



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

ALESSANDRA DEPIERI VIEGAS

**O ASSENTAMENTO DOS USOS E COSTUMES À LUZ DO  
ARTIGO 6º DO MARCO CIVIL DA INTERNET**

---

Londrina  
2018

ALESSANDRA DEPIERI VIEGAS

**O ASSENTAMENTO DOS USOS E COSTUMES À LUZ DO  
ARTIGO 6º DO MARCO CIVIL DA INTERNET**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial – Área de concentração Direito Privado, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência para a obtenção do título de Mestre em e grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Tarcisio Teixeira.

Londrina  
2018

### Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

V656a Viegas, Alessandra Depieri.  
O assentamento dos usos e costumes à luz do artigo 6º do Marco Civil da internet /  
Alessandra Depieri Viegas. - Londrina, 2016.  
123 f.: il.

Orientador: Tarcisio Teixeira.  
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina,  
Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito  
Negocial, 2018.  
Inclui bibliografia.

1. Direito comercial - Teses. 2 Comércio eletrônico - Teses. 3. Registros públicos -  
Teses. I. Teixeira, Tarcisio. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos  
Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.7

ALESSANDRA DEPIERI VIEGAS

**O ASSENTAMENTO DOS USOS E COSTUMES À LUZ DO ARTIGO 6º  
DO MARCO CIVIL DA INTERNET**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial – Área de concentração Direito Privado, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência para a obtenção do título de Mestre em e grau acadêmico de Mestre em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

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

---

Prof. Dr. Roberto Wagner Marquesi  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dra Patricia Elaine da Rosa Sardeto  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná -  
PUGPR

Londrina, 15 de agosto de 2018.

## AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, que é detentor de uma luz que me guia, me protege e iliminou meu caminho para que eu chegasse até aqui.

Aos meus pais, Valdecir e Sueli, e minha irmã Renata, pelo exemplo de vida cristã, incentivo e presença constante; que souberam plantar em mim, conceitos, princípios e valores tão nobres e significantes.

Ao meu namorado Carlos Eduardo, por me apoiar nos meus sonhos e sempre guardar uma palavra de força e carinho diante dos momentos de desânimo e incerteza.

Ao meu orientador Tarcisio, não só pela constante orientação neste trabalho, mas sobretudo por ter despertado minhas pontecialidades acadêmicas e intelectuais, bem como pelo incentivo.

Aos demais professores do Programa de Mestrado em Direito Negocial, me apresentaram o mundo da Ciência do Direito por meio de ensinamentos obtidos durante o curso, que tanto me enriqueceram profissionalmente.

Aos professores doutores Roberto Wagner Marquesi e Patricia Elaine da Rosa Sardeto que enriqueceram este trabalho compondo a banca de defesa de dissertação de mestrado, motivo de grande orgulho e satisfação.

À Universidade Estadual de Londrina- UEL, pela instrutura primordial e oportunidade de me receber no quadro de discentes.

Ao Dr. Marcus Vinicius Tadeu Pereira, Procurador Regional da Junta Comercial do Paraná e a Sra. Renata Rubio Gonçalves, Assessora Técnica da Presidência da Junta Comercial de São Paulo pelo atendimento e informações que auxiliaram nesse trabalho.

Aos colegas do curso, pelos momentos que passamos juntos, e, por vezes pelo amigo Franciso- secretário do curso, muito obrigada por estar sempre a disposição atendendo com muito prestígio.

À CAPES pela ajuda financeira destinada aos alunos de pós-graduação, que muito facilitou no trâmite desta jornada.

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

“Até os jovens se fatigam e cansam, e os moços também tropeçam e caem, mas os que esperam em Deus renovam suas forças, criam asas, como águias, correm e não se fatigam, podem andar que não se cansam”

Isaías, 40,30-31

VIEGAS. Alessandra Depieri. **O assentamento dos usos e costumes à luz do Artigo 6º do Marco Civil da Internet**. 2018. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2018.

## RESUMO

A evolução do direito comercial conteve em sua história a presença dos usos e costumes, os quais passaram de fonte natural e primeira, no passado, a fonte secundária na contemporaneidade; subordinados à lei. Verificou-se que o comércio se modificou por meio da ascensão da internet, acontecimento tecnológico que permitiu que o comércio eletrônico auferisse espaço nas relações negociais. Buscou-se verificar o desenvolvimento tecnológico-social, somado ao surgimento do *e-commerce* e a manifestação do legislador, na edição do Marco Civil da Internet. Fez-se um corte metodológico por meio do exame do artigo 6º do Marco Civil da Internet, atinente aos usos e costumes no âmbito digital face à novidade e complexidade das relações sociais. A partir das considerações realizadas no decorrer do estudo, observou que a regulamentação da lei nem sempre oferecerá todas as respostas às situações que ocorrem no meio digital e os problemas dela originados, de modo que há determinadas vezes, omissões normativas, que podem ensejar lacunas, a serem necessariamente sanadas pelo Poder Judiciário, até mesmo com base em usos e costumes. Desse modo, em face de um conflito apresentado ao órgão judiciário, não pode o magistrado eximir-se de entregar a prestação jurisdicional sob o pretexto de falta de previsão legal. Assim, as fontes secundárias, dentre as quais se destacam, segundo o recorte metodológico proposto, os usos e costumes, pode-se chegar a soluções por meio da análise a outros elementos acessórios, coadjuvantes de interpretação e expedientes integradores da norma jurídica como alternativa para dirimir litígios. Adotou-se o método científico dedutivo, com o objetivo de constatar a possibilidade de aplicação de usos e costumes frente às lacunas encontradas no ordenamento jurídico, e a necessidade ou não de serem assentados perante Juntas Comerciais. Frente ao procedimento adotado pela Lei n. 8.934/94 e ao Decreto n. 1.800/96, que regulamentam o procedimento do assentamento nas Juntas Comerciais, realiza-se uma concisa pesquisa empírica nas Juntas Comerciais do Estado de São Paulo e do Estado do Paraná, as quais evidenciam que o procedimento conforme disposto na lei e no decreto mencionado não é adotado. Portanto, demonstra-se que os interessados devem recorrer a outros meios de se assentar tal prática mercantil, desde que haja prova concisa da existência de um costume, podendo ser por prova testemunhal, documental e de entendimentos jurisprudenciais. Por fim, esclarece que outras normas que tratam sobre o comércio eletrônico poderão se tornar obsoletas rapidamente, mas não devem se desprender totalmente da construção consolidada no ordenamento jurídico, especialmente no que tange à normatividade dos usos e costumes, que se trata de uma importante ferramenta nas práticas comerciais digitais e para a produção de efeitos no mundo contemporâneo.

**Palavras-chave:** Fontes. Costumes. Internet. Comércio eletrônico. Assentamento.

VIEGAS. Alessandra Depieri. **The settlement of uses and customs in light of Article 6º do Marco Civil da Internet**. 2018. 123 p. Dissertation (Master's Degree in em Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2018.

## **ABSTRACT**

The evolution of commercial law comprised in its history the presence of customs that passed from a natural and first source in the past, to a secondary source in contemporary times, which are subordinated to the law. It was verified that the commerce was modified by means of the rise of the Internet, technological event that allowed that the electronic commerce to gain space in business relations. It was sought to verify the technological-social development, together with the emergence of e-commerce and the manifestation of the legislator, in the edition of the "Marco Civil da Internet". A methodological section was made through the examination of Article 6 of the "Marco Civil da Internet", related to the uses and customs in the digital scope in view of the novelty and complexity of social relations. Based on the considerations made during the study, it was observed that the regulation of the law will not always provide all the answers to the situations that occur in the digital environment and the problems that originate from it, so that sometimes there are normative omissions that can create gaps, to be necessarily remedied by the Judiciary, even on the basis of uses and customs. Thus, in the face of a conflict presented to the judiciary, the magistrate can not exonerate himself from delivering the judicial service under the pretext of lack of legal provision. Secondary sources highlighted in this case, which according to the proposed methodology are uses and customs, can reach solutions by means of the analysis of other accessory elements, interpretation aids and integrating files of the legal norm as an alternative to settle disputes. The deductive scientific method was adopted with the purpose of verifying the possibility of applying uses and customs to the gaps found in the legal system, and the necessity or not of being settled before Commercial Boards. In view of the procedure adopted by Law no. 8.934/94 and Decree no. 1.800/96, which regulate the settlement procedure at the Boards of Trade, a concise empirical survey is conducted at the Boards of Trade of the State of São Paulo and the State of Paraná, which show that the procedure as established in the law and in the mentioned decree is not adopted. Therefore, it is demonstrated that the interested parties must resort to other means of resting such commercial practice, provided there is concise evidence of the existence of a custom and maybe by testimonial, documentary evidence, and jurisprudential understandings. Finally, it clarifies that other norms that deal with e-commerce may become obsolete quickly, but they should not be entirely detached from the consolidated construction in the legal system, especially regarding aspects of the normativity of use and customs, which is an important tool in digital commercial practices and to produce effects in the contemporary world.

**Keywords:** Sources. Customs. Internet. E-commerce. Settlement.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO 1 – FONTES DO DIREITO COMERCIAL</b> .....	12
1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS .....	12
1.2 FONTES PRIMÁRIAS .....	17
1.3 FONTES SECUNDÁRIAS .....	21
1.4 FONTES COMPLEMENTARES.....	23
<b>CAPÍTULO 2 – VALORAÇÃO DO DIREITO COSTUMEIRO: OS USOS E COSTUMES</b> .....	27
2.1 A GÊNESE DO DIREITO COMERCIAL E AS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....	26
2.2 USOS E COSTUMES: MEIO SUPLETIVO PARA PREENCHIMENTO DE LACUNAS LEGAIS .....	33
2.2.1 Conceito e Requisitos.....	37
2.2.2 Espécies de Usos e Costumes.....	42
2.2.3 Lei e Costume: Principais Diferenças .....	45
<b>CAPÍTULO 3 – O DESENVOLVIMENTO DA ERA DIGITAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO</b> .....	49
3.1 A ASCENSÃO DA INTERNET: CONTEXTUALIZAÇÃO .....	50
3.2 COMÉRCIO ELETRÔNICO: CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES .....	54
3.3 DECRETO N. 7.962 DE 15 DE MARÇO DE 2015 (LEI DO COMÉRCIO ELETRÔNICO).....	59
3.4 MARCO CIVIL DA INTERNET: DISPOSIÇÕES GERAIS .....	63
3.5 AS PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS: AUTORREGULAMENTAÇÃO, CRIAÇÃO DE UM DIREITO NO CIBERESPAÇO, APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS TRADICIONAIS, ANALOGIA E A ABORDAGEM MISTA.....	69
<b>CAPÍTULO 4 – A IMPORTÂNCIA DOS USOS E COSTUMES FRENTE À INÉRCIA LEGISLATIVA NO ÂMBITO VIRTUAL: DA (DES) NECESSIDADE DO ASSENTAMENTO DOS USOS E COSTUMES</b> .....	78

4.1	UM EXAME DO ARTIGO 6º DO MARCO CIVIL DA INTERNET .....	79
4.2	CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DIGITAL FRENTE AO DIREITO COSTUMEIRO.....	83
4.3	O PROCEDIMENTO DE ASSENTAMENTO DOS USOS E COSTUMES NA JUNTA COMERCIAL .....	86
4.3.1	Análise Empírica do Assentamento nos Cartórios das Juntas Comerciais do Estado de São Paulo e do Estado do Paraná.....	88
4.3.2	A (Des)Necessidade do Assentamento: Meios de Prova e Aplicação .....	92
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>111</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>114</b>
	APÊNDICE A – Contato com Procurador Regional da Junta Comercial do Estado do Paraná .....	122
	ANEXO A – Resposta sobre Assentamento da Junta Comercial do Estado de São Paulo .....	123

## INTRODUÇÃO

A contemporaneidade exprime um período de transformações jurídicas que surgem na esteira das modificações verificadas na sociedade em face de um mundo tecnologicamente avançado. Nesse contexto, com o surgimento da internet, na década de 1990, o fenômeno do avanço tecnológico das redes de comunicação permitiu que o *e-commerce* ganhasse notoriedade mundial, estabelecendo-se, pelas tecnologias de informação, um novo espaço de convivência e interação humana.

Abrangendo meios de acesso à informação e de comunicação dificilmente imagináveis em períodos anteriores, a internet figura como ambiente virtual heterogêneo que transcende as fronteiras nacionais e, posto que descentralizado, não se subjeta ao domínio exclusivo de qualquer operador ou Estado, permitindo-se, à primeira vista, a autonomia negocial desenvolvida pelos usuários.

Na evolução do direito comercial, é possível vislumbrar os usos e costumes passarem de fonte natural e primeira, no passado, à fonte secundária na contemporaneidade, subordinados, portanto, à lei. Isso se deve, em grande parte, à tradição legalista do Direito brasileiro, que observa, em matéria comercial, instrumentos legais que abarcam desde emanações do Poder Legislativo a instrumentos regulatórios de instituições que assistem o mercado.

Surge da sobredita evolução tecnológico-social, somada ao surgimento do *e-commerce*, a manifestação do legislador, que editou o Marco Civil da Internet. Buscou-se a regulamentação de condutas, face à novidade e complexidade das relações sociais. Assim, a presente pesquisa traz em seu bojo – corte metodológico –, a disposição normativa contida no artigo 6º do Marco Civil da Internet, atinente aos usos e costumes no âmbito das relações comerciais operacionalizadas por meio da rede mundial de computadores.

Destarte, a regulamentação da lei nem sempre oferece todas as respostas às situações que ocorrem com o advento da tecnologia e os problemas dela originados, de modo que há, determinadas vezes, omissões normativas, que podem ensejar lacunas a serem necessariamente sanadas pelo Poder Judiciário, até mesmo com base em usos e costumes.

Desse modo, em face de um conflito apresentado ao órgão judiciário, não pode o magistrado eximir-se de entregar a prestação jurisdicional sob o pretexto de falta de previsão legal. Assim, pode-se chegar a soluções por meio da análise de outros elementos acessórios, coadjuvantes de interpretação e expedientes

integradores da norma jurídica como alternativa para dirimir litígios. Busca-se compreender as fontes secundárias, dentre as quais se destacam, segundo o recorte metodológico proposto, os usos e costumes.

Adota-se o método científico dedutivo, com o objetivo de constatar a possibilidade de aplicação de usos e costumes, assentados ou não perante Juntas Comerciais, como supedâneos interpretativos aos magistrados, quando verificada a lacuna no ordenamento jurídico.

No primeiro capítulo, abordam-se as fontes do direito comercial. Explicita-se a lei como fonte primária nesse ramo, bem como são apontadas as fontes secundárias, sendo essas a analogia e os costumes. Ainda, esboçam-se as fontes complementares, como os princípios gerais do direito, a doutrina, a equidade e a jurisprudência.

Na sequência, ao longo do segundo capítulo, analisa-se a evolução do direito comercial e a influência dos costumes na comercialização, sob viés normativo e histórico. Identifica-se o costume como fonte secundária do direito no contexto do Direito Comercial, sendo possível sua aplicação para a solução de casos concretos.

Em seguida, o terceiro capítulo apresenta a definição de comércio eletrônico e suas nuances, consideradas as inovadoras práticas comerciais operacionalizadas no ambiente digital. Denota-se a influência do atual contexto de mercancia na atualidade e a eventual necessidade de novas soluções jurídicas para sanar conflitos.

Ainda nesse item, explica-se que as novas conformações do direito comercial incorporam-se ao surgimento da internet e, então, institui à compreensão do comércio eletrônico, fenômeno relativamente recente. Demonstra-se como a legislação específica – Decreto n. 7.962 de 15 de março de 2013 e Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14) –, no ordenamento jurídico, pode atender demandas atinentes ao *e-commerce*, bem como se revelar insuficiente a determinadas situações.

No último capítulo, aborda-se a importância dos usos e costumes, fazendo um exame ao artigo 6º do Marco Civil da Internet, verificando a importância do método interpretativo dos usos e costumes para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural e, posteriormente, a visão acerca da utilização destes como meio de prova, ponderando a questão da (des)necessidade do assentamento dos usos e costumes, com base no procedimento da Lei n. 8.934/94 e do Decreto

1.800/96 que solicitam o método do assentamento dos usos e costumes na Junta Comercial.

Em seguida, serão brevemente analisadas a Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) e a Junta Comercial do Paraná (JUCEPAR) quanto à questão da prática ou não desse procedimento de assentamento de usos e costumes, como também se é possível a adoção de procedimento diverso da Lei n. 8.934/94 (Junta Comercial) e do Decreto 1.800/96 (Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins).

Por fim, serão realizadas ponderações a respeito da desnecessidade do método de assentar de acordo com a Lei da Junta Comercial e Decreto que dispõe sobre Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins citados acima, com fundamentais legais e entendimentos jurisprudenciais a fim de concluir o objetivo central do trabalho.

## CAPÍTULO 1

### FONTES DO DIREITO COMERCIAL

No primeiro capítulo do presente estudo serão realizadas breves considerações acerca dos institutos *common law*, seguidos pelo Reino Unido e Estados Unidos, e em seguida a do instituto da *civil law*, a qual o ordenamento jurídico brasileiro adota, ponderando suas diferenças de forma sucinta.

Realizadas essas ponderações, será feita análise das fontes do direito abordando as definições adotadas pela doutrina brasileira e mencionando as fontes adotadas no Direito Comercial e sua importância para o ordenamento jurídico, dentre as quais, as fontes primárias, secundárias e complementares.

Considera-se relevante proceder à análise das fontes do direito, sob os aspectos jurisdicionais e hermenêuticos, a fim de elucidar sua substância e conteúdo, e sob o aspecto técnico, que implica o estudo de como exteriorizam-se no campo jurídico.

#### 1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente estudo parte da análise das fontes do Direito Comercial com objetivo de identificar, no decorrer do trabalho, a suma importância dessas fontes, em especial dos usos e costumes, no âmbito das relações negociais sucedidas na internet, à medida que os avanços tecnológicos da Era Digital impõem inéditos obstáculos à atividade jurisdicional pátria.

Nesse cenário, usos e costumes podem ser compreendidos como fontes do direito, desde que haja autorização legal expressa nesse sentido, ao revés do que ocorre no sistema adotado no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, conhecido por *common law*.

Noberto Bobbio (1995, p. 33) menciona que o sistema *common law* não é o direito de origem romana, mas um Direito Consuetudinário tipicamente anglo-saxônica, que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes nomeados pelo Rei. Ademais, em uma segunda fase, ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras que se tornam obrigatórias, adotadas pelos juízes para resolver controvérsias individuais.

No sistema inglês *commow law*, os precedentes judiciais são dotados de maior importância por suas raízes no Direito Consuetudinário, o que é ressaltado nos costumes revelados pelos precedentes judiciários (BULGARELLI, 1998, p. 74). Denota-se que os usos e costumes são caracterizados pelo fato de que, na ausência de norma escrita, os juízes passam a analisar e apresentar formas para uma decisão a cada caso.

Após a conquista normanda da Inglaterra, o direito que os Tribunais de Westminster criavam era denominado *common law* (corruptela da expressão dita na língua do rei: *commune ley*) em oposição aos direitos costumeiros locais e muito particularizados a cada tribo dos primitivos habitantes, aplicados pelas *County Courts*, e que logo seriam suplantados [...] (SOARES, 1995, p. 32).

Os tribunais não eram para todos, não havia uma jurisdição até 1875. Era necessário solicitar a concessão de um *writ* ao chanceler, uma ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes que correspondia à obtenção de um remédio adequado a cada situação, através do qual o indivíduo poderia ter seu caso levado aos tribunais. Nesses tribunais, fazia-se valer a máxima *Remedies Precede Rights*, ou seja, em primeiro lugar, no processo, a sentença só poderia ser proferida se antes perpassasse uma série de formalismos, criando uma jurisprudência oficial, que delineavam o ordenamento jurídico como únicas fontes de direito (SOARES, 1995, p. 32-33).

Guido Fernandes Silva Soares (1999, p. 34-35) aduz que, na Inglaterra, a frequência de procedimentos excepcionais concedidos quando não havia um *writ* da *common law* fez com que os Tribunais do Chanceler (Courts of Chancery), que rivalizavam com os tribunais (Courts de Westminster) que formassem um corpo de normas, a *Equity*. Permaneceu, assim, um contraste entre *common lawyers* e *equity lawyers*, mais pelo estilo de atuação e pela particularidade dos problemas. A unificação dos órgãos judiciários permite, hoje, afirmar que a diferença entre *common law* e *equity* se prende mais às tipicidades dos institutos abrigados, em um ou outro ramo do Direito, submetidos a interpretações judiciárias próprias.

Uma definição fundamental no direito costumeiro inglês é a de que casos semelhantes devem receber tratamento semelhante – “*like cases should be decided alike*”. Neste sentido, criaram-se precedentes, buscando em cada caso a solução que era razoável consagrar (DAVID, 1997, p. 82).

Pertencem ao domínio da *common law* as áreas: Direito Criminal, Direito dos Contratos e Direito da Responsabilidade Civil, que têm a atuação do *jury* como essência e nos quais se especializaram os *common lawyers*. Ao domínio da *equity*, utilizada apenas quando inexistir remédio na *common law*, pertencem as áreas relacionadas aos direitos da real *property*, dos *trusts* (contratos fiduciários, pelos quais o *settlor* transfere uma propriedade móvel ou imóvel a alguém, o *trustee*, para que este administre em favor de um beneficiário, o *cestui que trust* das sociedades comerciais, das falências, das questões de testamento e liquidação de herança (SOARES, 1999, p. 35-36).

Já para os americanos, no *common law* tem-se que o Direito Judicial fundamenta como será analisado o direito. O juiz anglo-americano funciona como um árbitro, que observa as regras e diz qual o direito aplicável. Nesse caso, os costumes não são de extrema importância, utiliza-se a teoria da supremacia da Constituição como fundamento às decisões judiciais, sendo a diretriz norteadora. No Direito norte-americano, com exceção do Estado da Louisiana, o direito da família é considerado um *common law* misto, ou seja, pertence àquela família, mas está muito sintonizado ao *civil law* (SOARES, 1995, p. 23-24).

Denota-se, assim, que os Estados Unidos da América não apresentam, por várias razões, um sistema puro de *Common Law* (no sentido lato) em comparação à Inglaterra. É preciso muita cautela ao dizer “Direito dos EUA”, pois a organização federal do país conta com autonomias dos Estados-membros, ferrenhamente instauradas e defendidas por eles, e a existência de uma realidade normativa federal paralela aos mesmos, sendo que existem aspectos reservados da União tanto a *Common Law* como a *Statue Law*, em áreas como *Antitrust*, *Federal Torts*, Direitos Trabalhistas (SOARES, 1999, p. 58).

Nesse contexto o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema *civil law*, compreendido como aquele no qual as soluções jurídicas derivam da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental e suas colônias, pois o direito local cedeu passagem quase que integralmente aos princípios do Direito Romano, dando ensejo à elaboração de leis, códigos, constituições. Por isso, a expressão *civil law*, usada nos países de língua inglesa, diz respeito ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga, o qual, desde então, tem-se desenvolvido e tomado forma nas universidades e nos sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais. Esse sistema também é denominado Romano-Germânico (VIEIRA, 2007, p. 270).

O Direito brasileiro evidencia filiação ao Direito Romano-Germânico, no qual predomina a legislação escrita. Entretanto, devido às diversas transformações pelas quais nosso ordenamento jurídico passou, há posições que se fundam em não considerar mais o *civil law* como único sistema adotado, por conta da aceitação de outros requisitos no auxílio da solução de controvérsias, não mais se utilizando apenas da interpretação normativa da lei, passo que levou à adoção de um sistema misto.

Apenas a título de ilustração, esse sistema jurídico traz como instrumento para o magistrado as leis, os costumes, a jurisprudência e os precedentes, tornando o judiciário eficiente e ágil ao garantir segurança jurídica para os julgados, por conta da miscigenação entre o *common law* e o *civil law*<sup>1</sup> que o Novo Código de Processo Civil traz em alguns artigos<sup>2</sup>.

Essa aproximação dos dois sistemas adota a denominação de *stare decisis* e é notada pela doutrina em sua maioria, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni (2012, p. 4):

---

<sup>1</sup> Juraci Lopes Filho (2014, p.125) explica os institutos: “Precedente não equivale à súmula ou à jurisprudência, e os três não devem ser utilizados/aplicados da mesma forma. Pode-se adiantar que precedente é um julgamento que passa a ser referência em julgamentos posteriores. Jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto. E súmula constitui um ato administrativo de tribunal pelo qual exprime o resumo do entendimento contido em uma jurisprudência dominante. Eis a primeira distinção importante: precedente e jurisprudência são fruto de atividade jurisdicional, enquanto súmula decorre de uma atividade administrativa”.

<sup>2</sup> Art. 499 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 520: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável. [...] §2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 521: Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; IV – não havendo enunciado de súmula da jurisprudência dominante, os juízes e tribunais seguirão os precedentes: a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional; b) da Corte Especial ou das Seções do Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem, em matéria infraconstitucional; V – não havendo precedente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal seguirão os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem; VI – os juízes e órgãos fracionários de tribunal de justiça seguirão, em matéria de direito local, os precedentes do plenário ou do órgão especial respectivo, nesta ordem.

Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a da realizada pelo juiz americano.

No sistema do *civil law*, apesar de haver preponderância das leis, há espaço para os precedentes judiciais. No *civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas necessariamente não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e que tenha como pano de fundo situação jurídica semelhante. A discussão e as teorias acerca desse tema não serão aprofundadas no presente trabalho, apenas abordadas superficialmente por não ser esse o foco da pesquisa.

Verifica-se, assim, que o sistema de *Common Law* funda-se na percepção casuística, baseia-se no problema, sendo compreendido por meio dos fatos relevantes. Nesse sentido, possibilita-se ao magistrado, tendo como suporte os elementos de fato e de direito que molduram o julgamento, criar uma regra geral para a decisão, denominada de precedente judicial. Por outro lado, a *Civil Law*, de tradição romana, prioriza o positivismo consubstanciado em um processo legislativo. Dessa forma, a norma jurídica constitui-se como um comando que visa compreender uma diversidade de casos futuros.

Percebe-se que, enquanto no nosso sistema a primeira leitura do advogado e do juiz é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência, na *Common Law* o caminho é inverso, primeiro os cases e, a partir da constatação de uma lacuna, vai-se à lei escrita (SOARES, 1995, p. 98).

Sabendo disso, é relevante primeiramente proceder à análise das fontes do direito, sob os aspectos jurisdicionais e hermenêuticos, a fim de elucidar sua substância e conteúdo, e sob o aspecto técnico, que implica o estudo de como as fontes do direito se exteriorizam no campo jurídico.

Sobre a definição de “fontes do direito”, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 54) apresenta seu conceito:

A expressão “Fontes do direito” tem várias acepções. Tanto significa o poder de criar normas jurídicas, quanto a forma de expressão dessas normas. No último caso, são consideradas fontes de cognição, constituindo-se no modo de expressão das normas jurídicas. Nesse sentido, pode-se dizer que a lei é o objeto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a principal fonte do direito.

A expressão “fonte do direito” pode ser entendida como origem ou causa do direito (*fons existenciae, fons existendi juris*), ou como repositório de onde é possível obter as informações e o conhecimento sobre o direito (*fons cognitionis juris, fons cognoscendi juris*) (POLETTI, 1996, p. 195). Para Noberto Bobbio (1997, p. 45), as fontes do direito são “aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas”.

Waldirio Bulgarelli (1998, p. 73) define três tipos de fonte, as fontes históricas, materiais e formais. A aceção das fontes históricas indica a fonte de conhecimento do direito anterior, compreendendo, por isso mesmo, os textos e documentos que o constituíam. Assim, para o Direito Comercial constituíram fontes históricas as Ordenações Francesas de 1673 e 1681, o Código Napoleônico de 1804, o Código Espanhol de 1829, o Código Português de 1833 e outros. Por fontes materiais ou constitucionais clássicas, compreendem-se os órgãos reveladores ou criadores da norma jurídica, sendo as assembleias e o próprio povo, por exemplo, criadores do costume jurídico. Por fim, as fontes formais são abrangidas de acordo com a forma, o modo ou os meios pelos quais se manifestam as normas jurídicas, são as leis e os costumes.

Segundo Washington de Barros Monteiro (2009, p. 12), a classificação mais importante divide as fontes em diretas ou imediatas e indiretas ou mediatas. As fontes diretas ou imediatas são classificadas como aquelas que, por si só, pela sua própria força, são suficientes para gerar a regra jurídica: a lei e os costumes. As fontes indiretas ou mediatas, por sua vez, são as que não têm tal virtude, porém encaminham espíritos ou intuições, mais cedo ou mais tarde, à elaboração da norma, como a doutrina e a jurisprudência.

Ressalta-se também a definição de Paulo Dourado de Gusmão (2001, p. 101-102), que define como fontes formais aquelas que dão forma e conteúdo, como a lei e os costumes, e fontes materiais aquelas ligadas aos fatos econômicos e sociais, aos problemas demográficos, ao clima etc, determinantes ao conteúdo das normas jurídicas. Ainda sobre as fontes materiais, o autor assevera que: “são constituídas por fenômenos sociais e por dados extraídos da realidade social, das tradições e dos ideais dominantes, com as quais o legislador, resolvendo questões que dele exigem solução, dá conteúdo ou matéria às regras jurídicas, isto é, às fontes formais do direito (lei, regulamento etc)” (GUSMÃO, 2001, p. 102).

Ademais, a atual Constituição Federal dispõe expressamente, no seu art. 5º, II, o chamado princípio da legalidade, que é a base de todo o nosso sistema jurídico, aduzindo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Portanto, em nosso direito, durante um tempo se compreendeu a lei como única fonte formal. Além disso, é inevitável a exigência de recorrer, com constância, às fontes secundárias do direito com vistas a solucionar as lides que envolvam atividades mercantis ou empresariais, que serão abordadas neste estudo.

No entanto, nota-se assim que o legislador não pode prever na lei todas as hipóteses que possam ocorrer na vida social, e diante da existência das chamadas lacunas legislativas, que, no âmbito do Direito Comercial são constantes devido à dinâmica dos fatos o legislador não pode se eximir de decidir, consoante ao que dispõe o artigo 140 do novo Código de Processo Civil<sup>3</sup> e o artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro<sup>4</sup>. Parte-se daí a necessidade de estudar as fontes primárias e secundárias.

## 1.2 FONTES PRIMÁRIAS

No Direito Comercial brasileiro, como direito positivo, entende-se que a fonte primária é a lei. Já dispunha o art. 21 do Título Único do Código Comercial de 1850 a obrigatoriedade da aplicação, pelos Tribunais ou juízes, da legislação comercial, aos casos ocorrentes, como expressa a forma em que foi regulamentado, em sentido amplo, pelo Regulamento nº 737, nos artigos 1º<sup>5</sup> e 2º<sup>6</sup>.

Entende-se por direito positivo duas vertentes: a do direito objetivo e a do direito subjetivo<sup>7</sup>. A primeira é o complexo de normas jurídicas que regem o

---

<sup>3</sup> Artigo 140: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

<sup>4</sup> Artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

<sup>5</sup> Artigo 1º: “Todo o Tribunal ou Juiz que conhecer dos negócios e causas comerciais, todo o árbitro ou arbitrador, experto ou perito que tiver que decidir sobre objetos, atos ou obrigações comerciais, é obrigado a fazer aplicação da legislação comercial aos casos ocorrentes (art. 21 do Título Único do Código Comercial).”

<sup>6</sup> Artigo 2º: “Constituem legislação comercial o Código de Comércio e, subsidiariamente, os usos comerciais (art. 291, Código) e as Leis Civis (arts. 121, 291 e 428, Código). Os usos comerciais preferem às Leis Civis (arts. 121, 291, 428, Código). Os usos comerciais preferem às Leis Civis somente nas questões sociais (art. 291) e nos casos expressos no Código.”

<sup>7</sup> Maria Helena Diniz (2009, p. 251) analisa que Direito Objetivo é sempre um conjunto de normas impostas ao comportamento humano, autorizando o indivíduo a fazer ou não, indicando um o caminho a seguir, prescrevendo medidas repressivas em caso de violação de normas. O Direito

comportamento da sociedade, prescrevendo sanções, se for o caso. São, em suma, as leis propriamente ditas. Já a modalidade subjetiva é a permissão dada por meio da norma jurídica válida, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter algo, ou ainda a autorização para exigir, em caso do prejuízo causado por violação de norma, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido por meio dos órgãos competentes do poder público ou por meio dos processos legais (THELLES JUNIOR *apud* DINIZ, 2001, p. 246).

Waldirio Bulgarelli (1998, p. 75), menciona dois tipos de fontes básicas formais no Direito Comercial brasileiro que as denominam como primárias, secundárias e complementares, a primeira se refere ao Código e as leis comerciais; e as secundárias como sendo os usos comerciais e as leis civis; e as complementares inclui a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, fonte que se acresceu com apoio no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) Código Civil.

Tarcisio Teixeira (2017, p. 41) compreende a equidade também como fonte do Direito Comercial<sup>8</sup>. Waldo Fazzio Júnior (2014, p. 11), por sua vez, menciona que, no Estado Democrático de Direito, a regência do princípio da legalidade determina a preponderância da lei como primeira resposta à pergunta sobre como o Estado manifesta-se diante de determinada situação jurídica<sup>9</sup>. A preponderância da lei é natural e compulsória, como fonte principal, ou seja, como expressão genérica da ordem jurídica.

Quanto à origem etimológica da palavra “lei”, Washington de Barros Monteiro (2009, p. 13) explica que:

Para uns, a palavra advém do verbo latino *ligare*, sendo a lei aquilo que se liga, aquilo que vincula, aquilo que obriga. Outros, porém, com mais acerto, asseguram que sua origem é o verbo *legere*, aquilo que se lê. *Lex* e *legere* estão, destarte, na mesma relação que *rex* e *regere*.

---

Subjetivo, por outro lado, é sempre a permissão que tem o ser humano de agir conforme o Direito Objetivo, ou seja, um não pode existir sem o outro.

<sup>8</sup> Outros doutrinadores, tais como Rubens Requião (2013, p. 52-58), Waldo Fazzio Júnior (2014, p. 12-16) e Mônica Gusmão (p. 10-15) não incluem a equidade como fonte secundária do Direito Comercial.

<sup>9</sup> Por definição de situações jurídicas, entende-se que são decorrentes da existência humana e qualificadas pelo Direito, ou seja, são revestidas de roupagem jurídica e se constituem quando implicações jurídicas se ligam a determinadas situações ou comportamentos humanos, representando efeitos dos fatos ou atos jurídicos, que são a causa de criação e de transformação dos direitos. Caracterizam-se como uma categoria geral abrangente, de que é modalidade a relação jurídica, compreendendo o direito subjetivo e o dever jurídico, e tem a novidade de contemplar centros de interesses juridicamente relevantes (BETTI, 2008, p. 27).

Paulo Nader (2003, p. 139-140) conceitua o termo aduzindo que a lei é a forma moderna de produção do direito positivo, como também é o ato do Poder Legislativo, que estabelece normas de acordo com os interesses sociais, representadas por fatos e valores que a sociedade oferece. Não constitui, como outrora, a expressão de uma vontade individual (*L'État c'est moi*<sup>10</sup>), pois explana as aspirações coletivas.

Quando se alude à lei como fonte formal primária do Direito Comercial, é importante destacar que a Constituição Federal, como núcleo reitor programático da ordem jurídica, além de proclamar a supremacia da legalidade, enuncia normas-princípios e normas-regras que contagiam todo o sistema (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 11).

A lei é apenas instrumento de revelação do direito, o mais técnico, o mais alto, mas apenas um instrumento de trabalho e assim mesmo imperfeito, porquanto não prevê tudo aquilo que a existência oferece no seu desenvolvimento histórico. A lei tem lacunas, mas o Direito, interpretado como ordenamento da vida, não pode ter lacunas, porque por meio dele deverá ser encontrada, sempre, uma solução para cada conflito de interesses (REALE, 2002, p. 270).

Há predominante discussão em que se deve considerar a lei civil como fonte primária do Direito Comercial, nos casos em que a própria lei comercial estabelece a aplicação. É o caso concreto verificado no art. 121<sup>11</sup> e no art. 428<sup>12</sup>, ambos do Código Comercial revogado (BULGARELLI, 1998, p. 76).

José Xavier Carvalho de Mendonça (1963, p. 172-173) entende que a lei civil não é norma subsidiária, mas principal, pois integra a lei comercial. Rubens Requião (2013, p. 53) também aborda a questão de exclusão do Direito Civil como fonte do Direito Comercial:

Se o direito civil, como direito comum, é preexistente ao direito comercial; se o direito comercial se aplica às relações de natureza comercial afastando o direito civil, pois constitui um direito especial aplicável a tais relações, é fácil compreender que o direito civil não se apresenta como uma das fontes do direito comercial. Quando ele é invocado, na falta de regra própria do direito especial, para reger determinadas relações mercantis, não é como direito comercial que é

---

<sup>10</sup> "O Estado sou eu" (tradução livre).

<sup>11</sup> Art. 121 - As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código.

<sup>12</sup> Art. 428 - As obrigações comerciais dissolvem-se por todos os meios que o direito civil admite para a extinção e dissolução das obrigações em geral, com as modificações deste Código.

aplicado, mas simplesmente como direito civil. Não perde pois, a sua natureza civil, integrando-se no direito comercial, quando tal ocorre. O direito civil não é, pois, nem pode ser considerado como fonte de direito comercial, quando este é invocado para suprir-lhe as lacunas ou omissões.

É o que conclui Waldemar Ferreira (1960, p. 412):

A lei civil, em verdade, não é fonte da lei comercial. Esta, como aquela, é lei. Como tal, fonte de direito comercial; e fonte primária. Em falta da lei comercial aplica-se a civil, menos em questões de sociedades e nos casos expressos no código. Mas é lei, que regula a matéria em apreço, a que se executa, a comercial ou a civil, quando omissa aquela.

Portanto, a fonte primária do Direito Comercial brasileiro é o Código Comercial e as leis comerciais extravagantes, como também disposições de outros códigos, o Código Civil e Processo Civil, que regulam particularmente matéria comercial (BULGARELLI, 1998, p. 76).

Conclui-se, assim, que a aplicação das leis cíveis estará presente em situações em que ocorrem lacunas ou omissões legislativas, sobretudo em matéria comercial. Desse modo, havendo carência de normas, devem ser aplicados os preceitos do Direito Civil.

### 1.3 FONTES SECUNDÁRIAS

As fontes secundárias são integradas pelas leis propriamente civis e pelos usos e costumes comerciais. De acordo com a previsão revogada do art. 2º do Regulamento 737 de 1850, na 2ª alínea, a lei civil tem preferência sobre os usos comerciais, prevalecendo estes apenas nas questões sociais e nos casos expressos no Código (BULGARELLI, 1998, p. 76).

Percebe-se assim, que ajusta-se ao disposto no art. 4º da LINDB, o qual estabelece que, no caso de lacuna legislativa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Igualmente, o Código Comercial estabelece normas para a interpretação, por exemplo, o artigo 121: “As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código” e o artigo 291: “As leis particulares do comércio, a

convenção das partes sempre que lhes não for contrária, e os usos comerciais, regulam toda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao Direito Civil para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial”.

Percebe-se que o aplicador da lei que se refere o Código Comercial utiliza-se as fontes secundárias, na omissão ocorrida nas fontes primárias do Código e das leis civis, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Este último é considerado fonte complementar, razão pela qual será abordado no subcapítulo a seguir. Quanto aos costumes, objetivo maior de estudo do presente trabalho, seu regime jurídico será abordado separadamente no próximo capítulo.

A utilização da analogia ocorre quando o juiz busca o preenchimento da lacuna, verificada na lei, que tenha suportes fáticos semelhantes, mas com disposições que a própria lei não apresenta. O apelo à analogia não impede que se recorra aos costumes, que, por sua vez, tratam da prática reiterada de um hábito coletivo, público e notório, e podem ter reflexos jurídicos na falta de outra disposição (REALE, 2002, p. 315-317).

Waldo Fazzio Júnior (2014, p. 15-16) aduz que a analogia não é fonte direta do Direito, pois só produz direito indiretamente, sendo meramente um processo interpretativo da lei, de descoberta de uma solução jurídica explícita ou implícita na norma já existente. O autor faz uma diferenciação entre a analogia *legis* e analogia *juris*, sendo a primeira uma regra já existente no sistema, que será aplicada a uma hipótese essencialmente idêntica; já a segunda é o hermeneuta: não podendo socorrer-se de norma similar, recorre a princípios jurídicos que sejam consonantes com a situação não prevista no ordenamento positivo.

Pode-se entender, conforme explicação do Professor Wesley C. Salmon, da Universidade de Pittsburgh (*apud*, NEGRÃO, 2015, p. 41-42), que:

A analogia, uma forma largamente usada de argumento indutivo, baseia-se numa comparação entre objetos de dois tipos diferentes. Eis como funciona. Objetos de uma espécie são conhecidos como semelhantes, em certos aspectos, a objetos de outra espécie. Os objetos da primeira espécie possuem determinada característica; não se sabe se os objetos da segunda espécie a têm ou não. Por analogia concluímos que, como objetos de duas espécies são semelhantes em alguns aspectos, também o são em outros aspectos. Portanto, objetos da segunda espécie também têm a propriedade adicional que já sabemos terem os da primeira espécie.

Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 247) entende que a analogia é utilizada como meio supletivo de lacuna da lei, pois se trata de um modelo hermenêutico de forma típica de raciocínio jurídico, pelo qual se estende a *facti species* de uma norma a situações semelhantes, as quais não havia sido estabelecida, ou seja, é um instrumento técnico de que vale o juiz para suprir lacuna.

Noberto Bobbio (1997, p. 115) afirma que a falta de uma norma geralmente se chama lacuna, apresenta-se de forma incompleta e considera-se que só será completa quando o juiz encontrar uma norma para regular qualquer caso que lhe seja apresentado, ou seja, não há caso que não possa ser regulado buscando-se aplicação das fontes do direito.

Finaliza-se, assim, o entendimento de que a analogia é mais do que uma fonte do direito, pois por meio dela tem-se um processo legislativo interpretativo, e caberá ao jurista estabelecer as identidades entre as relações, os objetos e as situações jurídicas aplicando a lei ao caso concreto, dada a omissão particular.

#### 1.4 FONTES COMPLEMENTARES

O terceiro grupo de fontes é o das complementares. Serão explanados neste subcapítulo os princípios gerais do direito, com fundamento no art. 4º da LINDB, a doutrina, a equidade e a jurisprudência. São esses os institutos usualmente classificados como fontes complementares.

Os princípios gerais do direito são aqueles princípios básicos que orientam o sistema jurídico, constituem-se pelo fundamento do direito e se caracterizam de acordo com a concepção que cada povo apresenta.

A esse respeito, Eduardo Espínola (1917, p. 137-138) conceitua:

Os princípios gerais do direito devem ter eficácia em uma legislação sistemática. Constituem a síntese da própria legislação, iluminam seus preceitos e assim é necessário que os completem e expliquem. [...] Os princípios gerais do direito deduzem-se de um lado — das leis e dos costumes, do sistema jurídico adotado no direito positivo, mas de outro lado dependem das construções teóricas dos sábios e das circunstâncias históricas que influíram sobre a legislação. [...] Não se deve hesitar na afirmação de que em matéria de fonte do direito, tanto a obra científica dos juristas como a jurisprudência dos tribunais têm sua maior importância na fixação dos princípios gerais do direito: a primeira como o estudo histórico e filosófico das instituições sociais e a elaboração sintética das regras teóricas que dominam certos e determinados campos jurídicos; a segunda com a análise dos textos legislativos e das normas consuetudinárias, para a compreensão do

sistema jurídico adotado e sua correspondência aos princípios científicos.

Ricardo Negrão (2015, p. 45) defende o desenvolvimento do conhecimento jurídico e de suas novas concepções e ideias, como também os avanços que decorrem do homem e de sua relação com o mundo, e que leva o Direito a reformular os princípios do justo, do certo, do aceitável.

Por outro lado, Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 247) afirma que:

Os princípios gerais do direito constituem reminiscência do direito natural como fonte. Há autores que os identificam com este, outros em que os fazem repousar na equidade, enquanto sentimento do justo no caso concreto. Sua formulação é indefinida. Há quem os reduza, em última análise, aos famosos preceitos romanos: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Miguel Reale aborda os princípios gerais do direito como regras orais que são transmitidas através dos tempos e que pontificam critérios morais e éticos como subsídios do Direito (REALE, 2002, p. 315-317).

Dentro das fontes complementares do direito, ainda se encontra a equidade. Aristóteles é responsável pela definição do conceito como a “justiça do caso concreto”, tendo como base a solução de litígios pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, que pode resultar em ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa. Como já diziam os romanos, *summum jus summa injuria*, ou seja, não se trata de um princípio que se oponha à justiça, mas que a torna plena e completa (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 248).

Em defesa do uso da equidade na integração das lacunas, Maria Helena Diniz (2003, p. 469) assevera:

Do que foi exposto infere-se a inegável função da equidade de suplementar a lei, ante as possíveis lacunas. No nosso entender, a equidade é elemento de integração, pois, consiste, uma vez esgotados os mecanismos previstos no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, em restituir à norma, a que acaso falte, por imprecisão de seu texto ou por imprevisão de certa circunstância fática, a exata avaliação da situação a que esta corresponde, a flexibilidade necessária à sua aplicação, afastando por imposição do fim social da própria norma o risco de convertê-la num instrumento iníquo.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no art. 5º, estabelece que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e

às exigências do bem comum”. Dessa forma, o legislador dá margem a uma interpretação mais maleável, valorizando o fim social da norma em contraposição ao rigorismo hierárquico das fontes supletivas das lacunas.

Também encontrava-se fundamento legal no artigo 137, inciso XXXVII, da Constituição Federal de 1934, que preconizava que “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito, ou por equidade”.

Diante da pretensa completude do ordenamento, tendo em vista a proibição do *non liquet*, a equidade aparece como forma que atende melhor aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade das decisões. Assim, o uso da equidade é meio de integração no caso de lacunas no Direito, e se mostra como medida ponderada e humana em casos que dela necessitem.

A tese da doutrina como fonte jurídica nasceu no século XIX, com o aparecimento do fenômeno da positivação do Direito, que dá espaço ao predomínio da lei como fonte de direito, à concepção da ordem jurídica como sistema e ao controle da legalidade das decisões judiciais. Com isso, nota-se a importância da doutrina como fonte de cognição. Ao lado da centralização instituída na legislação, passa a existir uma série de conceitos dogmáticos elaborados pela ciência jurídica (FERRAZ JÚNIOR, p. 2003, p. 68 e 69).

A doutrina decorre de uma atividade científico-jurídica, que, através dos estudos científicos desempenhados pelos juristas, apreciam e sistematizam as normas jurídicas e elaboram definições dos conceitos jurídicos na interpretação das leis. Assim, a doutrina facilita e orienta a tarefa de aplicação do Direito auxilia a apreciação da justiça ou conveniência dos dispositivos legais, adequando-os aos fins que o Direito deve perseguir emitindo juízos de valor sobre o conteúdo da ordem jurídica.

Já a jurisprudência, que significa, etimologicamente, ciência do Direito, consiste em uma forma de revelação do Direito que se processa por meio do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos Tribunais, assim a jurisdição cria o Direito pela sentença que atinge e obriga as partes e por meio da reiteração pela qual se firma um sentido de interpretação das normas, na qual se dota tal procedimento de certa obrigatoriedade (POLETTI, 1996, p. 209).

Para Fran Martins (2017, p. 38), a jurisprudência é a série de decisões continuadas dos tribunais sobre determinada matéria. Necessário será que os

tribunais adotem um ponto de vista uniforme, formulando doutrina a respeito do assunto. Com isso, percebe-se que uma decisão isolada não constituirá jurisprudência. A jurisprudência é a força criadora. É notório e público que inúmeras mudanças legislativas nascem através dela; mas, quando não colocada nos devidos termos, pode transformar-se em fator inibidor do processo jurídico. É preciso saber utilizar para não ser levado a restringir o estudo à orientação traçada pelos tribunais, considerando-a como um *plus* à análise jurídica, e não seu fim. (POLETTI, 1996, p. 211).

Acrescenta-se que a uniformização da jurisprudência ocorre por força da própria lei processual e das Súmulas dos Tribunais Superiores. O Código de Processo Civil criou a possibilidade de uniformização da jurisprudência com base em procedimentos legais, o que é denominado de sistema romanístico, e criou também as súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF), que não vinculam os tribunais inferiores e representam assentos da jurisprudência que tem força de fato na interpretação do Direito (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 246).

Inserida como fonte jurisprudencial, a súmula teve sua origem com a primeira aparição de uniformização da jurisprudência em nosso sistema legislativo, na data de 10 de março de 1876, com a vigência do Decreto 6.142<sup>13</sup>.

A jurisprudência, desse modo, tem um papel relevante para as decisões judiciais como meio de suprir lacunas da lei. Ao desenvolver o presente trabalho, percebe-se que, quando não existem parâmetros para decisões em lei comercial com norma aplicável ao caso concreto e havendo ausência de uso comercial que o regule, a jurisprudência das instâncias superiores auxilia como fonte do Direito Comercial.

Será possível identificar, no decorrer deste estudo, a correlação entre jurisprudência e os usos e costumes no âmbito do Direito Comercial. No próximo capítulo, serão objetos de exame mais aprofundado: a evolução, a definição, os requisitos e a classificação dos usos e costumes.

---

<sup>13</sup> Art. 2º do Decreto 6.142: Ao Supremo Tribunal de Justiça compete tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução dellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes do mesmo Tribunal, das Relações e dos Juizes de primeira instancia, nas causas de sua alçada.

## CAPÍTULO 2

### VALORAÇÃO DO DIREITO COSTUMEIRO: OS USOS E COSTUMES

Conforme analisadas no capítulo anterior as definições e ponderações relevantes sobre as fontes do direito, neste capítulo será realizada de forma particular a análise da importância dos usos e costumes como meio de solução de conflitos e de interpretação nas relações comerciais, elucidando considerações históricas que os marcaram, bem como trazendo definições e classificações de acordo com a doutrina pátria.

É preciso dedicar relevante estudo e alguns aspectos que contextualizam a fonte secundária, usos e costumes. Inicia-se abordando situações marcantes da história, com menção às positivações encontradas no mundo e focando posteriormente no Código Comercial de 1850 no Brasil até o atual Código Civil de 2002.

Passa-se, em seguida, ao ponto central do capítulo, a análise dos usos e costumes como meio supletivo para preenchimento de eventuais lacunas, ou seja, omissões encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, abordando seus conceitos e requisitos, espécies e diferenças com a lei (fonte primária do direito) conforme dispõe a doutrina e legislação brasileira.

#### 2.1 A GÊNESE DO DIREITO COMERCIAL E AS CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A origem do Direito Comercial como direito autônomo ocorreu a partir da metade do século XII, quando, no feudalismo, as corporações de comerciantes criaram e sistematizaram normas que tinham como essência os usos e costumes de seus membros.

O direito positivo sempre manteve vinculação com os fatos sociais. Essa conexão da ordem jurídica às manifestações sociais é fato comum na história do Direito. No passado, a influência era mais visível, de tal sorte que os costumes, além de fonte material, eram a expressão do Direito.

Ademais, as necessidades pessoais e coletivas se transformam com o tempo. Na Idade da Pedra Polida, por exemplo, praticavam-se trocas de coisas *in natura*, mercadoria por mercadoria. Depois, a sociedade evoluiu para a fase da

pecúnia, do dinheiro. Na era digital, a nossa, já se encontra a possibilidade de uso das moedas eletrônicas (ou criptomoedas), a mais notória é denominada *bitcoins*<sup>14</sup>.

Tais manifestações, creditadas no âmbito comercial, estão em constantes transformações. Nota-se que o período pós-moderno é marcado pela absorção das necessidades tecnológica e digital. Nessa toada, será feita primeiramente uma breve menção histórica ao Direito Comercial até chegar ao ponto central de análise do presente trabalho.

Waldirio Bulgarelli (1998, p. 26) explica que a antiguidade teve como principal meio comercial a existência de troca entre os povos, como os troianos, egípcios, cretenses, sírios, fenícios, cartagineses e babilônios. No império da Babilônia surgiu um dos primeiros documentos legislativos que atestavam a existência de normas jurídicas com relação ao comércio, especialmente o marítimo, denominado Código de Hamurabi, de 1.172 a.C. (século XVIII).

Denota-se, assim, que povos primitivos adotaram normas de controle social, geradas pelo consenso popular e as antigas legislações, como a de Hamurabi e as XII Tábuas (450 a.C.). Essas legislações foram, em grande parte, compilações dos costumes (NADER, 2003, p. 149).

Os fenícios tiveram sua importância no comércio durante os séculos XV e XVI a.C. – época em que fundaram várias colônias, como Cartago –, e também no século X, a partir de quando as normas costumeiras marítimas de índole internacional apareciam através da intermediação do comércio entre a Ásia e as costas do Mediterrâneo. Por sua vez, os gregos tiveram seu principal instituto mercantil instituído, denominado *nauticum foenus*, e acolhido no Digesto (556 d.C.), o chamado empréstimo a risco ou câmbio marítimo (*prêt à La grosse aventure*)<sup>15</sup> (BULGARELLI, 1998, p. 27).

Na Idade Média, o comércio já havia deixado de ser atividade característica só de algumas culturas ou povos e difundiu-se por todo o mundo civilizado. Durante o Renascimento Comercial, na Europa, artesão e comerciantes europeus reuniam-se em corporações de ofício, poderosas entidades burguesas (isto é, sediadas em burgos) que gozavam de significativa autonomia em face do poder real e dos senhores feudais. Nas corporações de ofício, como expressão dessa

---

<sup>14</sup> O *bitcoin* é um sistema financeiro de pagamentos estabelecida por meio de uma rede consensual que permite pagamentos eletrônicos *on-line* com base em uma moeda, completamente digital, sem a utilização de qualquer meio intermediário entre aquele que efetua a transação e aquele que a recebe. Tem sido popularmente denominada de “dinheiro na internet” (FERREIRA, 2014, p. 383).

<sup>15</sup> “Pronto para a grande aventura” (tradução livre).

autonomia, foram paulatinamente surgindo novas, destinadas a disciplinar as relações entre os seus filiados (COELHO, 2016, p. 31).

Compreende-se que os costumes de caráter comercial apresentaram sua origem na Idade Média. A descentralização do poder e do território em feudos fez surgir os usos dos comerciantes da época, uma série de costumes locais, através de uma atividade empresarial dinâmica, considerando que a lei não acompanhava a realidade comercial.

O Direito Comercial em Roma, apesar da intensidade do seu comércio e da evolução do direito entre eles, não tiveram um corpo especial de normas para o comércio que pudesse identificar como um ramo especial. A classe patrícia tinha força na propriedade rural, detinha o poder político e era contra a extensão das grandes fortunas plebeias formadas pelo comércio, exercício confiado aos escravos (THALLER *apud* BULGARELLI, 1998, p. 28).

Ademais, os estrangeiros que mercadejavam em Roma eram regidos pelo *jus gentium*, como normas diversas do *jus civile*, e suas questões eram resolvidas pelo *pretor peregrinus*, pois não existiam normas especiais para regular o comércio, e então eram incorporadas ao *jus civile* (MARTINS, 2017, p. 5).

Com a queda do império romano, no século V (473 d.C.), foi rompida a *pax romana*, o que ocasionou desorganização do mundo europeu, fazendo com que o comércio se deslocasse para a Ásia e assumisse um papel preponderante entre os árabes, o que instituiu a denominada rota de seda da China até o Mediterrâneo. Usamos, até hoje, vários termos dessa prática mercantil, como freguês, frete, armazém, avaria etc. (BULGARELLI, 1998, p. 28-29).

Pouco tempo depois, por volta dos séculos XIII e XIV, os estatutos mercantis expandiram sua abrangência, deixando de ter aplicação restrita aos comerciantes matriculados nas corporações de ofício, para alcançar todos aqueles que praticassem, de fato, as atividades reguladas pelas corporações, ou seja, "matéria de comércio". O exercício de determinados atos, qual seja, matéria de comércio, foram erigidos a novo critério de aplicação do direito especial, em detrimento do critério anterior, formal, decorrente da inscrição como membro nos livros da corporação (FORGIONI, 2003, p. 18-19).

Não obstante, no século XIV, as práticas mercantis medievais foram sistematizadas, à mercê das compilações estatutárias como as *Consuetudines* de Gênova, de 1056, *Constitutum Usus* de Pisa, de 1161, e o *Liber Consuetudinum* de Milão, de 1216. Outras cidades e países também recolheram os costumes e

decisões referentes ao comércio marítimo, em compilações entre as quais é necessário citar: *Jugements ou Rôles d'Oléron*, que ocorreu no século XXI; o *Capitulare Nauticum*, de Veneza, e a *Tabula Amalfitana*, de Amalfi, ambas do século XIII; as *Leis de Wisby*, da Ilha Goland no mar Báltico, o *Livro do Consolato del Mare*, de Barcelona, o *Guidon de La Mer* e as *Decisiones Rota e Mercatura*, de Gênova, todos no século XIV (BULGARELLI, 1998, p. 31-33).

Posteriormente influenciado pelo ideário liberal e implantado pela burguesia na Revolução Francesa em 1789, criou-se, em 1804, o *Code de Commerce* pelos juristas de Napoleão Bonaparte o primeiro a ser elaborado em tal formatação, inspirando a elaboração de outros códigos em diversos países, por exemplo Espanha, Bélgica, Itália, Portugal, e até mesmo o Brasil, com o Código Comercial de 1850 (atualmente vigente apenas no que se refere ao Direito Marítimo). Além disso, buscou-se a objetivação do Direito Comercial, servindo como fonte da teoria francesa dos atos do comércio (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 4).

Desse modo, a partir do século XIX, operou-se a mudança na forma de manifestação do direito com a elaboração do Código Napoleão, que passou a ter influência decisiva nos processos de codificação do direito de quase todos os povos (NADER, 2003, p. 150).

Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho (2016, p. 31), o início do século XIX, etapa denominada “fase do liberalismo econômico”, teve como marco inicial na França, quando Napoleão, ambicionando regular a totalidade das relações negociais, patrocinou a edição de dois monumentais diplomas jurídicos: o Código Civil (1804) e o Comercial (1804). Inaugurou-se, assim, um sistema para disciplinar as atividades dos cidadãos, que repercutiria em todos os países de tradição romana, inclusive no Brasil.

Esse sistema classifica as relações que hoje são chamadas de direito privado em civis e comerciais, e, para cada regime, estabeleceram-se regras diferentes sobre contratos, obrigações, prescrição, prerrogativas, prova judiciária e foros. A delimitação do campo de incidência do Código Comercial era feita, no sistema francês, pela teoria dos atos de comércio. Sempre que alguém explorava atividade econômica que o Direito considerava ato de comércio (mercancia), submetia-se às obrigações do Código Comercial (a obrigação de escriturar seu movimento econômico, por exemplo) e passava a usufruir da proteção por ele liberada (utilização da escritura mercantil como prova em processos judiciais) (COELHO, 2016, p. 31).

Entretanto, na denominada Era Moderna, essas normas pseudossistemizadas eram chamadas de Direito Comercial, as quais, em sua primeira fase de evolução, verifica-se o direito aplicável aos membros de determinada corporação dos comerciantes. Os usos e costumes de cada praça ou corporação tinham especial importância na sua aplicação (COELHO, 2016, p. 31).

Quando se discutem os usos e costumes do Direito Comercial, essa é uma questão especialmente relevante, pois é possível notar o abandono de um critério pessoal e a adoção de um critério objetivo, qual seja, o uso comercial efetivamente desempenhado pela pessoa. Através desse movimento expansionista, admitiram-se os usos mercantis praticados além do âmbito da corporação. Contudo, à medida que essa fase avançava, a função jurisdicional das corporações foi sendo absorvida pelo Estado.

O critério para a aplicação da disciplina comercial nesse período são os numericamente elencados atos de comércio (independentemente da condição pessoal de quem os pratique), e a grande abrangência dos corpos normativos. A isonomia formal e a legalidade exacerbada davam pouco espaço para as criações costumeiras. A codificação napoleônica operou uma objetivação do Direito Comercial até então inexistente (FORGIONI, 2003, p. 20).

Influenciado pelo movimento de codificação alastrado na Europa a partir do século XIX, o Brasil promulgou seu Código Comercial de 1850 e, bem mais tarde, o Código Civil de 1916. Foi nesse *codex* comercial que se prestigiou, pela primeira vez, ao menos de forma expressa, o instituto dos usos e costumes (antes mencionados como usos comerciais), invocados como norma subsidiária em diversas passagens, como pode-se observar nos seguintes artigos:

Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: [...] 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; [...].

Art. 742 – Todavia, não será justificada a arribada: I - se a falta de víveres ou de aguada proceder de não haver-se feito a provisão necessária segundo o costume e uso da navegação, ou de haver-se perdido e estragado por má arrumação ou descuido, ou porque o

capitão vendesse alguma parte dos mesmos víveres ou aguada; [...] (Brasil, 1850).

Conforme citado, o Código Comercial brasileiro de 1850 adotou a teoria dos atos do comércio ou mercancia<sup>16</sup>, quando, na metade século XX, a jurisprudência e a doutrina brasileira começaram a perceber a insuficiência da teoria e, então, passou a adotar a teoria da empresa<sup>17</sup>, retirada da interpretação da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) (TEIXEIRA, 2017, p. 30-33).

Ademais, o Código Comercial brasileiro de 1850, em seu regulamento nº 737 (art. 19), descrevia as condutas que eram consideradas atos de comércio ou mercancia, as quais, uma vez praticadas pelo indivíduo de forma habitual e profissional, qualificavam-no como comerciante pela compra e venda ou troca, com o fim de revender por atacado ou a granel na mesma espécie, ou manufaturado, ou para alugar. O Código também define a mercancia como: as operações bancárias, de corretagem e de câmbio; as empresas de fábrica, de comissão, de depósito, de expedição, de consignação, de transporte de mercadorias e de espetáculos públicos; os seguros, fretamentos e demais contratos do comércio marítimo; armação e expedição de navios (TEIXEIRA, 2017, p. 30).

Assim, denota-se que, na Idade Contemporânea, o Direito Comercial continua seu processo evolutivo, considerando que, no final do século XIX, vem à tona a discussão sobre a real necessidade de um direito especial para os comerciantes, e a proposta de unificação entre o Direito Civil e o Comercial, já que ambos se ocupariam de regulação de relações privadas. Pode-se sugerir que, nesse período histórico, houve uma desvalorização da lógica própria do comércio e, nesse sentido, a discussão acadêmica a respeito da unificação da matéria privada seria apenas um reflexo do que acontecia no mundo real.

Com a vigência do Código Civil de 2002, revogou-se a primeira parte do Código Comercial de 1850 e adotaram-se em grande medida as disposições do Código Civil italiano de 1942, em especial quanto às disposições sobre o direito obrigacional e direito da empresa. Em razão disso, adotou-se a teoria da empresa.

Fez-se necessário a análise da evolução do comércio neste subcapítulo, a fim de permitir a análise de seu desenvolvimento até o final do Estado Moderno e

---

<sup>16</sup> Por teoria dos atos do comércio ou mercancia, entende-se habitualidade e atuação contínua no exercício da atividade comercial (TEIXEIRA, 2017, p. 30).

<sup>17</sup> Por teoria da empresa, compreende-se que é mais ampla que a teoria dos atos do comércio, pois alcança qualquer atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (TEIXEIRA, 2017, p. 31).

ingresso no período contemporâneo, com os respectivos amoldamentos. Passa-se, assim, a abordar a atuação como meio supletivo de preenchimento de lacunas.

## 2.2 USOS E COSTUMES: MEIO SUPLETIVO PARA PREENCHIMENTO DE LACUNAS LEGAIS

Conforme analisado, nota-se o uso da prática dos costumes comerciais desde a antiguidade. *A priori*, o estudo parte do pressuposto de que mudanças comportamentais e culturais da sociedade são refletidas no Direito e necessitam ser vistas em sua dinâmica, em uma realidade que está em perene movimento, devido à interação com as relações humanas que se modificam e se adaptam conforme as novas exigências e necessidades do dinamismo da vida social.

Nesse aspecto, é crível a relevância dos costumes, pois por meio deles a sociedade se insere em determinados fatos de novas exigências e novos acontecimentos que acabam por originar a elaboração e interpretação da norma.

Pondera-se que, para a elaboração de positivação do direito, necessário se faz a colocação do ser humano no centro, como objeto de preocupação para a elaboração das normas. O jurista passa, então, a ter o desígnio de se preocupar com o comportamento da sociedade e dos humanos.

Com a positivação, passa a existir certa disponibilidade espaço-temporal do direito, considerando que a sua validade se torna maleável e pode ser limitada no tempo e no espaço, adaptada a prováveis necessidades de futuras revisões (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 68-69).

Considerando o que foi analisado anteriormente, cabe ao operador do direito, após a positivação de uma norma, valer-se primeiramente das fontes primárias, sendo que, quando não possibilitarem respostas íntegras ao caso em que se aplicará a norma, será possível se valer das fontes secundárias, face à omissão existente no caso concreto e aos novos fatos que surgem.

Dessa forma, reitera-se a importância das fontes secundárias, expressão que compreende técnicas integrativas ou supletivas, presentes no art. 4º da LINDB, ao dispor que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Para Marcos de Campos Ludwig (2005, p. 162), o art. 4º da LINDB, ao mencionar expressamente o recurso aos costumes como um dos caminhos para a integração das lacunas da lei, reconhece a insuficiência do modelo legislativo e consagra a aplicação do modelo consuetudinário.

Paulo Nader (2003, p. 150-154), por sua vez, menciona a aplicação com caráter supletivo, na hipótese de lacuna da lei, sendo que, na falta de uma disposição legal aplicável, deve o juiz decidir de acordo com o Direito Costumeyro, que pode ser definido como um conjunto de normas de conduta social, criadas espontaneamente pelo povo por meio do uso reiterado, uniforme e que gera a certeza de obrigatoriedade, e, no caso de também esse faltar, deverá decidir como se ele fosse o legislador.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 130) conceitua “lacuna” como uma inadequação em relação a alguma coisa; o conceito “gênero” é a inadequação normativa. O autor explica que o juiz deve aplicar o costume como meio supletivo de constatação de lacuna ou omissão, devendo levar em conta os fins sociais deste e as exigências do bem comum, conforme aduz o art. 5º da LINDB.

Com fundamento também no art. 140 no Código de Processo Civil de 2015, o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, razão pela qual se pode fundar em costumes adotados em determinado caso, local, espécie.

No Direito Costumeyro não há origem certa, como no caso da lei. Geralmente o costume surge de determinado uso ou hábito social, um ato consciente do homem visando atender a uma exigência social, atitude que passa a ser imitada e repetida até se tornar consciente no todo social e ser convertida em hábito jurídico (REALE, 2001, p. 155).

Sobre o conceito dos usos comerciais, como fonte secundária do direito, José Xavier Carvalho de Mendonça (1963, p. 173) expõe que:

Sob a denominação de usos comerciais, fonte subsidiária do direito comercial, entendem-se as normas ou regras observadas uniforme, pública e constantemente pelos comerciantes de uma praça e por estes consideradas como juridicamente obrigatórias, para, na falta de lei, regularem determinados negócios. Os usos são a primeira manifestação jurídica da prática mercantil, ou melhor, a expressão mais completa das opiniões e convicções que os comerciantes foram do fato econômico.

Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 95) insere os usos e costumes no rol de princípios do Direito Comercial:

Particularidade do direito comercial é a importância reservada aos usos e costumes, como padrão para a definição da existência e do alcance de qualquer obrigação entre empresários. Em nenhum outro

ramo jurídico, as práticas adotadas pelos próprios sujeitos têm igual relevância. É certo que a globalização vem reduzindo a variedade destas práticas, no bojo do processo de pasteurização cultural que lamentavelmente a acompanha. Dependente da crescente padronização dos mercados, como meio de facilitar o trânsito global de mercadorias, serviços e capitais, a economia dos nossos tempos tem, paulatinamente, prestigiado os usos e costumes internacionais e reduzido os locais. Estes, porém, ainda cumprem função de importância em muitas operações. O direito comercial, por meio do princípio da eficácia dos usos e costumes, reconhece como válidas e eficazes as cláusulas do contrato empresarial em que as partes contraem obrigações de acordo com as práticas costumeiras, seja no âmbito local ou internacional. O princípio da eficácia dos usos e costumes é legal, especial e implícito.

Na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encontra-se registro histórico dos livros de assentamentos, cujo conteúdo está anexo nesta dissertação (anexo I). O contexto desse material se dá pela codificação sistemática das normas e dos estilos costumeiros das praças do Estado de São Paulo, feita por iniciativa e redação do Dr. Orlando de Almeida Prado, Presidente da Junta Comercial do Estado de São Paulo na época, com a colaboração do Vogal da mesma Junta, Sr. Adelino Sant'anna Junior, os quais realizaram, após consulta às classes conservadoras e demais interessados do comércio e da indústria das praças do Estado, a aprovação de assentamento de usos e costumes nas sessões de março e julho de 1940 e de junho de 1942.

Com a apreciação do estudo a respeito da prática comercial da época, encontra-se em seu índice a divisão de usos comerciais peculiares negociadas na praça de São Paulo, divididos em 60 itens. Considerando o amplo número de assentamentos da época, serão listados apenas alguns para fins de exemplificação. No item 147 do material, por exemplo, foi abordado o tema “cereais”, e o livro mostra que a unidade para a base de negócio dos gêneros ali constantes, por natureza e destino, poderiam ser considerados cereais pelo uso mercantil, quando arrolou-se: alfafa: fardo de 40 quilos; alpiste: fardo de 60 quilos; amendoim: saco de 25 quilos; arroz de todas as espécies: saco de 60 quilos; arroz ½ arroz: saco de quilos; aveia: saco de 30, 40, 50 quilos; batata doce: saco de 60 quilos; centeio: saco de 50 quilos; dentre outros (SÃO PAULO, 1943, p. 40-41).

Verifica-se, assim, que usos e costumes são a prática dos comerciantes que, na busca por soluções para os problemas cotidianos, encontram e consolidam determinada forma de resolvê-los. Esses esquemas espraiam-se ao serem imitados

por outros agentes. Por essa razão, possuem determinada força uniformizadora que tendem a planificar o comportamento (FORGIONI, 2016, p. 135).

Usos e costumes empresariais podem ser considerados práticas contínuas de determinados atos pelos agentes econômicos, atendidas como regras positivas e obrigatórias pelos empresários. Um exemplo muito comum na sociedade moderna é a emissão e o pagamento de boletos bancários, independentemente de previsão legal (TEIXEIRA, 2017, p. 58).

Passaram a ser enquadrados os usos e costumes mercantis como fontes do Direito Comercial, tanto no sentido material, de contribuir para a construção do direito positivo adaptado e atualizado às novas formas de negócios mercantis, como no sentido de fonte formal secundária, que deveria ser aplicada na solução de problemas mercantis que não estivessem previstos em uma norma positiva (OLIVEIRA FILHO, 2007, p. 33).

Pode-se, ainda, sustentar a ideia de que o costume é a literal fonte do direito, por entender que a norma jurídica se origina de acontecimentos mais variados, como transformações econômicas, movimentos políticos, doutrinas ideológicas, ações de grupos. Assim, por meio dessas e entre outras movimentações, constata-se o surgimento de matérias à norma pela qual a realidade social se expressa.

No mesmo sentido, Jônatas Luiz Moreira de Paula (1997, p. 58) faz menção ao costume como uma fonte substancial do direito, pois a sua causa provém do fato social, e sua forma, ou a maneira de se expressar em lei, emana da autoridade estatal da qual deriva a norma escrita.

Pondera-se que a atividade comercial está em contínua mutação, e essa realidade dinâmica não pode ser travada pela ausência de normas autorizativas ou permissivas para a exploração de um novo negócio. Os usos e as práticas comerciais resultam e são criados a partir das necessidades do mercado e das empresas, e poderão ser, em certo momento, positivados, para garantir a segurança dos contratantes e gerar uma disciplina regulatória mínima, como medida de política legislativa. Nessa realidade, os juristas e os legisladores ficam em uma posição secundária, passiva, somente atuando quando as exigências sociais de positivação de certos usos e práticas mercantis se fazem presentes.

Nota-se que as práticas mercantis reiteradas, assim compreendidas como usos e costumes, continuarão exercendo significativa influência na formação do Direito Empresarial, especialmente no âmbito do comércio eletrônico devido às

novas formas e modalidades de relações mercantis que vem surgindo no cotidiano do comércio, por imposição das demandas do mercado, do desenvolvimento tecnológico, abordagem que será tratada nos próximos capítulos.

### 2.2.1 Conceito e Requisitos

Não há menção correta para a terminologia dos usos e costumes comerciais no Código Comercial de 1850. Revogado em parte, verificava-se variedade de vocábulos nesse Código, tais como: uso e prática mercantil<sup>18</sup>, estilo e uso do comércio<sup>19</sup>, estilo da praça<sup>20</sup>, uso comercial<sup>21</sup>, usos do comércio<sup>22</sup>, uso praticado no comércio<sup>23</sup>, usos comerciais<sup>24</sup>.

O atual Código Civil também faz menção aos usos e costumes, nos artigos, 445<sup>25</sup>, §2, 529<sup>26</sup>, 628, parágrafo único<sup>27</sup>, 695<sup>28</sup>, 699<sup>29</sup>, 700<sup>30</sup>, 701<sup>31</sup>, 724<sup>32</sup> e 753, §4<sup>33</sup>.

---

<sup>18</sup> Art. 154 - O comitente é obrigado a pagar ao mandatário todas as despesas e desembolsos que este fizer na execução do mandato, e os salários ou comissões que forem devidas por ajuste expresso, ou por **uso e prática mercantil** do lugar onde se cumprir o mandato, na falta de ajuste (grifo nosso).

<sup>19</sup> Art. 169 - O comissário que se afastar das instruções recebidas, ou na execução do mandato não satisfizer ao que é de estilo e **uso do comércio**, responderá por perdas e danos ao comitente (grifo nosso).

<sup>20</sup> Art. 179 - A comissão del credere constitui o comissário garante solidário ao comitente da solvabilidade e pontualidade daqueles com quem tratar por conta deste, sem que possa ser ouvido com reclamação alguma. Se o del credere não houver sido ajustado por escrito, e todavia o comitente o tiver aceitado ou consentido, mas impugnar o quantitativo, será este regulado pelo **estilo da praça** onde residir o comissário, e na falta de estilo por arbitradores (grifo nosso).

<sup>21</sup> Art. 186 - Todo comissário tem direito para exigir do comitente uma comissão pelo seu trabalho, a qual, quando não tiver sido expressamente convencionada, será regulada pelo uso comercial do lugar onde se tiver executado o mandato (artigo nº. 154).

<sup>22</sup> Art. 201 - Sendo a venda feita à vista de amostras, ou designando-se no contrato qualidade de mercadoria conhecida nos usos do comércio, não é lícito ao comprador recusar o recebimento, se os gêneros corresponderem perfeitamente às amostras ou à qualidade designada; oferecendo-se dúvida, será decidida por arbitradores.

<sup>23</sup> Art. 207 - Correm, porém, a cargo do vendedor os danos que a coisa vendida sofrer antes da sua entrega: 2 - quando, por condição expressa no contrato, ou por **uso praticado em comércio**, o comprador tem direito de examinar, e declarar se contenta com ela, antes que a venda seja tida por perfeita e irrevogável (grifo nosso).

<sup>24</sup> Art. 291 - As leis particulares do comércio, a convenção das partes sempre que lhes não for contrária, e os **usos comerciais**, regulam toda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial (grifo nosso).

<sup>25</sup> Art. 445, §2º- Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos **usos** locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria (grifo nosso).

<sup>26</sup> Art. 529 - Na venda sobre documentos, a tradição da coisa é substituída pela entrega do seu título representativo e dos outros documentos exigidos pelo contrato ou, no silêncio deste, pelos **usos** (grifo nosso).

Ricardo Negrão (2015, p. 43) também faz menção às definições da palavra “costume”, que aparece dessa forma, ou então como costume e uso, uso e prática ou usos e costumes, porém os trata como sinônimos.

No mesmo sentido, Rubens Requião (2013, p. 56) alude que muitos doutrinadores, citando o Prof. Lagarde como exemplo, não fazem distinção entre as expressões usos e costumes, inclusive na jurisprudência francesa, mas mostra que outros procuram distingui-las, vendo nos costumes uma regra mais imperativa do que os usos, que seria simplesmente convencional.

Abordando ainda a razão da distinção terminológica entre usos e costumes, Waldo Fazzio Júnior (2014, p. 13) defende a ideia de tratá-los como sinônimos, porém explica que o critério para a aferição dos usos é ontológico, isto é, para que uma prática uniforme e constante adquira *status* de uso, deve envolver a crença de que é o direito que está sendo observado.

Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 1) utiliza concisa diferenciação entre os usos e os costumes, alegando que os primeiros situam-se em nível mais restrito com relação aos segundos. O autor aborda que o uso é uma prática reiterada, que pode ter relevância jurídica pontual, mas está colocado em patamar inferior ao costume. O uso reiterado de uma conduta ou atividade transforma-se em costume, ou seja, quando a prática reiterada torna-se obrigatória na consciência social, nem todo uso é costume; apenas quando se torna obrigatório será convertido em costume. É difícil dar prova concreta de sua existência, é custoso buscar a gênese de sua elaboração

---

<sup>27</sup> Art. 628, p.u. - Se o depósito for oneroso e a retribuição do depositário não constar de lei, nem resultar de ajuste, será determinada pelos **usos** do lugar, e, na falta destes, por arbitramento (grifo nosso).

<sup>28</sup> Art. 695 - O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os **usos** em casos semelhantes (grifo nosso).

<sup>29</sup> Art. 699 - Presume-se o comissário autorizado a conceder dilação do prazo para pagamento, na conformidade dos **usos** do lugar onde se realizar o negócio, se não houver instruções diversas do comitente (grifo nosso).

<sup>30</sup> Art. 700 - Se houver instruções do comitente proibindo prorrogação de prazos para pagamento, ou se esta não for conforme os **usos locais**, poderá o comitente exigir que o comissário pague incontinenti ou responda pelas conseqüências da dilação concedida, procedendo-se de igual modo se o comissário não der ciência ao comitente dos prazos concedidos e de quem é seu beneficiário (grifo nosso).

<sup>31</sup> Art. 701 - Não estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo **os usos** correntes no lugar (grifo nosso).

<sup>32</sup> Art. 724 - A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e **os usos locais** (grifo nosso).

<sup>33</sup> Art. 753, §4º - Se o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia, a qual poderá ser contratualmente ajustada ou se conformará aos **usos** adotados em cada sistema de transporte (grifo nosso).

e, na grande maioria das vezes, não é fácil provar sua presença, mormente nos sistemas de direito escrito.

Para que o uso possa ser considerado costume, é fundamental que ocorra uma prática constante e repetitiva, durante um prazo mais ou menos longo de tempo. O costume leva tempo, instala-se quase imperceptivelmente no seio da sociedade e apresenta a grande vantagem de assimilar perfeitamente as necessidades sociais, algo que nem sempre o legislador logra conseguir. O costume tem sua razão de ser justamente em sua espontaneidade brotada da sociedade, o que não ocorre comumente com a lei (VENOSA, 2013, p. 1).

O costume surge da prática de certa situação. Não tem forma prevista ou escrita, nem é controlado. Perde sua vigência pelo desuso, posto que a vigência é mera decorrência da eficácia. Quando o magistrado reconhece a habitualidade duradoura de um comportamento, com intencionalidade ou motivação jurídica, confere-lhe validade formal e obrigatoriedade (REALE, 2002, p. 156-157).

O costume jurídico passa a existir tão somente com a presença de dois elementos: o primeiro, considerado objetivo, é a repetição habitual de um comportamento durante certo período de tempo; o segundo, chamado de subjetivo, é a consciência social da obrigatoriedade desse comportamento, sendo conveniente ao interesse social (REALE, 2002, p. 158).

O costume é, portanto, uma norma que deriva da longa prática uniforme ou da geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica.

Maria Helena Diniz expõe sobre os requisitos *consuetudo* e *opinio juris necessitatis*:

A fonte jurídica formal é, então, a prática consuetudinária, sendo o costume não fere o direito, é apenas um modo pelo qual ele se expressa, daí a sua exigibilidade. A *consuetudo* (uso) e a *opinio juris et necessitatis* (convicção de que a norma é necessária) são elementos integrantes do processo de formação do costume. Há interação entre elas. A prática reiterada pode exercer influência como um valor de segurança social para a formação da *opinio*, que, por sua vez, pode promover o uso ou abreviar a duração necessária à formação do direito consuetudinário (DINIZ, 2001, p. 303).

Waldemar Ferreira (1960, p. 427-429), de maneira semelhante, menciona que o primeiro requisito para a validade dos usos comerciais é a prática continuada, a série longa de normas, generalizada entre os comerciantes de determinado lugar,

praça, cidade ou Estado, sendo denominados “usos locais”. Entretanto, quando praticados em todo o território nacional, constituem denominação de usos gerais. De todo modo, é necessário que sejam entendidos e aplicados aos mesmos atos e fatos e que seu cumprimento tenha sentido de obrigatoriedade. Nessa *opinio juris seu necessitatis* está o elemento material ou subjetivo.

Constata-se que são necessariamente dois elementos compõem os costumes: o primeiro é a constância e uniformidade de sua observância, e o segundo se apresenta pelo sentimento íntimo, através da constatação de quantos os observam e cumprem como se lei fosse.

José Xavier Carvalho de Mendonça (1963, p. 175-177) menciona que, para que os usos comerciais se evidenciem com legitimidade a fim de se tornarem preceitos jurídicos, é necessária a presença de três requisitos materiais ou de fato: prática entre comerciantes do mesmo lugar; conformidade com os princípios da boa fé e das máximas comerciais, inspirados no preceito canônico de que o uso, além de lícito e honesto, deve ser razoável; obediência às disposições de lei ou princípio de ordem social, alegando que podem ser contrários às leis civis, desde que estas não sejam por lei comercial expressamente aplicáveis à matéria mercantil. O autor acredita que as leis civis não bastam para tutelar os interesses mercantis, mas que os usos suprem essa deficiência, pois integram e aperfeiçoam a lei comercial estabelecendo regras para novos casos.

O doutrinador acredita na presença de outro elemento. Ele afirma que a presença de cunho imaterial e psicológico traz o sentimento de que sua observância é obrigatória, e afirma que, para que a prática de atos constantes e uniformes tome a qualidade de uso, ela deve ser acompanhada da convicção de que tal é o direito e deve ser observada como se fosse lei, para então adquirir o caráter e a autoridade de fonte do direito (CARVALHO DE MENDONÇA, 1963, p. 177-178).

Percebe-se, novamente, que o costume como fonte do direito necessita da conduta do indivíduo em sociedade, que passa a ser praticada por todos, reiteradamente e por um longo período, tornando-se obrigatória, sob pena de reprovação social.

É o que também ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 242), o qual menciona que o costume, como fonte das normas consuetudinárias, possui em sua composição um elemento relacional, qual seja, o uso reiterado no tempo para o processo de institucionalização, que explica a formação da convicção da

obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores.

Quanto aos requisitos analisados acima, nota-se, ainda de acordo com Waldo Fazzio Júnior (2014, p. 15), que, para caracterização de um costume, é necessária a aplicabilidade dos costumes em práticas comerciais, havendo a continuidade, a uniformidade, a conformidade legal das práticas comerciais e, por fim, o assentamento destas<sup>34</sup> (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 15).

Waldemar Ferreira (1960, p. 430) dispõe que há diferença entre a função atribuída aos usos quando funcionam como ferramenta interpretativa dos contratos, considerando a vontade dos contratantes, e não quanto à omissão da lei em si. Em razão disso, os usos e costumes dividem-nos em usos legislativos e usos interpretativos: os primeiros funcionam, quando provados, como se leis fossem, revestidos da sua força obrigatória; os segundos, como se fossem cláusulas contratuais, exprimindo a vontade específica dos contratantes.

Os usos podem ser classificados como usos propriamente ditos, conhecidos como usos de direito e usos interpretativos, chamados também de usos de fato ou usos convencionais. Os primeiros, os usos propriamente ditos ou usos de direito, são imperativos, ou seja, assumem força de lei. São eles que o antigo Regulamento 737, de 1850, considerava integrantes da legislação comercial. Já os usos interpretativos ou convencionais são os que decorrem da prática espontânea dos comerciantes em suas relações comerciais (REQUIÃO, 2014, p. 57).

Rubens Requião (2014, p. 57) aborda que os usos interpretativos ou convencionais integram-se nos contratos como cláusulas implícitas ou tácitas e de tal forma ingressam nos negócios que seu uso constante os torna implícitos, sendo desnecessário enunciá-los expressamente. Recebem eficácia da simples vontade das partes.

Diante da variação da nomenclatura, será adotada no presente trabalho a terminologia “os usos e costumes” que se caracterizam, objetivamente, pela prática reiterada e, subjetivamente, por sua compreensão uniforme.

No próximo tópico, serão analisadas suas espécies e como a doutrina vem abordando as classificações em *secundum legem* (previstos e mandados observar como norma subsidiária), *praeter legem* (incidentes supletivamente na omissão da lei) ou *contra legem* (praticados de forma oposta à prática da lei escrita).

---

<sup>34</sup> A questão do assentamento será analisada no capítulo 4 do presente trabalho, no item 4.3.

### 2.2.2 Espécies de Usos e Costumes

Nesta seção, passa-se à classificação dos usos e costumes enquanto *secundum legem* (previstos na lei escrita e por ela mandados guardar), momento em que se reconhece a eficácia obrigatória, *praeter legem* (oriundos da prática do comércio em falta de texto legal e vigentes e, por isso mesmo, elementos formadores da norma jurídica) e, por fim, o *contra legem* (praticados em sentido oposto ao da lei escrita e, por isso mesmo, inoperantes e inadmitidos (FERREIRA, 1960, p. 434).

No costume *secundum legem*, a própria lei reconhece e admite a força obrigatória do costume. No Direito Civil, há exemplos dessa classificação. Como a da obrigação do locatário de efetuar o pagamento do aluguel no prazo ajustado, e, na falta de prévio ajuste, segundo o costume local (art. 1.192, inciso II, do C.C. de 1916 e art. 569, II, do C.C. de 2002). Prescreve o art. 615 do C.C. de 2002 (art.1.242 do C.C. de 1916) que “concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la”. O art. 1.297, § 1º, do C.C. de 2002 (art. 588, § 2º do C.C. de 1916) estabelece que “Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidades com os costumes da localidade a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação”.

Há ainda o exemplo do art. 596 do C.C., que diz que “Não se tendo estipulado, nem chegado a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”. E segundo o art. 965, I, “Goza de privilégio geral, na ordem seguinte, sobre os bens do devedor: I – o crédito por despesa de seu funeral, feito segundo a condição do morto e o costume do lugar”.

Em seguida, verifica-se o costume *praeter legem*, que possui caráter supletivo e é aplicado para suprir a lei em casos omissos, sendo hipótese de integração normativa prevista no art. 4º da LINDB. Um exemplo corriqueiro é o cheque, meio de pagamento à vista que, se emitido sem fundos em poder do banco sacado, ficará sujeita à sanção penal a parte que o emitiu. Entretanto, um elevado número de pessoas em relações comerciais, de forma reiterada e ininterruptamente,

emitem-no não como uma mera ordem de pagamento, mas como garantia de dívida, para desconto futuro, na convicção de que esse procedimento não constitui um crime (DINIZ, 2007, p. 204).

Tal costume de emitir cheque pós-datado, baseado em hábito da época, realizado constante e uniformemente, e na convicção de que se trata de uma norma de Direito Civil, como se tratasse de um sucedâneo, de uma letra de câmbio ou de uma promessa de pagamento, fez com que o magistrado se utilizasse dessa norma consuetudinária como fonte supletiva da lei, declarando a inexistência do crime, até que essa omissão fosse sanada com o advento da Súmula 370 do Superior Tribunal de Justiça<sup>35</sup>, em que se torna admissível a condenação por dano moral em caso de antecipação de cheque.

Paulo Nader (2003, p. 154) faz menção à divergência doutrinária quanto ao significado dessa espécie de costume *secundum legem*:

Para alguns ela se caracteriza quando a prática social corresponde à lei. Não seria uma prática social ganhando efetividade jurídica, mas a lei introduzindo novos padrões de comportamento à vida social e que são acatados efetivamente. É também denominado costume interpretativo, pois, expressando o sentido da lei, a prática social espontaneamente consagra um tipo de aplicação das normas. Há autores que não admitem esta espécie, sob o fundamento de que não se trata de norma gerada voluntariamente pela sociedade, mas uma prática que decorre da lei. Esse costume se caracterizaria aos costumes, na opinião de outros autores, quando a própria lei remete seus destinatários aos costumes, determinando o seu cumprimento. Sob este entendimento, é inegável que a norma costumeira atua efetivamente como fonte formal, apesar de sua aplicação ser ordenada por lei.

Maria Helena Diniz (2001, p. 306) também faz menção à existência de conflitos entre os autores ao dizer que uns o admitem e outros não, mas entende que o costume *contra legem* é aquele que se forma em sentido contrário da lei, como o caso da mencionada *consuetudo abrogatoria*, implicitamente revogatória das disposições legais, ou da *desuetudo*, que produz a não aplicação da lei em virtude do desuso, uma vez que a norma legal passa ser letra morta. Os partidários do historicismo jurídico reconhecem o costume ab-rogatório, representando a “revolta dos fatos contra os códigos” (DINIZ, 2001, p. 307).

---

<sup>35</sup> Súmula 370 pelo STJ: “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado”.

No Direito brasileiro, há casos em que os juízes aplicaram o costume *contra legem* atendendo aos reclamos da justiça e dos fatos sociais (LINDB, art. 5º). A esse respeito, Maria Helena Diniz (2001, p. 308) traz um exemplo:

No antigo direito pátrio houve um alvará, o de 30 de novembro de 1793, que mandou seguir, em matéria de prova, o costume de preferência à Lei, e isso ocorreu numa época em que vigorava a Lei da Boa Razão, editada em 1769, que proibia o costume contrário às disposições legais. Outro exemplo foi o caso do chamado aluguel progressivo, que, apesar de proibido pelo art. 3º da Lei n. 1300/50, foi muito praticado, de tal forma que a Lei N. 3.494/58, no art. 2º, o consagrou.

Poder-se-á afirmar que a problemática do costume *contra legem* é de natureza política e não jurídica, pois se trata de uma questão de colisão de poderes, uma vez que a maioria dos autores rejeita esse tipo de costume por entendê-lo incompatível com a tarefa legislativa do Estado e com o princípio de que as leis só se revogam por outras (DINIZ, 2001, p. 308).

Rubens Requião (2013, p. 30) entende que os costumes não podem ser *contra legem*. Contudo, observa a necessidade de se distinguir as normas quanto às imperativas e as dispositivas. Assim, quando a regra legal for de ordem pública, ou seja, imperativa, não poderão as partes substituí-la por determinado costume; mas, quando a norma possuir natureza dispositiva, as partes poderão realizar a substituição, sobrepondo o costume à norma legal não imperativa.

Rizzatto Nunes (2009, p. 124) aduz que o costume *contra legem* não deve ser aceito porque implicaria, no limite, a possibilidade de revogação de todo o sistema jurídico por força do costume jurídico, o que acarretaria em uma violação do sistema, sendo incompatível com a função legislativa do Estado.

Ainda sobre a tese da não possibilidade, tem-se o conteúdo normativo do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra modifique ou revogue”.

Entretanto, é possível ainda afirmar que o dispositivo acima mencionado foi derogado pelo costume, ou seja, há uma revogação da parte que só admite outra lei como forma de revogação, abrindo-se a probabilidade para o costume. O poder judiciário, mesmo sem fazer referência ao costume *contra legem*, tem identificado

leis que caíram em desuso e reconhecido os costumes jurídicos que surgiram no lugar dessas leis<sup>36</sup> (NUNES, 2009, p. 124-125).

Em que pese a opinião de certos autores sobre a inadmissibilidade da aplicação do costume *contra legem*, percebe-se que é possível acolher essa vertente em casos excepcionais, como o de desajuste entre a realidade dos fatos e o comando normativo, desde que fundada na justiça.

### 2.2.3 Lei e Costume: Principais Diferenças

É necessário traçar um paralelo entre costumes e lei, que se diferenciam segundo vários critérios, quanto à sua origem, à forma de elaboração, à extensão ou âmbito de eficácia e à forma.

Miguel Reale (2002, p. 155), menciona que a origem a lei é sempre certa e predeterminada, ou seja, sempre haverá um momento no tempo e um órgão do qual emana o direito legislado, que se reveste de segurança e certeza. Em se tratando de uma lei federal, a responsabilidade será do Congresso, por meio das duas Casas, a Câmara de Deputados e o Senado – o órgão da lei a ser sancionada pelo Presidente da República, que integra o processo legislativo pelo poder de iniciativa, pela sanção

---

<sup>36</sup> Veja-se o seguinte exemplo abordado por Rizzatto Nunes (2009, p. 125-126): “Trata-se de decisão unânime da Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal do Estado de São Paulo, de 11-11-1986, mantendo a sentença já decidida em primeira instância” (AC 110.571-2, Rel. Des. Marcos Vinicius). “A r. sentença julgou procedente a ação de dissolução de sociedade e determinou que o pagamento dos haveres dos sócios retirantes seja feito parcialmente conforme estipulam os estatutos sociais. Expressamente determina que os haveres não serão apurados na forma do art. 15 do Decreto n. 3.708/19, mas mediante a aferição da realidade físico- contábil das sociedades. Prescreve ainda seja aplicada a correção monetária, caso necessária, e que terá por marco a data do laudo, que, em execução, apurar os haveres. É explícita em afirmar que a correção monetária não constitui penalidade decorrente da mora, mas tem a finalidade de preservar o valor intrínseco da moeda diante da inflação. Rateou, entre autores e réus, as custas e os honorários. O art. 15 do Decreto n. 3.708/19 diz que os sócios que se retiram da sociedade obterão o reembolso da quantia correspondente ao seu capital na proporção do último balanço aprovado. No entanto, como ‘o direito, do qual a lei rege o exercício, fica acima da lei; e esta lhe deve servir e não o direito à lei. Porque o direito é a essência, a lei, a forma, e, como tal, transitória’ (Pedro Vicente Bobbio — *Estudos sobre Sociedades Limitadas* — pág. 12), é necessário que à lei seja dada interpretação condizente com a realidade social. Afinal, no mundo jurídico deve existir dentro do mundo real e não fora e acima dele. Os Estatutos não prevêm a forma de apuração dos haveres, mas, nem por isso, se deve concluir que deve ser feita nos termos estritos da lei, que, aliás, representa uma realidade de há muito desaparecida no mundo dos negócios. O valor das quotas tem que representar o preço justo. Nem sempre o último balanço representa o preço justo. Cunha Peixoto ao tratar dessa questão afirma: ‘Não temos dúvida em responder pela afirmativa. O balanço, em relação ao sócio excluído, não é vinculativo só pelo fato de ser aprovado pela maioria; é preciso que ele retrate fielmente a posição da sociedade, que acuse sua verdadeira situação econômica’ (*Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada* — p. 281 — 1º vol.). Destarte, a fim de que a apuração de haveres seja justa e represente a verdadeira situação da sociedade, deve ser feita na forma determinada pela r. sentença. O perito e eventuais assistentes terão oportunidade de apresentar seus laudos, e a decisão será do MM. Juiz da execução.”

ou pelo veto. O Direito Costumeyro, por outro lado, não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível a localização de maneira predeterminada, há certa dificuldade em saber a origem de determinado uso ou hábito social, que aos poucos se converte em hábito jurídico.

Na prática, Paulo Nader (2003, p. 151) releva que a única distinção objetiva que deve existir entre ambos, lei e costume, é o fato de a lei ser escrita e o costume ser oral, pois a genuína fonte e o conteúdo devem ser iguais. Uma vez escrita, a norma deixa de ser costumeira para incorporar-se à categoria de Direito Codificado. Lei e costume devem emoldurar o quadro da vida em sociedade e ser produto da vivência social condicionados no tempo e no espaço pela história (NADER, 2003, p. 151).

A próxima distinção diz respeito à elaboração. Ao passo que as leis se originam de um órgão certo, obedece a trâmites prefixados na sua formação, para os usos e costumes, a elaboração acontece de forma imprevista na sociedade, ninguém poderia predeterminar os processos reveladores dos usos e costumes (REALE, 2002, p. 156).

O costume é a forma primeira de elaboração da norma jurídica, podendo-se dizer que ele é a matéria-prima da norma jurídica, é o substrato do direito. A prática diuturna e constante de determinadas ações, a partir do momento em que são observadas pelos indivíduos, tornam-se regras de conduta. O tempo pode contribuir para que a regra seja consolidada no direito escrito através do processo legislativo (PEREIRA, 2001, p. 37).

Paulo Nader (2003, p. 152) defende que:

Apesar de o costume ser a expressão mais legítima e autêntica do Direito, pois produto voluntário das relações de vida, não atende mais aos anseios de segurança jurídica. O Direito codificado favorece mais a certeza do Direito do que as normas costumeiras. É justamente esta circunstância que dá à lei uma superioridade sobre o costume, notadamente nos Estados de grande base territorial, em que há diversidade de usos e costumes. Se os costumes possuem, de um lado, a vantagem de ser um Direito que traduz presumivelmente as aspirações do povo, sem qualquer compromisso de natureza política, de outro lado, além da incerteza jurídica que gera, muitas vezes as suas normas vêm impregnadas de sentido moral e religioso [...].

Segundo Eduardo Oliveira Ferreira (2009, p. 252-253), essa seria uma característica das legislações modernas, que, por necessidade de segurança

jurídica, clareza de normas e igualdade formal, se mostram abrangentes e avessas ao costume. Logo, apesar de as legislações preverem o costume como fonte subsidiária, a ele foi dada a relevância determinada pela lei escrita, ou seja, o costume se encontra submetido à invocação legal.

Tratando-se da lei e dos costumes, Rubens Requião (2013, p. 56) analisa as principais diferenças: “Leis são instantâneas. Costume não necessita ser imposto, leis devem ser impostas. Costume não exige castigo, leis necessitam de penalidades. Mas enquanto uma lei pode quebrar costumes, costumes não podem derrogar leis.”

No mesmo sentido, Rizzatto Nunes (2009, p. 119-120) esclarece que, ao contrário da lei, que é imposta do Estado para a sociedade, expressa de forma geral e abstrata para poder atingir todas as pessoas e todos os setores da sociedade, o costume jurídico surge do anseio da coletividade, fato que não torna viável a definição do seu ponto inicial de nascimento, como ocorre com a lei. Por fim, nota-se a exigência de o costume ser provado por aquele que alega a seu favor, enquanto a lei não precisa de regra para ser provada.

Denota-se, assim, o critério distintivo entre lei e costume quanto à forma: a lei é escrita e o costume não é escrito. Como será visto adiante, há casos em que, o Direito Costumeyro é consolidado e publicado por iniciativa de órgãos administrativos, como a Junta Comercial.

Ocorre que, em relação à forma, surge o problema da vigência, da eficácia e da norma costumeira, situação em que a norma legal, conforme mencionado anteriormente, possui previsão quanto à sua formação por meio de um órgão predeterminado. Se não estiver previsto o prazo de vigência, vigorará até o advento de nova lei que o revogue, salvo em caso de manifesto desuso. Quando verificada a falta de aplicação de uma norma legal, ocorrerá a perda da sua eficácia, pois a validade formal ou vigência torna-se aparente, esvazia-se pela falta de aplicação. No Direito Costumeyro, por sua vez, não é possível a determinação do tempo de sua duração, tampouco é possível prever sua extinção (REALE, 2002, p. 157).

Desta feita, verifica-se a última distinção, a extensão, ou seja, a eficácia. A lei é genérica, com caráter de universalidade, enquanto os costumes são particulares, atendendo a uma categoria de pessoas ou de atos, ou de situações locais (REALE, 2002, p. 156).

Diante da análise deste capítulo, pode-se concluir a estimação dos usos e costumes no Direito Comercial desde a Antiguidade. No decorrer do trabalho, será

abordado que o surgimento da internet foi responsável por uma significativa alteração na dinâmica comercial, com o desenvolvimento e a popularização, inclusive, do comércio eletrônico. Do mesmo modo, será possível verificar a importância da interpretação dos usos e costumes e a predominância da fonte comercial em razão do surgimento de lacunas na lei em âmbito virtual.

Realizadas as definições e considerações acerca dos usos e costumes, é possível seguir para a análise do panorama da internet em meio às disposições normativas relacionadas ao *e-commerce*, dentre as quais estão o Decreto n. 7.962/2013 (Lei do Comércio Eletrônico) e a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que serão ponderadas no decorrer do trabalho.

### **CAPÍTULO 3**

## **O DESENVOLVIMENTO DA ERA DIGITAL: UMA ANÁLISE ACERCA DO COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Neste capítulo será realizada a contextualização do surgimento da internet, um meio dificilmente imaginável em períodos anteriores e que abarcou inúmeras mudanças importantes após a Revolução Industrial. Esse ambiente tornou-se o que hoje se denomina ciberespaço.

Diante desse contexto, será abordado o surgimento da internet, sua definição e seus aspectos relevantes, os quais propiciaram o impulso da tecnologia voltada à comercialização de produtos e serviços. Essa nova forma de comercialização se define como comércio eletrônico. Em seguida, será esclarecida a diferença entre o comércio físico e o eletrônico, considerando a sua importância deste último para a promoção do desenvolvimento comercial.

Após essas ponderações, necessário se faz abordar o cenário jurídico brasileiro, que promulgou o Decreto n. 7.962 em 15 de março de 2013 (Lei do Comércio Eletrônico), que autoriza a utilização do Código de Defesa do Consumidor de 2002 para eventuais conflitos existentes no âmbito do comércio eletrônico, assim será realizada alusões sobre os principais artigos.

Posteriormente, será dada continuidade ao ordenamento jurídico brasileiro, abordando o Marco Civil da Internet Lei n.12.965 de 2014, contextualizando momentos marcantes antes de sua promulgação, bem como em seguida, discorrendo sobre os dispositivos da Lei.

Não obstante, o tema gerou grande repercussão, razão pela qual, frente a conflitos existentes, originaram-se correntes doutrinárias que abordavam formas de regulamentação, dentre elas a autorregulamentação, a criação de um direito no ciberespaço, aplicação dos institutos jurídicos tradicionais, como a analogia e por fim, a abordagem mista, as quais serão mencionadas de forma breve ao final do capítulo.

### 3.1 A ASCENSÃO DA INTERNET: CONTEXTUALIZAÇÃO

É notória a profunda transformação vivida pela sociedade nos últimos tempos, circunstância que não se restringe à sociedade nacional, é fato em praticamente todas as sociedades mundiais. Na propulsão dessa transformação está o desenvolvimento tecnológico, em especial o desenvolvimento dos meios de comunicação e comerciais.

A internet foi desenvolvida nos Estados Unidos, precisamente no ano de 1969, quando o Departamento de Defesa criou um sistema que interligava centros de pesquisas militares visando à transmissão de documentos e de informações. Posteriormente, no final da década de 1980, houve a expansão do uso em universidades e outros institutos de laboratórios de pesquisa norte-americanos. Em 1993, o preço dessa tecnologia, já muito desenvolvida e ampliada, foi reduzido, a fim de favorecer empresas e particulares (TEIXEIRA, 2015b, p. 23-24).

Nos últimos anos, o avanço da tecnologia, sobretudo a partir do advento da internet, proporcionou a construção de um novo ambiente de interação social: o ciberespaço<sup>37</sup>. A tendência do uso recorrente da tecnologia representa um importante fator de alteração no aspecto jurídico dos usos e costumes, como se pode verificar na evolução do Direito Comercial, e demanda esforço doutrinário no sentido de encontrar soluções satisfatórias para novas controvérsias jurídicas outrora inexistentes.

Esse ambiente livre, então denominado ciberespaço, consiste em uma nova fronteira eletrônica da era da informação, um lugar em que o futuro está destinado a residir com muitas oportunidades e infinitos recursos. No entanto, diversas outras definições foram propostas para o ciberespaço, como o “lugar” em que o espaço de comunicação é aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores, definição que engloba o conjunto dos sistemas de comunicações eletrônicos (LEONARDI, 2005, p. 127).

O ciberespaço não existe como realidade física, não é um Estado soberano, mas apenas uma representação audiovisual criada e mantida por sistemas informatizados e programas de computador, presente em quase todos os países do mundo. Esse espaço surge com a criação da internet como um espaço autônomo de

---

<sup>37</sup> A expressão *cyberspace* foi criada por Willian Gibson. Apesar de adotada pela comunidade acadêmica para invocar a ideia de um espaço de comunicação, a expressão “ciberespaço” não foi concebida com essa intenção, sendo apenas uma ideia de palavra sugestiva para chamar atenção, sem significado próprio (LEONARDI, 2011, p. 127).

comunicação em busca de entretenimento, possibilitando a troca de informações entre os usuários.

Pierre Lévy (1999, p. 13) faz referência ao posicionamento de Albert Einstein ao declarar que três grandes bombas haviam estalado durante o século XX:

Em meados dos anos 50, Albert Einstein declarou que três grandes bombas haviam explodido durante o século XX: a bomba demográfica, a bomba atômica e a bomba das telecomunicações. Aquilo que Einstein chamou de bomba das telecomunicações foi chamado, por meu amigo Roy Ascott (um dos pioneiros e principais teóricos da arte em rede), de “segundo dilúvio” o das informações. As telecomunicações geram esse novo dilúvio por conta da natureza exponencial, explosiva e caótica de seu crescimento. A quantidade bruta de dados disponíveis aumenta vertiginosamente nos bancos de dados, nos hipertextos e nas redes. Os contratos transversais entre os indivíduos proliferam de forma anárquica. É o transbordamento caótico das informações, a inundação de dados, às águas tumultuosas e os turbilhões da comunicação, a cacofonia e o psitacismo ensurdecedor das mídias, a guerra das imagens, as propagandas e as contra-propagandas, a confusão dos espíritos.

Percebe-se, assim, que o mundo se transforma enquanto sociedade da informação por meio da expansão dos novos veículos de comunicação, surgidos na primeira metade do século XX. A evolução da humanidade poderia ser dividida em três ondas: a primeira diz respeito ao momento em que a espécie humana deixou o nomadismo e passou a cultivar a terra, denominada, por isso, Era Agrícola (nessa Era, tinha-se como base a propriedade da terra como instrumento de riqueza e poder); a segunda onda teve início na Revolução Industrial, quando a riqueza acontecia por meio da propriedade, do trabalho e do capital; a terceira onda, por fim, denominada Era da Informática, começou a dar seus primeiros sinais com a invenção dos grandes veículos de comunicação, mas teve seu ápice com a criação da internet (TOFLER, 1995, p. 162-164).

O surgimento da internet ocorreu no alto processo de barateamento das comunicações, quando houve um salto de 140 milhões de usuários, em 1998, para mais de 800 milhões nos anos seguintes. De acordo com o estudo realizado pelo Ibope NetRatings, no final de 2008 havia 41,5 milhões de pessoas utilizando a internet no Brasil (PAESANI, 2014, p.11).

A internet pode ser definida e caracterizada de várias formas. Ricardo Lorenzetti (2004, p. 24-25) a define como “uma rede internacional ou de computadores interconectados, que permite que se comuniquem entre si dezenas

de milhões de pessoas, bem como o acesso a uma imensa quantidade de informações de todo mundo”.

O acesso à internet promoveu inúmeros aspectos da vida cotidiana. Da mesma forma, as tecnologias advindas desse acesso transformam as relações jurídicas tradicionalmente conhecidas. O uso da internet com fim comercial foi regulamentado no Brasil com a edição da norma 004/1995 pelo Ministério das Comunicações (Portaria Ministerial nº 147 de 31 de maio de 1995). Essa regulamentação proporcionou a esse meio de comunicação uma normatização (ainda que superficial), posterior à edição do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e à Lei n. 10.406/2002, que reestruturou o Código Civil (VENTURA, 2002, p. 33).

Nota-se, diante de todo o contexto abordado, que os avanços tecnológicos possibilitaram uma interconectividade inédita, que caracteriza o fenômeno da globalização. No que tange ao setor de informática e telecomunicações, verifica-se a disponibilidade de meios de circulação e “articulação de informação nunca antes cogitáveis fora da seara da ficção científica” (MARQUES NETO, 2002, p. 105).

O fenômeno da internet inovou as relações humanas, posto que, dentre outras finalidades, promove a comunicação de pessoas a longa distância e o acesso a uma gama de informações, gerando, assim, um mercado de publicidade e vendas e proporcionando maior concorrência. Dessa forma, em análise aos aspectos antropológicos da sociedade nesse período de tempo, é possível perceber as mudanças de hábitos, de cultura e a complexidade nas interações humanas. De acordo com Castell (2000, p. 38), “trata-se de uma realidade representativa da sociedade do consumo, e do aprofundamento e complexidade das relações econômico-sociais e dos espaços de interação humana”.

Na mesma linha de raciocínio, Paula Andréa Forgioni e Maira Yuriko Rocha Miura (2014, p. 111) expõem que poucas áreas na história sofreram tantas transformações em tão pouco tempo como o das comunicações. Mesmo antes da popularização da rede mundial de computadores, outras invenções já haviam revolucionado, como o telégrafo, o rádio, o telefone e a televisão, estabelecendo maior interação entre os homens e estreitando laços culturais e comerciais. A internet, contudo, elevou o patamar de mudanças através do seu manuseio rápido e de fácil acesso.

Há âmbitos distintos que regulam as novas tecnologias. Primeiramente, menciona-se o Direito Informático como o processamento de informações que

amplia a lógica formal e a análise quantitativa de tudo o que é desenvolvido pela informática no campo jurídico. Outro âmbito é o Direito do Espaço Virtual, que possui como desígnio fundamental a aplicação do direito à computação, considerando que o crescimento do mundo virtual faz com que problemas de toda índole surjam nessa área. Já o Direito Virtual referencia o fato de que o direito deve adotar o paradigma digital, em que se utiliza a ideia de teoria dos sistemas, a lógica formal, a teoria do caos, a tecnologia digital; tudo isso constitui um corpo cognoscitivo autônomo que demanda o surgimento de uma nova ordem jurídica. Por fim, os contratos informáticos são denominados em razão de o objeto da contratação constituir bens e serviços informáticos, o que se deve a um propósito prático (LORENZETTI, 2004, p. 72-73).

A internet é mais do que um mero facilitador do incremento quantitativo das práticas comerciais, em que se tornam possíveis as conhecidas vendas a distância, denominado comércio eletrônico, que será abordado ainda neste capítulo. Essa nova prática de compra e venda representa o aproveitamento econômico de um novo ambiente para relacionamento interpessoal (ciberespaço). Esse espaço é distinto do espaço físico, segundo Ricardo Lorenzetti (2004, p. 29-30), pela maleabilidade de sua arquitetura, posto que qualquer um pode redefinir códigos e interagir características que convertem o ciberespaço em um objeto inacessível e refratário às inúmeras regras legais, que levam em conta esse elemento para determinar alguns aspectos jurídicos.

A internet proporcionou ao mercado o esquecimento das barreiras antes vista entre as partes de determinada relação jurídica, facilitando a compra de bens e serviços de consumidores e empresários que se situam em outro estado, país ou continente, através de uma velocidade inimaginável (RAMOS, 2016, p. 508).

Diante dessa breve análise, cabe ressaltar a necessidade que o Estado e o Direito têm de caminhar juntos, de forma adequada e unida para repassar à sociedade respostas sobre as mutações introduzidas diante desse desenvolvimento tecnológico. Liliani Minardi Paesani (2014, p. 15) aduz que, em decorrência desse processo de globalização, o Estado, como institucionalização do poder político, está recebendo novos papéis e redesenhando seu perfil, no sentido de que, diante de insuficiência de respaldo legal, deverá adaptar-se a multiplicidade de ordens jurídicas nos mais variados campos de atuação.

Ademais, é válido mencionar que, ao surgir uma nova tecnologia, também é necessário agrupar sua problemática ao redor de um corpo cognoscitivo específico e, conforme mencionado acima, de uma regulamentação que irá tratá-la.

### 3.2 COMÉRCIO ELETRÔNICO: CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES

Nos primeiros anos de uso aberto da internet, surgiram novas formas de comercialização de produtos e serviços, o que se chamou de comércio eletrônico ou *e-commerce*, conforme mencionado no item anterior. Neste tópico, serão abordadas algumas definições e considerações mais específicas acerca do tema.

Diante dessas mudanças, a Organização das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) deu maior atenção a esse cenário, considerando a nova fase do capitalismo internacional decorrente da queda do Muro de Berlim e do fim da União Soviética, que trouxeram a esperança da paz permanente por meio do comércio e da constituição da própria Organização Mundial do Comércio (OMC). Com o advento do comércio eletrônico e as expectativas de desenvolvimento econômico, os países teriam maiores oportunidades de intensificar suas relações comerciais (TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 49-50).

Considerando esse avanço, pode-se analisar também a necessidade de expansão desses benefícios da tecnologia para os lares. Dessa forma, iniciou-se um movimento não mais econômico-corporativo, apenas, mas também domiciliar, interligando uma rede de consumidores ávidos por informações, serviços e produtos (PINHEIRO, 2016, p. 67).

Assim, percebe-se o desenvolvimento da civilização contemporânea por meio de um mercado financeiro independente e integrado globalmente, que atua por meio de redes de computadores em tempo real e, conseqüentemente, financia a economia da internet, colocando a sociedade contemporânea diante da explosão da informação *on-line* (CASTELLS, 2003, p. 68).

Com a ascensão do *e-commerce*, que se constitui pela necessidade do uso da internet, estabeleceu-se três tipos de comércio: o *business to business* (ou B2B), que corresponde às operações comerciais realizadas entre empresas, o *business to commerce* (ou B2C), voltado para o comércio entre empresas e consumidores, e também *consumer to consumer* (ou C2C), relação estabelecida entre consumidores, como importadores e exportadores (LORENZETTI, 2004, p. 219).

De acordo com a autora Cláudia Lima Marques (2004, p. 38), o comércio eletrônico pode ser definido de maneira estrita e ampla:

O comércio eletrônico pode ser definido de uma maneira estrita como uma das modalidades de contratação não-presencial ou à distância para aquisição de produtos e serviços através do meio eletrônico. Já de maneira ampla abrange qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a internet, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação.

No mesmo sentido, Liliana Minardi Paesani (2014, p. 13) conceitua comércio eletrônico como a aplicação da internet nas atividades econômicas em contínuo crescimento, tendo em vista que interagem e possibilitam uma grande quantidade de dados. Esse comércio também é compreendido por ela como transações comerciais creditadas por meio de transferências eletrônicas às obrigações assumidas.

Embora não seja o foco deste trabalho uma análise do comércio eletrônico internacional, vale citar uma breve explanação sobre ele. A Comissão da União Europeia entende que o comércio eletrônico compreende várias atividades, como a comercialização de bens e serviços por via eletrônica, a distribuição *on-line* de conteúdo digital, a realização por via eletrônica de operações financeiras e de bolsas, a obra pública por via eletrônica e todo procedimento desse tipo celebrado pela administração pública (LORENZETTI, 2004, p. 92).

Quanto à legislação aplicável ao comércio eletrônico, se o contrato for celebrado eletronicamente entre partes sediadas em países diversos, é preciso levar em consideração que se trata de um tema que envolve o Direito Internacional.

No âmbito internacional, percebe-se que organizações têm se dedicado por meio de conferências, convenções e tratados sobre os problemas advindos do comércio eletrônico internacional, entre eles está a Convenção de Viena, a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a *United Nations Commission for International Trade Law* (UNCITRAL).

Francisco Augusto Pignatta (2011, p. 01) aborda que a Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CVIM), celebrada pela Organização das Nações Unidas em 1988, tem como objetivo para a sua aplicação a limitação na possibilidade de escolha do foro, a fim de dirimir conflitos oriundos de contratos de compra e venda; reduzir a necessidade de recorrer às regras de Direito Internacional para a solução das lides que envolvem os contratos de compra e

venda no âmbito global; e oferecer opções normativas mais contemporâneas às transações econômicas.

A Organização Mundial do Comércio- OMC, cujo desígnio é desenvolver a fluidez, liberdade e equidade nas relações comerciais, tem se voltado ao estudo e debate sobre temas como comércio eletrônico, violação da propriedade intelectual, acesso à rede mundial dos computadores. Nesse contexto, a OMC realizou a Declaração de Genebra sobre o comércio eletrônico global, e a Conferencia Ministerial de Seattle, objetivando obter diretrizes a serem lançadas no comércio eletrônico internacional (TEIXEIRA, 2016, p. 251).

A UNCITRAL foi criada pela Organização das Nações Unidas, em 1966, com o objetivo de harmonizar o uso dos meios eletrônicos diante de diversos sistemas jurídicos, sociais, culturais e econômicos. Essa harmonização pode ocorrer por meio de convenções, leis-modelos, regras uniformes, guias legislativos com papel orientador aos governos acerca do comércio internacional, assistência técnica em projetos de reforma jurídica e realização de seminários para discussão de questões que envolvem o comércio internacional. Em 2006, algumas alterações foram realizadas sobre definições e regras de interpretação, origem internacional e princípios gerais e no âmbito de intervenção dos tribunais estatais, que criam e regulamentam a opção de arbitragem, especificando o processo e procedimento para fins de dirimir os conflitos oriundos do comércio eletrônico internacional (TEIXEIRA, 2015b, p. 251).

No âmbito nacional, ou seja, quando as partes estiverem sediadas no Brasil, os contratos celebrados pela internet estarão sujeitos ao mesmo regime jurídico dos demais contratos firmados fisicamente no território brasileiro, aplicando-se as regras do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, do Decreto n. 7.962 de 15 de março de 2013, uma norma que trata especificamente sobre comércio eletrônico e que foi regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor, a ser abordado na próxima seção.

De acordo com Ricardo Luis Lorenzetti (2004, p. 69), o pensamento tecnológico proporciona um paradigma digital, um novo modo de percepção de mundo que está modificando as relações humanas, e, uma vez que isso ocorre

explicitamente, “o Direito que conhecemos não pode ser meramente reaproveitado no mundo dos *bits*”<sup>38</sup>.

O comércio eletrônico representa parte do presente e do futuro do comércio, fato que, em curto período de tempo, promoveu o emergente crescimento do número de internautas na última década e notavelmente se mostrou um excelente meio de oportunidades (TEIXEIRA, 2015b, p. 204).

Eduardo Tomasevicius Filho (2015, p. 50) menciona que esse contexto surgiu por volta do ano 2000, com as primeiras lojas virtuais, em que os clientes poderiam visualizar os produtos e pagá-los através de cartões de crédito ou boletos bancários, sendo o produto enviado para as casas por transportadoras ou Correios.

Com a rápida ascensão da tecnologia, verifica-se que a sociedade se transforma também em relação ao modo de consumir. Zygmund Bauman (2008, p. 38) alerta que o consumo se tornou essencial, objetivo principal para a maioria das pessoas, o verdadeiro propósito da existência.

A internet estimula um intercâmbio contínuo, na qual o usuário não é mero receptor de informações, mas também pode ser um provedor de conteúdo disponibilizando material digital. Qualquer pessoa pode criar um novo conteúdo para a rede sem precisar de permissão, pois as barreiras de entrada nesse mercado virtual são baixas. O autor/empreendedor utiliza-se do pacote de dados que possui dentro do operador para viabilizar seu acesso. Nomes como *Google*, *Yahoo*, *Instagram* e *Wikipedia* e *E-bay*, por exemplo, se desenvolveram e tornaram-se tão importantes porque, ao dar acesso a um mundo de ferramentas e informações com baixíssimas restrições às atividades dos internautas, passou a estimular inovações, descobertas e novos negócios (FORGIONI; MIURA, 2014, p. 112).

Aproximadamente vinte anos depois da abertura comercial da internet, são evidentes os vários setores que possuem presença no mundo virtual, como livrarias, lojas de departamentos, bancos, leilões, hotéis, companhias aéreas e de transportes terrestres, empresas de ingressos de shows e espetáculos, dentre outras.

Denota-se que o consumo, a partir disso, se tornou muitas vezes uma essencialidade e não mais uma necessidade.

O consumismo, em aguda oposição às formas de vida precedentes, associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidades, mas a

---

<sup>38</sup> A palavra *bit* é a abreviação de dígito binário (*binary digit*), que são as menores unidades binárias de informação. Os *bits* são uma forma de medida que quantifica as informações digitais. Para isso, usa-se os *bits* e seus múltiplos.

um volume e uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la [...] A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose de novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem) [...] “Na economia consumista a regra é que primeiro os produtos apareçam (sendo inventados, descobertos por acaso ou planejados pelas agências de pesquisa e desenvolvimento) para depois encontrar suas aplicações. Muitos deles, talvez a maioria, viajam com rapidez para o depósito do lixo, não conseguindo encontrar clientes interessados. Mas mesmo os poucos felizardos que conseguem encontrar ou invocar uma necessidade, um desejo ou vontade cuja satisfação possam demonstrar ser relevante logo tendem a sucumbir à pressões de outros produtos novos e aperfeiçoados muito antes de sua capacidade de funcionamento ter chegado a seu predeterminado fim (BAUMAN, 2008, p. 24-54).

A globalização proporcionou novas demandas, e, com isso, surgiram novos problemas, que afetam a humanidade e não mais se restringem a um local, transcendem a lógica territorial, nacional e individual.

Sob a ótica de Edgar Morin (2013, p. 21), “a globalização produziu a infratextura de uma sociedade-mundo”, sendo oportuno admitir que a produção em grande escala de bens e serviços, bem como a abertura do crédito, o desenvolvimento das técnicas de publicidade, o aprimoramento dos sistemas de comunicação e os avanços tecnológicos foram motivos determinantes para um novo modelo de mundo.

André Luiz Santa Cruz Ramos (2016, p. 509) faz menção à importância do comércio como fato de integração entre os países, que, por meio do avanço tecnológico, as barreiras geográficas deixaram de ser aceitas como um problema para a comercialização. Através do amparo da internet, há possibilidade de negociação entre pessoas de diversos lugares do mundo em questões de segundos.

Há certos portais que facilitam o contato entre fornecedores e consumidores. Um exemplo notório é o portal de compras chinês Alibaba (<[www.alibaba.com.br](http://www.alibaba.com.br)>). Os antigos classificados de jornais também se transformaram. Agora, existem portais que permitem o acesso a imagens da mercadoria que está sendo comercializada, como o Zap imóveis (<[www.zap.com.br](http://www.zap.com.br)>) e o OLX (<[www.olx.com](http://www.olx.com)>).

Constata-se, assim, que a internet impulsionou as tecnologias voltadas à comercialização de produtos e serviços por meio do comércio eletrônico. O comércio eletrônico é responsável, dentre outras atribuições, por dinamizar e ampliar as

relações econômicas internacionais, aprimorando o relacionamento empresarial e consumerista, independentemente de qualquer fronteira, sendo imprescindível o conhecimento de seu desenvolvimento, de sua regulamentação internacional, bem como de sua interpretação à luz do ordenamento jurídico pátrio.

O comércio eletrônico está em constante evolução, permitindo que os usuários transacionem virtualmente, assim os participantes não fiquem limitados à territorialidade. Diante dessa conjuntura, é preciso compreender o desenvolvimento comercial da maneira como foi tratado no primeiro capítulo para, só então, entender o comércio atual, devido à mudança de disponibilização dos produtos e serviços que ocorre frequentemente por meio de *sites* ou correio eletrônico.

### 3.3 DECRETO N. 7.962 DE 15 DE MARÇO DE 2013 (LEI DO COMÉRCIO ELETRÔNICO)

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990) surgiu após a Constituição Federal de 1988, que já previa em seu art. 5º, XXXII, a defesa do consumidor como um direito fundamental a ser promovido pelo Estado.

Conforme dispõe Eduardo Tomasevicius Filho (2014, p. 53), as liberdades de mercado são asseguradas pela Constituição Federal tanto no artigo 5º, XIII – quando garante o exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer – quanto no artigo 170, *caput* – ao mencionar que a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, de acordo com certos princípios de livre concorrência e a defesa do consumidor.

A internet interfere positivamente no funcionamento do mercado, considerando sua característica de liberdade de acesso, o que facilita a livre iniciativa, como também contribui para a consagração da liberdade de concorrência entre os agentes econômicos. Essa característica permite que determinado mercado se aproxime cada vez mais do modelo de concorrência perfeita, em que há diversos vendedores e diversos compradores em plena informação sobre preços e características dos produtos, o que facilita a mobilidade de fatores de produção (TOMASEVICIUS FILHO, 2014, p. 54).

Ocorre que, com o avanço da tecnologia, o consumo por meio da internet só tem aumentado. É aplicável o Código de Defesa do Consumidor (CDC) para relações oriundas do meio virtual.

Uma norma que trata mais especificamente do comércio eletrônico é o Decreto n. 7.962 de 15 de março de 2013, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor para dispor sobre a contratação, visando garantir direitos básicos do consumidor que já eram previstos no CDC, tendo como foco principal a menção de informações claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor, atendimento facilitado ao consumidor e o respeito ao direito de arrependimento.

NA referida norma, portanto, é compatível com o Código de Defesa do Consumidor. Por isso, é preciso averiguar o momento histórico em que o diploma consumerista foi promulgado, isto é, na década de 1990, período no qual a internet não havia adquirido, ainda, as proporções globais que atualmente ostenta.

Com a crescente demanda da modalidade de consumo por meio eletrônico, o Decreto n. 7.962/2013 tem por finalidade transmitir mais segurança aos internautas que compram pela internet, bem como estabelecer um comportamento mais adequado de vendedores, prestadores de serviço e intermediários. Isso faz com que as relações jurídicas sejam mais seguras e transparentes e facilita o acesso às informações sobre fornecedores, produtos e serviços. Informar é comunicar, é compartilhar o que se sabe de boa-fé, é cooperar com o outro, é tornar comum o que era sabido apenas por um. Informar é dar forma, é exteriorizar o que estava interno, é compartilhar (MARQUES, 2006, p. 772).

Dentre outras preocupações básicas, seguem as que se consideram mais relevantes no Decreto citado. O artigo 2º determina que, para realizar oferta ou conclusão de contrato, os sítios (*sites*) ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização: nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; endereço físico e eletrônico e demais informações necessárias para sua localização e contato; características essenciais do produto ou do serviço, inclusive os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta (BRASIL, 2013).

O artigo 4º elenca uma série de princípios e direitos dos consumidores que o fornecedor deverá adotar pontualmente, como: apresentar sumário do contrato antes da contratação com as informações para exercício do direito de escolha do consumidor; fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos em todas as etapas da contratação; confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução imediatamente após a contratação; manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico que possibilite ao consumidor a resolução de demandas; confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor (BRASIL, 2013).

Ademais, o *caput* desse artigo prevê que a manifestação do fornecedor às demandas relativas às respostas ao consumidor quanto às dúvidas, reclamações, suspensões ou ao cancelamento deverão ser encaminhadas no prazo de até cinco dias.

No tocante ao propósito de assegurar o respeito ao direito de arrependimento do consumidor, o art. 5º menciona o dever do fornecedor de informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício desse direito.<sup>39</sup>

Tarcisio Teixeira (2015b, p. 234) elucida que o consumidor poderá exercer seu direito pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados, e que o arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira, à administradora do cartão de crédito ou similar para a restituição de valores pagos<sup>40</sup>.

Dessa forma, é possível aplicar o direito de arrependimento nas relações de consumo do *e-commerce*, desde que constatado que o consumidor não teve acesso a todas as informações do produto ou serviços, como teria se adquirido em uma loja física.

---

<sup>39</sup> Sobre o direito de arrependimento disposto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, cumpre ressaltar que garante aos consumidores que compraram produtos e/ou serviços fora do estabelecimento comercial (por telefone, internet etc) a possibilidade de desistência do contrato no prazo de sete dias a contar da assinatura ou recebimento do produto ou serviço – aquilo que ocorrer por último – com a devida devolução das quantias pagas, devidamente atualizadas.

<sup>40</sup> Art. 6º do Decreto n. 7.962/13: As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação.

Verifica-se, assim, a preocupação em assegurar o direito de informações, como previsto no art. 6º, III, do CDC, que destaca a necessidade de informar nome empresarial e CNPJ, endereço e outras informações relevantes para localização do fornecedor. Além disso, no art. 8 a 10 do mesmo Código, é prevista a necessidade de informação de todas as características e especificidades do produto, com a devida indicação dos riscos à saúde e segurança dos consumidores. Já o art. 30 e seguintes abordam a necessidade de discriminação de preço e despesas adicionais, como entrega e/ou seguro, de condições integrais da oferta, modalidades de pagamento, forma e prazo para entrega, disponibilidade e validade da oferta (somente para comprar via internet ou também em lojas físicas, conforme art. 35) (BRASIL, 1990).

Há, ainda, previsão sobre a modalidade de compra coletiva. Nesse aspecto, deve-se atender não só às informações já descritas, mas indicar expressamente a quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato, o prazo de utilização da oferta e trazer informações claras do fornecedor do produto ou serviço ofertado, além das informações do *site* de compra coletiva – responsável solidário em caso de má prestação dos serviços contratados, conforme os do artigo 20 do CDC (BRASIL, 1990).

Os fornecedores que não se adequarem e cumprirem o disposto no Decreto, além de terem de efetivamente reparar os consumidores, estarão sujeitos às sanções administrativas previstas no artigo 56 do CDC, quais sejam: multa; apreensão do produto; inutilização do produto; cassação do registro do produto junto ao órgão competente; proibição de fabricação do produto; suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou da atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, obra ou atividade; intervenção administrativa; e imposição de contrapropaganda (BRASIL, 1990).

Os fornecedores de produtos e serviços no meio virtual devem obedecer e às normas constantes do Decreto 7.962/2013 e do Código de Defesa do Consumidor, a fim de garantir o perfeito equilíbrio das relações de consumo, em consonância com o princípio da confiança e da boa-fé. Além da confiança, há a boa-fé objetiva, elemento presente em todos os contratos. Claudia Lima Marques (2004, p. 63), menciona que, em se tratando das relações de consumo realizadas no comércio eletrônico, boa-fé consiste na informação, no cuidado e na cooperação, deveres hoje considerados anexos aos contratos de consumo.

É importante destacar a vulnerabilidade especial do consumidor quando se utiliza o meio eletrônico. O meio eletrônico automatizado e telemático é usado profissionalmente pelos fornecedores a fim de oferecer seus produtos e serviços, representa aos consumidores leigos um desafio extra ou uma vulnerabilidade técnica (MARQUES, 2006, p. 121).

Pode-se entender, então, que o Decreto destacado nesta seção tem por objetivo dar mais segurança aos internautas que compram pela internet e estabelecer um comportamento mais adequado entre vendedores, prestadores de serviço e intermediários. Isso deixa as relações jurídicas mais seguras e transparentes e facilita o acesso às informações sobre fornecedores, produtos e serviços.

Em meio à maior abrangência da internet no Brasil, surgiu-se a necessidade de regulamentação legal mais específica. Para tanto, criou-se o Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. A nova legislação consagrou novos e importantes paradigmas para a vida em rede no território nacional e será trabalhada a seguir.

### 3.4 MARCO CIVIL DA INTERNET: DISPOSIÇÕES GERAIS

O Marco Civil da Internet foi um projeto de lei singular, não apenas por causa de seu conteúdo, mas também pelo processo que levou à criação, ao debate e à aprovação dessa lei. O Marco Civil estabeleceu princípios, direitos e deveres para a rede virtual brasileira de forma articulada com princípios da democracia. Esse fato pode parecer trivial, mas não é. Vivemos hoje um momento em que a internet enfrenta uma crescente fragmentação técnica e jurídica.

A lei que hoje conhecemos por “Marco Civil” foi nomeada originalmente como “Marco Regulatório Civil da Internet”. Sua concepção surgiu no contexto de oposição ao Projeto de Lei n. 84/1999, que tinha por objetivo criar uma ampla legislação criminal para a internet do país. O projeto acabou ficando conhecido como “Lei Azeredo”, em referência ao então Senador Eduardo Azeredo, que se tornou relator do texto e criou um substitutivo à proposta original do deputado Luiz Piauhyllino, feita em 1999 (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 17).

O projeto estabelecia penas de até quatro anos de prisão para quem violasse os mecanismos de proteção de um telefone celular (*jailbreak*) ou para quem transferisse músicas de um CD para outros dispositivos. Um amplo movimento de reação surgiu contra a Lei Azeredo. Um dos primeiros grupos a levantar sua voz foi

o setor acadêmico, seguido por uma forte mobilização social. Essa manifestação fez surgir uma petição *on-line* que, em curto prazo, recebeu cento e cinquenta mil assinaturas. O Congresso, em seguida, tomou conhecimento da reação e, graças à mobilização, iniciou uma discussão sobre o tema no Poder Legislativo (SOUZA; LEMOS, 2016, p. 17-18).

O ponto defendido pelos autores Carlos Affonso Souza e Ronaldo Lemos (2016, p. 18) de que a Lei Azeredo invertia indevidamente o caminho da regulamentação da internet no Brasil. Essa regulamentação deveria acontecer primeiro na esfera civil e, quando fossem constatados *déficits* regulatórios resolvidos no âmbito civil, aí sim seria possível partir para o debate sobre uma lei criminal.

Os governos brasileiro e alemão, ambos vítimas de espionagem, encaminharam à Organização das Nações Unidas um projeto de resolução intitulado *O direito à privacidade na era digital*, que expressa a preocupação com o uso das novas tecnologias de informação e de comunicações por pessoas, empresas e governos, na vigilância, interceptação e recopilação de dados. Dessa forma, reafirmou-se o direito à privacidade – já protegido pelo art.12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos –, reconheceu-se a natureza global e aberta da internet e recomendou-se aos Estados que assegurassem: o respeito e a proteção do direito à privacidade no contexto das comunicações digitais; a abstenção da violação desses direitos pelos próprios Estados; a revisão dos procedimentos, das práticas e das legislações sobre vigilância e interceptação de comunicações; e a recopilação de dados em grande escala. Recomendou-se também a manutenção de mecanismos nacionais de supervisão independentes e capazes de assegurar a transparência dessas atividades, prestando conta delas (TOMASEVICIUS FILHO, 2016, *on-line*).

Ao largo desse problema envolvendo invasão de privacidade praticada por um Estado contra outro, o governo brasileiro pressionou o Congresso Nacional para a aprovação de uma lei sobre comportamentos na esfera virtual, denominada "Marco Civil da Internet" ou "Constituição da Internet".

Tarcisio Teixeira (2016, p. 23) menciona o equívoco do uso do termo "Constituição da Internet". No Brasil, há a Constituição Federal e as Constituições Estaduais. Se for necessário chamar toda norma de determinado seguimento de "Constituição", haveria uma Constituição das Relações de Consumo, e não um Código de Defesa do Consumidor; ou, então, Constituição Trabalhista em vez de Consolidação das Leis do Trabalho.

Em 2009, essa proposta de disciplina de princípios, de garantias, de direitos e deveres dos usuários da internet no Brasil foi concebida, o que resultou na apresentação de um projeto de lei ao Congresso Nacional, registrado sob o n. 2.126/2011, convertido na Lei n.12.965 de 23 de abril de 2014. O texto foi submetido a consultas públicas em diversas cidades brasileiras. Também houve a possibilidade de oferecimento de sugestões pela própria internet. A partir dessa iniciativa, as principais sugestões oferecidas foram incorporadas ao texto final, na Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei foi intensamente discutido por ter-se requerido urgência em sua análise (TOMASEVICIUS FILHO, 2016).

Em 23 de abril de 2014, a Lei Federal denominada “Marco Civil da Internet” que prevê uma série de princípios e regras para o uso da internet no Brasil, foi sancionada pela presidente Dilma Rousseff. A lei estabelece, em primeiro lugar, princípios. Só depois aparecem mencionados: garantias, direitos e deveres.

Coerentemente, todo o Capítulo I, denominado “Disposições Preliminares”, em seu o artigo 2º, atenta-se aos fundamentos, como o reconhecimento da escala mundial da rede; os Direitos Humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede (BRASIL, 2014).

O artigo 3º cuida dos princípios, da garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; da proteção da privacidade; da proteção dos dados pessoais, na forma da lei; da preservação e garantia da neutralidade de rede; da preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; da responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; da preservação da natureza participativa da rede; da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos do Marco Civil – conforme esclarece seu parágrafo único, os princípios expressos nessa Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 2014).

Ainda no primeiro capítulo, o artigo 4º trata: dos objetivos, como o direito de acesso à internet a todos; do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; da inovação e do

fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e da adesão a padrões tecnológicos abertos, que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados (BRASIL, 2014).

O artigo 5º aborda as definições de conceitos importantes para o Marco Civil da Internet. Internet: sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes. Terminal: computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet. Endereço de protocolo de internet (endereço IP): código atribuído ao terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais. Administrador de sistema autônomo: pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrado no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País. 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. Registro de conexão: conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados. Aplicações de internet: conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. Registros de acesso a aplicações de internet: conjunto de informações referentes à data e hora de uso de determinada aplicação de internet a partir de determinado endereço IP (BRASIL, 2014).

Anteriormente à promulgação do Marco Civil da Internet, os provedores eram definidos separadamente como: Provedor de *Backbone*, Provedor de Acesso, Provedor de Correio eletrônico, Provedor de Hospedagem e Provedor de Conteúdo.

O provedor de *Backbone* é a pessoa jurídica proprietária das redes capazes de administrar grandes volumes de informações, constituídos por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade. Provedor de Acesso ou Provedor de Conexão é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que consistem em possibilitar o acesso de seus consumidores à internet. Provedor de Correio Eletrônico é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que consistem em possibilitar o envio de mensagens do usuário a seus destinatários, mediante o uso de um nome de usuário e senha exclusivos (LEONARDI, 2005, p. 21-24).

Provedor de Hospedagem, por sua vez, é a pessoa jurídica fornecedora de serviços que consistem em possibilitar o armazenamento de dados em servidores próprios de acesso remoto, permitindo o acesso de terceiros a esses dados, de acordo com as condições estabelecidas com o contratante do serviço. Um provedor de hospedagem oferece dois serviços distintos: o armazenamento de arquivos em um servidor e a possibilidade de acesso a tais arquivos.

Provedor de Conteúdo, por fim, é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação (ou autores da informação), utilizando servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem para armazená-las (LEONARDI, 2005, p. 25-27).

Com a promulgação Lei n.12.965/14 foram modificadas as nomenclaturas que eram encontradas na doutrina, por meio da inserção do artigo 5º os denominados provedores de correio eletrônico, hospedagem e conteúdo passaram a ser estatuídos na Lei n. 12.965/2014 pela denominação de “provedores de aplicações” (GODOY, 2014, p. 311).

Para encerrar a exposição do primeiro capítulo da lei, tem-se o artigo 6º, o qual afirma que uma norma de interpretação possui caráter principiológico, levando-se em conta, além de fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural. Esse dispositivo será melhor analisado na quarta seção do presente estudo, considerando ser esse o tema central da pesquisa.

No Capítulo II da lei, está disciplinado que o direito de acesso à internet é exercício essencial da cidadania (art. 7º)<sup>41</sup> e que a garantia do direito à privacidade e

---

<sup>41</sup> Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet (art. 8º) <sup>42</sup>.

O Capítulo III vem dividido em quatro diferentes seções: a primeira diz respeito à neutralidade da rede; a segunda, à proteção dos registros, dos dados pessoais e das comunicações privadas (subdividida em três subseções: guarda de registros de conexão, guarda de registro de acesso a aplicações de internet na provisão de conexão e guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações); a terceira, à disciplina a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros; a quarta, por fim, dispõe sobre a requisição judicial de registros.

Outro aspecto que recebeu grande atenção do legislador foi o combate às ilicitudes civil e criminal praticadas sob o manto da privacidade na internet. Se, do ponto de vista social, a internet proporciona contatos interpessoais anônimos, do ponto de vista técnico, toda ação realizada pela internet é passível de registro pelos provedores de acesso e de conteúdo, o que torna possível a identificação dos usuários.

O Capítulo IV é destinado à atuação do poder público em se tratando do desenvolvimento da internet no Brasil. Previu-se, nos arts. 24 e 25, o estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa (envolvendo

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

<sup>42</sup> Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

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

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

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

governo, empresas, sociedade civil e comunidade acadêmica), a racionalização da gestão, expansão e do uso da internet no Brasil (em especial na implantação de serviços de governo eletrônico e de serviços públicos), a adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres, a publicidade de dados e informações públicos na internet e, sobretudo, o estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no Brasil.

Os artigos 26 e 27 tratam do uso da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, para a promoção da cultura, do desenvolvimento tecnológico, da inclusão digital, para a redução de desigualdades sociais e para o fomento de produção e circulação de conteúdo nacional.

Por fim, o Capítulo V trata das disposições finais da lei e discorre, em seu art. 29, sobre a utilização do usuário de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal (para exercício do controle parental de conteúdo entendido como impróprio aos filhos menores), desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ressalta-se o cabimento do poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e com a sociedade civil, de promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no *caput*, bem como de definir boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

Como trata em seu art. 30, a defesa dos interesses e dos direitos estabelecidos nessa Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei. Ademais, tratou-se no dispositivo 31 a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19: a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei. Por fim, no art. 32, resta a informação da entrada em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

### 3.5 AS PRINCIPAIS CORRENTES DOUTRINÁRIAS: AUTORREGULAMENTAÇÃO, CRIAÇÃO DE UM DIREITO NO CIBERESPAÇO, APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS TRADICIONAIS, ANALOGIA E A ABORDAGEM MISTA

No decorrer do tempo, diversas correntes doutrinárias apareceram buscando como lidar com os conflitos oriundos da internet, como a autorregulação, mediante regras e princípios estabelecidos pelos próprios participantes do ciberespaço. Buscou-se, também, criar um “direito do ciberespaço”, separado do direito convencional, com apoio em tratados e convenções internacionais, e aplicar os institutos jurídicos tradicionais, com o emprego da analogia para lidar com a internet e uma abordagem mista, que utiliza o sistema jurídico em conjunto com a própria arquitetura da internet.

Marcel Leonardi expõe que as discussões iniciais sobre a regulação da internet confundiam-se, muitas vezes, com a própria definição da natureza do “ciberespaço”. A ideia de autorregulação da internet parte do argumento de que eventuais injustiças e conflitos seriam identificados e resolvidos por meios próprios, com a criação de um “contrato social” único, ou ainda pela simples aplicação de ferramentas tecnológicas, sem a necessidade de interferência governamental, quer legislativa, quer judicial (2011, p. 131).<sup>43</sup>

Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 124) sustenta a ideia da autorregulamentação. Nesse conceito, a autora traz o sentido de que, para a sociedade, não basta haver um conjunto de leis. Assim, a ideia do eixo legislativo para os participantes e interessados na proteção de determinado direito e na solução de determinada controvérsia é deslocada. A autorregulamentação parte do pressuposto de que ninguém é melhor que o próprio interessado para saber quais são as lacunas que o direito deve proteger, e quais são as situações fáticas que estão sem proteção jurídica e quais caminhos de solução viável podem ser tomados.

O modelo de autorregulação, porém, não se sustenta em larga escala, pois apresenta problemas inerentes, desde a adesão até o desligamento dos

---

<sup>43</sup> De acordo com Marcel Leonardi (2011, p. 131), o suporte dessa corrente é o texto escrito em 1996 por John Perry Barlow, um dos fundadores da *Electronic Frontier Foundation* 360, intitulado *A Declaration of the Independence of Cyberspace*. O texto é baseado na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos, o qual proclama que os governos do mundo industrial – chamados de “gigantes de carne e aço” – não são bem-vindos no ciberespaço e que devem deixá-lo em paz, pois não têm soberania nesse “território”, nem entendem seus valores, ética e regras. Apesar de reconhecer a existência de problemas nesse “espaço”, o texto menciona que eles seriam identificados e resolvidos através de um contrato social próprio, criado pelos próprios usuários, sem a intervenção do “velho mundo”.

participantes às normas conforme sua própria conveniência. O fato de haver, evidentemente, um ecossistema de subculturas que acabam por não constituir um grupo homogêneo com interesses comuns, torna-se impossível obter algum tipo de consenso, ainda que precário, sobre qualquer assunto. Entretanto, há casos em que o sistema de autorregulação pelos próprios participantes funciona muito bem, como as discussões voltadas a fóruns com tópico ou interesse específico, que contam com um número limitado de usuários e moderadores para fazer cumprir as regras estabelecidas (LEONARDI, 2011, p. 135).

Contudo, nota-se que, no decorrer do tempo, o acesso à rede é cada vez maior e carregada de informações e atividades densas. Por conseguinte, a presença de práticas ilícitas acaba por surgir de modo mais frequente, situação em que, diante das novas situações jurídicas existentes nesse âmbito, se nota a dificuldade dos mecanismos tradicionais de regulação e até mesmo ao sistema de autoregulamentação.

Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 69) faz menção à crescente demanda de criação de *homepages* e *websites*. Nesse contexto, nota-se que não é correto a expressão “comunidade virtual”, e sim “várias comunidades virtuais”, pois estamos diante de várias tribos com participantes de diversos lugares do mundo com princípios de valor e normas distintas.

Em oposição à autorregulação da Rede, David G. Johnson e David G. Post<sup>44</sup> propuseram a criação de um “direito do ciberespaço”, independente do direito convencional, pois notaram que a internet, além de ser muito diferente dos meios de comunicação e interação tradicionais, possui um alcance mundial que impossibilita a sua regulação por jurisdições separadas. Assim sendo, o Direito, independentemente do lugar, deve ressaltar as características especiais do espaço regulado, bem como os tipos de pessoas, lugares e coisas nele encontrados. Ressalta-se que, assim como a jurisprudência de um país conjectura a sua experiência histórica e cultural, o direito do ciberespaço acabaria por refletir as suas características especiais (LEONARDI, 2011, p. 136).

Nota-se que a reflexão dessa teoria funda-se na concepção de que o ciberespaço é um lugar separado, com normas distintas, pois é um cenário diferente do mundo convencional.

Marcel Leonardi (2011, p. 136) apresenta ideia semelhante ao dizer que:

---

<sup>44</sup> Vide David G. Johnson e David G. Post, *Law and borders – the rise of law in cyberspace*, in 48 *Stanford Law Review*, 1996, p. 1367.

Essa teoria, portanto, afirmava que a regulação decorrente da soberania estatal tradicional, baseada na noção de fronteiras físicas, não poderia funcionar de modo efetivo no “ciberespaço”: a “natureza” descentralizada e incorpórea desse “lugar”, bem como suas características técnicas, impediria qualquer forma de controle concentrado por um governo territorial. A única regulação possível seria desenvolvida ao longo do tempo, organicamente, com o consentimento da maioria dos usuários da Internet.

Ademais, ainda sobre a discussão dessa teoria, alguns doutrinadores, como John T. Delacourt<sup>45</sup>, Dan L. Burk<sup>46</sup>, em virtude da onipresença da internet e dos conflitos de lei no espaço por ela gerados, acreditavam que governos territoriais logo seriam suplementados e eventualmente substituídos por instituições governamentais globais. A ideia fundamental era que governos precisariam trabalhar juntos, por meio de organismos internacionais, de modo a criar normas globais para a internet, ou então “sofrer os efeitos mutuamente destrutivos de tentativas unilaterais de governança da Rede”, devendo os Estados escolher entre “lutar inutilmente para proteger uma soberania cada vez menor, ou encontrar caminhos para gerenciar as relações com outros países e com o setor privado, de forma a conseguir ao menos parte de seus objetivos” (LEONARDI, 2011, p. 136-137).

O argumento, de fato, tem seu lado positivo, pois haveria uma abordagem internacional para a Rede que não apenas resolveria o problema de conflitos de lei no espaço, mas também possibilitaria a criação de melhores normas. Poderiam, em princípio, eliminar o “paroquialismo do legalismo territorial”, refletindo uma coleção de melhores práticas adotadas ao redor do mundo. Entretanto, do ponto de vista pragmático, a solução pareceria perfeita se todas as nações do mundo concordassem em adotar uma legislação global única. Assim, os conflitos entre leis no espaço não existiriam, nem necessidade de conhecer e cumprir normas oriundas de todas as nações do mundo. Além disso, seria possível evitar a criação de “paraísos digitais”, ou seja, territórios de regulação inexistente ou tolerante à prática de atos ilícitos por meio da internet (LEONARDI, 2011, p. 137 -138).

Contudo, percebe-se que há valores sociais diferentes no mundo moderno, inclusive dentro de um mesmo país, o que torna praticamente inexecutável encontrar uma regulação única para definir o que é lícito ou não no âmbito global da internet.

---

<sup>45</sup> Vide John T. Delacourt, *The international impact of Internet regulation*, in *38 Harvard International Law Journal*, 1997, p. 207.

<sup>46</sup> Vide Dan L. Burk, *Federalism incyberspace*, in *28 Connecticut Law Review*, 1996, p. 1095.

Marcel Leonardi (2011, p. 138-139) acredita que, mesmo sendo possível a criação de uma ordem jurídica única, integrando todos os Estados, ela teria pouca utilidade sem a existência de um órgão superior a que todos se submetessem. É o reconhecimento dessa deficiência, observável em diversos conflitos jurídicos internacionais, que motiva a criação de organizações supranacionais dotadas de um órgão de poder hábil a fazer cumprir as normas acordadas entre os Estados-membros, ainda que com certas limitações.

Diferentemente das correntes anteriores, há quem acredita<sup>47</sup> que a internet não concebe mais nada inovador e que sua regulação poderia ser executada pela simples aplicação dos institutos jurídicos tradicionais, como a utilização da analogia, considerando a aparente similaridade dos problemas enfrentados na Rede com situações já conhecidas fora desse meio (LEONARDI, 2011, p. 139-140).

Conforme abordado no segundo capítulo, a analogia é um processo de comparação fundamentado em razões relevantes de similitude. Por exemplo: quando se encontra uma forma de conduta não especificada por normas ou regras que lhe sejam próprias, é admissível adotar os preceitos que conduzem relações semelhantes, desde que essa similitude coincida em pontos essenciais.

Miguel Reale (2002, p. 278) aborda que a analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins, por meio de um processo analógico, onde se estende a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*<sup>48</sup>. Desse modo, a analogia obedece à ordem lógica substancial ou à razão intrínseca do sistema.

Pode-se concluir que a analogia consiste na aplicação dos princípios extraídos da norma existente a outros casos não expressamente contemplados. Trata-se da aplicação desses princípios aos casos juridicamente iguais, ou iguais por essência. O uso da analogia, portanto, deve ser sempre baseado em razões

---

<sup>47</sup> Marcel Leonardi (2011, p. 138) cita: Cf. Guido Alpa, Premessa, in *I problemi giuridici di Internet: dall'e-commerce all'e-business*, a cura di Emilio Tosi, 2. ed. revista e ampliada. Milano: Giuffrè, 2001, p. XVII e Cf. Olivier Itaenu, *Internet et le droit: aspects juridiques du commerce électronique*. Paris: Eyrolles, 1996, p. 7-8 388 Cf. BRASIL, Decreto-lei 4.657.

<sup>48</sup> "Onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito" (tradução livre).

relevantes de similitude, ou seja, entre os casos analisados deve existir uma semelhança relevante.

Ocorre que utilização da analogia em situações que circundam a internet pode trazer risco diante de determinada generalização. É o que relata Marcel Leonardi (2011, p. 140-141):

É exatamente nesse ponto que a analogia apresenta diversos riscos quando aplicada às questões jurídicas decorrentes da Internet. Em muitas ocasiões, são criadas metáforas e equiparações equivocadas, diferenças essenciais são deixadas de lado ou, ainda, não se atenta para a inexistência de semelhança *suficiente* ou *relevante* entre o caso concreto analisado e a hipótese invocada como análoga. É evidente que metáforas têm a sua função, mas “devem ser entendidas apenas como uma *ajuda* para a compreensão dos problemas jurídicos oriundos da Internet”. A analogia deve ser utilizada com muita cautela em tais casos, pois o seu emprego, sem maiores reflexões, leva a resultados desastrosos ou a situações estapafúrdias.

A utilização de analogias pode ser aplicada à internet, dependendo das circunstâncias. A analogia, portanto, deve ser analisada com cuidado, a fim de evitar maiores riscos. Nota-se que a suposição de que a internet não poderia ser adequadamente regulada continuou a dominar boa parte dos estudos sobre o tema. Para Lawrence Lessig (2006, p. 3), predominava a ideia de que os governos não conseguiriam regular a internet, considerando que o ciberespaço era, por natureza, considerado livre. E mesmo que o governo ameaçasse regular, o comportamento no ciberespaço não poderia ser controlado. As leis seriam aprovadas, mas não teriam efeitos.

Lawrence Lessig (2006, p. 4) apresenta um panorama distinto acerca da regulamentação do espaço virtual, posição que defende no decorrer de toda sua obra. Lessig afirma que o controle da internet é, em parte, exercido pelas tecnologias próprias e do comércio, apoiado pelo Estado de Direito (regulação estatal). Constituiria, então, uma condição de autorregulamentação técnica – mas suportada, subsidiariamente, pela intervenção do próprio Estado com a criação de normas jurídicas que regem as relações sociais no âmbito não físico.

Ao longo do tempo, esse pensamento foi superado com o aparecimento das primeiras normas jurídicas e decisões judiciais a respeito da internet, e passou-se a questionar como o Direito poderia regulamentar a Rede da melhor forma (LEONARDI, 2011, p. 146). Isso porque, tal como identificado pela doutrina

tradicional, os defensores da impossibilidade de regulação da internet cometem alguns erros, como exagerar nas diferenças existentes entre atos ocorridos no ciberespaço e outros atos transnacionais, não se atentar à distinção entre normas sociais, sem sanção, e normas de cumprimento obrigatório, impostas pelo Estado, e subestimar o potencial das ferramentas jurídicas tradicionais e da tecnologia para resolver os problemas multijurisdicionais causados pelo ciberespaço.

Porém, conforme já mencionado, os atos no ciberespaço não são diferentes dos atos transnacionais no mundo real. Eles envolvem pessoas em determinado lugar, sob determinada jurisdição, comunicando-se com pessoas de outros lugares e sob outras jurisdições.

Joel Reidenberg (*apud* LEONARDI, 2011, p. 147) formulou o conceito de uma *Lex Informática*, definida como uma existente e complexa fonte de regras de políticas de informação em redes globais, que deveriam ser adotadas em *complementação* – jamais em substituição – às normas jurídicas tradicionais. A ideia, baseada na *Lex Mercatoria*, refere-se às regras impostas aos usuários de uma rede, oriunda de sua capacidade e limitação tecnológicas e de escolhas a respeito de seu *design*. O *Lex Mercatoria*, portanto, serve como um ponto de partida para entender como os objetivos da *Lex Informática* podem ser alcançado. As semelhanças entre *Lex Mercatoria* e as necessidades de resolução de disputas e lei no ciberespaço são observáveis<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Veja-se com maior amplitude o posicionamento de Aron Mefford (1997, p. 225): *Whether or not it can properly be considered law in the academic sense, the Lex Mercatoria still has relevance to the dealings of merchants. As already mentioned, the provisions of the modern Lex Mercatoria may find expression in national courts as a system of custom to be looked at when adjudicating disputes. Furthermore, the merchant courts of the Middle Ages have now been replaced by the arbitration panels." While technically these panels are located within national jurisdictions, they are not tied to the laws of the arbitral situs and are therefore free to apply the Lex Mercatoria with relative freedom, although they may be biased against it." International contracts may also specify that the Lex Mercatoria or "customs of international trade" be applied when resolving the dispute to add strength to its legitimate application. When these customs are found to have legal standing, the modern Lex Mercatoria is applied. Judicial standards of review vary but a number of states allow judicial review only where the decision of the arbitrator was an abuse of discretion. Furthermore, virtually all nations recognize and enforce the decisions of international arbitrators in their courts.8 Thus, in a number of important respects, the Lex Mercatoria still exists and still has real meaning today for international business transactions. The Lex Mercatoria therefore serves as a starting point for how the goals of a Lex Informatica can be attained. The similarities between the needs for a Lex Mercatoria and the needs of dispute resolution and law in Cyberspace are remarkab.*

Seja ou não, pode ser devidamente considerado lei no sentido acadêmico, o *Lex Mercatoria* ainda tem relevância para as negociações de comerciantes. Como já mencionado, as disposições da moderna *Lex Mercatoria* podem encontrar expressão nos tribunais nacionais como um sistema de costume a ser observado ao julgar disputas. Além disso, os tribunais mercantes da Idade Média agora foram substituídos pelos painéis de arbitragem. "Embora tecnicamente esses painéis estejam localizados dentro das jurisdições nacionais, eles não estão ligados às leis do sítio arbitrio e, portanto, são livres para aplicar a *Lex Mercatoria* com liberdade relativa, embora possam ser tendenciosas contra isso". Os contratos internacionais também podem especificar que o *Lex*

Para o pensamento liberal, a internet deve se autorregular, seguindo o modelo de descentralização, pois existirão diferentes focos de decisão hábeis a criar um consenso gradual. Assim, há uma ideia de autorregulação com flexibilidade, propiciando que o costume crie, gradualmente, suas próprias regras, tendo em vista que o comércio na internet deve ser imune às restrições legais nacionais e controlado por uma entidade privada, assim como uma *Lex Mercatoria* – uma *Lex Informatica*, portanto –, que se adapta às necessidades específicas do meio (LORENZETTI, 2004, p. 69-70).

Com a dinamicidade da internet e os problemas em face à regulação, e com o crescimento do papel da internet nas relações políticas, sociais e econômicas, nacionais e internacionais, observa-se um movimento de formação de um regime regulatório transnacional em torno da idealização do estabelecimento da chamada *lex informatica*.

O termo *Lex Informatica* – ou *Lex Digitalis*, utilizado desde meados da década de 1990 – denota a ideia de um sistema regulatório que abrangeria a tutela de relações jurídicas provenientes dos novos paradigmas de interatividade trazidos pela internet. A denominação pressupõe a estruturação de um regime regulatório rígido e independente (MEFFORD, 1997, p. 221).

A definição proposta por Aron Mefford pressupõe a *Lex Informatica* como um corpo em formação de princípios garantidores de poderes, efeitos, legitimidade e eficácia na regulação da internet, e até sugere o estabelecimento de um órgão internacional para regulá-la. Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 80) menciona que as características do Direito Digital<sup>50</sup> são celeridade, dinamismo, autorregulamentação, poucas leis, base legal na prática costumeira, uso de analogia e solução por arbitragem. Essas características são bastante semelhantes a *Lex Mercatoria*, pois

---

*Mercatoria* ou "alfândega do comércio internacional" seja aplicado ao resolver a disputa para aumentar a sua legítima aplicação. Quando esses costumes são considerados legais, o moderno *Lex Mercatoria* é aplicado. Os padrões judiciais de revisão variam, mas vários estados permitem a revisão judicial somente quando a decisão do árbitro foi um abuso de discricção. Além disso, praticamente todas as nações reconhecem e aplicam as decisões dos árbitros internacionais em seus tribunais. Assim, em vários aspectos importantes, a *Lex Mercatoria* ainda existe e ainda hoje tem um significado real para as transações comerciais internacionais. O *Lex Mercatoria*, portanto, serve como um ponto de partida para a forma como os objetivos de uma *Lex Informatica* podem ser alcançados. As semelhanças entre as necessidades de um *Lex Mercatoria* e as necessidades de resolução de disputas e leis no ciberespaço são observáveis (tradução livre).

<sup>50</sup> Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 76-77) define que Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito a partir do ato de compreender melhor as transformações da vida digital da sociedade, abrangendo os princípios fundamentais e os institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico em todas as áreas.

não estão aparelhadas em um único ordenamento, mas são um conjunto de regras, princípios e costumes oriundos da prática comercial.

Marcel Leonardi (2011, p. 150) faz alusão há um grande deslumbramento e perplexidade dos juristas e dos legisladores com relação à internet, poucos se preocupam em compreender como superar as limitações dos mecanismos tradicionais de regulação e tutela no âmbito da Rede. Ademais, também critica a abordagem desses problemas no Brasil, pois muitas vezes ignora-se importantes aspectos técnicos, o que traz consequências desastrosas. Sem conhecer essas peculiaridades, o legislador corre o risco de propor modelos regulatórios fadados ao fracasso e fortalecer a errônea ideia de que não é possível resolver problemas jurídicos oriundos da internet.

Com uma análise superficial da arquitetura da Internet para o Direito, nota-se que quem controlar a dimensão fática da Rede – aqui representada por sua arquitetura tecnológica – terá grande força para regular comportamentos praticados por meio dela. Nesse contexto, para definir quais são os mecanismos técnicos e jurídicos que podem ser implementados para tutelar direitos no âmbito da internet, a análise da arquitetura da Rede é imprescindível. Sua estrutura não é neutra, ela pode estimular e refrear certos tipos de conduta (LEONARDI, 2011 p. 151-152).

O presente estudo não seguirá nenhuma dessas linhas de modo específico para evidenciar qual é o melhor método de regulamentação da internet e do comércio eletrônico. Trata-se apenas de uma exposição a respeito do quanto é importante para o ordenamento jurídico brasileiro entender as possibilidades de regulamentação já discutidas doutrinariamente, a fim de que possam interpretar o melhor método a ser utilizado em benefício da sociedade.

Nesse contexto, será verificado no próximo tópico mecanismos técnicos e jurídicos que possam ser implementados para o ordenamento jurídico brasileiro para tutelar direitos no âmbito da internet em face de ausência de norma, em especial com fundamento nos usos e costumes.

## CAPÍTULO 4

### **A IMPORTÂNCIA DOS USOS E COSTUMES COMO MEIO INTERPRETATIVO E FRENTE À INÉRCIA LEGISLATIVA NO ÂMBITO VIRTUAL: DA (DES)NECESSIDADE DO ASSENTAMENTO DOS USOS E COSTUMES**

Este capítulo objetiva apresentar a resolução do problema central do presente estudo, analisando primeiramente a função interpretativa dos usos e costumes que se encontra mencionado no do art. 6º do Marco Civil da Internet.

Dessa análise hermenêutica dos usos e costumes, promove-se a necessidade de entender a absorção e garantia de diversos direitos humanos, sobretudo das chamadas liberdades positivas fixadas pelos direitos humanos sociais. Essa análise está atrelada aos efeitos da decorrência da utilização da internet, ou seja, do âmbito virtual que precisa e deve ser ajustado conforme a dinâmica e a necessidade dos operadores do mercado.

Após essa apreciação, parte-se para a menção em reconhecer os usos e costumes além da sua função interpretativa, para fonte secundária do direito, que diante da ausência de norma primária se destina a atender as demandas atinentes em caso de omissão normativa suficiente para sanar eventuais conflitos, conforme dispõe o art. 4º da LINDB.

Visa-se entender a dinâmica do âmbito virtual, sendo necessário compreender a correlação entre o Direito Costumeiro e o Direito Digital, partindo-se primeiramente em entender as principais características do Direito Digital dentre elas: a generalidade, uniformidade, continuidade, durabilidade e notoriedade.

Diante desse contexto de avanço acelerado da tecnologia, nota-se o obstáculo em presumir e reagir as novas situações jurídicas que conseqüentemente trazem implicações para o Estado, que por sua vez possui dificuldade para regular as implicações que nesse âmbito circundam.

Entretanto, conforme mencionado brevemente no capítulo 2, um dos requisitos necessários dos usos e costumes como fonte secundária do direito é o assentamento, o qual que será abordado neste capítulo com base na regulamentação da Lei da Junta Comercial e conforme dispõe o Decreto 1.800/96 sobre o procedimento.

Após realizadas essas disposições legais, será avaliado, por meio de breve

pesquisa empírica realizada na Junta Comercial do Paraná e na Junta Comercial de São Paulo, de que forma esse procedimento tem sido provocado para as partes interessadas e quais alternativas em caso de ausência do assentamento. Em seguida, serão analisadas a (des)necessidade do assentamento e as possibilidades de meio de prova em caso de ausência do requisito.

#### 4.1 UM EXAME DO ARTIGO 6º DO MARCO CIVIL DA INTERNET

A natureza humana e o conhecimento técnico específico presente no âmbito fático podem permitir a percepção das múltiplas transformações tecnológicas que se sucedem em um mundo denso, caracterizado, sobretudo, pela velocidade tecnológica.

Na era do Direito Digital, há uma dificuldade ainda maior por parte do legislador em acompanhar as novas formas de conduta, de relações sociais, principalmente no âmbito da internet, considerando sua dinamicidade. Ao aplicador do direito, portanto, face à insuficiência de norma regulamentadora, remanesce as dificuldades da oposição entre uma legislação atrasada ou, algumas vezes, obsoleta e o desenvolvimento técnico-científico inserido na dinâmica social.

O avanço tecnológico das redes de comunicação permitiu o avanço no comércio, tempo em que o *e-commerce* auferiu notoriedade mundial, sem, paralelamente, conquistar avanço no desenvolvimento de legislação adequada à solução dos conflitos.

Neste capítulo, então, será demonstrada a função interpretativa dos usos e costumes prevista no artigo 6º do Marco Civil da Internet, o qual menciona que “devem ser levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares, ou seja, próprios do ambiente virtual, e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural” (BRASIL, 2014). Da mesma forma, será feita a análise de como as fontes secundárias, precisamente os usos e costumes, consistem em um importante mecanismo para solucionar litígios em decorrência de omissão legislativa ou de ausência de norma positivada que regulamente determinadas questões em situações envolvendo internet e tecnologia e a sua (des)necessidade de assentamento.

Marcelo Benacchio e Queila Rocha Carmona dos Santos (2015, p. 166) mencionam que é patente a compreensão da internet como um direito instrumental

para conquista e garantia de diversos direitos humanos, sobretudo das chamadas liberdades positivas fixadas pelos direitos humanos sociais.

A esse respeito, Newton De Lucca (2015, p. 74) menciona “que sempre acreditaram e continuam a acreditar que as normas sobre a interpretação das leis e dos contratos são da mais alta relevância para que os juízes façam a correta aplicação do direito”.

Tarcisio Teixeira (2014b, p. 344), por sua vez, considera esse meio interpretativo uma questão muito importante para efeitos de *e-commerce* o disposto no artigo 6º do Marco Civil da Internet. Ainda assim, pondera que tais resultados no âmbito virtual devem ser ajustados conforme a dinâmica e a necessidade dos operadores do mercado.

Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 74) é pioneira em relacionar a importância do Direito Digital com os costumes, pois os avanços tecnológicos são constantes e o Direito Digital é pragmático e costumeiro, baseado em estratégia jurídica e dinamismo face às mudanças que circundam as relações sociais.

A sugestão é que o Direito siga sua vocação de refletir as grandes mudanças culturais vividas pela sociedade. A proposta à qual Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 76) faz referência é justamente a de considerar que, no âmbito do Direito Digital, devem prevalecer os princípios em relação às regras, pois a evolução tecnológica é mais rápida do que a atividade legislativa.

Igualmente, na busca de soluções e conflitos em questões de Direito Digital, deve-se considerar a solução mais célere e eficiente. A arbitragem<sup>51</sup> e a mediação<sup>52</sup> são uma delas, de acordo com a autora. E para as questões as quais não puder ser aplicada a arbitragem, como as penais, encontra-se guardada em um modelo misto que possa incluir uma jurisdição virtual, como já vem sendo aplicada por vários países. Afinal, o Direito Digital atua em ambiente global, em um regime de parcerias, com uma estrutura de mercado de “coopetição – coopetição mais cooperação” (PINHEIRO, 2016, p. 119-120)<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Para Carlos Alberto Carmona (1998, p. 52), a arbitragem é um “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”.

<sup>52</sup> Elpídio Donizetti (2016, p.171) define a mediação quando na presença de “um terceiro (mediador), munido de técnicas adequadas, ouvirá as partes e oferecerá diferentes abordagens e enfoques para o problema, aproximando os litigantes e facilitando a composição do litígio. A decisão caberá às partes, jamais ao mediador”.

<sup>53</sup> O Artigo 3º do novo Código do Processo Civil estabelece que: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado

Outro meio alternativo para solução de conflitos é a conciliação, meio eficaz e célere. Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 175) aduz que o mecanismo da audiência de conciliação consiste em previsão que visa estimular a solução consensual dos litígios, concedendo à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento, além de representar uma tendência mundial de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial hipótese secundária de composição de litígios.

Sabe-se que o preço a ser pago pelo desgaste de uma ação judicial é muito alto, devido ao custo e ao tempo. Assim, a arbitragem e/ou a mediação podem ser um meio eficaz para solução de conflitos, visto que uma disputa jurídica pode significar uma perda relativamente alta no sentido financeiro de ambas as partes.

Os princípios e as soluções que são encontrados na base do Direito Costumeiro permitem alcançar resultados e preencher lacunas antes nunca resolvidas. Desse modo, o Direito Digital estabelece harmonia entre o Direito Codificado e o Direito Costumeiro, aplicando da melhor forma e solução que cada um tem de melhor ao contexto aplicado. No Direito Costumeiro, os elementos que estão a amparar o Direito Digital são a generalidade, uniformidade, continuidade, durabilidade e notoriedade ou publicidade, valendo-se do fator tempo que, diferentemente do Direito Codificado, é mais flexível (PINHEIRO, 2013, p. 79).

Conforme mencionado no capítulo anterior, o Marco Civil da Internet é considerado no Brasil um texto pioneiro na abordagem de regulamentação de direitos, deveres, regras e determinação de diretrizes para a atuação do Estado nas relações em âmbito virtual (TEIXEIRA, 2016, p. 89).

Não há como se pensar o mundo contemporâneo sem as possibilidades e facilidades criadas pela internet. E mesmo aqueles que ainda não se beneficiam diretamente dela, estão sob a influência de instrumentos, órgãos, empresas que a utilizam. O Marco Civil da Internet é, sobretudo, uma garantia a todos os atores envolvidos, ou seja, a toda sociedade. Mesmo aqueles que defendem a contrariedade ao disposto na Lei, o Marco Civil da Internet está sob um parâmetro definido de legalidade, que permite o cálculo de riscos das ações a serem tomadas,

---

promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial". Ademais, no artigo 42º estabelece que "As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei". Dessa forma, o novo CPC confirma a Arbitragem como um Instituto Jurisdicional reconhecido, garantido o direito das partes a optarem pela Jurisdição Arbitral.

criando-se instrumentos de mercado que garantam ao investidor maior previsibilidade.

A aplicação do Marco Civil pelo Poder Judiciário brasileiro almeja atender às novas demandas relativas à utilização dos recursos tecnológicos, à disponibilidade de conteúdos e formas de acesso à informação, às novas dimensões do direito da privacidade no ciberespaço e à neutralidade da rede como primado estruturante da internet. Além disso, objetiva consentir a guarda de registros de acesso, a responsabilidade de danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros e a necessidade de parâmetros para a atuação do Poder Público (TEIXEIRA, 2016, p. 10).

Pode-se mencionar ainda, de acordo com Newton De Lucca (2015, p. 75), que os usos e costumes passam a ter maior importância nesse caso do que nos outros ramos do Direito, pois possuem função supletiva. Miguel Reale (2002, p. 136-137) invoca as normas supletivas como uma espécie de regras dispositivas, pois se destinam a suprir o vazio deixado pela livre disposição das partes. Em outras palavras, na omissão da lei, deve-se recorrer às normas supletivas do costume.

Encontra-se aqui situação relevante à presente pesquisa. A função supletiva ou normativa supletiva possui utilização na falta de norma específica, sendo examinada pela ciência do direito na qualidade de fonte subsidiária. Forma-se, portanto, uma conexão com as normas secundárias do direito, como os costumes, tendo em vista que ambas – normas supletivas ou fontes secundárias – são utilizadas para suplementar a ausência de legislação aplicável à espécie típica. Ressalta-se que os usos e costumes são práticas reiteradas que passam a ser aceitas como regras jurídicas obrigatórias.

Nesse contexto, a autora Rosa Léo, cuja obra foi analisada por Alan Moreira Lopes (2015, p. 49), aduz que:

Os meios de comunicação, conforme o que publicam, foram opinião pública, ou seja, constituem a imaginação geral compartilhada pelas pessoas. [...] Mas é nas práticas que imaginamos possíveis que o desejo se consubstancia. E as práticas que imaginamos possíveis são as que os costumes nos oferecem. Os costumes, por sua vez, nos alcançam, hoje, ainda principalmente pela família, mas também em grande parcela pela *internet* e pelos meios de comunicação.

Portanto, a dinâmica da internet cria constantemente novas condutas sociais por parte dos usuários. A redação do artigo 6º da Lei n. 12.965/2014 conserva o

objetivo do *codex* digital atual diante dos avanços tecnológicos e consagra acessíveis os usos e costumes da *web* (LOPES, 2015, p. 49).

Ademais, o artigo 6º do Marco Civil da Internet menciona a regra hermenêutica, utilizada por meio da aplicação e interpretação de seus dispositivos, como exemplo a proteção dos direitos dos consumidores. Nesse caso, a disposição passa a segurança de garantir o não retrocesso na promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural (KLEE; MARTINS, 2015, p. 343).

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2015, p. 49) afirma ainda sobre o dispositivo narrado que ao mencionar os fundamentos, os princípios e objetivos previstos no Marco Civil da Internet notoriamente ratificam os direitos e as garantias constitucionais previamente disciplinados na Constituição Federal de 1988, sendo certo que a natureza dos usos e costumes particulares estabelece novos parâmetros na interpretação da norma, quando encontra-se de acordo e com fundamentos jurídicos na Constituição Federal.

Com as codificações, percebe-se uma tendência de aplicação uniforme, de princípios doutrinários então aceitos em determinada época. A tendência legislativa, no momento da elaboração dos Códigos, reflete ou deve refletir os anseios da sociedade em busca de soluções jurídicas para necessidades que se avizinham. Se há um clamor social em relação a determinada necessidade, segue-se o abrandamento ou fixação de regras mais rígidas na direção desses anseios sociais. Verifica-se, assim, a constante necessidade da interpretação das normas legais pelo aplicador. Não somente isso, mas a própria tendência a adaptar a legislação aos tempos e aos fatos concretos (NEGRÃO, 2015, p. 39-40).

Desta feita, denota-se que os usos e costumes, além da importância como meio de interpretação, possui relevância como fonte secundária do direito e fundamentação legal na LINDB, com objetivo de suplementar a omissão. A seguir, será observada a gradação normativa dos usos e costumes no âmbito da internet.

#### 4.2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DIGITAL FRENTE AO DIREITO COSTUMEIRO

Verifica-se que, no âmbito do Direito Digital, não é necessária a criação de uma infinidade de leis próprias, tendo em vista a possibilidade de tornar-se antiquada e, conseqüentemente, limitada a sua eficácia no decorrer do tempo.

Conforme relatado no item anterior, é necessário que o Direito siga sua propensão para refletir as grandes mudanças culturais e comportamentais da

sociedade no que diz respeito ao Direito Digital, pois o ritmo de evolução tecnológica é muito rápido, e considera-se fortemente possível que seja mais acelerada do que a atividade legislativa.

Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 80) aborda os elementos que amparam o Direito Digital: generalidade, uniformidade, continuidade, durabilidade e notoriedade (publicidade). Primeiramente, tem-se que a generalidade é uma das características centrais, pois é demonstrada através do comportamento repetitivo, em um razoável número de vezes, para evidenciar uma regra. Percebe-se que a generalidade é a base da jurisprudência<sup>54</sup>.

A uniformidade é outra característica do Direito Costumeiro, sua aplicação imediata ampara esse atributo. Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 80) exemplifica essa característica citando a ocorrência de um consumidor que possui uma decisão favorável contra um *site* que lhe vendeu algo e não expôs claramente o contato para reclamações em sua página. Nesse sentido, é obrigatório que todos os outros *sites* com problemas semelhantes procurem se adequar a determinado posicionamento, evitando as mesmas sanções com fundamentação legal no art. 2º inciso VII, do Decreto 7.972/2013<sup>55</sup>.

Considerando o exemplo acima, evidencia-se outro elemento imprescindível, a continuidade, que se fundamenta pela quantidade de decisões repetidas ininterruptamente dentro de um fluxo uniforme (PINHEIRO, 2016, p. 80).

Outra característica é a durabilidade, responsável pela criação da crença no uso desses elementos, pois a segurança do ordenamento jurídico necessita desse requisito, que repassa a constância e persistência das empresas que visam obter respostas rápidas para atuar em um cenário de negócios cada vez mais globalizado e digital (PINHEIRO, 2016, p. 80).

Por fim, a última característica é a notoriedade, que ocorre por meio de tomadas de decisões que devem se tornar públicas, para que sirvam de exemplo a variadas hipóteses fáticas e virem fundamento para a diminuição da obsolescência de decisões tomadas no Judiciário (PINHEIRO, 2016, p. 80).

Liliani Minardi Paesani (2014, p. 2) verifica que a velocidade dessa nova tecnologia acarreta certa dificuldade na interação com a informática. No Direito,

---

<sup>54</sup> Característica que justifica a informação contida no primeiro capítulo, ao abordar a correlação entre usos e costumes e jurisprudência.

<sup>55</sup> Art. 2º São diretrizes do Plano Nacional de Consumo e Cidadania: VII - autodeterminação, privacidade, confidencialidade e segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, inclusive por meio eletrônico.

pode-se perceber uma característica de atraso em relação à dinâmica da internet, uma vez que o surgimento de tantos fatos novos quase impossibilita o legislador de acompanhá-los.

Nesse gradativo avanço do conhecimento e da complexidade dos problemas, Helena Sivini Ferreira (2004, p. 2) nomeia a situação de “sociedade de risco ou contemporânea”, pois, diante dessa etapa de evolução da sociedade moderna, denota-se dificuldade de prever, calcular e reagir adequadamente aos riscos, que consecutivamente trazem implicações para o Estado e dificuldade de regular as implicações da ciência e da técnica e os efeitos que daí podem decorrer.

Verifica-se que, na evolução histórica da sociedade humana, os meios de mensuração de riqueza e poder de homens e países sofreram alterações. Antigamente, eram utilizados fatores como terras, metais, pedras preciosas, escravos, entre outros. Para Pierre Lévy (1999, p. 16), atualmente, a grande riqueza do homem é a informação, que é produzida, se propaga e se transforma facilmente.

Inferese, assim, que a Internet foi responsável pela configuração de uma revolução no processo informativo, ou melhor, de uma evolução que contribui para a democratização da informação de uma sociedade cosmopolita.

Willian Smith Kaku (2004, p. 192-193) acredita que, no marco jurídico- legislativo regulatório, os agentes procuram assimilar a nova realidade ao que já existia ou era tradicionalmente utilizado. Porém, o meio virtual é tão complexo que necessário se faz questionar a possibilidade de se adequar o velho ao novo, o que requer, sem dúvidas, novas visões e mudanças de postura no meio virtual.

A internet é um grande instrumento para a concretização da informação e também de Direitos Humanos, e o Marco Civil é um importante instrumento para a concretização de liberdades capazes de melhorar gradativamente a qualidade de vida das pessoas, desempenhando-se, assim, novos níveis de desenvolvimento.

Dessa forma, pode-se entender que o acesso à internet acaba por estabelecer novas práticas, que podem acarretar determinados usos e costumes na sociedade. O Direito Digital estabelece uma conexão entre o Direito Codificado e o Direito Costumeiro, aplicando-se os elementos que cada um tem de melhor para a solução das questões da sociedade digital.

#### 4.3 O PROCEDIMENTO DE ASSENTAMENTO DOS USOS E COSTUMES NA JUNTA COMERCIAL

Com fundamento na premissa já analisada sobre os requisitos necessários para evidenciar uma prática mercantil, será examinado neste tópico o procedimento do assentamento dos usos e costumes, e posteriormente será abordado o questionamento sobre a necessidade ou desnecessidade do método de assentar.

Cumprime primeiramente definir o termo “assentar” de acordo com dicionário jurídico como “1) Registrar, tomar nota, lançar por escrito no livro competente o nascimento; assentar a operação, assentar a compra. 2) Estipular, firmar, estabelecer, convencionar: assentar as cláusulas do contrato; assentar o negócio etc.” (HORCAIO, 2007, p. 100).

A prática do assentamento de usos e costumes no âmbito comercial tem as Juntas Comerciais como responsáveis pela execução e administração dos atos de registro. Essas Juntas são órgãos locais que integram a estrutura administrativa dos Estados-membros. Cada unidade federativa possui uma Junta Comercial, segundo disposição constante do art. 5º da Lei nº 8.934/1994. Além disso, as Juntas têm a capacidade, dentre outras funções, de promover o assentamento dos usos e das práticas mercantis<sup>56</sup> (costumes) da localidade (vide art. 8º, VI, da Lei nº 8.934/94 e arts. 87 e 88 do Decreto nº 1.800/96).

Entende-se por registro público a menção de certos atos e fatos, lançada por um oficial público em livros próprios, quer à vista de títulos que lhe são apresentados, quer mediante declarações escritas ou verbais das partes interessadas. Tem por finalidade conferir publicidade ao ato ou fato que é objeto do registro, ou atua como simples meio de conservação de um documento (LOUREIRO, 2014, p. 23).

Ademais, o ato do registro público é a forma tradicional de preservação de informações consideradas vitais para a sociedade (como nascimento, registro de casamento, óbito, criação de pessoas jurídicas, entre outros), com o objetivo de dar-lhes a publicidade necessária para a segurança das relações interindividuais.

---

<sup>56</sup> Art. 8º: Às Juntas Comerciais incumbe: I - executar os serviços previstos no art. 32 desta lei; II - elaborar a tabela de preços de seus serviços, observadas as normas legais pertinentes; III - processar a habilitação e a nomeação dos tradutores públicos e intérpretes comerciais; IV - elaborar os respectivos Regimentos Internos e suas alterações, bem como as resoluções de caráter administrativo necessárias ao fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e regimentais; V - expedir carteiras de exercício profissional de pessoas legalmente inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins; **VI - o assentamento dos usos e práticas mercantis** (grifo nosso).

A publicidade, então, caracteriza-se como forma de notificação pública, consequência necessária do registro, mesmo quando este é facultativo, com vistas apenas à perpetuidade de um documento. Haverá sempre a publicidade, desde que registrado o ato ou fato, mas os efeitos podem variar de intensidade (LOUREIRO, 2014, p. 23)

No mesmo sentido, o Decreto n. 1.800/96, que regulamenta a lei acima mencionada, dispõe em seu artigo 7º a competência das Juntas Comerciais para assentar os usos e costumes mercantis, catalogar os assentamentos de usos e práticas mercantis procedidos (inciso VI, alínea d) e também organizar, formar, atualizar e auditar, observadas as instruções normativas do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC)<sup>57</sup>, o Cadastro Estadual de Empresas Mercantis (CEE), integrante do Cadastro Nacional de Empresas Mercantis (CNE) – inciso VIII (BRASIL, 1996).

O decreto também faz menção, em seu art. 8º, à estrutura básica das Juntas Comerciais, que é integrada pelos seguintes órgãos: Presidência, como órgão diretivo e representativo; Plenário, como órgão deliberativo superior; Turmas, como órgãos deliberativos inferiores; Secretaria-Geral, como órgão administrativo; Procuradoria, como órgão de fiscalização e de consulta jurídica (BRASIL, 1996).

A sessão inaugural do Plenário das Juntas Comerciais (artigo 20) se inicia a cada período de mandato, na qual é realizada a distribuição dos Vogais em turmas de três membros cada, com exclusão do Presidente e do Vice-Presidente (BRASIL, 1996).

Considerando que o plenário tem competência para deliberar sobre a questão de assentamento de usos e práticas mercantis disposto no art. 21, inciso III, o Presidente tem o dever de submeter internamente esse assentamento à deliberação do Plenário (art. 25, inciso XXI) e ao Procurador, a fim de que este promova internamente estudos para o assentamento conforme dispõe o art. 30, inciso I, alínea c, do aludido Decreto (BRASIL, 1996).

Após esse trâmite, serão assentados os usos ou as práticas mercantis pela Junta Comercial em livro próprio, *ex officio*, por provocação da Procuradoria ou de entidade de classe interessada (art. 87, § 1º do decreto n. 1.800/96). Percebe-se que, se há provocação de determinada classe interessada, há interesse público, o

---

<sup>57</sup> O DNRC foi criado pela Lei nº 4.048/1961, em seus arts. 17, II, e 20, e era um órgão integrante do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo. Entretanto, o Decreto nº 8.001, de 10.05.2013, extinguiu o DNRC e, em seu lugar, criou o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI).

que é de extrema relevância no âmbito jurídico para eventuais mudanças em prol da sociedade.

Verificada pela Procuradoria a inexistência de disposição legal contrária ao uso ou à prática mercantil a ser assentada, o Presidente da Junta Comercial solicitará o pronunciamento escrito das entidades diretamente interessadas, que deverão se manifestar dentro do prazo de noventa dias, e fará publicar convite a todos os interessados para que se manifestem no mesmo prazo (art. 87, § 2º) (BRASIL, 1996).

Executadas as diligências previstas no parágrafo anterior, a Junta Comercial decidirá se é verdadeiro e registrável o uso ou prática mercantil – em sessão a que compareçam, no mínimo, dois terços dos respectivos Vogais. O resultado da votação dependerá da respectiva aprovação de, pelo menos, metade mais um dos Vogais presentes (art. 87, § 3º) (BRASIL, 1996).

Proferida a decisão, será anotado o uso ou a prática mercantil em livro especial, com a devida justificação, efetuando-se a respectiva publicação no órgão oficial da União, do Estado ou do Distrito Federal, conforme a sede da Junta Comercial (art. 87, § 4º). Ademais, caberá às Juntas Comerciais, em prazo quinquenal, processar a revisão e publicação da coleção dos usos ou das práticas mercantis assentados na forma do artigo anterior (art. 88) (BRASIL, 1996).

No próximo item, será abordado se esse procedimento está ou não em uso nas Juntas Comerciais, ou se é notório o entendimento por parte de funcionários no que tange ao assentamento de usos e costumes e, quando há conhecimento, como procedem.

#### 4.3.1 Análise Empírica do Assentamento nos Cartórios das Juntas Comerciais do Estado de São Paulo e do Estado do Paraná

No objeto de estudo, fez-se apreciação empírica para avaliar o procedimento que deriva do assentamento de usos e costumes em Juntas Comerciais do Estado de São Paulo e do Estado do Paraná, para fins de informações da prática assídua ou não nesses órgãos de registro. Os relatos abaixo transcritos, que dizem respeito à pesquisa empírica realizada, encontram-se nos apêndice A (São Paulo) e anexo A (Paraná).

Percebe-se uma intensa dificuldade ao acesso de dados no que tange aos usos e costumes assentados nas Juntas Comerciais, que poderiam inclusive ser divulgadas eletronicamente, devido ao frequente uso da internet na sociedade. Considerando, porém, que, à época da promulgação da Lei da Junta Comercial e do Decreto n. 1.800/96, o acesso à internet ainda era restrito devido ao alto custo, talvez a ausência de publicidade por via eletrônica se justifique.

Foi feita uma visita à Agência Regional da Junta Comercial do Paraná, em Londrina, com o objetivo de analisar os usos e costumes assentados. Os atendentes alegaram não ter ciência do teor do assunto e declararam que haveria a possibilidade de obter maiores informações sobre casos de usos e costumes assentados na Junta Comercial do Paraná (JUCEPAR), sediada em Curitiba-PR, por se tratar de matéria legal e atividades-fim relacionadas às atividades desenvolvidas pela sede (APÊNDICE A).

Verifica-se grave dificuldade em analisar empiricamente o tema do presente estudo também no outro Estado, afinal os problemas se repetiram na Junta Comercial Estado de São Paulo (JUCESP), na cidade de São Paulo. Apesar do célere atendimento dos funcionários, nenhum dos três atendentes da recepção apresentava conhecimento sobre assentamento de usos e costumes.

Posteriormente, após requerer atendimento de um funcionário que estaria há mais tempo trabalhando na JUCESP, obteve-se contato com a Secretária Executiva de Atendimento. A secretária, porém, alegou não saber como responder às perguntas e afirmou não existir a prática de assentamento de usos e costumes no local. Em seguida, foi possível obter o contato do Diretor, que, no entanto, não retornou nenhuma ligação ou *e-mail*.

Depois de dois meses em espera, a Assessora Técnica da Presidência (DCT – SEAT) retornou o *e-mail* alegando que, após consulta em diversos níveis hierárquicos e na Procuradoria da Junta Comercial de São Paulo, obteve a confirmação de que não há nenhum registro de usos e costumes. Nesse contexto, percebe-se que, em caso de necessidade de assentamento de determinada prática mercantil, possivelmente não será possível obter informações naquele local (ANEXO A).

Em outra experiência, dessa vez na Junta Comercial de Curitiba-PR, obteve-se a informação, por contato telefônico com o Procurador da Junta Comercial do Paraná, de que a referida Junta Comercial adota o posicionamento de inserir os

registros de assentamentos de usos e costumes em um tópico no *site* da Junta: <[www.juntacomercial.pr.gov.br/](http://www.juntacomercial.pr.gov.br/)>.

O tópico para acesso *on-line* é denominado “Manual de Registro e Práticas”, no qual é possível verificar, pelo sumário, alguns temas que trazem formalização do assentamento em forma de enunciados.

Questionou-se também, informalmente, a elaboração do Manual no que tange ao procedimento desse tipo de assentamento que a Junta, em particular, adotou já há alguns anos. Em resposta, foram passadas informações acerca do procedimento adotado e esclarecido que o trâmite da Lei da Junta Comercial e do Decreto nº 1.800/96 é válido. Porém, o procedimento de assentamento foi definido como um tanto vetusto, uma vez que já é adotado outro procedimento, o de assentamento em forma de enunciados, os quais são anexados ao Manual de Registro de Práticas que se encontra apensado no *site*, a fim de maior viabilidade e eficácia.

O procurador expôs que, nas Juntas Comerciais, no decorrer dos anos, o sistema foi aprimorado por meio da construção de melhores interpretações acerca do Decreto n. 1.800/96 e a Lei n. 8.934/1994. Por isso, o Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), órgão nacional regulador, atualiza sempre seus informativos, que são, na prática, as normas específicas para o registro.

O procedimento, resumidamente, conforme conferência via telefone com o Procurador Regional da Junta Comercial do Paraná, é disposto da seguinte forma: primeiramente, as propostas são formalizadas; depois, são levadas ao plenário de Vogais para discussão, sendo realizados acordos e eventuais modificações, caso necessário; por fim, elabora-se uma orientação em forma de enunciado, como forma de uniformização do entendimento administrativo.

Ao questionar o Procurador sobre a diferença entre a JUCEPAR e a JUCESP, ele alegou que cada Junta Comercial segue a jurisdição do seu Estado, ou seja, seguem leis estaduais quanto ao funcionamento, à estrutura, à vinculação ao governo etc. Por isso, a realidade de uma Junta é sempre diversa de outra. Alegou ainda que a JUCESP, maior do país, sempre se destacou por ter métodos diferentes das demais.

O Procurador salienta que não há força normativa direta, mas o enunciado convém como orientação. Ele acredita que as Juntas Comerciais conectadas em um trabalho de padronização e integração mostra que estaria sendo exercida a

competência para assentamento de práticas. E os enunciados, conforme a JUCEPAR adota, são prova disso. Por fim, acrescentou que há grupos de trabalho que unem as Juntas Comerciais e o DREI a fim de atualizar normas justamente a partir de usos e costumes padronizados. Todavia, a elaboração de instrução normativa cabe ao DREI, ficando, então, o registro final dos assentamentos a cargo desse órgão.

A respeito da análise das Juntas Comerciais, o presente estudo não possui o condão de apreciar se a utilização do termo “enunciado” seria mais correto em relação ao termo “assentamento”. A menção a ambos é meramente explicativa, a fim de elucidar como a JUCEPAR tem obtido bons resultados na utilização desse novo termo.

O DREI é um órgão federal, integrante da Secretaria de Micro e Pequena Empresa da Presidência da República. Sua função não é a execução do registro de empresa (nenhuma sociedade terá os seus atos constitutivos depositados nesse órgão, por exemplo), mas de normatização, disciplina, supervisão e controle de registro. Na prática, fica a cargo do DREI fiscalizar os atos praticados pelas Juntas Comerciais de toda federação, além de sanar possíveis dúvidas sobre o estabelecimento e a consolidação das normas e diretrizes gerais do registro de empresas.

Percebe-se que, pragmaticamente, que há outras Juntas Comerciais que não têm realizado essa competência, de forma que o último assentamento de prática mercantil nesse trâmite, de que se tem notícia, ocorreu em 1965 na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais e relativo a cheque visado. Assim, pode-se considerar o assentamento dos usos e das práticas mercantis uma curiosidade histórica sem maior importância prática nos dias de hoje, ainda que previsto em lei (GARVIA, 2016, *on-line*).

Ainda que o acesso às informações contidas no registro público seja público e universal, poderia ser facilitado por meios de padronização dos costumes em forma de enunciados, por exemplo, conforme já vêm sendo adotado na JUCEPAR e dos quais se obtêm bons resultados. Atualmente, porém, para que qualquer pessoa consiga acessar e obter certidões dos assentos das Juntas Comerciais, a consulta somente poderá ser realizada por meio do pagamento<sup>58</sup> de taxas, porque a lei assim determina.

---

<sup>58</sup> Art. 80. Qualquer pessoa, sem necessidade de provar interesse, poderá consultar os documentos arquivados nas Juntas Comerciais e obter certidões, mediante pagamento do preço devido.

#### 4.3.2 A (Des)Necessidade do Assentamento: Meios de Prova e Aplicação.

No objeto de estudo, percebe-se que o acesso às informações contidas no registro público deveria ser o mais amplo possível. Nota-se um forte retrocesso na busca de dados no que tange aos usos e costumes assentados nas Juntas Comerciais em que a análise empírica foi objeto de pesquisa. Além disso, é crível aduzir que esse fato decorre do menor interesse de comerciantes/empresários em relação às décadas de 1940 a 1980.

Entretanto, em alguns casos, poderá ocorrer a necessidade da prova do costume comercial, que poderá incidir em duas situações. A primeira acontecerá conforme o disposto no Decreto n. 1.800/96, que regulamenta a Lei n. 8.934/1994 em seu artigo 7º, a qual institui a competência das Juntas Comerciais para assentar os usos e costumes mercantis assim que o costume comercial já tiver sido invocado e aplicado anteriormente em juízo, bastará que a parte obtenha uma certidão da Junta Comercial. A segunda situação, não prevista na legislação, ocorrerá quando o costume comercial não for de conhecimento do magistrado, e diante da ausência de certidão deverá haver a prova de sua existência e vigência, por qualquer meio idôneo admitido pelo Direito.

Verifica-se que há predominância doutrinária e jurisprudencial para os casos de ausência de assentamento dos usos e costumes no Registro Público das Empresas Mercantis e Atividades afins, com sinais de aceitação independentes do assentamento na Junta Comercial no que tange aos costumes realizados no âmbito eletrônico.

Com o progresso da informática, o fenômeno da desmaterialização dos títulos de crédito ganhou dimensão na comunidade globalizada: a Duplicata Virtual, com previsão do art. 88, §3º, do Código Civil, na Lei das Duplicatas (Lei nº 5.474/1968) e na Lei nº 9.492/1997. Embora não seja objeto de estudo no presente trabalho, a duplicata virtual vem sendo uma indiscutível aquisição na técnica bancária e um excelente exemplo de uma prática reiterada no comércio, que, devido à continuidade do seu uso, gerou a necessidade dos tribunais entenderem que possui plena eficácia e juridicidade.

Newton De Lucca (1975, p. 27) comenta que o surgimento da duplicata escritural é baseada na *Lettre de Changé-Relevé* (que ele traduz, de forma coerente

com o jargão bancário, por cambial-extrato), cuja versão em papel, uma vez entregue a uma instituição financeira, era substituída por versão eletrônica.

Primeiramente, cumpre explicar a instrumentalização dessa duplicata. Como o nome já sugere, trata-se de um título que se caracteriza pela realização em meio eletrônico. O vendedor via computador saca a duplicata e a envia pelo mesmo processo ao banco, que, igualmente por meio eletrônico, realiza a operação de desconto, creditando o valor correspondente ao sacador e expedindo em seguida a guia de compensação que admite ao sacado honrar a obrigação em qualquer agência no país. Porém, se o pagamento não incidir de acordo com as instruções do sacado, o próprio banco remete, ainda em meio magnético, ao cartório, as indicações para o protesto (ULHOA, 2004, p. 460-461).

De acordo com a teoria, o aceite na duplicata é obrigatório, devendo ser enviada pelo vendedor ao comprador para que este faça o aceite (Lei da Duplicata, art. 6º e ss). No entanto, na prática, os vendedores enviam juntamente com a nota fiscal-fatura um boleto para quitação via bancária. O aceite da duplicata pode ser ordinário: ocorre pela assinatura do aceitante (comprador) no título; por comunicação: quando o comprador retém o título, mas efetua um aviso comunicando (por exemplo, pela troca de *e-mails*); por presunção: quando não há causa para recusa do aceite, e, nesse caso, o comprador assina o canhoto da nota fiscal-fatura referente ao recebimento das mercadorias (TEIXEIRA, 2014a, p. 332).

Observa-se que o devedor principal é o sacado na duplicata, que é o comprador, sendo o vendedor ao mesmo tempo o emissor (sacador) e o beneficiário (credor) (TEIXEIRA, 2017, p. 151).

Conforme se verifica, a duplicata virtual e outros meios virtuais de pagamento são facilmente utilizados, sendo válida e eficaz, considerando que a sua criação teve como objetivo fazer circular um direito de crédito eletronicamente documentado que, através de repasse a uma instituição financeira, viabiliza as operações de cobrança e de desconto.

Conforme mencionado acima, vale destacar também a relação entre boleto bancário e os usos e costumes exposto por Tarcisio Teixeira (2014a, p. 338), o qual afirma que

[...] a emissão e o pagamento de boletos bancários tornaram se uma prática corriqueira no comércio, ou seja, usos e costumes. Usos e costumes são práticas continuadas de determinados atos pelos agentes econômicos, que são aceitas pelos empresários como

regras obrigatórias. Eles vigoram quando a lei não possui normas expressas para regular o assunto.

No âmbito do STJ, pode-se verificar com clareza esse tema, bem como o amparo legal pelo ordenamento jurídico<sup>59</sup>.

Outro posicionamento no que tange aos costumes adotados no âmbito eletrônico são os casos de compra e venda de passagens aéreas realizadas em meio virtual.

Verifica-se no judiciário de segunda instância há o entendimento de que não deve ser garantido o direito de arrependimento em toda e qualquer compra feita a distância, mas somente nas hipóteses em que haja necessidade de se assegurar ao consumidor a consumação de aquisição consciente diante do desconhecimento do produto ou serviço ofertado. Desse modo, opta-se pela não aplicação do direito ao arrependimento previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Ementa: EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL. 1. As duplicatas virtuais - emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica - podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei n. 9.492/97. 2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais. 3. Recurso especial a que se nega provimento. Trecho do voto da Relatora: [...] “Os usos e costumes desempenham uma relevante função na demarcação do Direito Comercial. Atualmente, os hábitos mercantis não exigem a concretização das duplicatas, ou seja, a apresentação da cártula impressa em papel e seu encaminhamento ao sacado. É fundamental, portanto, considerar essa peculiaridade para a análise deste recurso especial, a fim de que seja alcançada solução capaz de adaptar a jurisprudência à realidade produzida pela introdução da informática na praxe mercantil - sem, contudo, desprezar os princípios gerais de Direito ou violar alguma prerrogativa das partes. É importante ter em vista, ainda, que a má interpretação da legislação aplicável às transações comerciais pode ser um sério obstáculo à agilidade negocial, de maneira a tornar a posição do Brasil no competitivo mercado internacional cada vez mais desvantajosa.” (STJ. RESP 1024691/PR. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrigui. De 12/04/2011) (BRASÍLIA, 2011).

<sup>60</sup> Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. COMPANHIA PRESTADORA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO. PROCON/DF. MULTA. APLICAÇÃO. EXERCÍCIO REGULAR DO PODER DE POLÍCIA. LEGITIMIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL. INOCORRÊNCIA. SANÇÃO. APLICAÇÃO. ORIGEM. COMÉRCIO DE PASSAGENS AÉREAS PELA INTERNET. SÍLIO DA FORNECEDORA. DESISTÊNCIA DO CONTRATO. INICIATIVA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DE MULTA CONTRATUAL PELA FORNECEDORA. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE CONTRATUAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO INSTITUTO. NECESSIDADE. SANÇÃO DESCONSTITUÍDA. 1. Ao PROCON/DF, órgão constituído sob a forma de autarquia e integrante do sistema nacional de defesa do consumidor, fora conferida atribuição para fiscalizar qualquer pessoa física ou jurídica que se enquadre como fornecedor de bens e serviços nas relações de consumo, estando, inclusive, municiado de poder para, de ofício ou mediante provocação, apurar qualquer imputação de violação ao direito do consumidor e sancionar o infrator com multa pecuniária aferida de forma ponderada com o ilícito havido como forma de conferir eficácia à proteção ao consumidor apregoada pelo legislador constituinte e materializada no código de defesa do consumidor (CF, art. 5º, xxxii; CDC, arts. 4º, 5º e 56, i). 2. A legitimidade e o

O direito de arrependimento, como foi analisado rapidamente no terceiro capítulo, é a proteção do consumidor contra as práticas comerciais agressivas, constatada geralmente nas vendas fora do estabelecimento comercial do fornecedor e que se destina a resguardar que as escolhas sejam feitas de forma segura e em conformidade com os desejos e necessidades do comprador. Assim, mitiga-se a vulnerabilidade do consumidor pela ausência de contato direto com o produto ou serviço e considerando sua origem e o contexto histórico em que fora inserido no Direito brasileiro.

Ao adquirir uma passagem aérea, é notório o entendimento da necessidade de analisar o destino, os melhores preços, os horários e o dia para

---

poder conferidos ao PROCON/DF para, de ofício ou mediante provocação, deflagrar a apuração da infração administrativa e aplicar sanção administrativa - multa - derivada de violação ao direito do consumidor, segundo interpretação que alcançara do texto normativo, não encerra violação ao princípio da separação de poderes, não constituindo o desenvolvimento das atribuições que lhe foram conferidas pelo legislador como órgão integrante do sistema nacional de defesa do consumidor usurpação da jurisdição reservada ao judiciário (cdc, art. 56), que, demais disso, encontram ressonância no exercício do poder de polícia administrativa que o assiste. 3. A atuação do PROCON/DF como órgão integrante do sistema nacional de defesa do consumidor pode ocorrer de ofício ou mediante provocação de um ou vários consumidores, não estando sua atuação apuradora e sancionadora condicionadas ao alcance subjetivo da infração havida e dos efeitos que irradiara, bastando que tenha havido infração à legislação de consumo, independentemente do seu alcance e efeitos, para que necessária e legitimamente atue de conformidade com os regramentos atinentes ao devido processo legal administrativo. 4. O direito de arrependimento resguardado e regulado pelo artigo 49 do CDC derivava da necessidade de ser assegurado ao consumidor, nas compras não presenciais, a faculdade de refletir sobre a adequação do produto ou serviço que adquirira e da necessidade da aquisição frente às suas expectativas de consumo, emergindo da sua gênese que, ao invés de traduzir prerrogativa volvida a assegurar o distrato imotivado do contrato, traduz assecuração do direito de o consumidor arrepender-se quando adquire bem ou serviço em situação que não lhe permitira aferir com precisão e exatidão o que adquirira, consoante sucede nas vendas efetuadas pela via eletrônica, por telefone ou através de simples mostruários ou catálogos, redundando em escolha sem contato presencial com o produto. 5. A gênese teleológica do direito de arrependimento é a proteção do consumidor contra as práticas comerciais agressivas, verificada geralmente nas vendas fora do estabelecimento comercial do fornecedor, destinando-se a resguardar que suas escolhas sejam feitas de forma segura e em conformidade com seus desejos e necessidades, mitigando sua vulnerabilidade pela ausência de contato direto com o produto ou serviço, e, considerando-se sua origem e o contexto histórico em que fora inserido no direito brasileiro, tem-se que não deve ser garantido em toda e qualquer compra feita à distância, mas somente nas hipóteses em que haja necessidade de se assegurar ao consumidor a consumação de aquisição consciente diante do desconhecimento do produto ou serviço ofertado. 6. Aferido que o comércio de passagens aéreas pela via eletrônica - internet -, por meio do sítio da própria companhia fornecedora, tornara-se há muito praxe comercial inerente a essa espécie de serviço, estando entranhada nos usos e costumes nacionais, e, outrossim, resguarda as mesmas condições de aquisição se comparadas à contratação realizada no próprio estabelecimento do fornecedor, não havendo distinção substancial entre uma e outra modalidade de contratação a ponto de dificultar ou impossibilitar ao consumidor a aferição precisa e exata do serviço contratado, induzindo à certeza de que ambas as formas de comércio permitem que a escolha do consumidor traduza manifestação condizente com suas expectativas e necessidades, inexoravelmente essa modalidade de contratação - compra de passagem aérea pela via eletrônica - internet -, não está inserida na órbita de incidência da regra inserta no artigo 49 do CDC. 7. [...] (TJ-DF - APC: 20120110360896 DF 0002317-28.2012.8.07.0018, Relator: TEÓFILO CAETANO. Data de Julgamento: 02/04/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/05/2014. p. 124) (DISTRITO FEDERAL, 2014a).

realizar da sua viagem. Sendo assim, entende-se que, ao realizar essas pesquisas, evita-se o elemento "surpresa" da contratação. Houve, então, a prévia reflexão para realizar a contratação, o que possibilita o afastamento do direito ao arrependimento.

Na referida decisão, menciona-se que o comércio de passagens aéreas por via eletrônica – internet –, por meio do *site* da própria companhia fornecedora, tornou-se praxe comercial inerente a essa espécie de serviço, sendo introduzida nos usos e costumes nacionais e, igualmente, recebe as mesmas condições de aquisição se comparadas à contratação realizada no próprio estabelecimento do fornecedor. Nesse caso, não existe distinção substancial entre uma e outra modalidade de contratação a ponto de dificultar ou impossibilitar ao consumidor a aferição precisa e exata do serviço contratado, induzindo à certeza de que ambas as formas de comércio permitem que a escolha do consumidor traduza manifestação condizente com suas expectativas e necessidades.

Assim, essa modalidade de contratação não está inserida na órbita de incidência da regra exposta no artigo 49 do CDC, embora exegese literal do dispositivo não enseje distinção entre a natureza dos produtos ou serviços contratados fora do estabelecimento do fornecedor, nem exija o exercício do direito ao arrependimento.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) ainda não se manifestou a respeito dessa questão, mas há entendimentos diversos, como os mencionados anteriormente, nos Tribunais de segunda instância e nos colégios recursais afirmando que o artigo 49 do CDC pode ser aplicado nas compras de passagens aéreas pela internet<sup>61</sup>.

As justificativas por parte do consumidor quanto à aplicação do dispositivo derivam da exegese teleológica e da conformidade com o princípio de que o intérprete deve procurar atender os fins sociais da lei e às exigências do bem

---

<sup>61</sup> CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. PASSAGEM AÉREA. CANCELAMENTO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PRAZO DE 07 DIAS. 1. A responsabilidade civil no transporte aéreo em face do defeito do serviço regula-se pela Lei nº 8.078/90, não sendo aplicável o disposto na Convenção de Varsóvia e suas posteriores alterações, nem o Código Brasileiro de Aeronáutica. Precedentes. 2. O consumidor possui o direito de arrependimento no prazo de 07 dias, em caso de compra de passagem aérea pela internet, haja vista ser efetuada fora do estabelecimento comercial. 3. O parágrafo único do art. 42 do CDC pressupõe os seguintes requisitos: ser uma relação de consumo, a cobrança indevida de dívida extrajudicial, o seu efetivo pagamento e a ausência de engano, sem olvidar a necessidade de presença de má-fé, objetivamente verificável. 4. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF - APC 20140910292168, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, Data de Julgamento: 24/02/2016, 2ª Turma Cível, Data de Publicação DJE: 01/03/2016) (DISTRITO FEDERAL, 2016).

comum (LINDB, art. 5º), sob pena de se desvirtuar das raízes axiológicas e teleológicas do instituto protetivo, de onde emerge a apreensão de que, não havendo diferença substancial entre a venda de passagens aéreas no estabelecimento da companhia aérea e aquela perpetrada por meio de seu *site* da internet, a ensejar desvantagem ao consumidor quanto ao conhecimento das exatas condições do serviço adquirido, resta ilidida a sujeição dessa natureza de serviço àquele regramento legal.

Outro meio de prova que se encontra assentado nos tribunais é o *e-mail* ou outro meio de correspondência eletrônica, que, pela evolução tecnológica, tem sido um meio de cobrança de dívidas em que as partes conseguem anexar arquivos e documentos por meio de mensagens instantâneas, o que facilita a prática comercial<sup>62</sup>.

Particularmente, após a promulgação da Lei 13.105/15, que é denominada de Novo Código de Processo Civil, foi reforçada a validade dos documentos eletrônicos como meio de prova<sup>63</sup>, trazendo expressamente a admissibilidade de documentos eletrônicos como prova, principalmente em um momento em que o processo em papel passa a ser quase uma exceção, considerando que a sociedade adere cada dia mais os meios digitais, virtuais, com pensamentos, hábitos e investimentos focados no desenvolvimento e na aplicação de novas tecnologias.

No âmbito jurídico, é notório que as empresas, os advogados, os procuradores e os magistrados não trabalham mais com a lógica do processo judicial em papel. Apesar dos percalços e da dificuldade de adaptação, causados especialmente pela falta de unificação de sistemas, soluções e ferramentas, o processo judicial eletrônico é uma realidade presente na vida de todos os

---

<sup>62</sup> MONITÓRIA – CHEQUES – Dívida oriunda de compra e venda de uniformes – Sentença de procedência, convertendo o mandado monitório em mandado de execução – Pleito recursal – Prova – Presunção de veracidade – USOS E COSTUMES – Os usos e costumes do comércio se adaptam à modernidade, de modo que a correspondência eletrônica, hodiernamente, figura como meio comumente utilizado para o entabulamento de negócios, devendo, portanto, ser aceita para a comprovação dos fatos alegados – Correspondência eletrônica trocada entre as partes que confirma a relação negocial de venda de uniformes, descrevendo pedidos e valores – Ausência de comprovação de adimplemento – Honorários advocatícios – Majoração – Cabimento – Inteligência e aplicação do disposto no art. 85, § 11, do CPC – Sentença mantida – Apelo improvido. (TJ-SP 10080186520158260002 SP 1008018-65.2015.8.26.0002, Relator: Ramon Mateo Júnior, Data de Julgamento: 30/08/2017, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/08/2017) (SÃO PAULO, 2017).

<sup>63</sup> O Novo CPC dedica uma seção específica do Livro XII (DAS PROVAS) para tratar do tema, tendo instituído as seguintes regras: Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei; Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor; Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

operadores do Direito, sem exceção. Razão pela qual foi promulgada a Lei n. 11.419/2006, que determina a informatização do processo judicial<sup>64</sup>.

Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 263) elucida que a documentação em papel está em fase de transição, passando a ser eletrônica e relevante para a produção de provas em Direito. Aos poucos, tem-se evoluído para um ambiente independente, em que é possível replicar originais eletrônicos e de valor original, e não de cópia. É de se saber que tudo em meio eletrônico deixa rastro e cabe aos operadores do Direito ter consciência do que é um documento original eletrônico, principalmente aqueles que já são da geração digital. Por isso, é preciso ser multidisciplinar, estrategista, inovador, com pensamento transversal para compreender a tecnologia.

A autora esclarece também que, para se ter informações básicas e necessárias para coleta e guarda dos provedores de conexão, por exemplo, é necessário ter o registro de *logs* e os registros cadastrais dos usuários de IPs (*Internet Protocol*). Os provedores de *e-mails*, por sua vez, devem verificar os registros de conexão e cadastrais dos usuários dos endereços eletrônicos. Além disso, é de suma importância observar os horários GMT (*Greenwich Mean Time*), de acordo com o horário oficial de Brasília ou de onde a pessoa estiver geograficamente localizada (PINHEIRO, 2016, p. 263-264).

Um caso em que se verificou a fundamentação no art. 6º do Marco Civil da Internet foi o acórdão que tratou de uma obrigação de fazer, impondo ao provedor o dever de fornecer dados cadastrais e porta lógica de origem de endereços eletrônicos, medida necessária para a identificação dos usuários da rede mundial de computadores.

Entretanto, a problemática em tese não é abordar a questão de provedores, dados e porta lógica, por não serem esses o objeto central do presente estudo. A questão necessária é entender a importância do dispositivo 6º da Lei 12.965/2014, que, por meio de uma interpretação conjunta dos dispositivos e princípios do Marco Civil, permitiu chegar a uma decisão bem fundamentada.

---

<sup>64</sup> Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei. § 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. § 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se: I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; III - assinatura eletrônica as seguintes formas de identificação inequívoca do signatário: a) assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica; b) mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos.

O agravo de instrumento interposto<sup>65</sup> por UOL UNIVERSO ONLINE S/A contra a decisão que, nos autos da ação de obrigação de fazer proposta por NATURA COSMÉTICOS S/A, deferiu o pedido de antecipação de tutela, pugnou pela reforma da decisão agravada para que fosse afastada sua obrigação de fornecer porta lógica de origem utilizada na conexão dos usuários da conduta descrita na inicial. UOL afirmou ainda que, no momento do cadastro dos *e-mails*, sua estrutura não contemplava esse dado como condição para conclusão do cadastro, de modo que não possui meios de fornecer a aludida porta lógica de origem. A empresa afirma que a multa diária fixada de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) é exorbitante e deve ser reduzida.

Ocorre que o aumento exponencial de usuários levou ao esgotamento dos números de protocolo de IP cedidos pelos provedores para acesso à internet. A alternativa foi a implementação de um novo sistema, que possibilitou o ingresso simultâneo de várias pessoas na rede mundial de computadores utilizando-se de um mesmo endereço de IP, diferenciando-se apenas por uma porta de acesso, chamada de porta lógica ou porta de acesso de origem.

Assim, o relator chegou a duas conclusões. A primeira é que, atualmente, o fornecimento apenas do IP revela-se insuficiente para identificação do usuário. A segunda é que, em determinadas situações, o não apontamento da porta de acesso (porta lógica) implicará o anonimato virtual, impedindo a individualização de pessoas que se utilizam da internet para a prática de ilícitos civis e criminais.

Percebe-se, no caso analisado, uma necessidade de buscar a interpretação dos fatos analisando-os de acordo com usos e costumes e regras que são fixadas pelos agentes envolvidos no funcionamento típico da internet. Guilherme Madeira Dezem, a respeito da lei que fundamenta esses fatos, afirma que:

Seguramente trata-se de um dos mais importantes artigos de toda a Lei do Marco Civil e sua aplicação não deve ficar restrita à aplicação da própria lei. Toda e qualquer interpretação, seja no âmbito civil, criminal ou administrativo deve ter por norte interpretativo o art. 6º quando houver relações baseadas na internet. Esse art. 6º

---

<sup>65</sup> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO QUE IMPÔS AO PROVEDOR O DEVER DE FORNECER DADOS CADASTRAIS E PORTA LÓGICA DE ORIGEM DE ENDEREÇOS ELETRÔNICOS. MEDIDA NECESSÁRIA À IDENTIFICAÇÃO DOS USUÁRIOS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DA INTERPRETAÇÃO CONJUNTA DOS DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/2014)– ARTIGOS 5º, 6º E 10). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - AI: 22589064320158260000 SP 2258906-43.2015.8.26.0000, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 12/05/2016, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/06/2016). (SÃO PAULO, 2016b).

representa, na realidade, verdadeira cláusula interpretativa para as relações quando nelas houver a intermediação da internet (DEZEM, 2014, p. 79).

A decisão do relator menciona, ainda, a dificuldade de criar lei específica, devendo o julgador se valer de princípios de interpretação de normas quando há casos semelhantes pelo uso de analogia, como também de precedentes judiciais. É o que relata o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio do Relator Desembargador Salles Rossi na Apelação nº604.346.4/700:

Não se pode exigir que a legislação preveja toda a forma de acesso à Internet para que possa ser aplicada. O que deve em mente é o objetivo da norma e conduta que esta visa coibir. Com o avanço tecnológico quase que constante no ramo da computação e afins, a cada espaço de tempo teria que ser criada nova legislação, somente para se adequar aos novos termos e sistemas que a modernidade faz surgir. Não é de hoje a intenção do legislador, assim como de todos os envolvidos, Promotores, Delegados que atuam nessa área, de buscar os meios necessários para coibir a ação daqueles que visam causar danos a terceiros, seja mediante ofensas tais como a aqui praticada, ou por meio de exposição de conteúdo de natureza imprópria aos destinatários. Exigir uma lei específica para inovação técnica não se mostra cabível ou pertinente, devendo o julgador aplicar os princípios de integração da norma quando casos semelhantes são a ele trazidos para análise e decisão.

Sendo assim, respeitadas opiniões contrárias, o fornecimento da porta lógica de origem incumbe não só os provedores de conexão, mas também os de aplicação, com base na orientação assentada em informativo pelo Grupo de Trabalho ANATEL (2014, p. 14), firmada em relatório elaborado para esse fim, conforme consta na seguinte decisão:

[...] a única forma das prestadoras de fornecerem o nome do usuário que faz uso de um IP compartilhado em um determinado instante seria com a INFORMAÇÃO DA PORTA LÓGICA DE ORIGEM DA CONEXÃO, que estava sendo utilizada durante a conexão. Dessa forma, os PROVEDORES DE APLICAÇÃO devem fornecer não somente o IP de origem utilizado para usufruto do serviço que ele presta, mas também A PORTA LÓGICA DE ORIGEM. (TJ-SP - AI: 22589064320158260000 SP 2258906-43.2015.8.26.0000, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 12/05/2016, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/06/2016).

Esse entendimento, adotado pela própria instituição que acompanha a área de telecomunicações especialmente em seus aspectos técnicos, além de reforçar a

obrigação legal de fornecimento do registro da porta lógica, demonstra a plena possibilidade técnica de sua guarda. Do mesmo modo observa-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo vem julgando na mesma direção situações análogas<sup>66</sup>, interpretando por meio dos usos e costumes que se amoldam à realidade do sistema jurídico.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2015, p. 49) menciona outros casos em que, no ordenamento jurídico brasileiro, podem ser verificados usos e costumes no domínio da internet, tais como criar perfil falso, compra de pacotes de *likes*, de seguidores e de visualizações em redes como Instragram, Facebook, YouTube, e também comprar comentários em *blogs*.

O uso das redes sociais transformou o cenário inclusive das relações trabalhistas. Mesmo não sendo objeto do presente estudo a legislação trabalhista, é válido mencionar que uma curtida, podendo ser entendida como liberdade de expressão nas redes, já é pauta recorrente nos tribunais. Um caso analisado pelo Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região (Campinas), em São Paulo, em junho de 2014, mostra que uma curtida “despretensiosa” no Facebook, por exemplo, pode prejudicar um trabalhador. O ato de curtir, no Facebook, comentários considerados ofensivos à empresa em que trabalhava e a um dos sócios motivou uma demissão por justa causa<sup>67</sup>.

Inconformado, o trabalhador recorreu ao Judiciário alegando que nunca inseriu comentários injuriosos à empresa ou à sua sócia e que seus comentários teriam como objetivo apenas desencorajar o autor dos comentários ofensivos. No entanto, para o Judiciário, os comentários ensejaram a correta demissão por justa causa.

Outro caso recente foi a decisão da 2ª turma do TRT da 23ª região, que decidiu manter a sentença na qual foi reconhecida a justa causa para demissão de empregado que ofendeu a empresa em grupo do WhatsApp<sup>68</sup>. A decisão de 1º

---

<sup>66</sup> Conferir decisão similar no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2016a).

<sup>67</sup> Ementa: Efetivamente as ofensas foram escritas pelo ex-funcionário, no entanto, todas foram “curtidas” pelo recorrente, com respostas cheias de onomatopéias que indicam gritos e risos (RO 0000656-55.2013.5.15.0002, Rel. Patrícia Glugovskis Penna Martins, Data de Julgamento:13/02/2014).(CAMPINAS, 2014).

<sup>68</sup> Ementa: JUSTA CAUSA. ATO OFENSIVO À HONRA E À BOA FAMA DO EMPREGADOR. CONFIGURAÇÃO. A conduta obreira de publicar comentário depreciativo sobre a qualidade do serviço do réu em grupo criado em aplicativo de mensagens revela clara ofensa à honra e à boa fama do empregador, rendendo ensejo à rescisão contratual por justa causa. (Recurso Ordinário n. 0000272-85.2017.5.23.0081. Relator: Roberto Benatar, Recorrente: Robson Leandro Molina dos Santos, Recorrido: Pasqualotto & Pasqualotto. Acórdão Publicado em 11/07/2018) (MATO GROSSO, 2018).

grau declarou a legalidade da extinção contratual por justo motivo. O autor do recurso aduziu que não teve a intenção de denegrir a imagem do empregador ao publicar em grupo de WhatsApp crítica ao atendimento realizado pela empresa, formulada "em tom de brincadeira, em seu momento de folga."

Conforme os autos, o trabalhador publicou no aplicativo resposta à postagem de um colega de trabalho relativa à promoção de rodízio de pizza oferecido pela empresa. A postagem foi: "Esse rodízio é uma merda. so 2 horas... Pela demora q é a lanchonete. nao da de comer nem dois pedaço kkkk".

O desembargador Roberto Benatar, relator do recurso, concluiu da seguinte forma: "Registre-se que sua liberdade de expressão tem limites, sendo necessário ter prudência ao comentar conteúdo ali divulgado, mormente no que tange a assuntos profissionais." Em outras palavras, Benatar afirmou que o comportamento do autor com o comentário denegriu a imagem da empresa.

Levando em consideração que o grupo não era exclusivo de empregados da empresa, o relator assentou que o comentário depreciativo sobre a qualidade do serviço "revela clara ofensa à honra e à boa fama do empregador, rendendo ensejo à penalidade aplicada". Além da justa causa, a turma ainda manteve a condenação em litigância de má-fé imposta ao reclamante, já que restou demonstrado que o autor orientou a testemunha a mentir, a fim de corroborar a tese da petição inicial, tendo afirmado em interrogatório que "o autor chamou a depoente para testemunhar e vir dizer que o grupo era composto somente por funcionários, o que foi recusado pela depoente, pois o grupo era aberto".

Nota-se que os casos acima relatados são usos e costumes, oriundos de hábitos reiterados verificados na internet com frequência, como as *likes*, os comentários e os compartilhamentos realizados nas redes sociais, e que por meio destes, surge a possibilidade da existência de serem disseminadas críticas, ofensas entre outras situações negativas. Verifica-se portanto, a necessidade de enfrentar novas interpretações frente ausência de previsão normativa específica para que consigam ser solucionados no ordenamento jurídico.

Existirão casos em incidirão de forma direta na norma jurídica, como a norma constitucional que garante a liberdade de expressão. Ou seja, essa conduta já é regulamentada em grau mais abrangente, exatamente no sentido de que possa integrar novos costumes, como os *likes* (curtidas) na previsão legal.

Essa mudança na forma de legislar prevê que, diante de novos acontecimentos que decorram de efeitos jurídicos, a lei obtenha de modo

fundamentado a integração de novos usos e costumes em sua abrangência normativa e evite formalidades que prejudique o magistrado em sua decisão, tornando o ordenamento jurídico mais lento, como é o caso do assentamento.

Diferentemente do que ocorreu nos anos de 1940 a 1980, período que os usos e costumes necessitavam ser assentamentos nas Juntas Comerciais, pois o ordenamento assim exigia, acreditava-se que a lei e os assentamentos de usos e costumes trariam previsão normativa para todos os casos que necessitam de orientação jurídica.

Especialmente após a promulgação do Código Civil de 2002, com as inovações que dele decorreu, como as técnicas normativas abertas e as cláusulas gerais, a forma de ser do ordenamento jurídico se alterou. Dessa forma, abrange-se qualquer usos e costumes que venha a ser discutido judicialmente.

Percebe-se a relevância da jurisprudência para verificar a existência de usos e costumes comerciais, principalmente no que tange ao âmbito de comércio eletrônico ou atividades que se relacionam com a internet. Esse também é o entendimento da doutrinadora Paula Andréa Forgioni ao ressaltar a importância dos usos e costumes frente à jurisprudência:

A jurisprudência também atua como forte fator de “seleção” dos usos e costumes, devendo ser apurados através da prática, mostrando aos agentes econômicos aos caminhos mais “eficientes”; como também, são trabalhados pela pena nos tribunais ao interpretarem fatos e textos normativos. O julgador não deve se prender somente ao texto da lei, debruçando-se também sobre os fatos do caso concreto trazidos ao seu conhecimento. *Um costume não aceito pelos tribunais - i.e., por eles considerado violador de norma jurídica-acaba desautorizado ou não se consolida* (FORGIONI, 2016, p. 135).

Conforme demonstrado, os usos e costumes atuam na prática dos comerciantes que procuram soluções para problemas diários com objetivo de concretizar um meio eficaz para resolvê-los, solução esta que tende a ser reproduzida por outros agentes, criando-se uma força uniformizadora que delinea o comportamento das empresas e da sociedade. Entretanto, em determinadas ocasiões, ocorrerá a interpretação dos fatos e textos normativos nos tribunais que podem não ser aceitos, ou seja, não serão consolidados.

Uma empresa realiza determinado negócio jurídico que supõe ser lícito. Sendo naquela época pouco usual, a prática se mostra vantajosa e, então, outros agentes repetem o mesmo ato. Passam-se anos e os tribunais entendem que é

ilegal. Com base nesse exemplo e na decisão do tribunal, esta prática não se perpetuará, ainda que tenha demonstrado ser eficiente, pois, considerando a orientação jurisprudencial, haverá um desestímulo para a utilização por parte de outros agentes (FORGIONI, 2016, p. 135).

De certo modo, nem sempre será como Marcelo Barreto de Araújo (2017, p. 22) acredita ao mencionar que o Judiciário cuida do passado, ou seja, dos conflitos preexistentes, dos fatos já acontecidos, com os recursos exegéticos que o Direito lhe disponibiliza no momento em que arbitra uma questão já posta na realidade. Já o Legislativo, na criação de novas regras, visa ao futuro: a partir da experiência do presente, supre a omissão da ordem jurídica vigente, disciplinando e prevenindo controvérsias que certamente existirão na sociedade daqui para frente.

É certo que o costume comercial poderá ser suscitado no curso de processo judicial como elemento destinado a formar a convicção do magistrado, demonstrando em juízo como coadjuvante probatório à sua existência mediante certidão da Junta Comercial. Todavia, esse documento não constitui prova única, o costume comercial pode ser provado por outros meios, como declarações de associações comerciais, testemunhos de representantes de entidades comerciais, etc. (FAZZIO JUNIOR, 2014, p. 15).

Tarcisio Teixeira (2015a, p. 94) também aborda que há possíveis sinais de aceitação dos usos e costumes independentes do assentamento na Junta Comercial. Um exemplo é o Recurso Especial n. 877.074/RJ<sup>69</sup>, que trata da

---

<sup>69</sup> Comercial. Recurso especial. Ação de cobrança. Prestação de serviço de transporte rodoviário. Cargas agrícolas destinadas a embarque em porto marítimo. Cobrança originada por atraso no desembarço das mercadorias no destino. Discussão a respeito da responsabilidade do contratante pelo pagamento das 'sobrestadias'. Requerimento de produção de prova testemunhal para demonstração de costume comercial relativo à distribuição de tal responsabilidade. Natureza dos usos e costumes mercantis. Sistema de registro dos costumes por assentamento nas Juntas Comerciais. Costume 'contra legem'. Conflito entre duas fontes subsidiárias de direito comercial (Lei civil e costume comercial) no contexto relativo à vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916.- Atualmente, a Lei nº 8.934/94 atribui competência às Juntas Comerciais para proceder ao assentamento dos usos e práticas mercantis. Impertinente, portanto, a alegação da recorrente no sentido de que nenhum regulamento portuário indica ser de responsabilidade da contratante do serviço de transporte o pagamento das eventuais 'sobrestadias', pois não cabe a tais regulamentos consolidar usos e costumes mercantis relativos ao transporte terrestre de bens.- Há desvio de perspectiva na afirmação de que só a prova documental derivada do assentamento demonstra um uso ou costume comercial. O que ocorre é a atribuição de um valor especial - de prova plena - àquela assim constituída; mas disso não se extrai, como pretende a recorrente, que o assentamento é o único meio de se provar um costume.- Não é possível excluir, de plano, a possibilidade de que a existência de um costume mercantil seja demonstrada por via testemunhal.- Da simples autorização para produção de prova testemunhal não decorre, automaticamente, qualquer imputação de responsabilidade a uma das partes. Trata-se apenas de, uma vez demonstrada a existência do costume, tomá-lo como regra jurídica para a solução do litígio. [...] STJ, REsp 877.074 RJ 2006/0175650-4, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 12/05/2009, T3-TERCEIRA TURMA, Data da Publicação: DJe 17/08/2009) (BRASIL, 2009).

possibilidade de prova da existência de um costume mercantil por via testemunhal, pois, uma vez demonstrada a existência do costume, ele será tomado como regra jurídica para a solução do litígio.

O recurso especial citado demonstra que nem todo costume comercial existente estará assentado, podendo ser invocado em juízo, pois o uso necessariamente nasce na prática comercial e depois se populariza nas praças comerciais, até chegar ao ponto de merecer registro pela Junta Comercial. A questão defendida pela recorrente simplifica demasiadamente a demanda, pois, ao exigir-se sempre a existência do assentamento – e, conseqüentemente, de prova documental – como condição para defesa de direitos com base no uso mercantil, ignora o lento processo de desenvolvimento social da norma consuetudinária que é a ela inerente – como se o costume devesse ser primeiro oficializado, para depois ser obedecido.

No mesmo sentido, Mônica Gusmão (2015, p. 11) relata que, ainda que não especificados nos códigos, todos os meios legais e moralmente legítimos estão hábeis a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, ou seja, independentemente de certidão expedida pelo órgão competente, os usos e costumes podem ser provados, encontrando fundamento também no artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, ao dispor: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar em si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Não obstante, é imprescindível a existência de comprovação da prova, com fundamento no artigo 376 do Código de Processo Civil de 2015, o qual esclarece que parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário deverá provar o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

Salienta-se que, em se tratando de matéria pertinente à prova, impera a livre convicção do magistrado na valoração dos subsídios carreados pelas partes aos autos. Quer dizer, na mensuração do contexto probatório, ainda que não assentado formalmente, o costume comercial poderá ser demonstrado e admitido em juízo por qualquer meio de prova lícita (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 15).

Constata-se, assim, que o assentamento deixa de ser um requisito obrigatório, podendo ser demonstrado também por outros meios. No mesmo sentido, Ricardo Negrão (2015, p. 45) alega que a certidão expedida pela Junta Comercial não faz prova absoluta, cabendo ao juiz, no conjunto de provas e sob o princípio da

livre convicção, apreciar seu valor probatório e, eventualmente, aceitar contraprova de quem a fizer.

Paula Andréa Forgioni (2016, p. 133) faz menção à jurisprudência em relação aos usos e costumes, instituto clássico do Direito Comercial e diretriz eficaz de funcionamento do mercado e dos contratos empresariais, que, mesmo renegados por anos pela jurisprudência, encontra sua força vivificada a ponto de alguns autores referirem-se ao fenômeno da “redescoberta” dos usos comerciais.

Conforme analisado no primeiro capítulo, a lei é a fonte imediata do Direito brasileiro. Contudo, tal assertiva não faz com que o costume deixe de ser juridicamente relevante, tendo a função de, ainda assim, atuar como fonte subsidiária do direito.

Diante desse exame, Tarcisio Teixeira (2015b, p. 94) aborda a apreciação dos usos e costumes, fonte secundária do direito, como um papel fundamental na solução de conflitos estabelecidos em ambiente virtual, na medida em que qualquer norma que pretenda ser muito específica em matéria de tecnologia da informação poderá ficar em desuso muito rapidamente diante das constantes inovações e alterações no comércio eletrônico.

É preciso salientar a importância da contribuição do artigo 6º do Marco Civil da Internet, que, com base no desenvolvimento da internet, tem papel essencial ao garantir o não retrocesso da proteção dos direitos dos consumidores na promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural (TEIXEIRA, 2016, p. 343).

Faz-se necessário, portanto, respeitar essa relevante fonte subsidiária do direito que se encontra positivada na Lei da Junta Comercial, a qual faz menção à necessidade de assentamento nas Juntas Comerciais. Entretanto, quando não houver o assentamento, bastará que ocorra a prova de sua existência, para que possa existir uma efetiva segurança jurídica nas relações comerciais da vida em sociedade, pois a norma positiva não consegue e jamais conseguirá em todas as situações se adequar de forma eficaz ao desenvolvimento de fatores como economia e celeridade.

Como foi visto, a questão de assentamento é meramente fática, conferindo-lhe jurisdicionalidade com viés puramente para segurança jurídica, apenado a elevar o grau de assertividade da disposição da Lei nº 8.934/94 e do Decreto nº 1.800/96. No entanto, o assentamento não deve ser tratado como uma questão essencial dos usos e costumes.

Esse reconhecimento da força jurídica dos usos e costumes pelo direito estatal abre extensa visão para a realidade, possibilitando a impulsão de regramento do mercado, mas com a contribuição desse direito, não expirando com a transposição do privado para o público (FORGIONI, 2016, p. 166).

Surge, assim, a percepção de que o ordenamento jurídico está sendo observado sob uma ótica funcional, dotado de fins acuados pelo Estado em meio a uma sociedade em transformação, ponderando a admissão no ambiente que envolve situações jurídicas no âmbito eletrônico/ digital. Afinal, apesar de o papel do Direito ser apresentar soluções, nem sempre isso ocorrerá. Por isso, é necessário um constante exercício para o aperfeiçoamento dos novos tipos de comércio, principalmente no âmbito digital, em que ocorrerão usos e costumes que podem determinar soluções. (PINHEIRO, 2016, p. 138).

A sociedade pós-moderna vive em um contexto de transformação. O uso da tecnologia dispôs às pessoas o livre acesso às informações, dando oportunidade do contexto social se modificar de tal forma que pôs em crise o positivismo jurídico. A título de curiosidade, porém, menciona-se a possibilidade de considerar as cláusulas gerais no ordenamento, sendo uma faculdade do juiz adaptar o Direito às mudanças sociais, no momento de concretização desses textos legais. Tal conclusão só vem a confirmar a máxima de que o Direito acompanha os fatos da vida.

Por meio de modelos abertos, é possível alcançar o objetivo de reger as relações surgidas no bojo da sociedade contemporânea e os problemas que hão de aparecer em um futuro próximo no âmbito virtual principalmente. Nessa conjuntura, denota-se a estima das cláusulas gerais diante da presença dos usos e costumes para fins de argumentação jurídica, presente em alguns artigos dispostos no Código Civil. O artigo 113, por exemplo, traz que “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; no mesmo sentido, o artigo 122 aborda a importância dos bons costumes no negócio jurídico: “São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”; o artigo 187, por sua vez, expõe que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Paula Andréa Forgioni (2016, p. 243) menciona que a solução de problemas derivados da incompletude dos contratos tem se socorrido de institutos tradicionais

do Direito Comercial, que há muito tempo pertencem ao nosso patrimônio jurídico, tais como a proteção da legítima expectativa, o respeito à função econômica, a vedação ao abuso de direito e a boa fé. Assim, denota-se a presença das cláusulas gerais para solução de conflitos, ainda mais acentuada após a edição do Código Civil de 2002, regra antes expressa no Código Comercial<sup>70</sup>.

A premissa lançada linhas anteriores remete à conclusão lógica. É notória a presença de costumes em vários ramos do direito, pois, incorporados ao texto legal, os usos e costumes e as cláusulas gerais viabilizam atualização constante das normas que se pretende deduzir do sistema jurídico. Afinal, por meio do diálogo travado também entre os princípios, as regras jurídicas já existentes e a comunicação cultural emanada da sociedade contextualizada, a análise do fato da vida torna-se parte independente da norma.

Em outras palavras, tem-se no centro uma norma que, de um lado, leva em consideração o ordenamento jurídico composto de princípios, valores normativos de todo o sistema – constituição e leis –, e, de outro, o caso concreto que acompanha o modo de vida da sociedade. Sendo certo que o avanço tecnológico transforma as relações entre os indivíduos, também é certo que o Direito o acompanhará. Então, havendo no ordenamento norma com conteúdo semântico vago, ela o manterá a cada nova fase atualizado.

Diante dessas considerações, tem-se que, por vezes, o aplicador do direito haverá de buscar os valores que a norma palpita fora do sistema, pois nem sempre estarão delineados na regra jurídica, daí a ideia de flexibilização do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, importante compreender a questão pertinente à prova, em que impera também a livre convicção do magistrado na valoração dos subsídios carreados pelas partes aos autores, na mensuração do contexto probatório.

Posto que as práticas virtuais pressupõem transparência, colaboração, compartilhamento de conhecimento e capacidade de mobilização da rede, também são exigidas novas posturas e comportamentos nas mídias sociais, como o crescente desenvolvimento de uma cidadania digital, com ondas de mobilização política e maior diálogo entre indivíduos, governo e empresas. São lacunas que,

---

<sup>70</sup> Art. 133: Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato.

muitas vezes, não podem ser atendidas apenas pelos esforços da boa hermenêutica criada pelos pretórios, mas também pela contínua atualização das leis.

Marcel Leonardi (2011, p. 152) acredita que, ainda que não faltem projetos de lei no âmbito da internet, às vezes são criados às pressas e sem maiores reflexões ou debates com as comunidades acadêmicas e científicas, para lidar com questões jurídicas cujas dimensões e complexidades não foram completamente apreendidas pelo legislador.

Diante do exposto, necessário se faz ressaltar a relevância e a eficácia que o assentamento dos usos e costumes comerciais apresenta nas Juntas Comerciais. Diante de impossibilidade ou desuso dessa prática, seja por motivo de inexistência de técnica pelas Juntas atualmente, ou ainda por de motivos alheios à vontade do comerciante, será necessário que ocorra a prova de sua existência.

Ao sistema legislativo, para Patricia Peck Pinheiro (2016, p. 56-57), compete praticar o filtro de todas as valorações e expectativas de comportamento da sociedade, mediante processos decisórios, para que possam adquirir validade jurídica. Torna-se necessário verificar a capacidade de a norma refletir a realidade social como determina o grau de eficácia jurídica no ordenamento para ser eficaz, ou seja, capaz de produzir efeitos que envolvem aceitação e obediência.

Afinal, o progresso tecnológico inevitavelmente suplantará a evolução legislativa, e em muitas situações não haverá tempo hábil para criar jurisprudência pela via tradicional dos tribunais, pois a celeridade e o dinamismo do Direito Digital provocam muitas vezes, para fins de solução de conflitos, a interpretação pela analogia, o uso da arbitragem e a utilização do direito costumeiro, considerando os usos e costumes utilizados nas redes digitais (ARAÚJO, 2017, p. 9).

Assim, entende-se que o Direito Digital, que se desenvolveu nas últimas duas décadas, consiste na incidência de normas jurídicas aplicáveis ao chamado ciberespaço, em um reconhecimento de que a legislação e a doutrina jurídica tradicionais são insuficientes para regular as relações no mundo virtual, os quais desafiam novas perguntas e novas respostas. Esses questionamentos e soluções relevam uma renovação no modo de compreender o próprio Direito, a partir de novos paradigmas e visões construídas no campo filosófico, científico, social e cultural, matéria codificada no art. 6º do Marco Civil da Internet (ARAÚJO, 2017, p. 21).

Conforme analisado, nem toda lei é eficaz, competindo ao Direito o equilíbrio de interpretá-la de acordo com a realidade social compreendida e a incorporação da

mudança por meio de uma estrutura flexível que possa sustentá-la, podendo utilizar a fonte secundária de intensa importância: os usos e costumes.

Conforme o objetivo do presente trabalho, primeiramente verifica-se que, independentemente de qual seria a melhor teoria ou normatização de regulação do comércio eletrônico e/ou internet, o importante é compreender que os usos e costumes permanecem como elementos essenciais.

O entendimento de que os costumes, ainda que não assentados formalmente, poderão ser demonstrados e admitidos via juízo por qualquer meio probatório lícito conforme analisado anteriormente. Assim, estará presente a efetiva segurança jurídica nas relações comerciais da vida em sociedade.

Uma vez que a lei não consiga se adequar de forma célere ao desenvolvimento no comercial, principalmente no âmbito da internet, a precisão dos usos e costumes nessa esfera deve, portanto, ser levada em consideração à realidade social.

## CONCLUSÃO

O presente estudo demonstrou, em primeiro lugar, a definição de fontes do direito, bem como fez alusão às fontes do direito comercial, para fins de demonstrar a importância da utilização da fonte secundária, qual seja: os usos e costumes, principalmente no âmbito do comércio eletrônico.

A utilização dos usos e costumes traz consequências jurídicas próprias, sendo admissível compreender que, por meio de um ato consciente em que se demonstra a causalidade e a repetição dos atos da conduta humana, tenham-se diretivas teórico-práticas essenciais à decisão de litígios.

Independentemente da posição que se adote acerca dos usos e costumes, seja considerando-os como fonte primária do direito comercial, ou então, de acordo com parcela da doutrina contemporânea, como fonte secundária, eles são aplicados nos casos de omissão normativa conforme foi demonstrado no teor da presente pesquisa.

Mencionou-se a evolução dos usos e costumes no segundo capítulo, a qual constata-se desde o início do direito comercial para, assim, em um segundo momento, entender sua importância também no comércio eletrônico, tendo em vista a nova integração mercadológica permitida pelo surgimento da internet, tornando-se possível negociar no meio virtual.

Posteriormente, no terceiro capítulo pode-se notar que o surgimento da internet foi o início de uma evolução na esfera comercial, como também se verifica que a maioria das negociações do comércio eletrônico surgiu da própria dinâmica empresarial, sem que houvesse, portanto, uma prévia regulamentação estatal sobre *e-commerce*.

Somente depois de passados alguns anos do surgimento da internet, o Estado verificou a necessidade de regulamentação da prática do comércio eletrônico, já em grau avançado de desenvolvimento, editou o Poder Público o Decreto 7.962/2013, aplicável às relações de consumo e responsável por regulamentação específica da Lei 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Como também em seguida, promulgou-se o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, nova legislação que consagrou importantes paradigmas para a regulação da vida em rede no território nacional.

Ocorre que, conforme abordado no último capítulo, a legislação em matéria de internet podem se tornar antiquadas rapidamente, tendo em vista as constantes inovações e alterações de comportamentos que esse ambiente proporciona aos atuantes econômicos. As inovações tecnológicas nas últimas décadas são constantes, por muitas vezes incapazes de acompanhamento pelo ser humano. Essa dificuldade também se faz presente no Direito.

Nesse contexto, o Marco Civil da Internet dispõe em seu art. 6º que interpretação desta Lei deve ser levada em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

Nota-se, por meio desse dispositivo legal, que o Direito deve acompanhar as transformações e perceber os anseios da sociedade hodierna. Nesse sentido, muito acrescenta a aplicação de um Direito mais justo e que não se resume à lei positivada pelo Estado, podendo ser aplicada através da hermenêutica. O próprio ordenamento jurídico reconhece a necessidade da observância dos clamores sociais, como reza o artigo 5º da LINDB: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Reitera-se que este estudo não defende alguma linha específica para a regulação da internet e do comércio eletrônico, busca apenas evidenciar o quanto é importante para o ordenamento jurídico brasileiro utilizar-se da interpretação dos usos e costumes adotados pela sociedade, a fim de que se evidencie as mudanças estabelecidas e em andamento. Entretanto, em casos de necessidade de solução de lide, em que haja ausência de regulamentação específica a ser aplicada, é indispensável a utilização desse método das fontes secundárias para solucionar relações de âmbito virtual.

Apesar da passagem de fonte natural e primeira, no passado, para fonte secundária, na contemporaneidade, é importante, no âmbito virtual, que os usos e costumes possam ser interpretados com maior importância, em decorrência do desenvolvimento tecnológico de acordo com tempo, circunstância, desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

Consecutivamente, foi questionada a necessidade ou não do assentamento dos usos e costumes no último capítulo, no qual foi analisado primeiramente o procedimento adotado pela Lei n. 8.934/94 e do Decreto 1.800/96. Denotou-se posteriormente, por meio de breve pesquisa empírica, que as Juntas Comerciais do

Estado de São Paulo e do Estado do Paraná não adotam mais o procedimento conforme disposto na lei e no decreto mencionado. A Junta Comercial do Paraná possui método diverso e interessante para assentar por meio de informativos disponibilizados no *site*.

Sendo assim, é evidente a possibilidade de assentar por outros meios, fazendo prova da existência de um costume, através de prova testemunhal, documental e entendimentos jurisprudenciais que já tratam de determinado tema. Afinal, cabe ao magistrado reconhecer quando necessário a habitualidade duradoura de um comportamento, com intencionalidade ou motivação jurídica, conferindo-lhe validade formal e obrigatoriedade

Sabe-se que outras normas que tratam do comércio eletrônico poderão suceder, mas não devem se desprender totalmente da construção consolidada no ordenamento jurídico, especialmente no que tange à normatividade dos usos e costumes.

Pode-se concluir, então, que a utilização dos usos e costumes é uma importante ferramenta nas práticas comerciais digitais, que não podem depender de normativas primárias, em especial de lei, para a produção de efeitos no mundo contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

ANATEL. **Grupo de Trabalho para implantação do protocolo IP-Versão 6 nas redes das prestadoras de serviços de telecomunicações**: Relatório Final de Atividades. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=325769&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=325769.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico; Marco civil da internet; Direito digital**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

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

\_\_\_\_\_. **Vigilância líquida**: diálogos com David Lyon. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos. A lei nº 12.965/14 como instrumento de promoção dos direitos humanos. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e internet III: marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. t. 1.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste C.J. Santos. 10. ed. Brasília: Ed. UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução: Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996**. Regulamenta a Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Brasília: CN, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1800.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1800.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.001, de 10 de maio de 2013**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, altera o Decreto no 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e dá outras providências. Brasília: CN, 2013.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8001.htm)>. Acesso em: 20 abr.2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: CN, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994.** Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Brasília: CN, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm)>. Acesso em: 07 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília: CN, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: CN, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Secretaria d'Estado dos Negocios da Justiça, 1850. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l0556-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0556-1850.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: CN, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994.** Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. Brasília: CN, 1994. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: CN, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.024.691-PR (2008/0015183-5).** Recorrente: Pawlowski e Pawlowski Ltda e outros. Recorrido: Petrobrás Distribuidora S/A. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, 22 de março de 2011. T3 - Terceira Turma, DJe 12 abr. 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19125909/recurso-especial-resp-1024691-pr-2008-0015183-5>>. Acesso em: 5 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 877.074 RJ 2006/0175650-4.** Recorrente: Sab Trading Comercial Exportadora S/A. Recorrido: Transcocamar Transportes E Comércio Ltda. Relator: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 12 maio 2009. T3- Terceira Turma, DJe 17 ago. 2009. Disponível em:

<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062000/recurso-especial-resp-877074-rj-2006-0175650-4-stj/voto-12199125#>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível: 2012.01.1.0360896 DF 0002317-28.2012.8.07. Apelante: VRG Linhas Aéreas S/A. Apelada: PROCON/DF – Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal. Relator: Teófilo Caetano. Brasília, DF, 2 abr. 2014. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118518316/apelacao-civel-apc-20120110360896-df-0002317-2820128070018>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário: 0000656-55.2013.5.15.0002**. Recorrente: Jonathan Pires Vidal da Rocha. Recorrida: Comércio de Veículos e Motocicletas Jundiáí Ltda. Relatora: Patrícia Glugovskis Penna Martins. Campinas/SP, 13 fev. 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/curtir-comentario-ofensivo-empresa.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CASTELL, Manuel. A sociedade em rede. In: \_\_\_\_\_. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Comercial**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v.1.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DAVID, René. **O direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

DE LUCCA, Newton. **A cambial-extrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

\_\_\_\_\_. Marco civil da internet: uma visão panorâmica dos principais aspectos relativos às suas disposições preliminares. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e internet III**: marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2014. t. 2.

DEZEM, Guilherme Madeira. A espiritualização do domicílio: o novo conceito de domicílio e o marco civil da internet. In: MASSO, Fabiano Dolenc Del et al. (Coord.). **Marco Civil da Internet**: Lei 12.965/2014. São Paulo: RT, 2014. p. 57-83.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível: APC 20140910292168**. Relator: Mario-Zam Belmiro, Data de Julgamento: 24 fev. 2016,

2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 1 mar. 2016, p. 349. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310267547/apelacao-civel-apc-20140910292168>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação cível: 2012.01.1.0360896 DF 0002317-28.2012.8.07**. Apelante: VRG Linhas Aéreas S/A. Apelada: PROCON/DF – Instituto de Defesa do Consumidor do Distrito Federal. Relator: Teófilo Caetano. Brasília, DF, 2 abr. 2014a. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118518316/apelacao-civel-apc-20120110360896-df-0002317-2820128070018>>. Acesso em: 14 out. 2017.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Eduardo Oliveira. A desvalorização dos usos e costumes como fontes do direito e suas implicações no direito comercial brasileiro. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 23, n. 146, p. 245-258, mar./abr. 2009

FERREIRA, Heline Sivini. Sociedade, risco e direito. In: ROVER, José Aires (Org.). **Direito e informática**. São Paulo: Manole, 2004. v. 1. p. 1-16.

FERREIRA, Natasha Alves. Incertezas jurídicas e econômicas da *bitcoin* como moeda. In: CONPEDI/UFPB (Org.). **Direito e economia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1960. v.1.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Marco Civil da Internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação**: comentários à Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

FORGIONI, Paula Andréa. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 42, n. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. **Contratos empresarias: teoria geral e aplicação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da neutralidade e o marco civil da Internet no Brasil. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e Internet III: marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. T. 2

GARVIA, Patricia. Registro de empresas. Disponível em: <<https://patriciagarvia.jusbrasil.com.br/artigos/376452950/registro-de-empresas>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Uma análise crítica da responsabilidade civil dos provedores na Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e internet III: marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. T. 2

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUSMÃO, Mônica. **Lições de direito empresarial**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HORCAIO, Ivan. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco civil da internet: comentários à Lei n.12.965, de 23 de abril de 2014**. São Paulo: Saraiva, 2014.

KAKU, Willian Smith. Comércio eletrônico e poder público brasileiro. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni; MARTINS, Guilherme Magalhães. A privacidade, a proteção dos dados e dos registros pessoais e a liberdade de expressão: algumas reflexões sobre o marco civil da internet no Brasil (Lei nº 12.965/2014). In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e internet III: marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014)**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. t. 1

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tutela e responsabilidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LESSIG, Lawrence. **Code version 2.0**. New York: Basic Books, 2006.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LOPES FILHO, Juraci. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo Brasileiro contemporâneo**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

LOPES, Alan Moreira. Lei 12.965, de 23.04.2014- Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres, para o uso da internet no Brasil (Marco Civil da Internet). In: TEIXEIRA, Tarcisio; LOPES, Alan Moreira (Coord.). **Direito das Novas Tecnologias: legislação eletrônica comentada, mobile law e segurança digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em: <<http://marinoni.adv.br/artigos.php#>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme et al. **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. Salvador: Jus Podivn, 2012. p. 577-597.

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

\_\_\_\_\_. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 40. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

MATO GROSSO. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **Recurso Ordinário n. 0000272-85.2017.5.23.0081**. Relator: Roberto Benatar, Recorrente: Robson Leandro Molina dos Santos, Recorrido: Pasqualotto & Pasqualotto. Acórdão Publicado em 11 jul.2018. Disponível em: <[https://pje.trt23.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=47043&p\\_grau\\_pje=2&dt\\_autuacao=&cid=56315](https://pje.trt23.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=47043&p_grau_pje=2&dt_autuacao=&cid=56315)>. Acesso em: 13 de julho de 2018

MEFFORD, Aron. Lex Informatica: foundations of law on the internet. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, v. 5, n. 1, p. 1-29, 1997. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1116&context=ijgls>>. Acesso em: 20 out. 2017.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de; MENDONÇA, Roberto Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963. v. 1.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgar de Assis Carvalho; Marisa Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEGRÃO, Ricardo. **Teoria geral da empresa e direito societário. Curso de direito comercial e de empresa**. 12. ed. São Paulo: Saraiva: 2015. v. 1.

OLIVEIRA FILHO, Ivanildo de Figueiredo Andrade de. **Direito de empresa no código civil de 2002**: antinomias no novo regime do empresário e da sociedade empresária. 2007. 307 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal

de Pernambuco, Recife, 2007. Disponível em: <[https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4717/arquivo6228\\_1.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4717/arquivo6228_1.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 10 dez. 2017

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULA, Jonatas Moreira de. **O costume no direito**. Campinas: Brokseller, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

PEREIRA, Pedro Barbosa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1975.

PIGNATTA, Francisco A. **Comentários à Convenção de Viena de 1980: Artigo 1**. 2011. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art1.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

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

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SÃO PAULO. **Assentamento de usos e costumes**. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 1943.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento: 2206954-25.2015.8.26.0000**. Agravante: Google Brasil Internet Ltda.; Agravado: Itaú Unibanco S.A. Relator Desembargador Paulo Alcides. São Paulo, 12 maio 2016a. Disponível em: <[http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/tj-sp\\_22069542520158260000\\_12052016.pdf](http://www.omci.org.br/m/jurisprudencias/arquivos/2016/tj-sp_22069542520158260000_12052016.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado. **Agravo de Instrumento: 2258906-43.2015.8.26.0000**. Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 12 maio 2016, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30 jun. 2016b. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/356971173/agravo-de-instrumento-ai-22589064320158260000-sp-2258906-4320158260000/inteiro-teor-356971188>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1008018-65.2015.8.26.0002**. Apelante: Nabil Megre Mansur Hobaic. Apelada: Vera de Souza Landim ME e Outra. Relator: Ramon Mateo Júnior. São Paulo, 30 ago. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511090391/recurso-especial-resp-1683190-ro-2017-0161879-0/decisao-monocratica-511090409?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 6 out. 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito nos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. **Marco civil da internet**: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016.

TEIXEIRA, Tarcisio. A duplicata virtual e o boleto bancário: efeitos da informática sobre os títulos de crédito. **Revista Faculdade de Direito Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 109, p. 329-345, jan./dez. 2014a. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a\\_duplicata\\_virtual\\_e\\_o\\_boleto\\_bancario.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_duplicata_virtual_e_o_boleto_bancario.pdf)> Acesso em: 16 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. A responsabilidade civil no comércio eletrônico: a livre-iniciativa e a defesa do consumidor. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e Internet III**: marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2014b. T. 1.

\_\_\_\_\_. **Comércio eletrônico**: conforme o marco civil da internet e a regulamentação do *e-commerce* no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015a.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

\_\_\_\_\_. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Marco civil da internet**: comentado. São Paulo: Almedina, 2016.

TOFLER, Alvin. **Terceira onda**. Tradução de João Távora. Rio de Janeiro: Record, 1998.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco civil da internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 30, n. 86, p. 269-285, jan./abr. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142016000100269](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269)>. Acesso em: 13 de out. 2017.

\_\_\_\_\_. O marco civil da internet e as liberdades de mercado. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). **Direito e internet III**: marco civil da internet (Lei nº 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2014. t. 2.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Costumes**. 2013. Disponível em: <[http://www.silviovenosa.com.br/\\_libs/dwns/15.pdf](http://www.silviovenosa.com.br/_libs/dwns/15.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2017.

VENTURA, Luís Henrique. **Contratos internacionais empresariais**: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Fabris, 2007.

## APÊNDICE A

19/07/2018

Email – alessandra.viegas@hotmail.com

Re: Enc: Prezado Dr. Marcus- assunto: usos e costumes

Marcus Vinicius Tadeu Pereira <marcuspereira@jucepar.pr.gov.br>

qui 07/12/2017 09:24

Para: alessandra.viegas <alessandradeiegas@hotmail.com>

olá,  
 esqueci lembrado,  
 tem prazer em ajudar.  
 Apenas estou em aflição para tanto, em razão de uma agenda especialmente apertada estes dias.  
 Por favor se puder deixar um contato para eu ligar, acho que fica mais fácil de explicar. Ou se preferir passar na procuradoria, hoje ou amanhã de tarde, para uma breve conversa.  
 att

Em 04/12/2017 às 14:53 horas, "alessandra.viegas" <alessandradeiegas@hotmail.com> escreveu:

**Prezado Dr. Marcus Vinicius,  
 Boa tarde**

Sou orientanda de mestrado do Prof. Tarcísio Teixeira, que, esteve com o senhor no Congresso de Direito Comercial e gentilmente me indicou seu contato para que eu pudesse solicitar algumas informações. Peço desculpas pela inconveniência.

Minha atual agenda de pesquisa se direciona ao estudo dos usos e costumes na internet/comércio eletrônico.

Debatendo com o Prof. Tarcísio sobre o tema, ele mencionou que o senhor trabalha como Procurador Regional na Junta Comercial do Paraná e que eventualmente poderia me ajudar com questão pontual de minha dissertação.

Em síntese, gostaria de saber se há, na prática notarial, assentamento de usos e costumes, bem como caso ocorra gostaria de saber se há no âmbito do espaço virtual (especialmente no comércio eletrônico) que o senhor tenha conhecimento.

Em caso positivo, também gostaria de ter alguma noção acerca da frequência desses atos e/ou se entende, no exercício da função, como um registro desnecessário na atualidade.

Muito obrigado!

Atenciosamente,

Alessandra Depieri Viegas

## ANEXO A

19/07/2018

Email – alessandra.viegas@hotmail.com

Enc: Aos cuidados da Senhora Renata

Renata Rubio Gonçalves <rrgoncalves@jucesp.sp.gov.br>

seg 15/01/2018 13:50

Para: alessandra.viegas@hotmail.com <alessandra.viegas@hotmail.com>.

Prezada Alessandra, boa tarde!

Primeiramente pedimos desculpas pela demora em lhe retornar, no entanto, estávamos esgotando todas as possibilidades de atender a sua solicitação.

Infelizmente consultamos a sua dúvida com diversos níveis hierárquicos, e hoje ainda em consulta a nossa Procuradoria tivemos a confirmação de que a JUCESP não possui nenhum registro de usos e costumes.

Esperamos poder ajudá-la em uma outra oportunidade.

Atenciosamente,

Repassado por Secretaria Executiva de Atendimento/JUCESP/BR em 04/01/2018 08:50 ----

De: alessandra.viegas <alessandra.viegas@hotmail.com>  
 Para: "sear@jucesp.sp.gov.br" <sear@jucesp.sp.gov.br>,  
 Data: 03/01/2018 14:48  
 Assunto: Re: Aos cuidados da Senhora Renata

Prezada Renata, tudo bem?

Desejo um feliz ano novo!

Gostaria de um retorno, estou com prazo curto para finalizar. Consegue me retornar o email, por favor?

Aguardo.

Atenciosamente,

Alessandra

De: alessandra.viegas  
 Enviado: quinta-feira, 21 de dezembro de 2017 12:29:22  
 Para: sear@jucesp.sp.gov.br  
 Assunto: Enc: Aos cuidados da Senhora Renata

Bom dia Renata, tudo bem?