regulamentada e limitada pelo Estado. Neste sentido, há uma aparente contradição, pois ao mesmo tempo em que o Estado se enfraquece na era da globalização, ele detém o poder de regulamentar a Internet, o que pode ter fortes repercussões sobre a sociedade em rede.

O fato é que a Internet leva a uma reconfiguração da sociedade, sobretudo em torno do papel exercido pela informação. Tudo isso vem, sem dúvida, ao encontro de uma série de novas tendências que vêm sendo estudadas no âmbito do Direito, que tende a cada vez mais deixar de ser meramente intersubjetivo (entre sujeitos), passando a prever situações mais complexas e que fogem da forma de organização e relação social tradicional. Não é à toa, neste contexto, que o contrato hoje no âmbito da Internet tenha perdido um dos seus principais caracteres: a pessoalidade. Hoje cada vez mais se contrata de forma “despersonalizada”, como será visto oportunamente.

As mudanças no campo da Filosofia (sobretudo no âmbito da Filosofia do Direito) levam ao deslocamento da Filosofia em relação ao sujeito para o objeto, pensado na perspectiva da Hermenêutica. Esse deslocamento do sujeito ao objeto permitirá que se analise o papel, por exemplo, que a conduta assume numa relação jurídica.

Isso, conforme será visto nos próximos capítulos, propiciará no âmbito das relações negociais, a adoção de teorias que valorizem o papel da conduta em torno dos novos princípios contratuais (como por exemplo, a boa-fé objetiva) e suas conseqüências (a adoção dos deveres anexos de conduta), além de levar a uma reinterpretção do papel da norma jurídica e da própria natureza obrigacional.

Numa sociedade que cada vez mais desenvolve relações em rede – e nesse sentido se insere o papel da globalização e da Internet – há uma despersonalização das relações jurídicas, em face da automação e da utilização de formulários, documentos eletrônicos e contratos de adesão.

Os *standards* normativos, nesse sentido, se inserem como uma tendência de as normas passarem a tratar da previsão de padrões de comportamento e conduta, abrindo espaço a um ordenamento jurídico mais aberto para preencher o sentido da linguagem no caso concreto. Assim, nos próximos capítulos analisarão as repercussões dessas mudanças no âmbito das relações negociais.

2 PRESSUPOSTOS JURÍDICOS PARA A FORMULAÇÃO DE UMA NOVA ORDEM NEGOCIAL

As mudanças no campo da Filosofia e no campo das Ciências Sociais e Humanas em geral, no século XX, repercutiu também sobre o Direito, que viu também o desenvolvimento de novas teorias, que iam ora mais ora menos no mesmo sentido das mudanças observadas nos demais campos das Ciências Humanas.

Nesse sentido, atentar-se-á, sobretudo, ao contexto brasileiro, em que cada vez mais está em discussão a temática envolvendo os novos campos na Hermenêutica (sobretudo na chamada Hermenêutica Constitucional), bem como no Pós-Positivismo e as profundas mudanças no Direito Privado.

O patrimonialismo e a autonomia de vontades absolutas, heranças do liberalismo, cedem espaço a um moderno Direito Negocial que se pauta atualmente em um novo modelo de codicismo, pautado nos valores éticos, nas condutas dos sujeitos de direito e na utilização de conceitos jurídicos indeterminados, de modo a criar as denominadas “normas molduras” que se possam adequar a seu tempo, propondo um novo modelo jurídico de Direito Privado.

2.1 DA CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA ATUAL: DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

Quando se trata de temática envolvendo a Hermenêutica, deve-se ter em vista a contextualização da Hermenêutica não apenas em relação ao Direito, ou seja, a Hermenêutica Jurídica, dentro dos métodos de interpretação de normas, mas também na perspectiva filosófica, eis que é a Hermenêutica um dos ramos da Filosofia.

Para tanto, será tomado como referencial, ante o fato de não ser o objeto central do presente estudo, apenas o papel da Hermenêutica filosófica no Século XX com as contribuições, sobretudo, de Gadamer, bem como os pressupostos para a criação da denominada hermenêutica constitucional, seu desenvolvimento e significações para a formação da teoria de direito contemporânea, dentro da qual será inserido o estudo do Direito Negocial contemporâneo.

No que tange à palavra hermenêutica, sua origem é controvertida, porém alguns estudos apontam que teria origem em Hermes, o deus-mensageiro segundo

a mitologia grega, responsável por extrair a mensagem divina e revelá-la aos homens.

No Século XX a Hermenêutica recebeu significativa contribuição através dos estudos desenvolvidos por Gadamer, filósofo alemão nascido em 1902 e que faleceu no ano de 2002 e cuja principal obra foi “Verdade e Método”.

Gadamer traz como grande contribuição ao pensamento filosófico a sua idéia de admitir a pré-compreensão como fazendo parte da interpretação dos fenômenos sociais e a proposta de inseri-la numa relação dialógica para a construção de um pensamento. Não é à toa que Gadamer é muito citado e estudado no âmbito da Filosofia do Direito.

Gadamer propõe que interpretar é compreender, mas para o homem compreender é necessário que primeiro compreenda a si mesmo, indo a fundo nas questões humanas, para daí conviver, ou seja, dialogar com as diferentes formas de compreensão que estão presentes numa vida em sociedade.

Compreender não é, em todo caso, estar de acordo com o que ou quem se compreende. Tal igualdade seria utópica. Compreender significa que eu posso pensar e ponderar o que o outro pensa. Ele poderia ter razão com o que diz e com o que propriamente quer dizer. Compreender não é, portanto, uma dominação do que nos está à frente, do outro e, em geral do mundo objetivo. (GADAMER *apud* GOMES, 2010, p. 116).

Nesse sentido, o processo de construção Hermenêutica se extrai através de um processo proposto por Gadamer, que se inicia pela pré-compreensão. Na pré-compreensão se valoriza e utiliza os valores que o indivíduo traz em si através de sua experiência cotidiana e prática e que não deve ser desprezada, pois faz parte da própria individualidade. Nesse sentido, cada indivíduo através de sua experiência social traz valores, questiona e extrai impressões dos fenômenos sociais cotidianos.

O indivíduo, numa segunda etapa, se depara com uma fusão de horizontes, que é o momento em que toma contato com a diversidade de pensamentos e compreensões e abre-se à possibilidade de que a sua pré-compreensão seja apenas parte do que representa toda a complexidade do fenômeno social.

Tomado o contato com a fusão de horizontes, o indivíduo se insere num círculo hermenêutico, no momento em que começa a dialogar com as diferentes compreensões, fazendo-se seu confronto, colocando-se no lugar do outro e

dialogando com as diversas possibilidades de respostas para um determinado fenômeno.

Com o círculo hermenêutico, há também a história efetual, momento em que o indivíduo pontua num dado momento da História, as razões, o modo de organização, compreensão, relação social, e faz uma leitura dos fatos contextualizada no tempo e a sua significação para a compreensão do mundo contemporâneo, daí utilizar a história como um “efeito”.

Realizado todo este processo, chega-se enfim à aplicação, momento em que o processo hermenêutico atinge a sua maturidade, mas que não se encerra em si mesmo, pois o processo hermenêutico está constantemente aberto.

Em assim sendo, o pensamento de Gadamer ilustra a importância da contribuição da História e do indivíduo para a construção dos aspectos da vida na sociedade contemporânea. Em relação ao Direito, compreende-se a origem dos institutos jurídicos, a sua aplicação no espaço e a sua contribuição para a construção do direito contemporâneo. Ou ainda, a contribuição das demais ciências humanas na construção do Direito.

Fazendo-se uma retomada metodológica, divide-se a Hermenêutica em três estágios ou níveis: o primeiro, o estágio comum, que é a hermenêutica realizada pelo homem comum, podendo aqui perfeitamente ser compreendido o homem médio, inserido nos seus mais variados *ethos* sociais; segundo, o científico, que é a hermenêutica realizada pelo cientista no âmbito de um determinado ramo do conhecimento, como, por exemplo, o Direito, a hermenêutica realizada pelo estudioso do Direito, que conhecendo os princípios por traz da ciência do Direito, produz sentido a partir de seus estudos; e por fim o estágio filosófico, no qual a hermenêutica é aquela produzida pelo filósofo, que se debruça profundamente sobre a questão, analisando-a não sob o prisma da ciência do conhecimento, mas da reflexão filosófica, da indagação, do questionamento, da reflexão (GOMES, 2010, p. 143).

Três modelos de hermenêutica que sem dúvida alguma se inserem dentro do contexto da convivência humana. De certa forma a complexidade atual das relações sociais não permite que se fique preso tão-somente à hermenêutica científica. A hermenêutica científica, isolada no Direito, aplicando ao nosso contexto, torna-se insuficiente, o que exige a necessidade da reflexão e do contributo filosófico.

A crise do positivismo jurídico é basicamente uma crise hermenêutica, uma vez que os métodos de hermenêutica trazidos e consagrados pelo positivismo jurídico encerravam-se em si mesmos, prevendo uma figura abstrata de um Direito lógico, sistemático e fechado, utilizando-se do silogismo como uma máxima para a interpretação e adequação do caso concreto em face da lei, sem levar em conta, porém, o dado axiológico inerente à própria idéia da justiça, que é o fim último do Direito.

ENGELMAN (2007, p. 138-138), ao dissertar sobre a reabilitação do Direito Natural na contemporaneidade, ilustra que na complexidade das relações sociais do Século XX, o Direito Positivo teve dificuldade em propor um estudo do Direito que fosse adequado a essa nova realidade de rápidas transformações do mundo e a dificuldade de se utilizar juízos universais na aplicação de um número cada vez maior e mais complexo de juízos particulares.

Partindo do estudo de John Finnis, Engelman demonstra que a existência de uma reabilitação no campo do jusnaturalismo no Século XX procura superar a velha temática da legitimação do Direito Natural (a dicotomia Deus x Razão), passando a se concentrar em torno de problemas de justiça, numa leitura hermenêutica:

A par dos aspectos vistos, alguns autores (como Carlos Ignácio Massini Correias, Rodolfo Luis Vigo e Santiago Lagarre) referem que Finnis está desenvolvendo o chamado 'jusnaturalismo normativista' [...]. Trata-se, portanto, de um jusnaturalismo impregnado com conteúdos concretamente realizáveis, como já visto, capazes de servir de parâmetro ético para os resultados da hermenêutica jurídica e justificar o conteúdo da pré-compreensão. (ENGELMAN, 2007, p. 179-180)

Esse processo hermenêutico, aplicado no Direito, traz como relevância a figura do Juiz, o que leva às fortes críticas ao ativismo judicial, que vão no sentido de ausência de eleição dos juízes, o que faz os mesmos ter *déficit* democrático, além de atuarem de modo discricionário e criarem obrigações a partir de um dado caso conflituoso, criando regra jurídica inovadora. Nesse sentido é que se observa a crítica de Hart.

Dworkin, porém, rebate essas críticas, mormente nos *hard cases* (casos difíceis), esclarecendo que o Juiz não buscará a solução do caso conforme suas convicções pessoais e sua subjetividade, mas que realizará um processo de

interpretação (em que neste sim, talvez se insira o papel de sua pré-compreensão) para aproximar a norma que melhor se amolde ao caso (ENGELMAN, 2007, p. 184).

Ou seja, o juiz desloca seu papel de mera “boca da lei” e passa a ser um intérprete do Direito, que, sendo revestido desta função, possui legitimidade de proferir a decisão que deve valer. Nesse sentido o juiz opera o Direito (princípio da operabilidade) e propõe, por fim, que as questões envolvendo as discussões objeto do jusnaturalismo, ou seja, o “naturalismo” (princípios de justiça) seja utilizado nos casos em que as regras positivadas não respondem de forma adequada ou não são satisfatórias (ENGELMAN, 2007, p. 185).

Em que pese a aparente proximidade do pensamento de Dworkin a alguns princípios jusnaturalistas, a resolução do conflito no caso difícil para Dworkin se daria pelo juiz no papel de interpretação da norma que melhor fosse adequada ao caso.

Finnis, por sua vez, acredita que “O que decide um ‘caso difícil’ [...] são as próprias convicções-morais do juiz. Entretanto, para que a pretensão da ‘integridade’ efetivamente ficasse mais clara e evidente, o juiz deveria utilizar os critérios estimados pela sociedade.” (ENGELMAN, 2007, p. 187).

Quando se trabalha, portanto, nesta reabilitação do Direito Natural, se busca não um Direito Natural que extraia normas na natureza (sendo que a natureza do próprio Direito Natural é controvertida, assim como é a própria história do critério da validação das ações morais na perspectiva da razão prática), mas sim um Jusnaturalismo que traga a sua contribuição através de bases principiológicas, na busca da justiça.

A hermenêutica constitucional, portanto, insere-se nesse contexto com o aspecto simbólico que adquire a Constituição, vista muito mais do que lei superior, mas propriamente, o documento jurídico que representa os valores que a sociedade carrega e elege como necessários para a construção da sua realidade social.

Inserem-se no texto constitucional valores e princípios que lhe dá maior abstração, mas que são necessários para concretizar determinados preceitos constitucionais e adequar como critério de análise e interpretação do próprio texto eventuais falhas na redação legal. Além disso, são elementos que limitam a atividade do poder constituinte derivado.

A hermenêutica constitucional parte da hermenêutica filosófica e tem como figura clara de ponto de partida o homem, inserido na máxima da dignidade da

pessoa humana. O homem, o indivíduo, o ser, o outro é para quem é realizada a hermenêutica. É para quem tudo isso faz sentido e significação.

O problema envolvendo os princípios e regras, por sua vez, leva a uma das principais discussões no campo do Direito Constitucional moderno, o debate que se trava em torno dos princípios e regras, dos conflitos entre ambos, critérios para a sua resolução, bem como as distinções de suas fronteiras.

A problemática envolvendo os princípios e regras na perspectiva do direito constitucional é uma das principais temáticas estudadas pela chamada hermenêutica constitucional.

Quando pensa na Hermenêutica Jurídica, RAMOS (2010, p. 67) pontua que num momento anterior, da concepção da tripartição do poder, havia uma clara tendência de primazia do Legislativo sobre o Judiciário. Neste íterim, o Judiciário era visto como uma espécie de extensão do Legislador.

Nesse sentido, a Constituição Francesa de 1791 trazia dispositivo expresso proibindo aos tribunais de se imiscuir nas questões legislativas, com sanção penal inclusive (RAMOS, 2010, p. 70).

O que deu o impulso para o papel do Judiciário em relação à interpretação foi justamente o desenvolvimento da Sociologia Jurídica, sobretudo nos EUA (RAMOS, 2010, p. 74), quando se atentou do papel que tem o Judiciário para a interpretação, notadamente através dos estudos de Dworkin.

Nesse contexto de transformações e questionamentos do Positivismo Jurídico, a Hermenêutica Constitucional se insere como uma necessidade típica do atual momento do Direito, onde se busca, através das constituições, criar um programa de Estado que corresponda ao atual estágio democrático, o denominado Estado Democrático de Direito, que traz todo um arcabouço jurídico e normativo baseado no tripé de princípios, valores e regras.

A Hermenêutica Constitucional surge, portanto, dentro desta relação de mudança do papel do Judiciário em relação ao sistema jurídico. Por sua vez, o próprio modelo do Estado Democrático de Direito faz nascer a necessidade dos princípios, o que leva à formação da hermenêutica constitucional:

A Constituição do Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, principiológica, isto é, suas normas mais importantes expressam-se em forma de princípios. Isso faz nascer a necessidade de uma hermenêutica constitucional capaz de orientar a interpretação a trabalhar não apenas com regras, mas também e, sobretudo, com princípios. (GOMES, 2010, p. 381)

A Hermenêutica Constitucional, deste modo, exige uma teoria do Direito adequada para trabalhar num paradigma de Estado Democrático de Direito, pautado nas escolhas e suas naturezas políticas, éticas e jurídicas; capacidade de enxergar as particularidades do desenvolvimento constitucional de cada nação, de modo a não se aplicar a mera reprodução de modelos; a vedação do retrocesso no campo dos direitos humanos e sociais conquistados, construindo desde modo um sentido ao Direito.

Um dos primeiros objetos da Hermenêutica Constitucional é a distinção existente entre as regras e os princípios, o que é objeto de várias teorias. Mas em apertada síntese, ambos são espécies de normas jurídicas, sendo que o princípio visualizado como norma jurídica é uma conquista típica do Pós-Positivismo.

As regras possuem grau menor de abstração, possibilidades de aplicação direta trazem conteúdo funcional, além de serem propostas em formas de enunciados escritos (CANOTILHO, 1993, p. 166-167).

Os princípios, por sua vez, são dotados de maior indeterminabilidade e abstração e são normas estruturantes, criadoras de “*standards*”, ou seja, de padrões de normas. Canotilho sintetiza, ainda, que os princípios possuem natureza normogénica, isto é, é fundamento de regras. Por fim, os princípios, diferentemente das regras, podem estar implícitos no sistema.

Ou seja, princípios e regras tratam-se normas que possuem diferentes funções dentro do sistema jurídico. Por isso, pode-se dizer que:

Um dos pilares em que se assenta a Hermenêutica Jurídica na atualidade é, efetivamente, a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. (RAMOS, 2010, p. 83).

Paulo BONAVIDES (2002, p. 230-231), expondo o pensamento de Guastini, discorre sobre os seis conceitos ou características dos princípios: normas de alto grau de generalidade; normas de alto grau de indeterminação; normas de caráter programático; normas cuja posição hierárquica das fontes do Direito é muito elevada; normas de importância fundamental ao sistema; e normas que direcionam a atuação do órgão de aplicação no sentido de fazer as escolhas dos dispositivos ou normas aplicáveis nos diferentes casos.

É assim que o princípio passa a também integrar a hermenêutica jurídica, mesmo não estando escrito, porque também o princípio pode vir a trazer um conteúdo jurídico, que pode implicar na limitação de um enunciado exposto consubstanciado numa regra.

Deste modo, o sistema se torna mais aberto e passa a inserir importância nesse contexto os chamados os conceitos jurídicos indeterminados, uma das principais marcas do Direito contemporâneo.

A utilização de normas abertas, conceitos padrões, princípios, normas-*standards*, por sua vez, satisfaz à necessidade de um Direito que se possa compatibilizar num contexto de globalização, sem a necessidade de profundas mudanças jurídicas ou de sistemas jurídicos.

É por isso que institutos típicos do direito anglo-saxão conseguem se inserir num modelo romano-germânico, mesmo sem alteração das bases fundamentais do sistema jurídico. Ou seja, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, aliados à principiologia de inspiração da hermenêutica constitucional e o papel do juiz intérprete acabam gerando as bases do Direito contemporâneo.

2.2 A SUPERACÃO DO MODELO POSITIVISTA

O modelo positivista jurídico considera a aplicação dos princípios positivistas à ciência jurídica, concebendo o Direito como uma ciência dotada de princípios, regras e linguagens próprias, cujo objeto de estudo é, eminentemente, a norma jurídica.

Deste modo, analisa-se a norma jurídica sobre os seus mais variados aspectos, dissecando seu conceito e criando mecanismos que a insere numa determinada realidade, criando o sistema jurídico, do qual nasce e se concebe o ordenamento jurídico.

O modelo positivista por um lado superou a problemática do relativismo e, ao dar ao Direito uma roupagem científica, se preocupou em analisar a fundo a origem das instituições jurídicas. De outro lado, contudo, preso a uma concepção de razão teórica, acaba rejeitando qualquer intersecção do Direito com os problemas envolvendo a eficácia e o valor da norma.

Ou seja, procura apenas transformar o Direito num fim em si mesmo, “blindando-o” da interferência dos problemas envolvendo a justiça da norma, o que deveria apenas ser objeto da Filosofia ou, ainda, da eficácia, o que deveria ser objeto apenas da Sociologia.

Ainda que admitindo uma Filosofia do Direito e uma Sociologia do Direito, suas capacidades de agir em transformação do Direito eram quando muito num plano ideal, de modo que o Direito gerava certo desprendimento com a dinamicidade da realidade social.

Como já estudado num primeiro momento, a complexidade das relações sociais, sobretudo a partir da segunda metade do Século XX (através das rápidas transformações na era da informação), levam a uma defasagem teórica do Direito em acompanhar as novas tendências do campo social. Cita-se como grande exemplo o fato de que, enquanto a Filosofia se preocupava com o paradigma da linguagem, o Direito ainda se preocupava com problemas envolvendo o silogismo da norma ou ainda, no campo da Teoria do Direito, uma preocupação centrada apenas em torno da norma positivada.

O modelo positivista é colocado em contraponto ao modelo jusnaturalista do Direito. O modelo jusnaturalista buscava a legitimidade do Direito na lei natural, num primeiro momento compreendido na pessoa divina e posteriormente na razão.

De certa forma, ao colocar-se o primado na razão, o resultado prático foi que se continuou a questionar a legitimidade. O modelo positivista insere-se na tentativa de dar uma nova legitimidade ao Direito e parece ter atingido seu ápice com Kelsen, ao estabelecer um critério artificial de legitimidade do Direito: a norma hipotética fundamental. Porém admitindo que tal critério seja artificial.

O positivismo jurídico, que possui sem dúvidas relações com o movimento positivista de Augusto Comte, procurou enxergar o Direito como uma ciência provida de métodos e princípios. Neste sentido, o esforço do positivismo foi de criar um modelo de Direito autossustentável, intacto, coeso, desprovido de falhas. O uso da lógica neste sentido foi necessário para dar uma sustentação a esta ciência do Direito.

Assim se chegou ao ponto da criação dos dogmas jurídicos, que são as máximas que se pretendem universalmente válidas no mundo jurídico. Ocorre que, mesmo que jamais tenha sido admitido que tais dogmas eram inquestionáveis, o peso da palavra dogma, a dogmática jurídica, sendo o Direito uma ciência social e

humana e sendo as Ciências Sociais por natureza relativas, levou-se a um processo contínuo de questionamento da validade deste modelo jurídico.

O século XX, século do Positivismo, assistiu a uma série de totalitarismos, além de duas guerras mundiais. Esse totalitarismo precisou-se servir do Direito no seu âmbito interno para ter sustentação. Caso contrário, os mecanismos jurídicos teriam sido acionados para naturalmente restabelecer a ordem que teria, então, sido perdida.

E é neste ponto que os críticos do Positivismo insistem nas falhas deste sistema. Ele deu legitimidade para a produção da barbárie dos modelos nazistas, fascistas e comunistas, além dos diversos regimes totalitários inseridos na América Latina, reflexos deste contexto conturbado.

Encerrado o “breve século XX”, com a queda do comunismo e o fim da Guerra Fria, submergiu-se uma redemocratização no âmbito da América Latina e a um novo contexto social na Europa e América, com o fenômeno da globalização.

O pensamento filosófico acompanhou de perto todas essas mudanças ocorridas na sociedade e isso sem dúvida desemboca no Direito, que passa a ver no antigo modelo positivista puro uma insustentabilidade. É dizer, o Direito precisa ser depurado de todas e quaisquer falhas, mas em nome disso não se pode perder de foco o objetivo primordial da busca da justiça.

Critica-se o modelo reprodutório (GOMES, 2010, p. 145) gerado pelo sistema positivista, no qual há falta de pensamento próprio e isola-se o Direito das demais ciências sociais e há um desnecessário apego a modelos pré-concebidos e repetidos sem discussão quanto à sua eficácia.

Chama-se de Pós-Positivismo o contexto atualmente vivido em que as constituições passam a ter acentuada hegemonia axiológica, cujas sementes foram lançadas na Europa ainda no princípio do Século XX, quando se admitiu no Direito Internacional a utilização dos princípios gerais do Direito (BONAVIDES, 2002, p. 237).

Aliás, no Direito Internacional, justamente por não haver uma unidade sistemática, parece ter havido um desenvolvimento muito acentuado da utilização de princípios de justiça, princípios gerais do Direito e da equidade. BONAVIDES (2002, p. 238) pontua que Dworkin é o autor teórico que talvez mais contribua para a queda do positivismo e o jusnaturalismo clássicos.

Dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal. (BONAVIDES, 2002, p. 239)

A adoção de caráter normativo aos princípios foi, no entender de BONAVIDES (2002, p. 247), o empenho da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito de buscar um campo neutro e superar a dicotomia Direito Positivo x Direito Natural.

A teoria dos princípios é o principal fundamento do pós-positivismo, sendo oportuno lembrar que a mudança de paradigma se deve às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos dados por Robert Alexy. Albert Calsamiglia argumenta que Dworkin insistiu na leitura moral da constituição, manifestando o papel da moral na leitura dos problemas constitucionais e denunciando a hipocrisia do pressuposto da neutralidade proposta pelo positivismo. (FACHIN e TRISTÃO in BANNWART JÚNIOR e FACHIN, 2012, p. 150)

Nesse entender, o Pós-Positivismo vem não como um novo Positivismo, mas uma nova teoria de Direito, que superaria tanto o Positivismo quanto o Jusnaturalismo. As discussões pós-positivistas, na esteira da Hermenêutica Constitucional e da normatividade dos princípios acaba sendo a pedra de toque do atual constitucionalismo e mesmo do Direito como um todo.

Diniz e Maia (in BARRETO, 2006, p. 651-652), por sua vez, apontam que o Pós-Positivismo trata também do problema da argumentação na compreensão do Direito, além do estudo sistematizado dos casos difíceis e suas propostas de solução, caso em que os diversos teóricos da teoria Pós-Positivista divergem sobre os critérios de resolução de conflitos.

No âmbito brasileiro, estas discussões passam a ter relevância, sobretudo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando se passa a discutir no âmbito acadêmico as teorias “neoconstitucionais” (que sintetizam os princípios da Hermenêutica Constitucional e que abrem espaço ao Pós-Positivismo), bem como quando se atenta para a atualização filosófica das bases do Direito.

Nos anos de 1990, a pesquisa no Direito no âmbito nacional ganha grande impulso, embora se apontem falhas na falta de rigor científico, bem como no ecletismo teórico, ou seja, a mistura de conceitos teóricos, devido a um novo mundo

com novas discussões, que no contexto brasileiro vinha sendo descoberto a partir de então (NOBRE, 2005, p. 27).

Em que pesem as dificuldades, as discussões no âmbito de teoria constitucional tendem a ser assimiladas pelos demais ramos do Direito, de tal modo que hoje também se pode falar na utilização de princípios no âmbito do Direito Privado, o que, para o desenvolvimento deste ramo do Direito, se apresenta como forte novidade. É assim que a Hermenêutica Constitucional acaba tendo sua aplicação não apenas no âmbito do Direito Constitucional, mas de todo o Direito.

2.3 REFORMULAÇÃO DO DIREITO NO PARADIGMA DA SOCIEDADE COMPLEXA, O DIREITO PRIVADO E A POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA DO CODICISMO

Quando se pensa nas novas tendências no campo do Direito, deve-se ter em mente a pluralidade de entendimentos e concepções conforme a matriz teórica adotada. Por um lado, parece ser certo que o pressuposto deixado pelo paradigma filosófico, bem como as mudanças em face do paradigma das sociedades complexas e em rede, na era da globalização, tendem a uma reestruturação do Direito.

Por outro lado, muito se desenvolveu e ensinou, sobretudo quando da transição do Direito Civil patrimonialista para o Direito Civil contemporâneo, na chamada “publicização do direito privado”. A publicização significa a redefinição do paradigma dos institutos do Direito privado, que passam a ser lidos dentro de uma visão publicista, é dizer, as fronteiras do direito privado são redelineadas e já não se tem mais a autonomia da vontade como uma máxima absoluta (TARTUCE, 2011, p. 81).

Isto significa que cada vez mais o Direito atinge relações privadas, criando padrões de conduta e comportamento, dentro de critérios que são adequados numa política de justiça social. De tal modo que, por exemplo, a propriedade não é mais direito absoluto do proprietário, que fica limitado em seus direitos de dispor e gozar da coisa em face da função social da propriedade. O mesmo se passa no âmbito dos contratos.

Essa construção está de acordo com a Hermenêutica Constitucional na perspectiva Pós-Positivista. Entretanto, este movimento que já passou a Europa e que no Brasil somente há pouco tempo vem influenciando o nosso ordenamento, já

se encontra em vias de ser superado, por conta do paradigma das sociedades complexas na era da globalização.

Nesse sentido, Faria (*in* FARIA e KUNTZ, 2002, p. 86) expõe que após o paradigma da publicização do direito na década de 1960 e 1970 na Europa, o sistema jurídico nos anos 1990 perdeu a sua unidade lógica e se tornou fragmentado, por conta das novas dinâmicas na esfera da economia e das relações sociais, como já foi estudado.

Nesse sentido ainda, a cada vez maior influência das organizações internacionais e privadas, na formulação de matéria normativa, conduz à presença de normatividades paralelas ou mesmo justapostas:

Com isso, deixa de ser o eixo de um sistema normativo único e com feições basicamente piramidais, para se tornar parte de um poli-sistema; ao mesmo tempo, deixa também de ser a fonte de legitimidade de uma ordem jurídica auto-centrada nos estritos limites de um território (Canotilho: 1998; e Moreira: 2001) e passa a abrir-se progressivamente a normas oriundas de organismos multilaterais, de centros regionais e de poderes locais, bem como de agentes de mercado que, valendo-se de seu poder econômico, transformam faticidade em normatividade e disputam com o/ Estado o monopólio de produção do direito (SANTOS: 1996; 1999; e 2001) (Faria (*in* FARIA e KUNTZ, 2002, p. 86-87)

Com efeito, ao mesmo tempo em que se critica o positivismo e o seu modelo de legislação fechada, codificada, silogística, no qual convergem críticas no âmbito acadêmico, abre-se – de outra via – uma “pulverização” do Direito, através de leis especiais e específicas.

Este fenômeno conduz ao chamado “trilema regulatório” ou ainda à “hiperinflação legislativa”, conforme já visto. É dizer, há perda de unidade e criam-se leis especiais, que numa perspectiva em rede, acabam regulando de modo disforme, gerando falhas na legislação. Nesse contexto as leis passam a se cruzar e formar microssistemas jurídicos, reforçando a perda de unidade do sistema (FARIA, 2004, p. 117).

Isso tudo, num contexto de um Direito que demanda regulação de matérias cada vez mais complexas, precisa abarcar e regular matérias que exigem conhecimentos que fogem ao seu âmbito: os problemas envolvendo a genética, biodireito, informática, Internet, dentre outros (FARIA, 2002, p. 87).

Com base nisso, FARIA (2002, p. 89-119) aponta nove tendências para a reformulação do Direito no âmbito da globalização e da sociedade complexa após

uma breve fase de publicização do direito privado, fruto de uma Hermenêutica Constitucional principiológica e de um constitucionalismo exacerbado, que vem perdendo força em face das mudanças no campo econômico e social por conta da globalização.

Das nove tendências, dar-se-á ênfase àquelas que possuem maior relevância para o objeto de estudo do presente trabalho. A primeira tendência diz respeito à desformalização do processo legislativo.

Nesse sentido se aponta a incapacidade ou falta de vontade do Legislativo em legislar matérias de caráter polêmico. É dizer, o Legislativo não se envolve nestas matérias por conta de sua repercussão social. E como meio de responder ao *déficit* de normatividade, acabam abrindo espaço ao diálogo com a sociedade, através da elaboração de consultas públicas, painéis e fóruns.

Deste modo, o Legislativo envolve a participação da sociedade, dividindo a responsabilidade em caso de tomada de medidas polêmicas. Ocorre que este processo pode representar o risco de que interessados indiretamente na regulamentação façam a sugestão de modelos regulatórios que sejam adequados aos seus interesses particulares.

A segunda tendência tem sido a da redução da imperatividade do direito positivo, o que se dá através dos processos de deslegalização e desregulamentação daquilo que a nova dinâmica julga não ser mais necessário regular pelo Estado. Por outro lado, mesmo a legislação, quando existente, tende a se tornar apenas um processo, os chamados “*standards* processuais” (ou normativos), é dizer, a lei cria apenas padrões de norma, abrindo espaço para a normatividade não estatal ou para a liberdade de normatividade em sistemas particulares (regulamentos de empresas, por exemplo).

São normas que renunciam a quase toda a pretensão de supremacia e universalidade, reconhecendo a autonomia decisória de sistemas sociais e econômicos diferenciados e auto-regulados e limitando-se a promover uma articulação entre eles, com o objetivo de assegurar seu equilíbrio sem o risco de comprometimento de suas respectivas racionalidades internas. (FARIA, 2002, p. 92)

No âmbito dos *standards* normativos, NALIN (2006, p. 132) aponta que a origem dos *standards* é européia, mas tiveram ampla projeção e recepção no sistema da Common Law.

A terceira tendência é a de simplificação dos processos civis e penais. Nesse sentido pode-se citar a tendência de adoção de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais também no âmbito processual, sendo a relação processual também analisada sob um prisma negocial.

A quarta tendência é a aproximação e expansão dos modelos anglo-saxões do Direito, com a forte tendência do papel da jurisprudência na construção do Direito. Nesta tendência, já se discutiu em momento anterior, há aproximação entre uma nova mentalidade do Direito e o papel do juiz, que se ajusta perfeitamente com o modelo anglo saxão.

A quinta tendência é justamente a contradição com o que ainda se tem discutindo muito, que é justamente a reprivatização do Direito. Ou seja, após a hegemonia e força do constitucionalismo (no chamado neoconstitucionalismo), impulsionado pela Hermenêutica Constitucional, a tendência é justamente a volta à privatização, através do enxugamento do direito constitucional, que não teria mais força para regular a sociedade complexa em todas as suas relações.

Isso também se dá pelas mudanças no âmbito do Direito Administrativo por conta do enxugamento da máquina estatal, através da utilização cada vez maior da desconcentração da administração direta em órgãos administrativos cada vez mais bem estruturados, bem como da descentralização com a criação de autarquias altamente especializadas para determinados setores próprios da administração pública.

Nesse âmbito ainda, insere-se a utilização dos modelos de agências reguladoras, garantindo à administração pública independência política, livrando-a da flutuação e das inseguranças em face das mudanças de gestão política, criando assim uma Administração Pública gerencial, cujo gestor público passa a assumir cada vez mais às vezes de um gerente da coisa pública. Hoje já se fala na superação da Administração Pública gerencial e se aponta a Administração em rede, ou seja, o Estado se volta ao cidadão constituindo-se numa relação em rede.

A privatização das empresas públicas, constituídas tipicamente para a execução de serviços públicos e a concessão pública de serviços públicos à iniciativa privada, levam ainda à utilização cada vez maior de contratos com particulares por parte da Administração, o que faz movimentar o campo dos contratos de prestação de serviços.

Ou seja, um processo que, assumindo a forma de 'redes' de produção e prestação contínua e regular de serviços, exige uma coesão, uma flexibilidade, uma adaptabilidade e uma multidimensionalidade que só podem ser formalizadas normativamente por contratos mais plásticos, abertos e funcionalmente diferenciados, os assim chamados 'contratos relacionais' (MACNEIL: 1987; RANGEON: 2000; e MACEDO: 1999) (FARIA *in* FARIA e KUNTZ, 2002, p. 101).

A Constituição, deste modo, perde sua força e o Estado no contexto do Direito Administrativo, clara faceta do Direito Público, cada vez mais se insere como agente que celebra contratos com particulares, além de ter um papel de indutor e fomentador de desenvolvimento econômico.

A flexibilização do Direito do Trabalho é a sexta tendência, exigência das grandes empresas, ávidas da redução de custos operacionais. A tendência da flexibilização, sobretudo no campo da terceirização de serviços faz deslocar parte da mão de obra de empregada a empreendedor.

Cita-se como forte argumento o fato de que o Direito do Trabalho atual foi concebido como resposta aos abusos da era industrial, sendo que o momento atual não é mais o momento do emprego industrial, mas da prestação de serviços (FARIA *in* FARIA e KUNTZ, 2002, p. 108).

A sétima tendência é a transformação do conteúdo do Direito Internacional Público, com uma influência cada vez maior do mercado, em face da inserção dos grandes conglomerados econômicos globais como atores do Direito Internacional, conforme já estudado. Além disso, aponta-se nesta tendência a padronização de modelos legislativos, através da adoção de normas padrões em Direito Comunitário.

A oitava tendência é de preocupação, pois aponta para a tendência no regresso dos direitos sociais e humanos, o que seria reflexo da cada vez menor influência do Estado e de seu papel, uma vez que tais direitos são, mormente assegurados pelo Estado na sua concepção clássica. Para isso, é fundamental a conscientização da horizontalidade dos direitos humanos, ou seja, do respeito aos direitos humanos também se darem no âmbito das relações privadas entre os sujeitos de Direito.

A nona tendência tem a ver com o Direito Penal, que é a tendência de leis penais mais rigorosas, como resposta à criminalidade dos centros urbanos, através de um movimento de Lei e Ordem.

Em síntese, tais tendências apontam que o Direito se redefine no contexto da globalização, de tal modo que vão ao encontro do que já vinha sendo delineado pela Teoria Geral do Direito, é dizer, da superação do modelo positivista, com a terceira via do Pós-Positivismo, cujo delineamento dependerá, sobretudo, da atuação dos Estados e sua vontade em manter-se enquanto centros de monopólio jurídico (FARIA, 2002, p. 70), ou continuar aceitando a renúncia parcial de suas competências para a criação de normatividades paralelas, com a criação de redes jurídicas, inclusive com policentrismo decisório (FARIA, 2002, p. 69).

Deste modo, quando se fala numa crise do Direito na contemporaneidade, pode-se dizer que se trata de uma crise institucional ou redefinição institucional, entendendo a palavra instituição no sentido de ordenamento jurídico, de organização do modelo jurídico (SZTAJN *in* SZTAJN e ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 229).

Isso porque, na visão institucional, o Código exerce uma importância fundamental como ordem jurídica, de modo que nos países da *Common Law*, onde prevalece a idéia do codicismo, tem-se um Direito mais lento para responder às demandas sociais dinâmicas (SZTAJN *in* SZTAJN e ZYLBERSZTAJN, 2005, p. 232).

Quando se fala na crítica ao codicismo, é preciso ter em mente que não se pode mais conceber no momento atual o codicismo na visão liberal, do ordenamento fechado, da norma juridicamente perfeita e lógica.

A hiperinflação legislativa traz um sério perigo de fragmentação do direito e de seu próprio enfraquecimento, porque se criam leis específicas ainda que de cunho procedimental apenas, que vão se inserindo no sistema sem unidade com outros institutos, gerando os diversos microssistemas jurídicos até o ponto de haver a perda de unidade no sistema.

A codificação se vista numa perspectiva mais contemporânea, que admita o uso dos conceitos indeterminados e de criação de padrões de conduta (*standards* processuais), trazendo um sistema aberto e que se amolda às mudanças sociais e econômicas, é uma saída viável para que não se perca de vista a necessidade de unidade sistêmica do direito.

No caso do Brasil, a própria Lei Complementar nº 95/1998 aponta critérios para a elaboração de normas jurídicas no Brasil, dentre os quais a utilização de recursos linguísticos, técnicas redacionais e mesmo lógicas.

Buscar a lei, apresentar uma adequação nesse sentido não deve ser visto como algo negativo ou um apeguismo ao positivismo ultrapassado, mas uma

necessidade para a própria sustentabilidade do ordenamento jurídico. Inclusive consta na previsão da Lei Complementar 95/1998 o ideal de se buscar a compilação de leis e a codificação, conforme previsto no Art. 13, em redação determinada pela Lei Complementar 107/2001: “As leis federais serão reunidas em codificações e consolidações, integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Federal.”

Segundo FARIA (2004, p. 128-129):

Do mesmo modo como sempre ocorre com a inflação econômica, essa desenfreada e desordenada produção legislativa, chamada por alguns autores de ‘anatomia jurídica’ e de ‘explosão legal’, também costuma encurtar horizontes decisórios, acirrar conflitos, inviabilizar o cálculo racional e, por fim, disseminar uma insegurança generalizada na vida sócio-política e no mundo dos negócios.

Faria alerta sobre o perigo da regulação em face de circunstâncias ou conjecturas políticas, econômicas ou sociais específicas, sem atentar para a necessária maturidade dos institutos a serem regulados FARIA (2004, p. 130). Parece discordar, porém, da utilização dos conceitos indeterminados e da abertura de interpretação ao Judiciário, pois entende que isso pode levar o juiz a ser ator das decisões políticas, sociais e econômicas:

E a tendência é a de que, quanto maior for a complexidade sócio-econômica, mais acentuado se torna o caráter polissêmico das normas, por causa desses seus conceitos flexíveis, porosos, tópicos, indeterminados e programáticos, como, ‘bem comum’, ‘justo equilíbrio’, vedação de ‘cláusulas contratuais abusivas’ e a ‘proibição da onerosidade excessiva’ ou como ‘sociedade livre, justa e solidária’ (Constituição Federal, art. 3º, I), ‘abuso de poder’ e ‘força maior social’, obrigando o intérprete a definir seu sentido e seu conteúdo a partir das singularidades dos casos concretos. (FARIA (2004, p. 132)

Contudo, Faria admite que a utilização desta técnica legal atende por um lado aos anseios de normatizar situações complexas ou deixar a norma aberta à possibilidade de admitir mudanças externas, de modo que se torna efetivamente uma nova técnica de elaboração jurídica, em que pese possa também por vezes ser resultado de erro do legislador FARIA (2004, p. 132).

Deste modo, trata-se, de um paradoxo. Se as exigências de uma nova dinâmica social e econômica exigem respostas rápidas do Direito, do qual não há outro meio de resposta, senão recorrer-se às técnicas de legislação abertas, por

outro a utilização da interpretação no Direito é algo que foi discutido no campo da Teoria do Direito e absorvido por parte do operador, que vê com naturalidade a necessidade de interpretação legal, o que está, ainda, de acordo com as tendências apontadas na era do Pós-Positivismo. Entretanto, tal concepção, inexoravelmente, acaba sobrecarregando o judiciário, que de órgão efetivamente julgador passa a ser consultor, intérprete, abrindo margem para decisões distorcidas.

Esse paradoxo e essas contradições são típicas de um período em que se passa por mudanças estruturais nas instituições do Direito. Daí releva o papel do operador, de ter que lidar não apenas com fenômenos complexos no âmbito de teoria social e econômica, como também dentro do Direito, tendo que resgatar num ambiente de contradições e de múltiplas teorias que tentam explicar as conjecturas jurídicas atuais, aquela que for mais adequada.

2.4 A REDEFINIÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O CÓDIGO CIVIL DE 2002 COMO PARADIGMA DA NOVA CODIFICAÇÃO

Quando da promulgação do Código Civil de 2002 muito se falou sobre a superação de um modelo patrimonialista, individualista, que tinha, por exemplo, nas relações negociais uma relação que dava prevalência à autonomia de vontade. Hoje se prefere trabalhar com o conceito de “autonomia privada” (TARTUCE, 2011, p. 85), que seria a superação do conceito da autonomia da vontade, pois na autonomia privada se reconheceria uma série de fatores além da mera vontade (TARTUCE, 2011, p. 87), superando assim uma concepção subjetivista.

No século XX o Direito Civil foi palco de profundas mudanças, dentre as quais as já mencionadas tendências de publicização do direito privado e a constitucionalização. Ambos são fenômenos diferentes, sendo que a publicização diz respeito, mormente à introdução no Direito Civil de institutos que são tipicamente ligados ao Direito Constitucional, tais como os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Já a constitucionalização diz respeito precisamente à absorção pelo Direito Civil de princípios constitucionais, tais como a função social da propriedade, a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

Durante muito tempo, cogitou-se de publicização do direito civil, que para muitos teria o mesmo significado de constitucionalização. Todavia, são situações distintas. A denominada publicização compreende o processo de

crescente intervenção estatal, especialmente no âmbito legislativo, característica do Estado Social do Século XX. [...] Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil. (LÔBO, 1999, n.p.)

Os pressupostos que permitiram o advento e formação deste processo foram analisados em momentos anteriores, entretanto cumpre ressaltar e salientar que, enquanto o Direito Público (notadamente constitucional) sempre esteve mais aberto a novas tendências e mudanças, o Direito Privado aparentemente não acompanhava na mesma velocidade essas mudanças.

NALIN (2006, p. 32), nesse contexto, assim pondera: "A constitucionalização do Direito Civil não é o único, mas, sim, representa um dos caminhos possíveis para a eleição de um novo paradigma de renovação dos institutos privados."

Ao falar-se em Direito Público e Privado tem-se uma visão eminentemente didática, visto que o próprio fenômeno da publicização ou da reprivatização apontada por Faria são apenas a demonstração de que inexiste fronteiras claras entre o Público e o Privado.

Prosseguindo-se, nota-se no Direito Privado uma tendência ainda mais lenta da absorção de processos de mudanças, de modo que o codicismo clássico, da era positivista, parece encontrar no Direito Privado o seu ponto máximo. No caso do Brasil aponta-se uma tradição criada pelo Código Civil de 1916, de um Direito Civil fortemente privatista, até mesmo em face da época de sua promulgação, em que ainda havia uma forte tendência liberal clássica, já que a crise viria a ser experimentada alguns anos depois.

As críticas ao Código Civil de 1916, mormente após a promulgação do Constituição Federal de 1988, iam justamente no sentido de que enquanto a Constituição propunha modelos que valorizavam o papel da pessoa humana (inclusive no âmbito da propriedade e do Direito de Família), o Código Civil ainda mantinha o foco sobre o patrimônio, de modo que logo se apontou sobre uma iminente necessidade de uma repersonalização no Código Civil (LÔBO, 1999, n.p.).

Apesar de haver uma repersonalização do Direito Civil, deve-se ressaltar que, em verdade, no campo da autonomia privada hoje não se reconhece mais o

papel do sujeito de direito na perspectiva individualista, mas se propõe uma nova perspectiva, conforme FACHIN (2012, p. 230-231): “Do ponto de vista da história recente, já no meado da Idade Moderna, o direito experimentou este antropocentrismo no primado da autonomia da vontade, do voluntarismo. Não se trata, todavia, desse retorno.”

O próprio fato de o Código Civil de 1916 ter se tornado em parte incompatível com algumas principiologias da Constituição Federal fez com que a Hermenêutica Constitucional se inserisse no âmbito do Direito Privado, levando a um rápido desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, que começava a demonstrar a impossibilidade de manutenção de um Código Civil ligado a uma ordem jurídica e a uma lógica completamente distinta.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, foi talvez no âmbito das relações de consumo, o apontamento do caminho pelo qual o Direito Privado tenderia a percorrer ao trazer a recepção de princípios alinhados com a Constituição Federal.

Não tardou até que houvesse, enfim, a promulgação do Código Civil de 2002, assumindo uma postura então inovadora, através do manejo dos conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, princípios gerais, atendendo enfim aos anseios da moderna doutrina do Direito Civil. A análise de tais institutos será realizada quando do estudo da Teoria Geral do Direito Civil direcionado à ordem contratual eletrônica, a ser analisado em momento futuro.

GIORGIANNI (2010, p. 278), por sua vez, critica o “publicismo” do Direito Civil, questionando sobre o que exatamente se entende por publicização, para ao final demonstrar que não se trata de uma publicização, mas de uma tendência natural do Direito Privado e de sua evolução natural.

A começar pelo fato de que a distinção Público x Privado foi criada por aqueles que vieram depois a ser identificados como publicistas, de modo que o que se encontra em crise na verdade é justamente a dicotomia Público x Privado e não o Direito Civil. Quando se pensa em crise, portanto, deve-se ter em vista a palavra crise enquanto sinônimo de mudanças, afastando-se, assim, o caráter negativo que traz a palavra crise.

GIORGIANNI (2010, p. 286) rechaça todo o argumento em torno da crise do Direito Civil ou ao menos a interpretação das mudanças enquanto uma crise, por exemplo, citando que a criação das pessoas jurídicas surgiu como uma realidade

estranha ao Direito Civil foi recepcionada com certa dificuldade e hoje é um dos institutos do Direito Civil.

O mesmo se passa com as mudanças no âmbito do Direito Comercial, para o prisma do Direito Empresarial. Deste modo, não se trataria de negar as mudanças havidas no Direito Privado, mas de questionar até que ponto existe efetivamente uma publicização.

O uso dos termos 'publicização' ou 'socialização' deriva, portanto, não já de uma concepção especulativa – como a submissão de todo ato de autonomia privada à 'norma' – mas, sim, da constatação do fenômeno 'intervencionista' do Estado na economia. (GIORGIANNI, 2010, p. 289)

De modo que Giorgianni concorda que a chamada publicização estaria relacionada com a intervenção do Estado na Economia, portanto, seria fruto típico do Estado Social, razão pela qual a crise do Estado Social ao abrir espaço para o redelineamento das fronteiras estatais, de igual modo traria também uma "crise" na publicização, conduzindo à reprivatização na análise de FARIA (2002, p. 100).

Entretanto, como aponta Giorgianni, tudo isso parece não fazer sentido se levarmos em conta que a própria conceituação público x privado é um discurso insustentável. O que Giorgianni aponta é que o Direito Civil deixar de ser eminentemente individualista:

Que, deste modo, o Direito Privado tenha perdido o caráter de tutela exclusiva do indivíduo para 'socializar-se', como se costuma dizer, não se poderia colocar em dúvida. Não se deveria duvidar, por outro lado, seja dito incidentalmente, que a atividade econômica privada já transcende as fronteiras das relações entre os indivíduos, e penetrou no centro do corpo social através das dilatadas dimensões da empresa econômica e através da possibilidade de satisfazer um número e uma variedade de necessidades antes nem mesmo imagináveis. Esta 'socialização' já impregnou intimamente todos os institutos do Direito Privado, e não somente a propriedade, que mais freqüentemente chamou a atenção da doutrina. (GIORGIANNI, 2010, p. 295)

Entretanto, esta análise nos chama a importância para uma nova tendência no direito privado: a da superação do individualismo, a utilização de elementos típicos do constitucionalismo, a tendência da flexibilização na regulamentação e a necessidade de os Códigos se adaptarem através da utilização de técnicas legislativas que lhes garantam a possibilidade de sobrevivência na era da globalização.

Quanto ao Codicismo no século XXI, ainda se mostra algo viável, entretanto em vista das novas demandas do Direito e das teorias que lhes amparam, o Código do Século XXI não mais se apresenta com conceitos cerrados e meras prescrições de modais deônticos, é dizer, meras regras dotadas de uma fórmula lógica de prescrição-sanção, mas devem se inserir enquanto criação de processos de condutas, de padrão de normatividade.

Neste sentido, o manejo de conceitos jurídicos indeterminados (tema a ser aprofundado nos próximos capítulos), em que pese a crítica de FARIA (2004, p. 132) no sentido de que dá ao juiz super poderes, é uma técnica legislativa que permite a sobrevivência de um diploma legal no decurso do tempo, evitando-se a hiperinflação legislativa.

Atentos a estas mudanças no Direito, Miguel Reale e os demais juristas envolvidos na formulação do Código Civil de 2002, procuraram se pautar em torno de três princípios: operabilidade, socialidade e eticidade como técnica do então novo diploma civilista.

O princípio da operabilidade diz respeito à técnica de legislação do Código Civil, para que ele consiga manter-se atualizado no tempo e atento às mudanças sociais, bem como a utilização de princípios lógicos que permitam aos intérpretes do Código, extrair uma espécie de “racionalidade” do Código, como por exemplo, a delimitação de prazos prescricionais em um artigo único via de regra e os prazos decadenciais em artigos específicos, demonstrando que estes últimos possuem natureza de direito material (REALE *in* “O novo Código Civil e seus críticos, 2002, n.p.). É por isso que o Código Civil de 2002 é mais fácil de ser operacionalizado. Além disso, outra faceta do princípio da operabilidade é precisamente a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados, de modo que torna o Código moldável com o tempo.

Através do princípio da socialidade ou sociabilidade, o Código Civil de 2002 se utiliza das normas de padrão de conduta (*standards*), exigindo a utilização do contrato, da empresa, da propriedade em vistas a um contexto social geral, através da função social, que delimita a autonomia de vontade privada numa perspectiva apenas individualista.

Por fim, o princípio da eticidade tem relação com o princípio da socialidade, mas diz respeito especificamente à conduta do indivíduo sujeito ao Código Civil em uma perspectiva de respeito e cumprimento de padrões

comportamentais, exigindo do sujeito, os deveres de lealdade, boa-fé e probidade nas relações jurídicas em geral. Tais temas serão abordados com mais profundidade no capítulo 4 e demonstrada a sua aplicação no capítulo 5.

Tais técnicas servem para atualizar o Código numa perspectiva contemporânea, de modo que recepciona as mudanças exigidas na superação do positivismo, mesmo se utilizando do Codicismo.

Por sua vez, NALIN (2006, p. 95), na tentativa de uma contextualização do Direito Civil no que considera o pós-modernismo, assim considera:

Especificamente acerca do Direito Civil, sugerem-se como princípios gerais os da autodeterminação, da auto-responsabilidade, da proteção do tráfego e da confiança, da consideração pela esfera da personalidade e da liberdade dos outros e da restituição do enriquecimento ilícito, a fundarem, exemplificativamente, o sistema do Direito Civil. Dizem ser gerais ainda, a boa-fé, a proibição ao abuso de direito e a sanção da fraude à lei.

Assim sendo, portanto, parecem preponderar princípios que fogem ao individualismo marcante do Direito Civil durante muito tempo e coloca-se uma série de elementos que se ligam a deveres comportamentais (auto-responsabilidade, proteção da confiança). O que há de comum entre tais elementos que ligariam este “novo” Direito Civil é justamente o papel exercido pela conduta dentro de um contexto de boa-fé.

A tendência é que os futuros códigos no Brasil procurem seguir o mesmo padrão do Código Civil, inclusive com as mesmas técnicas redacionais. Assim vem sinalizando desde já as preocupações com o projeto do novo Código de Processo Civil. Esta parece ser a única via aceitável para que os Códigos se mantenham em face do contexto da sociedade complexa na era da globalização.

3 DA INTERNET À SOCIEDADE EM REDE: O DIREITO E A INTERNET

A informação é um bem jurídico e deter o domínio da informação significa alcançar um estágio que permite ao sujeito formular teorias, hipóteses e conclusões. Não é à toa que a informação sempre foi um dos elementos constitutivos das sociedades. Considerando-se a ampla difusão das informações nos dias de hoje, pode-se dizer que a sociedade atual é uma sociedade informacional.

Com efeito, a criação do computador e o advento da Internet elevam o patamar da informação, abrindo espaço a um novo campo:

A informação, graças à difusão do computador, transformou-se numa mercadoria, uma coleta de dados registrados sob a forma de impulsos magnéticos. Considera-se não só o conteúdo, mas também a forma, que é mensurável com absoluta precisão em termos de custo de produção e de valor de mercado. Dessa maneira, a informação transforma-se em nova matéria-prima, pertencente ao gênero especial dos bens imateriais. A organização produtiva transforma-se de unidade de tratamento de materiais em unidade de tratamento de informações. (PAESANI, 2007, p. 10)

Com certo assombro, Eric Schimidt afirmou que a Internet é a “primeira coisa que a humanidade criou e não entende, a maior experiência de anarquia que jamais tivemos”. (Schimidt *apud* CORRÊA, 2000, p. 7).

De certa maneira, assiste-lhe razão, vez que a Internet surge pura e simplesmente como uma rede de computadores de alcance limitado e que paulatinamente se torna cada vez maior, até o ponto de se tornar mundial.

E a partir do momento em que se torna mundial, o fluxo de informações deixa de girar com o filtro das mídias tradicionais (rádio, televisão e imprensa escrita), com a necessidade de “depuração” por parte do interlocutor da mídia e passa a girar livremente a qualquer um provido de um computador com acesso à Internet.

A informação precisa ser colocada e retransmitida por alguém, de modo que a intermediação de um agente é um pressuposto inevitável. Entretanto, a liberdade e o baixo custo do fluxo de informações na Internet fazem gerar novos agentes de informação, uma espécie de nova mídia, que sequer precisa se profissionalizar, constituir-se em sociedade empresária ou obter autorizações governamentais.

Basta pura e simplesmente ter um espaço de um disco rígido num computador ligado à rede mundial e a inserção do conteúdo dar-se-á de forma absolutamente livre e de baixíssimo custo e com um alcance mundial praticamente sem restrições.

Todo esse fluxo de informações se constitui num bem fundamental nesta era da informação, de modo que o acesso à informação continua a ser um interessante negócio, pois se pode cobrar pelo serviço de inserção de dados na rede mundial, bem como para a visualização.

O fato é que a Internet hoje concentra o maior fluxo de informações no mundo, numa proporção jamais imaginada na história da humanidade, daí o assombro de Schimidt. A Internet surgiu e foi tomando proporções mundiais de forma natural e quando menos se percebeu, já tinha se tornado o centro da contemporaneidade.

Nesse sentido, como foi estudado em momento anterior, tem-se a formação da sociedade em rede. A sociedade em rede não decorre necessariamente da Internet, mas da própria forma de organização da sociedade que já vinha sendo observada e que encontra na Internet justamente o seu ápice.

Desse modo, em que pese a organização tradicional da sociedade jamais deixar de existir (isto é, através da presença de pessoas num dado território geográfico) em torno da grande rede formada pela Internet, organiza-se todo um fluxo de pessoas, que ao alcance de um clique, possuem todo um mundo de informações à sua disposição, formando-se comunidades “virtuais”, nas quais até mesmo se formam amizades entre pessoas que jamais se viram e talvez nem nunca venham a se conhecer presencialmente.

Tudo isso era possível com os meios de comunicação já existentes, tais como troca de correspondências, ligações telefônicas, dentre outros. Mas a Internet leva esse potencial a um crescimento exponencial.

Por tudo isso, é de fundamental importância a compreensão do que é a Internet, como surgiu, como se organizou e sua regulamentação, para que enfim se insira a ordem contratual na era dos negócios jurídicos “virtuais”.

3.1 DA INFORMÁTICA À TELEMÁTICA: A FORMAÇÃO DA INTERNET E SUA ESSÊNCIA CONSTITUTIVA

Até o presente momento se adotou a expressão virtual entre aspas, para designar o ambiente criado pela Internet. Assim se faz por compreender-se que a virtualidade da Internet em verdade não existe ou não existe se compreendermos por “virtual” algo que não é uma realidade física.

Para chegar-se a esta conclusão, antes do estudo da história da Internet, cumpre ressaltar algumas idéias básicas da informática, a começar, pela própria conceituação de informática:

São numerosas as teorias sobre o significado de Informática, mas a que melhor a identifica é a teoria que lhe confere sentido de “ciência do uso da informação” ligada a um computador. A Informática representa o aspecto estático desta ciência que se complementa com a Telemática, que representa o aspecto dinâmico da informação. (PAESANI, 20007, p. 9).

O computador é constituído de um *hardware* (componentes físicos) denominado “disco rígido”, o qual é o local do computador em que os dados são armazenados e visualizados.

Tudo que se insere dentro de um computador são pacotes de dados, que ficam armazenados nos discos rígidos e que são visualizados por meio de *softwares*, que também se fazem inserir no disco rígido em forma de dados.

Com o desenvolvimento da informática, novas formas de armazenamento de dados foram criadas e aprimoradas (*disquetes, zip-drive, CDs, pen drives*, dentre outros). Além disso, abriu-se a possibilidade de dois computadores se comunicarem e trocarem dados um com o outro, com a utilização de meios próprios (como por exemplo, os obsoletos disquetes). Entretanto, o principal meio desenvolvido foi a criação da rede.

A rede de computador é um meio que permite que dois computadores se interliguem um com o outro, de modo que se podem trocar dados entre os dois computadores de modo direto, sem a necessidade de um dispositivo intermediário. E mais que isso: é possível que um computador tenha acesso aos dados do outro. Assim se forma o conceito de telemática, que é um dos princípios fundamentais da Internet:

Telemática é Informática e algo mais. É o conjunto de serviços de origem informática que têm, a mais, a característica de serem ofertados e desfrutados à distância por intermédio de uma rede de telecomunicações. O algo mais é constituído pela necessidade de uma rede de transmissão – um Network como se costuma chamar, que consinta veicular imediatamente o serviço informático a uma grande distância do local em que é produzido, de tal forma que permita atingir em tempo real o consumidor. (ROPPO *apud* PAESANI, 2007, p. 9)

Deste modo, com uma rede de computadores, o armazenamento de dados se torna algo accidental, pois para se acessar os dados não é necessário estar presente e operando o computador no qual os dados estão armazenados, pois por meio da rede, outro computador tem acesso direto a esses dados.

Quanto mais se desenvolveu a informática, maior capacidade de ligação entre computadores foi sendo desenvolvida, até o ponto em que os computadores nem mais precisariam estar um do lado do outro, podendo estar localizados a quilômetros de distância e, entretanto, se comunicarem e trocarem dados entre si.

O conceito de rede e o modo pelo qual os dados se alojam num computador são essenciais para a desmistificação da Internet, é dizer, que a Internet não é um meio virtual, mas físico. E não tem como deixar de ser. É da essência da informática.

Quando foram criados, os computadores possuíam enormes proporções para um número limitado de operações, de uso praticamente restrito aos cientistas, ainda em nível experimental. Na medida em que os computadores puderam se tornar cada vez menores e mais acessíveis, se possibilitou que deixasse de ser uma mera ferramenta de uso científico, para se tornar acessível às demais pessoas. Daí surgiu o PC (*personal computer*) com o qual qualquer usuário doméstico poderia ter em sua casa um computador.

Antes de se chegar ao PC, no âmbito da guerra fria e das universidades americanas, começava-se a se desenvolver um projeto de comunicação de computadores em rede à distância.

A Agência de Pesquisas em Projetos Avançados (ARPA) dos EUA em 1969 deu início a um projeto de ligação de computadores em rede, para interligar suas bases de pesquisas, em centros universitários e uma base em Stanford, dando origem ao que se denominou ARPANET.

Ocorre que as pesquisas tinham claro interesse militar, de tal modo que a idéia da conexão de computadores em rede surge no contexto da guerra fria, como

um meio seguro para o intercâmbio de informação, sem possibilidade de interceptações (CORRÊA, 2000, p. 7).

A ARPANET vai tomando proporções cada vez maiores, abrangendo um maior número de universidades e não tarda até que no final dos anos de 1980 se permitiu o uso comercial, tornando a rede mundial, o que viria a se popularizar nos anos de 1990, período em que surgem os primeiros *backbones* de iniciativa privada.

Numa etapa anterior à de se chegar ao uso doméstico, porém, a rede de computadores integrava os centros de pesquisa e bibliotecas das Universidades, fazendo intercâmbio de informações de interesse universitário.

Em meados da década de 1980 a *National Science Foundation* (NSF), agência americana de fomento a pesquisas e educação fundamental, financia redes de computadores de centros de pesquisa, dando origem à chamada NSFNET.

Entretanto, o mais acertado parece ser que a Internet surgiu como projeto militar, como meio de integração das bases militares com os departamentos de pesquisa americanos, razão pela qual houve financiamento do governo americano. Pode-se dizer que ao mesmo tempo em que surge como ferramenta militar, é aproveitada como ferramenta universitária.

Com o fim da guerra fria, abriam-se dois projetos de pesquisa de rede de computadores e o ARPANET passou a ser utilizado no âmbito universitário e a rede de interesse militar, passou a ser chamada MILNET.

O desenvolvimento e aprimoramento dos computadores não tardariam até o ponto em que se conseguiu cada vez mais aumentar a distância dos computadores para a sua ligação em rede, até que enfim, geograficamente, não houvesse mais obstáculos para a ligação dos computadores em rede.

Quando a rede se torna mundial, temos a origem do que hoje denominamos de Internet. Ou seja, o que é a Internet? A Internet é uma rede mundial de computadores ligados entre si. E de que modo tantos computadores se podem ligar? É necessário para isso a utilização de cabos e de computadores especiais responsáveis apenas por cruzar os dados, ou seja, receber e transmitir os dados.

E é necessário que haja a intermediação através da utilização de algum meio de comunicação para que esses dados possam ser integrados. É disso que a Internet se aproveita, por exemplo, das redes de telefonia, rádio e satélites.

O cruzamento de tantos computadores em rede com a utilização de cabos faz surgir a necessidade de centros de operação responsáveis apenas por organizar e cruzar as diferentes redes. A esses centros se denomina “backbone”. No Brasil, nos anos de 1990 chegou-se a utilizar uma expressão em português, denominada “espinhas dorsais”, que hoje se encontra em completo desuso, utilizando-se a expressão inglesa.

Os *backbones* são centros que recebem e transmitem dados da rede de computadores. Estes dados chegam e saem por cabos de fibra ótica, que se encontram enterrados, sendo que para chegar-se de um a outro continente do globo, atravessam até mesmo oceanos.

Em assim sendo, o *modus operandi* da Internet é a utilização de um prestador de serviços, denominado de provedor, responsável por fornecer a conexão do usuário doméstico à rede de computadores, fazendo o papel do usuário individual se “plugar” na rede mundial, que é toda interligada.

Para o armazenamento de dados na rede mundial é preciso ter um computador que esteja ligado à rede, para receber e transmitir dados. Como a transmissão de dados é algo que consome grande parte da capacidade de processamento de um computador, utilizam-se computadores especiais, que são denominados servidores.

Um servidor nada mais é que um computador, mas que por transmitir dados na rede mundial, possui uma configuração que é muito acima daquela que um usuário doméstico poderia ter em sua casa, por conta dos elevados custos.

Para isso, o servidor “aluga” os seus discos rígidos, para que o usuário possa ter seus dados confiados e neles inseridos. A remuneração pode ser de forma direta, com o pagamento de mensalidades, ou de forma indireta, uma das mais utilizadas, que é através do anúncio publicitário.

Para que o armazenamento gratuito de dados possa ser viável, inevitavelmente o fornecedor do serviço acaba se utilizando de publicidade. E de que modo utiliza a publicidade? Como o armazenador tem acesso aos dados do usuário, o armazenador tem condições de saber qual é o tipo de dados que o usuário acessa e transmite. Como tudo que passa na Internet são dados, esses dados podem ser interceptados e armazenados, o que se faz por meio dos “cookies”.

Como ressalta TEIXEIRA (2013, p. 34), na Internet existem duas formas de captação de dados dos usuários: a primeira, através dos cadastros que devem ser fornecidas para ter acesso ao site e a segunda através das informações coletadas pelos *cookies*.

E como os prestadores de serviços possuem acesso a esses dados, conseguem usá-los para atrair empresas para anúncios publicitários, que serão eminentemente direcionados para aquele usuário.

O raciocínio é simples e um exemplo concreto é o utilizado pelo Mercado Livre, *site* de intermediação de vendas de produtos e serviços. Se o usuário acessa o Mercado Livre constantemente, ele poderá notar que, ao acessar seu e-mail no Hotmail, serviço de *e-mails* teoricamente gratuito, visualizará anúncios do Mercado Livre, quase sempre de produtos e serviços similares aos que ele anteriormente visualizou no Mercado Livre.

Essa é a lógica na qual se baseiam os maiores serviços “gratuitos” da Internet: Google e seus produtos, Facebook, Hotmail, dentre outros. Não haveria como as empresas por eles responsáveis fornecer tantos serviços de dados gratuitamente, porque o custo dos servidores é elevadíssimo.

Quase sempre os termos de uso de tais serviços constam que o usuário, ao usar tais serviços, concorda em ceder suas informações e seus dados, ainda que resguardado o anonimato. Ou seja, o anunciante não saberá quem é o usuário em específico, pois o anunciante apenas conhece os dados de um usuário e direciona a publicidade com base nestes dados. O anonimato pode ser assegurado.

Por outro lado, o prestador do serviço tem condições de saber quem é o usuário concreto, o que abre espaço para a utilização das quadrilhas de *hackers* para a interceptação de dados. Para proteger a confidencialidade dos dados, se utilizam mecanismos denominados de “criptografia”.

Uma das principais discussões hoje quando se fala na Internet e o Direito é justamente a privacidade. Por não ser o objeto central deste trabalho desenvolver as conexões entre o direito do usuário à privacidade na Internet, traz-se tais informações apenas a título de ilustração.

Desse modo, verifica-se que a Internet não é um mundo virtual no sentido próprio da palavra, ou seja, uma realidade “emulada”, mas apenas no sentido de que a materialidade direta da Internet não é visualizada porque o usuário apenas opera a Internet através de seu computador, talvez sem fazer idéia de que existem

computadores ligados no mundo todo processando os dados, com discos rígidos e longas filas de cabos.

3.2 CONCEITOS ESSENCIAIS NO ÂMBITO DA INTERNET

Durante o estudo da essência constitutiva da Internet, verificaram-se os conceitos de disco rígido, rede, PC, servidores, provedor de Internet, *backbones*, criptografia, dentre outros.

Quando se pensa na essência da informática, o computador é um ordenador de funções, um aparelho que realiza funções para as quais é programado. De igual modo, na Internet também existirão funções que podem ser programadas e desenvolvidas, o que se denomina genericamente de “protocolo”.

Com base nisso, dentre as principais funções que se encontram na Internet, está o correio eletrônico, e-mail, que permite a troca de mensagens de texto e imagens, através de um protocolo denominado “*Simple Mail Transfer Protocol*” (SMTP – Protocolo de Transferência de Correio Simples).

Outra função essencial à Internet é o *Hypertext Transfer Protocol* (HTTP – Protocolo de Transferência de Hipertexto), protocolo utilizado para a transferência de um hipertexto. O hipertexto corresponde exatamente a uma linguagem de computador que permite o acesso de atalhos de arquivos através de “hiperlinks”, ou seja, de ligações (links), sem a necessidade de exploração de pastas de computador (PAESANI, 2006, p. 26).

Ilustra-se com o seguinte exemplo: para abrir um dado arquivo armazenado numa subpasta de uma pasta, é necessário abrir um programa explorador de arquivos, abrir a pasta principal, a subpasta e enfim acessar o arquivo.

Ocorre que se pode utilizar de um atalho, de modo que se dispensa toda essa etapa. Esse atalho pode ser inserido numa visualização gráfica, como por exemplo, o *HyperText Markup Language* (HTML - Linguagem de Marcação de Hipertexto), que é uma linguagem de computador que é lida em *softwares* próprios.

Os atalhos inseridos num arquivo de hipertexto são denominados de *hiperlink*. O conceito de *hiperlink*, ou seja, de ligação de arquivos de forma ágil ao alcance de um clique, é o conceito fundamental da Internet. Com base nisso, foi criada a função *World Wide Web* (WWW – Teia Mundial), a qual, associada ao

HTML e usando-se do protocolo HTTP, deu origem ao *website*, principal ferramenta da Internet.

Considerando que a Internet implica na troca de dados entre computadores, da mesma forma que uma rede doméstica de computadores permite que se acessem as pastas do disco rígido do outro computador, o mesmo se passa na Internet.

Em tese, é possível na rede mundial que o usuário acesse as várias pastas dos discos rígidos dos servidores, para ter acesso aos arquivos neles armazenados (arquivos de Word, PDFs, Planilhas de Excel, etc.).

Da mesma forma que o Windows transformou o modo de acessar os arquivos do computador, sem a necessidade de utilização de atalhos e funções, como eram os sistemas anteriores ao Windows, notadamente o sistema operacional DOS, na Internet se criou uma função que permite que o hipertexto seja dinamizado, através de uma plataforma gráfica lida em programas próprios.

São os *websites*, que nada mais são do que uma apresentação gráfica do conteúdo de um disco rígido de servidor em forma de hipertexto, sendo que os denominados “links” são apenas atalhos aos arquivos, que decodificados em programas denominados “browsers”, permitem que se faça a exibição do conteúdo como se fosse uma espécie de “revista eletrônica”.

Desse modo, ao se acessar um determinado *website*, o usuário visualiza em seu *browser* (Internet Explorer, Mozilla Firefox, Google Chrome, dentre outros), apenas o endereço do *website* e a extensão do arquivo que congrega todos os *links*, mas em realidade está acessando o arquivo em hipertexto que congrega os *links* e todos os demais acessórios, tais como imagens (gif, jpg, png), áudio (mp3, midi, wav) e ao clicar em um *link*, estará abrindo um novo arquivo e assim por diante.

Para que um computador seja apto a criar uma rede, é necessário que ele tenha um *hardware* próprio (placa de rede), que gera uma seqüência numérica que identifica aquela placa de rede. O *software* que será utilizado para a conexão de dois computadores em rede, identifica este número e propicia a comunicação entre os computadores.

A esta seqüência numérica dá-se hoje o nome de *Internet Protocol* (IP - Protocolo de Internet). O conceito do IP é básico e antecede a toda a evolução acima estudada, de modo que o IP pode ser tanto entendido como protocolo geral de toda a Internet (o que traz uma série de conceitos mais aprofundados em sede de

Informática), quanto à seqüência numérica gerada por um computador em rede. É neste segundo entendimento que será analisado a partir deste momento o IP.

O modelo atual de IP é denominado de IPv4, pois se utiliza de quatro blocos de caracteres, gerando-se inúmeras possibilidades de combinações numéricas (ex: 198.160.2.137). Estas combinações designam um computador na rede e serão geradas mesmo em caso de redes privadas de computador (intranet, como por exemplo, uma rede de uma empresa).

Uma vez que tais combinações podem vir um dia a se acabar, com a formação cada vez maior de números de IPs, hoje já funciona o novo modelo de IP, denominado de IPv6, o qual utiliza não 4, mas até 8 blocos de caracteres, permitindo-se ainda a utilização de caracteres alfabéticos, de tal modo que a rigor o IPv6 deixa de ser propriamente uma seqüência numérica (um exemplo de IPv6 completo, é 2001:0db8:85a3:08d3:1319:8a2e:0370:7344). Alguns blocos podem ser omitidos.

Nem todas as placas de rede de computador e nem todos os *softwares* de computadores estão aptos para a leitura do IPv6. Por isso na atualidade se vive a transição para o IPv6, o qual deve vir num futuro não muito distante, a acabar com o IPv4.

Assim que, no caso do Brasil, o Comitê Gestor da Internet (CGI.br), por meio da Resolução CGI.br/RES/2012/007/P, estabeleceu a obrigatoriedade de que fabricantes a partir da segunda metade de 2012 garantam nos novos produtos de *hardware* e *software*, a compatibilidade com o novo sistema IPv6.

Uma vez que o IP é uma seqüência de caracteres e uma vez que um *website* é um disco rígido de servidor ligado em rede, todo *website* é também um número de IP (TEIXEIRA, 2013, p. 23). Uma vez que os números de IP possuem muitos caracteres, o que tornaria inviável se digitar o número de IP criou-se uma linguagem de computador denominada de *Domain Name System* (DNS – Sistemas de Nomes de Domínio), conhecido genericamente como domínio.

Tal sistema é responsável por duas funções: primeiro, de no caso de conexão de rede, ser o responsável por distribuir e ter acesso aos IPs dos demais computadores da rede; e em segundo lugar, pela criação de um sistema atalho em forma alfabética para um IP de computador em rede (ex: “uel.br”).

A criação desse atalho é lida através do DNS, de modo que a utilização de um DNS é obrigatória para a conexão em rede, bem como para se criar o nome

de domínio responsável por servir de atalho ao IP. O nome de domínio é composto por um nome-chave, que é o nome de domínio (exemplo: "google") e por um sufixo, que designa o tipo de utilização daquele computador em rede (com, net, info, dentre outros). Por fim, vem a designação do país de origem do registro de domínio (br, uk, de, jp, dentre outros).

Por uma questão de convenção, os EUA organizam os registros de domínios sem a utilização do sufixo de país, por ter sido lá a origem da Internet, através do ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números). Os demais países regulamentam de forma autônoma.

O nome de domínio é utilizado tanto para a função de *e-mails* quanto a de WWW. Para evitar a confusão, num momento inicial era obrigatório o uso do WWW para acessar o *website*, sendo que no caso de *e-mails* não é possível o uso do WWW, pois o signo designativo do *e-mail* é o arroba (@). Hoje em dia é possível acessar o *website*, a critério da entidade de registro, mesmo sem a utilização da palavra WWW, entretanto o *website* continua a ser a função WWW.

Ou seja, no caso do protocolo HTTP, ao invés de se utilizar do número de IP, o usuário utiliza um nome através do WWW, de modo que se torna mais dinâmico e mais fácil a disseminação de *website*. Portanto, todo *website* pode ser acessado de modo direto, pela seqüência de IP, ou pelo seu nome de domínio.

Assim, várias são as operações que se utilizam de IP: o provedor de serviços, que na sua conexão utilizará do IP; o usuário da Internet, em que o seu computador pessoal será identificado por um número de IP; o *website*, cujo servidor será identificado por um número de IP. O mesmo se passa no caso do correio eletrônico. Ao invés de se comunicar usando IP, utiliza-se da linguagem do endereço de *e-mail*, através do nome de domínio com o uso do símbolo arroba (@). Pode-se dizer que o arroba está para o SMTP assim como o WWW está para o HTTP. E ambos se utilizam do nome de um domínio.

Estes são os elementos mais essenciais que constituem o básico da Internet. Em sede de Informática, tais conceitos são mais aprofundados e por trás deles, existe toda a codificação da linguagem de computador. Uma vez que em computador tudo é uma linguagem própria, na Internet a tudo se corresponde uma linguagem própria.

Quando se fala, por exemplo, hoje, na chamada web 2.0, se pensa na Internet ainda mais dinâmica, que através de modernas ferramentas de linguagem de computador (os hipertextos cada vez mais avançados através de linguagens como PHP, ASP, dentre outras), permitem cada vez mais a maior interatividade dos internautas, através de comentários ou mesmo da edição de conteúdos diretamente na plataforma do *website*.

É nesse contexto que se popularizaram os *websites* de compartilhamentos de conteúdo, tais como o YouTube e Wikipédia, ou ainda as redes sociais, grande *boom* representativo da Internet na atualidade, e que talvez melhor ilustre a sociedade informacional em rede.

As redes sociais são apenas *websites*, arquivos de discos rígidos de servidores. Todo o conteúdo nelas inserido fica armazenado no computador físico. O dado pode ser diretamente interceptado, uma vez se identificando em qual disco rígido o dado foi armazenado. O mesmo se passa com o conteúdo da Internet. Como todo *website* é um conjunto de arquivos de servidores, estes arquivos podem ser diretamente acessados num disco rígido físico, encontrando, portanto, um suporte físico necessariamente.

Desse modo, muito mais que virtualização, a Internet em verdade possui uma desmaterialização aparente, ou seja, a Internet em si, o *website*, *e-mails* e todo o fluxo de dados passa diante de um computador ligado na rede, de forma desmaterializada. A materialização existe num dado local onde esses dados são alojados e armazenados.

Para armazenar tamanho fluxo de informações, são necessários dezenas, centenas, milhares de servidores ligados à rede. Grandes corporações de Internet, representativas de grandes portais, possuem imensos locais nos quais alocam os seus servidores.

Muitas empresas se utilizam, inclusive de “bunkers”, ou seja, de locais utilizados em momentos de guerras como centro de operação militar, e hoje são utilizados para o armazenamento de fileiras e fileiras de servidores. Inclusive, por consumirem muita energia e gerar forte aquecimento, os mega servidores representativos dos grandes portais mundiais estão localizados em regiões frias ou cobertas de neves.

A antiga fortaleza nuclear de White Mountain, em Estocolmo (Suécia), hospeda o datacenter de Pionen, que teve como cliente um dos sites mais polêmicos do mundo: o Wikileaks. A Bahnhof, empresa responsável pelo centro, adaptou o bunker inspirando-se nos cenários de filmes de James Bond. O resultado é impressionante. Logo na entrada, dois motores de submarino garantem a energia em caso de pane elétrica. As paredes de rocha bruta fornecem uma sensação claustrofóbica só amenizada pelas plantas naturais que enfeitam as salas da empresa. (PAES, 2012, n.p.)

Portanto, todo grande portal de Internet é necessariamente constituído por vários servidores que alojam discos rígidos e estão perpetuamente ligados à rede mundial.

3.3 O DIREITO NA ERA DA INTERNET: DA NECESSIDADE OU DESNECESSIDADE DE UM DIREITO DIGITAL

Uma vez que a Internet surge no âmbito das pesquisas na Guerra Fria, até atingir a proporção de mundialidade, logo se depara que diversas novas situações são criadas para o Direito.

A começar pela regulamentação da Internet. Afinal, deve-se compreender a Internet enquanto sendo um meio público de comunicação de dados, ou seja, uma rede que tem origem governamental e que se torna mundial, mas que é presidida pelas autoridades dos Estados ou se trata de uma rede privada, formada por empresas da iniciativa privada?

Qual deve ser o caminho para o desenvolvimento da Internet? Fala-se nesse aspecto numa “Governança”, é dizer, na associação da iniciativa privada e da iniciativa pública (entendendo-se a intervenção estatal). Ora, se entendermos Internet como sendo um serviço privado, a exemplo da imprensa, em que pese possa haver a imprensa estatal oficial, a consequência natural é que a Internet deve ser apenas regulada pelos Estados, mas sem qualquer outro tipo de controle específico, é dizer, o Estado somente agirá quando houver alguma violação ao Direito realizada no âmbito da Internet.

Se entender a Internet como sendo um serviço público, de origem estatal, então o Estado é quem faz o provimento do serviço da Internet, concedendo ou delegando a particulares a execução do serviço até o usuário doméstico, detendo para si as competências para regulamentação e controle, do que seriam exemplo, as comunicações telefônicas e radiofônicas.

Uma vez que a Internet foi com o tempo constantemente expandida com os *backbones* que levavam o fluxo de dados para lugares cada vez mais distantes, inicialmente os *backbones* eram públicos, até o ponto de se começar a admitir que empresas privadas pudessem criar seus próprios *backbones*.

Desse modo, a Internet parece ter origem estatal e se constitui enquanto serviço estatal. Entretanto, pela própria estrutura da Internet, ela possui uma integração que supera a fronteira geográfica, de modo que se torna mundial com a colaboração da iniciativa privada.

Por tal razão, parece ser adequado o entendimento de que os problemas envolvendo a regulação da Internet devem ser resolvidos por meio de Organismos Internacionais, preferentemente de composição mista, de agentes da iniciativa privada, de usuários e de governos, para a criação de leis uniformes quanto à regulamentação jurídica.

A regulamentação jurídica da Internet é matéria que gera desconforto, pois expõe uma queda de braços entre agentes estatais e o interesse dos usuários domésticos, que são avessos a qualquer forma de limitação na Internet, afirmando que qualquer restrição na Internet significaria o fim de um espaço democrático de acesso à informação, para se transformar numa espécie de controle ditatorial.

Por tal razão, o avanço na questão da regulamentação da Internet se dá a passos lentos. Hoje o que existe é que cada Estado regulamenta dentro de seu âmbito privado, com políticas que regulamentam quem deve fazer o provimento de acesso, a admissão de *backbones* particulares, normas para registro de domínios para *websites* e *e-mails*, dentre outros.

Quanto ao mais, trata-se de aplicar a legislação tradicional do Direito a apenas mais uma forma de mídia (direito à privacidade, combate ao crime, vedação do anonimato para fins ilícitos, negócios jurídicos celebrados via Internet, tributação, dentre outros).

Não há ainda um consenso quanto à fórmula da almejada regulamentação legal da Internet. Sequer se chegou a um consenso se a Internet é uma nova forma de telecomunicação ou se apenas é um serviço adicional.

Nesse aspecto, no Brasil, por exemplo, considera-se como um serviço adicionado, ou seja, não é um novo meio de telecomunicação, uma vez que aperfeiçoa e faz uso de meios de telecomunicação tradicionais, tais como o rádio, telefone ou satélites, como já foi dito anteriormente. Nesse sentido, TEIXEIRA (2013,

p. 22) aponta que o uso da rede telefônica para a comunicação da Internet se deu a partir de 1993.

No que tange ao controle da Internet, a China adota um modelo de amplo controle e restrição, onde o Estado possui mecanismos de bloqueio de determinados tipos de *website*. O mesmo se passa nos países do Oriente Islâmico.

No Ocidente, o modelo adotado parece ter sido o da plena liberdade para a criação de *websites* e distribuição de conteúdo, criando-se especializações na polícia para o combate dos ilícitos criminais cometidos via Internet, bem como a uma atualização do judiciário para lidar com as demandas de natureza cível surgidas no âmbito da Internet.

No âmbito jurídico, discute-se se a informática e a Internet criariam novos ramos do Direito, como a Informática Jurídica, Direito Digital, Direito Eletrônico, dentre outras nomenclaturas.

A Internet não cria propriamente uma situação jurídica inovadora. Tudo que se tem na Internet já é existente e recepcionado pelos demais ramos do Direito: um meio de troca de informações por rede de computadores. O advento da computação, por sua vez, não parece ter prosperado na criação de um novo ramo do Direito.

A Internet, a seu turno, apenas levou a informática e o fluxo de informações a um nível jamais imaginado, de modo que uma série de situações foi criada e que eram inesperadas pelo Direito, tais como os conflitos envolvendo o registro de domínios de *websites*, os crimes cometidos via Internet, os problemas envolvendo a privacidade dos pacotes de dados, o comércio eletrônico, possibilidades de tributação, etc.

Desse modo, segundo PINHEIRO (2010, p. 67):

Se a Internet é um meio, como é o rádio, a televisão, o fax, o telefone, então não há que falar em Direito de Internet, mas sim em um único Direito Digital cujo grande desafio é estar preparado para o desconhecido, seja aplicando antigas ou novas normas, mas com a capacidade de interpretar a realidade social e adequar a solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade.

Quando se refere ao digital, Pinheiro resgata o pensamento de Alvin Tofler, o qual analisava a teoria da sociedade da informação nos anos 1970, esclarecendo que esta sociedade era regida por dois tipos de relógio (e, portanto, a

própria noção de tempo). O primeiro, o analógico, do dia de 24 horas; e outro, o digital, aquele que segue um tempo ficcional, dentro do qual se realizam uma série de ações (negócios, comércio, troca de informações), que rompe com a limitação da barreira geográfica e do fuso horário.

Se a essas demandas pretende-se trabalhar de modo específico, criando regulamentações para proteger o internauta da potencialidade de danos gerado na era da Internet, então se pode dizer que há um espaço para uma possível divisão didática do Direito, para analisar especificamente os problemas jurídicos surgidos no âmbito da Internet, entretanto dificilmente poder-se-ia, ao menos por ora, se considerar enquanto matéria autônoma cientificamente falando.

Quando se pensa, por exemplo, na regulamentação da Informática no Brasil, as normas basicamente garantem a aplicação da proteção legal dos direitos autorais dos programadores de softwares, além da criação de uma política de desenvolvimento da informática, que inicialmente prestigiava uma reserva de mercado às empresas brasileiras (PAESANI, 2007, p. 28).

Ou seja, é como analisar a problemática envolvendo o Direito Societário em apartado do Direito Empresarial, ou ainda o Direito Contratual em apartado do Direito Civil, ou ainda as repercussões de um Direito Negocial que abranja todas as problemáticas do Negócio Jurídico em torno do Direito Civil, Processo Civil, Empresarial, Tributário ou Internacional.

A fragmentação para estudo corresponde a uma especificação que deve ter o devido cuidado para não gerar o problema do trilema regulatório alertado por José Eduardo Faria, ou seja, de criarem-se mecanismos regulatórios que não apresentem uniformidade com a ordem jurídica sistemática.

3.4 A REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

Quando se pensa na regulamentação jurídica da Internet no Brasil, volta-se ao fim dos anos 1980, em que as universidades brasileiras pretendiam fazer a ligação de seus bancos de dados em rede e iniciam a utilização de conexões com algumas redes então existentes.

Desse modo, no Brasil a Internet possui origem no âmbito da pesquisa das universidades, sendo que em 1988 a Fundação de Amparo à Pesquisa do

Estado de São Paulo (Fapesp) conseguiu realizar conexão com uma rede em Chicago nos EUA.

Em 1989 foi constituída a Rede Nacional de Pesquisa (RNP) com apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), que auxiliou nos princípios dos anos 1990 a integração em rede de diversas instituições universitárias.

Paulatinamente, a rede foi crescendo e se integrando a redes cada vez maiores, ao mesmo tempo em que as próprias redes com as quais se conectava também se expandiam como estudado, até virar mundial.

No caso do Brasil, o marco é o ano de 1995, ano em que é criado o Comitê Gestor da Internet (CGI.br), responsável pelos estudos e elaboração de normas para a regulamentação da Internet no Brasil. No mesmo ano de 1995, a Internet, que já era acessível nos grandes centros universitários, chega enfim ao mercado privado, de modo que qualquer usuário doméstico poderia ter acesso a ela.

O CGI.br foi criado em 1995 por meio da Portaria Interministerial nº 147/1995, entre os Ministérios das Comunicações e Ciência e Tecnologia. O Comitê era originalmente formado por 9 membros, com mandato de 2 anos após sua nomeação. Cada setor envolvido na Internet é representado por um membro (conforme artigo 2º da referida Portaria). O Comitê não assume personalidade jurídica própria, o que é objeto de fortes críticas, pois a Internet no Brasil encontra-se regulada por ente que sequer possui personalidade jurídica.

Ainda em 1995, a Portaria 148, do Ministério das Comunicações aprova a Norma 004/1995, que regulamenta o uso da rede pública de telecomunicações de acesso à Internet, a qual define:

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 nestes computadores; (Norma 004/1995).

Com a referida norma, o acesso à Internet é realizado por meio de provedores de Internet, privados ou públicos, que se utilizam dos serviços públicos de telecomunicação.

Em 2003, o Decreto nº 4.829, substituindo referida Portaria, alterou a regulamentação do CGI.br, utilizando-se de parte do texto da Portaria Interministerial

e acrescentando novas disposições. Dentre as novidades introduzidas pelo Decreto de 2003, está a mudança na composição dos membros, numérica e de classes, incentivando a participação do terceiro setor, inclusive iniciativa empresarial.

Assim sendo, o Comitê Gestor é colegiado formado por membros do governo, setor empresarial, representantes da comunidade acadêmica e terceiro setor (daí falar-se em “Governança”). O CGI.br para coordenar suas atividades, criou o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br).

No caso do Brasil, durante muitos anos a entidade responsável pela emissão de registros de domínios de *websites* era a Fapesp. A partir da Resolução nº 02/2005 do CGI.br, a responsabilidade da concessão de registros “ponto br” passou à entidade Nic.Br.

O artigo 10 do já mencionado Decreto nº 4.829/2003 dispõe sobre o registro de nome de domínios, que pode ser atribuída à entidade pública ou privada sem fins lucrativos.

Atualmente, a norma que concede registro de domínio foi regulamentada pela Resolução CGI.br/RES/2008/008/P, de 28/11/2008, oportunidade em que se atribuiu à NIC.br conceder o registro de domínios .br, mediante o site Registro.br (<http://registro.br>). A NIC.br é uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída mediante associação, portanto, tendo personalidade jurídica.

O procedimento de registro de domínio “ponto br” é considerado pelos webmasters (proprietários de *websites*) como um dos mais rigorosos e burocráticos do mundo.

Até poucos anos, o sufixo “.com.br” (o “ponto com” originalmente era designado para sites de intuito comercial) era privativo de pessoas jurídicas. Até poucos anos atrás, somente pessoas jurídicas poderiam registrar endereços de site no Brasil, sendo que pessoas físicas só o podiam fazer mediante o uso do pouco conhecido sufixo “.nom.br”. Somente com as últimas normas relativas ao registro de domínio é que se possibilitou que pessoas físicas registrassem a maior parte de sufixos (.com, .net, dentre outros).

O CGI.br, mediante a Resolução CGI.br/RES/2009/003/P, criou os 10 princípios do uso da Internet no Brasil, os quais merecem ser transcritos em sua integralidade:

1. Liberdade, privacidade e direitos humanos: O uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e

de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática.

2. Governança democrática e colaborativa: A governança da Internet deve ser exercida de forma transparente, multilateral e democrática, com a participação dos vários setores da sociedade, preservando e estimulando o seu caráter de criação coletiva.

3. Universalidade: O acesso à Internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos.

4. Diversidade: A diversidade cultural deve ser respeitada e preservada e sua expressão deve ser estimulada, sem a imposição de crenças, costumes ou valores.

5. Inovação: A governança da Internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.

6. Neutralidade da rede: Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento.

7. Inimputabilidade da rede: O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos.

8. Funcionalidade, segurança e estabilidade: A estabilidade, a segurança e a funcionalidade globais da rede devem ser preservadas de forma ativa através de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e estímulo ao uso das boas práticas.

9. Padronização e interoperabilidade: A Internet deve basear-se em padrões abertos que permitam a interoperabilidade e a participação de todos em seu desenvolvimento.

10. Ambiente legal e regulatório: O ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet como espaço de colaboração.

Essa principiologia da Internet bem ilustra o que foi desenvolvido e estudado até o momento: a Internet é uma ferramenta que surge num contexto de sociedade complexa e plural (princípios 1 e 4), que muito bem ilustra a necessidade de um diálogo para a construção de um ideário democrático (princípios 2, 3, 6 e 9), que deve, sem excluir os demais ramos do Direito, garantir a preservação de direitos (princípios 7, 8) e que no Brasil atualmente vem sendo regulamentada na tendência das “normas procedimentais”, já estudadas em momento anterior, com uso de normas de origem supraestatais, para o que se deve assegurar o desenvolvimento deste espaço evitando-se ingerência regulatória unilateral (princípio 10).

Como visto ao longo do presente estudo, a Internet gira em torno da informação. O elemento informação é, no entender de PINHEIRO (2010, p. 82), justamente um dos pilares do Direito Digital, se assim se pretender chamar ao Direito que emerge nesse contexto da informática e da Internet. Mais que propriamente a informação, trata-se do direito à informação.

Dentre as atuais pautas de discussão envolvendo a Internet, encontra-se justamente a possibilidade de um marco legal no Brasil, hoje inexistente, pois tudo que se tem são Portarias de natureza administrativa. O Projeto de Lei 2126/2011 vem sendo denominado de “marco civil da Internet” e pretende, dentre outros aspectos, apenas “legalizar” alguns princípios básicos da política de Internet no Brasil, dentre as quais aquelas disciplinadas na Resolução CGI.br/RES/2009/003/P.

O Projeto traz algumas definições:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

IV - endereço IP - código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

V - conexão à Internet - habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

Procura assegurar o direito à privacidade, muito embora sem estabelecer mecanismos coercitivos ou regulamentares de que modo se daria. Os artigos 10 e 11, porém, estabelecem a necessidade de os provedores manterem registro de acesso pelo prazo de um ano, resguardando sua quebra somente mediante autorização legal, dispondo sobre o procedimento legal para a quebra desta privacidade.

No momento de produção do presente trabalho, referido Projeto encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados (tendo sido apresentado por iniciativa do Executivo), ainda pendendo de votação e submissão ao Senado.

As críticas a esta eventual regulamentação vão no sentido de que representam um primeiro passo ao “amordaçamento” da Internet, restringindo a liberdade do fluxo de informações, abrindo perigoso espaço para a restrição ao direito à informação. Ademais disso, esclarece-se que o Direito já possui os mecanismos tradicionais de resolução de conflitos que podem ser adaptados para os problemas surgidos no âmbito da Internet.

Em síntese, resta saber o que prevalecerá diante do cenário da Internet nos próximos anos. De origem governamental enquanto projeto de natureza militar, acabou virando um espaço de governança e hoje parece caminhar novamente ao controle público. O controle da Internet pode representar o domínio da informação.

O custo para se lançar um *website* na Internet reduziu-se drasticamente nos últimos anos. O barateamento do custo de manter um *website* na Internet levou

a uma verdadeira explosão de *websites*, de modo que a Internet tem assistido, com o advento da chamada web 2.0, à formação dos blogs e dos *websites* pessoais, que trazem uma espécie de mídia independente, sem qualquer controle, o que evidentemente gera conflitos de interesses, além de reforçar a formação de uma rede, conforme CASTELLS (*in* CARDOSO e CASTELLS, 2005, p. 24):

Com a difusão da sociedade em rede, e com a expansão das redes de novas tecnologias de comunicação, dá-se uma explosão de redes horizontais de comunicação, bastante independentes do negócio dos media e dos governos, o que permite a emergência daquilo a que chamei comunicação de massa autocomandada. É comunicação de massas porque é difundida em toda a Internet, podendo potencialmente chegar a todo o planeta. É autocomandada porque geralmente é iniciada por indivíduos ou grupos, por eles próprios, sem a mediação do sistema de media. A explosão de blogues, vlogues (vídeo-blogues), *podding*, *streaming* e outras formas de interactividade. A comunicação entre computadores criou um novo sistema de redes de comunicação global e horizontal que, pela primeira vez na história, permite que as pessoas comuniquem umas com as outras sem utilizar os canais criados pelas instituições da sociedade para a comunicação socializante.

Uma vez que a Internet tomou tais proporções, as medidas em sede de regulamentações não podem se dar sem diálogo. E uma vez que a Internet se apresenta mundializada, não parece ser adequada a regulação sem critérios uniformes. Seja de um ou de outro lado, o futuro da regulação da Internet pode ser o futuro do controle da informação.

O estudo e a compreensão dos conceitos elementares da Internet e da Informática mostram-se de suma importância ao estudioso do Direito que pretende analisar as repercussões da Internet sobre as relações negociais e os seus desdobramentos, como os problemas envolvendo a privacidade, responsabilidade civil, crimes, tributação, objetos estes que fogem ao estudo formulado no presente trabalho. Ter em mente tais conceitos e sistemática auxilia, por exemplo, para a produção de prova do negócio jurídico celebrado via Internet, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não exige a obrigatoriedade da existência de instrumento contratual para a celebração de relações contratuais, de modo que é possível haver apenas documento eletrônico que prova o negócio jurídico, o que será analisado no próximo capítulo.

4 BASES TEÓRICAS PARA A RECEPÇÃO DE UMA ORDEM CONTRATUAL ELETRÔNICA

Não restam dúvidas de que o Direito vive atualmente uma fase de reconfiguração de seus institutos e principiologia, que dão espaço à formulação de novas teorias. Tudo isso é possibilitado não apenas por conta da superação do positivismo jurídico e de sua aplicação de postulados típicos da razão teórica, como também por conta de uma sociedade que vem sofrendo constantes transformações típicas da globalização e da informática, levando à formação da sociedade em rede.

Quando se discute o Direito Civil na contemporaneidade, diversas formulações procuram explicar o atual momento, formando-se diversas posições antagônicas. Por um lado, o anseio pelo fim do codicismo e de outro, o alerta da hiperinflação legislativa; o paradigma do individualismo face ao paradigma do coletivismo; a necessidade de um direito claro, sem margem à discricionariedade do juiz e um direito hermenêutico com o atuar dos intérpretes; a publicização do direito civil e a sua reprivatização, dentre outros. Qual será a resposta mais adequada?

4.1 DO PANDECTISMO À NOVA TEORIA GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O pandectismo alemão, ao colaborar para a formulação de uma teoria geral em sede de Direito, serve de inspiração aos Códigos com uma Parte Geral, em torno da qual giram as demais partes, que permitem o devido enquadramento de novos institutos jurídicos à luz de uma teoria geral, dando unidade ao sistema e fazendo do próprio sistema jurídico fonte de direito.

A decisão de adotar uma parte geral, portanto, demonstra a influência da pandectística no processo de codificação, bem como a sua tentativa obstinada de alcançar a organização perfeita e exaustiva. Seu principal objetivo consiste, justamente, em distinguir, de forma nítida, as regras gerais das específicas, sendo aquelas colocadas à frente destas. Tão importante se torna essa distinção do ponto de vista doutrinário, que se passa, inclusive, a distinguir entre os códigos que possuem ou não parte geral. A parte geral representa, portanto, um emblema da pandectística e de sua forma de pensar. (ANDRADE, 1987, p. 88).

NALIN, por sua vez, comentando sobre o pandectismo, pontua que:

Símbolo maior desse meio de pensar [do Pandectismo] foi o desenvolvimento e inclusão de uma Parte Geral naquele código, que fazia com o que o intérprete, na falta de melhor elemento especial, se voltasse sempre a ela. O sistema lógico-dedutivo do BGB, com a novidade de uma Parte Geral, alcançou ordenamentos europeus e americanos de modo surpreendentemente rápido para a época, caso notório do Brasil e da Argentina. (NALIN, 2006, p. 73).

Portanto, estudar a parte geral do Código Civil se reveste de importância para a compreensão dos institutos da parte especial, como, por exemplo, as obrigações e os contratos. No que tange à parte geral do Código Civil de 2002, talvez a diferença mais nítida em relação ao modelo jurídico anterior seja justamente a utilização da teoria do negócio jurídico ao invés da teoria do ato jurídico, adotada no modelo de 1916. Aliás, a própria idéia da teoria do negócio jurídico, segundo RÁO (1999, p. 40) adviria do pandectismo.

REALE (*in* “Visão Geral do Novo Código Civil”, 2002, n.p.), por sua vez, esclarece que o pandectismo, compreendido no sentido das normas fechadas e claras, é considerado superado em face dos novos princípios do Direito Civil recepcionados no Código Civil de 2002. Acrescenta ainda:

Outra iniciativa louvável foi a disciplina específica dos negócios jurídicos que são os atos jurídicos de mais freqüente ocorrência, expressão por excelência da fonte negocial, ao lado das três outras fontes do direito, as leis, os usos e costumes e a jurisprudência. (REALE, 2002, n.p.)

Assim sendo, do pandectismo resta a consolidação da adoção de uma Teoria Geral materializada na Parte Geral, a qual se alinha a uma nova tendência e técnica jurídica. No âmbito do Código Civil de 2002, o paradigma da reformulação do Direito Civil é precisamente a disciplina do negócio jurídico.

4.2 TEORIAS DO NEGÓCIO JURÍDICO: PRESSUPOSTOS PARA UMA ORDEM NEGOCIAL NA ERA DA REDE

No que tange à formulação da teoria do negócio jurídico, diversos autores buscaram criar-lhe roupagem e definições. Um dos referenciais que podem ser adotados é o do jurista italiano Emílio Betti, a despeito de ter no campo da hermenêutica uma visão relativamente objetivista, o que, portanto, afastaria da

concepção hermenêutica de Gadamer, de nítida influência no Direito atual, inclusive no direito civil (SPAREMBERGER, 2003, p. 174-175).

Os conceitos de fato e ato jurídico são essenciais à formulação do direito civil, havendo as mais diversas conceituações e classificações no âmbito da doutrina estrangeira e nacional.

Quando se trata do fato jurídico, BETTI (2008, p. 23-24) aponta a existência de dois planos de faticidade: um primeiro plano, inferior, no qual se inserem os acontecimentos da vida, tenham eles algum grau de contributo ao Direito ou não, a que denomina de fatispécie quando são alcançados pela norma. Num plano superior se encontra propriamente o fato jurídico, que são aqueles que não apenas interessam ao Direito, como são por esses alcançados, extraíndo-se deles as normas.

Nesse sentido, portanto, não seria a lei que cria um fato jurídico. O enfoque é invertido: o fato jurídico é aquele a que o Direito atribui relevância jurídica (BETTI, 2008, p. 22).

Quando se fala em ato jurídico, distingue-se do mero fato jurídico, por haver no ato relevância da consciência e da vontade, havendo, portanto, conduta. A qualificação do ato enquanto jurídico se dá em virtude de sua transposição ao plano superior dos fatos jurídicos, relevantes ao Direito.

Então se pode afirmar que o que o Direito estabelece não é senão uma adequação comportamental. Para que as pessoas obtenham a chancela de validade e a possibilidade de produção de efeitos em suas relações jurídicas, negociais ou não, devem amoldar ou adequar suas condutas, sob pena de não serem tuteladas oportunamente e os efeitos pretendidos lhes serem negados. (TOMASZEWSKI *et al.*, 2011, p. 16)

Dentre as diversas classificações dos atos jurídicos, se inserem os atos lícitos e ilícitos, sendo que estes últimos nem sempre foram considerados como atos jurídicos em virtude de sua inadequação ao plano jurídico, entretanto, são geradores de obrigação em face do destinatário do ato ilícito, que sofrera a violação.

O Código Civil de 1916 definia o ato jurídico, ligando o seu conceito ao ato lícito, de modo que denominava ato jurídico como “todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos” (Art. 81). Por sua vez, nada dispunha sobre o denominado “ato negocial”. Nesse sentido,

pode-se dizer que o Código Civil de 1916 se filiou a uma corrente unitarista, pois não distinguia o ato jurídico do negócio jurídico (ABREU FILHO, 1997, p. 17).

A opção do legislador do Código Civil de 2002 foi de justamente mudar o foco da parte geral, deslocando-o do prisma do ato jurídico, para o prisma do negócio jurídico, atento à dinâmica que impunha a superação do paradigma individualista e privatista, além de uma redefinição das bases teóricas do novo Código.

No que tange ao negócio jurídico, não existe um caminho único percorrido pela doutrina, sendo que durante muito tempo se acreditou no primado da vontade, expresso no princípio da autonomia da vontade como já estudado.

A idéia por trás do princípio da autonomia (seja ela privada ou da vontade) está justamente no fato de que são os indivíduos que elaboram as próprias regras de suas obrigações, o que está de acordo com a visão clássica do Direito Civil.

No que tange ao negócio jurídico, dois grandes conjuntos de teorias foram formuladas para explicar qual o papel da declaração de vontade em relação ao negócio jurídico. As primeiras teorias, denominadas de subjetivistas, davam grande relevo ao papel que os sujeitos tinham em relação ao negócio. Dentre as teorias subjetivistas, coloca-se a teoria voluntarista (sendo Savigny um dos principais expoentes), para a qual a vontade é o elemento essencial para a constituição do negócio jurídico, e a teoria declarativista, com relevo à declaração da vontade e não a vontade em si mesma.

De outro lado, formulam-se as teorias objetivistas, que procuram se desprender do papel da vontade e declaração e, segundo MIRANDA (2003, p. 55):

[...] para quem o negócio, antes que uma declaração de vontade, traduzir-se-ia num *sollen*, num dever ser, numa regra de conduta (Bülow, Henle, precedidos de Brinz e Thon e seguidos de Larenz) (v. Custódio da Piedade Miranda, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pp.26 e stes). A esta última corrente de pensamento filiam-se as teorias normativistas e preceptivas. Para os normativistas (Kelsen, Ferri) o negócio jurídico é fonte de produção de verdadeiras normas jurídicas, desde que de acordo com a sua fonte de validade, a lei, quer no processo de sua formação, quer na obediência material a seus preceitos. Assim como as normas legais devem se sujeitar às normas constitucionais, assim as normas negociais se subordinam às normas legais. A autonomia privada é para os normativistas aquele poder concedido aos particulares pela ordem jurídica, numa verdadeira delegação de competência normativa, para emitirem normas jurídicas. Entre nós perfilha a teoria normativista, com toda a certeza, José Abreu (*O Negócio*

Jurídico E Sua Teoria Geral, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 33 e stes.) e, menos abertamente, Francisco Amaral (Direito Civil: Introdução, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 327 e stes.).

Segundo AMARAL (2006, p. 380):

A teoria normativa vai mais longe [em relação à teoria da declaração] e considera o ato criador de normas jurídicas, disciplinadoras das relações estabelecidas. Tal concepção baseia-se na existência de duas vontades distintas do negócio.

Como se verifica, a teoria normativa desvia o foco do negócio jurídico do prisma meramente subjetivo (a declaração de vontade em si mesma ou a vontade) e desloca para o plano do objeto, é dizer, analisa o negócio jurídico à luz do objeto, dando ao objeto negocial a característica de fonte normativa de obrigações.

Por outro lado, as denominadas teorias preceptivas do negócio jurídico surgem como uma quarta teoria negocial, e mantendo-se o foco sobre o objeto do negócio jurídico (e não sobre a vontade ou declaração), analisa a relação de validade do negócio jurídico em relação ao ordenamento de maneira distinta daquela realizada pela teoria normativa. Com efeito, para a teoria preceptiva, o ordenamento jurídico alcança determinados fatos negociais, trazendo-os ao plano dos fatos jurídicos, dando-lhes aptidão de gerar efeitos normativos.

É dentro das teorias preceptivas que o pensamento de Emílio Betti parece se inserir. Nesta visão, aquilo a que se denomina negócio jurídico antecede ao Direito, como será visto posteriormente, razão pela qual o que assegura o negócio jurídico é a vinculação existente entre os sujeitos do negócio, criando preceitos, para os quais serão trazidos a ordem jurídica. É dizer, a ordem jurídica age num momento posterior ao negócio e não antecipadamente, bem como se acredita no negócio jurídico enquanto ato criador de preceito (AZEVEDO, A.J., 2002, p.11). Veja-se que as teorias objetivistas vão ao encontro do estudado no primeiro capítulo, quanto à Filosofia do Direito.

De origem latina, negócio se trata de uma palavra composta (*negotium*), formada pela raiz *otium* (ócio), acrescida de prefixo de negação *neg*, de modo que seria uma espécie de “não ócio”, justamente por pressupor a atuação de uma conduta. Nesse sentido, RÁO (1999, p. 40) aponta que os romanos usavam a palavra *negotium* para designar ato produtor de efeitos jurídicos.

Nesse sentido também, AMARAL (2006, p. 380) ressalta que a concepção normativa do negócio jurídico não seria algo novo, mas que encontra possível raiz no direito romano, através da expressão latina “*contractus enim legem ex conventionem accipiunt*”, atribuída a Ulpiano e que poderia ser adequadamente traduzida como “os contratos são verdadeiras normas na medida da convenção das partes”.

Contudo, de acordo com PONTES DE MIRANDA (1954, p. 4), o sentido dado ao “*negotium*” pelos romanos não era o mesmo a que hoje se atribui a negócio jurídico:

Para os juristas romanos, *negotium* era mais do que o elemento essencial que há nos negócios jurídicos segundo o conceito estrito e preciso de hoje [...] À palavra *negotium* não corresponde exatamente “negócio jurídico”. No direito pretório, era de *gestum* que se falava. Deve-se a Ritter Hugo a criação da expressão “*Rechtsgeschäft*”, negócio jurídico, e o Código Civil saxônio (§ 88) foi o primeiro a defini-lo.

O negócio jurídico nasce da própria necessidade de os indivíduos, no âmbito privado, terem acesso a bens, serviços, comodidades, sendo sua forma mais rudimentar a permuta. Deste modo, o negócio jurídico existe mesmo sem a existência de um sistema jurídico, como em uma sociedade tribal, de modo que o negócio é antecedido ao alcance do Direito, na visão de BETTI (2008, p. 74).

Há que se citar a advertência de Ferri em contraponto à teoria de Betti, sendo que Ferri acredita que é o ordenamento quem limita o exercício da autonomia privada, de modo que o direito pressupõe ao negócio. (ABREU FILHO, 1997, p. 40)

Contudo, para BETTI (2008, p. 80), a recepção do negócio jurídico pelo Direito e a criação de sanção em caso de inobservância de um comportamento vem numa etapa posterior. Existe, desse modo, um aspecto dinâmico no negócio jurídico.

BETTI (2008, p. 88) trabalha com o negócio jurídico em 3 perspectivas: 1) quanto à forma, existe uma declaração (intencionalidade) e um comportamento (conduta), de modo que só faz sentido a existência da vontade, se houver uma declaração e um comportamento; 2) quanto ao conteúdo, segundo o qual o negócio jurídico é um “preceito de autonomia privada” apto a constituir efeitos; e por fim 3) quanto à causa, que é a relevância para o plano do fato social, à qual corresponde a pergunta “por que existe o negócio?”.

Desse modo, BETTI (2008, p. 91) não acredita no conceito de que o negócio jurídico é a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, ou que esse deva ser o prisma a se analisar o negócio jurídico, mas que precisamente a sua essência:

[...] está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relações privadas, como fato social: auto-regulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a 'querer', na esfera interna da consciência, mas antes a preparar, ou seja, realizar objetivamente. Com o negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para outros, o objeto do seu querer: e deve ser um regulamento vinculativo, o que ele estabelece no seu interesse, para as relações com os outros. Com o negócio, ele não pode limitar-se a manifestar um estado de espírito, um modo de ser do querer, que teria uma importância psicológica puramente individual; mas deve apontar um critério de conduta, estabelecer uma relação de valor normativo. (BETTI, 2008, p. 91-92)

Portanto, é o modo como atua a vontade numa estrutura de fato social que é o objeto relevante do estudo do negócio jurídico e não a mera emissão de vontade livre para a criação de efeitos jurídicos. E, considerando que o negócio jurídico é gerador de preceitos e na visão de Betti antecede ao Direito, segundo Santi Romano somente pode vir a ser classificado ato negocial aquele em que existe a autorregulamentação (RÁO, 1999, p. 48). Santi Romano, contudo, é adepto da teoria normativa do negócio jurídico (MIRANDA, C., 2009, p. 28).

A autonomia privada seria, assim, antes de tudo, um fato social, e por meio dela inúmeras outras situações vinculariam os indivíduos, sem qualquer necessidade de tutela por parte do direito. Segundo os que endossam o pensamento de Betti (e são muitos os que comungam com tal ponto de vista), o negócio conteria um preceito obrigatório - dotado de eficácia legitimante dentro do plano social, antes que reflita no campo do direito. (ABREU FILHO, 1997, p.40)

Como ressaltado por AMARAL (2006, p. 379-380):

Para a teoria preceptiva de Betti, o negócio jurídico é meio dinâmico de realização de interesses privados, dotado de tanto significado que deve sair da concepção tradicional de mero fato psicológico para ser considerado importante fato social, instrumento da autonomia privada. Seu conteúdo forma-se de regras que o direito considera e que se constituem em preceitos dirigidos aos participantes da relação jurídica. O negócio jurídico não é, então, simples manifestação da vontade subjetiva, mas dispositivo com que o particular disciplina suas próprias relações.

Portanto, na concepção de Betti, o que o ordenamento jurídico faz em face da fatispécie transformada em suporte fático do negócio jurídico é apenas uma relação de adequação. É dizer, o negócio tem um caráter dinâmico de auto-regulamentação pelo qual o indivíduo não se resume a uma declaração de vontade interior, como vinha sendo o enfoque dos estudos. A fatispécie é assim, o suporte fático. PONTES DE MIRANDA distinguia o *negotium* do negócio jurídico:

De antemão, excluamos a confusão entre o negócio jurídico e suporte fático (*negotium*) do negócio jurídico. Negócio jurídico é classe dos fatos jurídicos; e não de suportes fáticos. Negócio jurídico já é o suporte fático, o *negotium*, após a entrada dêsse no mundo jurídico. Se o negócio jurídico fôsse o suporte fático, que o enche, não seria possível falar-se de negócio jurídico nulo, anulável, rescindível, resolúvel, resilível, denunciável. Suportes fáticos não podem ser nulos, nem anuláveis, nem rescindíveis, nem resolúveis, nem resilíveis, nem denunciáveis. (MIRANDA, P., 1954, p. 3-4).

Uma vez que a moderna construção teórica do direito privado possui suas bases em torno do negócio jurídico (VENOSA, 2005, p. 365), a depender do referencial teórico a ser adotado, a relevância do estudo se dá em torno do caminho percorrido entre a vontade interna e a sua externalização, através da declaração e conduta. Portanto, manter-se o foco sobre a vontade ou a declaração parece não fazer sentido, pois o negócio existe, porque possui caráter dinâmico, sendo que o caminho percorrido entre a vontade e externalização que deve ser o objeto de estudo.

No que tange à declaração, Manuel Domingues de Andrade acredita em seu papel como elemento essencial aos negócios jurídicos, junto da capacidade e do objeto sem a qual não haveria negócio. (ABREU FILHO, 1997, P. 49).

Uma vez, porém, que a teoria objetivista à qual se filia Betti não tem o seu foco em torno da declaração, mas na relevância do negócio enquanto gerador de preceitos e o papel da conduta nesse contexto pode-se dizer que o caminho entre a vontade e a declaração é aberto à interpretação:

Não se prende à vontade exclusivamente como pura elaboração cerebrina, emprestando-lhe efeitos ainda que permaneça sepultada no psiquismo do agente, sem atingir o mundo exterior. Mas não imprime realce absoluto à exteriorização dela, porque não se contenta com a literalidade do instrumento. [...] por entender que, se relevante é a vontade do agente (intenção), esta necessita de um veículo de comunicação que leva ao mundo exterior (declaração), e, desta sorte orienta o intérprete, para que, em todo ato negocial, cuja hermenêutica é procurada, investigue o seu

conteúdo através da linguagem que o contém. (PEREIRA, 1986, p. 146-147)

Portanto, verifica-se que em torno da construção da teoria do negócio jurídico, há um encontro a esta reabilitação de uma hermenêutica que é típica do pensamento pós-positivista e da moderna codificação, em que pesem as críticas no ceticismo do papel do intérprete.

Assim sendo, tem-se que o Código Civil de 2002 elege a teoria do negócio jurídico como teoria geral, de modo que passa a ganhar relevância em todos os aspectos do direito privado o papel da vontade e da conduta, o que faz a principiologia da relação negocial ser estendida aos demais ramos do direito privado, não negociais em sua essência.

Muito embora não tenha o Código Civil adotado especificamente uma teoria de negócio jurídico, na sua aplicação prática, por conta da própria construção hermenêutica atual, bem como ao que vem produzindo a doutrina do Direito nesse sentido, o caminho trilhado parece ser o do negócio jurídico enquanto centro do Código Civil numa perspectiva que parece se compatibilizar com uma teoria preceptiva.

Com efeito, pode-se assim dizer que existe no Código Civil uma nova ordem negocial, na qual o negócio jurídico é fonte de Direito, no que parece se aproximar a uma tendência preceptiva (AZEVEDO, A.J., 2002, p. 12), porém aberta a uma leitura hermenêutica em face de sua inserção num sistema codificado aberto, que admite o papel da interpretação.

O maior exemplo de que a disciplina do negócio jurídico assenta os demais atos jurídicos não negociais dentro da nova sistemática do Código Civil, encontra-se, por exemplo, positivada no artigo 185, o qual determina a aplicação da disciplina dos negócios jurídicos, no que couber, aos demais atos jurídicos lícitos.

No que tange aos negócios jurídicos celebrados via Internet, em primeiro lugar, conforme já alertado em momento anterior, deve-se rechaçar a “virtualidade”. Em verdade, não existe negócio jurídico virtual, porque a Internet não é realidade virtual. Em segundo lugar, é de notar que a celebração de contratos via internet surge antes que o sistema jurídico autorize a sua celebração ou considere como válida tal forma de contratação. Desse modo, o fato de não haver regulamento autorizando e considerando a validade de tais negócios, adotando-se entendimento

alinhado à teoria preceptiva, não há dúvida de que tais negócios jurídicos são válidos, pois surgem da própria decorrência da dinâmica do *negotium*.

Não apenas os contratos eletrônicos surgem como novidade no âmbito do Direito nos últimos anos, como também os novos contratos ligados às áreas do Biodireito ou da Bioética. Não há dúvida de que negócios nesse campo são válidos, razão pela qual são considerados negócios jurídicos.

Por essa razão, em sede de teoria do negócio jurídico, parece ser mais adequada à realidade das novas formas de contratação surgidas nos últimos anos a adoção da teoria preceptiva, pois pouco importa o meio ou a existência de regulamentação em específico, o negócio existe e o ordenamento faz apenas a adequação.

Assim que nos contratos de adesão, nos quais tipicamente inexistem negociações, há também negócio jurídico. Assim se caracterizam os contratos plurilaterais, dos quais são exemplos os denominados “contratos automáticos”, como por exemplo, a utilização de cartões telefônicos. Assim, verifica-se a insuficiência das teorias subjetivistas em torno do dogma da vontade ou da teoria da declaração.

Conforme ressaltado, Pontes de Miranda alerta que não se deve confundir o negócio jurídico com o seu suporte fático, denominado *negotium* (ou ainda no entender de Betti, *fatispécie*). Assim sendo, existe negócio jurídico, mesmo quando o suporte fático é uma mera manifestação simples (MIRANDA, P., 1954, p. 4), sem declaração de vontade, o que é típico, por exemplo, dos contratos de adesão. Nesse sentido, para ANDRADE (2003, p. 27), a autonomia privada:

[...] existe em maior ou menor medida para todos os negócios jurídicos. É maior naqueles negócios jurídicos em que os respectivos sujeitos não só são livres de realizar ou não realizar o negócio, mas podem ainda, salvo certos limites bastante tênues, determinar os efeitos que ele haja de produzir.

Mais adequado, portanto, neste contexto a adoção da teoria preceptiva. Contudo, como enfatizado também por Custódio Miranda, em que pese a adoção de uma teoria preceptiva em sede de negócio jurídico, nada impede filiar-se a esta teoria, bem como aceitar a limitação ou a relativização do papel da autonomia privada ou da autorregulamentação hoje no Direito:

No direito atual, inúmeras são as restrições impostas a essa liberdade, ao ensejo da própria formação do vínculo contratual. Nos contratos de adesão, que, provavelmente, formam hoje grande parte do direito contratual, o aderente não tem a liberdade de discutir as cláusulas contratuais, tendo de aceitar as que não deseja em benefício do fato de poder contratar, a fim de obter o bem que é objeto do contrato. Pode dizer-se que lhe interessa o contrato no seu conjunto, no todo, mas podem não lhe interessar determinadas cláusulas, pelo que a ausência de liberdade é relativa. Como também o é a do estipulante, que não pode deixar de atender, na elaboração do conteúdo contratual, à proibição legal da inserção no negócio de determinadas cláusulas, com vista a restabelecer o equilíbrio contratual, rompido pela situação privilegiada, em que se encontra, de poder predispor unilateralmente e, assim, abusar da liberdade contratual. (MIRANDA, C., 2003, p. 60)

Ainda no sentido da superação da autonomia privada ou ao menos em sua clássica visão, o posicionamento de FACHIN (2012, p. 88):

A autonomia privada, vista como um dogma está teoricamente ultrapassada. Permanece, todavia, a indagação sobre o que colocar no lugar de seu conceito, no âmbito dos contratos. Depreende-se, então, a necessidade de nova proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento. O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinariedade impõe em repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais.

Cumprе ressaltar que Custódio Miranda, resgatando o pensamento de Junqueira de Azevedo, traz um exemplo interessante, que demonstra já na década de 1970 através do Estatuto do Índio¹ uma abertura à teoria preceptiva no ordenamento jurídico brasileiro:

Assim, num mesmo território, temos os índios integrados e os não integrados (à cultura ocidental, subentenda-se). Precisamente por os índios não integrados estarem em outra cultura e não serem capazes de verem como jurídicos os atos (certos atos sociais) dos membros da sociedade brasileira ocidental e estes estarem na mesma posição quanto aos atos praticados pelos índios não integrados, o citado art. 8º nega validade ao ato negocial praticado pelo índio, não integrado, com qualquer pessoa estranha à comunidade indígena. (Azevedo, 1986, p. 3). Nota-se assim que, nesta concepção, é o grupo social, mais precisamente a visão desse grupo, que determina, em primeiro lugar, a juridicidade do ato, posteriormente sancionado pela lei. (MIRANDA, C., 2009, p. 34)

¹ “Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.” (Lei 6.001/1973)

Compete, ao final, passar-se então ao controvertido conceito de negócio jurídico, para fins de ilustração da teoria adotada no Código Civil brasileiro, utilizando a conceituação de Maria Helena Diniz: negócio jurídico “é o poder de autorregulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno.” (DINIZ, 2010, p. 451).

Segundo Custódio Miranda (2009, p. 37), negócio jurídico "é um fato (jurídico) disciplinado na lei e que esta contém um complexo de disposições que estabelecem os requisitos de validade e prescrevem regras sobre os defeitos do negócio".

Realizadas essas considerações, cumpre agora ressaltar alguns aspectos do direito obrigacional, antes de passar ao exame dos contratos celebrados via Internet.

4.3 O MODERNO DIREITO OBRIGACIONAL

É salutar recordar a advertência feita por MOZOS (1987, p. 51) quanto à relação existente entre “obrigação” e “contratos”. Com efeito, Mozos alerta que não se pode confundir o objeto do contrato com o objeto das obrigações, o que permitiria afirmar que obrigações podem surgir da própria relação contratual por si só e não por terem sido constituídas no contrato. A exemplo, os deveres de conduta não previstos em contrato.

Segundo o conceito de Caio Mário da Silva Pereira, “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir da outra prestação economicamente apreciável.” (PEREIRA, 2011, p. 7). O caráter meramente econômico da obrigação é hoje um conceito altamente questionado.

Conforme já analisado em momento anterior, não há como negar que existe hoje uma nova dinâmica social, na era da globalização e da sociedade em rede. Nesse contexto, os estudiosos colocam o paradigma da sociedade complexa, com pluralidade de “*ethos*” (representado na retomada do conceito de ética na concepção grega) representando novos fenômenos sociais que repercutem no direito: assim se fala, por exemplo, na responsabilidade social das empresas, na legitimidade democrática para representação política dos cidadãos e numa reinterpretção do direito.

Esse contexto de globalização e de uma nova dinâmica social levou no âmbito do Direito, a uma reinterpretação do fenômeno jurídico. Os ordenamentos jurídicos não conseguem mais acompanhar as diversas mudanças e novidades: os desafios da Internet, da bioética, da eletrônica, problemas ambientais, etc.

Restam, portanto, duas possibilidades ao Direito. Num primeiro sentido, a regulamentação *a posteriori* por meio de leis especiais, criando microsistemas jurídicos, abrindo-se à possibilidade de diálogo com a sociedade para a elaboração das leis. Porém, tal método legislativo pode levar ao trilema regulatório ou hiperinflação legislativa, de tal modo que o sistema passa a ser pulverizado em leis especiais, perdendo sua unidade lógica.

A segunda possibilidade é o fortalecimento de uma teoria geral por meio de técnicas que criem conceitos padrões e que permitam o enquadramento das novas situações à luz de tais técnicas, mediante leis de conteúdo mais aberto. Tal método, porém, leva inevitavelmente a um papel de relevância da interpretação, mormente do judiciário, o que pode conduzir ao papel do “super juiz”, abrindo-se o risco, portanto, da discricionariedade do judiciário.

Não parece haver terceira via que seja mais adequada. Mais que isso somente se houver um aprofundamento da desregulamentação por parte do Estado, que passaria a criar apenas normas de padrões comportamentais (*standards* processuais), jogando a normatização às fontes infraestatais, dotadas de déficit democrático.

No caso do Brasil, a regulamentação da Internet enquanto não houver a aprovação do marco civil da Internet, segue a terceira técnica, de modo que o Estado reconhece a Internet enquanto fato e realidade, porém delega à fonte infraestatal a criação das normas.

Em se tratando a Internet apenas de uma rede de computadores ligados em nível mundial, parece adequada, portanto, a adoção da técnica da desregulamentação, de modo que regramento específico seria apenas para assegurar-se os direitos violados mediante o uso da Internet.

No que tange, porém, à ordem negocial, não há como visualizar mais o dogma absoluto da autonomia privada. Cada vez mais o ritmo dos negócios perde o caráter de personalidade e torna-se massificado, em rede, do que é corolário a utilização cada vez maior de contratos de adesão, sem abrir à possibilidade de negociação entre as partes.

Por essa razão, não há como imaginar que o Estado, em sede de contratos, deva se resumir a assegurar o cumprimento forçado dos termos estritos do instrumento contratual quando existentes. Contudo, não há como o ordenamento prever, antecipar e regulamentar todos os tipos de contrato, porque a dinâmica negocial é muito mais veloz do que a capacidade de regulamentação do Estado.

O caminho adotado pelo Código Civil vigente foi justamente o da manutenção da regulamentação em torno do Estado, com o fortalecimento de uma teoria geral e a utilização do sistema aberto, ainda que codificado, porém dentro da nova sistematização da codificação.

Assim, a lei “abstrata, fechada e geral” passa a ser relativizada com o uso dos “conceitos jurídicos indeterminados”, “cláusulas gerais” e institutos como “função social”. Todos esses conceitos são imprecisos – e assim o pretendem ser – para que na prática da dinâmica social, partindo de um mínimo de pressuposto em comum, forme-se a adequada significação no caso concreto. Enfim, ganha relevância nesse sentido, a hermenêutica. NALIN (2006, p. 59-60), por sua vez, desconfia da efetividade deste novo Direito, citando que há toda uma cultura jurídica a se mudar, pois de nada adianta a pretensão da adoção de um Direito que valorize a boa-fé e a atuação dos agentes, se se mantiver uma mentalidade arcaica, ligada à antiga ordem jurídica positivista.

Há uma pluralidade de conceituação, sem pretensão de definição, do que seria conceito jurídico indeterminado, mas todos os conceitos partem do pressuposto de que se trata de institutos jurídicos de maior caráter abstrato e aberto à interpretação e cuja significação se dá no caso concreto. Aliás, conceituar-se “conceito indeterminado” parece de *prima facie* algo contraditório.

É difícil dizer se as cláusulas gerais são uma modalidade de conceito jurídico indeterminado ou se é um instituto baseado neste ou ainda se não possui relação alguma com o conceito jurídico indeterminado. Igualmente existe uma pluralidade de conceituações, todas partindo da idéia de que se trata de técnicas legislativas de formação e interpretação e fonte contratual que passam a ser inerentes a todos os contratos, estejam elas dispostas ou não no contrato.

E o maior exemplo de cláusula geral no Código Civil de 2002 é o princípio da boa-fé positivado no artigo 422. A fé se insere na relação de confiança existente entre duas partes que celebram uma obrigação. A obrigação é uma relação de confiança, de lealdade, retidão (GUERRERO, 2011, p. 592).

A confiança, que é proteção e postulado ético para além de construir pressuposto de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal, atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva, é também uma necessidade desta mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas. Por isso mesmo não é a confiança traduzida meramente em objetos ideais, abstratos ou absolutos. Como bem cultural que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada de caráter de realizabilidade típico dos fenômenos culturais. (MARTINS-COSTA, 2003, p. 27)

Uma vez em que em toda obrigação bilateral cada qual é credor e devedor em um pólo (ex: na compra a venda, o que vende a coisa, é devedor da entrega da coisa e credor do recebimento do valor, ao passo que o que compra é credor da entrega da coisa e devedor do valor), tem-se que de cada posição jurídica existe, inerentemente, obrigações acessórias que não precisam estar positivadas ou dispostas no instrumento contratual se existente. Estas obrigações são chamadas de “deveres anexos de conduta”, e implicam em deveres de lealdade, cooperação, retidão, probidade, informação, dentre outras.

Daquele que negocia um determinado objeto contratual, se espera uma situação de honestidade e lisura. Se for uma coisa a ser vendida ou alugada, espera-se que esteja em condições de servir àquele que lhe adquirirá; que seja de propriedade daquele que vende; que não esteja em discussão judicial; que não contenha um vício; que, enfim, se preste àquilo a que se destinava.

Essa relação de confiança não precisa estar positivada no contrato. É pressuposto. Espera-se isso, caso contrário o contrato não se formaria. Tem-se fé, uma boa-fé, por parte do sujeito em relação ao outro tanto em relação às suas próprias intenções (subjéctiva), quanto relativa ao objeto negocial (objéctiva).

Os conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e os papéis da conduta, além de surgirem da própria idéia do negócio jurídico, como visto anteriormente, são também a pedra de toque do moderno direito obrigacional, que pode se caracterizar como sendo um direito eminentemente balizador de condutas, substancializado na boa-fé objéctiva.

A boa-fé referida no art. 422 do Código é a boa-fé objéctiva, que é característica das relações obrigacionais. Ela não se qualifica por um estado de consciência do agente de estar comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjéctiva. A boa-fé objéctiva não diz respeito ao estado mental subjéctivo do agente, mas sim ao comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes. (PEREIRA, 2012, p. 18)

Em relação aos *standards* e a boa-fé objetiva, MARQUES (1999, p. 106), assim discorre:

Inicialmente é necessário afirmar que a boa-fé objetiva um standard, um parâmetro objetivo, geral, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedor A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.

Assim que CORDEIRO (1986, p. 120) designa a boa-fé como a “convicção da atuação correta”, o que se pode dizer ser o do mesmo que já dizia Anselmo de Cantuária no século XI, ao usar o termo retidão de vontade para designar a idéia do justo (na trilogia *De veritate*, *De libertate arbitrii* e *De casu diaboli*).

Ausente essa boa-fé existirá uma violação contratual por parte do sujeito. De que cláusula? Se não existe uma no contrato, a cláusula geral da boa-fé, que nele se encontra inerente. Neste sentido, o Enunciado número 24 do Conselho de Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil prevê que a violação dos deveres anexos de conduta (aqueles ligados, sobretudo, à boa-fé objetiva, a conduta do sujeito em relação ao objeto contratual) é causa de inadimplemento contratual, independente de culpa, o que sem dúvida é causa de rescisão contratual.

De igual modo, o Enunciado 25 entende que a boa-fé está presente na formação contratual bem como na execução e após a execução do objeto contratual. No sentido do que já foi acima exposto (da significação em concreto dos conceitos jurídicos indeterminados e da aplicação da cláusula geral), o Enunciado 26 coloca o papel do Juiz para suprir e corrigir o contrato em vista da boa-fé objetiva. Ou seja, a boa-fé permeia a relação negocial indubitavelmente antes, durante e após a execução do objeto contratual.

Mas afinal, o que é a boa-fé objetiva? Segundo MARQUES (2006, p. 671):

Boa-fé objetiva é um patamar de lealdade, de cooperação, de informação e de cuidado com o patrimônio e a pessoa do consumidor, que é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada.

Assim sendo, o moderno direito obrigacional apresenta como característica essencial essa proibidade decorrente da boa-fé objetiva, consistente

numa conduta leal das partes durante a negociação, formação e execução do contrato.

Por assim dizer, assim como a teoria preceptiva do negócio jurídico valoriza o papel da conduta (em detrimento da mera declaração de vontade ou mesmo a vontade em si mesma), o moderno direito obrigacional tem na conduta o seu principal elemento.

É em torno da conduta que se agregam os princípios da boa-fé objetiva e deveres de conduta, que são elevadas no contrato à condição de “cláusulas gerais”. Assim, a mera declaração de vontade é relativizada, assim como a própria vontade em si mesma, vez que o ordenamento jurídico, criando um dirigismo contratual, atua sobre o negócio jurídico.

Surgem deveres de proteção e outros deveres acessórios de prestação que integram a relação obrigacional e consubstanciam o trânsito de deveres. Sob esse enfoque é que se diz ser a relação obrigacional uma relação de trânsito, de tráfico: trânsito de deveres, de parte a parte; tráfico de posturas que devem ser respeitadas e cumpridas. (GUERRERO, 2011, p. 617).

O direito obrigacional adquire, assim, um caráter procedimental, se aproximando nesse aspecto com uma tendência legislativa que parece ser a tônica na era da globalização. A norma obrigacional cria um padrão de conduta para os contraentes, dirigindo, portanto, a sua autonomia privada, corrigindo desvios e equilibrando o contrato. Nesse sentido ainda GUERRERO (2011, p. 619):

A análise da obrigação enquanto processo considera a sua totalidade, a totalidade dos atos que compõe a cadeia que gera a satisfação do credor e preservam os interesses do devedor. É a abordagem de obrigação como um todo, que reconhece a existência de deveres principais e secundários (ou anexos, ou, ainda, instrumentais) que constituem o mecanismo da obrigação, sem caracterizar, diretamente, elemento da obrigação, de modo que o vínculo obrigacional passa a ser visto não apenas sob a ótica polarizada que atribui garantia patrimonial, mas é tido como ‘uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas’.

Nesse sentido, NALIN (2006, p. 193):

Das variantes descritas pela doutrina italiana sobre o tema da cooperação, dentre as quais se destaca uma interessante, que atribui, à nova posição do credor, um ônus jurídico, ou mesmo, a configuração de um poder-dever, diante do que, conclui Felzea pela existência de um dever de cooperação imposto àquele sujeito contratante.

Acresce-se, por fim:

Quando se fala em deveres de lealdade e confiança recíprocas, costuma-se denominá-los deveres anexos gerais de uma relação contratual. Isso porque lealdade nada mais é do que fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 71)

Nesse aspecto, se diz que o direito obrigacional contemporâneo é um direito de cooperação, instrumental e no qual a conduta adquire o papel de maior relevância como critério na resolução do conflito no caso concreto, quando então o Juiz fará o uso e o manejo dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais para dar-lhe concretude e significação.

Analisados até o presente momento o desenvolvimento da Teoria do Negócio Jurídico e da Teoria Geral das Obrigações, para a caracterização de uma ordem negocial na qual a conduta adquire papel de relevância e significância e adotando-se um viés preceptivo, acredita-se no papel criativo dos contraentes para a criação do negócio jurídico, mesmo sem a positivação.

Entretanto, admite-se nesse contexto, a intervenção do ordenamento, mediante um dirigismo contratual, para limitar a plena autonomia da vontade e mesmo a autorregulamentação, elemento fundamental da teoria preceptiva do negócio jurídico, o que, contudo, como já ressaltado, não descaracteriza substancialmente a teoria do negócio jurídico.

Considerando que o contrato é uma espécie de negócio jurídico, ou talvez o seu instrumento, a análise das teorias do contrato é fundamental para o devido enquadramento dos contratos celebrados via Internet à teoria negocial do Código Civil.

4.4 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ABERTA À RECEPÇÃO DE UMA NOVA ORDEM CONTRATUAL

Como bem ressalta Paulo Neves Soto (*in* RAMOS, C., et. al., 2002, p. 251): “A grande revolução do Direito Contratual não surgiu de novas normas, mas sim de uma nova perspectiva e, ao contrário do que concluiu a crítica da doutrina civil mais tradicional, não diminuiu a esfera da liberdade privada e sim a qualificou.”

Verificado que a adoção da teoria do negócio jurídico possui reflexos sobre o Direito Obrigacional moderno, bem como que a adoção de um modelo de codificação moderna, pautado em critérios hermenêuticos, com adoção de técnicas legislativas abertas de concretização de princípios gerais leva a uma reformulação dos princípios da ordem contratual, hoje muito se discute sobre os contornos dessa nova ordem contratual.

Para tanto, considera-se como superada a visão voluntarista ou meramente declaratória da vontade como elemento essencial da natureza contratual. De outro lado, há divergência quanto à adoção de uma teoria objetivista, de modo a analisar se o contrato deve ser encarado como fonte normativa (e para tanto, pressupõe-se a existência prévia de uma regulamentação para a categorização dos contratos) ou enquanto fonte de criação de preceitos pautados na conduta.

Assim, se verifica que também a teoria geral dos contratos pode ser classificada de modo análogo à teoria do negócio jurídico, entre teorias subjetivistas e teorias objetivistas. Dentre as teorias objetivistas, as teorias normativistas (segundo a qual o contrato é força criadora de direito, formando o antigo entendimento de que o contrato é lei entre as partes) e as teorias preceptivas (das quais as cláusulas contratuais possuem natureza de preceito jurídico, é dizer, o conteúdo representado nas regras de conduta). Por sua vez, as subjetivistas, distinguem-se entre as voluntaristas (do primado da vontade) e as declarativas (da importância da declaração de vontade), assim como as teorias do negócio jurídico (LISBOA, 2005, p. 52-53).

Parece ter prevalecido ou ao menos ter sido mais bem recepcionada ou adequada, no caso da realidade brasileira a adoção de uma teoria preceptiva, alinhando deste modo uma nova teoria geral dos contratos, de modo a se falar também em uma nova ordem contratual.

Essa nova ordem negocial supera o dogma da autonomia da vontade. Como ressalta VENOSA (1997, p. 19) o caráter preponderante da autonomia da vontade vem da influência do Código Civil Francês e Alemão, sendo que o Código Civil de 1916 claramente parece ter sido inspirado no modelo francês.

De outra sorte, a literalidade do instrumento contratual, quando existente, é também relativizada, como corolário da superação do dogma da declaração de vontade. Reconhece-se a importância do instrumento contratual e de suas

disposições, mas impõem-se técnicas de interpretação contratuais que permitem a revisão contratual mesmo diante de disposições textuais claras.

Nesse sentido, portanto, o chamado dirigismo contratual, pelo qual o Estado, através da normatização, cria padrões de conduta no direito das obrigações (com evidente reflexo no direito contratual), como corolário dos chamados *standards* processuais (normas-processo, é dizer, as normas passam a prever um procedimento a ser adotado pelo destinatário) como já analisado anteriormente.

Assim sendo um dos conceitos contemporâneos de contrato, trazidos pela doutrina é precisamente a noção de contrato enquanto relação jurídica. Nesse sentido NALIN (2006, p. 253) assim conceitua contrato: “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.”

No contexto da sociedade em rede e da massificação das relações negociais, parecem cada vez mais prevalecer os contratos de adesão e os contratos necessários (aqueles acessórios decorrentes obrigatoriamente de outro contrato, como os seguros obrigatórios), contratos-padrões, contratos formulários (em que se resume a apenas preencher formulários eletrônicos ou em papel). Trata-se de um claro fenômeno decorrente da organização social e econômica da sociedade contemporânea.

Como é cediço, nos contratos de adesão inexistente a possibilidade de negociação entre as partes, fulminando com uma das etapas da formação contratual. Desse modo, ocorre uma “formularização” dos contratos, é dizer: os contratos trazem previamente as cláusulas previamente redigidas, nas quais o único direito do aderente é o de inserir sua qualificação.

Essa massificação dos contratos adesivos conduz ao desuso dos contratos paritários, entendidos estes como os contratos tradicionais, em que se encontram perfeitamente notáveis todas as etapas da formação contratual, inclusive as tratativas, com possibilidade de negociação.

Deve-se ressaltar, contudo, que os contratos paritários jamais deixarão de existir e são ainda muito presentes no dia-a-dia como, por exemplo, na realidade do campo com a negociação de vendas de semoventes, na realidade urbana na venda de automóveis, imóveis, aluguel, dentre outros. Entretanto, como ressalta Venosa,

hoje o contrato paritário ocupa uma parcela muito pequena do grande mundo negocial:

Como se pode perceber, a atual dinâmica social relega a plano secundário esse contrato. Cada vez mais raramente se contrata com uma pessoa física. A pessoa jurídica, a empresa, os grandes detentores do capital, enfim, e o próprio Estado são os que fornecem os bens e serviços para o consumidor final. Os contratos são negócios de massa. O mesmo contrato, com as mesmas cláusulas, é imposto a um número indeterminado de pessoas que necessitam de certos bens ou serviços. Não há outra solução para a economia de massa e a sociedade de consumo. (VENOSA, 1997, p. 19)

Paulo Nalin de seu turno acredita que existe, assim, uma crise dos contratos formados pela mentalidade da oferta-aceitação:

O que se encontra em crise no movimento massificado dos contratos é o método oferta-aceitação, definido pelo sistema clássico, presente em nosso próprio Código Civil, cujas manifestações de vontade são indiscutivelmente valorizadas, para não afirmar, desejadas pela lei, em que pese uma excepcional possibilidade de manifestação tácita. (NALIN, 2006, p. 120).

Entretanto, considerando como ressaltado por José Eduardo Faria que vivemos a era da prestação dos serviços, nesses sim praticamente inexiste margem de negociação. O tabelamento do usufruto de serviços ou aquisição de mercadorias e a utilização de contratos-formulário parecem ser a tônica, admitindo raras exceções.

No que tange aos “contratos-formulário”, essa a definição de LISBOA (2005, p. 75): “Contrato-formulário é o negócio jurídico cujos termos foram unilateralmente dispostos por terceiro, cabendo às partes, unicamente, o preenchimento dos claros referentes à qualificação, ao objeto, ao pagamento e ao prazo de vigência do contrato.”

VENOSA (1997, p. 20) acredita que o contrato e não mais a propriedade passa a ser o elemento essencial do mundo negocial. Isso porque antes o objetivo essencial do contrato era a aquisição da propriedade (sobre bens imóveis, sobre coisas), ao passo que hoje os contratos parecem cada vez mais serem conduzidos à remuneração para a prestação de serviços.

Tudo isso, aliado ao contexto da adoção de uma nova teoria do negócio jurídico e de um direito obrigacional “processual”, leva a uma redefinição da compreensão do contrato na contemporaneidade, de modo a se rejeitar a vinculação

do contrato normatizador de obrigações privadas estabelecidas no seu instrumento contratual.

Essa relativização contratual não significa ignorar o texto escrito do contrato, mas decorre de uma necessidade de adequação à conduta das partes, mormente no momento do pré-contrato, de modo a evitar-se que um apeguismo à letra da lei conduza a uma situação de injustiça contratual. Trata-se, enfim, de dar valorização não ao contrato enquanto documento escrito, mas enquanto suporte da materialização de uma manifestação de vontades.

Nesse sentido, deve-se ter em mente o contrato não enquanto um instrumento escrito que reduz a disposições escritas em formas de cláusulas o encontro das vontades, mas como justamente todo o processo de celebração de negócios por meio de constituição de obrigações recíprocas, podendo ser ou não reduzidas a um instrumento escrito, o qual pode ser reproduzido em qualquer meio juridicamente válido, a que se denomina “documento”. Distingue-se, assim, portanto, contrato de instrumento contratual, sendo o contrato a relação jurídica destinada a criar obrigações e instrumento contratual o meio de prova do negócio (documento) e por isso mesmo, um mero “instrumento” do contrato.

Assim sendo, a própria literalidade das disposições do instrumento contratual pode vir a ser questionada, num contexto em que o Direito cada vez mais dialoga com o paradigma da Filosofia da Linguagem, como estudado no primeiro capítulo, que leva, inexoravelmente, a uma revisão hermenêutica do Direito.

Tudo isso leva a uma formulação de uma teoria de crise no Direito Civil, de crise no contrato. Entretanto, como ressaltado por GIORGIANNI (2010, p. 286), é preciso ter muita cautela ao se falar em crise do Direito, crise do Direito Civil, publicização do Direito Civil, pois a novidade no âmbito do Direito é sempre encarada com um aspecto de crise, entretanto, a capacidade de assimilação pelo Direito de novas realidades ocorre com progressiva naturalidade.

Nesse sentido que ante a dinâmica social, as novas espécies contratuais, tais como os contratos ligados à bioética e ao biodireito (armazenamento do sangue do cordão umbilical, fertilização *in vitro*, dentre outros), contratos celebrados via internet (contratação de webhosting, intermediação de compras), não devem ser encarados como um desafio ao Direito, mas devidamente adequados a uma realidade contratual e negocial, que lhes permita recepcionar sem quebra da unidade sistemática do sistema jurídico.

Segundo REALE, em seu artigo “O novo Código Civil e seus críticos”:

De mais a mais, não vejo por que a Internet implica em alterar o Código Civil, pois os negócios jurídicos concluídos por intermédio dela não deixam de ser negócios jurídicos regidos pelas normas do Código Civil, inclusive no que se refere aos contratos de adesão. A Internet atua apenas como novo meio e instrumento de intercâmbio e acordo de vontades, não interferindo na substância das disposições legais quanto aos direitos e deveres dos contratantes. (REALE, 2002, n.p.)

É dizer: se a teoria que embasa a ordem negocial e contratual permite a recepção de novos tipos contratuais deve-se, na medida do possível, adequá-los a esta realidade, reservando-se eventuais regramentos específicos apenas diante de aspectos pontuais eminentemente necessários para a adequação à realidade técnica por trás de tais “novas” espécies contratuais.

Nesse sentido, por exemplo, Roberto Senise Lisboa esclarece que os princípios do dirigismo contratual remontam já à época da Revolução Industrial, na qual, diante do abuso das condições de trabalho dos operários, foi imposta uma ordem contratual por parte do Estado, formando um dirigismo econômico:

O Estado passou a intervir na ordem econômica, procurando restabelecer o equilíbrio das relações contratuais com a edição de normas jurídicas de ordem pública, de natureza cogente, isto é, normas que não podem ser afastadas da relação jurídica nem mesmo pela vontade expressa das partes. (LISBOA, 2005, p. 67-68)

Esse dirigismo econômico do Estado nos contratos de trabalho na era da Revolução Industrial levaria mais tarde à formação do Direito do Trabalho, de modo que o dirigismo não é, portanto, uma concepção apenas contemporânea, mas uma resposta do Direito para a correção de injustiça contratual. É dizer: o Direito tem capacidade de se adaptar a uma realidade para corrigir as distorções.

O dirigismo contratual pode melhor se adequar em um sistema cuja teoria geral comporte a recepção sem graves atritos. Vez que o Código Civil de 2002, no que tange ao aspecto negocial e contratual, existe uma base teórica alinhada a esse entendimento, não há dificuldade em se operacionalizar com a ordem contratual a recepção de novos tipos contratuais.

Nesse contexto, a utilização e o manejo das cláusulas gerais é um elemento essencial na recepção de novos tipos contratuais ou novas roupagens de contratos já tipificados no sistema (conforme entender que será melhor explicitado

em momento posterior, alinha-se à idéia de que, por exemplo, os contratos celebrados via internet não são um novo tipo contratual).

Segundo LISBOA (2005, p. 78), as cláusulas gerais se caracterizam por serem pré-elaboradas ao contrato, servindo-lhe de modelo e afastando tudo o que contrariar os princípios contratuais modernos; são cláusulas rígidas, que não necessitam de adesão ou inserção no instrumento contratual, se aplicam independentemente do consentimento das partes e sem possibilidade de modificação, corolário máximo do dirigismo contratual; e suscetíveis de utilização por pessoas indeterminadas.

Essas características elevam as cláusulas gerais à condição de verdadeiras cláusulas contratuais, independentemente de sua aposição no contrato e a violação às cláusulas gerais conduz inclusive ao descumprimento culposo ou doloso do contrato, ensejando a possibilidade de rescisão contratual.

Por sua vez, o direito obrigacional encarado como norma processual, criadora de padrões de conduta (alinhada, portanto, com uma teoria negocial que tem por objeto de estudo o papel da conduta), levou à sistematização dos denominados deveres anexos de conduta, estudados em momento anterior ligados ao direito obrigacional e aqui retomados e contextualizados no âmbito dos contratos.

LISBOA (2005, p. 104-105) acredita que os deveres de conduta decorrem da boa-fé objetiva, consistindo basicamente no dever de lealdade por parte dos contraentes, dando uma correspondência fática efetiva entre o objeto contratual e a sua descrição e caracterização por parte do ofertante; cooperação mútua, de modo que se forme um vínculo contratual que não se encerra apenas no momento da execução do objeto (se este for de execução imediata), ou ainda durante toda a relação contratual durante o contrato de execução protraída no tempo; informação, de modo a realmente descrever com exatidão o objeto contratual; assistência técnica; veracidade; transparência e segurança. Tais deveres devem estar presentes em todas as fases do contrato.

Segundo MENEZES CORDEIRO (1986, p. 439):

Além disso, a doutrina tem focado deveres de informação, de custódia e de sigilo, a cargo das partes, nas negociações. Informação de todos os elementos com interesse para uma celebração correcta; custódia de mostrar ou das próprias mercadorias a negociar, quando tenham sido facultadas, para exame, à parte interessada; sigilo de todos os conhecimentos obtidos em função da contratação. A isso podemos

acrescentar o dever de restituição de tudo quanto tenha sido prestado em vista a um contrato malogro, o que, aliás, já resultaria doutras disposições.

Tudo isso decorre do princípio-mor da boa-fé objetiva, que é a pedra de toque do direito obrigacional e contratual contemporâneo. O princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, exige a atividade hermenêutica para a sua clara caracterização e concretização (do que é objeto de crítica da doutrina que rejeita o papel da interpretação judicial, sob pena da formação da discricionariedade do juiz).

Antes de adentrar no estudo dos contratos no âmbito da Internet, é importante ressaltar alguns aspectos mais básicos da teoria geral dos contratos: a formação dos contratos e os contratos entre ausentes.

Primeiramente, no que tange às etapas da formação contratual, diz-se respeito ao processo conduzido pelos contraentes para a realização de um negócio jurídico materializado no contrato.

A doutrina costuma apontar as seguintes etapas: tratativas, momento em que existe de modo pleno a negociação e a autorregulamentação, momento em que as obrigações são acordadas e discute-se o objeto contratual; oferta ou policitação, momento em que após a discussão do contrato, uma das partes propõe, enfim, a celebração do contrato; adesão, momento em que ocorre o encontro das vontades, formando-se enfim o contrato, mesmo sem instrumento escrito; e a execução do objeto.

Em que pese todas essas etapas, como bem ressalta DINIZ (2005, p. 78):

Nada obsta que o contrato apareça, subitamente, bastando uma proposta de negócio, seguida de uma imediata aceitação, para que se tenha a sua formação. Na maioria dos casos, porém, tal não se dá, pois sua conclusão é precedida de negociações preliminares ou tratativas (*pourparlers*), isto é, de conversações, entendimentos e reflexões sobre a oferta até se encontrar uma solução satisfatória.

MENEZES CORDEIRO (1986, p. 437), utilizando a nomenclatura “fases de formação do contrato”, ressalta que existem fases obrigatórias e fases eventuais. As primeiras, aquelas consideradas imprescindíveis ao contrato e às segundas, não.

A etapa que seria visualizada como eventual seria justamente a negociação. Isso porque nem todo contrato pressupõe negociação, no sentido estrito da palavra, havendo quando muito a adesão. No contrato de adesão, então,

praticamente inexistente qualquer campo de negociação. As demais etapas, por sua vez, por evidente seriam imprescindíveis.

Analisadas as etapas da formação do contrato, cumpre agora discutir quando da formação do contrato. Para isso, a relevância existe precisamente quando existe a ausência entre as partes durante a celebração contratual.

O conceito de presença ou ausência das partes talvez seja o elemento essencial para mais tarde compreender-se a formação do contrato celebrado via internet. Se, por presença, compreender-se a presença simultânea dos contraentes num mesmo espaço geográfico, então os contratos celebrados via Internet seriam entre ausentes. Contudo, se se considerar a possibilidade de imediato contato, mesmo sem presença física, então pode ser que existam contratos celebrados via Internet entre presentes. Nesse sentido TEIXEIRA (2013, p. 140): “Os contratos eletrônicos podem ser considerados contratos entre ausentes ou presentes (...)”.

Segundo DINIZ (2005, p. 87), quando entre presentes, a policação poderá estipular ou não um prazo para aceitação. Se não tiver prazo, deve ser aceita imediatamente. Entre ausentes, existindo o prazo, o mesmo deve ser observado e pouco importa o meio pelo qual houve o contato e em que se dará a resposta.

Porém, como ressalta DINIZ (2005, p. 88), dificuldade existe somente se o contrato for entre ausentes. Para determinar em que momento ocorre a formação final do contrato, desenvolveu-se a teoria da agnição ou também denominada teoria da declaração, adotada no Código Civil, subdividida em três teorias, que procuram determinar quando ocorre a formação do contrato para o Direito e são assim sistematizadas por Maria Helena Diniz:

a) Subteoria da declaração em sentido estrito (da qual são adeptos Ripert, Puchta, Valéry), segundo a qual o contrato se aperfeiçoa no momento em que o aceitante formula a resposta, o que é objeto de crítica, pois é vago determinar quando há a formulação da resposta, por ser algo subjetivo de esfera interior;

b) Subteoria da expedição (da qual são adeptos Serafini, Demolombe, Rau), segundo a qual o contrato se aperfeiçoa quando há formulação da resposta e a expedição da resposta através de algum meio (ex: telégrafo, postagem da carta), a qual apresenta a dificuldade pelo fato de que a resposta pode chegar fora do prazo ou ainda se extraviar durante o percurso;

c) Subteoria da recepção (da qual são adeptos Croissant e Regelsberger), segundo a qual o contrato se aperfeiçoa quando a resposta expedida chega ao domínio material do proponente, mesmo que este não faça a sua leitura, a qual apresenta dificuldade pelo fato de que por vezes se presume o recebimento, mesmo sem haver o efetivo domínio fático por parte do proponente.

LUCCA (2003, p. 101-102) traz como outra espécie de teoria da formação contratual, em paralelo à teoria da declaração (dentro da exposição sistemática de Maria Helena Diniz) a teoria da cognição, que se diferencia da teoria da recepção por considerar realizado formado o contrato quando o polícitante tem conhecimento (daí cognição) da recepção, e não apenas o domínio técnico da resposta.

O Código Civil adota a teoria da expedição como regra, abrindo exceção para quando há a expedição de retratação que possa chegar conjuntamente ou antecipadamente à resposta, bem como se o proponente se houver comprometido a receber resposta ou se não chegar no prazo convencionado (artigo 434), adotando-se em tais casos a teoria da recepção.

A teoria da expedição considera que há a adesão quando o oblato expede a sua adesão. Pensando na perspectiva clássica, em meio físico, ocorre quando o aderente postava em correio a carta aderindo à compra efetuada na mala direta, sendo irrelevante a demora no trajeto para chegar até o destino.

Por fim, deve-se indagar em que local se reputa formado o contrato. Em sede de contrato celebrado entre nacionais no território brasileiro, o sistema dispõe que se considera formado no local de residência do proponente (artigo 435), devendo aqui ser compreendido como o que primeiro ofertou o negócio, vez que durante a negociação, pode ter havido uma proposta por parte do que a princípio foi dirigida a oferta.

No caso de contratos celebrados entre nacional e estrangeiro, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro considera realizada a obrigação no lugar em que residir o proponente. Nesse sentido, portanto, “será o local da sede física do proprietário do site ou em que estiver instalado o computador que dá suporte ao site” (TEIXEIRA, 2013, p. 138).

Ressalva-se, contudo, que existe a possibilidade de exceção para a aplicação da norma brasileira no caso de a execução se passar no Brasil (art. 9º). Realizadas essas considerações, agora se abrirá à adequação dos negócios jurídicos celebrados via Internet.

4.5 ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS À ORDEM NEGOCIAL BRASILEIRA

Analisados todos os pressupostos para a formação de uma denominada ordem negocial nos contratos celebrados via Internet, cumpre enfatizar, por mais uma vez, que a celebração de negócios jurídicos via Internet acaba sendo um desdobramento natural de uma tendência de massificação dos contratos que já vinha sendo observada de uns tempos para cá (notadamente da década de 1990 adiante), com a utilização cada vez maior de contratos de adesão, mormente de consumo.

Com efeito, a Internet é o campo fértil que faltava para uma completa e definitiva expansão dos negócios jurídicos em massa. Ao alcance de um computador e um clique é possível aderir a uma infinidade de contratos cuja proposta está veiculada na rede mundial através de um *website*.

A primeira discussão que pode surgir quanto aos contratos celebrados via Internet é acerca de sua validade e possibilidade jurídica e quanto aos meios de prova. A doutrina concluiu pela validade de tais contratos, focando-se nas dificuldades frente aos novos problemas surgidos, bem como sobre a validade do documento eletrônico e meios de prova nos contratos celebrados via Internet.

Em relação a essas dificuldades, LISBOA (2005, p. 80) acredita que as dificuldades apresentadas pelos contratos eletrônicos dizem respeito a: quando ocorre a formação; qual a legislação aplicável (tendo prevalecido a do proponente); e como proteger a propriedade intelectual ou industrial nesse contexto.

Segundo DINIZ (2005, p. 673) “O conteúdo do contrato eletrônico em nada difere do de um contrato comum, produzindo os mesmos efeitos.”, de modo que basta adaptar os contratos celebrados via Internet à realidade negocial já positivada no Código Civil, bem como adaptar institutos ligados à formação contratual ou a internacionalidade dos contratos, como será visto em um último momento.

Os anseios de um regulamento específico parecem ser a tônica dos atuais estudos na área, entretanto é necessário que se compreenda de forma adequada tais contratos celebrados via Internet, a fim de que eventual regulamentação não rompa com a ordem contratual vigente, gerando uma falta de unidade no sistema.

Adotando o Código Civil de 2002 a teoria do negócio jurídico, bem como uma técnica legislativa aberta, que permite a recepção de novos institutos à luz de uma teoria geral, não parece haver dificuldades para a recepção de novos negócios jurídicos, como por exemplo, os novos contratos ligados à área da Biotecnologia, Biodireito, dentre outros.

Assim sentencia DINIZ (2005, p. 660): “Não vislumbramos em nosso Código Civil qualquer vedação legal à formação do contrato via eletrônica, salvo nas hipóteses legais em que se requer forma solene para a validade e eficácia negocial.”

Quanto à tipicidade ou atipicidade dos contratos celebrados via Internet, tal discussão não prospera, uma vez que a Internet se apresenta apenas como meio de celebração de contratos e não uma nova espécie contratual. Com efeito, não é possível sequer imaginar-se como sendo uma nova espécie contratual os principais tipos de contratos celebrados via internet (tais como o comércio eletrônico, webhosting, portal de conteúdo, serviço de e-mail, etc.).

Trata-se de contratos em geral de prestação de serviços ou de compra e venda, com as particularidades de se utilizarem da Internet em alguma das suas etapas contratuais (ora menos, ora mais ou até mesmo todas as etapas via Internet). Deve-se ressaltar, contudo, que na sistemática do Código de Defesa do Consumidor a prestação de serviços é o fornecimento de um serviço (utilidade) ao consumidor, afastando-se da sistemática do Código Civil, em que prestação de serviços compreende a realização de um serviço personalíssimo por um prestador determinado (uma forma tênue de contrato de trabalho). Não é possível visualizar uma atipicidade nos contratos eletrônicos celebrados via Internet, nem uma natureza jurídica própria e distinta dos demais contratos, mas apenas e tão-somente uma nova roupagem de tipos contratuais já existentes ou um novo meio de celebração de relações contratuais.

4.5.1 Nomenclatura adequada aos Contratos celebrados via Internet

Realizadas essas considerações iniciais, cumpre ressaltar acerca da nomenclatura adequada para os contratos celebrados via Internet. Parece ter prevalecido na doutrina e mesmo na jurisprudência, a utilização da nomenclatura “contratos eletrônicos”.

Ocorre que tal nomenclatura não representa de forma adequada os contratos celebrados via Internet, uma vez que são também contratos eletrônicos aqueles celebrados, por exemplo, via telefone ou fax, ou ainda a utilização de cartões de crédito, bem como os contratos bancários, pois hoje é possível num caixa eletrônico realizar até mesmo empréstimos bancários em valores pré-liberados ao correntista.

Com efeito, a expressão “eletrônicos” possui um alcance muito amplo, de modo que se pode tanto entender a utilização de mecanismos eletrônicos para a realização do contrato, quanto à utilização de redes de comunicação. Nesse sentido:

Mas há outros contratos eletrônicos, em que não há venda, como os negócios bancários e outras modalidades, como a compra por débito bancário. Há também jogos eletrônicos, a dinheiro, como o caso dos cassinos, em que os pagamentos são feitos por cartão de crédito. (GLANZ, 2011, p. 277)

Assim também PINHEIRO (2010, p. 107):

O comércio por via eletrônica já é muito antigo. Nesse sentido, é até pouco apropriado definir o comércio por operação via Internet como Comércio Eletrônico, que é uma terminologia mais abrangente – inclui meios eletrônicos como um todo como fax, machine-machine, etc. Mas, para fins didáticos, vamos utilizar o termo Comércio Eletrônico para definir as operações comerciais via Internet.

Cláudia Lima Marques, por sua vez, compreende que os contratos eletrônicos (pensados na perspectiva, sobretudo, do âmbito das relações consumeristas), abrangeriam inclusive os contratos celebrados via televisão:

O chamado “comércio eletrônico” é realizado através de contratações a distância, por meios eletrônicos (e-mail etc.), por internet (on-line) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo, etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, em que há realmente certa “desumanização do contrato” (disumanizzazione del contratto). [...] (MARQUES, 2006, p. 672).

Outra nomenclatura sugerida é “contratos online”, no qual o “online” pretende dar o alcance de contrato celebrado conectado na Internet. Trata-se sem dúvida de uma nomenclatura mais adequada do que “contratos eletrônicos”, mas também apresenta uma insuficiência, pois online é uma expressão que pode

abranger qualquer tipo de rede, mesmo as redes particulares, como aquelas utilizadas por bancos em seu sistema de caixas eletrônicos.

Outra proposta é a expressão “contratos telemáticos”, que parece também ser adequada, pois a Internet é um meio telemático (conforme estudado em momento anterior), entretanto de igual modo a expressão abrange mais do que os contratos celebrados via Internet, igualmente alcançando os contratos celebrados em redes particulares. Nessa proposta de nomenclatura:

Mais apropriada seria a denominação “contratos por meios telemáticos”, já que, em primeiro lugar, deixa claro não tratar de um tipo diferente de contrato, mas simplesmente do emprego na formação dos contratos de uma nova técnica de comunicação. (ROCHA, 2008, p. 93)

Alguns autores chegam a propor a expressão “contratos virtuais”, do que se discorda veementemente, pois a Internet e qualquer outra rede de computadores não é algo virtual nem uma realidade virtual paralela ao plano “real”, sendo que tal expressão dá um alcance como se fossem contratos celebrados numa outra realidade, o que não é verdade.

Newton de Lucca, de sua vez, prefere denominar contrato informático o que tem por objeto bens ou serviços ligados à área da computação (contratação de software, programação, aquisição de hardware, manutenção) e prefere chamar os contratos celebrados via rede de “contratos telemáticos”: “Contrato telemático, por sua vez, é o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração.” (LUCCA, 2003, p. 33)

Por fim, dentre outras tantas nomenclaturas, sugere-se a expressão “contratos em rede”, outra expressão que parece ser adequada, pois designa o contrato celebrado via rede, entretanto de igual modo possui um alcance maior do que apenas e tão-somente os contratos celebrados via Internet.

De todo modo, o fato é que não existem razões para maiores divagações a respeito, uma vez que parece ser muito difícil designar apenas os contratos celebrados via Internet (ou então adotar-se pura e simplesmente “contratos celebrados via Internet”).

Além disso, os contratos celebrados via Internet por não ser um novo tipo contratual, mas apenas um desdobramento de um meio de realização de contratos

(além de contratos novos que só fazem sentido na Internet), não faz criar uma necessidade de uma nomenclatura exclusiva para os contratos via internet.

Não existe uma essência que identifique de modo próprio os contratos celebrados via Internet. A mesma natureza de tais contratos está presente nos contratos celebrados via telefone ou via redes particulares, como os contratos bancários: “As transações de comércio eletrônico não diferem das feitas por outros meios de comunicação remota como o telefone ou o fax.” (PINHEIRO, 2010, p. 107).

Entretanto, tem prevalecido a nomenclatura “contratos eletrônicos”, justamente a que parece ser a mais inadequada por seu alcance vago e questionável. A nomenclatura contrato eletrônico é a utilizada pela UNCITRAL e emprega a expressão “eletrônico”, tipicamente usada para designar o e-mail (“correio eletrônico”), bem como ao comércio celebrado via Internet (“comércio eletrônico”).

A despeito da reserva quanto à exatidão desta nomenclatura para o alcance dos contratos celebrados via Internet, adotar-se-á doravante a expressão contratos eletrônicos, por ser esta a mais utilizada tanto nos países de língua portuguesa e a preferida pela doutrina.

Antes de adentrar nesta seara, cumpre o dever de ressaltar que o contrato é o instrumento de que resultada uma manifestação de vontade para a celebração de um negócio jurídico. Se for feito em papel, se usa determinadas expressões, pouco importa. Ter isso em mente é o caminho fundamental para a compreensão da atividade de adequação dos contratos eletrônicos à ordem contratual.

5 RECEPÇÃO E ESTUDO SISTEMÁTICO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Não é possível falar, a rigor, em teoria geral dos contratos eletrônicos. A Teoria Geral é dos contratos como um todo, bem como das obrigações e dos negócios jurídicos. Quando se pensa em uma “teoria geral dos contratos eletrônicos”, o que se realizará é uma adequação dos contratos eletrônicos à luz da teoria geral das obrigações, dos negócios jurídicos e dos contratos.

5.1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

No que tange aos negócios jurídicos, a adoção de uma teoria preceptiva aberta à recepção de um direito obrigacional moderno permite facilmente a recepção de novas formas de negociação, independente da existência de regramento específico e tipificação do negócio, preponderando o interesse de regulação de vontades numa autorregulamentação dirigida pela ordem contratual. Nesse sentido não haveria qualquer dificuldade na recepção dos contratos eletrônicos à luz da teoria preceptiva do negócio jurídico.

À luz do direito obrigacional moderno, os contratos eletrônicos despertam atenção por conta de seu caráter nitidamente impessoal. Com efeito, os contratos eletrônicos nada mais são que ofertas disponibilizadas na rede, nas quais qualquer internauta pode a ela aderir.

Em muitos casos praticamente inexistente possibilidade de negociação, fulminando com a etapa da tratativa, etapa não necessária do contrato, como ressaltada por MENEZES CORDEIRO (1986, p. 437), mas que é o corolário justamente da autorregulamentação ou da autonomia privada, ainda que esta última posta em questionamento em face da atual construção doutrinária da teoria contratual.

Essa impessoalidade também está presente nos contratos celebrados via mala direta ou catálogo de produtos, com a diferença que em geral os catálogos possuem um suporte material de papel, que em geral designa o nome do fornecedor, seu endereço, além de por vezes serem vendidos de forma intermediária por terceiros (revendedores). Não apenas isso: muitos dos catálogos são ligados a empresas com estabelecimentos ao alcance do consumidor. Cria-se assim uma

relação de confiança em face dos fornecedores que se utilizam de catálogos de vendas.

O mesmo se dá em face das televendas. Uma vez que para criar um terminal telefônico é necessária a existência de empresa (tomado no sentido vulgar da palavra, pois a rigor seria empresário ou sociedade empresária), existe uma relação de confiança, ainda que não plena, quanto à existência da empresa.

O vínculo da confiança, uma vez que é um dos elementos essenciais da moderna teoria das obrigações, acaba sendo um fator determinante para a relação contratual. Em se tratando de Internet, uma série de dificuldades nesse campo se apresenta.

Para contratar um provimento de acesso à Internet não é necessário ser empresa. Pessoa física pode contratar um provedor de acesso à Internet. Para lançar um *website* ao ar não é necessário ser empresa, pois pessoa física também pode ter *website*.

E sequer é necessário contratar hospedagem de *website*, pois qualquer computador pode ser utilizado como servidor, conforme já foi anteriormente ressaltado, sendo que a contratação de serviço de hospedagem é apenas por questões de segurança. Por fim, para registrar domínio de site, também não é necessário ser empresa, bastando ser pessoa física.

Desse modo, ter apenas acesso ao *website* e ao seu nome de domínio não significa a existência regular de uma empresa, o que faz com que a Internet seja um campo cheio para o comércio ilegal ou irregular. Além disso, é muito mais difícil em se tratando de Internet, conseguir verificar a existência real de um fornecedor, o que abre de forma ostensiva a possibilidade de fraude.

O vínculo obrigacional, desse modo, nos contratos eletrônicos, é por demais fragilizados. Não que inexista possibilidade de fraude nas televendas ou catálogos (o que é freqüente), mas que na Internet essa possibilidade é elevada a um grande potencial. Ademais disso, como todos os contratos impessoais, celebrados sem o contato físico entre um representante do fornecedor, que traz valores em sede de linguagem corporal que podem ser determinantes para a realização de um negócio, a Internet expõe o contraente em uma situação de risco.

Desse modo, em se tratando de resolução de conflitos surgidos no âmbito de contratos celebrados via Internet, é fundamental que o juiz no caso concreto faça pleno uso das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, para

corrigir e adequar o conflito contratual à luz da boa-fé objetiva. Pode-se, com efeito, perfeitamente dizer que existe na Internet uma clara vulnerabilidade do aderente, seja o contrato de consumo ou não.

Por outro lado, há de se ressaltar um aspecto psicológico ou psíquico, que diz respeito ao suporte material. Em sede de Direito, sabe-se que o documento traz informações que se utilizam de um suporte, de um meio, que em geral é o papel. Quando se fala na Internet, existe também um suporte, que pode ser um e-mail ou um *website*, por exemplo.

Como PINHEIRO (2010, p. 204) ressalta, há uma sensação psicológica de segurança quando existe um papel com assinatura em um negócio. Em que pese o negócio existir fora do papel, o mesmo serve de instrumento à manifestação de vontade.

Isso se deve a um apego existente ao papel e sua função simbólica. Nas relações cotidianas, talvez influenciadas por uma visão liberalista do poder do papel, do poder do contrato escrito, as pessoas adquirem confiança quando possui um instrumento contratual escrito com “assinatura a tinta”.

Uma vez que a Internet não possui assinatura física (mas eletrônica) e não possui instrumento em papel, existe nova fragilidade quanto ao elemento de confiança. Não existe o papel para dar a segurança, o que leva muitas pessoas a deixarem de contratar via Internet com medo de golpes.

A problemática da substituição do papel, no entanto, é mais cultural que jurídica, uma vez nosso Código Civil prevê contratos orais e determina que a manifestação de vontade pode ser expressa por qualquer meio. Quem disse que porque está no papel é o documento original? Afinal, todo fax é cópia, apesar de estar em papel. Já o e-mail eletrônico é o original, e sua versão impressa também é cópia. [...] Mas o papel, em última análise, é nada mais que uma tecnologia também, que passou permitir, como um tipo de suporte físico, que a manifestação de vontade ficasse mais claramente evidenciada entre as partes de uma relação. (PINHEIRO, 2010, p. 204)

Além disso, é muito difícil comprovar a localização do outro contraente para uma demanda judicial. No caso de domínios registrados no Brasil, existe muito rigor no registro, de modo que existe um sistema de consulta pública de titular de domínio, que fornece quem é a pessoa (jurídica ou física) que solicitou o registro do domínio, bem como seu CPF ou CNPJ e endereço físico cadastrado, chamado de “*Whois*”.

Contudo, é possível haver espaço a fraudes, pois a aquisição de domínio é realizada via Internet, de modo que não é necessário enviar à entidade de registro de domínios (ao menos dentro da atual normatização), fotocópia digital dos documentos legais da pessoa física ou jurídica. Ou seja, alguém apenas munido de um nome e CPF ou CNPJ válido, pode registrar um domínio, devendo caber teoricamente à entidade de Registro realizar a verificação da autenticidade ou da veracidade, de modo análogo ao que acontece no caso de Registro de pessoas jurídicas (empresárias ou não).

Outro conflito que pode surgir facilmente nesse âmbito diz respeito à internacionalização. Nos catálogos de vendas, dificilmente os mesmos admitem entrega (e via de conseqüência, a própria venda) a sujeito de outro país; no caso de telefone, então, existe a necessidade do diálogo com o outro idioma, de igual modo existindo restrição da comercialização apenas no âmbito do país do fornecedor.

Por outro lado, na Internet essa limitação a princípio não existe uma vez que na Internet existe apenas a veiculação da oferta num *website*, sendo perfeitamente possível que um sujeito realize todas as etapas da contratação, de modo que contratos internacionais são celebrados até mesmo no âmbito de consumo.

O que antes era restrito a contratos celebrados entre empresas, agora é facilmente estendido aos consumidores. Contudo, deve-se ter em mente que o sujeito que adquire um produto num site internacional estará assumindo um grande risco, pois no caso de conflito, terá de verificar qual a legislação a ser aplicável.

Por tal razão, os sites de comércio eletrônico utilizam-se de formulários em que a partir do momento que o usuário informar o país de residência, o próprio sistema impede a concretização da compra, caso haja restrição da comercialização ao país de residência do potencial contraente.

Por tudo quanto foi analisado, se verifica que o vínculo obrigacional nos contratos eletrônicos é fragilizado. E uma vez que o contraente conta apenas com as informações fornecidas na proposta, prepondera ainda mais os deveres anexos de conduta, notadamente os deveres de lealdade-probidade.

Isso significa dizer que, em se tratando de contrato celebrado via Internet, tudo o que não foi informado, presume-se atender aos deveres anexos de conduta, sendo que a inobservância pode levar até mesmo à resolução culposa do contrato em detrimento do peticitante.

Adequando-se, desse modo, a teoria das obrigações aos contratos eletrônicos, tem-se que nos mesmos a boa-fé objetiva é preponderada de forma ainda mais acentuada do que nos contratos celebrados em outros meios, bem como os deveres anexos de conduta adquirem maior relevância. Por outro lado, tais elementos, típicos da impessoalidade também se fazem presentes em outros meios de celebração contratual impessoal. Contudo, em face das fragilidades que a Internet expõe, devem nestes contratos ser ainda mais preponderados, cabendo ao juiz adequar no caso concreto diante de um conflito que lhe for submetido.

No que tange à teoria geral dos contratos, como já analisado em momento anterior, perfila-se no entendimento de que os contratos eletrônicos não são nova espécie contratual, mas apenas uma nova forma de realização de contratos tradicionais (TEIXEIRA, 2013, p. 118), bem como um novo meio de celebração contratual. Acredita-se, assim, que não há uma atipicidade.

Nesse sentido ainda LAWAND (2003, p. 37):

Deveras, a essência do contrato não passou por transformações radicais nessa inédita esfera do mundo digital. Prossegue a manifestação das vontades dos agentes envolvidos, quer fixando cláusulas, quer aceitando a oferta do polícitante. Assevera Newton de Lucca que 'não deixa de ser curioso observar-se que esses negócios na Internet são e estarão sendo celebrados em virtude de um tradicional instrumento jurídico denominado contrato. Nada de novo haveria, pois – não fosse a forma desse contrato que, no mundo digital passa por profunda transformação –, se continuássemos a pensar com a tradicional forma de documentação inteiramente calcada sobre o papel.

LAWAND (2003, p. 38), porém, acredita na existência de uma “lacuna axiológica”, em face da inexistência de regramento específico pensando na perspectiva do comércio eletrônico, pois acredita não existir um norte para analisar-se de forma adequada os potenciais de problemas surgidos no âmbito dos contratos eletrônicos. Discorda-se desse entendimento, pois sem dúvida a Internet traz novos desafios, mas o manejo das figuras já existentes no Direito é em grande parte suficiente para a resolução dos potenciais conflitos.

Levando-se em conta as fases de desenvolvimento da relação contratual, verifica-se que cada uma das etapas pode vir a ser realizada via Internet: as tratativas ou negociações (o que é comum em alguns tipos de comércio eletrônico, bem como na intermediação de compras em que se admite a negociação de comprador e vendedor, dentre outros); a veiculação da oferta (mediante envio de e-

mail ou inserção em *website*); a adesão (mediante resposta de e-mail ou clique com preenchimento de formulário); e a execução (como, por exemplo, no caso de portais de notícias, e-mail, webhosting, dentre outros). Nesse sentido:

A compra e venda do comércio eletrônico pode ser graduado conforme a digitalização 1) do produto ou serviço vendido; 2) do processo; e 3) do agente de entrega. A comercialização de um livro em forma física (material), por exemplo, por intermédio de em um site e entregue pelo correio é apenas parcialmente eletrônica. Puramente eletrônico é o negócio envolvendo bem imateriais, que podem ser enviados pela própria rede telemática, como por exemplo e-books, músicas e programas de computador. Outra peculiaridade está no fato de o comércio eletrônico permitir que o processo de produção seja acionado logo após a entrada de um pedido, facilitando uma personalização em massa, isto é, a produção de grande quantidade de itens, conforme as necessidades dos respectivos consumidores. (ROCHA, 2008, p. 83)

No que tange às tratativas estas podem ser feitas via chat, e-mail, VOIP, sendo relativamente comum em sites como o Mercado Livre. Não há maiores dificuldades quanto às negociações ou tratativas, sendo aplicáveis as regras do Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor, conforme o caso.

Em relação à veiculação da oferta, ela pode se dar através de um envio de e-mail, no que se assemelhará e muito com a negociação de catálogos de vendas ou proposta epistolar. A proposta deve conter os requisitos legais dispostos no artigo 428 do Código Civil (aplicável também aos contratos de consumo, em face de o Código de Defesa do Consumidor não trazer disposição a respeito, sendo necessário efetuar neste caso o diálogo das fontes). A veiculação da oferta pode se dar também em um *website*, valendo as mesmas regras.

Ambas as formas acima vistas, são contratos à distância veiculados na Internet, nas quais o e-mail ou o *website* foi o instrumento para a divulgação da proposta. Ocorre que diferentemente das televendas em que somente há forma de contratação presencial (pois há o contato telefônico com respostas imediatas, reputando-se entre presentes, conforme Artigo 428, I do Código Civil) ou da venda por catálogo ou mala direta, em que somente há forma de contratação entre ausentes, nos contratos eletrônicos tanto pode haver tanto contratos entre presentes quanto entre ausentes, conforme será visto em momento posterior.

Quando a veiculação contém o prazo para a adesão, não há qualquer dificuldade, aquele é o prazo, pois na Internet a adesão e a velocidade da resposta

(após a leitura da oferta pelo oblato) são instantâneas. Quando não há prazo de validade da oferta, aplicam-se então as disposições legais a respeito.

Entretanto, é possível compatibilizar as regras do Artigo 428 do Código Civil com os contratos eletrônicos? Ora, o inciso II dispõe que deixa de ser obrigatória a oferta quando “feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente”. Como interpretar o tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente e quando reputar realizada a oferta?

Ora, em se tratando de catálogo ou veiculação de oferta epistolar, existe a data da entrega da correspondência, que pode ser facilmente controlada por parte do ofertante. A oferta reputa-se realizada quando a correspondência foi entregue e a validade da oferta cessa apenas “quanto tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente”.

Trata-se de expressão vaga, propositadamente, para que o sentido seja completado pelo juiz no caso de resolução de um conflito. Ou seja, se uma empresa é da própria cidade de residência do potencial consumidor, evidentemente que o tempo será menor, podendo servir como critério o prazo do sistema oficial de Correios para a entrega da correspondência. O mesmo se passa no caso de uma empresa localizada em outro Estado, podendo-se usar o mesmo critério do prazo de entrega de correspondências do serviço de Correios.

Deste modo, ultrapassado determinado prazo, presume-se não mais ser válida a oferta. De outra sorte, a veiculação de oferta em panfleto, distribuído nas ruas apresenta a dificuldade de se comprovar quando foi entregue para se determinar o prazo em que cessará a oferta. Não sem razão os panfletos entregues nas ruas ou junto de revistas ou jornais contêm quase sempre a data de validade da oferta. Caso contrário, competirá ao policitante comprovar a entrega do panfleto para determinar quando cessou a validade da oferta. E nesse caso, outro critério será utilizado pelo Juiz para determinar qual o “tempo suficiente”, vez que nesse caso a adesão comumente é realizada no estabelecimento do ofertante.

Em sendo a oferta enviada via e-mail, é facilmente comprovável a data da expedição do e-mail. A entrega é imediata. Senão instantânea, com um lapso de tempo muito baixo, sendo que pouco importa quando o e-mail é aberto. Veja-se que nesse caso, o e-mail muito se aproxima à veiculação epistolar.

Por outro lado, em se tratando de oferta sem prazo via *website*, a mesma dificuldade existe como no caso do panfleto sem prazo. É possível comprovar quando o conteúdo foi inserido no site, mas enquanto o site permanecer no ar com a oferta há uma dilação temporal da oferta, que se reputa permanentemente nova, realizável enquanto o conteúdo estiver no ar, a qual terá seus efeitos jurídicos apenas quando houver a sua visualização, momento em que ocorre efetivamente a oferta (TEIXEIRA, 2013, p. 139).

Diferente não poderia ser. Seria o mesmo que se colocar num poste ou num mural uma oferta sem prazo. Enquanto o conteúdo estiver inserido a oferta é válida, não havendo sequer considerar o início da contagem do prazo suficiente. Assim sendo, a maioria dos sites de comércio eletrônico não trazem a validade da oferta. Enquanto está no *website*, a oferta é válida. Deste modo, o artigo 428, II do Código Civil perde seu sentido em se tratando de oferta veiculada em *website*.

Quanto à adesão, ela é instantânea. Respondido o e-mail e enviado, está realizada a adesão. O fluxo da rede é instantâneo. Havendo provimento de acesso (ou seja, conexão), o envio é questão de segundos. O mesmo se dá em caso de *website*. Realizado o clique, precedido ou sucedido por preenchimento de formulário para confirmação dos dados do aderente, havendo o clique final a adesão está realizada.

Por sua vez, quanto à execução, ela também pode se dar via Internet. Diversos são os contratos que existem apenas para a Internet: webhosting, VOIP, e-mail, portal de conteúdos, download de software, dentre outros.

Cada uma das etapas da realização contratual pode se dar, portanto, via Internet ou não, desde a tratativa até a execução. O contrato será reputado eletrônico, conforme entende a doutrina, desde que tenha pelo menos uma dessas etapas realizadas via Internet.

A maior parte dos contratos eletrônicos, que é precisamente o comércio eletrônico, é eletrônica apenas até a adesão, sendo que a execução (que se aperfeiçoará com a entrega do produto) é feita fora da Internet. Nesse sentido, LAWAND (2003, p. 105) chama de contratos off-line àqueles apenas ofertados via rede e cuja execução se dá fora da rede.

Uma das questões muito discutidas em sede de contratos eletrônicos diz respeito à presença ou ausência entre as partes contratantes. Com efeito, a relevância da presença ou ausência gira em torno do momento da formação do

contrato, mormente considerando as teorias já estudadas sobre a formação dos contratos entre ausentes.

Pois bem. Não é possível afirmar de modo categórico que os contratos eletrônicos são entre ausentes pura e simplesmente. Com efeito, conforme já referido anteriormente, os contratos eletrônicos assumem diversas características de contratos celebrados em outros meios que não a presença física.

Dos contratos celebrados via telefone, a Internet pode também assumir características semelhantes quando a contratação se dá via comunicação em VOIP, ou ainda quando realizado em chat instantâneo. Muitos prestadores de serviços de webhosting abrem a possibilidade de negociação via chat. Não é possível considerar que exista ausência quanto a comunicação é instantânea.

Mesmo que não haja a presença física, o Código Civil reputa como entre presentes, tomando-se por analogia o disposto no Artigo 428, I, segundo o qual a comunicação telefônica reputa-se entre presentes. Ora, precisamente a inteligência do Código é considerar que o que interessa é a instantaneidade de comunicação entre o peticitante e o aderente, pouco importando o meio utilizado.

Numa comunicação epistolar é impossível que haja a instantaneidade, razão pela qual se considera como entre ausentes. Nesse sentido, os contratos ofertados via e-mail se assemelham à comunicação epistolar.

Da mesma forma a Internet serve apenas como o meio de manifestação da vontade, e não a essência do negócio. E uma vez que neste caso embora o envio da mensagem seja instantâneo, não há diálogo instantâneo entre as partes, por mais rápido que cada qual responda e esteja conectada simultaneamente. O protocolo SMTP não é o adequado para uma comunicação instantânea.

Deste modo, o que importa quanto à presença ou ausência nos contratos eletrônicos é o meio da Internet (é dizer, o protocolo ou a função) utilizado para a celebração do contrato, sendo que se deve sempre ter em vista não ser a Internet o destino do contrato, mas o meio para a manifestação da vontade, assim como o papel assume este meio quando se reduz à escrita um contrato celebrado entre pessoas presentes.

Nesse sentido VENOSA (1997, p. 133):

Na contratação via computador somente se pode reputar entre presentes a formação do contrato quando se utiliza cada qual de seu computador de forma simultânea e concomitante, como se ocorresse uma conversa verbal

ordinária, materializada na remessa recíproca de dados: remete-se a proposta, o destinatário está à espera, a lê no monitor e envia a aceitação ou rejeição, ou formula contraproposta.

LAWAND (2003, p. 92) considera, inclusive, que a análise mais significativa diz respeito não à presença ou ausência, mas à instantaneidade da celebração dos negócios, propondo uma classificação de contratos eletrônicos entre contratos de celebração instantânea e contratos não instantâneos, aos primeiros quanto aos celebrados com resposta e comunicação imediata e aos últimos enquanto os contratos celebrados por mensagens sem negociação instantânea. É dizer: é a instantaneidade da comunicação que determinará se o contrato eletrônico é entre presentes ou ausentes.

DINIZ (2005, p. 660), por sua vez, trabalha no conceito de contratos eletrônicos com a idéia de ausência:

O contrato eletrônico é uma modalidade de negócio a distância ou entre ausentes, efetivando-se via Internet por meio de instrumento eletrônico, no qual está consignado o consenso das partes contratantes.

Contudo, DINIZ (2005, p. 660) parece concordar com Maristela Basso no sentido da necessidade de superação do conceito de contratos entre presentes ou ausentes no âmbito da Internet.

Quanto à aplicação das teorias da formação do negócio jurídico à distância, é preciso se indagar se a teoria da expedição é adequada à realidade negocial dos contratos eletrônicos. Adotar-se a teoria da agnição nos contratos eletrônicos implica em que no caso de celebração via e-mail, a formação do contrato ocorre quando se envia o e-mail; e no caso do *website*, quando se faz o clique no botão de “Comprar” ou equivalente.

Ocorre que esta situação, se possui um determinado sentido em se tratando de uma correspondência epistolar, não apresenta o mesmo em relação à Internet. Ora, quando se envia uma carta aderindo a uma proposta, é possível enviar de forma registrada ou obter recibo de postagem, de modo que o aderente tem meios de provar que postou a carta e que, portanto, aderiu ao negócio, se de alguma maneira o peticitante se recusar a cumprir a oferta.

Por outro lado, em se tratando de internet até é possível que se comprove o envio do e-mail, entretanto é muito frágil comprovar que houve o clique no caso de

um *website*, se não for gerada uma tela de confirmação do negócio. Ora, tecnicamente é possível na programação de um *website*, que após clicar-se no botão, não seja aberta uma tela de confirmação, apesar de ter sido enviada a adesão.

A praxe, para segurança do contraente, tem feito com que praticamente todos os *websites* de comercialização eletrônica gerem uma tela de confirmação de compra. Ora, ao se exigir uma tela de confirmação de compra, o que se tem é a confirmação do recebimento da oferta por parte do peticitante.

Ou seja, a prática do comércio eletrônico fez desaparecer a utilidade da teoria da expedição para os contratos eletrônicos, de modo que não haveria problema algum em se adequar o ordenamento jurídico, para o caso dos contratos eletrônicos, adicionando-se mais uma exceção à teoria da agnição, qual seja: toda vez que o contrato for celebrado via internet.

Deste modo, poder-se-ia adotar a teoria da recepção para os contratos eletrônicos, pouco importando a leitura por parte do peticitante em relação à adesão, bastando que lhe seja possível materialmente alcançar a resposta (ou seja, estar em seu domínio técnico). Desse modo, a teoria da recepção poderia ser a aplicada especificamente para os contratos eletrônicos, sendo que a não expedição da tela de confirmação da compra, seria uma presunção contrária ao peticitante. A teoria da cognição não seria adequada por se sujeitar ao peticitante ter conhecimento da adesão. O Enunciado 173 das Jornadas de Direito Civil filiou-se à adoção da teoria da recepção para os contratos eletrônicos.

Segundo Zanetti (*in* HIRONAKA – Or., 2008, p. 117) na teoria da recepção “se reputa aperfeiçoado o contrato no momento em que a aceitação é recebida pelo proponente, sem exigir, entretanto, que seu conteúdo seja contemporaneamente examinado.” Deste modo, reforça-se a adequação da teoria da recepção aos contratos eletrônicos.

LUCCA (2003, p. 107-108), porém, considera a discussão de contratos entre presentes ou ausentes inadequada, por entender como válido o conceito de virtualidade, que geraria uma impossibilidade de aplicação das teorias de formação contratuais concebidas sob a idéia da comunicação telegráfica ou epistolar.

GLANZ (2011, p. 279), a seu turno, ressalta que nem todo contrato gera instrumento contratual e quando muito um mero comprovante de transação, como no caso do cartão de crédito. A utilização de um suporte para a manifestação de

vontade e a redução das disposições contratuais num mesmo ou outro suporte são apenas meios para estabilizar a relação contratual, sobretudo em face de prova para o caso de um futuro conflito contratual.

Tanto o instrumento contratual não é um elemento obrigatório ou constitutivo da essência do negócio, que o Código Civil atribui através do disposto no artigo 107, que via de regra a declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei assim o exigir, como no caso de compra e venda de imóvel acima de trinta vezes o maior salário-mínimo, caso em que a escritura pública é um requisito solene de validade do negócio. Veja-se que a título de validade, pois a existência já é reconhecida.

Em contratos cuja validade o sistema determina o preenchimento de solenidade, pode haver a negociação preliminar (com contrato preliminar ou apenas tratativa e adesão) na via eletrônica, devendo posteriormente se realizar o instrumento adequado de forma tradicional, conforme apontado por Erica Brandini Barbagalo (*apud* LAWAND, 2003, p. 94).

De outra sorte, admite-se a celebração de negócios jurídicos de forma livre, não havendo a necessidade de instrumento escrito, seja ele em papel, documento eletrônico ou qualquer outra forma. Entretanto, o sistema impõe um ônus: só se admite prova exclusivamente testemunhal de negócios jurídicos com valor correspondente inferior a dez vezes o maior salário mínimo, conforme o artigo 227.

Acima de tal valor, outros meios de provas precisam ser associados para provar o negócio, e sequer precisam se restringir ao documento (conforme artigo 212 do Código Civil). Entretanto, não se trata de requisito de validade do negócio, mas apenas de caráter probatório, sendo por isso uma formalidade *ad probationem*.

Por tal razão, via de regra, em negócios acima de dez salários mínimos outra forma de prova deve ser associada. É por tal razão, e extraindo até mesmo da redação legal do artigo 107 do Código Civil (“A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”), a utilização de um meio para transcrever a declaração de vontade serve-lhe apenas de suporte material.

O negócio jurídico existe independente da existência do meio ou não. O sistema exigir-lhe-á determinado meio apenas como condição de validade sob o ponto de vista jurídico. Por tal razão, todo documento que expresse a declaração de

vontade é meio hábil para a prova do negócio, pouco importando, portanto, que seja papel ou um documento de computador.

Por tal razão, não há dificuldade em se verificar a validade do denominado “documento eletrônico”. Assim sendo, e-mail, *website*, tela de chat ou conversação, são todos meios adequados para a comprovação de negócios jurídicos.

Qualquer meio de negócio jurídico é válido para a sua prova, sendo que o sistema apenas tarifa em favor de cada um dos contraentes os meios idôneos e hábeis para fazer prova. A exemplo o artigo 219 do Código Civil, que estabelece presunção de verdade das disposições presentes em documentos assinados.

Deste modo, o sistema comporta a utilização ampla de quaisquer meios probatórios de negócios jurídicos, apenas tarifando a título de exemplificação, a idoneidade do meio utilizado. A exemplo, através do artigo 223 é possível utilizar-se de cópia fotográfica (ou reprográfica) de documento declarada por tabelião de notas, sendo possível impugnar a autenticidade, invertendo-se materialmente o ônus da prova ao que se valeu dessa modalidade de prova.

De igual modo, o documento de computador, como um e-mail ou uma página de *website*, pode ser apresentado diante de um tabelião de notas para dar fé ao documento (TEIXEIRA, 2013, p. 109). Veja-se que no caso de um negócio celebrado via telefone a fragilidade da prova é muito maior, pois não há documento escrito para extrair a declaração de vontade, a menos que se tenha valido de gravação da conversa enquanto meio de prova, razão pela qual as centrais de televendas se utilizam das gravações das conversas para futura produção de prova.

Na Internet, como tudo que se passa não são elementos virtuais, mas fluxo de dados, com pacotes de dados que podem ser armazenados (e são de fato armazenados) e interceptados, é possível extrair também documentação dos negócios celebrados.

Quanto maior a fragilidade da comprovação documental de um negócio celebrado via internet, maior prejuízo terá o aderente da oferta, razão pela qual em sede de aplicação da boa-fé objetiva, deve o conflito concreto ser corrigido revertendo-se a desvantagem do aderente face ao peticitante, por ter estes últimos melhores meios de realizar a prova, abrindo inclusive espaço para no âmbito do processo, se utilizar da teoria dinâmica da inversão do ônus da prova.

Por tais razões, se fosse possível neste momento apontar um eventual regramento específico, talvez o meio de prova do contrato celebrado via Internet pudesse vir a ser um dos pontos, estabelecendo-se, por exemplo, uma presunção de hipossuficiência por parte do aderente, invertendo-se materialmente o ônus da prova em desfavor ao que se utiliza da Internet para a realização de negócios jurídico.

Quanto à validade do documento eletrônico não restam dúvidas, cabendo apenas uma consideração no que tange à assinatura. Ora, conforme o artigo 219 do Código Civil (“As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.”) – que por sinal utiliza a idéia de documento enquanto documento escrito – a presunção de veracidade das declarações constantes no documento é conferida por meio da assinatura, que chancela por parte dos contraentes que aquela foi a sua manifestação de vontade.

Para ter-se como operante a declaração de que se trata o art. 219 não se exige que a firma do declarante esteja autenticada ou reconhecida por tabelião. A intervenção notarial robustece a autenticidade do documento particular, mas não é condição essencial de sua força probante. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p.462)

Por outro lado, pouco importa o meio pelo qual houve a declaração de vontade constante do art. 219. Em qualquer meio que tenha ocorrido a sua manifestação, é vedado ao declarante, ou signatário, contradizer suas próprias palavras, o denominado comportamento contraditório – *venire contra factum proprium non valet* (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 461).

Em torno desta manifestação o sistema pode dirigir o contrato para reverter distorções, no âmbito do dirigismo contratual, de modo que a literalidade das disposições é relativa, pois associada ao documento há os demais meios de prova.

Contudo, dado que a assinatura é o elemento essencial para chancelar o acordo de vontades, é possível falar em assinatura num documento eletrônico? Seria necessário verificar o que se entende por assinatura. Se se entender como sendo o mero sinal designativo do contraente, chancelando por seu próprio nome, que concorda com aquela disposição, então a assinatura ser escrita à tinta ou lápis é uma mera formalidade.

Por um lado se pode pensar na assinatura digital como sendo qualquer forma que, à luz do artigo 219 do Código Civil, reconhece, a declaração de vontade. Contudo, tem-se chamado especificamente de assinatura digital o:

[...] código anexo ou logicamente associado a um arquivo eletrônico que confere de forma única e exclusiva a comprovação da autenticidade e confiabilidade quanto à integralidade do conjunto de dados do referido documento conforme o original. (TEIXEIRA, 2013, p. 112).

Desse modo, havendo qualquer outro meio inequívoco em que o sujeito expresse a sua chancela, a assinatura escrita, pensada na perspectiva tradicional, torna-se apenas um elemento acidental. Assim que num contrato celebrado via televendas, pode-se compreender a assinatura enquanto sendo as palavras “concordo” ou “sim” à pergunta do atendente quanto a confirmar a compra.

No caso do documento eletrônico, a assinatura pode ser apenas e tão somente o selecionar uma caixa de mensagens que expressa “Declaro que li e confirmo a transação”. Uma vez que se trata de contrato de adesão, nada impede a revisão contratual à luz da boa-fé objetiva.

Entretanto, em face da fragilidade da Internet, em que qualquer um munido dos documentos de uma pessoa pode realizar em seu nome transações sem procuração, novos meios estão sendo empregados para dar maior segurança aos negócios jurídicos celebrados na Internet.

Assim, não se olvida da validade dos formulários e dos termos de consentimento enquanto manifestação de vontade e assinatura, mas novos meios são empregados para conferir maior segurança ao negócio. Todos esses meios podem ser resumidos como “assinatura eletrônica”, que pode ser a utilização de uma caixa de mensagens onde se clica dando o consentimento ou ainda a utilização de uma senha pessoal. Ademais disso, tecnicamente é possível comprovar o IP do computador do qual partiu a adesão, de modo a se chegar mais perto de onde partiu a adesão.

Se se contestar a autenticidade da assinatura digital e a integridade do documento, quem tirar proveito do conteúdo documental deverá provar, valendo-se de todos os meios admitidos por lei, a autenticidade da assinatura das chaves e a segurança do sistema criptográfico empregado. [...] A eficácia probante do contrato eletrônico pode ser atestada pelo prudente arbítrio judicial, mediante o recurso dos meios probatórios admitidos juridicamente e, em especial, do assessoramento de um técnico

em informática, ou seja, da prova pericial, para averiguar a autenticidade e integridade do documento informático [...]. (DINIZ, 2005, p. 670)

Deve-se ressaltar que aquele que se vale da Internet para propor e celebrar negócios assume um risco, sendo que no caso concreto esse risco deve ser distribuído em detrimento da parte injustiçada pelo negócio, em geral o aderente.

Um dos meios para conferir maior segurança aos negócios celebrados via internet são os mecanismos de certificação digital. Por ora, a matéria é regulada apenas pela Medida Provisória nº 2.200-2/2001, ainda em vigor por entrar na sistemática anterior à Emenda Constitucional 32/2001, que estabelece em seu artigo 10:

Art.10.Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.
§ 1oAs declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil.

Ainda se referindo ao Código Civil de 1916, o artigo correspondente no Código Civil de 2002 é precisamente o artigo 219. Ou seja, o que a referida medida provisória confere é apenas que o documento eletrônico que utiliza certificação digital possui presunção de veracidade, sendo o meio utilizado para concretizar o artigo 219 do Código Civil vigente em relação aos documentos eletrônicos.

Patrícia Peck Pinheiro acredita que mais que presunção de veracidade, a assinatura digital mediante certificação digital deve ser equiparada à firma reconhecida:

O certificado digital da ICP-Brasil não apenas permite uma “assinatura digital” como deve ser tratado pela Justiça com o mesmo valor legal de uma assinatura com firma reconhecida. (PINHEIRO, 2010, p 125-126).

Pinheiro até mesmo acredita em uma maior segurança na assinatura eletrônica do que a assinatura “real”:

É importante ressaltar que a assinatura eletrônica é mais segura que a real, pois é certificada, “autenticada”, ou seja, verificada em tempo real no sistema de duas chaves, enquanto as assinaturas tradicionais não são verificadas imediatamente e muitas nem sequer são verificadas, como acontece muito com cheques e cartões de crédito. (PINHEIRO, 2010, p. 216)

Outro mecanismo que confere segurança aos contratos eletrônicos é o uso de tecnologias de criptografia, que embora ofereça maior segurança ao negócio, não é essencial para a ocorrência de um contrato eletrônico (LISBOA, 2005, p. 79).

Por fim, cumpre ressaltar quanto ao local do contrato, conforme já fora estudado em momento anterior, em caso de internacionalização de contratos, ou seja, de compras entre contraentes localizados em diferentes países, será preciso verificar a legislação de cada país para determinar qual será a legislação aplicável, bem como em que local será reputado celebrado o negócio. A lei brasileira considera como regra geral a aplicação da lei do domicílio do proponente (Art. 9º, § 2º da Lei de Introdução). Eventualmente pode haver conflito entre as leis aplicáveis, a depender da lei do país de cada parte.

No entanto, o contrato de consumo eletrônico internacional obedece ao disposto no art 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação, à hipótese, da lei de domicílio do proponente. Por essa razão, se um brasileiro faz a aquisição de um produto oferecido pela Internet por empresa estrangeira, o contrato então celebrado rege-se pelas leis do país contratante que fez a oferta ou proposta. (GONÇALVES, 2010, p. 83-84)

Gonçalves, porém, cita uma situação de conflito de leis que pode se dar em face de relações de consumo internacionais celebradas via Internet (consumidor brasileiro adquirindo produto em site estrangeiro):

O Código Civil, em harmonia com o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, diz que o direito aplicável aos contratos em geral é aquele do lugar de onde emanou a proposta (art. 435). É certo, porém, que o Código de Defesa do Consumidor expressamente dispõe que consumidores brasileiros têm o direito de promover quaisquer ações fundadas na responsabilidade do fornecedor perante o foro de seu próprio domicílio. Desse modo, o consumidor poderia promover a ação no Brasil, mas o direito a ser aplicado pela corte brasileira teria de ser o alienígena, do país de onde originou-se a proposta. (GONÇALVES, 2010, p. 84-85)

Diante dessa situação, segundo GONÇALVES (2010, p. 85), só resta ao consumidor com a atual legislação em vigor, para ter efetivamente seus reclamos atendidos, recorrer à demanda judicial no país sede da empresa ou então no Brasil, sujeito à situação de cruzamento de leis, bem como sujeito a contar com a boa disposição por parte do comerciante eletrônico estrangeiro.

Em sendo entre nacionais não há dificuldades, a lei brasileira considera o negócio realizado no local em que foi proposto (artigo 435 do Código Civil), de modo

que se deve considerar o local do polícitante, admitindo-se exceções (como, por exemplo, nos contratos de consumo).

5.2 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Toda vez que se propõe uma classificação em se tratando de algum instituto jurídico, inúmeros critérios de classificações se abrem, conforme a matriz teórica ou mesmo a mera preferência do referencial utilizado. Assim que há muito se diz que classificações podem ser úteis ou inúteis. Entretanto, quando se propõe uma classificação, se pretende melhor visualizar o instituto e melhor elucidar, portanto, o conteúdo, abrindo-se às suas múltiplas possibilidades de mutação de seu conceito.

Uma das primeiras classificações propostas aos contratos eletrônicos, dentre as quais aponta BARBAGALO (2001, p. 51-58), é de contratos intersistêmicos, interpessoais e interativos. Intersistêmicos são os contratos eletrônicos nos quais a utilização da Internet é apenas o suporte de manifestação da vontade (adesão), bem como da negociação; interpessoais são aqueles em que a Internet é apenas o meio de manifestação da vontade (proposta + adesão, sem negociações); interativos são aqueles oferecidos por meio de *Website*, abertos à adesão livre.

A classificação é limitada porque leva em conta, para diferenciar o intersistêmico e interpessoal, o papel de relevância da Internet. Ora, se a Internet é apenas o meio para transmitir a vontade (como num fax) ou se é o meio de negociação (como um telefone), pouco importa.

Essa distinção só faria sentido no contrato paritário, sendo que o “contrato de e-mail” é praticamente estudado para fins de ilustração, porque na realidade negocial da Internet são praticamente inexistentes. Quase sempre os e-mails se resumem a ser apenas oferta, com a adesão a ser manifestada via *website*, até mesmo por questão de segurança e pela cultura contrária ao “spam”. Por sua vez, não há diferença significativa entre o interativo e o interpessoal, sendo que o uso do *Website* é apenas uma forma de utilização da Internet.

Outra classificação muito encontrada na doutrina, que pode, dentre outros, ser vista em LISBOA (2005, p. 80), é a utilização das siglas B2B, B2C e C2C. Por B2B se entendem os contratos “Business to Business”, que designaria os negócios jurídicos eletrônicos realizados entre empresas, com nítido caráter

empresarial, como por exemplo, no webhosting; por B2C se entendem os contratos “Business to Consumer”, que designaria os negócios celebrados entre fornecedor e consumidor, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, como por exemplo, no comércio eletrônico típico; e por fim os C2C, “Consumer to Consumer”, designaria o contrato entre sujeitos sem relação de consumo, de natureza civil, como por exemplo, no comércio eletrônico realizado eventualmente, como no Mercado Livre com quem não é fornecedor.

LUCCA (2003, p. 5) apresenta um ceticismo quanto à classificação utilizando as expressões em inglês, exprimindo que nada trazem de novo, pois se referem a contratos já existentes anteriormente em nosso sistema, sendo, na opinião do autor, a sua utilização em inglês um mero capricho.

Levando-se em conta o grau de participação da Internet nas fases contratuais, propõe-se, variando-se a nomenclatura, a classificação dos contratos eletrônicos em: totalmente online, nos quais todas as etapas da formação contratual se realizam na Internet (negociação, se existente + proposta + adesão + execução), como por exemplo, no webhosting; parcialmente online, nos quais a Internet é usada até o momento da adesão, como por exemplo, no comércio eletrônico; e indiretamente online, no qual a Internet é apenas a manifestação da proposta, como por exemplo, no caso dos catálogos de lojas físicas, que possuem site apenas para veicular oferta, mas cuja contratação, negociação e compra será feita no estabelecimento da empresa. Não há maiores observações a serem feitas em relação a tal classificação, apresentando-se de grande utilidade.

Maristela Basso (*apud* DINIZ 2005, p. 680-681) propõe uma classificação em três categorias: contratos de formação instantânea por comunicação indireta através de telemática (no qual há oferta e adesão imediata, como no caso do comércio eletrônico); contratos de formação “*ex intervallo*” realizados por comunicação indireta através de telemática (no qual se admite tempo entre oferta e aceitação, abrindo espaço para a reflexão, com a aceitação se operando por correio eletrônico, sem contraproposta, sendo por isso feitos via correio eletrônico); e por fim os contratos de formação “*ex intervallo temporis*”:

Contratos de formação “*ex intervallo temporis*”, por abrangerem oferta, negociação e aceitação, visto existir um tempo para reflexão, em que as partes trocam propostas, pois suas decisões requerem negociações intermitentes. São contratos de formação progressiva, em que entre oferta e aceitação há necessidade de estudos sobre cláusulas relativas ao preço, de

análise mercadológica, de verificação de orçamentos, de realização de projetos, de consulta a advogados, etc. (DINIZ, 2005, p. 681-682).

Tal classificação se mostra adequada, pois leva em conta a velocidade da resposta para designar a formação do contrato, bem como a possibilidade de negociação ou não, mas deixa de fora a comunicação instantânea via chat, na qual há imediatidade com possibilidade de negociação sem descaracterizar a imediatidade.

Segundo o estudo aqui proposto, concorda-se com a perspectiva da imediatidade (ou instantaneidade) como sendo mais adequada para a formação dos contratos eletrônicos. Entretanto, em face do sistema positivado atual, considerando o disposto no Artigo 428, I, que equipara o uso do telefone à presença mediante o uso da expressão “considera-se também”, a recepção para se adequar ao sistema, é de também admitir, conforme o caso, o uso da Internet como sendo entre presentes (de forma equiparada) ou entre ausentes, conforme já exposto em momento anterior.

Eventual regulamentação poderia, talvez, adequar à sistemática da presença ou ausência, abandonando esta nomenclatura para se adotar o da imediatidade. Entretanto, não parece haver diferença prática significativa.

Por fim, pode-se propor uma classificação que leve em conta a existência do contrato apenas no âmbito da Internet. Desse modo, propomos a seguinte classificação: contratos típicos de Internet e contratos de uso da Internet.

Aos primeiros corresponderiam os contratos que são apenas totalmente online, mas também que só têm existência no âmbito da Internet. Assim, por exemplo, a contratação de um portal de notícias é um contrato inteiramente online, mas que encontra correspondente fora da Internet, como a assinatura de um Jornal ou Revista.

Por outro lado, o registro de domínio, a contratação de e-mail, de webhosting, dentre outros tantos contratos que só existem na Internet são contratos que também são inteiramente online, mas que não encontram correspondência fora da Internet, razão pela qual podem ser chamados de contratos típicos da Internet.

A natureza jurídica não é nova: todos os referidos são alguma maneira de prestação de serviços, porém não no sentido da sistemática da prestação de serviços do Código Civil. Com efeito, no sistema civilista, a prestação de serviços parece levar em conta o esforço pessoal e material, em que pese também abrir a

possibilidade de serviço imaterial (“Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”, conforme redação legal do artigo 594).

Nesse sentido, STOLZE e PAMPLONA FILHO assim conceituam contrato de prestação de serviços:

Trata-se de um contrato típico e nominado, amplamente utilizado nas relações civis, comerciais, consumeristas e administrativas. Pode ser encarado como um contrato de trabalho *latu sensu*, do qual se desprende, desenvolvendo-se como modalidade própria, o contrato de trabalho subordinado (“contrato de emprego”). (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 241)

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor tem uma visão sobre a prestação de serviços que é mais adequada à realidade da Internet, em que pese na sua ordem contratual não sistematizar os contratos de prestação de serviços, optando por deixar o sistema em aberto, regulando apenas os serviços em si. Assim, o sistema consumerista trabalha com serviços na perspectiva de comodidade oferecida numa relação de consumo.

Contudo, ressalta-se que a sistemática do Código de Defesa do Consumidor trabalha com a idéia de remuneração, muito embora se admita em muitos casos o reconhecimento da prestação de serviços mesmo diante de serviços aparentemente gratuitos, o que é muito comum na internet. (MARQUES *in* BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2012, p. 109). Nesse sentido, portanto, a remuneração indireta, através de explorações publicitárias ou semelhantes, muito comuns na Internet, também pode ser entendida como remuneração e, portanto, considerar a prestação de serviços.

Quanto aos contratos típicos de Internet, tais contratos, desse modo, estão no limite entre a tipicidade e a atipicidade em face do sistema do Código Civil. Pela tipicidade, pode-se levar em conta a abertura aos serviços imateriais (indiretamente, pois a Internet é totalmente material, imaterial é apenas a plataforma gráfica da rede que é visualizada pelo usuário doméstico). Pela atipicidade, por outro lado, pode-se levar em conta em virtude de que toda a sistematização do Código Civil em torno da prestação de serviços não parece adequada aos serviços prestados na Internet. Quanto ao enquadramento à luz do Código de Defesa do

Consumidor há uma dificuldade, pois nem sempre o serviço é remunerado e nem sempre se trata de uma relação de consumo (como será analisado no próximo item).

A polêmica envolvendo o fato de que se é possível falar em contrato de prestação de serviços na perspectiva sem remuneração parece ter ganhado novos contornos doutrinários, com a aprovação do Enunciado 541 da VI Jornada de Direito Civil, segundo o qual “O contrato de prestação de serviço pode ser gratuito.”. Contudo, tal enunciado foi proposto em face da sistemática do Código Civil, podendo, contudo ser estendido aos Contratos de Consumo, sobretudo na Internet, em que diversos serviços são oferecidos sem remuneração direta, mas que de igual modo expõem o usuário à vulnerabilidade (a exemplo, o risco de interceptação de dados cadastrais ou de violação à privacidade).

Quanto aos contratos de uso da Internet se pretende neles categorizar os contratos que são realizados na Internet, seja em quais forem as etapas (inteiramente *online* ou não), mas que encontram correspondência fora da Internet: o comércio eletrônico; o já referido portal de notícias e conteúdos exclusivos, dentre outros exemplos.

5.3 SISTEMA JURÍDICO APLICÁVEL

Uma das principais discussões que surgem no âmbito da Internet diz respeito ao sistema jurídico a ser aplicado aos contratos celebrados no âmbito da rede. É dizer: deve-se aplicar apenas e tão-somente o sistema do Código Civil? Ou deve-se aplicar sempre irrestritamente o sistema do Código de Defesa do Consumidor? Ou ainda uma terceira via?

Entretanto, deve-se ressaltar que a ordem negocial na Internet não se resume ao comércio eletrônico. Nem tudo que é realizado no âmbito contratual na Internet é comércio eletrônico. E ainda que seja comércio eletrônico, nem sempre haverá incidência do Código de Defesa do Consumidor, como será analisado posteriormente.

Para determinar-se com precisão a natureza do contrato celebrado é de utilidade a retomada da classificação dos contratos em B2B, B2C e C2C, classificação que parece ser tendência, assim como a denominação “contratos eletrônicos”.

Em se tratando de contratos B2B, celebrados no âmbito de duas empresas com nítido caráter de contrato intermediário para a consecução dos fins empresariais, deve-se aplicar inevitavelmente a legislação civil com as observações e pertinências das legislações empresariais. É difícil verificar os contratos empresariais no âmbito da Internet, pois quase todos parecem ser contratos típicos para serem prestados fora da Internet.

Entretanto, é possível visualizar dentre tantos, um exemplo. Com a disseminação dos *websites* de comércio eletrônico é necessário que esse novo lojista mantenha uma rígida organização, para dar conta de receber todos os pedidos, garantir a privacidade dos dados, direcionar e organizar os pedidos, o espaço para alojar os produtos, os métodos de organização, de entrega, de atendimento ao cliente e etc.

É perfeitamente possível imaginar nesse âmbito a criação de um método organizacional de atividade de comércio eletrônico e o seu registro e licenciamento, ou seja, um contrato de *know-how*. O método organizacional pode ser licenciado, para ser utilizado pela empresa proprietária do *website*, oferecendo segurança a seus clientes. Alguns *websites* adotam padrões de segurança dotados de certificação, oferecendo maior segurança aos seus usuários. De todo modo, é possível que haja evidentemente o fornecimento deste *know how*, de modo que haja o comércio de “atacado” via Internet, com regras B2B.

Em se tratando, por sua vez, de contratos B2C, deve-se analisar de forma efetiva a existência da relação de fornecedor e consumidor, dentro da perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. É dizer: havendo um sujeito que realize atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços de forma regular e habitual, pouco importando sua regularidade jurídica (constituição de empresa), há fornecedor e do outro pólo o consumidor.

Assim sendo são plenamente aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor. Nessa categoria se insere a imensa maioria dos contratos celebrados na Internet: o comércio eletrônico. Quanto a alguns contratos, como o webhosting, registro de domínio, é preciso analisar de forma mais atenta, o que será feito em momento oportuno. Por fim, em se tratando de contratos C2C por evidente aplicáveis as normas tradicionais do Direito Civil.

Entretanto, a questão não é assim tão simples em se tratando de estudos na doutrina. Um dos enfoques dados tem sido o paradigma da vulnerabilidade. Ora, a vulnerabilidade do consumidor é justamente o corolário do sistema consumerista, de modo que se abre até mesmo a equiparação de consumidor a quem não é diretamente consumidor, em face da vulnerabilidade.

A vulnerabilidade e a sua outra face, qual seja, a hipossuficiência, levam o sistema do Código de Defesa do Consumidor a atuar num maior dirigismo para controlar as distorções contratuais e adequar o contrato em sede de justiça contratual.

Em se tratando de Internet, há quem entenda que dada a existência de uma grande vulnerabilidade por parte do internauta, seria pertinente que toda e qualquer contratação via Internet sofresse incidência do Código de Defesa do Consumidor para a proteção do oblato internauta, devendo o polícitante arcar com o ônus da utilização da Internet para a celebração do contrato.

Discorda-se desse posicionamento. É bem verdade que é de conhecimento notório que o internauta é um “peixe” no grande “oceano” da Internet. Está sujeito a fraudes, a interceptação de seu computador, interceptação de seus dados pessoais, isso para não falar da privacidade, o que já foi resumidamente considerado em momento anterior e que será o grande tema de debate no futuro da Internet, muito mais que a ordem negocial.

Entretanto, daí a equiparar toda e qualquer contratação na Internet a contrato de consumo parece ser uma distorção. É preciso mudar o foco e ter em mente sempre que a Internet é um suporte de manifestação de vontade. Ao contratar via Internet há um risco por parte de quem contrata. Em se tratando de uma contratação com sujeito de outra nacionalidade então, o risco é ainda maior.

Mas o risco não é inédito. Quem compra um produto porque leu um classificado e telefonou para a residência do anunciante e finalizou o negócio, também assumiu um risco. Claro que na contratação presencial há o elemento “humano”, já ressaltado por MARQUES (2006, p. 672), o que é fundamental para a conclusão do negócio. Na Internet não se sabe quem está do outro lado. Há uma confiança. Mas nem sempre o contrato será de consumo. Isso não significa, porém, deixar o internauta a descoberto. O sistema propõe respostas, entretanto a dificuldade para localizar o outro contratante será muito maior.

Daí a necessidade de o internauta se precaver e confirmar a autenticidade das informações, obter número de telefone do contratante, se resguardar da segurança do negócio, para que em caso de fraude, não fique sem reparação. Daí o mais adequado é manter o entendimento do sistema: quando for relação de fornecedor, ser relação de consumo; quando não, relação civil. Contudo, ambas com forte atuação de dirigismo contratual para se reparar a boa-fé objetiva. Em momento anterior, citou-se que alteração legislativa poderia levar em conta inversão material do ônus da prova em desfavor do internauta polícitante.

A dificuldade em relação à distância e o local onde estão localizados os internautas da relação negocial, por não estarem no mesmo foro, será uma dificuldade natural daquele que negocia via Internet, o que enfatiza a necessidade de o internauta se precaver para obter os dados do polícitante. Sobre isso, será tratado com mais calma quando se tratar da questão do site Mercado Livre.

Em síntese, a aplicação do sistema jurídico aos contratos eletrônicos dependerá sempre de sua natureza jurídica. Se é difícil se determinar quando há fornecedor para fins de legislação consumerista ou mero negócio eventual, é uma dificuldade que já poderia existir no caso de um anunciante de classificados em jornal. É dizer: a dificuldade não é nova e exclusiva da Internet.

5.4 CONTRATOS ELETRÔNICOS EM ESPÉCIE: MODELOS-PARADIGMAS

Realizado em momento anterior o enquadramento dos contratos eletrônicos à luz do direito obrigacional moderno, bem como da teoria contratual, verificou-se que em que pese alguma parcela da doutrina inclinar-se no sentido da existência de uma nova espécie contratual ou da existência de contratos atípicos, alinhou-se o entendimento na doutrina que estuda os contratos eletrônicos à luz da teoria negocial do Código Civil, realizando-se apenas o devido enquadramento com as ressalvas e particularidades pertinentes.

Nesse sentido, não se acredita, pois, numa atipicidade dos contratos eletrônicos nem a existência de uma nova modalidade de celebração de contratos. Com efeito, o uso da Internet e dos computadores pode ser encarado apenas como o suporte para a manifestação de vontade, esta sim elemento essencial do negócio jurídico.

Havendo a manifestação de vontade, que se revela não num papel, mas em documentos eletrônicos, sob o ponto de vista da natureza jurídica não existe uma nova modalidade de contratos. De igual modo, não parece adequado atribuir-se uma conceituação aos contratos eletrônicos, senão para uma visualização didática. Isso até mesmo em virtude de que, conforme já exposto, a expressão contrato eletrônico não é a mais adequada para definir especificamente os contratos celebrados via Internet, que são o objeto do presente estudo.

Para fins didáticos ou pragmáticos, assim se poderia conceituar contratos eletrônicos, pensando-se na perspectiva dos contratos celebrados via Internet: contrato eletrônico é um negócio jurídico proposto por um proponente para a adesão de um ou mais oponentes, no qual qualquer uma das fases da formação contratual é realizada por meio da utilização de computadores conectados à Internet, servindo esta como suporte para a manifestação de vontade, materializada por meio de documento eletrônico de forma livre, com a assinatura realizada de forma eletrônica, caracterizado em geral como contrato de adesão.

Quando se coloca que é um negócio jurídico, quer-se enfatizar o nítido caráter negocial do contrato eletrônico e mais do que isso: utilizar a disciplina do negócio jurídico, conjuntamente com o caráter obrigacional moderno, dentro da perspectiva da boa-fé objetiva e dos princípios gerais contratuais.

O caráter negocial não advém tanto em virtude da possibilidade de negociação, pois nos contratos eletrônicos a fase da negociação em geral é inexistente, mas sim da disciplina do negócio jurídico dirigida pela ordem jurídica. Pode-se assim dizer que há dois sentidos no caráter negocial: tanto o tradicional da negociação paritária (comum em casos de negociações no Mercado Livre e nas negociações pessoais), como do comércio eletrônico ou outras formas nas quais só resta se aderir.

De outra sorte, quando se coloca que está aberto à adesão de um ou mais oponentes, quer-se enfatizar tanto os contratos pessoais, dirigidos parte a parte (os tradicionais contratos paritários acima mencionados), bem como aos contratos impessoais, nos quais há uma oferta pública, que pode ser aderida por um ou mais sujeitos.

Ao se utilizar a expressão “no qual qualquer uma das fases de formação contratual”, se quer enfatizar que se pode denominar contrato eletrônico aquele em que basta ter uma das fases de sua formação realizada na Internet. Assim, é

contrato eletrônico aquele em que a Internet é mero veículo de oferta (uma mala direta), ainda que o oblato tenha que se dirigir fisicamente ao encontro do peticitante para a conclusão do contrato e ainda que nesse encontro físico haja o instrumento contratual. No caso, a oferta integra o contrato e é documento eletrônico. Pode-se dizer que não é um contrato completamente eletrônico. De outra sorte, é também eletrônico aquele em que a adesão ou execução se dá por meio da Internet.

Enfatiza-se também que a Internet é apenas um suporte de manifestação de vontade, afastando-se da concepção da “virtualidade”, “estabelecimento virtual”, até mesmo em face do posicionamento no sentido de que a Internet não é uma realidade virtual, podendo quando muito se denominar “digital”, conforme visto em momento anterior do trabalho.

Assim, a Internet não é essencial ao contrato, pois o elemento essencial é a manifestação de vontade, que é apenas materializada na Internet enquanto suporte. Nesse sentido, enfatiza-se que o sistema permite a adoção de contrato oral, sendo a relevância do instrumento escrito apenas para a prova, que pode ser produzida de outros meios, apenas não se admitindo a exclusivamente testemunhal para negócios acima de dez salários mínimos.

Por outro lado, os computadores geram facilmente documentos, de modo que é praticamente impossível, senão totalmente impossível, a inexistência de documento que comprove ao menos a realização da oferta, até mesmo em face do princípio básico de que a Internet é troca de dados, de modo que o dado sempre existirá, sendo facilmente extraível do computador.

Quando se coloca a liberdade da forma em relação ao documento eletrônico quer-se enfatizar que mesmo sem haver a tradicional técnica redacional de se utilizar as expressões “contratante”, “contratado”, “objeto contratual”, “cláusula primeira”, “disposições finais” ou semelhantes, o “termo de uso” ou “condições” (tomada em sentido não jurídico) é prova do negócio realizado e é o instrumento de manifestação da auto-regulação.

No que tange à assinatura eletrônica, essa se dá tanto em face da aposição do “concordo”, como da utilização da criptografia com chave eletrônica (senha) ou ainda a utilização de certificação digital. Quanto menos seguro for o meio, pior será para o peticitante, que poderá sofrer tanto o cumprimento forçado da oferta, quanto a responsabilidade em caso de terceiro se utilizar de dados de outras pessoas, sendo a confirmação da identidade do oblato uma tarefa do peticitante.

Por fim, enfatiza-se que em geral se trata de contratos de adesão, como também ressalta TEIXEIRA (2013, p. 124), entretanto da mesma maneira anteriormente exposta, é possível que haja contratos paritários, sendo que as trocas de e-mails ou perguntas realizadas num ambiente do *website* ou sala de conversação são elementos que integram a relação negocial. Em sendo contrato de adesão, se abre à possibilidade de forte dirigismo contratual.

Realizadas essas considerações e partindo para o encerramento do estudo, no próximo momento far-se-á a atividade da adequação normativa a duas espécies contratuais típicas da Internet para uma análise exemplificativa do enquadramento de toda a teoria negocial estudada no trabalho. Para isso se elegeu duas categorias de negócios jurídicos que representam o corolário da ordem negocial eletrônica (daí a utilização da nomenclatura “contratos-paradigmas”).

5.4.1 Comércio Eletrônico

O comércio eletrônico, como já ressaltado, é o fornecimento de produtos ou serviços através da Internet, principalmente por meio de *website*. O fornecedor pode ser uma empresa regularizada ou não.

Aliás, a Internet tem a curiosa situação de menores de idade que importam produtos de sites estrangeiros (como o Ebay) e revendem no site Mercado Livre! Veja-se: há absolutamente incapazes que negociam na Internet, que criam sites ou sistemas que são vendidos a preços milionários! São nulos tais contratos? É uma indagação que foge ao presente trabalho responder. Mas é uma realidade inegável.

Para manter um foco, e não abrir discussões paralelas que exigem todo um estudo para sistematizar, manter-se-á o foco nos *websites* de comércio. Se são empresas regularizadas que atuam por trás dos *websites* e quais os efeitos disso, é uma questão que não é possível expandir no presente trabalho. Mesmo nas ruas, há inúmeros comerciantes irregulares. No comércio informal das ruas não é raro encontrar absolutamente incapazes em situação de fornecedores. Então a situação não é nova na Internet, é “apenas” elevada a um patamar exponencial.

Entretanto, não são esses os problemas a que se resumem os sites de comércio eletrônico. LIMA (2009, p. 40-41), citando Tatiana Correa, elenca as dificuldades do comércio eletrônico: falta de criação de contato pessoal entre o

consumidor e fornecedor; maior dificuldade para apurar a idoneidade honestidade do produto ou serviço; ausência de certeza da prestação contratual de uma ou de outra parte será cumprido; maior dificuldade para descobrir o endereço e a idoneidade real do fornecedor que pode se ocultar através de um endereço eletrônico para praticar atos lesivos como o estelionato; maior dificuldade de se provar o negócio jurídico firmado por um clique no mouse sem qualquer contrato assinado.

Dentre as características do comércio eletrônico OBANDO (2000, n.p.) aponta 6 características: 1) as operações se realizam pela via eletrônica ou digital; 2) que se prescinde do lugar onde se encontram as partes (fim das fronteiras geográficas); 3) ausência de registros em papel comprovando as operações; 4) que a importação dos bens não passa pela aduana no caso de produtos online; 5) redução dos intermediários, de modo que a aquisição dos produtos pode ser feita diretamente ao primeiro fornecedor; 6) efetivação mais rápida das transações (n.p.)

O *website* de comércio é designado por um domínio com nome. Esse domínio com o nome é o que se apresenta como *website*. Significativa parcela da doutrina considera esse *website* como sendo um estabelecimento virtual, o que trouxe muitas discussões quanto ao direito de arrependimento no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. Será necessário verificar o que se entende por estabelecimento para dizer se há estabelecimento virtual nos *websites* de comércio eletrônico.

O *website* é apenas uma linguagem de computador que organiza e congrega dados visualizáveis de forma gráfica, servindo de suporte para a celebração de negócios. Há a necessidade de hospedagem do *website* e de um sujeito que realize a organização.

Um panfleto das ruas é considerado estabelecimento? Ora, o panfleto é apenas um suporte para oferta de negócios, que será formalizada por telefone ou em um determinado local. O *website* é a mesma coisa. Não é no *website* que encontra a organização empresarial, mas apenas o suporte para oferta de negócios.

Assim sendo, a princípio rejeita-se considerar o *website* como estabelecimento. Há contra-argumentação dizendo que o *website* agrega valor, por conta do fluxo de acessos e da credibilidade do nome. Assim sendo, o domínio e a própria organização do *website* pode ser comercializado ou ter o seu faturamento penhorado.

Entretanto, na negociação da venda de um *website* há um duplo caráter: por um lado se negocia a titularidade do domínio (como, por exemplo, o nome “mercadolivre.com.br”), de outro, o sistema usado pelo *website* (o sistema de vendas, qualificações e dados cadastrados no site “mercadolivre.com.br”).

Pensem de maneira diferente. Imagine-se uma grande empresa de tele vendas, na qual o usuário liga para uma central, que contém ramificações, que anunciam em gravação eletrônica produtos, informam o preço e condições e dá ao final a opção de falar com um atendente para a consecução do negócio.

Ou ainda, num canal de televisão que realize vendas de produtos, com as condições e preços informados na televisão e que ao final o usuário entra em contato por telefone com um atendente. A central telefônica, no primeiro e a televisão no segundo caso, podem ser considerados estabelecimentos?

COELHO, embora partidário do estabelecimento virtual, assim considera o conceito de estabelecimento:

Estabelecimento empresarial é o conjunto de bens reunidos pelo empresário para a exploração de sua atividade econômica. A proteção jurídica do estabelecimento empresarial visa à preservação do investimento realizado na organização da empresa. [...] O estabelecimento empresarial não pode ser confundido com a sociedade empresária (sujeito de direito), nem com a empresa (atividade econômica). (COELHO, 2006, p. 96; p. 99)

Se for considerar um conceito amplo, que leve em conta todo o conjunto de bens atrelados à atividade econômica, o panfleto, a central telefônica, o canal de televisão e o ponto no caso do comércio das ruas são considerados elementos do estabelecimento (aviamento) porque são “bens reunidos” para a “exploração”, mas não é o estabelecimento em si mesmo. No que se diferencia o *website*, para que este seja considerado um estabelecimento?

Assim sendo, se se quer considerar o *website* como estabelecimento virtual, deve ser apenas no sentido de ser elemento do estabelecimento, dotado de valor jurídico, porque é um bem de que dispõe a empresa para a sua exploração da atividade econômica. Em sentido contrário, TEIXEIRA (2013, p. 158) entende, citando Oscar Barreto Filho, que “o aviamento não existe como elemento separado do estabelecimento, não podendo ser objeto autônomo de direitos, por si só, suscetível de ser alienado ou dado em garantia”.

A relevância da questão diz respeito, como dito, sobre a questão do direito de arrependimento. Em um primeiro momento, Cláudia Lima Marques e outros doutrinadores afirmavam que os *websites* de comércio eletrônico eram estabelecimento virtual e por isso não se aplicava o direito de arrependimento (LUCCA, 2003, p. 112).

LUCCA (2003, p. 109-110) cita inclusive um caso emblemático que deu origem à discussão se a compra na Internet deveria ter o direito de arrependimento ou não. O sujeito teria comprado via site um carro importado e o teria usado o mesmo por uma semana, tendo rodado mil quilômetros. No limite do sétimo dia, solicitou o direito de arrependimento. Ora, trata-se de uma clara atitude violadora da boa-fé objetiva e abuso de direito, que merece toda a reprimenda do sistema. Daí a afastar o direito de arrependimento por medo de potenciais abusos seria anular toda a sistemática do próprio Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, já se retificou a doutrina nesse sentido (MARQUES, 2006, p. 672), pois a proteção almejada no Código de Defesa do Consumidor não foi de levar em conta o sentido literal da venda dentro ou fora do estabelecimento, mas sim o fato da venda ser realizada fora do âmbito do local identificável da empresa, em que poderia ter contato com o produto, verificar amostra, testar e, enfim, assim verificar se o produto lhe é agradável e útil. Assim sendo, para o Direito Civil e Consumerista, perdeu sentido a discussão da existência ou não do chamado “estabelecimento virtual”.

Ainda em se tratando de comércio eletrônico, o *website* deve-se precaver de toda a segurança para a relação contratual, exigindo mecanismos para a confirmação do consumidor, tais como cadastramento, confirmação por telefone do cadastramento no *website*, utilização de certificação digital para concluir a venda, sendo que quanto mais inseguro for, mais recairá sobre si o ônus da prova em caso de responsabilidade civil.

Segurança da Informação em loja virtual é uma necessidade de conformidade legal. Aplica-se tanto o Código de Defesa do Consumidor como o Código Civil, especialmente por causa da grande quantidade de parcerias operacionais que são estabelecidas com terceiros (fornecedores), sem os quais a loja virtual não funciona. Estão nesta categoria desde a empresa de hospedagem, de banco de dados, de entregas, para formalizar a transação com cartão de crédito, muitas vezes ainda uma financeira, pois há lojas que possuem cartão de crédito de marca própria, entre outros. (PINHEIRO, 2010, p. 127)

Por outro lado, a identificação clara de quem é o fornecedor por trás, o nome, qualificação, endereço físico é elemento que revela a adoção de um padrão comportamental adequado à moderna teoria negocial e obrigacional. Mesmo num classificado de jornal ou numa tele vendas, nem sempre o consumidor conta com a qualificação completa e endereço físico da empresa. Por isso é de esperar também do consumidor uma busca de informações.

Para isso diversos *websites* permitem o registro de reclamações contra sites de comércio eletrônico, de modo que o consumidor pode se precaver da idoneidade do site. Por outro lado, o registro de domínios deve ser feito por conta de um CPF ou CNPJ, e poderá ser acessado publicamente gratuitamente nos serviços de *Whois* (já referidos anteriormente) oferecidos pelas entidades responsáveis por registro de domínios (no caso do Brasil, a confirmação de quem é o titular do domínio de *website* pode ser conferida no site <http://whois.registro.br>). Quem figurar como titular, se presume ser o responsável por trás do *Website*. Em caso de fraude no registro, a entidade responsável pelo registro deve responder por sua falha na confirmação da titularidade.

Todos esses são elementos que exigem uma particular observância em se tratando de comércio eletrônico. Quanto ao mais, plenamente aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil, como será ilustrado na análise do caso Mercado Livre. Por ora, tenha-se claramente presente que: se tratando de fornecedor e comércio habitual, não há dúvidas de que se trata de relação consumerista.

5.4.1.1 Mercado livre e os intermediários de negócios: código civil ou código de defesa do consumidor?

A intermediação de negócios não é estranha ao Direito e já estava presente nos contratos de mediação e de corretagem ou ainda na representação comercial. De uma natureza é a intermediação realizada pelos leilões em que o leiloeiro recebendo os produtos apresentados, atesta a qualidade, recebe lances e intermedeia a negociação.

De outra natureza, ainda, é o classificado de jornal em que este apenas abre espaço, ainda que cobrando por isso, para que terceiros façam o anúncio de

produtos e o interessado entra diretamente em contato com o anunciante. É uma publicidade.

Da semelhança dos classificados do jornal, e abrindo a possibilidade de lances de valor, surgiram os sites de intermediação de vendas da Internet, dos quais o mais conhecido no âmbito internacional é o Ebay e no âmbito do Brasil o Mercado Livre a que se denominam de “intermediários”.

A intermediação de comércio eletrônico se dá quando um *website* age como plataforma para que usuários façam anúncios de produtos e serviços utilizando-se do sistema oferecido pelo *website*, o qual fará o controle do anúncio, venda e aproximação do usuário comprador do produto ou tomador do serviço. Assim sendo:

Neste contexto se insere a atividade do site de intermediação no comércio eletrônico, cujo escopo consiste em maximizar o aproveitamento econômico desse novo canal de comercialização proporcionado pela internet. Na promoção desse empreendimento, são desenvolvidos processos de intermediação, direcionados à atração, em larga escala, de todo o tipo de vendedores e potenciais compradores, estimulando a prática de negócios jurídicos on line. (ROCHA, 2008, p. 86)

Quanto à natureza jurídica dos negócios realizados no âmbito de tais sites intermediários, descarta-se de pronto a natureza de mediação, corretagem e representação comercial. Com efeito, os sites apenas realizam a oferta de produtos por terceiros e apenas facilitam o negócio, oferecendo a sua plataforma para a inserção da oferta de um lado e o cadastramento e compra por parte do outro, sem qualquer atuação no negócio.

Por não ter nenhuma atuação no negócio, também não é leilão no sentido tradicional. Por isso a função do site não é de ser leiloeiro. Ele apenas oferece uma plataforma de venda de produtos a terceiros, sem que esses terceiros precisem criar um *website* de vendas. Ou seja, são meros intermediários. O negócio será, isso sim, realizado entre um anunciante e um comprador. Ou seja, de usuário para usuário.

Deve-se ressaltar a formação de uma rede contratual, ou seja, de contratos independentes entre si, que possuem relação entre si, para destinar-se ao mesmo fim. Assim, um é o contrato celebrado entre o anunciante e o Mercado Livre; outro é o celebrado entre o comprador e o vendedor. E ambos os contratos se ligam em forma de rede contratual.

Quanto ao contrato celebrado entre o site intermediário e o anunciante (vendedor), a natureza jurídica é controvertida, pois dependerá da existência de remuneração e, sobretudo, da existência de vulnerabilidade por parte do anunciante. Nesse sentido, mesmo sendo o vendedor um fornecedor para fins do Código de Defesa do Consumidor, há precedente do Superior Tribunal de Justiça, que considera a relação entre o site intermediário e o anunciante como sendo de consumo:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO.

1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC.

2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecido ao consumidor.

3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada.

4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor.

5. Recurso provido.

(REsp 1107024/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011)

Quanto ao contrato celebrado entre o vendedor que se utiliza do site intermediário e o comprador, a natureza jurídica pode ser tanto de relação civil quanto consumerista, a depender do caso contrato. A partir de agora se considerará o modelo do Mercado Livre para tratar do intermediário, por ser o modelo mais conhecido e talvez mais utilizado. O Mercado Livre admite tanto o vendedor ocasional quanto o habitual e é justamente na habitualidade que se vai determinar quanto o negócio será regido pela relação de consumo ou quando pela relação civil.

Quanto a isso, não parece haver muita dificuldade na doutrina. Uma vez que no Mercado Livre há negócios tanto B2C quanto C2C, a natureza no caso concreto determinará o diploma aplicável. Conforme já exposto em momento anterior, se o vendedor for ocasional sem profissionalização, sobretudo na venda de produtos usados, o negócio será regido pelo Código Civil. Havendo fornecimento

habitual e organizado, será regido pelo Código de Defesa do Consumidor. A indagação surge quanto a qual é o posicionamento do Mercado Livre em face do comprador, já que teoricamente o Mercado Livre apenas intermediou o negócio.

Num momento inicial (princípios da década de 2000) o Mercado Livre se resumia a ser apenas um intermediário, sem qualquer grau de interferência, senão o registro de cadastro de cada usuário. Parecia ser claro que o Mercado Livre quando muito poderia ser responsabilizado apenas e tão-somente de forma subsidiária, caso comprovasse que falhou na vigilância e na confiabilidade do cadastramento. Ou seja, no caso de um registro falso ou então quando o Mercado Livre se recusasse a fornecer os dados.

Devido ao fato de terem ocorrido diversos casos de fraudes e lesão dos usuários, o Mercado Livre passou a rever suas políticas e termos de uso, a ponto de cada vez mais interferir nos negócios realizados no site, chegando até mesmo a criar um sistema, denominado MercadoPago, pelo qual o usuário que não recebe o produto pode solicitar pelo próprio site o estorno do valor pago. Ou seja, sequer precisa lidar diretamente com o outro vendedor.

Hoje, para anunciar no Mercado Livre é necessário o usuário aderir ao MercadoPago, sendo vedado ao vendedor não se utilizar do referido serviço. Com o uso obrigatório do MercadoPago, cada vez mais o site Mercado Livre assume um papel ativo, de modo que não há dúvidas de que o Mercado Livre hoje atua de modo cada vez mais próximo do vendedor. A essa relação em que um intermediário de negócio alcança o usuário final, vem a doutrina denominando de “fornecedor equiparado”.

Como o fornecedor equiparado não é ainda uma matéria regulamentada no Brasil, sendo uma construção doutrinária com recepção cada vez maior no Judiciário, tem-se aí um ponto para eventual reforma legislativa. Como ressalta Cláudia Lima Marques (*in* BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2012, p. 112), a única hipótese positivava de fornecedor equiparado diz respeito às entidades de proteção de crédito. Entretanto, o intermediário enquanto fornecedor equiparado é “uma interessante teoria, que será muito usada no futuro, ampliando – e com justiça – o campo de aplicação do CDC.” (BENJAMIN, MARQUES e BESSA, 2012, p. 113). Cumpre, por fim, ressaltar que para ROCHA (2008, p. 120), a relação entre o site de intermediação e os usuários é atípica.

5.4.1.2 Dos sites de compras coletivas (“cupons de desconto”)

Este é talvez um dos temas mais novos em sede do Direito e a Internet (ao lado talvez do problema envolvendo a privacidade do internauta). Deste modo, não é o foco direto do presente trabalho, mas em face de sua atualidade, aproveitar-se-á o tema para fazer a atividade de adequação proposta.

Os sites de intermediação de compras “democratizaram” os negócios na Internet, facilitando a vida para que um usuário doméstico, sem qualquer pretensão de comércio, possa vender e comprar produtos usados, coleções, itens raros, desfazer de algum produto que não lhe preste mais e que acaba guardando apenas por não ter o que fazer com o produto.

Conforme observado por Cláudia Lima Marques, fornecedores e servidores observaram que a *www* serve muito bem para plataforma e ofertas vindas de diversos consumidores que, em lances organizados, observam, visualizam e mesmo se divertem nesse tipo de compra. Em vez de criar um site próprio e se empenhar para torná-lo conhecido por compradores em potencial, pode o interessado ao oferecer bens ou serviços na internet valer-se da reputação de um site já consolidado no mercado, que tende a aparentar maior credibilidade nesse novo ambiente. (ROCHA, 2008, p. 90)

A necessidade do mercado e da expansão de negócios não parece ter fim. Em meados dos anos 2000 surgiu uma nova forma de comércio eletrônico na Internet: os sites de compras coletivas. Os sites de compras coletivas são intermediários que oferecem ofertas de produtos anunciados por terceiros com descontos para venda instantânea, num curto espaço de tempo, para um número mínimo de adquirentes.

A princípio pode chegar a parecer fraude, porque por vezes o preço do serviço ou produto é inferior ao preço de custo ou de atacado. A atividade negocial é criativa, razão pela qual já dizia BETTI (2008, p. 81-82) que o mundo do negócio jurídico não espera autorização do ordenamento para a criação de novos negócios, pois a própria autonomia enquanto *potestas* é fonte de norma jurídica (negocial).

No que tange às compras coletivas, a lógica é simples: o empresário precisa alavancar capital para tocar o negócio. Realizar empréstimo bancário sujeita o empresário ao pagamento de juros, oferecimento de garantias (por vezes os sócios são avalistas, de modo que se torna simbólica a responsabilidade limitada), desconto de tributos, produtos agregados (seguros, títulos de capitalização e afins).

Se o negócio não se movimentar o suficiente, o faturamento será baixo para que sobre o suficiente para pagar as despesas de custos e finalmente amortizar o financiamento. O sistema das compras coletivas considera este fator para propor uma forma de “empréstimo” diferenciada.

Através de um *website*, o empresário anuncia um produto ou serviço com o menor preço que conseguir fazer. O site anuncia o produto ou serviço com este preço e estabelece um prazo temporal para a adesão e condicionando a aquisição a um número mínimo de compras.

O consumidor não tem tempo de pensar. Ou adere ou não usufruirá do benefício ou então pagará o preço normal. Vários consumidores adquirem à oferta instantaneamente num intervalo de tempo de poucas horas. O empresário, então, obtém o dinheiro de que precisava, como no empréstimo.

Porém, diferentemente do empréstimo, terá todo um contingente de consumidores que irão até o estabelecimento usufruir do serviço. E uma vez que a oferta foi adquirida por um preço baixo, estando no estabelecimento, irão os consumidores consumirem outros produtos ou serviços (bebidas, sobremesas, dentre outros). Ou seja, o empresário terá movimentação suficiente para recompor o custo da operação, num giro muito mais rápido do que o poderia contar com um empréstimo bancário.

Por trás de tudo isso há cálculos de contabilidade para verificar quando o negócio é atrativo ao empresário ou não, bem como os riscos. De outra sorte, o empresário tem a oportunidade de divulgar o seu negócio e atrair nova clientela.

É dizer: tudo parece muito simples e rentável. Entretanto, no princípio dos sites de compras coletivas, ainda em fase de testes, os anunciantes e os sites não colocavam elementos como: número máximo de compradores; prazo para usufruir a oferta; condições para usufruir a oferta; possibilidade de devolução ou não do valor caso ultrapasse o período de prazo.

Isso levou a uma série de problemas, desde questões elementares, como no caso de restaurantes a falta de ingrediente básico para fazer o alimento ofertado, ou a falta de lugares para alojamento das pessoas, bem como funcionários para atender ao contingente de consumidores.

Ora, o Direito Obrigacional e Contratual na ordem negocial do Direito Civil contemporâneo contempla e valoriza os deveres anexos de conduta, mormente os deveres de informação. Tudo que não está informado, não está proibido. Essa

premissa básica significa que se o anúncio não contiver qualquer limitação, a oferta pode ser exigida.

Mais: formam-se também deveres de lealdade, probidade e cooperação. Não pode haver o tratamento distintivo entre o usuário da oferta especial aos demais usuários; não pode haver recusa no cumprimento completo da oferta se tal recusa não estiver amparada nos termos da oferta apresentada no site de compra coletiva.

Assim sendo, exige-se um devido cuidado por parte do empresário que se vale desta modalidade de negócio, para que consiga dentro de sua medida de possibilidade, atender a oferta de forma adequada e respeitando-se os princípios da ordem negocial. Vale ressaltar que se abre amplo campo, em face da irrisoriedade do prejuízo individual, ao uso de tutelas coletivas (notadamente Ação Civil Pública de consumo) para a resolução dos conflitos no âmbito dos sites de compras coletivas.

Trata-se, portanto, de uma forma aprimorada de intermediação de negócios. Deve-se ressaltar, por fim, que no âmbito das compras coletivas, se formam as chamadas “redes contratuais”, pois existirá um contrato celebrado entre o site e o fornecedor do produto ou serviço, acertando as condições do negócio e taxa de remuneração do site; entre o site e o usuário, pois o usuário pagará ao site, que será o responsável por emitir o “cupom” para o usuário comparecer até o estabelecimento e usufruir da oferta; e entre o usuário e o fornecedor. Há potencial campo aqui também para a aplicação da teoria do fornecedor equiparado.

5.4.2 Regulamentação do Comércio Eletrônico e Compras Coletivas segundo o Decreto 7.962 de 15 de Março de 2013

Em 15 de março de 2013 foi publicado em Diário Oficial o Decreto 7.962, que regulamenta o comércio eletrônico e compras coletivas em face do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez que tal decreto veio a ser aprovado enquanto o presente trabalho estava em fase de revisão, optou-se por abrir este tópico posteriormente, para verificar a opção adotada pelo legislador quanto à regulamentação.

Primeiramente cumpre ressaltar que o referido decreto foi publicado em 15/03/2013, entrando em vigor sessenta dias após sua promulgação, de modo que está em vigor desde 14/05/2013.

O referido decreto nada mais faz do que a compatibilização do Código de Defesa do Consumidor ao comércio eletrônico e as compras coletivas, sendo que suas normas materializam os deveres anexos de conduta, notadamente o dever de informação. Nesse sentido, os artigos segundos e terceiros, que tratam respectivamente do comércio eletrônico em geral e das compras coletivas, trazem uma série de obrigações, tais como: 1) necessidade do fornecedor informar seu endereço físico e eletrônico, bem como a sua qualificação jurídica em local visível do site, sendo esta obrigação estendida nas compras coletivas a tanto o site quanto o estabelecimento fornecedor; 2) descrição detalhada da oferta e de custos adicionais além do valor do produto ou serviço; 3) no âmbito das compras coletivas, a quantidade mínima de ofertas para a efetivação do contrato, bem como prazo para a utilização da oferta; dentre outras ligadas aos deveres de conduta.

Ressalta-se, nesse aspecto, além dos deveres anexos de conduta, agora transformados em obrigações normativas, a precisão terminológica ao utilizar a expressão “quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato” (Art. 3º, I), vez que se trata no caso de eficácia do contrato e não de validade.

O artigo 4º trata especificamente do aspecto contratual, trazendo a obrigatoriedade de o fornecedor apresentar um “sumário do contrato” antes da contratação, enfatizando as cláusulas limitativas de direito; oferecer meios para que o consumidor retifique informações errôneas no momento de preenchimento dos dados no site; necessidade do fornecedor confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; fornecer o contrato em meio que permita a conservação e reprodução após a contratação (neste caso seria possível, por exemplo, enviar por e-mail o contrato em documento eletrônico ou disponibilizar link para o consumidor realizar o download); e, por fim, manter meios adequados de atendimento e suporte ao consumidor; utilização de mecanismos de segurança (como já foi enfatizado anteriormente neste trabalho, quanto mais inseguro for o site, mais recai responsabilidade sobre o comerciante).

Nesse sentido, verifica-se também que tudo veio conforme o que foi estudado no presente trabalho. Entretanto, indaga-se se o inciso III (“confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta”) do artigo quarto teria, enfim, adotado a teoria da agnição-recepção, vez que a obrigatoriedade da imediata confirmação do recebimento da oferta equivale a dizer que cabe ao fornecedor informar que recebeu a adesão, ainda que não tenha havido o seu processamento

por completo (com confirmação de pagamento, dentre outros elementos) em seu sistema. A praxe do comércio eletrônico já vinha no sentido da disponibilização da tela de confirmação, entretanto não havia ainda uma obrigação legal nesse sentido.

No que tange ao direito de arrependimento, além de assegurá-lo nos moldes do Código de Defesa do Consumidor, agora gera-se a obrigação do fornecedor eletrônico garantir o direito de arrependimento na mesma forma que foi efetuada a contratação (Art. 5º, § 1º), o que equivale a dizer: se a compra foi pelo site, ser possível comunicar a desistência pelo site, acabando com a obrigação do consumidor ter que utilizar apenas o atendimento por telefone para solicitar a desistência.

O aspecto mais interessante diz respeito à rede contratual formada na contratação eletrônica quando se utiliza cartão de crédito ou meio similar (PayPal, PagSeguro, dentre outros), criando ao fornecedor a obrigação de comunicar a instituição administradora do cartão da desistência da compra, para que o valor não seja lançado na fatura ou seja estornado, acabando com a praxe do consumidor pagar normalmente a fatura (inclusive parcelado) e receber o valor por ordem de pagamento. Nesse sentido, em sede de diálogo das fontes, isso provavelmente deve ser estendido ao comércio realizado em rede telefônica por voz.

Por fim, pode-se questionar o porquê de regulamentação de tamanha importância ter sido realizada em forma de Decreto e não de Lei, o que foge ao objeto do presente trabalho. Pode-se antecipar como sério problema decorrente da presente regulamentação, o próprio caso estudado do site Mercado Livre e intermediários, pois nem toda contratação por lá realizada é de natureza consumerista (e cite-se como exemplo a venda de um produto usado ou colecionável de particular para particular).

Em sede de linhas gerais e conclusivas, tal Decreto veio no sentido do que vinha sendo estudado, entretanto restringe-se ao comércio eletrônico. A via escolhida do decreto talvez possa inibir o chamado diálogo das fontes, para que sejam estendidas as regras compatíveis aos demais contratos eletrônicos de natureza distinta do comércio eletrônico, o que deverá ser objeto de estudos próprios.

5.4.3 Contratos de Webhosting ou Hospedagem de Website

Sendo o *website* a principal ferramenta da Internet, o principal meio pelo qual o usuário se insere na sociedade em rede, já foi visto em momento anterior que o *website* nada mais é que uma linguagem de computador que congrega arquivos armazenados em um computador-servidor ligado à rede.

Qualquer computador ligado à Internet pode servir de servidor. Claro que para isso é necessário o uso de programas próprios que fazem a ligação à Internet e posteriormente, o uso de um nome de domínio.

Entretanto, não é esse o costume habitual, uma vez que hospedar-se um *website* em um computador caseiro, qualquer oscilação como queda de luz, do sinal da Internet, falha no hardware ou software, levaria à queda do site. Ora, quem mantém um *website* pretende que o mesmo fique permanentemente ligado à rede.

Para isso utiliza-se de prestadores de serviços denominados de “Hosts” (Hospedeiros ou simplesmente Servidores²), que se utilizam de “super” computadores, com grande capacidade de memória, e amplo espaço de armazenamento de disco rígido, instalados em locais com suprimento de energia para o caso de blecautes e com super conexões de Internet, numa velocidade praticamente financeiramente inviável ao usuário doméstico. São os grandes “data centers” (centros de dados), locais que abrigam fileiras e fileiras de computadores ligados permanentemente para ofertar a qualquer usuário, o “aluguel” de um espaço no disco rígido desses computadores, para funcionarem como *websites*.

O contrato disponibilizado pelo servidor “Uol Host³”, assim define o próprio serviço que presta:

1.1.1. Para fins deste Contrato, entende-se por hospedagem a atividade técnica complexa que consiste na instalação e guarda de equipamentos eletrônicos próprios ou de terceiros e respectivos conteúdos, concentrados em um mesmo ambiente tecnológico, bem como na viabilização lógica de acesso a tais conteúdos e equipamentos ao ambiente de rede, de modo a permitir a troca e manuseio de dados mediante a utilização dos recursos de interligação proporcionados pelo UOL ou por terceiros por ele contratados (“Hospedagem”).

² Ao se referir à palavra servidor doravante, usar-se-á em minúsculo (“servidor”) para se referir ao computador-servidor; e em maiúsculo (“Servidor”) para se referir à empresa de hospedagem.

³ Disponível em: <<http://ferramentas.download.uol.com.br/uolhost/contratos/2012/01-13/CONTRATO%20DE%20HOSPEDAGEM%20COMPARTILHADA%20120113.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2013.

O contrato que é celebrado entre o usuário doméstico e o servidor de *website* é o contrato de webhosting ou contrato de hospedagem de *website*, não regulado no Brasil, valendo-se a indagação anteriormente proposta, se trata de um contrato de prestação de serviços ou se é um contrato atípico.

Pode-se assim dizer que o contrato de webhosting é o contrato oferecido por um prestador de serviços, que oferece ao usuário um espaço em disco rígido de um computador-servidor ligado permanentemente à Internet, para armazenamento de arquivos ou para a construção de um *website*.

O computador-servidor oferecido pelo servidor pode tão apenas e somente armazenar arquivos (uma futura tendência que vem sendo chamada de “Nuvem” ou “cloud computing”), de modo que o usuário poderá ter acesso a programas ou a arquivos armazenados na Internet, sem precisar ter o alojamento em seu próprio computador; ou pode, ainda, utilizar para a construção de um *website*.

Dentre as cláusulas essenciais desse tipo de contrato, a mais importante diz respeito ao sistema operacional usado pelos computadores. Ora, em sendo Windows ou Linux, a utilidade do servidor será diferenciada, pois cada sistema propicia o uso de um tipo próprio de linguagem. Como exemplo, a linguagem denominada de “PHP” somente é utilizada em servidores Linux; e a linguagem denominada “ASP” somente é utilizada em servidores Windows, embora possa ser adaptada a servidores Linux.

Dentre as demais cláusulas acessórias, reputa-se que das mais importantes seja informar o local físico no qual se encontra o “data center”. Isso porque, conforme será visto posteriormente é possível a revenda de webhosting, o que faz com que o usuário contrate uma empresa que pode ser brasileira com servidores alojados, por exemplo, num país asiático. Quanto mais distante do país estiver localizado o servidor, mais lenta será a velocidade do site para o alcance dos nacionais.

Outras cláusulas típicas desse tipo de contrato dizem respeito a: existência ou não de backup; recursos de que dispõe o servidor para o caso de blecaute; responsabilidade em caso de perda do servidor e dos dados nele armazenados; o espaço de HD contratado; o tráfego máximo suportado; dentre outros. Assim, por exemplo, uma das cláusulas contratuais que consta no contrato

de prestação de serviços de hospedagem de *website* realizado pelo Servidor “Uol Host”:

9.1 Os Planos contratados estarão disponíveis 24 (vinte e quatro) horas por dia, 07 (sete) dias por semana, podendo eventualmente haver interrupções ou suspensões dos mesmos, devido a: (a) manutenção de natureza técnica/operacional; (b) casos fortuitos ou força maior; (c) ações de terceiros que impeçam a utilização dos recursos; (d) falta de fornecimento de energia elétrica por longos períodos de tempo (blackout); (e) interrupção ou suspensão dos serviços das prestadoras de serviços de telecomunicações. Nas hipóteses anteriormente citadas, o UOL deverá, sempre que possível, informar ao CONTRATANTE sobre a possibilidade ou ocorrência de interrupções ou falhas.

No que tange ao tráfego máximo suportado é o que a prática chama de “taxa de banda” ou “taxa de transferência”, que representa o máximo que o servidor pode transferir de dados num período de um mês em número de gigabytes. Como exemplo: se a “taxa de transferência” for de 100 GB, o servidor somente permitirá num mês que sejam transferidos 100 GB, atingidos esse número, o servidor será desligado da conexão à Internet, para manutenção da integridade do sistema.

Explica-se. Como já informado anteriormente, uma vez que a Internet não é uma realidade virtual, o que trafega na Internet são dados. Quando se acessa um site, o usuário visualiza todas as imagens e arquivos que a página aloja. Uma página inicial de um *website* que tenha 5 megabytes significa que cada acesso a essa página, terá um tráfego de 5 megabytes. Logo, se mil usuários acessarem esse site naquele dia, então esses mil usuários terão consumido 5 mil megabytes do servidor.

Desse modo, explicitar qual será o tráfego mensal de dados ou o limite máximo de conexões ao *website* é fundamental e uma garantia ao próprio cliente do webhosting, pois um servidor ilimitado exigirá uma grande capacidade de memória e conexão que suportem tantos acessos simultâneos.

Se muitos usuários acessarem um site simultaneamente, o computador que aloja o site estará operando distribuindo os dados, consumindo memória e conexão. Por isso o site pode dar lentidão ou simplesmente “cair” (falhar). É o pitoresco caso que acontece nos sites de Universidades Públicas ou de Concursos Públicos em datas de divulgação de resultados. Basta pensar no número de inscritos nos concursos ou vestibulares que acessam o site simultaneamente para ver o resultado.

Por conta disso, existem duas modalidades de hospedagem de *website*: compartilhada ou dedicada. Compartilhada é quando mais de um usuário divide o mesmo servidor, cada qual utilizando um espaço no disco rígido. Logo, haverá mais de um site hospedado no servidor, devendo a empresa servidora garantir o suprimento de acesso. Os valores no caso de servidores compartilhados são mais baixos, chegando a patamares de dezenas de reais.

O servidor dedicado, por sua vez, é aquele em que o usuário tem o servidor inteiramente assegurado para o seu uso. Somente o site do usuário será armazenado naquele servidor. Mais que isso: por ser o único que tem direito de usar o servidor, ele poderá inclusive executar programas no servidor, a partir da Internet, abrindo a possibilidade, por exemplo, de realizar transmissão de áudio ou vídeo (streaming, as conhecidas “rádios online” ou “TVs online”). Todos esses benefícios terão maior custo, sendo que os pacotes nesses tipos de servidores chegam à casa de centenas de reais.

Todas essas informações devem compor o contrato, em sede de dever de informação. Tudo quanto não constar, abre espaço à responsabilidade no caso da falha da prestação de serviços. Ademais disso, a inexistência de informações como o espaço de alojamento, a taxa de transferência mensal, limitações a acessos simultâneos, faz presumir ser a contratação ilimitada.

Agregadamente ao contrato de webhosting pode haver a formação de rede contratual, a exemplo do que acontece no caso dos sites de compras coletivas. Uma vez que o servidor se utiliza de um computador, fará uso de softwares. É comum que as empresas de hospedagem façam parcerias com vendedores de scripts de *websites* (que adicionam alguma funcionalidade ao site) para oferecer esses produtos aos seus clientes sem necessidade de contratação direta com o seu fornecedor.

Assim que, normalmente um webmaster adquire um script determinado adquirindo uma licença diretamente junto ao criador, por um determinado preço. As empresas de hospedagem, como atrativos indiretos, oferecem descontos na aquisição desses scripts ou mesmo os oferecem de graça aos seus usuários.

Por fim, cabe a árdua tarefa de enquadrar os contratos à luz da legislação consumerista ou civilista. Afinal, o contrato de webhosting é contrato de consumo? Pois bem, para responder à questão, será necessário verificar se o usuário pode ser considerado consumidor, pois é inegável que o servidor é fornecedor.

Quando se coloca que o consumidor é o destinatário final do serviço é preciso verificar o que se entende por destinatário final. Nesse sentido, MARQUES (2006, p. 83):

Ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas, e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, também deve ser considerado “destinatário final”? [...] Destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

Antes de prosseguir, cumpre ressaltar que além da venda dedicada ou compartilhada há usuários que se utilizam do servidor para revender o espaço a terceiros. Nesse caso, o próprio servidor pode oferecer o serviço para uso final ou para revenda. No primeiro caso é proibido por contrato ao adquirente ceder o espaço que tem para outro site; no segundo caso é permitido que o servidor seja revendido a outras pessoas, por intermédio do próprio usuário.

Nesse último caso é comum a aquisição de servidor dedicado localizado em países onde o custo de manutenção é baixo, sobretudo em países asiáticos, com a finalidade de revender para nacionais. Nesse caso, muitos servidores oferecem tanto a venda final, quanto a venda intermediária, ou seja, a venda para revenda.

Não há dúvida de que se o usuário contrata um servidor para revenda, estará usando-o como intermediário para negócios com outras pessoas, essas sim consumidoras. Portanto, descaracteriza-se à princípio, nesses casos, a relação como de consumo.

Contudo e quando usa como destinatário final, ou seja, para explorar o site para si? Se não há intuito lucrativo, como no caso dos denominados “*fan sites*” ou “sites pessoais”, nitidamente há relação de consumo.

A dúvida permanece quando há a intenção de utilizar o site como meio de obter ou explorar uma atividade econômica típica da empresa ou a ela agregada, pouco importando a regularidade da constituição. Em face disso, se adotar-se uma teoria finalista de consumidor, poder-se-á descartar haver relação de consumo nesse caso (MARQUES, 2006, p. 84). Porém, segundo a teoria maximalista:

Os maximalistas vêem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes de mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. [...] Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome [...] (MARQUES, 2006, p. 84).

Trata-se de algo a ser trabalhado devidamente, para categorizar a relação existente entre o usuário de um serviço de hospedagem de *website* com intuito lucrativo e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, transpondo, para a analogia, poder-se-ia verificar quanto à empresa que adquire um imóvel no qual explora de maneira direta ou indireta uma atividade econômica. A título de exemplo, um veículo que funcione como cozinha de lanches (exploração direta) ou ainda veículo de transporte da empresa, com propagandas para divulgar o seu nome (exploração indireta). Parece ser adequado que em ambos casos, quer direta, que indiretamente explorando economicamente o veículo, a empresa utiliza o veículo para si, sem repassar na cadeia produtiva. No caso dos servidores, parece acontecer o mesmo, de modo que nesse entendimento, a relação nesses casos é de consumo. Portanto, somente não seria de consumo o serviço oferecido pelo servidor quando o mesmo oferece serviço de revenda de hospedagem.

Nesse sentido há julgado do Superior Tribunal de Justiça que leva em conta justamente o paradigma da vulnerabilidade, para estender o conceito de consumidor (e via de consequência do Código de Defesa do Consumidor), Recurso Especial 1.195.642/RJ, segundo o qual “não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor.”. Isso poderia levar, por evidente, a que se aplicasse o Código de Defesa do Consumidor até mesmo em caso contratações de hospedagem de *website* destinadas a sites comerciais.

5.5 CONCLUSÕES PRELIMINARES

No presente capítulo foram estudados dois contratos-paradigmas da ordem negocial da Internet. Foi analisado primeiramente um contrato tradicional, que

se utiliza da Internet enquanto meio de celebração de negócios, com algumas particularidades e reinvenções. Trata-se do comércio eletrônico.

Verifica-se no estudo do comércio eletrônico inexistir qualquer impedimento de sua recepção pela ordem negocial, o que faz enfatizar a relevância de uma teoria preceptiva do negócio jurídico capaz de comportar novos negócios sem a necessidade de prévia regulamentação pelo Direito.

O contrato também assume uma função normativa, pois se inexistente regulamentação específica, a própria realidade contratual encarregar-se-á da regulamentação. Entretanto, em face do dirigismo contratual e dos novos princípios da ordem negocial, o sistema corrige as distorções dos novos negócios, adequando-os à realidade pretendida para a criação de uma nova ordem negocial.

Num segundo momento se verificou uma das peças-chaves, força motriz, da Internet, que é o *website*. Para o *website* é necessário haver um serviço de alojamento, o que é denominado de Webhosting. Inexiste qualquer regulamentação no Brasil a esse respeito. E nesse campo se verifica ainda mais a necessidade, portanto, de uma correta leitura com o manejo dos elementos jurídicos já disponíveis no sistema, realizando-se uma adequação.

Verifica-se, assim, que se deve ter cautela ao considerar e generalizar o âmbito de toda e qualquer negociação via internet como se fosse contrato de consumo. De igual modo, deve-se buscar uma adequação negocial aos sistemas jurídicos vigentes, procurando dessa maneira encontrar no próprio sistema, os mecanismos para as resoluções de conflitos que venham a surgir enquanto não houver regulamentação em específico. Pode-se assim dizer que se trata de transpor a fatispécie negocial ao mundo dos fatos jurídicos negociais.

CONCLUSÃO

Uma mudança de foco no campo da Filosofia (do paradigma da razão teórica no âmbito das ciências sociais e humanas para o paradigma da razão prática e da Filosofia da Linguagem) e o advento do fenômeno da globalização impõem uma nova dinâmica negocial. A formação da sociedade em rede, de característica nitidamente informacional, faz da Internet um dos centros da vida contemporânea, se constituindo em uma grande rede na qual a ligação pode ser feita por qualquer cidadão ao alcance da Internet.

Tratando-se de uma rede em que circulam tantas informações e pessoas, a possibilidade da massificação dos negócios jurídicos, mediante a “desumanização” do contrato praticamente quase põe fim aos contratos paritários e faz nascer uma nova noção de contrato, impessoal, de celebração instantânea e cuja materialização e assinatura se apresentam de modo eletrônico.

Tais negócios podem ser recepcionados à luz da ordem negocial contemporânea? Sem dúvida que sim, sobretudo se adotar-se uma teoria preceptiva, que veja no negócio jurídico um instrumento de criação de preceitos jurídicos, por meio da autorregulamentação das vontades. Assim, reconhece-se a existência do negócio jurídico mesmo sem a existência de regulamentação no sistema positivo. E propõe-se, nesse sentido, uma atividade de adequação dos contratos celebrados nos meios eletrônicos e, notadamente, na Internet, em torno de uma teoria geral.

Nesse sentido, a adoção da teoria preceptiva do negócio jurídico, que valoriza o papel da conduta, afastando-se das concepções subjetivistas da vontade e mera declaração de vontade, parece ser adequada para a proposta de adequação dos contratos eletrônicos diante da inexistência de regulamentação. Nesse sentido, o Decreto 7.962/2013 parece justamente ter adotado a via da adequação e não da regulamentação específica dos contratos de comércio eletrônico.

A conduta é, pois, um dos elementos essenciais do moderno direito obrigacional, que em torno desta insere o papel da boa-fé objetiva, numa reinterpretção axiológica do direito obrigacional, criando um critério de agir, que integra a relação contratual em sede de cláusula geral e faz nascerem os deveres anexos de conduta, em torno dos quais o Decreto 7.962/2013 parece ter se atentado.

O enfoque negocial, deslocado da visão da mera declaração, sujeitando-se, portanto, ao arbítrio do instrumento escrito (com preponderância do papel do polícitante, por ser quem redige o contrato) ou ainda da visão voluntarista, sujeitando-se à dificuldade de se chegar à real vontade dos contraentes (com preponderância do papel do oblato), passa, assim a um enfoque objetivista, analisando não apenas as partes na relação contratual, mas precisamente o suporte fático, a fatispécie negocial, o “negócio”.

Em se tratando do negócio jurídico, quando se desloca o foco da vontade e declaração ao objeto (ao negócio em si, à fatispécie negocial), prepondera-se o papel da conduta e se valoriza o papel da interpretação entre o caminho percorrido da vontade e a sua declaração e conseqüente manifestação, que é precisamente a relação contratual.

O caminho da interpretação vem ao encontro de uma nova tendência no Direito, que em uma superação do positivismo jurídico, encontra no modelo do ordenamento jurídico aberto, com forte principiologia e uso de conceitos jurídicos indeterminados, uma tendência à criação de normas criadoras de procedimentos comportamentais (*standards* processuais). Assim, a hermenêutica assume papel fundamental no Direito do século XXI.

Se de um lado o contrato se desumaniza e a fase das negociações contratuais tende a desaparecer, o sistema propõe de outro a correção através desta nova forma de encarar o fenômeno da norma jurídica e o próprio negócio jurídico.

No que tange aos contratos celebrados via Internet, parece ser muito difícil chegar-se a uma nomenclatura adequada. Cada proposta de nomenclatura apresenta limitações e dificuldades, por tal razão, por não ter sido encontrada dentre as nomenclaturas propostas na doutrina uma que designasse apenas e tão-somente os contratos celebrados via Internet, opta-se, portanto, pelo uso da nomenclatura “contratos eletrônicos”, por ter sido a mais utilizada em sede de doutrina.

Os contratos eletrônicos não são um novo tipo contratual, nem sequer podem ser chamados de contratos atípicos. Não são típicos nem atípicos porque contrato eletrônico em si não é um tipo de contrato, mas um termo geral que designa os contratos nos quais o meio de manifestação de vontade ou de formação ou de execução é realizado na Internet (portanto, em via eletrônica).

O que pode ser típico ou atípico ou uma nova espécie de contratos são os contratos que são celebrados via Internet, dentre os quais os mais conhecidos são os contratos decorrentes do comércio eletrônico.

No que tange ao Código Civil ou Código de Defesa do Consumidor, a aplicação de um ou outro ordenamento ou ainda de normas de caráter mercantis, dependerá da natureza do contrato. Aliás, não tanto da natureza do contrato em si, mas das partes envolvidas no contrato, de modo a se averiguar no caso concreto a existência de relação de consumo (originária ou por equiparação), de modo a se evitar de antemão as generalizações.

Quanto à formação do contrato, deve-se seguir as fases da formação, para o que se trabalhou as fases apontadas por CORDEIRO (1986, p. 437). As fases da negociação, não essenciais ao negócio e que mesmo se inexistente, não descaracterizam o negócio jurídico. A oferta, adesão e execução e a sua realização nos meios eletrônicos já caracterizam o negócio enquanto contrato eletrônico, sendo que a presença de uma ou outra ou todas as etapas no meio eletrônico apenas possuem relevância para fins de classificação e principalmente de prova do negócio.

Quanto à prova do negócio, deve-se recorrer à sistematização proposta pelo Código Civil à luz dos conceitos de Informática e Internet trabalhos no capítulo 3. Não parece haver dificuldade que, considerando que o instrumento escrito no papel não é a essência do negócio, mas apenas um suporte da declaração de vontade, nada obsta a que o suporte da declaração de vontade seja o documento produzido no computador, de modo que o documento eletrônico vale plenamente como meio de prova do negócio, sendo que é perfeitamente possível comprovar a sua veracidade mediante perícia técnica em caso de questionamento.

A adesão ao contrato, que se dá mediante a assinatura ou concordância, também ilustra que não é da essência do negócio que a assinatura seja necessariamente em sua concepção clássica um papel assinalado com o nome ou rubrica dos aderentes. Na contratação via Internet, a resposta positiva à confirmação do negócio, ainda que através da mera seleção de uma caixa de seleção na qual constam as cláusulas contratuais, vale como assinatura eletrônica.

A desumanização e o uso dos formulários de cláusulas previamente redigidas sem qualquer possibilidade de negociação ou de negociação limitada, por outro lado, fazem com que quase a totalidade dos contratos eletrônicos sejam de adesão. Em sendo de adesão, toda a sistematização da teoria contemporânea dos

contratos imprime aos contratos eletrônicos um forte dirigismo contratual, de modo a equilibrar a relação contratual, retirando-se o monopólio da dominação do peticitante sobre o oblato.

Em síntese, todos os elementos fornecidos pela teoria geral dos contratos, no contexto brasileiro, são hoje suficientes para a recepção e adequação dos contratos eletrônicos. Portanto, todo contrato celebrado no âmbito da Internet pode perfeitamente ser adequado à luz do ordenamento pátrio e em torno dos deveres de conduta, podem-se extrair inclusive cláusulas contratuais essenciais, como analisado no capítulo 5.

Entretanto, acredita-se na conveniência da regulamentação específica. Quanto a que modelo seria o ideal para esta regulamentação específica, acredita-se naquele que menos interfira na quebra da unidade sistemática, de modo que ao invés de uma legislação específica com regulamentação dos contratos eletrônicos, mais adequado seriam reformas pontuais.

Dentre estas reformas pontuais, a adição ao Código Civil, de mais uma exceção à teoria da expedição para a formação dos contratos entre ausentes, de modo a aplicar-se aos contratos eletrônicos a teoria da recepção (adequando-se ao entendimento doutrinário), além de critérios de inversão material do ônus da prova em desfavor do peticitante que se vale da proposição de negócios jurídicos na Internet.

Deste modo, mantém-se a unidade sistemática da teoria negocial prevista no Código Civil, de modo a evitar a criação desnecessária de um microsistema jurídico para a regulação dos contratos eletrônicos.

Em síntese, pode-se dizer que os problemas envolvendo as relações negociais na Internet podem ser trabalhadas tendo em vista essas ponderações. Problemas mais graves podem surgir no âmbito da responsabilidade civil (critérios para determinação), privacidade, tributação, internacionalização das relações jurídicas, dentre outros temas, que deverão ser objeto de estudo mais aprofundado e devem ser devidamente ponderados para eventual regulamentação.

REFERÊNCIAS

- A História da Internet no Brasil.** Disponível em: <<http://homepages.dcc.ufmg.br/~mlbc/cursos/Internet/historia/Brasil.html>>. Acesso em: Jan. 2013
- ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral.** São Paulo: Saraiva, 1997. 4 ed.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 6 ed. rev., atual. e aum.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação:** crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica.** Coimbra: Almedina, 2003. v.1
- ATIENZA, Manuel e FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho.** Cidade do México: UNAM, 2005
- AZEVEDO, Álvares Villaça. **Teoria geral das obrigações.** São Paulo: RT, 2001. 9 ed. rev. e atual.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, 4 ed. atual
- BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos.** São Paulo: Saraiva, 2001.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do direito do consumidor.** São Paulo: RT, 2012. 4 ed. rev., atual. e ampl. 2ª tiragem.
- BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Campinas: Servanda, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2002, 12 ed.
- BRANT, Cássio Augusto Barros. Os direitos da personalidade na era da informática. **Revista de Direito Privado,** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.42, abr/jun 2010.
- BRASIL, Angela Bittencourt. **Informática jurídica:** o ciber direito. Rio de Janeiro: A. Bittencourt Brasil, 2002.
- CÁMPOLI, Gabriel A. **Responsabilidad Civil en los Contratos de Webhosting.** Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Congreso/pdf/130.pdf>>. Acesso em: Jan. 2013

CANELLA, Sergio Eduardo; LEWIS, Sandra Borbon. Breves Anotações sobre o Comércio Eletrônico. **Revista Scientia Iuris**. Londrina: v.9, 2005

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, 6 ed.

CARNEIRO NETO, Durval. Um novo Direito para uma Sociedade Complexa. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, set/out/nov 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-SETEMBRO-2009-DURVAL%20CARNEIRO.pdf>>. Acesso em: Jan. 2013.

CASTELLS, Manuel e CARDOSO, Gustavo (Org.). **A sociedade em rede: do conhecimento à acção política**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

CATALAN, Marcos Jorge. **Em busca da adequada leitura das bases principiológicas da nova ordem negocial**. Disponível: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=4>>. Acesso em: Jan. 2013

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. A regulamentação da internet no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 49, 1 fev. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1769>>. Acesso em: Jan. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2006. 10 ed. rev., e atual. v.1

Comitê gestor da internet no Brasil (Site Institucional). Disponível em: <<http://cgi.br/>>. Acesso em Jan. 2013.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v.1

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Antonio Carlos; MAIA, Antonio Cavalcanti. Pós-Positivismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo/RS. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria geral do Direito Civil**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005. 5 ed. rev., atual. e ampl. v.5

ENGELMAN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre, Revista do Advogado, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. 3 ed. rev. e atual.

FACHIN, Zulmar e BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José (Org.). **Direito e Filosofia: Diálogos**. Campinas: Millenium Editora, 2012.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

_____. **O Direito na economia globalizada**. 1. ed. 4 Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Poucas certezas e muitas dúvidas: o direito depois da crise financeira. **Revista DIREITO GV**. São Paulo: DIREITO GV, v. 5, n. 2, jul-dez 2009, Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000200002&lng=en>. Acessado em. Dez. 2012.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos Direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max. Limonad, 2002

FRANCISCO, Luis Méndez. La Globalización y el Estado Nacional. **Revista Global da Fundacion Global Democracia y desarrollo**. 2007, vol. 4, num 14, jan-fev.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 2009. 25 ed. v.4 Tomo 1

_____. **Novo curso de direito civil: Contratos em Espécie**. São Paulo: Saraiva, 2009. 2 ed. v. 4 Tomo 2

GIORGIANI, Michele. O Direito privado e as suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55, jan. 1998. Republicado na coleção **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. São Paulo: RT, 2010, p. 275-303. v.1

GLANZ, Semy. Internet e Contrato eletrônico. *Revista dos Tribunais*, v. 757, 1998, p. 70-75 republicado em **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. v. 4, p. 275-282.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2010. 2 reimp.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2010, 7 ed., v. 3.

GUAZZELLI, Iara. **A especificidade do fato moral em Habermas: o uso moral da razão prática**, Setembro 2007. Disponível em < <http://www.terezinhamachado.com/artigos.php?id=74>> Acessado em Jul. 2012.

GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado*, n. 26, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, abr./jun., 2006 republicada em **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. v.4, p. 589-639.

HABERMAS, Jurgen. **A Nova Intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o estogamento das Energias Utópicas**. Publicado em Novos Estudos CEBRAP, n. 18, setembro 1987. P. 103-114. Tradução de Carlos Alberto Marques Novaes.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4194>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

HIRONAKA, Giselda (Orientadora), MORRIS, Amanda Zoe e BARROSO, Lucas Abreu (Coordenadores). **Direito dos Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LAWAND, Jorge José. **Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Caio César Carvalho. A Sociedade da Informação e a necessidade de releitura de institutos jurídicos anacrônicos: análise da validade dos documentos eletrônicos no ordenamento jurídico brasileiro. In: Fundação Boiteux. (Org.). **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, v. XIX.

LIMA, Rogério Montai de. Relações de Consumo dia Internet: Regulamentação. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: v. 9 n. 57. jan./fev. 2009

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: contratos e declarações unilaterais: Teoria Geral e Espécies**. São Paulo: RT, 2005. 3 ed. rev., atual. e ampl.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: Jan. 2013.

LUCCA, Newton de. **Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUNA FILHO, Eury Pereira. Internet no Brasil e o Direito no ciberespaço. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1773>>. Acesso em: Jan. 2013.

MADERS, Angelita Maria; DUARTE, Isabel Cristina Brettas. A Complexidade de Edgar Morin e sua contribuição para a Compreensão dos “novos” direitos. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/26/20>>. Acessado em Jan. 2013

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Formação dos Contratos Eletrônicos de Consumo via Internet**. Rio de Janeiro: 2010. 2 ed. rev. e atual.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O Estado do Futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5, t. II.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. Autonomia privada: conceito, atuação e limites. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, v. 7, n. 9, p. 53-60, 2003.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Atlas: São Paulo, 2009. 2 ed.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. 2 ed.

MOZOS, José Luis de los. **El Negocio Jurídico: Estudios de Derecho Civil**. Madrid: Montercovo, 1987.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Pressupostos para a compreensão da estrutura axiológica do moderno direito de obrigações. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 897, p. 9-18, 2010 republicado em **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.1, p. 715-726.

NOBRE, Marcos (Org.). **O que é pesquisa em Direito?** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. O Conceito de Soberania no Século XXI. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 42, p. 145-166, 2003.

OBANDO, Juan Jose. **Los Contratos Electronicos y Digitales**. Disponível em <<http://www.cetid.abogados.ec/archivos/20.pdf>>. Acesso em: Jan. 2013.

OLIVEIRA, Antonio Francisco Maia; BAZI, Rogério Eduardo Rodrigues. Sociedade da informação, transformação e inclusão social: a questão da produção de conteúdos. **Revista Digital de Biblioteconomia & Ciência da Informação**, Campinas, v. 5, n. 2, p. 115-131, jul./dez. 2007

PAES, Marcelo. Cavernas Digitais. **Revista Planeta**, n. 476, Maio 2012. Disponível em: <<http://revistaplaneta.terra.com.br/secao/reportagens/cavernas-digitais>>. Acesso em: Jan. 2013.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software**. São Paulo: Atlas, 2007. 6 ed.

_____. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2006. 3 ed.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, 16 ed. rev. e atual. por Regis Fichtner, v.III

_____. **Instituições de Direito Civil: teoria geral das obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2011. 24 ed. rev. e atual. por Guilherme Calom Nogueira da Gama, v.II

_____. Do Negócio Jurídico e seus Defeitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, 10, jan./dez. 1986, p. 143-152.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** São Paulo: Saraiva, 2010, 4 ed. rev. atual. e ampl.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et. al. (Org.) **Diálogos sobre Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico.** São Paulo: RT, 1999. 4 ed., 2 tiragem, anotada, rev. e atual. por Ovidio Rocha Barros Sandoval.

REALE, Miguel. O novo Código Civil e seus críticos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2711>>. Acesso em: 8 fev. 2013.

_____. Visão geral do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2718>>. Acesso em: Jan. 2013.

RECUENCO, Luis. **Globalización Económica: perdida de poder Estado-Nación.** Artigo apresentado no VII Jornadas de Economía Crítica da Universidad Complutense de Madrid realizado em Albacete, de 03/02 a 05/02 de 2000. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/ec/jec7/areas.htm>>. Acesso em: Ago. 2012 .

ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. **Revista Jurídica Empresarial.** Porto Alegre: Ano 01, n. 02, Maio/Junho 2008, p. 77-121

RODRIGUES, Carlos Alexandre. Da desnecessidade de assinatura para a validade do contrato efetivado via Internet. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 784, p. 83-95, fev. 2001, republicado em **Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.4, p. 35-51.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Gramática do tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez Editora, 2006. 2 ed.

SCHOURI, Luís Eduardo (Org.). **Internet: o direito na era virtual**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Direito Constitucional no Mercosul**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Rosana Ribeiro da. A Teoria Geral dos Contratos e os Contratos Eletrônicos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.2, n. 8, p.198-209, out/dez 2001.

SLOTERDIJK, Peter. **En el mismo barco. Ensayo sobre la hiperpolítica**. Madrid: Siruela, 2000.

SOUZA, Draiton Gonzaga de; e PETERSEN, Nikolai (Organizadores). **Globalização e Justiça II**. Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Betti x Gadamer: da Hermenêutica Objetivista à Hermenêutica Criativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. v. 39, n. 0, 2003. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewArticle/1753>>. Acesso em: Jan. 2013

SPINELLI, Miguel. Sobre as diferenças entre éthos com epsilon e éthos com eta. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 32, n. 2, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000200001&lng=pt&nrm=iso>. acessos em Abr. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Tendências do Novo Direito Civil: uma codificação para o 3º milênio**. Compreendendo a Nova Codificação. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: Jan. 2013.

_____. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. São Paulo: Método, 2011. 6 ed. rev., atual. e ampl. v.3

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.3

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Autor); COGO JR., Agenor D. Lovato; BONA (Celito de); e TICIANELLI, Mauro Henrique Veltrini (Co-autores). **Teoria e Prática das Obrigações**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de Direito e Processo Eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2005. 5 ed.

_____. **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 1997. 3 ed.

YIP, George S; ANTONIONILI, Rosana. **Globalização: como enfrentar os desafios da competitividade internacional**. São Paulo: Senac, 1992.

ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005