

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

**Segurança na sociedade da informação: uma visão desde a autonomia privada**

Eduardo Silva da Silva

T

347.115

55865

Porto Alegre, julho de 2006

UFRS  
FACULDADE DE DIREITO  
BIBLIOTECA

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

**Segurança na sociedade da informação: uma visão desde a autonomia privada**

Eduardo Silva da Silva

Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Orientação:  
Profa. Dra. Judith H. Martins-Costa

Porto Alegre, julho de 2006

## AGRADECIMENTOS

Há muito pelo que ser grato e muitos a agradecer.

Preciso, antes de tudo, reconhecer a Deus.

Cumpre, igualmente, agradecer ao investimento público na minha formação. Agradeço, portanto, aos brasileiros humildes que subsidiaram meus estudos ainda que nunca tenham se aproximado dos portões de uma instituição de ensino federal. À Universidade Federal do Rio Grande do Sul e, em especial, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, deposito a minha gratidão.

A conclusão da presente pesquisa só foi possível por uma orientação séria e segura. À Professora Doutora Judith H. Martins-Costa, aproveito para, mais uma vez, declarar minha admiração, respeito e gratidão. E a honra por ser - sempre - seu orientando. Pelo apoio, pela compreensão, pela correção e pela cobrança, tudo isso é feito na medida adequada de carinho e de atenção.

No plano pessoal, grande parte dos méritos são da Letícia. Foi quem suportou e estimulou. Discuti e animou. Sonhou comigo. Obrigado, com amor. Não posso, contudo, deixar de agradecer a Dona Lacy, minha mãe, pela voz firme de encorajamento e de confiança que me trouxe, de longe, até aqui. Quero, ainda, agradecer a todos que aceitam, à sua forma, partilhar da minha existência: amigos, colegas e alunos. A todos e a cada um, obrigado.

## SUMÁRIO

RESUMO .....	6
INTRODUÇÃO .....	8
<b>Parte I - Autonomia privada e sua aplicação na sociedade da informação .....</b>	<b>21</b>
<i>A) Breve síntese de um conceito .....</i>	<i>25</i>
A.1 - Escoimação do termo .....	25
A.1.1 - Da autonomia da vontade .....	26
A.1.2 - Distinção ente autonomia e conceitos correlatos .....	31
A.2 - Natureza jurídica da autonomia privada: teorias preceptiva e normativista .....	33
A.2.1 - Teoria preceptiva: a autonomia privada como geradora de preceitos .....	34
A.2.2 - Teoria normativista: a autonomia privada como fonte de normas jurídicas .....	38
A.2.3 - Exame crítico das teorias preceptiva e normativista .....	40
A.3 - O estabelecimento de espaços e limites para a autonomia privada .....	43
A.3.1 - O espaço da autonomia privada .....	46
A.3.2 - Limites à autonomia privada .....	51
A.4 - Expressão pelo negócio jurídico .....	54
A.4.1 - A celebração de negócios jurídicos através da prática de comportamentos concludentes .....	59
A.4.2 - Negócio jurídico como ato performativo.....	64
<i>B) A assimilação da autonomia privada e do negócio jurídico no âmbito da sociedade da informação .....</i>	<i>68</i>
B.1 - Autonomia privada e sociedade civil .....	71
B.2 - Breves aspectos da estrutura normativa da rede .....	76
B.3 - A insuficiência da atuação exclusiva da autonomia privada .....	80
B.4 - Renovação funcional da autonomia privada no âmbito da sociedade da informação .....	85
<b>Parte II - A contenção dos riscos através de um renovado exercício da autonomia privada .....</b>	<b>93</b>
<i>A) O processo de certificação de sites .....</i>	<i>97</i>
A.1 - Riscos específicos da sociedade da informação que sugerem o emprego dos selos	104
A.2.1 Os riscos fáticos .....	104
A.2.2 Os riscos jurídicos .....	107
A.2 - Tipos e níveis de selos .....	110
A.3 - Experiências consolidadas de selos instituídos por entidades privadas .....	116
<i>B) Expressões da segurança advinda através da certificação .....</i>	<i>125</i>
B.1 - O reconhecimento e o incentivo dos Estados à certificação privada.....	129
B.2 - A eficácia normativa da auto-regulação: a produção de normas jurídicas privadas	134
B.3 - Os mecanismos coligados aos selos para solução de controvérsias .....	141
B.3.1 - Meios <i>online</i> de solução de controvérsias .....	145
B.3.2 - Formas para a submissão de controvérsias aos mecanismos <i>online</i> de solução de controvérsias .....	146

B.3.3 - Coerção e execução de decisões dos tribunais arbitrais virtuais .....	153
<b>CONCLUSÕES</b> .....	160
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	163
<b>DOCUMENTOS E RELATÓRIOS CONSULTADOS</b> .....	175

## RESUMO

A presente tese propõe o reconhecimento dos novos papéis desempenhados pela autonomia privada na regulação de aspectos da sociedade da informação. Dada a dimensão da rede de computadores, o seu caráter transnacional e a dificuldade para o estabelecimento de uma regulação jurídica internacional uniforme, a autonomia privada, como poder de produção de efeitos jurídicos, pode apresentar-se como alternativa complementar (não-excludente) para a disciplina de questões relacionadas ao estabelecimento de pactos negociais através da rede (o chamado *comércio eletrônico*) e para a eventual diluição de conflitos deles decorrentes. Ante a ampla liberdade concedida aos particulares e que se materializa através dos inúmeros e criativos empregos que continuamente têm sido atribuídos à rede de computadores, espregueia-se uma gama variável de riscos decorrentes do exercício da própria liberdade e que dizem respeito, exemplificativamente, à disseminação de *sites* eletrônicos falsos, o não-cumprimento de contratos e a ineficácia de decisões judiciais para além dos limites territoriais do Estado prolator da decisão. Em vista destes fatos (a circunscrição da sociedade da informação entre os limites da liberdade e do risco), a tese propõe a contenção dos perigos e o reforço da segurança dos negócios jurídicos mediante o exercício da autonomia privada. Neste esforço se situam os procedimentos de certificação dos *sites* e de suas práticas através de selos (*labelização*), gerando uma normatividade particular, de caráter obrigatório aos que a ela se submetam, transcendente das fronteiras nacionais. Ao mesmo tempo, propõe-se o estabelecimento de mecanismos para a solução de eventuais conflitos que levem em conta as características mais próprias do *comércio online*, tais como a distância entre as partes, a sobreposição de ordenamentos jurídicos diversos e a necessidade de agilidade das decisões através dos chamados *online dispute resolution*, notadamente através do emprego da arbitragem eletrônica.

Palavra-chave: Autonomia privada – Internet – solução de conflitos – arbitragem eletrônica - certificação

## ABSTRACT

Examine some of the characters that could be played by the private autonomy for the regulation of the information's society aspects that's wanted in this text (thesis). Because of the dimension of the computer's net is given, his transnational character and the difficulty for the establishment of international legal standard regulations, the private autonomy, as a power of auto-regulations for private interests, could presents itself as an alternative to discipline questions related to the establishment of negotiable agreements through the net and the eventual dilution of conflicts. So, the preliminary question is about the fact that the information's society is based between the liberty and the risk. Before of the great liberty allowed to the private users that shows up through the innumerable and creative uses that has to be attributed to the computer's net, it could be observed a great variable of risks resulting from the exercise of the own liberty, that had to be, specifically, with the false homepage dissemination, with the not compliance with the agreements and the inefficiency of the legal decisions beyond the territorial limits of the State that is responsible for the decision. Therefore, shows up a new proposal for the business sealed by the net, as resulting from performative acts or from tacit declarations to conclude behaviors, both as expressions of the private liberty. For the risk's restrictions there is the suggestion for the site's certification and its practice with the use of stamps and the establishment of private forms of controversy's dilution, showing one actual expression of the private autonomy and of the civil society.

Key words: Internet – Autonomy of will – Self regulation – Arbitration

## INTRODUÇÃO

Um insistente fenômeno acompanha o tema da segurança no emprego das novas tecnologias de informação em todo o mundo.<sup>1</sup> Trata-se da redução desse debate à órbita e à iniciativa estatal, promovendo, portanto, a expectativa de que as soluções para os tantos problemas relativos à segurança surgirão exclusivamente dos Estados ou dos organismos públicos internacionais.<sup>2</sup>

Essa perspectiva assenta-se, sobretudo, na necessidade evidente de que os grandes marcos jurídicos acerca da assimilação das novas tecnologias sejam mesmo estabelecidos pelos Estados.<sup>3</sup> Esbarra, entretanto, em algumas características de uma sociedade que passa a se organizar em torno da informação.

---

<sup>1</sup> Trata-se, como afirma Natalino Irti, de um *fenômeno planetário*. No dizer do professor italiano, *lo spazio telematico è sciolto dalla fisicità: non tanto sta oltre i confini territoriali, quanto non há confini. La tensione globale, propria del moderno capitalismo, vi raggiunge il grado più alto e rarefatto*. IRTI, Natalino. Le categorie giuridiche della globalizzazione. *Rivista di Diritto Civile*, n. 5, p. 629, set. 2002.

<sup>2</sup> A intensa produção normativa dos Estados quanto ao emprego das novas tecnologias de comunicação pode ser confirmada através de levantamento realizado pela organização não-governamental *Internet Law & Policy Forum* (ILPF), que acompanha a publicação de normas públicas sobre a Internet e as novas tecnologias, como se denota em diversos documentos disponibilizados no endereço: <<http://www.ilpf.org>>. No Brasil, levantamento semelhante é realizado pela Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico e aponta, igualmente, para um número superior a cem projetos de lei, ora tramitando no Congresso Nacional. Consultar: <<http://www.camera.e.net/pls>>.

<sup>3</sup> A relevância do papel dos Estados no estabelecimento dos grandes marcos jurídicos da sociedade da informação é notória. Tratou-se de uma das principais discussões da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação, convocada pela Assembleia Geral da ONU, pela Resolução 56/183 e que ocorreu em duas partes: a primeira, em dezembro de 2003, em Genebra; a segunda, em novembro de 2005, na Tunísia. Para uma visão geral dos anais do evento e dos seus principais documentos, consultar: <<http://www.itu.int/wsis>>.



A chamada *sociedade da informação* transcende à Internet.<sup>4</sup> Basicamente, a *rede de redes* é o grande veículo, pelo qual inúmeras aplicações são realizadas e incorporadas ao cotidiano da sociedade através dos computadores.<sup>5</sup> O elevado grau de interligação e conectividade de pessoas, dados, serviços e um amplo rol de aplicações em escala planetária são alguns dos traços dessa sociedade.<sup>6</sup> A informação, nesse contexto, é um bem em si mesmo e a sua manipulação em rede, por diversas formas e instrumentos (alguns já existentes), outros em vias de criação e disseminação, marcam este período do desenvolvimento humano.

Nesse quadro, o esforço legislativo realmente se justifica para acompanhar as novas situações fáticas, afastar as incertezas mais graves e estabelecer critérios para o desenvolvimento da rede, além de penalizar as condutas tidas como, especialmente, reprováveis no campo penal. Vejam-se, a exemplo, os novos desafios concernentes à tutela da intimidade e da privacidade ou à proteção do direito autoral ou, ainda, à necessidade de combate à pedofilia e à corrupção de dados e sistemas informatizados por programas lesivos que geram prejuízos vultosos a milhões de pessoas e empresas.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> O termo *sociedade da informação* (SI) nasceu no Japão, em princípios da década de 60, quando os especialistas daquele país consolidaram uma série de conceitos que, a partir da Segunda Guerra Mundial, tentaram dar conta tanto do grande desenvolvimento tecnológico e econômico de seu país quanto das mudanças sociais decorrentes da Guerra. Transportado para a Europa, no final dos anos 70, esse conceito, ao lado do conceito "sociedade do conhecimento", evolui firmemente no discurso ocidental até se tornar parte essencial das estratégias político-econômicas do atual mundo globalizado, conforme QUEIROZ, Alcimar Silva de. Da História e do conceito da Cúpula Mundial sobre a sociedade da informação. *Information Society*, Evento na Universidade Autônoma do México, 2004, disponível em: <[http://www.uaemex.mx/Evento/esocite2004/docs/da\\_historia\\_e\\_do\\_conceito.doc](http://www.uaemex.mx/Evento/esocite2004/docs/da_historia_e_do_conceito.doc)>. A União Européia, já em 1997, publicou, através da Comissão, o documento intitulado *Building the european information society for us all: final policy report of the high-level expert group* em que consagrou, do ponto de vista legislativo, a utilização da expressão que, de resto, tem sido usada desde sempre no âmbito normativo da União. Doutrinariamente, o termo foi amplamente divulgado desde as obras do professor Manuel Castells, da Universidade da Califórnia (Berkeley). Por todas, consultar CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1-3. São Paulo: Paz e Terra, 1999. e *A galáxia da Internet - reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

<sup>5</sup> Como se vê em CASTELLS, 1999, op. cit., passim.

<sup>6</sup> Ibid., passim. A própria expressão *sociedade da informação* e o seu conteúdo são bastante discutidos pela sociologia. Inexiste um consenso sobre as suas características. Para uma visão geral do debate por sociólogos, consultar WEBSTER, Frank. *Theories of the information society*. 2a. ed. London: Routledge, 2002. p. 2-3.

<sup>7</sup> A repercussão da sociedade da informação no Direito é bastante ampla, veja-se, exemplificativamente, no que concerne ao Direito Civil, o discriminado por NERVI, Andréa. La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato - argomenti di discussione. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, n. 11-12, p. 843, set./dez. 1998: *Il tema dell'informazione, in particolare, sembra interessare trasversalmente i tradizionali settori della civilistica classica, la teoria dei beni, la teoria generale del contratto, la teoria della responsabilità civile. Per quanto concerne la teoria dei beni, basti riflettere sul fatto che, in forza delle nuove tecnologie, l'a informazione há assunto il rango di vera e propria risorsa, alla quale viene attribuito un valore economico. Ciò pone il problema di verificare come l'a informazione debba essere qualificata dal punto di vista giuridico; in particolare, si tratta di capire se le informazioni possano essere*

Contudo, por força da própria *arquitetura da Internet*<sup>8</sup> e dos traços característicos da sociedade da informação, é bastante reduzido o limite no qual os esforços dos Estados possam realmente atuar.<sup>9</sup> Antes de tudo, trata-se de um fenômeno que desconsidera as fronteiras nacionais e que não observa os termos dos mapas territoriais. As possibilidades fáticas de conexão entre cidadãos situados em continentes diversos são extremamente amplas, com o conseqüente conflito entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais envolvidos. Por outra via, as aplicações que se dão à Internet não cessam de se desenvolver, tornando caducas, em curto espaço de tempo, disposições legais que podem ter demorado meses ou mesmo anos para serem postas em vigor.<sup>10</sup>

Assim, ao passo que muito se espera dos Estados para a atribuição de segurança e estabilidade à rede e às suas aplicações, não há como deixar de constatar a objetiva limitação desses entes para regular um fenômeno que é global, dinâmico e sujeito a diversos regimes jurídicos. Tal reflexão deve reconduzir ao fato de que, nas origens da rede como fenômeno comercial, reside o germe da liberdade.<sup>11</sup>

A crônica do desenvolvimento da Internet, em sua feição comercial, e do comércio chamado por muitos de *eletrônico*, relata que a sua concepção e a sua estruturação deram-se pela decisão de sujeitos privados, singulares e coletivos, na ausência de qualquer tipo de

---

*considerate una ricchezza suscettibile di appropriazione (eventualmente in forma esclusiva), e quindi, se assurgano al rango di bene in senso giuridico.*

<sup>8</sup> No termo celebrizado por LESSIG, Lawrence. The law of the horse: what cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, n. 2, p. 514, dez. 1999.

<sup>9</sup> Não é outra a constatação de Natalino Irti, para quem a economia internacional se *libera del diritto inter-statale europeo, fondato sull'esistenza di Stati effettivamente sovrani. (...) se il mercato è globale, e, dunque, ilimitato e sonfinato; se la massima dimensione spaziale è ragginugibile dal diritto solo mercè accordi fra Stati, e perciò sommando territorio a territorio; allora l'abisso è incolmabile, le due potenze presentano una diversa misura, e il diritto non può vantare alcuna pretesa di dominio sull'economia.* IRTI, 2002, op. cit., p. 630.

<sup>10</sup> No sentido de que pregou WALD, Arnold. Um novo Direito para uma nova Economia: os contatos eletrônicos e o Código Civil. In: GRECO, Marco Aurélio; SILVA MARTINS, Ives Granda da. *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001. p. 9-30, especialmente a p. 15, no sentido de que *novas formulações jurídicas não de ser criadas, outros equilíbrios devem ser encontrados, no plano dos contratos, da família, da sociedade e do próprio Estado, para que o direito não seja uma espécie de camisa-de-força que impeça a boa utilização das novas técnicas, e que prevaleça um clima de cooperação dominado pela ética. (...) Se a revolução econômica e tecnológica é inegável, cabe ao jurista acompanhá-la, revendo até as premissas de sua dogmática, reconhecendo as mudanças que estão ocorrendo com a globalização e adotando as medidas úteis ou necessárias, num mundo no qual muitos dos conflitos de interesses do passado, entre as nações, empresas e indivíduos, estão sendo substituídos por parcerias realizadas no interesse comum.*

<sup>11</sup> A liberdade que aqui se comenta é a focada, especificadamente, nas formas e mecanismos utilizados pelos particulares no desenvolvimento da atividade empresarial através da rede. Não há uma preocupação específica com a questão da liberdade política, sobretudo diante da prática de países como a China que, sobre ela, exercem extremo controle e censura.

legislação (nacional ou internacional) ou da participação ativa de Estados.<sup>12</sup> Os princípios basilares que (até o presente momento) sustentam a organização estrutural da Internet, a atribuição de nomes de domínio, os protocolos de conexão e de transmissão de dados, também foram prefigurados por entes particulares. É na continuação desse mesmo caminho que a sociedade da informação tem-se confirmado um espaço privilegiado da auto-regulamentação de interesses através das mais diversas expressões da autonomia privada.

A autonomia privada, examinada, exclusivamente, como fonte e veículo de produção de efeitos jurídicos no campo da liberdade econômica e expressão da capacidade de auto-regulamentação dos próprios interesses, permeia a Internet. Seu principal mecanismo de manifestação é o negócio jurídico.<sup>13</sup> Através da sua ampla capacidade de modelagem, permite o negócio jurídico a atribuição das eficácias construídas pelas partes, facultando a compreensão de muitos dos tantos pactos celebrados pela Internet que, nem sempre, acomodaram-se, pacificamente, nos modelos convencionais da dogmática. Mais do que contratos *eletrônicos*,<sup>14</sup> contratos *virtuais*,<sup>15</sup> contratos *telemáticos*<sup>16</sup> ou *contratos por computador*<sup>17</sup>, têm-se o mesmo negócio jurídico celebrado via um novo artefato de comunicação.<sup>18</sup>

Por estes novos meios, transitam comportamentos que se vinculam aos contratantes.<sup>19</sup> A invisibilidade, a instantaneidade e o anonimato que permeiam a Internet

---

<sup>12</sup> Para uma história da Internet, conferir, por todos CASTELLS, 2003, op. cit., p. 34.

<sup>13</sup> Desta forma, AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 367: *o conceito de negócio jurídico é uma categoria técnico-jurídica que tem sua razão de ser em argumentos de natureza filosófica, política e econômica, como já visto. É, assim, uma categoria histórica e lógica. E como categoria lógica, ou se aceita ou se recusa. Como categoria lógica, é instrumento de atuação dos interesses econômicos individuais, dentro do sistema de produção e distribuição de bens, traduzindo a concepção de um direito igual para todos, capaz de realizar, na igualdade, os interesses contrapostos das diversas classes sociais, formulado pelos juristas que eram, à época, os intérpretes privilegiados da realidade social e econômica.*

<sup>14</sup> Assim, entre outros, SILVA, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>15</sup> Na doutrina internacional, conferir ALEJANDRO, Javier Ribas. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Pamplona: Arazandi, 1999. p. 79ss, referindo-se aos requisitos do contrato *online* ou *virtual*.

<sup>16</sup> Como afirma IPPOLITO, Fulvio Sarzana di. I requisiti del contratto telematico: la sicurezza e la identificabilità dei contraenti. In: \_\_\_\_\_. *Profili giuridici del commercio via Internet*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 99-117.

<sup>17</sup> Na visão precursora de SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>18</sup> Sobre a denominação dos contratos realizados pela Internet e seu conteúdo, verificar a posição de CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. passim.

<sup>19</sup> A razão já foi demonstrada pela doutrina. Migra-se, como bem alertou Judith H. Martins-Costa, da *tutela da vontade para a tutela da confiança* por força da *substituição da teoria da vontade como fundamento do vínculo contratual* com a intenção de *diminuir as possibilidades de invalidação dos negócios por erro, um dos vícios da vontade. Busca-se, então, assegurar proteção também ao outro pólo da relação jurídica contratual – o devedor, destinatário da manifestação da vontade. Por conseqüência é formulada, em substituição à teoria da vontade, a*

fazem, definitivamente, tombar as teorias que fundavam, na vontade, o fundamento dos negócios jurídicos.<sup>20</sup> Pelo comportamento – e a vinculatividade que lhe é decorrente – entende-se a compra de um produto por um adolescente em uma *web page* com o pagamento através do cartão de crédito do responsável<sup>21</sup>; por ele se explica o mecanismo de aderência dos provedores de acesso à Internet aos órgãos próprios de regulação da rede e, por consequência, a submissão às suas regras; também é ele que vincula fornecedores e consumidores aos mecanismos de solução de conflitos (no plano internacional) ocorridos no ambiente virtual. Pretender fundar todos estes atos na volatilidade, incerteza e inconstância da vontade não seria uma resposta condizente ao atual estado de desenvolvimento da doutrina civilista.<sup>22</sup>

Estabelecido o comportamento como base do negócio jurídico e levando-se em conta a atmosfera de liberdade em que cresceu e se desenvolveu a Internet como fenômeno empresarial, permitindo, a cada dia, a disseminação de novos empregos e utilidades, podem-se estimar, de outro lado, os altos riscos e perigos que esta liberdade acabou por outorgar à

---

*teoria da declaração. Nesta não importa tanto a manifestação de uma vontade humana subjetivada, mas a sua declaração, isto é, o aspecto externo, social da vontade humana.* Para compreensão desse itinerário histórico, por todos, conferir em MARTINS-COSTA, Judith H. Noção do contrato na história dos pactos. In: *Uma vida dedicada ao Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 508.

<sup>20</sup> Sobre a *objetivação do negócio jurídico*, por todos, conferir COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow). *Revista de Processo*, Porto Alegre, n. 37, p. 240, mar. 1985. Cite-se, a título de ilustração do pensamento do autor: *Na concepção clássica, a essência do negócio jurídico estaria na vontade de tal sorte que os seus vícios deveriam acarretar a nulidade e não a simples anulabilidade do negócio jurídico. Essa concepção estava adequada à primeira metade do século XIX, em que a proteção de terceiros não era objeto de consideração na teoria do negócio jurídico, ou, pelo menos, não tinha essa orientação grande número de seguidores, ainda quando Savigny enfatizasse a necessidade de a vontade exteriorizar-se por meio de declaração. Distingua, pois, nitidamente entre a vontade como fenômeno interior e a sua exteriorização, esclarecendo ainda não ser a concordância da vontade com a declaração algo ocasional, mas necessário.* Segue o professor: *Assim, o conteúdo do negócio jurídico não é a exteriorização de um propósito, mas a disposição de que algo deve vigorar juridicamente* (p. 246). Por isso, Karl Larenz conceitua o negócio jurídico como “declaração de vigência”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969. Ver também sobre o tema, RIEG, Alfred. Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes du XIX siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 26, 1987.

<sup>21</sup> Como alerta KALLEL, Sami. Arbitrage et commerce électronique. *Revue du Droit des Affaires Internationales*, n. 1, p. 18, 2001: *Le problème qui se pose cependant est celui de la capacité. Il sera évidemment difficile de déterminer à distance si la personne qui désire acquérir tel ou tel bien est capable, au sens juridique du terme, de le faire.*

<sup>22</sup> Como ensina COUTO E SILVA, 1985, op. cit., p. 240, referindo-se ao século XIX: *A doutrina prevalente via na vontade o elemento predominante, superior à sua declaração ou manifestação: a declaração era, assim, o modo como se realizava a vontade, como se tornava reconhecível socialmente. À medida, entretanto, em que havia necessidade de proteger o destinatário da manifestação de vontade, em razão, especialmente, dos interesses sociais resultantes da industrialização incipiente, a teoria da vontade perdia terreno em face da declaração.*

sociedade.<sup>23</sup> Afinal, o ato de *estabelecer* um *empreendimento empresarial* pela Internet não observa, no mais das vezes, requisitos mais severos que os obedecidos quando em um estabelecimento físico. A liberdade, desta forma, cobra o tributo da insegurança, do medo e do risco, visto que inúmeros *sites* eletrônicos são criados apenas visando à prática de atos ilícitos.<sup>24</sup>

A sociedade da informação é, neste sentido, por excelência, uma sociedade do risco. Riscos que se *espalham pelo ar e pela chuva*, como os que têm origem com a radioatividade, mas que também podem se alastrar por redes de computadores.<sup>25</sup> São perigos que decorrem da própria condição civilizatória e da intensa produção industrial.<sup>26</sup> São riscos tão impositivos que, sobre os quais nada mais resta senão refletir sobre formas de mitigá-los ou de partilhá-los entre os povos e classes sociais, sob pena de paralisia dos processos econômicos.<sup>27</sup> São perigos que, ao contrário do passado, afetam a todos, indistintamente.<sup>28</sup>

Se a tensão crítica entre *risco* e *liberdade* permeia a Internet e as suas aplicações, propõe-se que, desta mesma força motriz, possam ser extraídos alguns dos elementos para a sua contenção. Estabelecer patamares mínimos de segurança às operações da rede não pode ser uma preocupação exclusiva dos Estados.

---

<sup>23</sup> O trânsito percorrido da *vontade* à *declaração*, chegando-se ao *comportamento concludente* é bem apresentado por ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 93-94: *há outros casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração de tal gênero, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a este propósito de manifestação tácita da vontade. (...) são aquelas pequenas operações quotidianas, freqüentíssimas num sistema económico caracterizado por consumos de massa, que a nosa velha civilística do início do século significativamente chamava “contratos automáticos”. Nestes, a vontade de aceitar não é expressa, mas resulta implicitamente e de forma, operativa, da atitude e da actividade do sujeito. (...)*

<sup>24</sup> Como assinala, por todos, o relatório preparado pela conhecida empresa de auditoria privada KPMG, intitulado *E-commerce and cyber crime: new strategies for managing the risk of exploitation. Foresinc and litigation services*. USA: KPMG's Assurance and Advisory Services Center, 2000, disponível em: <<http://www.kpmg.com>, p. 1-32>, relatando a fragilidade (ou inexistência) de segurança ao se instaurar uma empresa que atuará pela Internet ou em controlar suas práticas. No mesmo sentido, conferir o *E-commerce and Development Report 2003*. New York and Geneva: United Nations Publication, 2003. p. 1-228, especialmente, a p. 50, na qual se arrolam os principais riscos da rede, na visão da Comissão para o Desenvolvimento para o Comércio: *Internet security problems can take multiple forms: spam, viruses, web squatting, fraud, copyright violation, denial of service, unauthorized entry into corporate or personal computers and networks (and theft or manipulation of the information stored in them), privacy infringements, and fraud and harassment, among other possibilities.*

<sup>25</sup> Na expressão de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. de Jorge Navarro et alii. Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.26.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.28.

<sup>28</sup> BECK, loc.cit.

Mesmo as empresas que não operam nos chamados *mercados virtuais* possuem, atualmente, grande parte dos seus sistemas de produção e distribuição de bens, produtos e serviços, vinculados à Internet.<sup>29</sup> Aos que, diretamente, valem-se da rede, como plataforma principal de seus trabalhos, a segurança é fator crucial. O estabelecimento de níveis mínimos de asseguarção é, ainda, o grande desafio para o incremento do número de consumidores e usuários da rede mundial de computadores e de suas aplicações.<sup>30</sup>

Daí que, diante do desafio de contenção dos riscos e da garantia de patamares mínimos de segurança, soluções cooperadas e integradas, mais que meras alternativas, são vias que se impõem.

Uma nova função apresenta-se, por conseguinte, à autonomia privada. Com efeito, as contribuições na perspectiva da segurança na sociedade da informação passam, no viés do presente trabalho, em formas de enfrentamento de algumas das principais fraudes e perigos da Internet empresarial que dizem respeito à verificação da efetiva existência de empresas por detrás dos *sites*; ao adequado tratamento das informações fornecidas quando do acesso; ao cumprimento de deveres mínimos de cooperação com o consumidor, a despeito da falta ou da inaplicabilidade de legislação internacional protetiva e, ainda, ao estabelecimento de *instâncias virtuais* para a solução de eventuais conflitos.<sup>31</sup> Entende-se que tais medidas específicas de contenção de riscos e fixação de segurança decorrem, ao contrário do que se poderia imaginar, do exercício da autonomia privada e da produção de negócios jurídicos diversos, de caráter plurilateral, envolvendo entidades privadas que, conscientes da necessidade de atribuição de segurança à rede, agem como *reguladoras* desse espaço, recebendo a adesão de fornecedores de bens e serviços, além dos consumidores e usuários da Internet.

É, nesse contexto, que emergem, como mero exemplo do *novo papel* da autonomia privada, as experiências de certificação de *sites* através de selos. Os *labels*, como são chamados por parte da nascente doutrina sobre o tema, são formas de garantir a real existência

---

<sup>29</sup> CASTELLS, 2003, op. cit., p. 43.

<sup>30</sup> Destaca-se aqui o termo *consumidor* para designar aquele indivíduo o qual, através da Internet, realiza a aquisição de bens, produtos e serviços; por usuário, a pessoa que utiliza serviços e recursos da rede, sem, necessariamente, inserir-se em uma relação de consumo.

<sup>31</sup> Sobre os riscos da Internet, conferir, entre outros, o relatório *Cross-Border Fraud Trends*, relativo ao período compreendido entre janeiro e dezembro de 2004, editado pelo *Federal Trade Commission*, órgão do governo dos Estados, publicado em 08 de janeiro de 2005 e disponível em: <<http://www.consumer.gov/sentinel>>.

de uma empresa por detrás da publicidade de um *site*, em tempos em que o diálogo entre usuário e fornecedor foi substituído pela imagem.<sup>32</sup> Os selos estão vinculados a uma entidade privada que audita os *sites* e impõe um código de conduta a ser observado pela empresa em relação a usuários e consumidores. Normas privadas são geradas por essas entidades, visando a vários objetivos que podem oscilar da proteção dos dados obtidos em uma aquisição pela Internet ao direito *incontine*te de devolução do pagamento, quando haja a insatisfação do consumidor.

Para além dos mapas nacionais e da dificuldade na feitura de grandes acordos internacionais, esses modelos jurídicos possuem capacidade de circular globalmente, formando uma teia de segurança, ao garantir um acesso menos perigoso aos *sites* comerciais e, ao mesmo tempo, ao estabelecer vias adequadas para a solução de eventuais controvérsias.<sup>33</sup>

Outra forma que assumem a autonomia privada e os negócios jurídicos, no viés de asseguarção de contenção de riscos, materializa-se nas instâncias privadas e virtuais de solução de conflitos.

Dada a distância em que podem figurar os contendores de alguma das aplicações da Internet e as enormes dificuldades quanto à submissão a ordenamentos jurídicos muito discrepantes, o estabelecimento de vias não-estatais de solução de controvérsias apresenta-se como um meio para garantir o *direito de uma demanda efetiva* em relação à outra parte do negócio. Assim, a arbitragem *online* figura como uma forma de contenção deste risco concreto e de asseguarção do *direito de demanda*.

Dessa forma, a tese consiste na idéia de que os esforços de atenuação dos riscos inerentes à sociedade da informação não se estabeleçam por exclusiva atuação dos Estados ou dos organismos públicos internacionais, propugnando a existência de um *espaço jurídico* no qual, pelo exercício da autonomia privada, a sociedade civil possa criar e desenvolver

---

<sup>32</sup> Neste sentido, ver IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998.

<sup>33</sup> Emprega-se a expressão *modelo jurídico* na acepção emprestada por Miguel Reale a distinguir quatro tipos: os legais, os jurisprudenciais, os doutrinários e os *negociais*. A teoria dos modelos encontra-se dispersa na vasta obra do autor. Como referências, entretanto, consigne-se a comunicação realizada no XIV Congresso de Filosofia de Viena, em 1968, e o livro *O Direito como experiência*, lançado no mesmo ano e com nova edição, em 1992b, pela Saraiva. O assunto foi tratado, monograficamente, em *Fontes e modelos do Direito* – para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1992a.

mecanismos privados de contenção dos perigos, contribuindo para o incremento da segurança da Internet e, ao mesmo tempo, preservando seus interesses empresariais na rede.

Para prová-la, demonstrar-se-á que

(a) a Internet, desde a sua origem como fenômeno empresarial, fundou-se na liberdade; a despeito da ingerência dos Estados, muitas das suas principais instituições, no passado e no presente, possuem natureza privada;

(b) na sociedade da informação, a autonomia privada mantém-se como princípio e como fonte de produção das eficácias jurídicas pretendidas pelos particulares, a despeito da *demonização* do termo e dos excessos que, no passado, marcaram o instituto;

(c) o exercício da autonomia privada não é incompatível com o tipo de contratações que são habitualmente realizadas pela Internet, notadamente quando se reconheça que, como fundamento da vinculatividade dos negócios, a vontade cedeu lugar à confiança gerada por declarações tácitas através de comportamentos concludentes (Mota Pinto) ou por atos performativos (Ferreira de Almeida);

(d) a atribuição de um patamar, minimamente aceitável de segurança para os negócios na Internet, por suas características mais próprias, exige a integração de esforços públicos e privados, ensejando uma regulação que é essencialmente híbrida e composta por normas estatais e por disposições particulares (negócios jurídicos);

(e) a autonomia privada, na sociedade da informação, pode também ser exercida coletivamente, através de instituições que gestionam e administram grande parte da estrutura administrativa da Internet;

(f) resulta também do exercício da autonomia privada a geração de instituições privadas, voltadas à contenção dos riscos inerentes às contratações pela rede, constituindo-se em entidades corporativas, empresas de auditoria, instituições acadêmicas, associações, entre outras;

(g) essas entidades editam, habitualmente, códigos de condutas que irão pautar os critérios e condições para a obtenção de certificados de idoneidade, funcionamento regular e



atendimento satisfatório aos clientes, gerando processos complexos de certificação de *sites* que são visualizados através de selos (geralmente contendo *links*) dispostos nas páginas de fornecedores de serviços pela Internet, produzindo maior segurança aos consumidores que optem por tais páginas eletrônicas;

(h) esses estatutos são vinculativos às empresas (fornecedoras de serviços pela Internet) que, seja através de comportamentos concludentes, seja através de atos performativos, aderiram ao regramento ali disposto;

(i) a esses selos e a seus estatutos, muitas vezes, estão anexados mecanismos de solução *online* de conflitos, notadamente, através do emprego da arbitragem, os quais, respeitando as características da Internet, tais como a distância entre os contratantes e a sobreposição de ordenamentos jurídicos diversos, apresentam-se como formas adequadas de solução dessas espécies conflituosas.

Demonstrados os pontos acima assinalados, pretender-se-á concluir que

1. a segurança da Internet e de suas aplicações não pode prescindir, pela sua própria natureza e características, da participação dos particulares;

2. essa participação da sociedade civil na regulação de certos aspectos da sociedade da informação, sobretudo na contenção dos riscos, encontra, nas entidades certificadoras e nos mecanismos de solução *online* de conflitos, uma das maiores formas de concretização;

3. as normas não-estatais geradas nesse âmbito, através de códigos de conduta, caracterizam-se como normas dotadas de vinculatividade perante os seus destinatários;

4. os processos de certificação aumentam a segurança fática e jurídica da rede, através da garantia de existência do *site*, da adoção de práticas favoráveis a consumidores e usuários, do estabelecimento de formas de solução de conflitos e do exercício da auto-regulação, entre outras formas;

5. a atuação da autonomia privada não rivaliza com os Estados e organismos internacionais, sendo por eles incentivada e promovida, integrando-se em uma regulação que é essencialmente híbrida.

A tese, portanto, afasta-se de algumas perspectivas que, conquanto comumente vinculadas ao exame da autonomia privada, não serão aqui tratadas, de acordo com o que segue:

a. a autonomia privada é examinada, exclusivamente, como forma de instrumentalização de negócios jurídicos no âmbito empresarial; não se lhe examina na perspectiva da autodeterminação ou em outros aspectos mais caros à filosofia comum e jurídica;

b. a noção de norma, igualmente, foca-se na produção de normas jurídicas negociais e de sua assimilação na sociedade da informação;

Para expor tudo isso, em um primeiro momento (Parte I), recuperar-se-á a idéia de autonomia privada e demonstrar-se-á a possibilidade de sua assimilação na sociedade da informação.<sup>34</sup> As teorias da declaração tácita por comportamento concludente (Mota Pinto) e do negócio jurídico como ato performativo (Ferreira de Almeida) irão explicar como ocorre, muitas vezes, a opção por certas regras particulares para a regulação dos interesses. Lá estarão as premissas teóricas do texto, vocacionado a atender às necessidades práticas de reflexão sobre uma *nova dogmática* aplicada à sociedade da informação.<sup>35</sup> Algumas das noções

---

<sup>34</sup> Segundo o sociólogo Alain Tourraine, diante da tensão instaurada entre movimentos culturais de globalização (música, cinema, Internet e outros) e, ao mesmo tempo, do fechamento em grupos específicos de identidade, associações baseadas na pertença comum (religiões, seitas, grupos étnicos e outros), a convivência só se tornará possível, se forem criadas leis, instituições e formas de organização social cuja finalidade principal seja o reconhecimento de que todos podem viver como sujeitos da própria existência. Assim, cabe ao Direito formular mecanismos que reforcem os sujeitos. Nesse contexto, a autonomia privada, inserida em um processo massificante, e, ao mesmo tempo, permeado por *guetos virtuais*, tem um importante papel a desenvolver. Deste modo, ressalta o autor: *para a pergunta feita por este livro – como podemos viver juntos? – isto é, como podemos combinar a igualdade e a diversidade, a meu ver não existe outra resposta do que a união entre a democracia política e a diversidade cultural, fundada sobre a liberdade do sujeito.* TOURRAINE, Alain. *Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes.* Trad. de Jaime Clasen e Ephraim Alves. Petropólis: Vozes, 1999. p. 200.

<sup>35</sup> Como refere MARTINS-COSTA, Judith H. *Comentários ao novo Código Civil.* t. 1. v. 5 Volume V, Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 8, nota 18: *assim como o grande salto qualitativo da dogmática obrigacional do capitalismo comercial e industrial foi resolver o problema da mobilização e circulação do crédito (para isto aproveitando e transformando institutos jurídicos medievais), é preciso construir agora, nessa era da globalização capitalista, a “dogmática do crédito virtual.”*

lançadas serão retomadas na segunda parte, justamente, para demonstrar a sua concreta aplicação no âmbito da sociedade da informação.<sup>36</sup>

O texto, igualmente, possui limites claros e a eles se detém. Esses marcos estão fixados na elaboração de um panorama geral dos selos e dos *online dispute resolution* no mundo, como expressão da autonomia privada, tendente à mitigação dos riscos. Não se trata, assim, de um estudo sobre a atual aplicação desses institutos no Brasil e nem de uma cartilha para a sua implantação futura.<sup>37</sup> Antes, consiste em uma reflexão necessária e prévia a outras contribuições que possam ser apresentadas na perspectiva da construção de instrumentos de certificação e de instauração da arbitragem eletrônica entre nós. Dessa forma, o trabalho se reporta, sempre, à experiência internacional e parte do pressuposto de que a Internet é mesmo um território sem fronteiras, no qual muitos brasileiros podem efetivamente circular, realizar negócios e comprometer-se.

Optou-se, ainda, por autores que digam respeito diretamente à tradição jurídica brasileira e que, ao mesmo tempo, possam, em diálogo com ela, avançar na feitura de aportes

---

<sup>36</sup> Assim, a noção de negócio jurídico (apresentada na primeira parte) será retomada na última, justamente para caracterizar a normatividade ínsita e decorrente a tais pactos e aplicá-la aos negócios que vinculam fornecedores de serviços pela Internet e entidades certificadoras através dos procedimentos de *labelização* e dos códigos de conduta assumidos em função da adoção de um selo.

<sup>37</sup> A experiência no Brasil é, ainda, por demais incipiente. Para que o funcionamento de um selo seja operacional, exige-se, como condição preliminar, o conhecimento desse serviço por parte da comunidade de usuários e consumidores, respaldando a iniciativa e *creditando* confiança ao selo. Essa divulgação não pode prescindir de adequada e própria publicidade, por todos os meios possíveis, como, nos Estados Unidos, acontece com o Selo *BBBOnline* (da *Better Business Bureau*) a qual, no Natal de 2005, publicou na Revista *USA Today* anúncio de página inteira de seus serviços. Essa publicidade sistemática e contundente assume maior significado, desde que se leve em conta que a instituição certificadora em comento (*BBBOnline*) possui tradição no mercado norte-americano desde 1912. No Brasil, no campo da certificação de comércio, arrole-se a experiência conhecida como *ebit* (<<http://www.ebit.com.br>>.) que consiste, em última instância, em uma pesquisa de opinião pública com os consumidores sobre a forma como foram atendidos em determinada loja virtual, classificando-as segundo esse critério. Não se trata, como se verá, de um *terceiro imparcial*, mas de uma empresa de marketing que, inclusive, comercializa e anuncia produtos das empresas pesquisadas. Falta-lhe, portanto, condição essencial para atuar como certificadora. No que concerne à solução de conflitos, consultar a Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Online (<<http://www.cabamol.com.br>>.). A iniciativa é de 2004 e o *site* apresenta-se *congelado* desde o seu lançamento até a presente data (dezembro de 2005). As informações são bastante vagas, a entidade mantenedora é uma instituição privada sem vínculos institucionais com o mercado ou com entidades agremiativas dos setores econômicos e, sobretudo, inexistente a disponibilidade de uma plataforma de submissão de demandas arbitrais (como a que está disponível em, praticamente, todos os mecanismos). À pouca estrutura técnica alia-se a incerteza quanto à efetividade, no plano jurídico nacional, do acolhimento e da execução de decisões arbitrais virtuais internas, sobretudo se relacionadas à questão de consumo. Frise-se, então, que, se a arbitragem virtual é tida como a saída exclusiva para a resolução de conflitos entre consumidor nacional e fornecedor estrangeiro, o mesmo não se processa, quando ambos os sujeitos envolvidos são brasileiros. As disposições do Código de Defesa do Consumidor (artigo 51), a resistência da jurisprudência e outros fatores culturais apresentam-se como sérios obstáculos ao implemento, no ambiente interno, de arbitragens virtuais relacionadas ao consumo.

doutrinários – neste sentido, faz-se presente a forte manifestação das doutrinas portuguesa (e, através dela, a germânica), italiana e francesa.

Na segunda parte do texto (Parte II), postas as premissas quanto às novas funcionalidades da autonomia privada, examinar-se-á o processo de certificação de *sites* e, igualmente, as expressões ou manifestações de segurança que dele decorrem. Algumas das fontes foram obtidas junto aos centros de pesquisa que examinam essas experiências e das próprias entidades – câmaras de comércio, entidades corporativas, auditorias privadas e outras – que as organizam.

O viés instrumental que, em geral, pretende-se emprestar à pesquisa força o uso de uma série de exemplos, bem como a análise de casos: alguns, realmente, concretos; outros, hipotéticos. Essa construção decorre da adesão à idéia de que o Direito nasce da concreção e da experiência dos homens e para essa realidade destina-se.<sup>38</sup> A providência dos exemplos, contudo, serviu como forma de se evitar a tentação do emprego de termos e conceitos próprios da Informática, como, no mais das vezes, acontece, quando se trata de certos assuntos típicos das relações entre direito e tecnologias.

Para fugir, igualmente, de um *sotaque* por demais saxônico aos temas da rede, preferiu-se, na medida do possível, escavar fontes européias sobre o assunto. Assim, a freqüente acusação da americanização da Internet é atenuada e dá-se a perceber que a pesquisa e a preocupação com tal temática são mesmo universais.<sup>39</sup>

A segurança ou, ao menos, a contenção de alguns riscos, na complexa sociedade da informação, só pode resultar da integração de todos os esforços possíveis. Pretende-se, de alguma forma, salientar algumas das contribuições que possam advir do exercício da autonomia privada.

---

<sup>38</sup> Como no *culturalismo* de Miguel Reale apontado por BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith H. em *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>39</sup> Trata-se de não reforçar os ecos acerca de um domínio norte-americano sobre a Internet e, igualmente, de uma inevitável e contundente *americanização* dos ordenamentos jurídicos. Sobre a verdade e o mito contidos nesta discussão conferir o título L'américanisation du Droit. *Archives de Philosophie du Droit*, t. 45, p. 7-243, 2001.

## Parte I - Autonomia privada e sua aplicação na sociedade da informação

Ainda que de forma controversa, respira a sociedade da informação ares de liberdade.<sup>40</sup> Não fosse o seu próprio itinerário histórico e as importantes decisões judiciais quanto ao controle dos conteúdos de *sites* eletrônicos, bastaria a sua dimensão geográfica e a dispersão que a caracterizam para assegurar a inexistência de um efetivo controle central, eficiente e *oficial* sobre o conjunto de redes telemáticas que estruturam a Internet.<sup>41</sup> Além disso, a cada dia, de forma livre e espontânea, descobrem-se novas utilidades e aplicações para a rede, geradas pela criatividade e originalidade dos seus milhões de usuários, em todos os continentes.

Um dos principais instrumentos para o exercício da liberdade que pauta a Internet está na autonomia privada<sup>42</sup>, notadamente através da figura do negócio jurídico.<sup>43</sup> Como

---

<sup>40</sup> Pela liberdade na Internet, manifesta-se CASTELLS, 2003, op. cit., passim. Em sentido contrário, duas posições se aliam. Uma é formada pelos que entendem haver domínio das estruturas da Internet pelos Estados Unidos da América, sobretudo pela atuação do ICANN – *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* – entidade privada que regula a designação dos nomes de domínios em todo o mundo (endereços públicos e privados dos *sites* eletrônicos da Internet) e que possui sua sede na Califórnia, além de manter com aquele país, através do *Department of Commerce*, um *Memorando de Entendimento*. A segunda, pelo fato de, em alguns países como a China, o uso da Internet ser bastante reprimido, sujeito a filtros e a outros mecanismos de contenção ao acesso e à produção de conteúdos. Sobre o tema, consultar FROOMKIN, Michael. Wrong turn in cyberspace: using to route around the apa and the constitution. *Duke Law Journal*, n. 18, 2001. Além disso, cumpre lembrar que o conceito de *sociedade da informação* não se reduz à Internet e às questões que dizem à sua regulação. Para além, refere-se a um modo de viver em sociedade no qual a informação assume a característica de um bem em si mesmo como afirmou Perlingieri. Ver: PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del Diritto Civile*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p.xi.

<sup>41</sup> Sobre este tópico, considerar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América que considerou inconstitucional e uma afronta ao direito de livre expressão o *Communications Decency Act (DCA)*, que considerava ilegal a transmissão, por aparelho de telecomunicações, incluindo a Internet, de materiais tidos por obscenos ou indecentes que pudessem ser inapropriados para menores de dezoito anos. A lei previa, ainda, a possibilidade dos provedores de acesso à rede serem responsabilizados por permitirem a circulação destes conteúdos. Uma coalizão de entidades civis promoveu perante o Estado da Filadélfia o pedido de inconstitucionalidade da medida que foi aceita em decisão de 11 de junho de 1996. A Suprema Corte americana confirmou a decisão originária em 26 de junho de 1997. Todos os documentos relativos à demanda podem ser obtidos no endereço eletrônico da sociedade privada conhecida como *Electronic Privacy Information Center*, uma das entidades que patrocinou o litígio, disponível em seu *site* eletrônico <[http://www.epic.org/free\\_speech/copa/#procedural](http://www.epic.org/free_speech/copa/#procedural)>.

<sup>42</sup> Conforme afirma Pablo Coderch, a autonomia privada é uma parte da liberdade do ser humano e *constituye, por asi decirlo, el lado activo y positivo de la personalid, el ambito donde el ser humano puede actuar como ser independiente y autorresponsable, donde no se permite hacer de él un simple medio de las finalidades*

instrumental da liberdade,<sup>44</sup> assume múltiplas funções, seja como princípio jurídico de interpretação<sup>45</sup>, seja como esfera normativa de atuação dos particulares<sup>46</sup>, seja como fonte de produção de eficácias jurídicas.<sup>47</sup>

É exatamente como fonte de produção normativa que a autonomia mais pode significar à sociedade da informação.<sup>48</sup> E é nessa perspectiva que se fecha este trabalho: a de uma autonomia como fonte e veículo da liberdade econômica.<sup>49</sup>

A autonomia apresenta-se como *matéria-prima* da própria sociedade da informação, visto que a Internet assiste e protagoniza, a cada segundo, inúmeros *atos de iniciativa* dos particulares. Esses atos de exercício de liberdade podem ser exemplificados pela simples decisão, pelo consumidor (internacional) de adquirir determinado bem ou produto pela plataforma da Internet; podem transitar pela contratação do serviço de hospedagem de informações em certo provedor de serviço e podem chegar, em estágio mais avançado, à criação de estruturas e organizações próprias para gerenciar administrativamente a grande interligação de computadores que caracteriza a rede, tais como as que deram origem aos órgãos diretivos da Internet. Em toda essa malha normativa, entrelaçada por atos e

---

*colectivas*. Ver: CODERCH, Pablo (coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada*. Madrid: Civitas, 1997. p.49.

<sup>43</sup> Sobre o tema, entre tantos, consultar BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969. p. 97, para quem o negócio é instituto jurídico a serviço da liberdade e da autonomia privada.

<sup>44</sup> A noção de negócio jurídico pode ser bifurcada em sentido amplo e em sentido estrito, abrangendo *negócios jurídicos de direito comum*, o que inclui os atos jurídicos contratuais de qualquer natureza e quaisquer outros atos de direito privado, desde que dotados de performatividade, flexibilidade e auto-suficiência estrutural. Ver: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1992. p.235.

<sup>45</sup> GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privada*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 9. Ver, entre outros, também a DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis ; GULLON, Antonio. *Sistema de Direito Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 374. Os autores retratam a autonomia privada como *um princípio da teoria geral do Direito*.

<sup>46</sup> Como observa CORDEIRO, Antonio Meneses. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 169: *a autonomia privada corresponde assim a um espaço de liberdade jurídica atribuído, pelo Direito, às pessoas, podendo definir-se como uma permissão genérica de produção de efeitos jurídicos*. Grifo do autor da tese.

<sup>47</sup> Como entendem, entre outros, FERRI, Giovanni Baptista. Il negozio giuridico e la disciplina del mercato. *Rivista del Diritto Commerciale*, p. 728, nov./dez. 1991. E, também, BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone. p. 164. 1995a.

<sup>48</sup> Propugna-se a natureza normativa do negócio jurídico ainda que ciente da resistência de muitos autores, entre outros, GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 268: *o negócio jurídico não pode constituir um comando. (...) O comando postula uma posição de supremacia de um sujeito sobre o outro a ele subordinado, que não pode configurar-se em um negócio jurídico, visto que não pode dirigir-se a particulares e, muito menos, ao ordenamento, pelo que ficaria sem destinatário. Nem mesmo a si próprio dita norma o particular que regula seus interesses mediante negócio jurídico*.

<sup>49</sup> Fala-se, assim, em um *retorno da autonomia privada*, por conta de uma *singular commistione tra recupero dei diritti della persona ed esaltazione del mercato come lugo nel quale essi possono realizzarsi*. Neste sentido, relacionando expressamente autonomia privada e Economia, ver SOMMA, Alessandro. *Autonomia privada*. *Rivista di Diritto Civile*, n. 4, p. 597-629, jul./ago. 2000, especialmente a primeira.

comportamentos vinculativos, observa-se a existência de diferenciados graus de liberdade e distintas espécies de declaração negocial.

A tessitura de uma estrutura particular de organização dotada, por um lado, de órgãos produtores de normas jurídicas e, por outro, de organismos intérpretes e aplicadores desta *normatividade* própria, reforça a sociedade da informação como um ambiente de expresso exercício da autonomia privada. A liberdade ínsita a essas organizações é prefigurada na forma pela qual se dá a adesão e a manutenção a esses entes, bem como pela observância espontânea de suas prescrições. Como exemplos desse fenômeno – já assentado – encontram-se, respectivamente, o ente conhecido como *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) e a arbitragem virtual da Câmara de Comércio de Milão. São duas entidades que, com base no exercício concretizado da liberdade, regulam o *espaço Internet* ou funcionam como instâncias privadas e virtuais de solução de conflitos existentes na rede, construindo modelos jurídicos de normatividade, peculiares a partir da autonomia privada.<sup>50</sup>

Tradicionalmente, o contrato é o instrumento jurídico pelo qual mais se expressa a autonomia privada, na sua condição de instrumento, sobretudo nas economias de mercado, para a circulação de riquezas.<sup>51</sup> Todavia, não se pode olvidar que a forma contratual é espécie, do qual o negócio jurídico é gênero.<sup>52</sup> E é preciso reconhecer que, nem sempre, o contrato pode responder a todas as necessidades normativas requeridas pelos particulares.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Sobre o ICANN, sua natureza privada e a produção de regras próprias para a disciplina da rede, além de nota anterior, consultar também o *site* da instituição <<http://www.icann.org>>. Acerca da solução de conflitos *online* da Câmara de Arbitragem da Câmara de Comércio de Milão, serviço conhecido como *resolvionline* e que foi instaurado em 2000 como uma plataforma digital para a resolução de disputas através da Internet, sem o encontro físico entre partes e árbitros, verificar as informações disponíveis em: <<http://www.camera-arbitrale.com>>.

<sup>51</sup> Neste sentido, ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 11, ao afirmar que *o contrato é a veste jurídico-formal de operações econômicas*. MARTINS-COSTA, Judith H. O novo Código Civil Brasileiro: a ética da situação. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Edição especial, Porto Alegre, p. 631, 2002/2003.

<sup>52</sup> O contrato, no Código Civil francês, *tinha constituído uma significativa obra de generalização e de abstração, porque, pela primeira vez, se dava substancialmente dignidade legislativa a uma figura que – abstraindo das características especiais de cada operação econômica – as resumia todas, e a regras que, em princípio, a todos indistintamente poderiam aplicar-se. Com a elaboração da teoria do negócio jurídico, realizada no decurso do século passado pela escola da Pandectística na base de uma nova utilização modernizada dos textos do Direito Romano justinianeu, este processo de generalização e de abstração é levado ao extremo. Assim se cria, de facto, um conceito capaz de englobar em si uma série de fenômenos reais muito mais ampla do que a expressa pelo conceito de contrato; não só compras e vendas, locações, depósitos, mútuos e assim por diante, mas também, por exemplo, matrimônios, adoções, reconhecimento de filhos naturais, constituições de entidades de beneficência, testamentos: neste sentido, o negócio é uma categoria “mais geral”*. ROPPO, Enzo. 1988, op. cit., p. 48.

<sup>53</sup> Contrato é exemplo do que Pontes de Miranda chamou de negócio jurídico bilateral, espécie pertencente ao gênero negócio, portanto, nem caracterizado pelas partes envolvidas (que podem ser múltiplas), nem pela

No que concerne, especificamente, aos pactos celebrados na sociedade da informação, que, como já se referiu, transcendem ao mero emprego da Internet, pode-se vislumbrar a necessidade de utilização do instituto geral em detrimento da espécie.<sup>54</sup> Cabem, aqui, algumas indagações: qual é a natureza jurídica do vínculo entre um *site* eletrônico e um órgão de resolução de conflitos, realizado sem a presença física das partes? Dir-se-á contratual? Ou, como explicar a relação entre os inúmeros detentores de nomes de domínio dispersos em todo o planeta e o *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*? Formatos novos de negócios jurídicos – entendidos como gênero das convenções particulares – são levados a efeito pelo poder normativo decorrente do exercício da autonomia privada.

Entretanto, se é bem verdade que a autonomia privada se apresenta como a *matéria-prima* da sociedade da informação, também é verdadeira a existência de dois paradoxos: o da manutenção de um discurso redutor da existência e da importância da autonomia privada por conta da massificação social, do consumo de massa e da desumanização dos pactos.<sup>55</sup> Neste cenário, inserem-se as questões concernentes à justiça contratual consideradas como uma das maiores preocupações do Direito Privado contemporâneo<sup>56</sup> e que se reportam à questão da existência ou não de liberdade real entre as partes e a necessidade, eventual, de o Estado atuar para reestabelecer o equilíbrio<sup>57</sup>; outro, inversamente, na perspectiva da manutenção do espaço da liberdade através da autonomia. Como bem sugeriu Mota Pinto, a chamada *materialização*

---

reciprocidade de prestações (as quais podem competir a apenas um dos contratantes, como no caso do contrato de doação sem encargo). A caracterizar tal espécie negocial está a dupla manifestação de vontade, mas em sentido oposto: uma prestação e uma contraprestação na realização de um intercâmbio. Por sua vez, os atos que constituem uma sociedade são verdadeiros negócios jurídicos plurilaterais, nos quais a pluralidade de manifestações converge para um mesmo objetivo, inexistindo a idéia de prestação e contraprestação. A relação precípua em uma sociedade é de cooperação e auxílio vistas ao sucesso do empreendimento. *As prestações convergem, concentram-se, fundem-se, para que se atinja o fim comum, o que cada figurante vai receber, para si, provém da sociedade e não de cada sócio.* Conferir em PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. 38. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 10-12.

<sup>54</sup> Carlota Perez, Christopher Freeman e Giovanni Dosi propõem a interpretação da sociedade da informação através de certas características que definiriam um novo paradigma, nos moldes do que Thomas Kuhn sugeriu. Entre os traços que definem este novo marco, estaria a *convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado*, consistente na integração entre microeletrônica, telecomunicações, optoeletrônica e os computadores, *todos integrados nos sistemas de informação*. A sociedade da informação, desta maneira, não se reduz à Internet ou ao comércio nela realizado, mas, antes às formas que é utilizada e à integração de tecnologias já existentes e de novas. Ver: CASTELLS, 1999, op. cit., p. 109.

<sup>55</sup> Sobre o papel do diálogo e acerca de sua manutenção ou não nos contratos, consultar a polêmica entre Natalino Irti e Giorgio Oppo. IRTI, Natalino. 1998, op. cit., p. 347-367, com a conclusão em *É vero, ma...* (replica a Giorgio Oppo). *Rivista di Diritto Civile*, parte I, 1999 e, após, OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?*. *Rivista di Diritto Civile*, parte I, 1998.

<sup>56</sup> Neste sentido, ver: MEHREN, Arthur von. *Contracts in general. The formation of contracts. International Encyclopedia of Comparative Law*. Boston: J.C. B. Mohr, 1992. cap. 9. p. 41.

<sup>57</sup> Com as críticas de HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995. p.79.



*do Direito Privado* não pode, em nome da proteção da liberdade, retirar aos particulares o exercício da conformação das próprias relações jurídicas – deve-se encontrar um equilíbrio entre liberdade e justiça contratual.<sup>58</sup>

Assim, ao se esboçar, nos limites impostos pelo campo de pesquisa, uma breve síntese deste multifacetado conceito, pretende-se ainda precisar e pontualizar as formas de sua assimilação – leia-se compreensão – no âmbito da sociedade da informação.

### **A) Breve síntese de um conceito**

José Manoel Sérvulo Correia afirmou, com razão, ser a autonomia um *super conceito*.<sup>59</sup> Concepções, noções e funções diversas abrigam-se sob o mesmo nome e comportam diferentes significados.

Impõe-se, assim, no amplo espectro do que se possa entender, juridicamente, como *autonomia*, realizar uma franca opção pelo estudo de aspectos da autonomia privada e de sua aplicabilidade contemporânea.

Além de purificar o termo de conceitos correlatos, cumpre precisar o seu atual conteúdo, examinando-se algumas das teorias que justificam o seu poder normativo, o estabelecimento de seu espaço e os limites que lhe são próprios, bem como a sua expressão pelo negócio jurídico, a sua utilidade e a sua aplicabilidade no âmbito da sociedade da informação.

#### **A.1 – Escoimação do termo**

Poucos conceitos foram, tão freqüentemente, confundidos e distorcidos como o da autonomia.

---

<sup>58</sup> Conferir em PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 61.

<sup>59</sup> SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 430.

É tamanha a dificuldade concreta, na utilização do termo, que a mera aposição de um adjetivo é capaz de exprimir a existência de conceitos opostos, como ocorre com uma autonomia que se diz *da vontade* e outra, que se refere *privada*.<sup>60</sup> Para além do que Luigi Ferri acusou de constituir-se em uma *promiscuidade* jurídica, os termos mencionados precisam ser devidamente separados por revelarem idéias absolutamente distintas.<sup>61</sup>

Além disso, a confusão estendeu-se para além da própria autonomia; outros termos também vinculados à liberdade passaram a ser objeto de trato comum e indissociado.

### A.1.1 – Da autonomia da vontade

A expressão *autonomia da vontade* conota, com certeza, a principal dificuldade contemporânea para a compreensão da autonomia privada.<sup>62</sup> Para muitos, a vontade é ainda causa suficiente, bastante e completa de fundamentação dos negócios jurídicos.<sup>63</sup> E, para outros, ainda há indistinção entre os dois conceitos.<sup>64</sup> Também porque ecoa do passado a aceção do instituto como um *mecanismo para a exploração de massas*.<sup>65</sup>

---

<sup>60</sup> SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit. p. 6.

<sup>61</sup> FERRI, Giovanni Baptista. Il negozio giuridico e la disciplina del mercato. *Rivista del Diritto Commerciale*, p. 728, nov./dez. 1991. p. 5, enfatiza que a autonomia da vontade dá relevo à vontade subjetiva, psicológica, ao passo que a autonomia privada destaca a vontade objetiva que resulta da declaração ou manifestação de vontade, fonte de efeitos jurídicos. O mesmo autor em *Nozione giuridica di autonomia privata. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 1, p. 149, 157, p. 149, colaciona uma série de autores que concordam com esta linha de pensamento, entre eles, Santoro Passarelli, Ascarelli, Esposito, Tedeschini, Carnelutti, Pergolesi, Santi Romano, D'Eufeia, Salvatore Romano, Passerin D'Entréves, entre outros.

<sup>62</sup> Neste sentido, ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 8, para quem autonomia privada e autonomia da vontade muitas vezes aparecem em interligações indissociáveis, *não admirando portanto que a expressão autonomia da vontade seja usada com significado de (e expressão equivalente a) autonomia privada*.

<sup>63</sup> Na perspectiva em parte, por exemplo, de DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON; GULLON, 1998, op. cit., p. 479.

<sup>64</sup> Como assevera SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., 440 e, ainda, ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 8, que apresenta como doutrina dominante os que insistem em considerar a autonomia como exercício de um ato de vontade. Entre os autores que sustentam esta perspectiva, arrola os exemplos de FLUME, *Das Rechtsgeschäft* (o qual considera *autocriação de relações jurídicas segundo a própria vontade*), STAUDINGER/DILCHER (*admissibilidade na ordem jurídica dos efeitos queridos pelo negócio jurídico*) e, finalmente, BAPTISTA MACHADO (*a autonomia privada entendida(...) em sentido estrito [é a] vinculação directamente fundada na vontade das partes*). Para um definitivo afastamento da vontade e da autonomia, ver, entre outros, VILLEY, Michel. *Essor et décadence du volontarisme juridique. Archives de Philosophie du Droit*, s.n., p. 89.

<sup>65</sup> Neste sentido, HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel. 1987. p. 74.

A doutrina apresenta várias versões para a origem da adoção do termo pelo Direito. Alguns autores apontam o Direito Internacional Privado como o primeiro espaço de utilização da alocação.<sup>66</sup> Referem, outros, a menção ao termo já em 1891 por Worms e, depois, em 1899 por Gény.<sup>67</sup> Na leitura de Francisco dos Santos Amaral Neto, a inserção do termo no léxico jurídico deu-se pelas mãos de Bartolo Saxoferrato.<sup>68</sup> Assim, a idéia de autonomia circulou pelo Direito Internacional Privado, pelo direito das Obrigações e mesmo pelo Direito Público.<sup>69</sup>

É fato, contudo, que a migração ou a *recriação* do conceito kantiano para o Direito dá-se por conta de um profundo espírito de individualismo que pautava a Filosofia e o Direito<sup>70</sup> - uma concepção psico-individualista que atinge o ápice no modelo liberal da sociedade, conforme aponta Carlos Ferreira de Almeida.<sup>71</sup>

O voluntarismo e o dogma da vontade foram a consolidação de um processo histórico, no qual o indivíduo assumia uma posição proeminente, valorizando-se sobremaneira a sua liberdade, como se observa em Pontes de Miranda, ao referir que, *após os homens terem se libertado do direito do clã e da tribo, bem como do privatismo oligárquico da Idade Média*, chegara a hora de auto-regrar a sua vida como bem entendessem.<sup>72</sup>

<sup>66</sup> Deste modo, SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 441.

<sup>67</sup> SÉRVULO CORREIA, 1987, loc.cit.

<sup>68</sup> Desta forma, AMARAL NETO, Francisco. *Introdução ao Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2002. p. 23.

<sup>69</sup> Como afirma RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 23, nota de rodapé de mesmo número, o qual assegura que *a utilização no Direito, no conceito de autonomia, começou mesmo, na esfera pública, como conceito de organização político-legislativa, para designar o privilégio detido, primeiro, por certa nobreza e, depois, por algumas cidades e comunas, de editarem, nos seus domínios, legislação própria*. Apenas no século XIX, através da pandectística, o conceito ter-se-ia estendido ao Direito Privado. Para GRISI, 1999, op. cit., p. 57, pode-se identificar a autonomia já na época medieval, no nascimento do *ius mercatorum* e a sua consolidação nos séculos XVII e XVIII, *em reação ao despotismo e ao arbítrio do Poder Público*. A revolução burguesa e liberal foi a sua consagração.

<sup>70</sup> Esta é a ponderação de RANQUIL, apud SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 442. Em fidelidade aos propósitos deste trabalho, anteriormente enunciados na introdução, apenas se faz referência ao nome e à obra do filósofo Emmanuel Kant para quem a autonomia caracteriza-se pelo poder pelo qual o indivíduo pode estabelecer um auto-regramento de seus próprios interesses, constituindo a vontade uma lei para si. Remete-se a KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. Edição bilíngüe. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Sobre a idéia de autonomia e a sua importância atual na filosofia, consulte-se SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

<sup>71</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 113.

<sup>72</sup> PONTES DE MIRANDA, 1954, op. cit., prefácio. O autor não adotou a expressão *autonomia da vontade*, mas *auto-regramento da vontade* para a produção de efeitos jurídicos desde a manifestação volitiva do indivíduo.

Como pano de fundo, para este quadro de aparente liberdade,<sup>73</sup> a formulação de uma igualdade formal era indispensável para sustentar a capacidade ampla de contratação e de submissão ao vínculo assumido.

A queda da Bastilha é o ícone a evidenciar o ocaso do absolutismo real e do poder feudal.<sup>74</sup> O homem só poderia ser obrigado pela lei, resultado da vontade coletiva e pela sua própria vontade declarada no contrato social.<sup>75</sup> A expansão da autonomia da vontade não só no campo filosófico como também no político, jurídico e econômico através do Liberalismo, interessava à nascente classe dos capitalistas, empenhada no desenvolvimento do comércio ou naquilo que foi chamado de *juridicização das relações de troca*, isto é, um sistema jurídico que permitia a livre circulação de bens e dos sujeitos, na dinâmica do próprio sistema.<sup>76</sup>

O Código Civil francês de 1804, através do seu artigo 1.134, nesse contexto, mais que um axioma, revela a expressão de todo um sistema filosófico adaptado ao Direito.<sup>77</sup> A vontade manifestada é livre e soberana para produzir os seus efeitos.

Na base, no entanto, das manifestações de vontade, residia a ficção de liberdade e de igualdade entre as partes. Visto que elas são apenas formais, meros enunciados do discurso capitalista e jurídico, de então, permitiram a instrumentalização da autonomia da vontade para fundar pactos injustos e opressivos à parte mais fraca.<sup>78</sup> *Um tempo de trevas* abre-se no Direito Contratual em que a liberdade como enunciado nubla a liberdade como valor e como fato. Francisco dos Santos Amaral Neto demonstra a existência de uma *rebelião* a este estado de coisas, com argumentos ideológicos, morais e filosóficos.

---

<sup>73</sup> Entende Jean Jacques Rousseau que *a autonomia da vontade consistiria em um poder de disposição da vontade, que é base de todo o vínculo*. Conferir em ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social (ou princípios do Direito Político). In: FERRAZ, Tércio Sampaio. *Textos clássicos da Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 99.

<sup>74</sup> Atribuindo à evolução do sistema econômico a gênese da autonomia, consultar AMARAL NETO, Francisco. A liberdade de iniciativa econômica - fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 92, p. 234, out./dez. 1986.

<sup>75</sup> ROUSSEAU, 1981, op. cit., p. 99.

<sup>76</sup> Conferir em AMARAL NETO, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica - perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Universidade de Coimbra*, número especial em homenagem ao Prof. Dr. Ferrer-Correia. Coimbra. 1989. p. 20. No mesmo sentido, GALGANO, Francesco. *El negocio juridico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 66, para quem a vontade, como causa eficiente do câmbio jurídico, apóia a burguesia comerciante em seu projeto de apropriar-se dos recursos e dos meios de produção.

<sup>77</sup> De acordo com ARNAUD apud MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 56, p. 60, 1992.

<sup>78</sup> Como afirma PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 79.

No que se refere à Filosofia, sublinhou-se na autonomia da vontade o seu próprio hedonismo, incompatível com idéias de solidariedade social que começaram a ter respaldo, sobretudo após o movimento de eticização do Direito, com a juridicização de certos interesses em cujo núcleo não se apresenta o aspecto volitivo.<sup>79</sup>

A perspectiva moral era ferida pelo pretense discurso da autonomia voluntarística ao se pretender justificar o desequilíbrio contratual por uma liberdade que encerra um conteúdo meramente nominal e formal. Sobretudo, o legislador do pós-guerra abandona a tutoria da liberdade formal – uma conquista da Revolução Francesa – para assumir um papel de intervenção nas relações privadas a fim de garantir as finalidades sociais e a justiça contratual.<sup>80</sup> Opera-se o desvio da tutela da vontade subjetiva para a tutela da confiança, *diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios da superioridade do interesse comum sobre o particular.*<sup>81</sup>

No que diz respeito ao aspecto ideológico, o ideal da autonomia representaria uma afinação com os aspectos do Liberalismo econômico, preocupado apenas com o lucro e o mercado, carente do sentido social.<sup>82</sup>

A industrialização, a massificação das relações e o estabelecimento de uma sociedade de consumo impuseram um largo manto protetivo sobre os contratos e demais pactos negociais, impondo a recomposição de relações através de atuações estatais de reequilíbrio contratual, muitas vezes, pelo esforço de diminuição do campo da *autonomia* da vontade.<sup>83</sup> A autonomia deixa, então, de ser *da vontade*, quando o contrato também abandona a feição de *acto de conformação criadora de relações jurídicas segundo a vontade* e passa a ser considerado como uma *noção objetivada, identificando-o com um comportamento jurídico relevante, capaz de concitar valorações jurídicas independentes da vontade das partes.*<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> Conforme, nesta última parte, COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 28.

<sup>80</sup> Nas palavras de TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Homepage da UERJ, recuperada em dezembro de 1998.

<sup>81</sup> Como refere MARTINS-COSTA, 1992, op. cit., p. 77

<sup>82</sup> AMARAL NETO, 1989, op. cit., p. 30.

<sup>83</sup> Nesse sentido, ver PINTO, op. cit., p. 60.

<sup>84</sup> Como ensina CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antônio. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 62.

Na perspectiva da técnica jurídica, impunha-se a superação da vontade como critério e limite dos negócios jurídicos.<sup>85</sup> Para além da carga de subjetivismo, sempre inerente a uma teoria que buscava, na oscilante volatilidade, uma base sólida para a configuração dos negócios, guerreava a teoria voluntarista o sentido equívoco das manifestações e uma indesejada dualidade entre vontade e declaração, inclusive comportamental.<sup>86</sup> A primazia da teoria da declaração sobre a teoria da vontade, além da objetivação do contrato, que passa a ser aferido por elementos objetivos, externa e socialmente, passíveis de cognição, anunciam o ocaso da autonomia *de uma vontade* como estrutura fundamental dos pactos privados.<sup>87</sup>

Por outra via, Francesco Galgano atribui a um novo papel desempenhado pelas Constituições, a partir da Carta de Weimar, a definitiva mutação de perspectiva. É que, se até então, as Constituições vocacionavam-se apenas ao estabelecimento de limites ao poder do Estado perante o cidadão, agora, passavam também a imiscuir-se nas relações entre os particulares, estabelecendo freios e limites ao que o autor chamou de *despotismo econômico*. Assumem também a posição de norma fundamental do Direito Privado – ao extrapolar os estritos limites do Direito Público – e passando a regular as relações entre contratantes privados e impor os seus valores.<sup>88</sup>

A chamada *constitucionalização do Direito Privado* determina que, contemporaneamente, vários aspectos dos direitos dos particulares estejam expressamente regulados nas Constituições ou dela (pela leitura doutrinária e jurisprudencial) sofram influxos a modelar seus contornos, como os que dizem com a liberdade de iniciativa.<sup>89</sup> A livre iniciativa, ainda que não integrante especificamente de uma *ordem jurídica privada*, encontra-se diretamente disciplinada nas cartas constitucionais e é um dos institutos que precisa ser distanciado da autonomia privada.

---

<sup>85</sup> Para GALGANO, 1992, op. cit., p. 42, na segunda metade do século XIX, inicia-se, por conta da mutação no quadro social e econômico, a passagem da teoria da vontade para a teoria da declaração, através de comportamentos. Aliás, para o mesmo autor, a chamada *força criadora da vontade* nada mais era do que a vontade da classe social que dirigia o processo histórico.

<sup>86</sup> No magistério de ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 16.

<sup>87</sup> Como ensina SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 12.

<sup>88</sup> GALGANO, apud GRISI, 1999, op. cit., p. 58.

<sup>89</sup> Sobre o tema, entre outros, consultar CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

### A.1.2 – Distinção ente autonomia e conceitos correlatos

Como expressão da liberdade, a autonomia privada mantém estreita e nem sempre clara relação com diversos institutos, a saber, liberdade contratual, livre iniciativa econômica e autodeterminação (livre desenvolvimento da personalidade).

É assente, para o mais expressivo segmento da doutrina, a distinção entre *autodeterminação* e autonomia privada. É que a autodeterminação é pré-jurídica e diz, diretamente, com a liberdade de cada indivíduo de orientar a sua vida como lhe aprouver, de acordo com suas preferências.<sup>90</sup> É mais ampla, portanto, que a autonomia privada, porquanto se relaciona diretamente com o valor absoluto da pessoa humana e com o livre desenvolvimento da própria personalidade.<sup>91</sup>

A autodeterminação é um marco da Modernidade. Trata-se da efetiva possibilidade de o homem assumir o papel de senhor do seu próprio destino, sujeito da liberdade e da propriedade.<sup>92</sup> É nos tempos contemporâneos, contudo, que Joaquim Souza Ribeiro vê firmada a capacidade de autodeterminação do indivíduo, seja no estrito domínio da esfera pessoal, com a adoção, por parte de segmentos da sociedade, de comportamentos e condutas diversas daquelas que costumeiramente são tidas como adequadas a uma moral dominante e, do ponto de vista familiar, com diversos fenômenos de desmistificação do poder e da primazia masculina.<sup>93</sup>

Na distinção entre os conceitos, Joaquim Souza Ribeiro aponta ainda para a possibilidade de, na autodeterminação, haver uma escala *qualitativa em termos de mais ou menos*, para a verificação de sua presença efetiva.<sup>94</sup> Significaria dizer que seria possível existir, em determinada circunstância, maior ou menor grau de autodeterminação ao passo que,

---

<sup>90</sup> Por todos, ver RIBEIRO, 1999, op. cit., p. 22.

<sup>91</sup> A Constituição Portuguesa prevê expressamente a garantia constitucional do *livre desenvolvimento da personalidade*.

<sup>92</sup> RIBEIRO, 1999, op. cit., p. 24.

<sup>93</sup> RIBEIRO, loc. cit., nota de rodapé n. 27. Do ponto de vista pessoal, a autodeterminação expressar-se-ia com a adoção de condutas sexuais, comportamentos e formas de vida de expressão minoritária em desvio aos padrões e à moral comuns, implicando o alargamento do espaço garantido da liberdade individual e, no aspecto familiar, com o reconhecimento de iguais poderes decisórios da mulher, respeito pela individualidade própria dos filhos menores, menos condicionada à criação de laços parentais e mais fácil à dissolução de laços conjugais.

<sup>94</sup> Ver: *Ibid.*, p. 42.

ao tratar de autonomia, poder-se-ia apenas afirmar se ela existe ou não.<sup>95</sup> Sob este prisma discorda frontalmente Mota Pinto, ao asseverar que, na realidade, a autonomia privada é capaz de ser estimada segundo graus e modos de exercício, podendo estar mais ou menos presente, em face a certas circunstâncias.<sup>96</sup>

Há harmonia, ao se constatar que, distintos ou não, os conceitos em comento são efetivamente muito próximos, e que a autodeterminação encontra, na autonomia privada, a sua principal forma de expressão.<sup>97</sup>

Por sua vez, a autonomia não possui igualdade com a livre iniciativa econômica.<sup>98</sup> É bem mais vasto o campo de atuação da livre iniciativa e não se reduz à capacidade de formação de negócios jurídicos no âmbito privado.<sup>99</sup> A livre iniciativa é um caráter próprio do modo de produção capitalista.<sup>100</sup> Dois conteúdos básicos podem ser vislumbrados no conceito, quais sejam: o primeiro, de liberdade de comércio e indústria (não-ingerência do Estado no domínio econômico), que se bifurca na faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado e na não-sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei; e o segundo, da liberdade de concorrência projetada pela faculdade de conquistar clientela, desde que não através da concorrência desleal, na proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência e na neutralidade do Estado diante do fenómeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes.

Há quem, contudo, separe *autonomia* de *liberdade contratual*. Contrariando a maior parte da doutrina, José Manuel Sérvulo Correia chega a entender que implica um erro vincular *liberdade contratual* e autonomia privada, tamanha a separação entre os conceitos.<sup>101</sup> Cede,

<sup>95</sup> Conferir em RIBEIRO, 1999, op. cit., p. 42. .

<sup>96</sup> PINTO, 1995, op. cit., p. 424.

<sup>97</sup> Como ensina VETTORI, Giuseppe. Carta Europea e diritti dei privati. Diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti. *Rivista di Diritto Civile*, n. 5, p. 671, 2002, *il diritto del privato all'autodeterminazione nelle relazioni giuridiche è dotato di una rilevanza diversa negli ordinamenti nazionali. Há un riconoscimento costituzionale in Germania (art.2.1) e in Grecia (art. 5.1) ed è disciplinato in molti codici nazionali.*

<sup>98</sup> Como bem explica AMARAL, 2000, op. cit., p. 352: Reconhecida constitucionalmente a liberdade de iniciativa econômica, indiretamente se garante a autonomia privada, em face da íntima relação de instrumentalidade existente entre ambas. Conceitos conexos, mas não coincidentes, a autonomia privada tem caráter instrumental em face da liberdade de iniciativa econômica, pelo que as limitações que a esta se impõem também atuam quanto àquela.

<sup>99</sup> Conforme SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 444.

<sup>100</sup> Segundo GRAU, Eros Roberto. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 226.

<sup>101</sup> Em sentido contrário ao de SÉRVULO CORREIA, entre outros, PRATA, 1982, op. cit., p. 8 e PINTO, 1995, op. cit., p. 61.



porém, ao reconhecer que a tutela da liberdade contratual corresponde à da autonomia.<sup>102</sup> Para o professor português, a liberdade contratual, uma vez separada da autonomia privada, consiste no exercício de poderes de celebração (ou liberdade de contratar) e na liberdade de estipulação (ou liberdade de fixação do conteúdo do contrato).<sup>103</sup> A questão, no entanto, acaba por não assumir maior impacto prático, porquanto, mais uma vez, a autonomia é o principal veículo de expressão da própria liberdade contratual.<sup>104</sup>

Possui maior relevância, para o efeito de delimitar a atuação da autonomia privada, discutir a sua natureza jurídica. A autonomia privada gera um ordenamento jurídico independente ao do estatal? Seus efeitos são normativos? Ou, como querem outros, trata-se apenas de força preceptiva reconhecida e autorizada, de antemão pelo Estado? A questão diz diretamente com os limites nos quais pode atuar a autonomia privada no cenário jurídico.

## A.2 – Natureza jurídica da autonomia privada: teorias preceptiva e normativista

Ao se discutir a autonomia privada e as suas tantas e possíveis dimensões, como fonte de normas jurídicas, há que se enveredar, necessariamente, pela condição da própria autonomia em relação ao ordenamento estatal. A discussão que se trava entre os autores é de precisar a relação entre a autonomia privada e o ordenamento estatal, ou, como bem anotou Norberto Bobbio, de identificar se a autonomia privada é um poder delegado pelo Estado aos particulares ou um fato natural, ou social, que ele apenas reconhece.<sup>105</sup> Seria preciso, ainda, examinar o resultado do exercício da autonomia e verificar se ela apenas regula relações jurídicas, com caráter preceptivo, ou seja, gerando preceitos a serem cumpridos pelas partes, ou se, por outro prisma, é capaz de produzir efetivas normas jurídicas.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> Assim afirma SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 443: *Por esta razão, não se justificam as orientações parcelares ou posições redutoras que usam a liberdade contratual como sinônimo de autonomia privada. (...) Pode-se definir liberdade contratual como o modo de autonomia privada que consiste na constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas sob regulação apenas das normas sobre a declaração da vontade e na respectiva aceitação.*

<sup>103</sup> Ibid., p. 445, tem o mesmo sentido.

<sup>104</sup> Ver em RIBEIRO, 1999, op. cit., p. 444.

<sup>105</sup> Deste modo, ver BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 184.

<sup>106</sup> Trata-se de uma das mais intensas discussões acerca da potencialidade da autonomia privada. Entre tantos, consulte-se BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. T. 1. Coimbra: Coimbra, 1969. p. 95 e ss. Também GIANNINI, Massimo Severo. *Teoria generale e Diritto Pubblico*. In: \_\_\_\_\_. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, s.d. p. 356.

Integram-se a este intenso debate outras posições. Para alguns, a autonomia representaria apenas uma regra de contraposição à heteronomia, aplicável em certos espaços em que o Estado achou por bem deixar de emitir as regras cabíveis.<sup>107</sup> Há ainda quem a compreenda como o exercício da permissão pessoal da criação de certos efeitos jurídicos que não foram predeterminados por outras regras.<sup>108</sup>

Estas visões – redutoras das potencialidades da autonomia privada – não se coadunariam com a idéia de pluralismo jurídico. A defendida existência de diversos ordenamentos jurídicos, paralelos ao estatal, ressaltaria a natureza originária e normativa da autonomia privada.<sup>109</sup>

Duas grandes linhas de pensamento jurídico que divergem em alguns pontos e se aproximam em outros podem servir de guia na discussão acerca da natureza da autonomia privada. Fala-se da contribuição de Emilio Betti (autonomia como poder social, posteriormente reconhecida pelo Estado e de força preceptiva) e Luigi Ferri (autonomia como poder normativo, gerada dentro de certos limites predeterminados pelo Estado).

### **A.2.1 - Teoria preceptiva: a autonomia privada como geradora de preceitos**

A palavra *reconhecimento* pode bem expressar a visão de Emílio Betti sobre a autonomia privada.<sup>110</sup> A própria autonomia e a sua expressão – o negócio jurídico – são considerados pelo autor como fatos da vida social, da realidade prática, do cotidiano, da produção e distribuição de riquezas. Para o autor, a autonomia é um fato da vida que nasce das relações humanas e que, apenas posteriormente, levando-se em conta a sua relevância social,

---

<sup>107</sup> Nesse sentido, RIBEIRO, 1999, op. cit., p. 44.

<sup>108</sup> De acordo com SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 437.

<sup>109</sup> Desta forma, ver BOBBIO, 1997, op. cit., p. 41.

<sup>110</sup> BETTI, 1969, op. cit., t. 1-3. O início de sua teorização está ligado ao pensamento de Oscar Büllow e à distinção entre competência normativa e competência dispositiva. Para aprofundamento dos liames entres estes dois pensadores, consulte-se COUTO E SILVA, 1985, op. cit.

passa a ser *reconhecida* pela ordem jurídica.<sup>111</sup> A autonomia privada seria uma experiência inerente à própria dinâmica humana, que merece ser reconhecida pela ordem jurídica.<sup>112</sup>

Tal pensamento é evidenciado por Betti, a partir da constatação de que os particulares, pelo seu próprio agir, realizam funções econômicas e sociais, estabelecendo relações recíprocas, regulando e dispondo de seus interesses, sem a ingerência do ordenamento estatal. Esta atividade ocorre mesmo em sociedades que não atingiram regulações jurídicas mais complexas, como as indígenas em estado selvagem e que, no entanto, realizam entre si a permuta de seus bens, uma das mais antigas espécies contratuais.<sup>113</sup> Betti sublinha que os contratos destinados a desempenhar funções comutativas de mercadorias e serviços (como a compra e venda e a locação) ou os de fim de cooperação (como a sociedade e o mandato) germinam naturalmente na vida social sem qualquer tutela do Direito.<sup>114</sup>

Independentemente da intervenção da ordem estatal, os negócios travados entre os particulares são dotados de vinculatividade e sanção próprias, porque gerados em um espaço de auto-regulamentação. *Auto-regulamentação que a consciência social já considera vinculativa para as partes, mesmo antes de o ser elevado à dignidade de negócio jurídico.*<sup>115</sup> Este espaço de auto-regramento, independente de intervenção estatal, comporta caráter de sanção inerente à própria atividade privada, tais como as medidas de retorsão e de autotutela, ou a perda e a diminuição do crédito.<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> A primeira formulação da teoria preceptiva – pela qual a autonomia privada e o negócio jurídico geram um *dever* é de Oskar Bülow, como anota COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição. *Revista do Grêmio Universitário Tobias Barreto*, Porto Alegre, p. 32, s.d.

<sup>112</sup> Tal como afirma BETTI, 1969, op. cit., p. 88.

<sup>113</sup> BETTI, loc.cit.

<sup>114</sup> BETTI, 1969, op. cit., p. 90.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 88. Segue o autor, p. 86: *os próprios particulares, nas suas relações recíprocas, provêm a satisfação de suas necessidades, de acordo com a livre apreciação, por meio da permuta de bens e serviços, da associação de forças, da prestação de trabalho, do empréstimo ou da colocação de capitais em comum.*

<sup>116</sup> FERRI, Giovanni B. Decisione negoziale e giudizio privato. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 85, 1997, enfatiza a existência de um ordenamento paralelo ao estatal, existente no mercado de produção e circulação de bens e serviços, que é dotado de sanções que são mais fortes que as oferecidas pelo aparelho estatal. Este ordenamento *sócia* do estatal oportuniza mais que uma mera *actio in justice* para a efetivação de direitos violados, já que opera com sanções e represálias de caráter substancial, realizadas por amplo segmento do próprio mercado e que interferem na própria capacidade do causador do dano de manter-se em atividade. Para uma teorização acerca das sanções não-estatais e a sua efetividade, consultar OST, François. *De la pyramide au réseau? Por une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 209.

De fato, o tráfego jurídico entre os particulares só é possível em Estados que reconheçam a seus indivíduos um conjunto de bens que possam ser transferidos segundo a vontade destes. Esses bens e serviços precisam ser reconhecidos como de livre disposição daqueles que lhes detêm o domínio e que podem transferi-los a quem lhes aprouver – daí a necessária correlação da autonomia privada e do direito à propriedade.<sup>117</sup>

A autonomia privada, como capacidade e poder de auto-regulação e disposição, só encontra espaço nos Estados em que se reconheça o direito à propriedade, aqui, abrangidas não só a propriedade a bens materiais, mas, igualmente, a propriedade do próprio trabalho humano.<sup>118</sup> Tal tarefa só é possível desde que seja admitida a existência de órbitas e *esferas próprias* de liberdade a cada indivíduo.

Entretanto, ressalta Betti, não basta apenas que seja garantido o direito à propriedade. Para a manutenção do próprio tecido social, faz-se necessário estabelecer mecanismos que proporcionem uma renovada distribuição dos bens e tarefas. A vida é contínuo e incessante movimento que denota uma sociedade em permanente mutação, na qual oscilam e variam os interesses a serem satisfeitos. *Não duraria muito uma sociedade em que se mantivesse invariável a distribuição dos bens em um dado momento.*<sup>119</sup> A autonomia privada inscreve-se entre os meios pelos quais se dará esta ampla circulação dos bens e tarefas.<sup>120</sup>

Em face da importância de dinamizar e facilitar a renovação dos bens e a utilização dos serviços, em conformidade com as necessidades que vão surgindo de forma constante no meio social, a ordem jurídica *apreende e reconhece* essa organização natural de interesses, baseada na *autonomia privada*.

---

<sup>117</sup> PRATA, 1982, op. cit., p. 8, igualmente vincula a autonomia privada ao direito de propriedade, ampliando-o também para relacionar o Direito à força do próprio trabalho: *a atribuição e personalidade e capacidades jurídicas constituem o instrumento através do qual se viabiliza a utilização privada autônoma e não perturbada de cada fração de terra e a troca de bens.*

<sup>118</sup> BETTI, op. cit., p. 93. Com acerto COUTO E SILVA, 1976, op. cit. lembra que a liberdade integrante do conceito de autonomia privada é um reflexo da liberdade política de cada Estado, especialmente, denotada na capacidade de aceitar ou incentivar a participação dos particulares.

<sup>119</sup> BETTI, 1969, op. cit., p. 94.

<sup>120</sup> Ibid., p. 95: *Constitui, portanto, uma necessidade fundamental da vida de relações prover a esses fins - de acordo com os ordenamentos -, por meio de uma nova distribuição de bens e tarefas, por intermédio da autoridade ou mediante o reconhecimento da autonomia privada.*

“A solução do problema está em reconhecer essa autonomia e lhe elevar algumas manifestações à categoria dos negócios jurídicos: equivale a dizer, a instrumentos para dar vida e desenvolvimento a relações jurídicas entre os indivíduos.”<sup>121</sup>

Betti entende que somente o Estado teria autonomia para criar normas jurídicas, uma vez que apenas este seria dotado de competência normativa – a capacidade de disciplinar de forma geral a sociedade –, através de normas genéricas e abstratas. Aos particulares, o Estado apenas reconheceria uma autonomia que se cingiria a uma atividade ou poder criador, modificador de *relações jurídicas* entre os particulares.

Fixados estão, para o mestre italiano, os limites entre a competência normativa do Estado e a *competência dispositiva do particular*. Enquanto o Estado age em sentido amplo através das normas jurídicas, o particular limitar-se-ia, através de sua competência dispositiva, a disciplinar vínculos determinados, estabelecidos em direção à satisfação dos seus interesses diretos, promovendo a circulação de bens e serviços.

A autonomia privada encontraria no negócio jurídico a sua manifestação precípua, correspondendo esse instituto a um ato a que o Direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de *relações jurídicas*. Esses efeitos produzem-se, pois são previstos por normas, que, tomando por pressuposto o fato da autonomia privada, ligam-nos a *fattispecie* necessárias e suficientes.<sup>122</sup>

O conteúdo do negócio jurídico seria preenchido por *preceitos*, ou seja, declarações e comportamentos, qualificando-se como uma auto-regulação dos próprios interesses nas relações com os outros, que já tem caráter vinculante, mesmo antes que sobrevenha a sanção do Direito<sup>123</sup> - é forte, portanto, em Betti, a idéia de auto-regulamentação.

---

<sup>121</sup> BETTI, 1969, op. cit., p. 96. Grifo do autor da tese.

<sup>122</sup> Ibid., op. cit., p. 98.

<sup>123</sup> Ibid, p 93, 300. No Direito brasileiro, foram fortemente influenciados pelo pensamento de Betti, entre outros, Orlando GOMES, denotando tal opção também em *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1980. p. 65. Igualmente, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócios Jurídicos e declaração negocial* - noções gerais e formação negocial. São Paulo: Saraiva, 1974, o qual entende que a autonomia da vontade não é fundamento ideológico do negócio jurídico. Pensa ser inconcebível vincular a autonomia e o negócio ao Direito, já que eles preexistem ao ordenamento estatal como a pessoa ou a família, que precedem a figura do Estado nacional surgido no final da Idade Média. Para este autor, o negócio é uma criação do povo, um fato social, um modo de comportamento, uma forma de os homens se relacionarem, como acontece com a linguagem e a convivência social. Também MORAES, Maria Amália Dias de. *Autonomia privada e negócio jurídico*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Rio Grande do Sul, n. 26, p. 73-88, 1980, que

Aderem, em certa dimensão, às orientações de Emílio Betti, ao menos no que se refere ao caráter originário da autonomia e pela geração de preceitos jurídicos, entre outros, Sérvulo Correia, Mota Pinto e Antonio Junqueira de Azevedo.<sup>124</sup>

Entre os que defendem, ao seu turno, a normatividade no resultado da autonomia privada, estão nomes como Norberto Bobbio e Salvatore Romano.

### A.2.2 Teoria normativista: a autonomia privada como fonte de normas jurídicas

Para Luigi Ferri, não é possível falar-se em autonomia sem relacioná-la ao Direito.<sup>125</sup> A autonomia privada, como poder de auto-regulação dos particulares, só pode ser discutida a partir da fixação de limites de *não-interesse* ou de *liberalidade* do Estado. São áreas nas quais, por diversas razões, resolveu o legislador estatal não atuar, deixando aos particulares a possibilidade de produção normativa privada.

A autonomia privada, portanto, é passível de definição a partir da fixação, pelo Estado, de uma “área de liberdade”. Nela, prevalecem interesses privados aos público.

Sérvulo Correia, aliás, sublinha que somente a autonomia constituinte pode ser originária em relação ao Estado, afastando, assim, qualquer pretensão de *originalidade* da

---

relacionou caracteres que definem o instituto: 1<sup>a</sup>) *Os sistemas jurídicos não esgotam a disciplina das atividades humanas, na ordem privada;* 2<sup>a</sup>) *Aos particulares é dado compor, mediante adequadas manifestações, certos pressupostos de fato, com força vinculativa de natureza jurídica;* 3<sup>a</sup>) *As relações postas por tais manifestações revestem-se de caráter jurídico, porque regras jurídicas as acolhem, reputando-se juridicamente relevantes;* 4<sup>a</sup>) *A vontade do particular, ou a exteriorização dela, não é de si suficiente para criar direito, não se constituindo, pois em fonte deste;* 5<sup>a</sup>) *Igualmente, a vontade do particular não tem, per se, a aptidão para gerar relação jurídica, independentemente da incidência da regra de direito.* 6<sup>a</sup>) *O poder de auto-regulação conferido aos particulares encontra seus limites no **jus cogens**, na ordem pública e nos bons costumes;* 7<sup>a</sup>) *Circunscreve-se o poder predito ao âmbito da licitude, sendo-lhe essencial a conformidade a direito;* e, 8<sup>a</sup>) *A autonomia privada não se esgota na liberdade contratual e não se identifica com a iniciativa privada.*

<sup>124</sup> SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 436. PINTO, 1995, op. cit., p. 61. AZEVEDO, 1974, op. cit.

<sup>125</sup> Luigi Ferri trata do tema da autonomia em três momentos principais: *La Autonomia privada*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969; *Nozione giuridica di autonomia privata*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 1, p. 129-198, mar. 1957 e *Norma e negozio nel quadro dell'autonomia privata*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 1, p. 38-132, mar. 1958.

autonomia privada, sempre circunscrita, de antemão, ao reconhecimento estatal.<sup>126</sup>

Essa idéia de limites é característica no pensamento de Luigi Ferri. A autonomia adquire contornos de um *espaço* específico, de um *campo* ou *órbita jurídica* na qual os particulares podem exercer o poder de auto-regulação, no sentido de satisfazerem seus interesses e objetivos.<sup>127</sup>

A construção desse espaço é possível, justamente, pela delimitação que lhe é emprestada de forma cogente pelo Estado. A norma posta pela autonomia privada tem um conteúdo próprio, determinado, negativamente, pelo Estado, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de interesse nos quais o Estado reserva a própria disciplina.<sup>128</sup> Evidencia-se, desta forma, a existência de diversos graus de regulação, segundo a intensidade dos interesses postos em jogo. Enquanto algumas matérias são de competência reservada ao Estado, outras admitem e mesmo exigem regulação privada.<sup>129</sup>

A autonomia privada seria, portanto, não apenas a expressão de uma mera licitude ou faculdade mas também a manifestação de poder e, precisamente, o poder de criar, dentro dos limites da lei, normas jurídicas através da categoria do negócio jurídico.<sup>130</sup>

A liberdade aqui enfocada não se reduz a uma mera capacidade de agir, mas a um efetivo exercício de *criação jurídica* em relação direta com o negócio jurídico, como instância normativa destinada à intervenção dos particulares.<sup>131</sup>

O poder que permite ao particular realizar essas estipulações, em determinado espaço do universo jurídico, limitado, negativamente, pelo Estado é a própria autonomia privada.

As idéias de Luigi Ferri são bastante úteis ao propósito deste trabalho e, portanto, serão, imediatamente, adotadas. Para esse autor, a autonomia privada é um poder normativo, e

---

<sup>126</sup> SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 436.

<sup>127</sup> Segundo FERRI, 1969, op. cit.

<sup>128</sup> Id., 1957, op. cit., p. 135.

<sup>129</sup> Sobre as polarizações advindas dos interesses públicos e privados, consulte-se RAISER, Ludwig. O futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v.9, n. 25, 1979.

<sup>130</sup> FERRI, 1957, op. cit., p. 133.

<sup>131</sup> Neste sentido, FERRI afirma que a liberdade negocial não é uma liberdade natural ou o seu resíduo, é uma liberdade originada do Estado e não originária - é uma liberdade jurídica. *Ibid.*, p. 162.

o negócio jurídico, fonte normativa.<sup>132</sup> Pelo exercício da autonomia, ocorre a autêntica produção de normas.<sup>133</sup>

Não é distinto o pensamento de Francesco Carnelutti e de outros autores para quem *a autonomia aparece como um modo particular de produção do Direito, em que este se leva à execução inter partes, com sua singular atividade e desenvolvimento de interesses.*<sup>134</sup>

É da lúcida lição de Francisco Amaral Neto que se pode afirmar que a autonomia privada e a sua capacidade de produção de normas jurídicas persistem como princípio básico da ordem jurídica privada: verdadeiro poder jurídico dos particulares, capaz de estabelecer normas jurídicas individuais para regulamentar a sua própria atividade jurídica.<sup>135</sup>

### A.2.3 – Exame crítico das teorias preceptiva e normativista

As concepções norteadoras do pensamento acerca da autonomia dos particulares, apresentadas por Luigi Ferri e Emílio Betti, distinguem-se de forma substancial em diversos alcances.

Enquanto, para Betti, a autonomia é um dado da realidade admitido pelo Direito, Luigi Ferri insiste em que tal espaço só pode ser identificado desde os limites que o Estado lhe imponha negativamente. Entre as duas posições apresenta-se a questão da *originalidade* da autonomia privada - deve-se, neste ponto, concordar-se com Emílio Betti. Efetivamente, entende-se que a autonomia privada exsurge da própria realidade social. Ela não depende da delimitação prévia do Estado, sob pena de perder o seu próprio sentido.<sup>136</sup> É pré-jurídica e, antes disto, um dado social como a família.<sup>137</sup> Certamente, a autonomia submete-se à lei e deve observar não só a seus limites estritos mas também a ordem pública e o que se costumou

<sup>132</sup> FERRI, 1957, op. cit., p. 189. *Attraverso l'espressione "autonomia privata" ho designato il potere attribuito dalla legge ai singoli di creare norme giuridiche in particolari campi ad essi riservati.*

<sup>133</sup> Em opinião acompanhada, no Brasil, por AMARAL NETO, 1989, op. cit., p 5-41.

<sup>134</sup> Como assinala REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 185.

<sup>135</sup> AMARAL NETO, op. cit., 1989, p. 24.

<sup>136</sup> Neste sentido, ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 240.

<sup>137</sup> Como afirma AZEVEDO, 1974a, op. cit., p.79.



referenciar de *bons costumes*, aqui compreendidos como uma certa adequação aos valores sociais e coletivos vigentes em determinada sociedade.<sup>138</sup>

Enquanto o conteúdo do negócio jurídico, em Betti, é preceptivo, ou seja, gera apenas preceitos que devem ser cumpridos pelas partes no bojo de determinadas e específicas relações jurídicas, Luigi Ferri vislumbra a autonomia privada aliada às demais fontes jurídicas, dotada da capacidade plena de gerar normas jurídicas, ainda que sujeita à verificação de legitimidade pela lei.<sup>139</sup>

A escola normativista parece preponderar, segundo o pensamento de Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Miguel Reale, ao apontar para a existência de um poder negocial inerente aos privados, produtor de normas jurídicas particulares, ao lado da lei, da decisão judicial e dos costumes.<sup>140</sup>

Hans Kelsen, de acordo com a leitura de Miguel Reale, *prolongou a linha essencial do legalismo da Escola de Exegese e dos Pandectistas, ampliando o conceito de norma para estendê-lo até o nível das estipulações privadas.*<sup>141</sup>

Norberto Bobbio aponta o *poder negocial* – leia-se a autonomia privada – como a possibilidade de os particulares estabelecerem, por delegação do Estado, a disciplina de certas competências que julgue conveniente deixar ao cuidado dos próprios interessados.<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> Neste sentido, AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 336: *Trata-se (a autonomia privada) da projeção, no Direito, do personalismo ético, concepção axiológica da pessoa como centro e destinatário da ordem jurídica privada. (...) Sob o ponto de vista técnico, que revela a importância prática do princípio, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas próprias ou de outrem.*

<sup>139</sup> A corrente liderada por Emílio Betti é normalmente denominada de *preceptiva*, enquanto a de Luigi Ferri de *normativista*. Em sentido um tanto diverso, ver: MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 38, as denomina, respectivamente, de teorias *subjetivista* e *objetivista*. O autor, ao definir negócio jurídico, funde as duas acepções: *ato de autonomia privada, constituído de um comportamento ou de uma ou mais declarações de vontade, que exprimem um imperativo juridicamente relevante.*

<sup>140</sup> Neste sentido, considerar KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Tradução espanhola de Moisés Nilve. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1994; BOBBIO, 1997, op. cit. e REALE, 1992b, op. cit. e, do mesmo autor, 1992a, op. cit.

<sup>141</sup> REALE, 1992b, op. cit. p. 170.

<sup>142</sup> A autonomia negocial é uma expressão, portanto, do pluralismo jurídico que, no dizer de BOBBIO, 1997, op. cit. p. 163, *significa não somente que há muitos ordenamentos jurídicos (todos do mesmo tipo) mas que há ordenamentos jurídicos de muitos e variados tipos*. A essa concepção do Direito contrapõe-se a *monista*, que defende a existência exclusiva de um único ordenamento jurídico universal, que, em dado momento (segunda metade do século passado), passou a ser prefigurado no Direito Positivo, aquele posto de forma cogente pelo

Miguel Reale refere-se a *poder negocial* para expressar, dentro do quadro da multiplicidade dos focos geradores de entes jurídicos ou dos centros de positividade, aqueles que os próprios indivíduos e coletividades estabelecem.<sup>143</sup> Fiel à sua percepção do Direito como uma experiência concreta dos homens, justifica o autor que a própria forma de vida contemporânea determina e suscita, ao lado dos modelos tradicionais, criações imprevistas no plano negocial

engendrando uma multiplicidade de “contratos inominados”, demonstrando, como salienta Messineo, que os institutos jurídicos têm, o mais das vezes, o seu germe, não na fantasia dos juristas, ou do assim chamado legislador, mas sim na capacidade inventiva dos próprios interessados, recebendo geralmente uma disciplina costumeira, antes que a legislação dela se apodere”.<sup>144</sup>

Luigi Ferri e Emílio Betti concordam, entretanto, em qualificar *a autonomia privada como âmbito ou esfera de regulação dos particulares e de poder destinado a gerar negócios jurídicos*. Ainda, nessa perspectiva, consensuada e mais reduzida, pode-se vislumbrar a feição da autonomia como um instituto atual e útil às necessidades contemporâneas de novos formatos jurídicos, capazes de enquadrar a toda juridicidade decorrente da informação e da utilização das novas tecnologias de comunicação.

Reconhecida à autonomia privada a capacidade de produção de normas jurídicas, resta indagar acerca da dimensão destas normas. Importa, portanto, discutir o espaço e o limite em que elas podem atuar.

---

Estado. Na obra referida, o autor prossegue, examinando as relações que se estabelecem entre os diversos ordenamentos jurídicos, refutando, assim, a idéia da existência de um único ordenamento – o estatal.

<sup>143</sup> REALE, 1992b, op. cit., p. 92.

<sup>144</sup> Ibid., p. 169.

### A.3 – O estabelecimento de espaços e limites para a autonomia privada

Reconhecida à autonomia um poder que precisa ser limitado e que se examina em cotejo com outros valores, cumpre precisar qual é a sua efetiva órbita de atuação e os limites que se lhe impõem.<sup>145</sup> No dizer de Pietro Perlingieri, a autonomia não pode ser examinada em abstrato, mas em relação ao *específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência*.<sup>146</sup> É por força de tal consciência, aliás, que se impõe uma ressalva: com qual ordenamento se pretende cotejar a autonomia privada? Há varias respostas para isso.

Nas lições de Norberto Bobbio, não existe apenas um ordenamento, mas sim diversos.<sup>147</sup> É a impressão, entre tantos autores, do esgotamento de uma visão estrita do positivismo jurídico e da percepção do pluralismo jurídico, ou seja, da convivência entre diversas esferas normativas.<sup>148</sup> Decorre, ainda, do fato de as mesmas pessoas poderem estar submetidas a diversas ordens jurídicas independentes uma da outra, como assinala François Ost.<sup>149</sup>

Entre estes diversos ordenamentos, consta aquele criado pela atividade do particular e prefigurado na autonomia privada. Para Bobbio, ela pode ser entendida como a *capacidade dos particulares de dar normas a si próprios em uma certa esfera de interesses*.<sup>150</sup> Trata-se, na visão do filósofo italiano, de um ordenamento jurídico diverso do estatal, mas que com ele se comunica.<sup>151</sup>

A noção desta *convivência* entre diferentes esferas normativas é tratada por Norberto Bobbio como a de *relacionamento de ordenamentos*. Tomando como critério a ordem estatal, existem outros ordenamentos que poderão estar *acima, abaixo, ao lado e contra* o Estado.<sup>152</sup> Em

<sup>145</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* – introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 17.

<sup>146</sup> PERLINGIERI, loc. cit.

<sup>147</sup> BOBBIO, 1997, op. cit., p. 162.

<sup>148</sup> Como afirma PERLINGIERI, 2003, op. cit., p. 16, em texto que parece recuperar o que já havia exposto em *Perfis do Direito Civil*, cuja primeira edição italiana remonta a 1994.

<sup>149</sup> OST, 2002, op. cit., p. 183.

<sup>150</sup> BOBBIO, 1997, op. cit., p. 40.

<sup>151</sup> BOBBIO, loc. cit.

<sup>152</sup> BOBBIO, 1997, op. cit., p. 164.

outras palavras, entre os ordenamentos podem existir relações de coordenação ou subordinação, de exclusão, inclusão e exclusão parcial.<sup>153</sup>

Acima do Estado, estaria o ordenamento jurídico internacional; abaixo dele, o ordenamento social, no qual se encontra o da autonomia privada, que não pode opor-se aos limites fixados pelo Estado - ao lado, sistemas jurídicos como a ordem eclesial. Contra o Estado, as organizações terroristas, seitas secretas ou associações proscritas pelo Poder Público.<sup>154</sup>

Se a autonomia privada for lida como uma *potência normativa* de geração de um ordenamento jurídico particular, próprio dos privados e posto em cotejo com a ordem jurídica definida pelo Estado, então, tratar-se-á de reconhecer determinados limites e perspectivas que levam em conta esta *tangenciabilidade*, ou a relação e os pontos de contato entre dois distintos ordenamentos.

Por outro lado, pode-se entender que a autonomia privada, geradora deste ordenamento *paralelo* ou inferior ao Estado (como o quer Bobbio), inclui-se, simplesmente, entre as fontes normativas do próprio Direito Estatal. Significa que o Estado, de forma residual, deixou alguns espaços no seu próprio ordenamento, para serem preenchidos pela autonomia privada, por ato de reconhecimento ou de delegação. Nesse caso, a limitação da autonomia dar-se-ia de uma forma endógena, com a vantagem, para alguns, de preservação da manutenção de um único ordenamento jurídico.<sup>155</sup> Parece, aliás, ser este o pensamento de Miguel Reale o qual reconhece amplamente a autonomia dos privados e a sua força normativa, porém insere-os em um único ordenamento jurídico.<sup>156</sup>

Na visão de Reale, o ordenamento jurídico deve ser preservado em sua unidade por ser conveniente à segurança.<sup>157</sup> Ao delinear o universo normativo como uma teia que se escalona desde os princípios, passando pelos códigos e leis, chegando às sentenças e aos contratos<sup>158</sup>,

---

<sup>153</sup> BOBBIO, 1997, op. cit., p. 166.

<sup>154</sup> Neste sentido, em todos os exemplos, ver BOBBIO, 1997, op. cit., p. 164.

<sup>155</sup> REALE, 1992a, op. cit., passim.

<sup>156</sup> Considerar, para tanto, as obras de REALE, 1992a, op. cit. e 1992b, op. cit.

<sup>157</sup> REALE, 1992a, op. cit., p. 89, afirma que, *no presente livro, a minha noção de macromodelo jurídico somente se aplica ao ordenamento jurídico-estatal, estendendo-se, por esta expressão, àquele conjunto de normas que constituem o conteúdo das quatro fontes do Direito já analisadas* (fonte legal, fonte jurisprudencial, fonte consuetudinária e fonte negocial, decorrente da autonomia privada).

<sup>158</sup> Ibid, p. 102.

sustenta, contudo, a existência de um *macrossistema do ordenamento jurídico*,<sup>159</sup> para que se evite a desordem.<sup>160</sup> Este ordenamento, como um *ecossistema complexo e variegado, abrange uma multiplicidade de sistemas e subsistemas normativos que se escalonam uns distintos dos outros, em função de diversos campos de interesse*.<sup>161</sup>

O referido autor reforça ser vastíssimo o campo de atuação ou espaço da autonomia privada (que chama de vontade), que se estabelece pela própria natureza das coisas, *por serem os homens como tais, e não as entidades coletivas, a base e a razão de ser da experiência jurídica*.<sup>162</sup> Crítica, ainda, os que defendem a *estatização do mundo jurídico*, entendendo crescer, no dia a dia, a importância nacional e internacional, da regulação através da autonomia.<sup>163</sup>

Neste sentido, ainda que por determinada opção intelectual, Reale conduza todos os ordenamentos jurídicos ao pólo estatal, inserindo-os em um macromodelo jurídico que organiza e assegura o sistema, reconhece a existência de sistemas autônomos de juridicidade não-estatal, que *consubstanciam a expressão da liberdade e da autonomia dos indivíduos e dos grupos em distintas formas de vida social*.<sup>164</sup>

A despeito dos diversos movimentos de *objetivação* das relações negociais, de enfraquecimento da idéia de autonomia e do fortalecimento em todo o globo de políticas públicas de proteção aos juridicamente vulneráveis, observa-se que a autonomia privada mantém um espaço significativo de atuação no contexto do ordenamento.<sup>165</sup>

---

<sup>159</sup> REALE, 1992a, op. cit., p. 101.

<sup>160</sup> Ibid, p. 97. Na página 99, prossegue o autor: *Como se vê, no concernente ao delicado problema da “unidade do ordenamento jurídico”, longe de proclamar-lhe a ambigüidade, somente em virtude da multiplicidade empiricamente contrastante das “ordens de interesse privados e coletivos” que nele atuam, reconheço que mister é que tais conflitos sejam superados para a preservação do sistema, como resultado de dois imperativos supralembrados (soberania e positividade).*

<sup>161</sup> REALE, op. cit., p. 95.

<sup>162</sup> Ibid.; Id., 1992b, op. cit., p. 181.

<sup>163</sup> REALE, 1992a, op. cit., p. 73.

<sup>164</sup> Ibid., p. 90. Prossegue o docente: *Concluo, em suma, dizendo que, em sentido técnico, ordenamento jurídico é apenas aquele componente da experiência jurídica que se põe e evolui como conteúdo das fontes que diretamente se subsumem ao poder estatal, quer em razão de atos originários estatais (fontes legislativas e jurisdicional), quer derivadamente, em virtude de atos, cuja autonomia normativa é reconhecida com validade jurídica própria (fontes costumeira e negocial).*

<sup>165</sup> Neste sentido, ver PINTO, 1995, op. cit., p. 61.

### A.3.1 - O espaço da autonomia privada

Embora não se encontre registro, nos países cuja doutrina mais impactou ao Brasil, de uma explícita adoção da expressão nos textos constitucionais, pode-se inferir a sua presença por força de outros dispositivos constitucionais.<sup>166</sup>

Em análise da vigente Constituição Portuguesa, Sérvulo Correia vislumbra a presença da autonomia privada na Constituição, pelo princípio da igualdade, da liberdade, da propriedade privada, da liberdade de trabalho e da liberdade de expressão.<sup>167</sup> De forma quase explícita seria revelado, ainda, através do direito fundamental a uma capacidade civil, passível de restrição apenas nos casos e termos em lei fixados, significando que *o sujeito pode produzir os efeitos jurídico-privados que considerar convenientes à prossecução dos seus interesses*.<sup>168</sup>

Para Pietro Perlingieri, contudo, não basta vincular a autonomia à liberdade e, geralmente, à livre iniciativa econômica. Existem, para ele, fundamentos diversificados à fundamentação da autonomia na Constituição. Em se tratando de atos de natureza subjetiva, de natureza não diretamente patrimonial, mas de caráter pessoal e existencial, deve-se encontrar a matriz constitucional da autonomia na própria tutela da pessoa humana que, no ordenamento italiano, encontra-se no artigo 2º da Carta Magna.<sup>169</sup>

De acordo com Ana Prata, a conformação constitucional da autonomia privada apresenta dimensão mais específica, pois concentra-se na sua relação intrínseca com a propriedade e com a livre iniciativa econômica.<sup>170</sup> Desta forma, só há autonomia quando os particulares possam exercer, minimamente, poder de disposição sobre seu patrimônio - essa é

---

<sup>166</sup> A compreensão, portanto, da autonomia privada no cenário constitucional é observada desde a existência de outros princípios e valores - é o caso, entre outros países, de Portugal, Espanha, Itália e França.

<sup>167</sup> Neste sentido, SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 438.

<sup>168</sup> Ibid., p. 438, comentando o 26º artigo da Constituição Portuguesa.

<sup>169</sup> PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 19. Refere o professor italiano: *Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.*

<sup>170</sup> PRATA, 1982, op. cit., p. 215, para quem *a inquestionável conexão histórica entre a propriedade privada e a liberdade negocial e entre esta e a iniciativa econômica privada constitui a óbvia razão de ser do centrar da atenção nestes direitos.*

também a lição de Betti.<sup>171</sup> A autonomia negocial assenta-se, deste modo, no direito à propriedade.<sup>172</sup> *A atribuição de personalidade jurídica e, conseqüentemente, de capacidade negocial, encontra-se estreitamente vinculada ao surgimento da posse privada e do direito de propriedade.*<sup>173</sup> O método capitalista de produção impôs que todos fossem admitidos como proprietários, de bens ou da própria força de trabalho.

De toda a sorte, o espaço regulatório da autonomia privada corresponde à *permissão genérica da produção de todos os efeitos jurídicos não-proibidos.*<sup>174</sup> É que o espaço da autonomia é delimitado apenas negativamente pela intervenção do Estado. Cabe nele, portanto, tudo que for lícito e não expressamente vedado pela atuação estatal.<sup>175</sup>

A autonomia pode ser intrinsecamente considerada como um *feixe de liberdades*. Em Galgano, ainda que se utilizando da nomenclatura equívoca de *autonomia contratual*, existem liberdades específicas que integram a autonomia privada.<sup>176</sup> A primeira e mais significativa destas liberdades é a de conclusão ou não de determinado negócio jurídico e requer, certamente, que o mesmo não seja imposto ou necessário de forma absoluta. Para além desta, coexistem outras liberdades, desde a primeira de suas facetas, que é a liberdade de *concluir* ou *não* o negócio - para além dela, a autonomia pode abrigar outras liberdades.<sup>177</sup>

---

<sup>171</sup> Conferir a exposição já efetuada sobre o pensamento de Emílio Betti acerca da autonomia privada. Acrescente-se ainda a afirmativa do mestre italiano de *a necessidade de negócios entre os indivíduos só se vê nos ordenamentos econômicos-sociais que reconhecem aos indivíduos um conjunto de bens que lhes competem, isto é, nos ordenamentos baseados no reconhecimento da propriedade individual*. Ver: BETTI, 1969, op. cit., p. 92.

<sup>172</sup> A regulação constitucional da propriedade, na Constituição Federal, encontra-se precipuamente no rol de direitos e deveres individuais e coletivos do artigo 5º: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (Caput); é garantido o direito à propriedade* (inciso XXII) e a propriedade atenderá à sua função social (inciso XXIII).

<sup>173</sup> Conforme expressa PRATA, 1982, op. cit., p. 7.

<sup>174</sup> SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 439.

<sup>175</sup> Ibid., p. 432.

<sup>176</sup> E torna-se necessário consignar que os termos *liberdade contratual* e *autonomia negocial* (ou privada) não podem ser considerados sinônimos. Como lembra REZZÓNICO, 1999, op. cit., 205-206: *el contrato es la principal categoría en la conformación autónomo-privada de las relaciones.(...)*. *Autorizada doctrina considera a la libertad contractual como la parte más importante de la “autonomía privada”, y, como esta, un principio fundamental del derecho privado, en particular del derecho de contrato, a la vez que se afirma que la libertad contractual, como la libertad de propiedad es una consecuencia del principio de la autonomía privada que domina en la totalidad del derecho privado...*No mesmo sentido, GRISI, 1999, op. cit., p. 17. *Occorre, tuttavia, convenire che la nozione di autonomia privata esprime contenuti più lati ed estesi di quella di autonomia contrattuale; d’altro canto, se sono atti di autonomia – per fare solo qualche esempio – il testamento, la procura e la remissione del debito, è sin troppo agevole verificare che l’autonomia non si esprime soltanto attraverso contratti.*

<sup>177</sup> GALGANO, 1992, op. cit., p. 67-68. Passa-se a expor, com base no mesmo autor, as quatro liberdades positivas da autonomia negocial.

Inicialmente, há a liberdade de escolha do tipo contratual, ou seja, a possibilidade de escolher dentre os diversos tipos de contratos oferecidos pela lei, por aqueles que atendam aos fins perseguidos pelas partes. A disposição dos bens pode ocorrer pela compra e venda, por uma doação, com ou sem encargo, por uma permuta, entre outras formas.

Igualmente, consta a liberdade de determinar o conteúdo do contrato ou de determinar-lhe as cláusulas. Concerne à faculdade de que são dotados os contratantes de estipular, por exemplo, o preço para a venda, a data de entrega do bem ou a periodicidade e o valor de outras prestações.<sup>178</sup>

Da mesma forma, entre as liberdades inseridas na autonomia, inclui-se a liberdade de concluir contratos atípicos ou inominados, que não estejam previstos na legislação, mas que são gerados pelas necessidades da prática dos mundos dos negócios. Neste sentido, é uma liberdade para perseguir finalidades distintas daquelas obtidas com os contratos típicos; liberdade de se utilizar contratos típicos a fim de se conseguir finalidades atípicas, possibilitando a combinação entre várias figuras contratuais, típicas ou atípicas para realizar interesses diversos dos que são subjacentes em cada contrato, singularmente considerado.

Desta maneira, ao se conceber a ampla esfera normativa em que consiste a autonomia, compreende-se também o desenho de suas dimensões – em uma razão de mais a menos, de maior a menor – desde a presença ou não das liberdades que a compõem.

Pode-se dizer então que, em um negócio jurídico no qual todas as liberdades estejam presentes, a esfera da autonomia privada amplia-se. O *contato* do ordenamento privado com o estatal nem chega a se materializar uma vez que não houve ataque aos limites prescritos pelo Estado. Desta forma, as esferas não se aproximaram e mantiveram a sua órbita natural.

É por conta deste fato – o de constituir a autonomia em um feixe de liberdades, mais ou menos presentes, conforme as circunstâncias – é que se pode falar que, mesmo nas situações em

---

<sup>178</sup> Galgano lembra que cada determinação das partes, incluída em um contrato escrito, compõe-se de uma pluralidade mais ou menos extensa de cláusulas (diferenciadas, à imitação dos artigos de uma lei, por uma enumeração progressiva). O conceito de cláusula para o autor é de qualquer determinação volitiva contida em um contrato, não fracionável, portanto, em posteriores determinações volitivas em si mesmas. A importância do conceito justifica-se em relação a efeitos que podem projetar-se apenas a uma das cláusulas, como, por exemplo, as cláusulas vexatórias ou abusivas. GALGANO, 1992, op. cit., p. 67.



que não estejam presentes todas as liberdades que a integram, há autonomia privada - em escala e potência menor, porém mantendo-se presente.<sup>179</sup>

Também, por esse motivo, é que não se apresenta correto, sem maior reflexão ou exame do caso concreto, afirmar que, em certa situação, existe ou não autonomia. A autonomia – este espaço de juridicidade – pode estar presente de forma mais ou menos intensa ou em um espectro maior ou menor – contudo, presente. Trata-se, deste modo, de um conceito sujeito à ponderação e ao exame no caso concreto.

Já havia advertido Perlingieri para o que ele chamou de juízo de licitude (*liceità*) e mérito (*meritevolezza*) do ato concluído por força da autonomia.<sup>180</sup> Examinar a autonomia na situação apresentada e não, hipoteticamente, para aferir o seu diâmetro é uma medida sempre necessária, já que ela pode ser organizada segundo *graus e modos de manifestação*.<sup>181</sup>

Franz Bydlinsk sugere uma nova teoria do negócio jurídico e, portanto, da autonomia, em que o primeiro só possa ser compreendido pela consideração de um sistema móvel formado em uma combinatória na qual se conjugam, em várias graduações possíveis, a autonomia privada, a proteção da confiança e da segurança do tráfico e a justiça ou equivalência contratual.<sup>182</sup> Paulo Mota Pinto prossegue esse raciocínio, ao explicar a teoria:

A mobilidade está em que quando mais autodeterminação, cujo grau máximo seria o da declaração sustentada inteiramente pela vontade ponderada e esclarecida (a possibilitar uma maior garantia de justiça contratual, a qual seria, para o surgimento igualmente graduável) tanto menos necessário para o surgimento de uma vinculação, o elemento de segurança do tráfico ou da equivalência. Diminuindo o

<sup>179</sup> Eis a razão da crítica realizada por Roberto Calvo por conta da intervenção do Judiciário em relações pautadas pela autonomia privada e em que não haja afronta ao seu espaço natural. Afirma o autor que *la vocazione paternalistica della giurisprudenza a concretare "praeter legem" il principio costituzionale dello stato social – che si è significativamente espressa nei Bürgerschaftsfälle - e quindi a tutelare le classi deboli, fondata sull'utilizzo delle clausole generali secondo lo schema dinanzi abbozzato, conduce – in definitiva – al pericoloso trasferimento della battaglia politica dalle aule parlamentari a quelle di giustizia, dimenticando - a giudizio della scuola neoliberista – che la dottrina dei doveri di protezione "è la negazione del principio della divisione dei poteri: ciò significa la legittimazione ed il dovere del terzo potere alla politica*. Conferir em CALVO, Roberto. Il controle della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, p. 34, 2002.

<sup>180</sup> PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 279.

<sup>181</sup> PINTO, 1995, op. cit., p. 43.

<sup>182</sup> PINTO, loc. cit.

grau de autodeterminação, para o surgimento de uma vinculação, teria que existir uma intensificada tutela da confiança ou da segurança do tráfego, bem como um controle acrescido da equivalência.

Conquanto modulável e mensurável por graus, a autonomia pode apresentar-se através de um único ato isolado que pode ser prefigurado na mera aceitação do próprio negócio ou na decisão de celebrar determinado pacto. Neste exemplo, estaríamos diante de um *ato* celebrado como expressão da autonomia privada.<sup>183</sup> Para Perlingieri, nestas hipóteses, a autonomia apresenta-se *no seu mínimo e constante denominador, como ato de iniciativa de, pelo menos, uma das partes interessadas na negociação.*<sup>184</sup>

A autonomia está presente mesmo nas situações em que não se consubstanciem todas as liberdades que podem integrar o seu feixe. Sempre que houver a mínima possibilidade de escolha e de opção negocial, está-se diante do exercício da autonomia privada como *ato de iniciativa*. Neste sentido, para a existência da autonomia, basta haver o que Flume chama de *possibilidade de conformação.*<sup>185</sup>

A autonomia entendida por Franz Bydlinsk, como *possibilidade de por acto de vontade autodeterminada fundar ou impedir efeitos jurídicos*, também se materializa através de meros atos ou comportamentos.<sup>186</sup> É o que, além do mais, faz assente o fato de a autonomia privada não se efetivar apenas nos casos em que os efeitos produzidos correspondem diretamente à vontade (declarada) *mas também quando o sujeito teve a possibilidade de se conformar.*<sup>187</sup>

Há ainda que se ponderar a autonomia com outros valores, já que, por sua própria essência, ela é relativa e social. Significa dizer que ela é livre e ampla dentro dos limites derivados de sua conjugação com outros princípios e regras. É neste vão que se lança a próxima parte do texto: no de examinar a limitação ao espaço da autonomia privada.

---

<sup>183</sup> PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 277.

<sup>184</sup> Ibid., p. 19.

<sup>185</sup> Nesse sentido, ver, CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio. *O Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 64.

<sup>186</sup> No caso, comportamentos que determinaram a fundação ou a evitação de negócios jurídicos. Ver em BYDLINSK, apud PINTO, 1995, op. cit., p. 423.

<sup>187</sup> Ibid., p.424.

### A.3.2 – Limites à autonomia privada

Impõe-se como um dos principais limites à autonomia privada a necessária *funcionalização social* dos institutos jurídicos e a interação com outros princípios jurídicos, como a confiança e a boa-fé.<sup>188</sup>

Trata-se de cotejar o espaço do ordenamento privado com a funcionalização advinda das Constituições e que, sobre ela, reflete-se pelo *relacionamento* existente entre as diversas esferas normativas. Por isso, *qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional*.<sup>189</sup> Nesse prisma, o Direito Privado reorganiza-se desde a perspectiva constitucional. Para Maria Celina Moraes Tepedino, *a regulamentação da atividade privada deve ser expressão da opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana*.<sup>190</sup>

A autonomia privada deverá, então, restar limitada pelo influxo dos valores eleitos pela sociedade e expressos pela Constituição. Em se tratando, contudo, de uma ordem jurídica internacional ou global, a remessa da fixação de limites para a autonomia privada migraria àqueles princípios ou valores tidos como fundamentais e que estejam privilegiados em documentos internacionais.<sup>191</sup>

Exemplifique-se entre os direitos fundamentais<sup>192</sup>, aqueles que Pietro Perlingieri bem destacou: *a prevalência do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato ou atividade dos particulares à luz deste princípio fundamental*.<sup>193</sup>

<sup>188</sup> Conferir em GRISI, 1999, op. cit., p. 17.

<sup>189</sup> TEPEDINO, Maria Celina Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, p. 28, 1993.

<sup>190</sup> TEPEDINO, 1993, op. cit., p. 28.

<sup>191</sup> Para CODERCH, Pablo. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 22 e 49, respectivamente, *el principio de autonomia privada es condición necesaria del Estado social y democrático derecho por más que no sea, ademais, su condición suficiente. Ambos – derechos fundamentales y autonomia privada – son elementos constitutivos de un ordenamiento democrático liberal, social y de derecho. (...) La autonomía privada forma parte de la libertad del ser humano. E, citando Konrad Hesse, la autonomía privada constituye, por así decirlo, el lado activo y positivo de la personalidad, el ámbito donde el ser humano puede actuar como ser independiente y autorresponsable, donde no se permite hacer de él un simple medio de las finalidades colectivas*.

<sup>192</sup> Sobre a temática e sua pertinência no Direito Privado, consultar em CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003. passim.

<sup>193</sup> PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 275.

Neste sentido, como regra geral, qualquer suposto ato de autonomia que se contraponha às diretrizes de proteção da pessoa e de sua personalidade deve ser afastado por insubsistente, pois resta intolerável no confronto entre a órbita privada e a órbita pública, que prevalece.<sup>194</sup>

Tal perspectiva, portanto, não promove a formação de um rol taxativo de *proibições prévias* para o exercício da autonomia privada. Ao contrário, determina, como se já mencionou, o exame caso a caso, realizando juízos próprios de licitude (*liceità*) e de valor (*meritevolezza*) do ato inquinado de abusivo.<sup>195</sup>

Algumas situações são objetivamente postas como impeditivas do exercício da autonomia; nelas, não se encontra, em regra, nem mesmo espaço para *atos de iniciativa*. A obrigação de contratar seria uma destas espécies, advinda seja da força de uma sentença que determine a execução compulsória de um contrato, já não mais desejado e até mesmo inoportuno, como resultado, no Direito italiano, da aplicação do artigo 2.932 do Código Civil ou, no Direito brasileiro, da obrigação de fazer, prevista no artigo 467 do Código Processual Civil.<sup>196</sup>

Restaria, ainda, como situação não-passível de exercício da autonomia privada, as que se arrolam entre as atividades cobertas por monopólios. Nessa espécie, certamente, inexiste a possibilidade de emissão válida de decisão sobre contratação ou não.<sup>197</sup> O caso das empresas de transportes públicos, serviços telefônicos, energia elétrica não permite, em regra, uma escolha. Francesco Galgano, paradoxalmente, não se concentra na impossibilidade de existência de autonomia privada no pólo daquele supostamente mais fraco, o consumidor. Para ele, em determinadas circunstâncias, até seria possível o usuário decidir pela contratação ou não do serviço ou, ainda, optar por algumas das empresas – entretanto, de fato, ela não existiria para o empresário. Frente à proposta do adquirente do serviço, resta-lhe apenas manifestar a sua aceitação.<sup>198</sup>

---

<sup>194</sup> Em sentido contrário, GRISI, 1999, op. cit., p. 69 e ss, para quem não é possível submeter a autonomia como exercício de liberdade à funcionalização social desejada pelo Estado.

<sup>195</sup> PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 280.

<sup>196</sup> Ibid., p. 281.

<sup>197</sup> Ibid., p. 280. Sobre execução específica da obrigação de fazer no Direito brasileiro, entre outros, consultar TALAMINI, Eduardo. *Execução específica da obrigação de fazer no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>198</sup> GALGANO, 1992, op. cit., p. 75.

Discorda-se de Francesco Galgano ao entender que não se pode falar de autonomia privada nos contratos que chama de *normados* e naqueles que denominou de *em série*.<sup>199</sup> Nos primeiros, porque, na verdade, nestas espécies contratuais em que o Estado atua para determinar preços e taxas por conta do alto interesse público que admitem (como o caso de alimentos essenciais, combustíveis, energia elétrica), há sempre a possibilidade de realização do *ato de iniciativa*; no segundo, porque o tão-só fato de se tratar de contratos de adesão não afasta a decisão pela conclusão ou não, ainda que, efetivamente, não se possam discutir os termos das cláusulas.

Em se tratando dos *contratos em série* ou dos *contratos de adesão* – aqui empregados como sinônimos para a explicitação da técnica contratual resultante da *racionalização e da standardização da economia de massas* –, observa-se que sempre resta a possibilidade do *ato de iniciativa* apontado por Perlingieri como suficiente a fim de caracterizar um ato de autonomia privada.<sup>200</sup> O pacto realiza-se, ainda que não pleno do conjunto das liberdades que poderia conter. É assim que Sérvulo Correia afirma que o contrato existe por ser aceito por ambas as partes e por ser possível a sua convivência com *restrições factuais* ou *restrições aparentes de fato*.<sup>201</sup>

Como significativo limite à autonomia privada, arrola-se ainda a ordem pública aqui entendida como *complexo de princípios e de valores que informam a organização política e econômica da sociedade, numa certa fase de sua evolução histórica e, por este motivo, se devem considerar imanes no ordenamento jurídico*.<sup>202</sup> Consiste a ordem pública em *limite imane da autonomia privada*.<sup>203</sup> Reconhece-se, de plano, mais uma vez, a necessidade de *concretização* acerca da existência ou não da autonomia privada perante os seus limites. É que também a ordem pública não admite, de antemão, a confecção de uma *tábua* de circunstâncias que sejam objetivamente agressivas à sua integralidade e à sua imperatividade.

Os deveres secundários, anexos e instrumentais, pautados por força da boa-fé objetiva, por óbvio, exercem forte limitação à autonomia.<sup>204</sup> As idéias de eticidade e solidariedade que impregnam a codificação civilista brasileira de 2002, de igual sorte, exercem força de redução à

<sup>199</sup> GALGANO, 1992, op. cit., p. 76, 79, respectivamente.

<sup>200</sup> Ibid., p. 19.

<sup>201</sup> PERLINGIERI, 1999, op. cit.

<sup>202</sup> SÉRVULO CORREIA, 1987, op. cit., p. 459.

<sup>203</sup> SÉRVULO CORREIA, loc. cit..

<sup>204</sup> SÉRVULO CORREIA, loc. cit.

ampla liberdade contratual.<sup>205</sup> Desta forma, nem a vontade e nem o comportamento poderão revogar ditames mais altos que iluminam o direito dos contratos.<sup>206</sup>

Os limites da autonomia privada, como ordenamento próprio e relacional, são postos pelo Estado através da Constituição, da ordem pública ou de pequeno grupo de circunstâncias objetivamente consideradas e relacionadas à licitude (*liceità*) e ao mérito (*meritevolezza*), analisadas caso a caso, como defendeu Perlingieri.<sup>207</sup>

O ordenamento originado na autonomia privada expressa-se, particularmente, através da figura do negócio jurídico.

#### A.4 – Expressão pelo negócio jurídico

É unânime, na doutrina, a pertinência entre autonomia privada e negócio jurídico e o reconhecimento do último como a sua mais cara forma de expressão.<sup>208</sup> A discussão que se impõe, contudo, é acerca da manutenção da figura entre os institutos contemporâneos e da sua capacidade de sobrevivência e inserção em uma economia de mercado.

---

<sup>205</sup> Os deveres anexos não promanam da vontade ou de comportamentos, mas dos deveres de cooperação que se voltam ao adimplemento da obrigação que se desenrola como um processo. Sobre o tema, consultar COUTO E SILVA, 1976, op. cit., p. 37. Para uma compreensão dos deveres anexos e instrumentais, examinar MARTINS-COSTA, Judith H. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 1999. p. 438.

<sup>208</sup> Sobre o princípio da boa-fé objetiva e seu acatamento expresso no Direito brasileiro, por todos, consultar MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Código Civil*. t. 1-2. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Para uma compreensão das idéias subjacentes ao novo Código Civil, conferir da mesma autora e de BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2002.

<sup>209</sup> Para VETTORI, 2002, op. cit., p. 679, *il richiamo della buona fede della correttezza ha una funzione di riequilibrio e di autointegrazione dell'assetto dei privati secondo una razionalità che non si è potuta realizzare nel momento formativo e che può essere assicurata proprio da una clausola generale in grado di tener conto dell'assetto complessivo e di tutte le circostanze dell'affare*.

<sup>210</sup> PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 279.

<sup>211</sup> Por todos, consultar, LARENZ, Karl. *Tratado de Derecho Civil alemán*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 422: *el negocio jurídico es el medio para la realización de la autonomía privada presupuesta en principio por el código civil* e também, PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 89: *o negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia da vontade ou princípio da autonomia privada, subjacente a todo o Direito Privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno de sua esfera jurídica*.

Esse debate insere-se no que Paulo Mota Pinto e Carlos Ferreira de Almeida repercutem como sendo as *crises* do Direito Civil.<sup>209</sup> Além da figura do negócio, nelas estão inseridas também o próprio contrato, a autonomia privada, a liberdade, a concepção liberal do contrato, entre outros institutos jurídicos.<sup>210</sup>

Antes de tudo, as eventuais dificuldades no manejo e na utilização do conceito podem ter as suas nascentes localizadas na transmutação intensa da Economia e dos fenômenos sociais já bem pronunciados no final do século XIX.<sup>211</sup> A noção e o regime do negócio jurídico são, portanto, resultado de um processo histórico e cultural que preferiu, em dado momento, o contrato ao negócio jurídico.<sup>212</sup>

Francesco Galgano aponta uma primeira resistência à expressão por entender tratar-se de um *dialetto jurídico* de derivação alemã, inteligível em alguns lugares do mundo e incompreensível em outros.<sup>213</sup> Há desconhecimento do termo pelos franceses, ingleses, suíços, norte-americanos, canadenses e aos outros países da *Common Law*, família jurídica que, aliás, não se utiliza sequer do conceito francês de *contrato*.<sup>214</sup> Uma concepção pragmática, afeita ao mundo dos negócios, determina a preferência entre os anglo-saxônicos pelas espécies contratuais. Prefere-se, exemplificativamente, falar-se em *compra e venda*, ao *arrendamento*, dispensando o contrato como uma suposta categoria geral e unificadora.

Outra crítica de Galgano é a de que não há uma inserção profunda da expressão no vocabulário jurídico italiano, inexistindo, por exemplo, o verbete correspondente a *negócio jurídico* nos repertórios de jurisprudência dos tribunais. Sua ausência também se faz sentir nos editais de concursos jurídicos, preferindo-se sempre referência a questões concernentes à invalidade do *contrato*, causa do *contrato* e outras congêneres.<sup>215</sup> Neste sentido – prossegue Galgano –, mesmo entre os doutrinadores que se valem da expressão, prevaleceria mais um

<sup>212</sup> Consultar, respectivamente, PINTO, 1995, op. cit., p. 53 e ALMEIDA, 1992, p. 11.

<sup>213</sup> A expressão *negócio jurídico* é considerada ultrapassada para alguns autores (FRANZONI, Massimo Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Itália. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, 1995.), passível de confusão e de ininteligência para outros (GALGANO, 1992, op. cit.) e instrumental e útil como categoria geral, (FERRI, 1997, op. cit., p. 129-197 e FERRI, 1957, op. cit.).

<sup>214</sup> Neste sentido, ver PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 17.

<sup>215</sup> Como afirma ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 244.

<sup>216</sup> GALGANO, 1992, op. cit., passim.

<sup>217</sup> Na verdade, como anota COUTO E SILVA, 1985, op. cit., p. 265, nota 7, os franceses chamam de ato jurídico em seu código o que deveria ser denominado de negócio jurídico: ato jurídico é a manifestação de uma ou mais vontades, que tem por efeito criar, modificar ou extinguir um direito.

<sup>218</sup> GALGANO, 1992, op. cit., em observações extraídas dos respectivos prólogos à edição espanhola e italiana desta obra.

costume lingüístico que uma convicção conceitual, verbalizando o termo *negócio*, enquanto, na verdade, pensam em contrato, utilizando-se as expressões como sinônimas.<sup>216</sup> Paralelamente a esse movimento, Itália e França teriam optado pela figura do contrato como *gênero das convenções privadas*.<sup>217</sup>

A despeito destas resistências, a atualidade do conceito, na visão de Carlos Ferreira de Almeida, pode ser constatada pela opção legislativa de incluí-lo no BGB, no Código Civil do Japão, de 1896; no grego, de 1940; no de Portugal, de 1966 e no do Brasil, de 2002.<sup>218</sup> Aliás, a doutrina portuguesa, por sua forte vinculação à doutrina alemã, majoritariamente, aceita a categoria do negócio jurídico.<sup>219</sup>

Paulo Mota Pinto descreve, longamente, a inserção da expressão no Direito português, desde as obras de Guilherme Moreira. É dessas fontes que se extrai a noção de negócio jurídico como algo denominado pelos juristas alemães como *declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos jurídicos ou a criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos*.<sup>220</sup> A atualidade e a permanência do conceito, advindo da pandectística alemã e de sua tendência de *generalização* e da *formação de teorias gerais*, terminam por ser consagradas na legislação, na doutrina e, no dizer de Mota Pinto, unguído no Código Civil de 1966.<sup>221</sup> A passagem, portanto, desta categoria para o Direito brasileiro, insere-se no conjunto de influências da doutrina alemã e portuguesa, revelando a influência da circulação de modelos jurídicos.<sup>222</sup>

<sup>219</sup> GALGANO, 1992, op. cit., p. 37.

<sup>220</sup> Como defende PASSARELLI, Francesco Santoro. *L'impresa nel sistema del diritto civile. Rivista di Diritto Commerciale*, n. 1, p. 377, 1942.

<sup>221</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 18.

<sup>222</sup> Como bem explica AMARAL, 2000, op. cit., p. 366: *Nascida no direito alemão, primeiro na doutrina, depois objetivada no Código Civil (BGB), a teoria do negócio jurídico passa à doutrina italiana, à espanhola, à portuguesa. O Direito francês permanece, porém, com a figura unitária do ato jurídico, não distinguindo o Código os atos jurídicos em senso estrito do negócio jurídico.*

<sup>223</sup> PINTO, 1995, op. cit., p. 11 que arrola as primeiras referências ao negócio jurídico no Direito português, na obra de Guilherme MOREIRA, citando, entre elas, as *Instituições do Direito Civil português*. Coimbra, 1907. p. 387.

<sup>224</sup> De acordo com TELLES apud PINTO, 1995, op. cit., p. 14, nota de rodapé 29. O Decreto Lei n. 34495, de 22 de março de 1945, exemplificaria a adoção do conceito na legislação portuguesa.

<sup>225</sup> Neste sentido, sobre a circulação e influência dos modelos jurídicos, entre outros, ver MALLET-BRICOUT, Blandine. *Libre propos sur l'efficacité des systèmes de Droit Civil. Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 4, p. 869, oct./déc. 2004. Ao se referir ao Brasil, alude que *ce grand pays d'Amérique Latine a refondu sa législation en 2002 en créant un nouveau Code Civil, qui unifie Droit Civil et Droit Commercial et qui trouve son inspiration essentiellement dans le Codice Civile italien. Ce nouveau Code n'a pas hésité à pendre parti sur des débats modernes tels que la question de la commutativité dans le contrat, consacrant le solidarisme contractuel alors même que la question est encore débattue en France.*



O papel do negócio continua atual, justamente, por conta da necessidade de conformar novas ou reformadas expressões de juridicidade que não se adéquam ao formato estrito do contrato.<sup>223</sup> Segue atuando, no dizer de Giovanni Ferri, como *conceito, categoria lógica e síntese*.<sup>224</sup> Diante das novas formas de regulamentação de interesses de uma sociedade pluralista – nas quais se inclui a sociedade da informação –, Giovanni Ferri prega a manutenção de uma matriz, na qual possam ser encontrados os valores, princípios e normas estáveis do sistema:

Uma sociedade civil não é uma soma desordenada de interesses, de ações de particulares ou grupos; uma sociedade, sobretudo se pluralista, é um sistema de convivência no qual (sobre a base de valores, princípios e normas) as ações e os interesses se organizam e o pluralismo pode se manifestar na sua expressão mais contingente, transitória, egoísta ou corporativa.<sup>225</sup>

Neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida prenuncia a manutenção do negócio jurídico e a sua *reestruturação e reinvenção* que deve ser encarada sob pena de, *em nome da crítica a certo modelo de sociedade, colocar o Direito ao serviço de outro modelo, em que as relações jurídicas decorram principalmente da lei*.<sup>226</sup>

A principal contribuição, portanto, da manutenção do negócio jurídico é assegurar um veículo próprio de expressão da autonomia privada e de valorizá-la como poder jurígeno, capaz de se acomodar e de se conformar às necessidades econômicas e sociais.<sup>227</sup> É uma forma *meta-histórica*, distinta das variadas concepções que já assumiu no intercurso histórico,

<sup>226</sup> Por todos, considerar a posição divergente de AMARAL, 2000, op. cit., p. 368-369: *De tudo isto se conclui que, sendo o negócio jurídico uma categoria histórica e lógica, foi válida e útil enquanto vigentes as condições que a determinaram. Mudadas as condições e destituído o conceito de sua função ideológica, não se justifica a sua manutenção. O que permanece em pleno vigor, como causa da dinâmica jurídica, é o “ato jurídico” como gênero, e, como categoria específica de crescente importância, o contrato.*

<sup>227</sup> Neste sentido, FERRI, Giovanni Baptista. Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 93, p. 726, 1995. Para o professor italiano, sepultado o conceitualismo despido de fundo ideológico, é função da ciência jurídica pôr ordem no caos resultante da pluralidade assistemática de normas. Os conceitos, neste contexto, não são apenas elocubrações teóricas e abstratas, mas instrumentos indispensáveis para a compreensão do sistema civilista.

<sup>228</sup> Idem. Contrato e negozio da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi. *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 4, p. 428, 1988. Do original em italiano: *Una società civile non è una somma disordinata di interessi, di azioni di singoli o di gruppi; una società soprattutto se pluralistica, è un sistema di convivenza, in cui (sulla base di valori, principi e norme) le azioni e gli interessi, si organizzano e il pluralismo si può manifestare nelle sue espressioni meno contingenti, transitorie, egoistiche o corporative.*

<sup>229</sup> Desta forma, ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 18.

<sup>230</sup> PINTO, 1995, op. cit., p. 57.

capaz de ser recriada e reinventada na perspectiva das novas realidades econômicas e sociais.<sup>228</sup>

O negócio jurídico, como gênero das convenções privadas, é a expressão, por excelência, dos inúmeros tipos de pactos entre particulares, capazes de serem engendrados em uma sociedade de feição pluralista, baseada na informação, na velocidade, na distância e em relativo anonimato dos contratantes.<sup>229</sup>

São expressões jurídicas que não se coadunam no formato estrito do contrato, espécie do gênero. Ainda que o contrato seja uma instituição plural, admitindo diversas noções e concepções, deve-se concordar que nele orbitam, no mais das vezes, *duas declarações* em sentido contraposto, ou seja, se um tenciona comprar, outro indivíduo pretende vender. A *dinâmica contratual*, neste sentido, não possui o condão de abarcar toda a expressão jurígena privada, deixando ao largo dimensões como a estabelecida no âmbito da constituição de uma sociedade na qual os comportamentos, ao invés de divergirem, antes, convergem para o mesmo foco.<sup>230</sup>

É o caso da *teia normativa* da sociedade da informação em que não se deve excluir a noção de negócio jurídico, mesmo naquelas hipóteses em que se trate expressamente de contrato – melhor visualizada no câmbio de produtos, bens e serviços pela rede – por força da relação insofismável entre o gênero e a espécie. Ademais, a sociedade da informação tem sido pródiga na produção de novas e inusitadas relações jurídicas de cunho privado que não encontram, no contrato, a forma de sua melhor explicitação. São, no mais das vezes, formas de negócios jurídicos *plurilaterais*, em que a auto-regulação de interesses e a submissão a estatutos jurídicos não se subsume a uma feição tipicamente contratual.<sup>231</sup>

Abandonado, há muito, o dogma da vontade, a celebração destes negócios encontra, no próprio agir dos privados, novas formas de concretização. Negócios são, validamente, concluídos desde a configuração de determinados comportamentos que encontram relevância social e que são ditos como *concludentes*. Expressam mais que o querer (volúvel) das partes,

---

<sup>231</sup> PINTO, 1995, op. cit., p. 57.

<sup>232</sup> Conferir sobre o anonimato, a distância e a *virtualidade* que caracteriza a rede, por todos, LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 2003.

<sup>233</sup> É o que prega PONTES DE MIRANDA, 1954, op. cit., p. 10-12.

mas sim a preservação das expectativas geradas no meio social, que pode agir desde a certeza de que tal negócio foi efetivamente celebrado e de que as suas cláusulas serão cumpridas.<sup>232</sup>

Por outra via, há quem encontre a legitimação dos negócios no próprio agir social, concebendo o negócio jurídico como um *ato performativo*, um enunciado que possui um conteúdo em si mesmo e que, portanto, é mais que preceito ou norma.<sup>233</sup>

A atualidade do negócio jurídico e a sua utilidade no âmbito da sociedade da informação parte de uma visão renovada, seja pela sua formação, desde a adoção de comportamentos concludentes, seja na sua admissão, como ato performativo. Em ambas as hipóteses, a vontade deixa de atuar como critério para a sua realização, fixando-se o seu fundamento na declaração e na própria necessidade de que determinados comportamentos sociais sejam devidamente valorados na área jurídica.

#### **A.4.1 - A celebração de negócios jurídicos através da prática de comportamentos concludentes**

O cenário em que se construíram as inúmeras teorias sobre o negócio jurídico poder-se-ia caracterizar pela individualização pessoal dos participantes do pacto, por um *poder eficiente* de uma vontade racional e esclarecida, pela consciência dos efeitos que dela seriam produzidos e pela clara delimitação dos efeitos pretendidos, como assinala Ferreira de Almeida.<sup>234</sup> É justamente pelo desbotar desse quadro e pela modificação desses parâmetros, como já se assinalou, que a noção de negócio jurídico pareceu devassada e incapaz de explicar a rapidez, a impessoalidade e o alcance dos efeitos dos pactos privados.

Verdadeira plêiade de figuras foram sugeridas, na tentativa de acomodar vínculos obrigacionais que não lograssem encaixar-se nos moldes do negócio jurídico. Entre os arrolados por Mota Pinto<sup>235</sup>, estão as declarações de vontade não-desejadas, a negligência declarativa, a “imputação” da declaração e do seu sentido, a ficção e as declarações fictas, as

---

<sup>234</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 125.

<sup>235</sup> Como se vê em PINTO, 1995, op. cit., p. 122.

relações contratuais de fato, os comportamentos juridicamente relevantes, a responsabilidade por violação de encargos ou deveres declarativos, as forças objetivas de conformação jurídica, a responsabilidade pela confiança, os efeitos contratuais sem contrato e a autovinculação sem contrato.<sup>236</sup> Em todas elas, há o enorme esforço empreendido pela doutrina em entender e, adequadamente, enquadrar pactos que, ainda que celebrados em liberdade, não se configuravam como verdadeiros negócios jurídicos, porquanto resultantes do próprio convívio de uma sociedade consumista e de relações massificadas.

A idéia de *comportamentos sociais típicos* decorre dessa tentativa e apresenta em Günter Haupt um dos primeiros formuladores. Para o autor, era necessário reconhecer, por força da vivência coletiva, o surgimento de negócios que teriam a sua origem no *contato social*, aqui entendido como a expressão do próprio viver social; na participação em relações comunitárias, como as societárias e as de trabalho; e nas dos deveres resultantes da prestação de bens e serviços essenciais, como os serviços de água e luz.<sup>237</sup> Nessas *relações contratuais de fato*, estão arroladas hipóteses comuns à vida das pessoas, como o consumo de bens no tráfego de massa, a entrada em um transporte público ou o estacionamento em uma garagem.<sup>238</sup>

Karl Larenz foi um dos defensores desta teoria, admitindo, deste modo, uma duplicidade na teoria dos negócios jurídicos, uma vez que haveria duas fontes diversas de obrigações (os negócios propriamente ditos e os *comportamentos sociais*).<sup>239</sup> Além disso, admitiu, ainda, que o comportamento deveria ser tomado por *aceitação de uma proposta sem necessidade de emitir uma declaração de vontade*.<sup>240</sup>

A idéia, contudo, restou abandonada. As hipóteses levantadas foram reconduzidas à teoria do enriquecimento sem causa, da responsabilidade civil e, sobretudo, da *declaração*

---

<sup>236</sup> Na preciosa lição de Emílio Betti, os contratos são espécie de negócio jurídico. Entre os negócios, contudo, uma densa classificação apresenta-se para confirmar a distinção, a partir dos objetos dos negócios e da convergência ou não de interesses. Para uma análise dos negócios que são chamados pelo autor italiano de *complexos* e de *plurilaterais*, consultar BETTI, op. cit., p. 195, 200.

<sup>237</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 27.

<sup>238</sup> PINTO, 1995, op. cit., 112.

<sup>239</sup> Para o autor, *uma parte da doutrina, para além de rejeitar a doutrina das “relações contratuais de facto”, nunca admitiu uma “duplicidade” na doutrina do negócio, recusando, por isso, os comportamentos sociais típicos como fonte de obrigações e defendendo a sua recondução a “declarações tácitas” ou a outras formas de solução*. Ibid., p. 113, nota de rodapé 107.

<sup>240</sup> LARENZ apud ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 28. Ver CARNEIRO DA FRADA, 1994, op. cit., p. 274.

*concludente*.<sup>241</sup> A confessa decadência, segundo Mota Pinto, viria pela opção do próprio Karl Larenz de retificar a sua primeira posição, entendendo, por fim, que os comportamentos sociais típicos inserir-se-iam nos chamados *contratos em sentido amplo*.<sup>242</sup>

Com o caminho de *unificação* da teoria ou, em outras palavras, com o resgate da teoria clássica do negócio jurídico, manteve-se a necessidade de se considerar fenômenos novos que permaneciam pouco explicados.

Sabendo-se que, no Código Civil português, como no brasileiro, não há diretamente uma conceituação para o negócio jurídico, reconhece-se no primeiro ordenamento, contudo, a regulação das formas de expressão de uma vontade ou comportamento negocial.

A declaração negocial está no centro da teoria do negócio.<sup>243</sup> Se, como já se afirmou, o negócio jurídico é a capacidade de produção de efeitos jurídicos, seu ponto de partida é uma declaração voltada à produção desses fins.<sup>244</sup>

Para se falar, neste sentido, em declaração negocial, a doutrina aponta a necessidade da verificação de dois critérios: o primeiro, de natureza objetiva que se consubstancia em uma situação de fato que possa ser interpretada e que possua relevância; o segundo, na dimensão subjetiva, de um mínimo de presença de autonomia para assumir uma vinculação jurídico-negocial resultante da conduta assumida.<sup>245</sup>

Prevê a lei portuguesa a declaração negocial em duas modalidades: expressa ou tácita: será expressa, quando for realizada por meio de palavras, escritas ou por qualquer meio direto; tácita, na dicção de texto legal, quando *se deduz dos factos que, com toda a probabilidade, a revelam*.<sup>246</sup>

---

<sup>241</sup> PINTO, 1995, op. cit., p. 113.

<sup>242</sup> No Brasil, sobre o impacto desta teoria, COUTO E SILVA, 1976, op. cit., p. 92, sugeriu a categoria dos atos existenciais.

<sup>243</sup> Sobre declaração negocial, consultar no Direito brasileiro, AZEVEDO, 1974, op. cit.; passim.

<sup>244</sup> Para Ferreira de Almeida, afirmando ainda a *unidade essencial dos momentos constitutivos da declaração de vontade*, certa doutrina passou a enquadrar a vontade e a declaração como elementos do negócio jurídico, qualificando a declaração, por vezes, como manifestação de vontade. Conferir em ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 262.

<sup>245</sup> Neste sentido, ver PINTO, 1995, op. cit., p. 435.

<sup>246</sup> Dessa forma, ver o Código Civil português, n. 1, do artigo 217.

Importa, entretanto, constatar que determinados comportamentos ocorridos na sociedade consistem efetivamente em declarações tácitas. Daí poder se dizer que se trata de *negócios jurídicos celebrados por meio de declarações tácitas materializadas pela prática de determinados comportamentos com caráter de conclusão do negócio*.

A gama desses casos tende a crescer com o implemento da sociedade da informação. As características e as formas de desenvolvimento do chamado *e-commerce* determinam a realização de uma série de posturas, de atividades, de *silêncios eloqüentes* que importam em declarações tácitas que integram a composição do negócio jurídico para concluí-lo.<sup>247</sup>

Muitos são os exemplos arrolados por Mota Pinto. Alguns mais simples, como a compra e venda manual concluída pela entrega da coisa ou com a mera apresentação, perante o caixa do supermercado, dos produtos que se deseja adquirir - outros são clássicos, como a aceitação da herança. Outras posturas adentram mesmo no cerne da teoria do negócio jurídico, como a confirmação, por comportamento concludente, de negócio jurídico anulável; a ratificação de um negócio ou a aprovação da gestão a um terceiro não-nomeado para a função. Certas hipóteses, ainda, referem-se ao consentimento à cessão de crédito e a toda uma gama de renúncias; entre elas, por exemplo, o cumprimento de obrigação, após consumado o prazo prescricional.<sup>248</sup>

A declaração tácita possui, desta maneira, o mesmo perfil jurídico da declaração negocial expressa que acontece de forma mais perceptível no cotidiano.<sup>249</sup> Significa dizer que ambas as declarações acomodam-se tanto na dimensão da oferta como na da aceitação.<sup>250</sup> Em realidade, a declaração tácita é tomada como expressa, desde uma *inferência a partir de fatos*

---

<sup>247</sup> Na doutrina brasileira sobre a relação entre negócio jurídico e comportamento, ver a interessante anotação de GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 269: *a teoria que conceitua o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada impregna-se de sentido social porque abandona o dogma da vontade. A característica do negócio, passa a ser, como expõe Mirabelli, o fato de se vincular o sujeito por seu comportamento, no sentido de que a sua conduta sucessiva não pode se desenvolver senão na conformidade do vínculo que criou, segundo o ordenamento positivo em seu comportamento. Deixa-se, em consequência, de definir o negócio como declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, para conceituá-lo como o ato de autonomia privada que vincula o sujeito, ou os sujeitos que o praticam, a ter conduta conforme o regulamento dos seus interesses que traçaram.*

<sup>248</sup> PINTO, 1995, op. cit., p. 816 e ss.

<sup>249</sup> Ibid., p. 734.

<sup>250</sup> Ibid., p. 739.

*concludentes*. Deve-se interpretar o fato e dele fazer ilações a fim de se compreender a concludência do negócio desde a adoção de certos comportamentos.<sup>251</sup>

A ilação que permite tratar de declaração tácita pela adoção de comportamento concludente sustenta-se em um conjunto de fatos e das circunstâncias que o envolvem, dando-lhe justamente a configuração negocial.<sup>252</sup> Essas inferências, ao contrário do que se possa pensar, devem ser realizadas graças a critérios práticos *nos quais assume especial importância a incompatibilidade do comportamento com os significados contrários à declaração*.

Completa-se esta estreita síntese sobre a teoria dos comportamentos concludentes construída sob a escola de Paulo Mota Pinto, com a necessidade de que também o agente não assuma algumas posturas de caráter subjetivo que deixem de corroborar a interpretação pela concludência - trata-se, pois, de um requisito negativo. Em regra, *será dispensável a perceptibilidade de certos elementos subjetivos para que seja provado existir um comportamento concludente*.<sup>253</sup> Em um exemplo, alguém que receba uma herança vultosa, enfraqueceria a concludência se continuasse a se comportar como um mendigo.<sup>254</sup>

Neste sentido, a teoria que está aqui sendo comentada, ao reconhecer que a declaração negocial pode ser realizada de forma tácita, pode subsidiar a compreensão de diversos fenômenos jurídicos que se desenvolvem, atualmente, na órbita da sociedade da informação.<sup>255</sup>

Para além da existência de declarações negociais tácitas, a visão do negócio jurídico como ato performativo também pode apresentar mais uma contribuição à compreensão do instituto.

---

<sup>251</sup> Segundo Paulo Mota Pinto, *essa ilação não assume um papel relevante nas declarações expressas, pelo que a determinação do significado na declaração tácita se apresenta, em relação a estas, sem dúvida como mais complexa*. PINTO, 1995, op. cit., p. 747.

<sup>252</sup> Ibid., p. 760.

<sup>253</sup> Ibid., p. 780.

<sup>254</sup> Importante referir a recente alteração do *Código Civil Federal* do México que, em seu artigo 1.803, inciso II, parece ter adotado expressamente a teoria do comportamento concludente: *El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I – Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II – El tácito resultará de hechos o de atos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente*. Grifo do autor da tese. Consultar *Diario Oficial*, primera sección, p. 12, 29 de mayo de 2000.

<sup>255</sup> Em sentido contrário às idéias de declaração tácita e comportamentos concludentes para a explicação de certos fenômenos negociais, por todos, IRTI, 1998, op. cit., p. 354.

#### A.4.2 – Negócio jurídico como ato performativo

Embora tenha sofrido críticas acerbas da doutrina por propor a compreensão do negócio jurídico para além dos muros do Direito, a teoria do negócio jurídico como ato performativo merece ser examinada e valorada na perspectiva de enquadramento dos pactos dentro do contexto do comércio realizado pela rede.<sup>256</sup> Seguir-se-ão, para tanto, os passos de Carlos Ferreira de Almeida.

Essencialmente, a teoria parte de uma leitura das concepções de Emílio Betti (a autonomia privada como um poder de auto-regulamentação) e de Karl Larenz (auto-regulamentação e contato social) a fim de remeter parte da sua fundamentação para o negócio jurídico à esfera social. A própria autonomia privada foi tida por Ferreira de Almeida como um fato social, um fenômeno extralegal e pré-jurídico.<sup>257</sup>

Retomando a noção de *declaração negocial*, o referido autor constata que o negócio jurídico não surge como um modelo final e acabado. Por ser preenchido por um conjunto de *declarações* dos envolvidos, não pode ser assimilado como um fenômeno coeso. Existem omissões e remissões, explícitas ou implícitas, na sua integralização.<sup>258</sup> Esse quadro é mais agravado ao frisar que, na celebração de determinados negócios, tende-se a certa dispersão, uma vez que as mensagens (ou declarações realizadas) são descontínuas no tempo e no espaço, além de contemplarem diversas linguagens.

Essa *descontinuidade* da formação do pacto é ainda mais severa no dizer desse mesmo autor, quando se reconhece a *verdadeira revolução no estilo de negociar* provocada por uma economia de mercado, pela repetição dos atos, pela velocidade e pelo crescente e

---

<sup>256</sup> Com uma perspectiva crítica, consultar PINTO, 1995, op. cit., p. 68, para quem a resposta do enquadramento afasta análises sociológicas, psicológicas e lingüísticas, tratando-se, necessariamente, de um problema estritamente jurídico. O método para a solução dos impasses quanto ao negócio jurídico precisa ser, então, dogmático-jurídico, compreendendo os seus fundamentos teleológico e valorativo.

<sup>257</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. viii, 240. Em sentido próximo, ver AZEVEDO, 1974, op. cit., passim.

<sup>258</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. vii.



relativo anonimato das partes.<sup>259</sup> Traços que, aliás, são reforçados no âmbito da sociedade da informação e do comércio realizado pela rede de computadores com o uso da Internet.

Assim, para o alcance das intenções e dos fins do negócio jurídico, deve-se observar além do que foi meramente posto no texto negocial. É preciso pesquisar e reconhecer informações que integram a própria vida social e que são dotadas de *aptidão negocial* a fim de se informar acerca do emissor, do tempo e do espaço da sua celebração.

Para sustentar sua tese, fundando o negócio jurídico como um *ato de performance*, Carlos Ferreira de Almeida enfrenta as duas mais notórias concepções acerca do fenômeno. Para ele, o negócio não seria nem preceito jurídico (como pretende Emílio Betti) ou tampouco norma jurídica (como tencionou Luigi Ferri). Em Almeida, o negócio jurídico é também um ato de linguagem, *cuja eficácia, pela simples enunciação, ultrapassa o sucesso lingüístico, para se projetar em efeitos de natureza extralingüística que, no caso, são efeitos de natureza jurídica.*<sup>260</sup>

O estudo de Ferreira de Almeida apresenta como embrião o trabalho do professor John Langshaw Austin.<sup>261</sup> Desenvolvida inicialmente em meio à Filosofia, na Universidade de Oxford, a proposta dos chamados *enunciados performativos* parte da idéia de que enunciar, em muitos casos, é mais que dizer. Aquele que enuncia determinadas palavras, na verdade, já está realizando certos atos. O enunciado, neste sentido, não é meramente um enunciado (um conjunto de palavras, uma descrição ou constatação), mas sim uma verdadeira *performance* (mudança concreta do exterior), algo que se realiza e se concretiza a partir dele.

A adoção pelo Direito da teoria dos enunciados performativos ocorreu de forma tranqüila. É que, na ciência jurídica, as noções de validade e invalidade, bem como a de eficácia, remetem-se a um *efeito performativo*.<sup>262</sup> Além disso, podem ser tidos como *enunciados performativos* todas aquelas expressões que não apenas enunciam, mas que geram, de imediato, efeitos. Arrolam-se exemplos: “o governo decreta e eu promulgo, para

<sup>259</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. ix.

<sup>260</sup> Ibid., p. 235.

<sup>261</sup> Carlos Ferreira de Almeida faz uma ressalva sobre a *pureza* da teoria concebida por J.L. Austin. É que para Austin, *performativo era o enunciado e o verbo que lhe conferia esta natureza; só episodicamente acentuou que performativo é tanto uma ação como um enunciado e que proferir um performativo é (por si só) realizar uma ação.* Ibid., p. 137.

<sup>262</sup> Ibid., p. 128. A primeira referência à teoria no Direito, segundo o mesmo autor, encontrar-se-ia no sueco HEDENIUS.

*valer como lei, o seguinte...*”, ou “*condeno o réu ao pagamento de...*” e, ainda, dentro de um ato administrativo, “*autorizo o exercício de determinada atividade*”. Em todas essas formas, o enunciado mais que enuncia, realiza, promove uma *performance*.<sup>263</sup>

No que concerne, especificamente, ao negócio jurídico, Carlos Ferreira de Almeida apresenta significativos *enunciados performativos*: “*constituo sobre o meu prédio a hipoteca em favor de...*”; “*reconheço como meu filho...*”; “*renuncio ao direito de...*” e “*prometo pagar a quantia de...*”<sup>264</sup>. Todos revelam, portanto, *palavras que realizam*, enunciados que geram *performances*.

Como já se referiu, o negócio jurídico concretiza-se por ao menos *uma ação comunicativa* que se chama *declaração negocial*. Essa declaração precisa ser consciente e ser compreendida como negocial.<sup>265</sup> Para que se possa falar, portanto, em negócio jurídico como ato performativo, alguns novos elementos precisam ser evidenciados.

Impõe-se, por força da noção de autonomia privada (entendida costumeiramente como possibilidade de auto-regramento), que haja um efeito reflexo do ato sobre o seu próprio emissor. Deve-se, assim, tratar-se de uma *experiência* de auto-regulação e da concretização do exercício da autonomia privada, gerando - para quem lhe deu causa - uma normatização jurídica própria.<sup>266</sup>

Igualmente, deve-se estar diante de uma *auto-suficiência estrutural* do negócio, decorrente também da autonomia privada posta em jogo. Significa que os efeitos do negócio devem decorrer realmente dele e não, por via inversa, da lei ou de outras fontes. Desta forma, o próprio negócio deve prever os determinados efeitos que pretende. Carlos Ferreira de Almeida dá como exemplo negativo, de não-suficiência estrutural, o de uma interpelação. Reduz-se a declaração por ela realizada em pôr em mora o devedor de determinada obrigação. E tudo o que pode, por si só, é gerar o documento de interpelação. Outros efeitos, como o eventual direito a perdas e danos pelo descumprimento da obrigação subjacente, não decorrem

---

<sup>263</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 127-128.

<sup>264</sup> Ibid., p. 128.

<sup>265</sup> Ibid., p. 241.

<sup>266</sup> Neste sentido, Ibid., p. 244-250.

do ato jurídico, mas, ao contrário, de outras fontes como a lei ou como a responsabilidade civil.<sup>267</sup>

A concepção do negócio jurídico, como *acto de Direito Privado dotado de performatividade, reflexibilidade e auto-suficiência estrutural*<sup>268</sup>, pode emprestar relevantes contribuições no esforço de compreensão da normatividade ínsita ao ambiente da sociedade da informação, bem como dos negócios jurídicos que, diariamente, através dela são realizados.

Negócios jurídicos concebidos como atos performativos são desenvolvidos através das novas tecnologias de comunicação. *Declarações negociais* são emitidas, seja através dos programas de comunicação *online*, de mensagens eletrônicas, seja através de “comandos de aceitação” em *sites* de compra. São gestos e expressões que transcendem a dimensão gestual e concluem determinadas atividades em si mesmas.

Esse *approach*, juntamente com a noção de comportamento concludente, poderá explicar muitos dos fenômenos jurídicos existentes na sociedade da informação. É que, para se sustentar a Internet como *rede das redes* e aos vínculos que nela se formam, devem-se privilegiar as *aparências* que se manifestam, sob pena de desintegração dos relacionamentos comerciais nela ocorridos.<sup>269</sup>

No segundo momento desta primeira parte, reconstruída a noção de autonomia privada e mantida a figura do negócio jurídico, seja como *comportamento concludente*, seja como *ato performativo*, cumpre investigar as formas que os institutos assumirão no trato jurídico havido pelas teias de comunicação virtuais.

---

<sup>267</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit, p. 251-252.

<sup>268</sup> Ibid., p. 258.

<sup>269</sup> No Direito francês, a teoria da aparência nasce da intervenção da jurisprudência. Decorre, notadamente, da objetivação dos contratos, do declínio da vontade como fonte jurídica e da preocupação com o contratante mais fraco. Funda-se, ainda, na necessidade de garantia da segurança jurídica. Como explica, por todos, FATÔME, Anne Danis. *Apparence et contrat*. t. 144. Paris: LGDJ, 2004. p. 510. (Bibliothèque de Droit Prive).

## **B) A assimilação da autonomia privada e do negócio jurídico no âmbito da sociedade da informação**

Várias vezes têm-se levantado para apresentar o exercício da autonomia privada e do seu *revival* como uma espécie de *nova distribuição de espaços* entre o Estado e os particulares, com notáveis exemplos a partir da regulação da Internet e do comércio nela realizado.

Assim, além de se reconhecer que a idéia de autonomia privada está impregnada da capacidade de auto-regulação, aqui entendida como *um regulamento direto, individual, concreto, de determinados interesses pessoais, efetivado pelos próprios interessados*<sup>270</sup>, deve-se anotar que a *competência dispositiva* dos particulares deriva do fato de a ordem jurídica nacional *reconhecer e sancionar* que a autonomia, como fenômeno, já se realiza no terreno social e no seio das relações privadas.<sup>271</sup>

Partem estas idéias de um mesmo porto, isto é, o do já assentado pluralismo jurídico, que promove a convivência simultânea de vários tipos de ordenamento.<sup>272</sup> Importa, neste quadro, constatar que este pluralismo não se manifesta apenas mediante o princípio da hierarquia ou por meio do princípio da competência por matéria, mas, sobretudo, pelo princípio da subsidiariedade.<sup>273</sup>

Tal princípio, neste contexto, quer apontar para a necessidade de o Estado e os particulares normatizarem apenas os setores da vida social para os quais se apresentem mais hábeis e capazes, segundo critérios técnicos e práticos. Em termos de sociedade da informação, pretende sugerir que Estados e organismos internacionais só devem legislar na medida do que lhes for possível, levando em conta critérios extremamente pragmáticos, como o da possibilidade de suas legislações serem efetivamente aplicáveis em um território global. O princípio, por outro viés, aplica-se também às emanações da autonomia privada: regras particulares só devem ser construídas na medida e no limite da necessidade e da possibilidade de serem acolhidas pelos seus destinatários.

---

<sup>270</sup> BETTI, 1969, op. cit., p. 99.

<sup>271</sup> Ibid., p. 101.

<sup>272</sup> Conforme BOBBIO, 1997, op. cit., p. 163.

<sup>273</sup> PERLINGIERI, 2003, op. cit., p.16.

Em se falando de limites aos ordenamentos públicos e privados, reconheça-se que ambos, sob o ponto de vista da execução de suas normatizações, possuem campos bastante estritos de atuação. Assim, certas disposições do Direito que surgem da aplicação da autonomia privada não possuem o condão de ferir barreiras como da ordem pública, de caráter impositivo e adstringente da liberdade dos particulares.<sup>274</sup> Por outro ângulo, normas de natureza pública, advindas de Estados nacionais, não possuem condições a fim de se projetar para além dos limites de seus territórios.

Estado e sociedade civil, cada qual a seu turno, possuem limitações na sua capacidade de regulação. A normatização estatal não alcança determinadas transações comerciais existentes fora dos seus limites territoriais; a regra privada, por sua vez, não pode ser eficaz se violar a ordem pública (de determinado país).

A idéia, portanto, é de *combinação de poderes criativos*, integrando-se iniciativas públicas e privadas de regulação<sup>275</sup> - ou por outra via, da *repartição, divisão e distribuição* de competências entre eles.<sup>276</sup> Esta proposta, anteriormente, já havia sido realizada por Emílio Betti<sup>277</sup> e, mais recentemente, defendida por Robert Alexy, reforçando a possibilidade e convivência entre a regulação pública e privada.<sup>278</sup> A autonomia privada não exclui a iniciativa

---

<sup>274</sup> Ver MORIN, Gaston. *La révolte du Droit contre le Code – la révision nécessaire des concepts juridiques*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1945. p. 13, em tradução livre: *o Código Civil declara nuldas todas as convenções contrárias à ordem pública e aos bons costumes e exige como condição essencial para todas as convenções uma causa lícita*.

<sup>275</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 115.

<sup>276</sup> RIBEIRO, 1999, op. cit., p. 224.

<sup>277</sup> BETTI, 1969, op. cit., p. 100.

<sup>278</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Para Alexy, em síntese bastante apertada, no estudo dos direitos fundamentais, impõe-se destacar a figura dos chamados *direitos subjetivos*. Depois de longo itinerário de reflexões e com base em Lindahl, o primeiro autor chega a uma teoria analítica dos direitos em que se encontram os *direitos a algo, liberdades e competências*. Todas as três categorias são chamadas de *direitos*. As competências são posições jurídicas que poderiam chamar-se de *poder, poder jurídico, autorização, faculdade, direito de configuração ou capacidade jurídica*. Como diferencial a lhe caracterizar está o fato de que, através de determinadas ações de quem possui a competência, modifica-se uma relação jurídica. Essa modificação de uma situação jurídica pode dar-se de duas maneiras: como imposição de normas individuais ou gerais, que não seriam válidas sem esta ação, e também como modificação de posições jurídicas de sujeitos jurídicos. Importa, especialmente, na leitura de Alexy, a consagração e o reconhecimento das normas privadas e, ao mesmo, da existência de *competencias* reservadas ao *ciudadano*, como explica na página 236: *No puede haber ninguna duda de que existen competencias del ciudadano que gozan de protección iusfundamental. El legislador violaría normas de derecho fundametal si derogara la competencia de celebrar matrimonio, fundar asociaciones, adquirir propiedad o tomar disposiciones de ultima voluntad*. Segue o autor à pagina 237: *las instituciones jurídicas del derecho privado son complejos de normas que consisten esencialmente em normas de competencia. La garantía institucional es, pues, em primera línea, una prohibición dirigida al legislador de no eliminar competencias del ciudadano*.

pública, ao mesmo passo que as leis estatais não concorrem ou rivalizam com a regulação própria dos particulares.

A autonomia privada aplicada no âmbito da sociedade da informação pauta-se justamente por algumas características que são comuns à categoria do negócio jurídico: trata-se, antes de tudo, de fenômeno que emerge da própria realidade, possuindo forte matriz social;<sup>279</sup> é realizada, em não poucas vezes, por declarações tácitas através de comportamentos concludentes (permissão, por conduta omissa; a *descarga* de um arquivo no próprio computador) ou por atos que se podem dizer performativos (aceitar, através de um *click* ou expressar, mediante mensagem eletrônica, a anuência à prestação de determinado serviço ou a aquisição de bem).

Ao se propor a regulação híbrida da Internet e do comércio eletrônico – unindo esforços públicos e regulação privada –, pretende-se acolher a já aludida *colaboração, divisão de competências e combinação de poderes criativos* na perspectiva de garantir segurança ao exercício da liberdade que permeia a rede. Esse empreendimento depende, contudo, da adequada compreensão das formas normativas privadas e dos contornos que podem assumir na sociedade da informação.

Neste sentido, impõe-se observar que, na sociedade da informação, a autonomia privada é exercida e os negócios jurídicos são celebrados também de forma coletiva. É por isso que se fala no exercício de uma *autonomia privada coletiva*<sup>280</sup> e em *negócios jurídicos plurilaterais*,<sup>281</sup> como os que atingem as partes envolvidas nos órgãos de regulação de interesses e resolução de conflitos da rede. Pode-se, sem maior ousadia, afirmar que estas instâncias já construíram o que Widar Cesarini Sforza chamou de um *direito dos particulares*, compreendido como *um complexo de normas que autoridades não-estatais emanam para regular determinadas relações jurídicas entre pessoas a elas subordinadas*.<sup>282</sup>

Por outra via, a proposição de uma regulação híbrida parte, justamente, do reconhecimento dos limites que autonomia e negócio podem possuir para regular interesses e solver conflitos. É necessário que esta constatação se faça acompanhar do exame de alguns

---

<sup>279</sup> Como já haviam assinalado BETTI, 1969, op. cit. e AZEVEDO, 1974, op. cit., p. 79.

<sup>280</sup> Em termo já utilizado por GIANNINI, op. cit., p. 356.

<sup>281</sup> BETTI, 1969, op. cit., p. 200.

<sup>282</sup> SFORZA, Widar Cesarini. *El derecho de los particulares*. Madrid: Civitas, 1986. p. 13.

casos concretos, mais especificamente da reclamação de consumidores acerca das normas e mecanismos de solução de litígios de importante livraria internacional conhecida como *Amazon*. Com esta metodologia, além da aproximação de teoria e prática, pode-se compreender melhor a tipologia conflitual inerente à parte do comércio realizado pela Internet.

Percorrido o itinerário então descrito, uma reconstrução geral das idéias será oportuna, com vista à defesa da *labelização* e da arbitragem eletrônicas como formas de atenuar a insegurança na Internet. Cumpre, de imediato, examinar os contornos que a autonomia privada assume na sua relação com a sociedade civil.

### **B.1 – Autonomia privada e sociedade civil**

Norberto Bobbio debruçou-se sobre o conceito de sociedade civil e sobre sua evolução histórica, relatando que a expressão foi capaz de assumir uma ampla variedade de significados.<sup>283</sup> Nesse itinerário de desenvolvimento, o sentido predominante foi o de *sociedade política* ou mesmo de Estado. Hoje, contudo, assume-se a posição exatamente contrária, na qual ela é considerada como o *anteato ou a contrafação* do Estado, protagonizando com ele mais uma das *grandes dicotomias* estudadas por Bobbio.<sup>284</sup> Três acepções do termo, no entanto, são mais conhecidas e destacadas pelo filósofo italiano: a primeira, pela qual se quer representar a idéia jusnaturalista na qual, antes do Estado, havia diversas formas de associação dos indivíduos entre si para o atendimento dos seus interesses; uma segunda, na qual a sociedade civil é contemplada como o espaço onde se geram as lutas pela posse do poder político; e uma terceira e última, em que, com base em Gramsci, ela representa a idéia de uma sociedade sem Estado, resultado do fim do poder político.<sup>285</sup>

Se, mais comumente, a sociedade civil é tida como *o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições*

---

<sup>283</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade* - para uma teoria geral da Política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995b. p. 52.

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 35.

*estatais têm o dever de resolver através da mediação e da repressão*<sup>286</sup> ou, ainda, a *esfera das relações interindividuais, como as relações econômicas*, em que as relações sociais não são reguladas pelo Estado, para os efeitos deste trabalho, importa a sua expressão como *espaço de legitimação*.

É, neste espaço, explica Bobbio, que se formam os poderes de fato, dotados de legitimação própria.<sup>287</sup> É a ela que se remetem, nos períodos de crise institucional, os sistemas políticos na busca de novas formas de legitimação e de produção de novos consensos.<sup>288</sup>

Admitindo-se a sociedade da informação como uma *rede de autonomias*, geradora de um ordenamento privado, encadeado por múltiplos e recíprocos negócios jurídicos, celebrados de formas diversas – comportamentos concludentes e atos performativos, inclusive –, pode-se pensar em uma atualização do próprio conceito de sociedade civil para, de alguma forma, também abranger a regulação da Internet como expressão desse espaço distinto do estatal.

A atualidade da noção de *sociedade civil* reforça a legitimação de um *direito dos particulares* e do exercício da autonomia privada, seja em sua acepção individual, seja em sua dimensão coletiva. É resultado de uma juridicidade própria deste espaço, regulada essencialmente pelo *comportamento do particular*. Em verdade, sociedade civil e autonomia privada complementam-se como expressão da liberdade civil. Essa liberdade encontrou, na forma típica como se organizou a Internet, um importante espaço de expressão.

A Internet, conhecida como *rede das redes*, pode também ser concebida como uma *rede de autonomias* que se constrói desde o acesso, pelo particular, de um *site* de comércio eletrônico, passando pela constituição e acatamento às normativas advindas dos órgãos regulamentadores da propriedade dos nomes de domínio, chegando à escolha dos mecanismos *online* para a dissolução de eventuais controvérsias.

Essas imagens são apenas de uma ilustração pálida do exercício múltiplo e dinâmico da atribuição de normas jurídicas pelos próprios interessados, através da prática de

---

<sup>286</sup> BOBBIO, 1995b, p. 36.

<sup>287</sup> Ibid., p. 37.

<sup>288</sup> BOBBIO, loc. cit.



comportamentos concludentes ou de atos que se possam dizer performativos. A autonomia, nesse sentido, permeia a Internet e o comércio por ela realizado, manifestando-se desde formas individuais a formatos plurais, capazes de, inclusive, gerar órgãos e instituições que assumam, coletivamente, a produção de normas privadas, porém com efeito coletivo.

A novidade, portanto, está em não só falar em normas privadas com eficácia entre duas partes contratantes mas também em normas desta mesma natureza com repercussão em uma esfera maior de envolvidos.

A expressão *arquitetura da Internet*<sup>289</sup>, utilizada para demonstrar a forma de organização da rede, também pode ser empregada a fim de se revelar a existência de uma estrutura própria, particular e peculiar de juridicização.<sup>290</sup> Nesse arquétipo, a liberdade de cada indivíduo se congrega à liberdade dos demais e transforma-se em fonte de novas expressões de autonomia e, portanto, de juridicidade. As normas geradas, nesse ambiente, também se qualificam como negócios jurídicos.

Estes negócios, capazes de envolver a uma intensa dinâmica de obrigações, de sujeitos e deveres recíprocos, são chamados pela doutrina de *negócios jurídicos plurilaterais*,<sup>291</sup> visualizados, atualmente, nas relações que envolvem os partícipes das instituições que surgiram para disciplinar a Internet.

Há que se falar, portanto, de uma *autonomia coletiva* gerada pela agregação de outras *autonomias*, ou, em termos mais exatos, na autonomia exercida pluralmente, formando uma tessitura própria de relações privadas, composta por uma enorme gama de entidades particulares.<sup>292</sup> François Ost avança na defesa do exercício da autonomia por entes coletivos. Ao contestar aqueles que imaginam não ser possível falar-se em uma *autonomia social* porquanto as regras privadas nada mais seriam do que negócios jurídicos, criados pelas

---

<sup>289</sup> A expressão é do professor da Universidade de Harvard, LESSIG, 1999, op. cit., p.514.

<sup>290</sup> Ibid., p. 516.

<sup>291</sup> No Brasil, PONTES DE MIRANDA fez menção expressa aos negócios plurilaterais. Ver: 1954, op. cit. Observa-se, na doutrina estrangeira, certa vacilação na classificação dos negócios jurídicos. Para Carlos Alberto da Mota Pinto, o que caracteriza um negócio como *multilateral* é a pluralidade de declarações negociais, conforme PINTO, Carlos Alberto Mota. *Tratado de Direito Civil português*. t. 1. Lisboa: Almedina. 1999. p. 253. Por sua vez Karl Larenz entre os chamados negócios jurídicos multilaterais, realiza distinção entre os contratos e os acordos, caracterizando os últimos como *manifestaciones de voluntad – efectuadas por unanimidad o por mayoría de votos – de una asociación, una sociedad, una corporación o um órgano corporativo formado por varias personas*. Conferir em LARENZ, 1978, op. cit., p. 430.

<sup>292</sup> Em sentido contrário, entendendo como nada mais que uma metáfora a fusão de várias autonomias, embora reconheça, na doutrina, a existência desta acepção, conferir SFORZA, 1986, op. cit., p. 95.

próprias partes e sem efeitos gerais, o referido autor insiste na possibilidade da criação das chamadas *regras corporativas*.<sup>293</sup> Essas são normas editadas por grupos privados, formando um sistema jurídico próprio, diverso daquele prefigurado pela ordem estatal e que pode ser considerado como um *direito corporativo*. É que, para o autor, a multiplicidade de ordens jurídicas é um fato tão visível que não se pode mais contestar.<sup>294</sup>

As experiências de auto-regulação, existentes nesses meios, decorrem de um cenário de globalização econômica, do aparecimento de atores internacionais e de uma especialização de diferentes setores do conhecimento, da Economia e da sociedade que impõem regulações particulares.<sup>295</sup> A esse quadro, outro se acrescenta que é o agravamento de uma filosofia individualista ligada a um ambiente multicultural.<sup>296</sup>

Todo este caudal acaba por gerar uma rica gama *de pessoas privadas*, formando uma assembléia diversificada de expressões que englobam associações, empresas, sindicatos, organizações profissionais, igrejas e federações esportivas.<sup>297</sup> As associações e as organizações, em especial, assumiram um papel importante na sociedade da informação, ao estabelecerem as primeiras normas no plano do Direito Material e, posteriormente, na identificação de instrumentos hábeis de solução de controvérsias.

Tal amálgama reforça a regulação da sociedade da informação como um privilegiado espaço de um *direito dos particulares*. No dizer de Widar Cesarini Sforza, trata-se, em suma, *de um sistema jurídico extra-estatal, nascido de uma manifestação de vontade privada e que atua em sua normação e eficácia*<sup>298</sup> - uma fonte jurídica que Sforza pretende ver reconhecida como paralela e não inferior ao Estado.<sup>299</sup>

O chamado *direito dos particulares* não se confunde com o direito privado. Enquanto o primeiro regula, efetivamente, relações entre privados, através do exercício da autonomia

---

<sup>293</sup> Ver OST, 2002, op. cit., p. 189.

<sup>294</sup> OST, loc. cit.

<sup>295</sup> Conferir em OST, 2002, op. cit., p. 108.

<sup>296</sup> OST, loc. cit.

<sup>297</sup> OST, 2002, op. cit., p. 108.

<sup>298</sup> SFORZA, 1986, op. cit., p. 13.

<sup>299</sup> SFORZA, loc. cit.

privada, o segundo *denota um complexo de vontades estatais dirigidas a regular relações também em pessoas privadas, porém emanadas pelo Estado, direta ou indiretamente.*<sup>300</sup>

O *direito dos particulares* encontra uma conceituação mais exata, quando identificado como um *direito das coletividades ou dos corpos e organizações sociais.*<sup>301</sup> Por organização, entende Widar Cezarini Sforza, *uma união de pessoas caracterizadas pelo fato de cooperar a um fim comum.*<sup>302</sup> Nela, os seus integrantes assumem determinados comportamentos, agindo em prol do cumprimento da finalidade comum e submetendo-se a um regulamento próprio.<sup>303</sup>

Às relações que se dão no seio dessas organizações e delas com seus integrantes, não se podem dizer contratuais. Está longe de se poder caracterizar como *contrato o ato pelo qual o associado aceita os estatutos e se integra na unidade não só jurídica senão também moral que constitui a associação.*<sup>304</sup> É elucidativa, desta maneira, a noção de Dieter Reuter, no sentido de que a autonomia privada não se reduz aos contratos, mas pode servir a outras finalidades como o de estabelecer comunidades, regular a integração entre elas e a submissão às exigências que lhe são próprias.<sup>305</sup> A adesão aos fins associativos, igualmente, distingue tal espécie pactual do contrato. Por essa razão, a doutrina também registra as expressões *autonomia privada de associação*<sup>306</sup> ou *autonomia de associação.*<sup>307</sup>

Essa construção, que veda a unificação de todos os institutos jurídicos ao perfil do contrato e que consagra, no âmbito das associações, dos grupos corporativos, das instituições, a figura do negócio jurídico, é amplamente respaldada pela jurisprudência alemã, quando afirmou não ser, constitucionalmente, correto identificar - em todos os casos e sem distinção

---

<sup>300</sup> SFORZA, 1986, op. cit. P, 38.

<sup>301</sup> Ibid., p. 67.

<sup>302</sup> SFORZA, loc. cit.

<sup>303</sup> SFORZA, 1986, op. cit., p. 85.

<sup>304</sup> SFORZA, loc. cit.

<sup>305</sup> REUTER apud SFORZA, 1986, op. cit., p. 125.

<sup>306</sup> SFORZA, 1986, op. cit., p. 133.

<sup>307</sup> Segundo LARENZ, 1979, op. cit., p.173: *Desde el punto de vista jurídico-privado, la posibilidad de la fundación de una asociación y del ingreso en una asociación es un resultado de la "autonomía privada"; en ambos casos se trata de negocios jurídicos que son, en principio, lícitos. También la "autonomía de la asociación", esto es, la posibilidad concedida a la asociación de regular por sí sus relaciones internas mediante sus estatutos y acuerdos mayoritarios en el ámbito del ordenamiento jurídico, es una especial manifestación de la "autonomía privada".*

alguma - um pacto associativo com um contrato civil, trasladando-se, analogicamente, a teoria geral do contrato ao direito de associação.<sup>308</sup>

O negócio jurídico, nesta acepção, tem sido o meio por excelência para a integração da malha normativa da Internet, notadamente, através de determinados *fóruns* ou organismos. Entre eles, desponta o ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – uma instituição privada que regula, em todo o globo, a designação dos nomes de domínio ou, em outras palavras, os endereços dos *sites* eletrônicos da rede.

## B.2 – Breves aspectos da estrutura normativa da rede

O ICANN possui uma intensa produção normativa no que se refere especialmente aos nomes de domínio. Em verdade, grande parte das normas que disciplina a interligação de computadores são editadas diretamente pelo ICANN. Tais regras garantem a própria constituição da Internet como a “*rede das redes*”, ou seja, uma rede de computadores formada por inúmeras redes informáticas, ligadas através de protocolos (*Internet Protocol*) que interligam e possibilitam a comunicação entre um número amplo de computadores.<sup>309</sup> Sem o papel desenvolvido pela instituição, através da adequação de protocolos e do controle de atribuição dos nomes de domínio, os elos que interligam a *net* seriam desintegrados.<sup>310</sup>

O exame das normas institucionais, disponíveis em seu *site*, disciplinando o seu relacionamento com entidades governamentais, com setores empresariais e a própria comunidade da Internet, além da própria organização intrínseca, revela uma profícua produção de negócios jurídicos.

O ato concessivo, por exemplo, da adoção de determinada extensão da Internet como *(.) gov* ou *(.) net* não se caracteriza como um contrato, mas como um negócio com efeitos múltiplos. Em um exemplo, a decisão que marcou a possibilidade, determinada pelo ICANN,

---

<sup>308</sup> Conferir em SFORZA, 1986, op. cit., p. 124.

<sup>309</sup> FULLER, E. Kathleen ICANN: the debate over governing the Internet. *Duke Law & Technology Journal*, n. 2, p. 12, 2001.

<sup>310</sup> FULLER, loc. cit.

de os países da União Européia utilizarem a extensão comum a todos eles (.) *eu* possui força normativa impositiva. Caso o pleito não fosse atendido, os países europeus nada mais poderiam fazer do que senão conformar-se com a decisão.

Por outro lado, o provedor de acesso à Internet de longínqua região do Alasca, ou de ermo e recôndito ponto da Ásia ou da América do Sul, ao aceitar a transmissão de dados, segundo os protocolos determinados pelo ICANN, assim como, ao solicitar o registro de nome de domínio para uma empresa, um órgão público, uma entidade não-governamental ou outra entidade, sujeita-se às normas que, derivadas da autonomia coletiva exercida no órgão, disciplinam os requisitos para tais concessões. Essas normas, inclusive, fundamentarão eventuais decisões dos tribunais arbitrais e mesmo de tribunais estatais, como demonstra a nascente jurisprudência.<sup>311</sup>

O ICANN nasce em 1998, a partir de uma assembléia composta por um grupo diversificado de atores.<sup>312</sup> A trajetória que levou ao surgimento da instituição não difere das que deram origem às demais instituições que normatizam a Internet: os primeiros usuários, notadamente cientistas e empresários, foram também os primeiros *legisladores* da rede.<sup>313</sup> Como afirma Manuel Castells,

A cultura da Internet é a cultura dos criadores da Internet. Por cultura, entendo um conjunto de valores e crenças que formam o comportamento; padrões repetitivos de comportamentos geram costumes que são repetidos por instituições bem como por organizações sociais informais.

Engenheiros, cientistas da computação, usuários comerciais e particulares, provedores de acesso e de conteúdo e interessados na proteção de marcas e patentes

---

<sup>311</sup> Entre outros casos, conferir o da equipe de futebol brasileira Corinthians que teve o endereço registrado nos Estados Unidos por uma empresa. Para recuperá-lo, promoveu a instauração de juízo arbitral junto à Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), através do meio eletrônico. Após a sua conclusão, com decisão favorável ao time brasileiro, o demandado, irrisignado, submeteu a mesma demanda em tribunal estatal norte-americano, alegando não estar sujeito às regras do ICANN ou da OMPI. O Tribunal entendeu, ao contrário, válidos estes dois fóruns, seja para a produção de direito material, seja para dirimir controvérsias existentes no universo da Internet. Consultar, sobre a matéria, o *site* <<http://www.wipo.org>>.

<sup>312</sup> Nesse sentido, ver GRAHAM, J. A. *L'Internet est un nouvel espace international au sens du Droit International Public*. Extraído da tese de Doutorado, apresentada na Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2001.

<sup>313</sup> Sobre o tema, entre outros, consultar MUELLER, Milton. *ICANN and Internet governance sorting through the debris of 'self regulation'*. *The Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications, Information and Media*, v. 1, n. 6, dez. 1999.

representavam dez agremiações que criavam um novo órgão. Entre essas instituições estavam a *Internet society* e a *Wide Web Consortium*, ambas instituições civis com atividades burocráticas específicas, formadas por cientistas e outros interessados na administração da rede - autonomia que gerou e gera autonomia.<sup>314</sup>

Torna-se necessário, desta forma, sublinhar, mais uma vez, a importância dos endereços atribuídos pela ICANN na própria viabilização da rede. Sem transbordar a aspectos técnicos<sup>315</sup>, bastaria referir que, sendo a Internet um *espaço imaterial* ou mais que um mero *meio de comunicação*<sup>316</sup>, os nomes de domínio definem a própria rede, visto que, sem eles, ela não se constitui. O ICANN administra a atribuição de parâmetros de protocolo, do sistema de servidores de raízes, todas as funções que, antes da sua constituição, eram desenvolvidas pelo *Internet Assigned Numbers Authority* (uma entidade constituída por um dos primeiros e mais importantes nomes na criação da rede, o professor Jon Postel, da Universidade da Califórnia, o qual, praticamente sozinho, realizava o registro dos endereços de todos os *sites* eletrônicos do planeta nos primórdios da Internet).<sup>317</sup> Esta, aliás, é uma das características marcantes do início da Internet: certo amadorismo e a atribuição de tarefas pela simples imposição da necessidade.<sup>318</sup>

Com o crescimento da rede e a assunção da sua dimensão comercial, foi imposta a criação de um órgão estruturado e profissionalizado para a administração de um número crescente de solicitações que eram realizadas não só pelos empresários mas também pelos governos nacionais.<sup>319</sup> Jon Postel pôs, então, em curso, com o apoio do governo norte-americano, duas idéias: a de concreta privatização da rede e da internacionalização do serviço de registro dos nomes de domínio, pela constituição de um órgão que fosse um efetivo

---

<sup>314</sup> A *rede de autonomias* em que constitui atualmente a Internet possui a sua origem na década de 60. A *Internet society* é uma entidade privada, sem fins lucrativos, criada em 1992, para supervisionar o funcionamento de outras instituições, quais sejam, a *Internet Engineering Task Force* (IETF) e a *Internet Researching Task Force*. Desde, então, a *Internet society* mantém o relevante serviço de supervisionar o desenvolvimento da própria rede, como se observa em <<http://www.isoc.org>>. Por sua vez, o *Wide Web Consortium* também é uma instituição privada, ancorada nos Estados Unidos, responsável pelo controle dos protocolos da rede, dividindo, portanto, com as demais instituições, o *governo* da Internet.

<sup>315</sup> O sistema é, essencialmente, uma rede de interesses que os computadores utilizam para a comunicação entre eles. Sobre o tema consulta, entre outros, FULLER, 2001 op. cit.

<sup>316</sup> Neste sentido, ver GRAHAM, 2001, op. cit.

<sup>317</sup> Conferir em CASTELLS, 2003, op. cit., p. 30.

<sup>318</sup> *Ibid.*, passim.

<sup>319</sup> Conferir em HANCOCK, Douglas. An Assessment of ICANN's mandatory uniform dispute resolution policy in resolving disputes over domain names. *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*. Disponível em <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-3/hancock.html>>, jan. 2004.

*fórum internacional*, integrado por representantes do mundo da Internet de todo o globo.<sup>320</sup> Essas duas idéias seriam as bases à criação do ICANN, uma vez que o governo norte-americano, até então, através do Departamento de Comércio, ainda mantinha alguma ascendência sobre a rede.<sup>321</sup>

Várias acusações são feitas à ICANN e decorrem, em grande parte, dos vínculos mantidos com o Estado norte-americano. O documento que a instituiu dotou a instituição de um perfil privado, sem fins lucrativos, porém, de acordo com as leis do Estado norte-americano da Califórnia.<sup>322</sup> Sua sede física, além disso, encontra-se desde então no mesmo Estado. Todas essas circunstâncias levam muitos autores a levantar a hipótese de a ICANN ser apenas um braço privado a serviço do governo norte-americano.<sup>323</sup>

Embora a questão seja extremamente polêmica e sujeita a instabilidades – inclusive as que ainda resultem das reflexões originadas na Cúpula da Sociedade da Informação –, há uma série de fatos que atenuam aos que se apresentam contrários à tese da dominação americana. Entre eles, o caráter multifacetário dos integrantes da instituição, composta por 19 diretores que representam a heterogênea comunidade da Internet.<sup>324</sup> Em outubro de 2005, o Conselho era composto por pessoas provenientes do Brasil, México, Canadá, Japão, Austrália, Alemanha, Coreia, Quênia, França, entre outros. Todos esses membros foram indicados por instituições privadas que integram o *universo* da Internet, advindos da academia, do mundo da técnica ou do campo dos negócios.

As discussões são amplas e bastante democráticas, acompanhadas por todos os atores do universo da rede, sem que se constate qualquer pressão anormal por parte do Estado norte-americano.<sup>325</sup> O modelo de gestão da ICANN também é caracterizado pela descentralização, pela formação do consenso e mesmo pela possibilidade, de qualquer interessado - ainda que não represente a uma entidade - participar dos debates que formulam as políticas da

<sup>320</sup> Neste sentido, MUELLER, 1999, op. cit., p. 503.

<sup>321</sup> Como se lê em CASTELLS, 2003, op. cit., p. 31.

<sup>322</sup> Conforme texto literal do *Articles of incorporation of Internet corporation for assigned names and numbers*, ato instituidor do ICANN, disponível em <<http://www.icann.org>>, recuperado em novembro de 2004.

<sup>323</sup> Por todos, consultar FROMKIN, Michael. Wrong turn in cyberspace: using icann to route around the apa and the constitution. *Duke Law Journal*, v. 50, n. 17, p. 51, 2000.

<sup>324</sup> CASTELLS, 2003, op. cit., p. 32.

<sup>325</sup> A instituição através de vários editais chama a comunidade acadêmica e ligada à Internet a participar de debates, promove rodadas de discussões em várias partes do planeta, publica, em seu *site*, amplo acervo de informações e provoca a interação dos seus usuários.

instituição e que acontecem, ao menos, três vezes por ano.<sup>326</sup> A transparência na gestão e a organização da entidade são garantidas também pela existência de versões nacionais do seu *site*, com a reprodução integral de todos os seus mais significativos documentos e o uso de mais de quatorze diferentes linguagens.<sup>327</sup>

O ICANN pode figurar, desta maneira, como exemplo de um órgão com poder normativo na rede, fundado no consenso e na decisão do conjunto dos internautas e de suas entidades representativas, como assevera Caprioli.<sup>328</sup>

Essa ampla liberdade e o poder de regulação que lhe é inerente não são, contudo, exclusivistas e excludentes, articulando-se com iniciativas de caráter público. Desta forma, o aporte das contribuições decorrentes da autonomia privada, necessariamente, articular-se-á com as atuações públicas. Trata-se do expreso reconhecimento de que a autonomia privada não servirá de *panacéia* para todos os problemas. Ao contrário, para que os instrumentos de contenção dos riscos atuem com toda a sua eficácia, dependem de harmonia e articulação com as iniciativas públicas.

### **B.3 – A insuficiência da atuação exclusiva da autonomia privada**

A presente proposta de reconhecimento e concessão de maior espaço para a atuação da autonomia privada na contenção dos riscos da sociedade da informação não possui a pretensão de ser o mecanismo preponderante ou exclusivo de solução para os tantos problemas decorrentes do emprego da Internet no universo empresarial; antes disso, parte das idéias já explicitadas de *cooperação entre poderes criativos* (em Ferreira de Almeida) ou de *distribuição de competências* (em Robert Alexy). Participa, além do mais, do movimento de reconhecimento de manutenção do papel da autonomia e do negócio como expressões

---

<sup>326</sup> Conferir os documentos disponíveis no *site* <<http://www.icann.org>>.

<sup>327</sup> Para o Brasil, o endereço com tradução integral de todo o conteúdo oficial é [www.icann.org.br](http://www.icann.org.br)

<sup>328</sup> CAPRIOLI, Eric. *Réglement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*. Paris: Litec - JurisClasseur, 2002. p. 89, em que se reproduz o texto alegadamente retirado do *site* do ICANN: *ICANN has no other governmental power: its authority is entirely a consequence of voluntary contracts and compliance with its consensus policies by the Internet community. It has no power to force any individual or entity to do anything ; it's "authority" is nothing more than the reflection of the willingness of the members of ICANN as a consensus development vehicle.*



jurígenas inseridas no ordenamento jurídico, em coexistência com as outras fontes ou modelos jurídicos (Miguel Reale).

A adoção, em escala geométrica, das novas tecnologias da informação já tem, significativamente, alterado expressões do relacionamento humano, do comércio nacional e internacional, da forma de governar e lidar com a coisa pública, da regulação da propriedade intelectual, das próprias noções de posse e propriedade, entre outras dimensões da convivência social.<sup>329</sup> A complexidade destas relações, entretanto, tende a crescer, ano a ano, por conta das novas aplicações que se fazem da tecnologia em permanente evolução, determinando, assim, a necessidade de que a regulação jurídica seja ágil e suficiente a fim de acompanhar tão intenso ritmo de mudanças.

Nesse quadro, o esforço de cooperação entre Estados e sociedade civil (por meio do exercício da autonomia privada e da figura do negócio jurídico) parece imprescindível, na tentativa de abranger o maior nível de situações fáticas, algumas passíveis de regulação expressamente privatista; outras, necessitadas da intervenção pública.

Neste sentido, é preciso reforçar e repisar: uma *visão privatista da segurança na sociedade da informação* não é excludente de outras formas de regulação e de solução de conflitos, mas antes, integradora. Parte-se da premissa de que, efetivamente, algumas espécies normativas e certos tipos de conflito encontram na órbita privada um melhor espaço de regulação. Reconhece-se, por outro lado, que os poderes estatais, em alguns casos, são impositivos, como, exemplificativamente, os que se referem aos crimes perpetrados neste meio.

Não se pode pensar, desta forma, em uma regulação exclusivamente estatal para o *direito da sociedade da informação*, como também não se sustentam visões que privilegiem uma solução apenas privada. Ambas, isoladamente postas, apresentam-se incompletas, lacunosas e sem efetividade à atribuição de segurança jurídica à rede.

---

<sup>329</sup> Sobre a complexidade da sociedade da informação, exemplificativamente, ver LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 21.

As contribuições que pode o Direito Privado oferecer à regulação da sociedade da informação e aos mecanismos de solução de conflitos são inúmeras e também não se esgotam apenas na autonomia privada.

Sublinha-se, portanto, a insuficiência da autonomia privada para fundamentar, com exclusividade, os vínculos ocorridos no comércio pela Internet e, ao mesmo tempo, para servir como instrumento exclusivo de contenção dos riscos e perigos da Internet.<sup>330</sup>

Nesse contexto, o princípio da confiança jurídica contribui na perspectiva de atribuição de segurança ao trânsito negocial pela rede. Tal princípio extrapola os limites da autonomia privada e funda-se na proteção das expectativas legítimas dos destinatários do negócio jurídico. É que, para além das obrigações, expressamente, assumidas, outras surgem, decorrentes de uma *teia de expectativas mais ou menos institucionalizadas, que se constituem como sistema de referência (extracontratuais) do programa contratualmente estabelecido*.<sup>331</sup>

O princípio da confiança possui múltiplas funções e dimensões. Ainda que se articule com as idéias de boa-fé subjetiva e objetiva, com elas não se confunde.<sup>332</sup> Seu papel principal é, justamente, o de servir como fonte produtora de deveres jurídicos, tendo em vista a satisfação de expectativas geradas na interação social.<sup>333</sup> Atua, deste modo, como justificativa ou explicação para a vinculatividade dos negócios jurídicos, para além dos limites da autonomia privada.<sup>334</sup>

---

<sup>330</sup> Assim assevera MARTINS-COSTA, Judith H. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. In: \_\_\_\_\_. *Parecer*, no prelo: *Como sinaliza MENEZES CORDEIRO, o fundamento do reconhecimento e da tutela do negócio jurídico não pode ser visto apenas na autonomia privada. Fosse esse o caso, observa, o "negócio" cessaria logo que o declarante mudasse de opinião. Por isto é que o "direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela necessidade de proteger a confiança que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes da comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele*".

<sup>331</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 455.

<sup>332</sup> As expressões encontram unidade, segundo Judith H. Martins-Costa, no princípio geral da confiança que domina todo o ordenamento; contudo, distintos são os papéis desenvolvidos. Enquanto a boa-fé subjetiva diz respeito à naturalista de boa-fé, a objetiva é o princípio que designa, no Direito das Obrigações o *standard de lisura, correção, proibidade, lealdade e honestidade, enfim, o civiliter agere que deve pautar as relações subjetivas regradas pelo direito*. MARTINS-COSTA, Judith H. *Parecer*, op. cit., p. 15.

<sup>333</sup> *A confiança, por sua vez, atua multifuncionalmente, seja como (i) princípio geral, seja como (ii) matriz ou fundamento da ação segundo a boa-fé, seja, enfim, (iii) autonomamente, como fonte direta de direitos e deveres*. MARTINS-COSTA, Judith H. *Parecer*, op. cit., p. 16. Grifo do autor da tese.

<sup>334</sup> MARTINS-COSTA, loc. cit.

A proteção da confiança insere-se, desta forma, em um movimento que se originou na Sociologia e, hoje, alcança respaldo na *nova Economia Institucional (NEI)*. Por essa doutrina, cabe ao Direito, como *instituição social*, facilitar a cooperação entre os indivíduos e reduzir a chamada “insegurança estratégica”.<sup>335</sup>

Essa concepção da teoria da confiança atribui às instituições (e, portanto, também ao Direito, através da doutrina e da jurisprudência) não apenas reduzir a insegurança negocial, mas, sobretudo, *promover a confiança*.<sup>336</sup> O esforço justifica-se, pois, quanto maior o grau de “insegurança estratégica”, menor *será a cooperação entre os indivíduos; e inversamente quanto maior o grau de confiança na conduta alheia, maior tenderá a ser o nível de integração econômica e, com isso, de eficiência e desenvolvimento*.<sup>337</sup>

As relações negociais, realizadas através da Internet, consubstanciam-se em *novos métiers da confiança*.<sup>338</sup> Seu papel e efeitos, na perspectiva da proteção das expectativas legítimas, complementam e integram um poderoso arcabouço protetivo das partes do negócio jurídico. Devem-se preservar as legítimas expectativas geradas de parte a parte.<sup>339</sup> Tal atividade – também a ser desenvolvida institucionalmente pelo Direito – não visa apenas a atingir os diretamente envolvidos no conflito, mas, ao contrário, lança-se *em rede (Nova Economia Institucional)*, perpassa toda a Internet, já que será fundamento (ou impedimento) para os novos negócios e às transações (*segurança estratégica*).

A segurança dos negociantes na rede não será alcançada apenas pelo emprego de novas tecnologias (as quais, em geral, tornam-se obsoletas em curto tempo) ou exclusivamente pelo exercício de formas renovadas da autonomia privada (selos e arbitragem

<sup>335</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., p. 2.

<sup>336</sup> MARTINS-COSTA, loc. cit.

<sup>337</sup> MARTINS-COSTA, loc. cit.

<sup>338</sup> GOBERT, Didier. Le développement du commerce électronique: les nouveaux métiers de la confiance. Droit des technologies de l'information - regards prospectifs. *Cahiers du C.R.I.D.*, Bruxelles, n° 16, p. 3-32, 1999b e também em <<http://crid.fundp.ac.be>>.

<sup>339</sup> *Distinguem-se, pois, os princípios da boa-fé e da confiança: aquela, a boa-fé, liga-se, primariamente, ao dever geral de cooperação, impondo, para tal fim – pautas de correção, lealdade, proibidade e consideração aos interesses legítimos do parceiro (civiliter agere); esta, a confiança, prende-se, primariamente, à geração de expectativas legítimas cuja manutenção pode constituir um dever jurídico (dever de manter a confiança suscitada) e cuja frustração pode ocasionar responsabilidade por danos (responsabilidade pela confiança).* Conforme MARTINS-COSTA, Judith H. *Parecer*, op. cit., p. 19.

eletrônica).<sup>340</sup> Impõe-se a articulação com a teoria da confiança e com outros meios que possam, eventualmente, responsabilizar a quem corrompa a confiança depositada em determinado pacto.

Veja-se, a título de ilustração, um caso recente relatado pela imprensa internacional.<sup>341</sup> Nele, uma conhecida livraria virtual optou por não divulgar números telefônicos para o contato com os seus clientes e, ao mesmo tempo, a desprezar ou não o atendimento esperado (expectativa legítima) no *pós-compra*, ensejando a criação de um *site paralelo* que passou a armazenar as queixas dos clientes e a fornecer as informações procuradas por eles.<sup>342</sup>

Efetivamente, até outubro de 2005, o *site* eletrônico da empresa não informava aos seus consumidores qualquer serviço de atendimento de sugestões, queixas ou elogios através de serviço telefônico. Daí a demanda, segundo informa o *The New York Times* pelo *site* “anti-amazon”, pois ele fornecia todos os números telefônicos de acesso aos escritórios da empresa, permitindo, desta forma, que inúmeras questões fossem resolvidas.<sup>343</sup>

O exemplo – quase lúdico e bastante simplista – demonstra a insuficiência por si só da autonomia privada para solver todos os tipos de conflitos negociais. A livraria não adota qualquer tipo de *código de conduta* (externo) ou está vinculada à entidade empresarial que

---

<sup>340</sup> Como defende, entre outros FOVEAU, Séverine. *Le commerce électronique en toute confiance*. Diagnostic des pratiques et environnement juridique. Paris: Litec, 2001. p. 27: *Le développement du commerce électronique nécessite la présence de facteurs de confiance qu'on peut regrouper en trois éléments fondamentaux: les labels de confiance, la sécurité, les labels d'assurance.*

<sup>341</sup> Na verdade, tratou-se de uma gama de publicações, em diversos jornais norte-americanos, revelando o descontentamento com os serviços de atendimento ao consumidor prestados pela livraria virtual. Para acesso à matéria, consultar “Customer Service: the hunt for a human” no *site* do *New York Times*, Caderno de Tecnologia, em <<http://www.nytimes.com/2004/12/30/technology/circuits>>, recuperado em outubro de 2005. Ver, ainda, importante reportagem na seção *books*, no *The Austin Chronicle*, publicado em 27 de dezembro de 2002 e disponível em <[http://www.austinchronicle.com/issues/dispatch/2002-12-27/books\\_newsprint.html](http://www.austinchronicle.com/issues/dispatch/2002-12-27/books_newsprint.html)> e também “Feeling disconnected”, <<http://www.usnews.com/usnews/culture/articles/030818/18web.htm>>, recuperado em outubro de 2005.

<sup>342</sup> Trata-se da livraria conhecida como *Amazon* que é uma das mais conhecidas empresas da *economia digital*. Seu pioneirismo – iniciou as atividades ainda em 1995 e disponibiliza um acervo de mais de um milhão de exemplares – garantiu-lhe a posição de um verdadeiro ícone do comércio realizado pela rede. Sobre o tema, consultar CANO, Carlos Baldessarini. Organizações no espaço cibernético: estudo comparativo Amazon e Altavista Books. *Revista da Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2002. Igualmente, consultar o seguinte link, voltado a investidores e acionistas da *Amazon*: <<http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml>>, recuperado em outubro de 2005.

<sup>343</sup> O endereço do *site*, amplamente divulgado nas matérias jornalísticas, é <<http://www.clicheideias.com/amazon.htm>>, visitado em outubro de 2005. Em junho de 2006, contudo, não foi mais possível localizar o endereço eletrônico.

estabeleça princípios de atendimento ao consumidor. Não adere, deste modo, a qualquer selo de certificação ou mecanismo privado de solução de conflitos.

Todavia, ao comercializar pela rede, de forma ágil e dinâmica, angariando a preferência de milhares de consumidores em todo o globo, a empresa gera enorme gama de expectativas em seus clientes. Trata-se de aguardar a entrega de um presente, de uma encomenda ou mesmo, em outro exemplo, de um material de trabalho e de confiar no preço lançado na tela do computador. Todas essas expectativas – *que transcendem o quadro semântico da conduta humana, mesmo que não integrem formalmente o conteúdo do acordo* – devem ser preservadas.<sup>344</sup> E ensejam responsabilização civil, caso não sejam observadas. Além disso, no desenvolvimento do negócio jurídico, deve a empresa, necessariamente, pautar-se segundo os ditames da boa-fé objetiva, com lisura e honestidade.<sup>345</sup>

Reconhecida, desta maneira, a limitação de atuação da autonomia privada no âmbito da sociedade da informação e a sua necessária articulação com outros princípios jurídicos, cumpre, ainda, examinar a conformação que, enfim, podem assumir funcionalmente a autonomia privada e o negócio jurídico.

#### **B.4 – Renovação funcional da autonomia privada no âmbito da sociedade da informação**

Diariamente, por toda a rede, inúmeras declarações com conteúdo negocial são realizadas. Essas declarações, por sua vez, destinam-se a um repertório amplo de fins e objetivos: comunicações entre pessoas, comércio entre empresas, comércio entre consumidores e empresas, prestação de serviços diversos, transferência de arquivos digitais, entre outros.<sup>346</sup>

---

<sup>344</sup> CARNEIRO DA FRADA, op. cit., p. 456.

<sup>345</sup> *Se as relações obrigacionais são, como vimos, “relações de cooperação”, a boa-fé é o princípio que informa o modo pelo qual tal cooperação será devida, norteando o teor geral desta colaboração intersubjetiva que não está limitada ao campo contratual, espraiando-se em todas as relações obrigacionais.* MARTINS-COSTA, op. cit., p. 16.

<sup>346</sup> A chamada *sociedade de informação* possui, como se sabe, inúmeras expressões, tais como as arroladas acima. Para o exame dos variados traços deste complexo fenômeno social, verificar, entre outros, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Estudos sobre Direito da Internet e da sociedade da informação*. Lisboa: Almedina, 2001. p. 83.

Muitas dessas declarações consubstanciam-se em negócios jurídicos: formas de regulação de determinados interesses nas quais o próprio particular *ordena* as relações envolvidas.<sup>347</sup> Trata-se, deste modo, de exercício da autonomia privada, em sua acepção mais simples, como poder particular de auto-regulação.

A necessidade de se atribuir segurança jurídica ao denso volume de declarações negociais que se realizam no cotidiano da sociedade – aqui entendido *segurança* como estabilidade dessas declarações – impede que a autonomia privada figure como a sua única base.<sup>348</sup> Não são pruridos dogmáticos que se impõem para afastar também a autonomia privada como fundamento exclusivo das declarações negociais.<sup>349</sup> Fosse possível calcar, na vontade ou na autonomia, todo o sustento dos negócios jurídicos, uma onda de instabilidade circularia não só à Internet como também ao *mundo jurídico concreto*, dos negócios, dos mercados, das bolsas de valores e, por fim, das economias.

E porque a proximidade entre Economia e Direito nunca foi tão pronunciada quanto na sociedade da informação e no seu conseqüente que é o comércio realizado pela Internet<sup>350</sup>, faz-se necessário reinterpretar e readequar os mesmos institutos jurídicos que, no passado, já foram suficientes à modelagem das relações entre fenômenos jurídicos e fenômenos econômicos.<sup>351</sup>

Ao clicar no *accept* ou *concordo* de determinado *site* eletrônico, o sujeito jurídico realiza, concretiza e integraliza um negócio jurídico. Trata-se de encarar, desta maneira, o negócio jurídico como um ato de *performance*, de mudança real no mundo dos fatos por uma comunicação que contém, em si mesmo, muito mais que um enunciado.<sup>352</sup> Afinal, gera, por

---

<sup>347</sup> Para Menezes Cordeiro, o negócio jurídico é um ato de autonomia privada, a que o Direito associa a constituição, modificação a extinção de situações jurídicas. A positividade do negócio advém do Direito que institui, regula e defende a autonomia privada. Conferir em CORDEIRO, 1987, op. cit., p. 246.

<sup>348</sup> Neste sentido, ver ALMEIDA, 1992, op. cit., p.115.

<sup>349</sup> Conferir sobre o tema o pensamento de ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 118, *para quem à vontade não se consegue referenciar uma realidade psíquica autônoma, nem atribuir uma definição unitária; a vontade não constitui fundamento reconhecível de eficácia negocial, nem tal fundamento seria compatível com certos aspectos do regime do negócio jurídico.*

<sup>350</sup> FRIEDMAN, David. Contracts in cyberspace. *Texto apresentado no Encontro da Associação Americana de Direito e Economia*, em 06 de maio de 2000, disponível em: <[http://www.bests.com/~ddfr/Academic/contracts\\_in\\_cyberspace.html](http://www.bests.com/~ddfr/Academic/contracts_in_cyberspace.html)>, recuperado em 14 de abril de 2001.

<sup>351</sup> Como propugna FERRI, Giovanni. Il negozio giuridico e la disciplina del mercato. *Rivista del Diritto Commerciale*, p. 723, nov./dez. 1991.

<sup>352</sup> Na teoria formulada por ALMEIDA, 1992, op. cit., passim.

outro lado, a necessária tutela da confiança: ao clicar, realizou, por sua conduta, a criação de expectativas legítimas no *alter*.

Sem se utilizar de uma longa lista de teorias que tentaram adequar a teoria do negócio jurídico, quando não houvesse a presença de duas declarações negociais bem determinadas, como a do *contato social*, a teoria possui o condão de recuperar a unitariedade do sistema, evitando soluções fracionadas e parciais.

Como grande parte do comércio realizado pela Internet implica distância entre as partes envolvidas e, ao mesmo tempo, comunicação instantânea entre elas, a doutrina entende que possam ser categorizadas como pactos entre presentes.<sup>353</sup> Nessas comunicações facilitadas pela utilização da rede, a adoção de certos comportamentos significa uma declaração tácita de aceitação ou de proposição. Neste sentido, atitudes como a aceitação de um *download* (descarga de determinado conteúdo ou programa através da rede), a concordância sobre a cobrança relativa ao acesso a algum conteúdo pago da rede, a utilização de alguma utilidade que tem como pré-requisito a concordância com alguma espécie negocial, o acesso a determinado *site* para a conversação eletrônica mediante o implemento de algumas condições, entre outras formas que já existiram nesses anos de Internet - como as que hoje são utilizadas e as que serão lançadas por fruto da criatividade humana -, são, portanto, declarações negociais de feição tácita, concluindo pactos por comportamentos tidos como concludentes.<sup>354</sup>

Essa peculiar dinâmica do comércio realizado pela Internet possui, ainda, uma feição que se pode dizer coletiva ou plural. Não se trata, apenas, da *autonomia privada do indivíduo*, mas, antes, da *autonomia privada das instituições*.

Neste sentido, a autonomia pode ser exercida em uma dimensão quase que coletiva, oriunda das iniciativas dos particulares e que se remete à formação de associações, entidades, organizações não-governamentais e outras expressões da sociedade civil.<sup>355</sup> Da união de particulares, surgem instituições de caráter também privado que, por sua vez, podem dar

---

<sup>353</sup> Por todos, IPPOLITO, Fúlvio Sarzana et alii, *Profili giuridici del commercio via Internet*. Milano : Giuffrè, 1999. p. 79.

<sup>354</sup> Com a adoção da teoria de PINTO, 1995, op. cit., passim.

<sup>355</sup> Como escreve POST, David G. Anarchy, state and the Internet: an essay on law-making in cyberspace. *Online Journal Law Temple University Law School*. Disponível em: <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/anarchy.html>>, 1995, recuperado em dezembro de 2001.

origem a outras instituições de mesma natureza, sempre que lícitos os seus objetivos e em áreas nas quais o Estado e os organismos internacionais não possam, por obstaculização fática ou jurídica, realizar determinadas competências.<sup>356</sup> Nesse *espaço*, encontram-se as empresas que atuam com a certificação de *sites* ou, ainda, as que promovem a solução de conflitos *online*.

Este *agir*, a partir da autonomia privada, inclusive através de empresas e outras pessoas jurídicas, encontra, no Código Civil brasileiro de 2002, plena acolhida. Mais que realizar negócios jurídicos estanques e isolados, implementam verdadeira *atividade negocial ou empresarial*, como bem ensinaram Fábio Comparato e Calixto Salomão Filho.<sup>357</sup> São negócios jurídicos realizados de forma reiterada e articulada, mantendo sempre uma mesma finalidade, em relação interdependente com os demais.<sup>358</sup>

Essa *atividade negocial*, desta forma, não pode ser desconsiderada em suas interações internas e externas. Internamente, é considerada uma seqüência de atos e negócios jurídicos; externamente, apresenta-se como uma *atividade*, de caráter negocial, realizada, sobretudo, no âmbito do Direito da Empresa. Assim, a idéia de *atividade negocial* resulta e, ao mesmo tempo, expressa a inteireza do Código Civil, ao articular o Direito das Obrigações ao Direito da Empresa. Se do primeiro livro extrai-se o negócio jurídico como célula, do Direito da Empresa decorre a compreensão de *atividade negocial*, como tecido formado por um conjunto integrado de células, postas à realização de determinada função orgânica.

A noção apresenta a sua origem na previsão de um dos autores do Anteprojeto de Código Civil.<sup>359</sup> Escora-se na proposição de uma *categoria jurídica diferenciada* desde a percepção de que nem todos os negócios jurídicos são atos isolados, sem habitualidade,

---

<sup>356</sup> Como já havia anotado LARENZ, op. cit., p. 169-171.

<sup>357</sup> *O conceito básico do moderno Direito Comercial é o de atividade empresarial, substituindo a velha noção de comércio. Atividade é uma série de atos tendentes ao mesmo escopo. Este engloba tanto atos ou negócios jurídicos quanto simples atos materiais.* COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle da sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

<sup>358</sup> Neste sentido, BARROS LEÃES, Luis Gastão Paes de. A disciplina da empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, v. 128, p. 11-12, out./dez. 2002.

<sup>359</sup> Como refere MARCONDES, apud MARTINS-COSTA, 2005, op. cit., p. 81: *não obstante serem os atos negociais facultados a todas as pessoas e, por essa razão, cabíveis num direito objetivo comum, o certo é que a sua prática, quando continuamente reiterada, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, que busca uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transubstancia em atividade.*



continuidade finalística e coordenação sistemática, como assinala Barros Leães.<sup>360</sup> Funda-se, sobretudo, na necessária compreensão deste código, de suas opções metodológicas e de suas potencialidades.<sup>361</sup>

O Código, a propósito dessa constatação, avançou ao abandonar como categoria geral os atos jurídicos e, ao fixar, como categoria mais ampla, a dos negócios jurídicos (Título I, Livro III, da Parte Geral, artigo 104). Seria, na aguda percepção de Judith H. Martins-Costa, resposta à necessidade de *dinamização* do Direito Civil e dos negócios em geral, deixando o *ato* e a sua *imobilidade* (ainda reflexo do paradigma voluntarista) e passando-se à compreensão do negócio e da atividade, como decorrência de uma *sociedade complexa e transversalizada, na qual convivem várias temporalidades históricas*.<sup>362</sup>

Ao se vislumbrar as formas de *aplicação da autonomia privada e do negócio jurídico no âmbito da sociedade da informação*, observa-se que a idéia de *atividade negocial* ampara de forma mais confortável a intensa relação e correlação de negócios jurídicos que permeiam a rede, caracterizados por extrema dinamicidade.

Além disso, sublinhe-se, mais uma vez, que a formação destes entes privados, que realizam a certificação e a solução eletrônica de conflitos, dá-se a partir de negócios jurídicos. Não são, certamente, contratos que constituem os atos instituidores destas entidades – organizações empresariais, organizações não-governamentais, empresas privadas de auditorias técnicas – e, tampouco, são contratuais os vínculos destas entidades com *terceiros*, fornecedores de bens, produtos e serviços pela Internet.<sup>363</sup> Os atos constitutivos dessas sociedades são negócios jurídicos plurais, nos quais a multiplicidade de declarações converge para um mesmo objetivo: o de contenção dos riscos da Internet. Trata-se, desta maneira, de

---

<sup>360</sup> BARROS LEÃES, 2002, op. cit., p. 12.

<sup>361</sup> A noção de *atividade negocial*, na visão de Judith H. Martins-Costa, poderia facilitar a *adequada compreensão de variadas formas contratuais criadoras de relações interdependentes e finalisticamente ligadas*. Nesse sentido, entre os exemplos arrolados pela autora, a idéia de *atividade negocial* poderia facilitar a demarcação entre *mora* e *perda da utilidade da prestação para o credor*. Ora, se determinado negócio jurídico, mais do que um evento isolado, está integrado a uma *atividade negocial* que foi definitivamente frustrada pelo inadimplemento, torna-se impossível a purgação da mora. Deste modo, ver MARTINS-COSTA, 2005, op. cit., p. 82.

<sup>362</sup> Ibid., p. 80.

<sup>363</sup> Reiterando o que já afirmara PONTES DE MIRANDA, 1954, op. cit., p. 10-12.

uma conjunção de vínculos, *diferenciados estruturalmente, porém interligados por uma articulação e pelo estável nexa econômico, funcional e sistemático.*<sup>364</sup>

No foco específico do trabalho, que diz respeito às formas de prevenção, atenuação e mitigação da cascata de riscos que são inerentes à rede, a atuação de empresas certificadoras, de instâncias privadas e virtuais de soluções de conflitos integram-se em uma única *atividade* predisposta à atribuição de segurança. O próprio usuário ou consumidor integra esta *malha* negocial.<sup>365</sup> Também ele atua nesta intensa relação ao emprestar, por seu *ato de iniciativa* em relação a determinado *site*, uma parcela da autonomia privada que abastece a trama negocial.<sup>366</sup>

Esses fios unem a entidade certificadora aos *sites*, às empresas que solicitam a concessão de selos, às auditorias privadas que atuam na verificação da manutenção dos requisitos e ao próprio consumidor - todos, desta forma, vinculados a uma mesma *atividade negocial*.

Essa densa e intensa normatização tem sustentado a *arquitetura da Internet*, desde a sua célula fundamental – o usuário e o seu computador –, até as estruturas organizacionais mais complexas, como o ICANN.

Essa liberdade, contudo, cobra o tributo do risco. Ao se permitir o anonimato e a *invisibilidade* no uso da rede, ao se tolerar a criação de novos empregos para a Internet e ao se conceder à sociedade da informação novas formas de juridicidade, como os negócios jurídicos celebrados *online*, ampliam-se as potencialidades para as atividades escusas, a fraude, o ilícito e o dano.

---

<sup>364</sup> Nas palavras de MARTINS-COSTA, 2005, op. cit., p. 70, ao tratar do fenômeno das redes contratuais e dos contratos relacionais.

<sup>365</sup> Não há, portanto, como confundir atividade com ato ou negócio jurídico. A capacidade para a prática de ato difere da capacidade para o exercício de uma atividade. Aquela pode ser absoluta ou relativa; esta é sempre absoluta. Não há pessoas relativamente capazes para o exercício de uma profissão. Por outro lado, o regime da validade dos atos isolados difere do da atividade: no primeiro caso, distingue-se a nulidade da anulabilidade; no segundo, fala-se, mais profundamente, em regularidade ou irregularidade. Neste sentido, ver COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, p. 125.

<sup>366</sup> Significa dizer: o consumidor (aquele que ingressa em relação típica de consumo) e o usuário (o indivíduo que apenas se utiliza da rede para a obtenção de bem, produto ou serviço, mas que não se qualifica como consumidor final) exercem a sua autonomia privada ao optar, dentre o amplo acervo de *sites*, por um específico, e por, livremente, submeterem-se, seja por concordância ou por anuência, com a normatividade que lhe for ínsita e estiver exposta no *site*, inclusive pelo uso de selos. Acerca do *ato de iniciativa*, conferir novamente PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 19 e ss.

Neste sentido, à liberdade impõem-se riscos que precisam ser mitigados por estruturas coerentes com a natureza dos interesses a serem preservados. Daí a percepção de que a própria autonomia privada pode fornecer elementos de contenção dos riscos, decorrentes do seu exercício coligado a outras formas, preservando-se, dessa maneira, os mesmos valores e objetivos dos particulares que instauraram determinados tipos negociais (negócios pela Internet) ou fundaram certos agrupamentos sociais (entidades geradas para a regulação da Internet).

A contenção dos riscos que permeiam a sociedade da informação refere-se diretamente ao estabelecimento de um *estado de segurança* que não se pode imaginar, reduzido a questões meramente eletrônicas ou da técnica da Informática. Algoritmos, *firewall*, antivírus, redes seguras, criptografia, sobreposição de senhas e outros recursos técnicos não possuem o condão para, por si só, vencerem todos os fatores da crescente insegurança com o uso da rede. Impõe-se que, ao lado da segurança técnica, construa-se uma *segurança jurídica*.<sup>367</sup>

A segunda parte do trabalho abordará os riscos que são inerentes à sociedade da informação e as formas que podem ser utilizadas, também fundadas na autonomia privada, à sua contenção. Com esses fundamentos, é que se apresentarão os fenômenos da *labelização* dos *sites* eletrônicos e da adoção dos chamados *online dispute resolution*. Mais que mera expressão de liberdade, configuram-se em instrumentos para o exercício deste valor.

---

<sup>367</sup> Neste sentido, ver PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Comércio electrónico na sociedade de informação: da segurança técnica à confiança jurídica. Lisboa : Almedina, 1999. passim.

## **Parte II – A contenção dos riscos através de um renovado exercício da autonomia privada**

A produção de riscos, como já se viu, está diretamente vinculada à própria atividade econômica.<sup>368</sup> Vivendo sob um *vulcão civilizatório* – na feliz expressão de Ulrich Beck –, os perigos atuais decorrem da crescente *superprodução industrial*.<sup>369</sup>

A distinguir os riscos contemporâneos daqueles que sempre estiveram relacionados à produção de riquezas, encontra-se entre eles uma substancial diferença. Ao contrário do passado, os atuais riscos não se prendem a determinado território ou a certos grupos de pessoas, mas são globalizados, deixando de respeitar fronteiras e limites naturais, projetando-se pelo *vento* e pela *chuva* para uma ampla gama de vítimas.<sup>370</sup>

Em grande parte, os riscos deixaram de ser perceptíveis pelos sentidos humanos e passaram a necessitar, mesmo para a constatação da sua presença, do apoio das ciências. É que muitas das espécies de perigos contemporâneos são silenciosos e pacientes, podendo aguardar meses e mesmo anos à sua manifestação, como os derivados da radioatividade, da contaminação de alimentos e de outras *enfermidades civilizatórias*.<sup>371</sup> A simples constatação do risco exige, desta forma, a intervenção das ciências e da técnica.

Neste quadro – o de riscos globalizados e silenciosos –, encontram-se os perigos específicos da sociedade da informação.

A contaminação de um sistema de computadores por um programa espião ou por um *software* lesivo, muitas vezes, só poderá ser identificado após perícia técnica ou pela execução de outros programas.<sup>372</sup> Os prejuízos de tal violação, contudo, podem disseminar-se por um

---

<sup>368</sup> No dizer de BECK, 1998, op. cit., p. 19.

<sup>369</sup> BECK, loc. cit.

<sup>370</sup> BECK, loc. cit.

<sup>371</sup> BECK, 1998, op. cit., p. 19.

<sup>372</sup> A Internet, como meio de comunicação, informação e conhecimento, atinge, indistintamente, a toda sociedade, como afirma BALLARINO, Tito. *Internet nel mondo della lege*. Padova: Cedam, 1998. p. 3.

conjunto enorme de pessoas, por força da interconexão dos computadores e de suas redes, atingindo a indivíduos que, mesmo não possuindo qualquer contato com os artefatos da Informática, possuem nomes, serviços, valores econômicos ou patrimônio, listados em bancos de dados.<sup>373</sup> É assim que os riscos vinculados à sociedade da informação são também, muitas vezes, gerais e globais - são os *chamados riscos tecnológicos*.<sup>374</sup>

Em muitos casos, a ocorrência efetiva dos danos, por meio de certa programação, pode estar destinada a ocorrer em data no futuro, como no caso de vírus em um computador ou em uma rede.<sup>375</sup> Aguardando, de forma discreta, o momento oportuno para gerar transtornos a equipamentos e a sistemas ou para capturar senhas e outras informações relevantes, o risco no uso de um computador é sempre um fato e possui, necessariamente, esta dimensão de *futuro* e de *incerteza*.<sup>376</sup>

Tendo-se como indissociáveis, desta forma, a *sociedade da informação* da *sociedade do risco*, avança-se no debate instaurado no início deste trabalho acerca das formas de minimização desses perigos, da repartição dos riscos e da sua limitação, propondo-se uma contribuição desde a participação dos particulares na construção de instrumentos de segurança.

O intento de vislumbrar formas de prevenção e eliminação do risco graças à autonomia privada encontra amparo no modelo jurídico por ela prefigurado, capaz de transcender fronteiras e línguas, sendo assimilada pela via da liberdade contratual, da autodeterminação e do conjunto de princípios que iluminam as relações entre os privados.<sup>377</sup>

É pela via da circulação de modelos jurídicos em escala planetária que a autonomia privada pode atuar como mecanismo de estabelecimento de pactos e, ao mesmo tempo, de solução de controvérsias.<sup>378</sup>

---

<sup>373</sup> BECK, 1998, op. cit., p. 33.

<sup>374</sup> Na expressão de GHERNAOUTI-HÉLIE, Solange. *Internet et sécurité*. Paris: PUF, 2002. p. 12.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>376</sup> BECK, 1998, op. cit., p. 39.

<sup>377</sup> Os *modelos jurídicos privados*, decorrentes do exercício do *poder negocial*, possuem ampla aceitação e acatamento no mundo ocidental e, por força da própria Economia, circulam globalmente entre países e culturas. Sobre a idéia de modelos jurídicos e poder negocial, há que reportar-se, novamente, a REALE, 1992a, op. cit. *passim*.

<sup>378</sup> Como afirma ALPA, Guido. La circulation des modèles de résolution extrajudiciare des conflits. *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 4, p. 764, out./dez. 1993. Sobre a influência da doutrina francesa e alemã no Direito latino-norte-americano, especialmente no brasileiro, conferir FRADERA, Vera Maria Jacob. A

A aplicação dessas idéias, no âmbito da sociedade da informação, pode ser vertida através da certificação ou *acreditação* de *sites* eletrônicos e de seus conteúdos pela via de selos, também conhecidos como *labels*.<sup>379</sup> Estes processos de certificação e asseguuração de condutas, práticas e conteúdos apresentam-se como resposta à parte dos riscos que se alastram pela Internet.

A certificação de *sites* e, posteriormente, a criação de instâncias virtuais para a solução de conflitos são duas medidas concretas, advindas da autonomia privada, predispostas à contenção de alguns dos riscos inerentes à sociedade da informação.

Neste contexto, os selos propostos pelo processo de *labelização* funcionam não só como *atestados* de efetiva existência de *sites* mas também como instrumentos de regulação privada, suprimindo a impossibilidade do estabelecimento de regras nacionais de aplicação universal ou a dificuldade de criação de tratados e acordos internacionais.<sup>380</sup> O selo remete a um diferente nível de regulação, pela adoção de certos padrões negociais por parte do mantenedor do *site* e que passam, de antemão, a ser conhecidos pelo usuário ou consumidor quando do acesso ao portal.

São disposições com caráter normativo que se originam em entidades privadas, construídas pelo exercício da liberdade individual de diversas pessoas físicas e jurídicas e que passam, por sua vez, a estabelecer certos tipos de comportamento, determinados padrões de conduta e a observância de certos códigos.<sup>381</sup>

---

circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica do cone sul?. *Revista dos Tribunais*, v. 736, p. 20-39, fev. 1997.

<sup>379</sup> *Labels*, da expressão inglesa *selos*, reportando-se à certificação de *sites* pela intervenção de um terceiro, especificamente, uma instituição privada. São os *labels* apresentados como *les facteurs de confiance pour le développement du commerce électronique* por MAS-FOVEAU, Léverine ; BENACHOUR-VERSTRE PEN, Malika. *Le commerce électronique en toute confiance – diagnostic des pratiques et environnement juridique*. Paris : Litec, 2001.

<sup>380</sup> Como anota PERRITT JR., Henry H. Regulamentação híbrida como solução para problemas de jurisdição na Internet: além do Projeto Chicago-Kent/Aba e da Minuta da Convenção de Haia. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos ; WAISBERG, Ivo (org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 264.

<sup>381</sup> A Universidade de Chigago e a *American Bar Association* promoveram a produção de um extenso relatório denominado *Chigago-Kent/ABA report* (disponível em 2001 em <<http://www.kentlaw.edu/cyberlaw>>) que se antecipou e registrou as primeiras iniciativas de regulação privada da Internet. Coordenado pelo professor Henry Perritt Jr., então diretor da Faculdade de Direito de Chigago, aponta para a tendência já presente de auto-regulamentação na Internet, reforçada pela administração Clinton e Gore. No Brasil, as principais idéias deste documento foram transcritas para o texto apresentado na nota anterior, p. 264.

Se a *labelização* dos *sites* eletrônicos e as vantagens que esse processo possa atribuir não forem suficientes para, por si mesmos, afastarem os riscos a que se propõem, os próprios selos dispõem de uma *segunda instância*, também privada para a mitigação dos riscos, ou seja, são os instrumentos coligados aos selos, prefigurados em meios não-estatais de solução de conflitos *online*.<sup>382</sup>

A arbitragem e a mediação, inseridas no modelo da sociedade da informação, passam a ser realizadas de forma eletrônica, sem contato físico direto entre as partes, respeitando a distância em que a *net* muitas vezes atua, mas fundadas em princípios jurídicos que lhe são comuns como a liberdade ou a observância de um adequado *procedimento* para a celebração de determinados atos.<sup>383</sup>

Dadas as características da rede e o elemento internacional (ou intercontinental) e a diferença de legislações e de jurisdições (aqui compreendido o segundo termo no sentido emprestado pelo Direito Processual), estes meios que passaram a ser chamados de *online dispute resolution* apresentam-se, freqüentemente, como os únicos viáveis para a solução adequada de controvérsias.<sup>384</sup>

---

<sup>382</sup> A organização de tribunais arbitrais *virtuais*, para solução de conflitos existentes no comércio realizado pela Internet, além de já se constituir em uma prática assimilada nos países da União Européia, além dos Estados Unidos e Canadá, foi um dos objetos específicos do Colóquio sobre *Le Droit International de l'Internet*, promovido pelo Ministério da Justiça francês. Nos debates do encontro, ficou assente a importância dessas instâncias para a resolução desta tipologia conflitual, dadas as suas características e peculiaridades. Nesse sentido, conferir em CHATILLON, Georges. *Le Droit International de l'Internet*. Ministère de la Justice, Université Paris I Panthéon Sorbone, Association pour le Renouveau et la Promotion des Échanges Juriques Internationaux (Arpeje), Paris; Bruxelles: Bruylant, 2002.

<sup>383</sup> A expressão *procedimento* está aqui empregada em dois sentidos. O primeiro, idêntico ao atribuído por LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980, útil à construção de uma teoria para a *labelização*; o segundo, de FAZZALLARI, Elio. *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1994. p. 102, em que o autor considera o processo um *procedimento realizado em contraditório*, o que servirá, mais tarde, para que se fundamente a natureza processual da solução arbitral de controvérsias, ainda quando realizada pela plataforma eletrônica.

<sup>384</sup> Neste sentido, o Documento *Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique*, do Observatoire des Droits de l'Internet, avis n. 3, obtido em <<http://www.Internet-observatory.be>>, publicado em junho de 2004, ao afirmar que *pour répondre aux craintes des consommateurs en termes de recours, l'observatoire recommande la mise en place de modes alternatifs de règlement des différends (Alternative Dispute Resolution – ADR – ou, si le règlement a lieu en ligne, online dispute resolution – ODR). Dans les litiges de consommation (dont les enjeux financiers sont relativement faibles), les consommateurs, voire les entreprises, hésitent à se lancer dans une procédure judiciaire longue, coûteuse, incertaine quant à son issue et de nature à ternir l'a image du commerçant. Cette hésitation est encore exacerbée dans les litiges transnationaux (fréquents en matière de commerce électronique) où la complexité des procédures et des règles applicables joue un rôle dissuasif supplémentaire. Un tel constat peut également être formulé dans les relations, éventuellement conflictuelles, entre professionnels.*

Certificação e *online dispute resolution*, na maioria das vezes, são apresentadas como soluções vinculadas. Grande parte dos códigos privados decorrentes da certificação fixa como pré-requisito à obtenção do selo a adoção de métodos não-estatais e *virtuais* para a solução de controvérsias.<sup>385</sup> Conjugam-se, assim, em uma única *atividade negocial*.<sup>386</sup> Trata-se, como se vê, de privilegiar a celeridade e a *racionalidade* da própria rede não só no estabelecimento dos negócios como também na solução de eventuais controvérsias.

A certificação e a solução *online* de conflitos são também expressão da liberdade, da autonomia privada e dos *novos* formatos de negócios jurídicos em uma sociedade que exige segurança no uso de uma rede que mudou a nossa forma de observar e compreender o próprio mundo.<sup>387</sup> Significa dizer que a adesão a um selo ou a uma *corte virtual* não estão sujeitos a declarações de vontade expressas, mas a determinados comportamentos que se tenham como concludentes ou, ainda, à prática de certos atos, tidos como suficientemente eloqüentes.<sup>388</sup>

A *atividade negocial* que se realiza e se desenvolve através da rede necessita da agilidade e da certeza acerca dos negócios realizados. Daí a importância de possuírem os instrumentos que possam certificar a realização de operações negociais (*labelização de sites*) e, ao mesmo tempo, servir como meios de resolução de eventuais conflitos (arbitragem e outros meios de solução *online* de disputas).<sup>389</sup>

---

<sup>385</sup> Como é o previsto pela Associação *Better Business Bureau*, portadora do selo *BBBOnline Reliability*, fundada nos Estados Unidos em 1912, como promotora de práticas éticas entre empresas e consumidores e que, desde o ano 2000, estendeu seus serviços e regulações também para o comércio realizado através da Internet, como decorre da consulta ao endereço eletrônico <<http://www.bbonline.com/reliability>>.

<sup>386</sup> No sentido empregado por COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2005, op. cit., p. 125.

<sup>387</sup> Como se depreende do texto de IRVING, Larry. The information revolution has created a digital divide. In: \_\_\_\_\_, *The information revolution – opposing viewpoints*. San Diego: Greenhaven, 2004. p. 21.

<sup>388</sup> Trata-se, portanto, da adoção das teorias da *declaração tácita por comportamento concludente* (de PINTO) e dos *atos jurídicos performativos* (de ALMEIDA).

<sup>389</sup> A *atividade negocial* na Internet exige, por excelência, celeridade e segurança. Daí que, na órbita do Direito da Empresa, torna-se extremamente importante ponderar e perseguir estas duas perspectivas, ao mesmo tempo que impõe a adequação de institutos e formas. No dizer de BENKLER, Yochai. *Rules of the road for the informaton superhighway: eletronic communications in the law*. Minnesota: West Publishing Co., 1996. p. 41: *Transmissibility – the capacity of eletronic information to be transmitted at great speeds over great distances – and processibility – the capacity of digital information to be read and processed by computers and represented to human beings – make eletronic commercial communications an irresistible step for business that need to communicate with other businesses quickly, and that need effective control over the records and information vital to their business. Digital communications make transacting business and recordekeeping simultaneous, and allow management over the internal data of a company to interact seamlessly with its trading activities. Plasticity and malleability of digital communications are the source of concern for the law of eletronic commercial trnsactions, because much of the law has developed around the practice of paper-based transaction. The law must adjust, and must integrate eletronic exchanges into its framework for determining when and whether a contract has been formed, anda what the precise terme of an eletronic contract are.*



Neste sentido, além de examinar a certificação de *sites* eletrônicos, compreendendo algumas das especificidades desse processo, cumpre considerar como essa atividade pode gerar segurança à sociedade da informação e às suas inúmeras aplicações. Tal desiderato passa por reforçar a noção de que a regulação da Internet demanda mais que o empenho isolado de esforços públicos ou privados, mas a sua verdadeira *cooperação e interação* – eis a razão da necessidade de os instrumentos privados serem apoiados e cotejados com as perspectivas públicas de regulação, gerando um efeito de maior segurança.

A contenção dos riscos e, portanto, a atribuição de maior nível de segurança decorre, deste modo, de uma relação interligada de fatos: passa pelo reconhecimento e incentivo dos Estados à certificação privada, pela eficácia normativa (e concreta) das normas privadas decorrentes da certificação e consubstanciadas em códigos particulares e, por fim, no funcionamento de *instâncias virtuais* de dissipação de eventuais controvérsias remanescentes entre os *sujeitos* da atividade negocial desenvolvida através da Internet.

#### A) O processo de certificação de *sites*

O tema da *labelização* – ou em termos mais claros, da aposição de um selo, de uma marca, de um signo – a um *site* eletrônico remete-se forçosamente à questão da *auto-regulação*.<sup>390</sup> O logotipo fixado à determinada *página web* pode designar a adoção de um padrão de comportamento<sup>391</sup>, o gerenciamento de dados e de informações de forma

---

<sup>390</sup> A auto-regulação de interesses, notadamente através de códigos de condutas, estabelecidos por entes privados, possui um relevante crescimento como aponta DAVID, René. Sorces of Law. The legal systems of the world their comparison and unification. *International Encyclopedia of Comparative Law*. cap. 3. Boston: Martinus Nijhoff, 1984. p. 81.

<sup>391</sup> Estudo do *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA), examinado por Didier Gobert e Anne Salaun, aponta as práticas comerciais realizadas pelas empresas como um dos principais riscos inerentes ao comércio da Internet. É por isto que, no âmbito do selo concedido pela via dessa entidade, exige-se que *l'entité candidate à la labellisation doit s'engager à indiquer ses pratiques en matière de commerce électronique et à effectuer ses opérations conformément à ces pratiques. Para conséquent, l'entité doit indiquer convenablement ses pratiques concernant des éléments comme les commandes, les retours éventuels et les réclamations au titre d'une garantie. En outre, l'entité doit effectuer ses opérations conformément à ces pratiques. Il ne concerne d'aucune manière la qualité des biens ou des services, ou leur pertinence para rapport aux besoins du consommateur*. Conferir em GOBERT, Didier ; SALAUN, Anne. La labellisation des *sites web*: inventaire des initiatives existantes. *Communications & Stratégies*, 3ème tri., p. 234, 1999.

reservada<sup>392</sup>, a adoção de mecanismos privados de solução de conflitos<sup>393</sup> e a submissão, por parte do *fornecedor de serviços da Internet*, às normas particulares advindas da autonomia privada.<sup>394</sup>

A experiência, como se sabe, é muito anterior à criação da Internet. Tem início, segundo alguns, na agricultura, com a certificação de produtos, atestando seu tipo, procedência e outras características.<sup>395</sup> Cresceu e expandiu-se no setor industrial, pretendendo garantir a autenticidade de produtos e marcas.<sup>396</sup> Em todas estas hipóteses, os selos são a evidência da capacidade de auto-regulamentação do setor privado.

Para além desta dimensão – a de expressar o poder de auto-regulação dos particulares –, os selos podem exercer mais uma interessante função: enriquecerem de um peculiar *diálogo* as relações que são estabelecidas no comércio que se desenvolvem pela Internet. Os selos, pela intermediação que fazem entre fornecedor, consumidor e entidade certificadora, poderiam encetar uma espécie de *colóquio* entre todos estes sujeitos, diminuindo os riscos da distância, do anonimato e da impessoalidade – irá humanizar, em outras palavras, os pactos realizados na sociedade da informação.

---

<sup>392</sup> Uma das principais preocupações dos selos é propor adequado tratamento às informações obtidas através do comércio eletrônico por parte dos *sites* eletrônicos. Através do uso do cartão de crédito, meio preponderante para o pagamento, diversos dados são transmitidos e, muitas vezes, armazenados pelo fornecedor de produtos e serviços da rede, gerando, além disso, um *perfil do usuário* ou do *consumidor* e identificando, para o mercado, os seus gostos e preferências comerciais e pessoais, violando, deste modo, a sua privacidade. Por isto, o *Model Code of Conduct for Electronic Commerce*, proposto pela Recomendação n. 32, do *Centre for Trade Facilitation and Electronic Business*, da ONU, propõe que o respeito à privacidade é fundamental para o comércio realizado pela rede. Desta maneira, *to promote trust in their electronic commerce activities, signing parties shall indicate that they will respect the confidentiality information received from the other party and that they will take measures to ensure this confidentiality*. No mesmo sentido, ver a Diretiva 2000/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de julho de 2002, “relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das telecomunicações electrónicas”. Ver: Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 201, 31 de julho de 2002.

<sup>393</sup> Através do emprego das técnicas da mediação e, sobretudo, da arbitragem *online*, realizadas através de plataformas eletrônicas, sem que o contato físico entre as partes seja fundamental, como explica, entre tantos, BENYEKHEF, Karin ; GÉLINAS, Fabien. *Le règlement en ligne des conflits - enjeux de la Cyberjustice*. Paris: Romillat. 2003, p. 11.

<sup>394</sup> O conjunto destas regras particulares relacionadas ao comércio eletrônico tem composto um acervo legislativo concebido como uma *lex mercatoria electronica*, correspondendo à *l'ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique. Elle aurait des sources institutionnelles (conventions internationales, codes de conduite, contrats types) et des sources substantielles, qui sont la pratique contractuelle, les principes généraux du droit et les usages*. Consultar KALLEL, 2001, op. cit., p. 15.

<sup>395</sup> Conforme aponta o relatório *Website Quality Labelling – support for cooperation and coordination projects in Europe*. Programme for Comparative Media Law and Policy, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2003.

<sup>396</sup> *Ibid.*

A expressão *desumanização dos contratos* decorreria de uma certa percepção acerca da ausência, contemporaneamente, de diálogo entre as partes na formação e desenvolvimento de vínculos contratuais.<sup>397</sup> Para Natalino Irti - que se coloca como um observador da realidade -, o contrato é um acordo de vontades regido pela palavra: um homem oferece; o outro responde.<sup>398</sup> Um colóquio permeado pelo *dizer e pelo escutar; do conhecer a palavra dada e de entender a escutada*.<sup>399</sup> Enfim, para Irti, o escambo de valores econômicos é também uma troca de valores lingüísticos.<sup>400</sup>

O diálogo e o debate entre as partes, contudo, têm sido substituídos nos grandes *shoppings* e centros comerciais por uma realidade de dois atos: a exposição e a preferência.<sup>401</sup> Estes seriam os aludidos – *scambi senza accordo*: neles, o homem não encontra com outro homem, mas apenas com a *visibilidade física* da coisa. Segundo Irti, o diálogo é substituído, nesses atos mecânicos e rituais, pela própria coisa.<sup>402</sup>

No contexto da sociedade da informação, já não seria tão importante a palavra que, conhecendo a coisa, a representa; e nem mais a coisa em sua própria condição física; nela, pela televisão ou pela Internet, estabelecer-se-ia o primado da imagem sobre o diálogo.<sup>403</sup> Uma frase do autor é eloqüente na expressão destas idéias: no *comércio sem acordo*, o homem não profere palavras, mas prefere a imagem de coisas.<sup>404</sup>

Natalino Irti refuta, igualmente, as figuras do comportamento concludente e da declaração tácita a fim de compreender os pactos celebrados através da intervenção da Internet ou mesmo os que acontecem nos grandes centros comerciais, segundo um modelo de auto-atendimento.<sup>405</sup> Para ele, essas teses são velhas e não-satisfatórias, preponderando a

---

<sup>397</sup> Na visão que Giorgio Oppo fez do texto de Natalino Irti. Conferir a seqüência do debate entre os autores. Ver: IRTI, 1998, op. cit., p. 347-367 e, após, OPPO, 1998, op. cit., com a conclusão em IRTI, 1999, op. cit.

<sup>398</sup> IRTI, 1998, op. cit., p. 348.

<sup>399</sup> IRTI, loc. cit.

<sup>400</sup> IRTI, op. cit., p. 349.

<sup>401</sup> Ibid., p. 354.

<sup>402</sup> IRTI, loc. cit.

<sup>403</sup> IRTI, op. cit., p. 355. Na página 356, assevera o autor: *non più l'uomo, che va verso o presso le cose; ma le cose, che, fermate in immagini, vanno verso l'uomo*.(...) Traucendosi in pura visibilità, esse si offrono alla nostra scelta. Tra la cosa e noi non c'è un uomo, che la offra e proponga, ma la stessa figura visiva della cosa: astrato termine del nostro rifiuto o della nostra preferenza.

<sup>404</sup> Ibid., p. 357: *L'uomo non più proferisce parole, ma preferisce immagini di cose*.

<sup>405</sup> Assim, afirma o professor italiano, que *l'accordo arretra dal dialogo, e s'impoverisce fino a risolversi nell'esposizione e nella preferenza di cose. Qui vengono soccorrevoli le vecchie figure del contegno concludente e della dichiarazione tacita*. IRTI, op. cit., p. 354.

relação entre pessoa e coisa ou entre pessoa e imagem, na ausência de diálogo.<sup>406</sup> Desta forma, Irti afirma:

Não se trata (como alguns crêem com ingenuidade consoladora) de técnicas diversas de expressão humana. As técnicas ou tecnologias não são servos obedientes, mas padrões despóticos: passar da palavra dialogada ao formulário, e da coisa à imagem da coisa, significa entrar, pouco a pouco, na lógica própria de um sistema, que, de qualquer modo, “pensa por nós” a orientar e conformar os nossos relacionamentos. A história do contrato não pode separar-se da história das tecnologias, mediante as quais se determinam os relacionamentos comerciais.<sup>407</sup>

Além dos diversos argumentos expostos por Oppo para afastar uma eventual preponderância da *imagem* em relação ao indivíduo, bastaria recordar que as técnicas são meras expressões culturais das sociedades e, portanto, do próprio homem que sempre as protagoniza.<sup>408</sup>

As técnicas negociais contemporâneas estão permeadas por um conjunto de valores, de estratégias do mercado e do capital, a configurar modelos econômicos (e jurídicos) baseados na informação.<sup>409</sup> Estas novas formas de negociação e pactuação, ainda que sem o diálogo de *um homem qualquer*<sup>410</sup>, são produto da sociedade e da cultura contemporânea. As novas tecnologias de comunicação incorporaram-se (e não se condicionam) aos relacionamentos sociais e à produção de bens, produtos e serviços.<sup>411</sup> *Por trás das técnicas*

---

<sup>406</sup> IRTI, op. cit., p. 355.

<sup>407</sup> *Non si tratta (come a taluni piace di credere con ingenuità consolatoria) di tecniche diverse dell'umano esprimersi, ma di radicale opposizione. Le tecniche o tecnologie non sono servi obbedienti, ma padroni dispotici: transcorrere dalla parola dialogica al formulario, e da questo alla cosa ed all'immagine della cosa, significa entrare, di volta in volta, nella logica propria di un sistema, che, in qualche modo, pensa per noi; ed orienta e conforma i nostri rapporti. La storia del contratto non può separarsi dalla storia delle tecnologie, mediante le quali si determinano i rapporti di scambio.* Tradução livre de Natalino IRTI. Ver: *ibid.*, p. 363-364.

<sup>408</sup> Neste sentido, OPPO, 1998, op. cit., p. 525 a 533. A leitura emprestada pelo autor acerca do papel do acordo na formação dos pactos parece mais consentânea com os atuais termos do debate. Antes de tudo, o autor bem apresenta as duas grandes vertentes à estrutura jurídica do *scambi di mercato*: uma que tende à objetivação dos pactos; outra que a insere na tradição consensualística dos contratos. Enfatiza o professor o fato de o Código Civil italiano, ao firmar a formulação de negócios jurídicos, não exigir tratativas, diálogo ou alguma expressão lingüística. Reforça, ademais, que não só o diálogo mas também outras formas e técnicas de relacionamento são criação da liberdade humana. Desta forma, a adesão qualifica-se como um *ir ao encontro do outro*, sendo a adesão, sim, uma concordância em relação a uma proposta.

<sup>409</sup> Como se denota em FORAY, Dominique. *L'économie fondée sur le savoir*. In: CURRIEN, Nicolas. *La société de l'information*. Paris: La Documentation Française, 2004. p. 183-200.

<sup>410</sup> Na expressão de IRTI, 1998, op. cit., p. 347.

<sup>411</sup> Como bem afirma LEVY, 1999, op. cit., p. 34.

*agem e reagem idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, estratégias de poder, toda a gama de jogos dos homens em sociedade.*<sup>412</sup>

A ausência de diálogo, desse modo, além de não ser fundamental ao acordo, não *desumaniza* ou descaracteriza os negócios jurídicos que ocorrem através da *exposição* e da *preferência* de imagens em um *site*.<sup>413</sup> Ainda assim, neste contexto de alegada fragilização do diálogo e do envolvimento direto das partes entre si na formulação negocial, os selos podem atuar como *espaços de humanização* dos pactos ocorridos pela Internet, ao mesmo tempo em que *materializam* um certo diálogo que se realiza em uma relação de três sujeitos.

Se o fornecedor e o consumidor da Internet não se encontram mais para dialogar sobre os termos contratuais, se não mais se avistam e nem se tocam, e se vivem imersos em uma *jornada da imagem e do silêncio*, a presença de um terceiro imparcial entre eles pode tornar a aproximá-los, *humanizando, materializando* e até *personalizando* os pactos.<sup>414</sup>

O serviço de certificação pode promover um diálogo bastante típico entre todos os sujeitos da negociação que se realiza pela Internet - talvez seja um diálogo transversal e indireto, mas igualmente rico em expressões.<sup>415</sup>

O consumidor, ainda que não troque palavras diretas com o detentor do *site*, *vê-lo-á* através do terceiro, do certificador. Poderá conhecer o nome do seu proprietário, verificar o endereço físico da empresa, o número de telefone dos seus responsáveis, consultar dados acerca do seu registro como atividade comercial regular e convencional, conhecer o retrospecto das atividades desenvolvidas por ela e a forma como, no passado, resolveu conflitos com outros consumidores.<sup>416</sup> Poderá, inclusive, dialogar com ele através do correio eletrônico.

---

<sup>412</sup> LEVY, 1999, op. cit., p. 24.

<sup>413</sup> Como quer IRTI, 1998, op. cit., p. 354.

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 347.

<sup>415</sup> Trata-se do papel desenvolvido pelo *terceiro de confiança*, como explica o documento *Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique*, do *Observatoire des Droits de l'Internet*, avis n. 3, obtido em <<http://www.Internet-observatory.be>>, publicado em junho de 2004, p. 21: *Dans cette perspective, on assiste à la floréscence de nouveaux "métiers de la confiance". Des tiers à la relation contractuelle ou commerciale assurent divers services censés rassurer et sécuriser les parties: l'archivage et l'horodatage de documents électroniques, la certification (de clés cryptographiques, de la qualité d'adulte...), le recommandé électronique, le blocage transitoire des sommes versées avant livraison, etc.*

<sup>416</sup> Assim, exemplificativamente, como opera a certificação exercida pela *Better Business Bureau*, entidade criada em 1912, para a promoção de boas práticas comerciais entre empresas americanas e canadenses e que, na

Até o *contato físico*, quase que impossível na arena global do comércio eletrônico, passa a realizar-se entre fornecedor e consumidor, através da empresa certificadora. Muitas delas exigem a visita direta de um dos seus representantes na sede física da empresa que pede a certificação.<sup>417</sup>

O diálogo efetivo e direto, tão acalentado por Natalino Irti, é fomentado. Exige-se, em muitos casos, da empresa que pretende o uso do selo, uma efetiva política de transparência e atenção às solicitações do consumidor. Não importa de que país ele provenha e a quais legislações esteja submetido. A adesão ao *label* impõe uma pre-disposição a um permanente *estado de diálogo*.<sup>418</sup>

Deste modo, a certificação dos *sites* acaba por *humanizar e personificar*, de alguma forma, um comércio que, a rigor, seria impessoal e inseguro.

O *label*, por outra via, promove aos negócios realizados pela Internet uma feição dinâmica: gerados, normalmente, em meio a associações empresariais por meio do exercício de uma autonomia que se pode dizer *coletiva*, a ele adere o fornecedor que pretende, com essa atitude, oferecer aos consumidores e usuários maior segurança fática e jurídica.

Em muitos casos, é a existência ou não do selo que determinará, por parte do consumidor ou usuário do *site*, a utilização de seus serviços e a aquisição de bens ou produtos. Pode-se, desta maneira, antever que o selo aciona uma *cadeia de confiança*.<sup>419</sup> Este vínculo

Internet, conta com mais de vinte e cinco mil *sites* certificados. Ao ingressar em um *site* que contenha o selo, o consumidor pode clicá-lo e ser remetido a uma página da certificadora. Nela, constarão as informações anteriormente mencionadas e outras. Consultar a listagem dos *sites* certificados e os respectivos relatórios em <<http://bbbonline.com/reliability>>.

<sup>417</sup> Como paradigma, temos utilizado o modelo do *Better Business Bureau*, disponível em <<http://www.bbbonline.org/consumer>>.

<sup>418</sup> Neste sentido, no *Code of Online Business Practices – Better Business Bureau, principle IV: online merchants should seek to ensure their customers are satisfied by honoring their representations, answering questions, and resolving customer complaints and disputes in a timely and responsive manner*. Conferir em <<http://www.bbbonline.org/consumer>>.

<sup>419</sup> A atribuição de *confiabilidade* à rede, sob o ponto de vista do acesso seguro por parte dos consumidores e usuários, tem sido objeto de inúmeras preocupações, inclusive com o incremento pelos fornecedores de serviços da Internet dos aparatos tecnológicos de segurança (criptografia, redes seguras, sobreposição de senhas e códigos). Sabe-se, contudo, que em uma rede que é mundial, a segurança passa por ações que tenham repercussão em todo o sistema. Neste sentido que GOBERT, 1999b, op. cit., p. 3-32 e também em <<http://crid.fundp.ac.be>>, defende a adoção das técnicas da labelização e dos *online dispute resolution* como formas efetivas de contribuição de uma rede mais confiável: *afin d'assurer le développement harmonieux du réseau des réseaux, plusieurs techniques permettent de gagner la confiance des utilisateurs d'Internet. Ces*

parte das entidades instituidoras do selo que certificam certas práticas por parte das empresas que operam na Internet. Passa pela própria empresa atuante no mercado virtual, que projeta e divulga a confiança alcançada e atestada por uma entidade privada independente. Chega, ao fim, ao consumidor ou usuário o qual, em razão desses elos de credibilidade, opta pelo acesso ao *site* e ao consumo de seus serviços, aceitando as regras particulares anunciadas através do *label*.

Esta peculiar dinâmica é salientada em importante documento espanhol sobre os selos utilizados na Internet.<sup>420</sup> É que as entidades privadas – auditorias particulares, entes corporativos, associações empresariais, instituições acadêmicas, entre outras – ao gerarem um selo e a ele adequarem os seus comportamentos, disseminam por todo o mercado um *estado de segurança* na realização de negócios pela Internet, independentemente das atuações estatais, sejam elas preventivas (legislações), sejam sancionatórias de alguma conduta (decisões judiciais). A efetiva adesão aos comportamentos prescritos pela instituição mantenedora do selo e visualizados pela afixação do logotipo no espaço *web* produz efeitos que transcendem às partes de determinado negócio. Cumpre aos selos, desta maneira, contribuir nas condições de confiabilidade e de segurança necessárias ao desenvolvimento do comércio eletrônico.<sup>421</sup>

É contemplada, igualmente, a necessidade de se mitigar um espectro especial de perigos que permeiam, às vezes, silenciosamente; outras, ostensivamente, a sociedade da informação.

Pela especificidade das situações de perigo e de risco nessa sociedade, cumpre examiná-los a fim de melhor compreender os instrumentos que podem ser utilizados à sua atenuação.

---

*techniques impliquent généralement le recours à un tiers (autorité de certification, labellisateur, médiateur ou arbitre électronique), dont le métier est précisément d'intervenir afin de créer, d'une autre manière que dans l'environnement traditionnel, un contexte dans lequel les transactions peuvent s'opérer en toute confiance et de manière sécurisée.*

<sup>420</sup> Trata-se do *Libro Blanco sobre los sistemas de autorregulación, los sellos y las marcas de confianza en mercados digitales y códigos de buenas prácticas para el comercio electrónico*. Proyecto i + Confianza: autorregulación y sistemas extrajudiciales *off-line* y *on line* de solución de conflictos para entornos de comercio electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria, dez. 2002.

<sup>421</sup> GOBERT, Didier. La labellisation des *sites web*: classification, stratégies et recommandations. *DAOR*, n. 51, p. 83, nov. 1999a e em <<http://crif.fundap.ac.be>>, p. 83.

## A.1 - Riscos específicos da sociedade da informação que sugerem o emprego dos selos

Além da tentativa de *personificar, materializar e humanizar* os negócios jurídicos existentes na Internet, pela intervenção de um *terceiro imparcial* que exerça uma série de funções na perspectiva do estabelecimento e supervisão do cumprimento de regras privadas, devem-se construir outras formas de atenuação dos riscos que são típicos à rede. Estes instrumentos, como já se observou, precisam corresponder a uma regulação, o mais integral possível, das situações fáticas e jurídicas que se apresentam como potencialmente perigosas. Para tanto, não se pode prescindir da contribuição de meios que decorram do exercício da autonomia privada e que possam se integrar aos esforços estatais.<sup>422</sup>

Os riscos, em sua maioria, podem ser separados em duas grandes categorias: os fáticos, decorrentes das práticas ilícitas e do cotidiano do comércio; os jurídicos, diretamente, originados da interpretação e aplicação de normas e institutos.

### A.2.1 Os riscos fáticos

Na perspectiva das realidades concretas, observadas no cotidiano e na crônica dos acontecimentos, a breve história da Internet revela que duas ordens de risco preponderam na rede: uma primeira, de natureza iminente prática; outra, decorrente da ausência ou da inadequação da conformação jurídica. A par de suas tantas facilidades e da atração que pode exercer sobre os seus usuários, cada acesso à rede de computadores significa exposição e

---

<sup>422</sup> Falando sobre a auto-regulação, POUJOL, Natalie Mallet. Les enjeux juridiques de l'Internet. *Cahiers du C.R.I.D.*, Paris, p. 31, out. 2003, afirma que *le monde des réseaux se prête mal à la réglementation étatique classique: son caractère mondial rend illusoire toute approche strictement nationale; l'hétérogénéité des acteurs fait qu'il est difficile d'enoncer a priori des règles pernant en compte l'essemble des situations de fait. La volatilité des contenus et la décentralisation du réseau rend tout contrôle un peu illusoire. Si l'objectif est de lutter contre les contenus ou pratiques illicites sur l'Internet, d'assurer cette "mise em droit", sans laquelle cet espace restera marginal comme lieu de sociabilité, il faut donc imaginer d'autres solutions, d'autres moyens.*



vulnerabilidade e, portanto, risco. Dados, senhas e todo tipo de informação são passíveis de apreensão e utilização por pessoas não-autorizadas e com intenção criminosa.<sup>423</sup>

Os crimes são facilitados por conta da *invisibilidade*, da distância e de um relativo anonimato que, muitas vezes, caracteriza o usuário da rede.<sup>424</sup> São estes mesmos fatores que determinam um dos principais tipos de risco aos que se utilizam dos serviços da Internet, porque o fornecedor de bens, produtos ou serviços pode esconder-se no manto da *virtualidade* com a intenção de obter informações e dados privados dos usuários, sem prestar nenhuma contrapartida.<sup>425</sup> Estudos da Universidade de Oxford qualificam tais páginas como *predadoras*, uma vez que a sua existência reduz-se à falsa publicidade de produtos e serviços, à simulação de transações comerciais e à captação de informações delicadas como senhas e números de cartão de crédito para a posterior utilização indevida.<sup>426</sup>

Em um universo gigantesco de empresas que oferecem serviços pela Internet, em escala planetária, torna-se bastante difícil ao usuário estabelecer critérios de segurança acerca da existência e da idoneidade de determinado *site*.<sup>427</sup> Poucos são os recursos técnicos disponíveis e limitadas as suas possibilidades - para identificar entre o joio e o trigo - que se oferecem ao alcance de um *click* para os usuários da rede.<sup>428</sup>

Além destes *estabelecimentos comerciais* que só existem como ficção, sobrepõem-se outros que se apresentam como *sócias* ou *cópias* de empresas e instituições efetivas. Trata-se de espaços que, em sua aparência, são, em tudo, idênticos aos originais e autênticos. Alguns variam apenas na extensão de (.) *org* para (.) *com*, por exemplo; outros, apostando em um erro de digitação do usuário, possuem apenas uma pequena diferença na grafia (de google para

<sup>423</sup> Relatório *Cross-Border Fraud Trends*, relativo de janeiro a dezembro de 2004, editado pelo *Federal Trade Commission*, órgão do governo dos Estados, publicado em 08 de janeiro de 2005 e disponível em <<http://www.consumer.gov/sentinel>>.

<sup>424</sup> Características estudadas na obra de LEVY, Pierre. Ver, entre outras, 1999, op. cit.

<sup>425</sup> Como bem afirma LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001: *la capacidad del usuario de controlar por sí mismo se ve muy limitada por algunas características de la red. Los procesos de identificación en el mundo real son diferentes de los que acostumbramos a utilizar: si uno entra en una tienda, existen exigencias municipales que regulan sua apertura, marcas registradas, elementos físicos, lo que da una cierta seguridad. En Internet uno se pregunta: lo que se presenta como un banco, ¿ lo es en verdad?, la página que dice ser de una compañía de turismo, ¿ pertenece realmente a ella ¿ La red diluye la potencialidad de los procesos de identificación y autoria.*

<sup>426</sup> Conferir em *Website Quality Labelling – Support for cooperation and coordination projects in Europe*. Programme for Comparative Media Law and Policy, Centre for Socio-legal studies, University of Oxford, 2003.

<sup>427</sup> GOBERT, 1999, op. cit., p. 3-32. Ver também em : <<http://crld.fundap.ac.be>>.

<sup>428</sup> Para uma visão das questões técnicas relacionadas à rede, considerar, entre outros PERREIRA, 2002, op. cit., p. 27-39.

gogle, exemplificativamente).<sup>429</sup> Em ambos os casos, estes endereços que são apontados como *piratas*, em relação aos originais, pretendem, ao valer-se da aparência e ao crer na distração do usuário, recolher senhas e outras informações, armazenando-as e posteriormente utilizando-as de forma ilícita.<sup>430</sup>

Essas práticas são estimuladas por outra realidade, a saber, o fato de a imensa maioria dos pagamentos relativos ao trânsito comercial pela rede ocorrer pela transmissão dos dados do cartão de crédito.<sup>431</sup>

O procedimento para o pagamento através de cartão de crédito na Internet ocorre pela transmissão de algumas informações – como o número do cartão, a data da validade, o nome do usuário e uma senha de segurança. Eles são transmitidos, via de regra, através do preenchimento de formulários eletrônicos que armazenam as informações. Quem detiver estes dados está autorizado a comunicar à operadora de cartão de crédito uma operação comercial e a exigir, portanto, o pagamento pela mesma.<sup>432</sup>

Os cartões de crédito utilizados para a compra na rede são, em sua grande parte, habilitados às transações internacionais, o que facilita o emprego das informações obtidas - ainda que por meio fraudulento -, em qualquer ponto do globo.<sup>433</sup>

Este pálido cenário de parcela dos riscos de natureza fática que orbitam em torno da sociedade da informação, reforça a necessidade de se identificar formas aptas a conter estes

---

<sup>429</sup> Conforme matéria publicada por Marijô Zilveti no *Jornal Folha de São Paulo Online*, dia 21 de abril de 2004, com o título *Sites usam artimanhas para induzir internauta a erro*. A reportagem relata que, ao se digitar <<http://www.whitehouse.org>>, chega-se a um *site* que critica duramente a política do presidente dos Estados Unidos. Se a digitação for de <<http://www.whitehouse.com>>, trata-se de um *site* de pornografia. O endereço correto da sede do Governo Norte-Americano é <<http://www.whitehouse.gov>>. A prática, na visão do artigo, é conhecida nos Estados Unidos como *typosquatter* e designa a atividade de quem registra domínios baseados em erros de digitação.

<sup>430</sup> A *usurpação de marcas (cybersquatting)* e outras condutas fraudulentas são bem examinadas por LORENZETTI, 2001, op. cit., p. 133.

<sup>431</sup> Sobre o tema dos pagamentos através dos cartões de crédito, consultar GOBERT, Didier ; MONTERO, Etienne. La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle. *DAOR*, n. 53, p. 17-39, abr. 2000, também disponível na página do C.R.I.D.

<sup>432</sup> Como explica IPPOLITO, Fúlvio Sarzana di. *Profili giuridici del commercio via Internet*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 161: *al momento dell'acquisto, oltre ad ordinare il prodotto, si invia direttamente al venditore il numero della propria carta di credito, utilizzando il modulo da questi predisposto all'interno del sito. Questo è il modulo da questi più problema di sicurezza, dato che le informazioni relative alla carta di credito vengono trasmesse in chiaro, e possono perciò essere intercettate. Il fornitore procede alle verifiche presso l'organizzazione che ha emesso la carta di credito e, successivamente, alla fornitura del bene/servizio.*

<sup>433</sup> GOBERT ; MONTERO, 2000, op. cit., p. 17-39.

perigos. Como já foi referido, as vias para o enfrentamento de tamanho desafio demandam a integração entre Estados e particulares através da co-regulação.<sup>434</sup>

Os processos de certificação dos *sites* pretendem, desta forma, *atestar* a sua efetiva existência e de seus fins, revelar os valores que norteiam a organização mantenedora, relatar o trato oferecido, quando da superveniência de algum conflito entre usuário e fornecedor, explicitar a política de manipulação e descarte de informações que se refiram à privacidade do consumidor e a analisar o efetivo cumprimento de regras de condutas privadas a que se tenha submetido espontaneamente.<sup>435</sup>

Para além dos riscos fáticos, coexistem os que estão diretamente ligados a questões jurídicas, sobretudo os que concernem às normas aplicáveis aos negócios existentes pela rede e, igualmente, à jurisdição aplicável. São fatores que, se não forem superados, provocam incerteza e insegurança no uso da rede.

## A.2.2 Os riscos jurídicos

Ao permitir o acesso a uma rede universal de computadores e, por ela, à realização de imensa gama de negócios jurídicos, facultou-se, igualmente, a interação entre ordenamentos jurídicos diversos e o surgimento de certos conflitos normativos que, até então, aconteciam em escalas bastante reduzidas ou, então, no âmbito do estrito comércio internacional.

Como território sem fronteiras, a rede permite que um produto fabricado em um continente seja comercializado em todos os outros. Amplia-se, assim, o espectro de normas públicas que potencialmente deveriam ser observadas pelo fornecedor, uma vez que já se

---

<sup>434</sup> Como sugere COUSIN, Bertrand. GBDE, Auto-regulation, confiance, gouvernance. In: Le Droit International de l'Internet. *Actes*. Paris: Bruylant, 2002. p. 317.

<sup>435</sup> Para tal desiderato, os principais instrumentos são a *labelização* e as *online dispute resolution*. Conferir, sobre os códigos de conduta que devem ser observados pelos pleiteantes dos usos de selos, entre outros, LUCAS, André et alii. *Droit de l'Informatique et de l'Internet*. Paris: Press Universitaires de France, 2001.

encontram presentes, ao menos, duas ordens jurídicas distintas: a do fornecedor e a do consumidor.

Na verdade, uma plêiade de normas sobrepõe-se diante do fornecedor que se exponha a um comércio de feições globais: algumas relacionadas ao bem em si mesmo, como os que dizem respeito à segurança ou à sua forma de apresentação; outras, quanto à idade mínima do adquirente e às imputações penais por conta de tal descumprimento; ainda, aquelas que versam sobre a proibição de comercialização em determinados territórios ou regiões por considerar-se o produto ou serviço como herético, imoral ou lascivo.

A desconhecida e peculiar teia normativa a que pode vir a submeter-se o fornecedor de produtos, bens e serviços, consiste em um dos mais expressivos tipos de risco da sua atividade. Havendo legislação de natureza internacional (como a da União Européia que se aplica a todos os países da unidade), nacional (Estados soberanos), estadual (ou provincial), municipal (ou de condados ou distritos), todas com potencial possibilidade de interferir nas relações negociais ocorridas na rede (com regras, por exemplo, sobre a segurança ou acondicionamento de determinado produto), torna-se impossível *conhecer o Direito* e a ele se submeter.

Além disso, impõem-se jurisdições diversas. Cada país demanda o direito de ser o legitimado a processar e a julgar as condutas que mantiverem algum ponto de contato com algum de seus nacionais ou com o seu território.<sup>436</sup> Nesse sentido, a Internet pode consistir em um intenso e contraditório emaranhado legislativo, propiciando a usuários e a fornecedores um indejável estado de insegurança jurídica a obstaculizar o fluxo das negociações e o crescimento da Internet comercial.<sup>437</sup>

A uma pequena empresa, fornecedora de determinado produto através de um *site*, pode-se tornar absolutamente insuportável o ônus de sujeitar-se a um tribunal estrangeiro, com o encargo de contratação de advogados internacionais e das custas deste país, além de viagens para presenciar audiências e sessões de julgamento. Para além desta feição prática, o

---

<sup>436</sup> Como alerta FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Les normes applicables à l'Internet: apports, limites, enjeux. In: Le Droit International de l'Internet. Actes. Paris: Bruylant, 2002, p. 55.

<sup>437</sup> Como, aliás, refere o considerando de número 23 da Diretiva para contratos a distância: *considerando que, em certos casos, existe o risco de se privar o consumidor da protecção concedida pela presente directiva, ao designar-se o direito de um país terceiro como aplicável ao contrato; que consequentemente, importa em prever na presente directiva disposições destinadas a evitar esse risco...*(sic).

fardo maior encontra-se no conhecimento das regras de Direito Processual aplicáveis à espécie, que podem determinar - tenha ou não razão na matéria de Direito Material - o insucesso na sustentação de sua tese.

Esses tantos riscos de natureza jurídica que se originam no emprego e na disseminação das novas tecnologias de comunicação podem ser aplacados por iniciativas como a do chamado *e-targetting*.<sup>438</sup> Pela via desta prática, o fornecedor, antecipadamente, anuncia no *site* a que legislações (países ou continentes) aceitam submeter-se e perante quais não tolera negociar. O consumidor que não pertença aos países expressamente mencionados deverá abster-se de transacionar através daquele *site*. Se, ao contrário, preferir submeter-se àquelas normas, realizará ato de disposição do seu direito e acatará as conseqüências disso, renunciando ao seu foro.

O *e-targetting* consiste também em uma subespécie do processo de certificação, visto que opera na eliminação de incertezas e riscos que seriam inerentes ao trato negocial.<sup>439</sup> O usuário, diante do anúncio realizado na página *web*, declara a sua intenção de sujeitar-se ou não à legislação apontada, ainda que o faça de forma tácita ou pela prática de ato de *performance*. Seu comportamento é, portanto, eloqüente e fundamental a fim de declarar a opção ou a recusa à legislação.

Observa-se, portanto, que parte das dificuldades relacionadas à aplicação de normas substantivas e àquelas relacionadas à jurisdição podem ser atenuadas pela via da autonomia privada e da certificação de *sites*.

Essa *materialização* das relações negociais pela Internet, através da intervenção de um *terceiro imparcial* que ateste, certifique, garanta e *personalize* o vínculo negocial e os ditames que irá observar, possui graus de concretização. Apresentam diferentes intensidades na segurança por eles atribuídas. Os selos, desta forma, admitem tipos e níveis diferenciados de *personificação*.

---

<sup>438</sup> PERRITT JR., 2001, op. cit., p. 264.

<sup>439</sup> Ibid.

## A.2 - Tipos e níveis de selo

A doutrina divide os selos e as iniciativas de sua criação em dois grandes e principais grupos; por esta classificação, a *labelização* pode ser interna ou externa.<sup>440</sup> A *labelização* externa atribui um nível superior de segurança. Nela, os critérios para a concessão do selo são verificados por um auditor externo – um terceiro, absolutamente, independente – antes do deferimento do pedido.<sup>441</sup> Realiza-se, em suma, um controle *a priori* dos serviços a fim de se verificar se a empresa já privilegiava a observância das regras de segurança, qualidade, respeito à privacidade ou presteza no serviço que a autorizem a portar o símbolo distintivo.

Por sua vez, a *labelização* interna está em um patamar inferior, isto é, ocorre a concessão do selo, independente de uma verificação prévia quanto ao cumprimento das normas particulares. Ainda que ela também possa estar sujeita a controles posteriores por parte de auditores imparciais, essa característica não lhe é fundamental.<sup>442</sup>

Os diferentes tipos de *labelização* complementam-se, ainda, por variados níveis de selo. Os níveis são fixados, segundo a maior ou menor atuação de um terceiro imparcial, dos mecanismos para a fixação dos comportamentos adequados a determinados fins e as formas de controle e auditoria da adoção destas práticas.<sup>443</sup> Estas distinções não possuem, contudo, um fundo apenas teórico: dizem diretamente com a qualidade do selo e, portanto, com as responsabilidades envolvidas pelo incumprimento das obrigações assumidas.

Os níveis de *label* poderão, ainda, ser utilizados a fim de facilitar a escolha do grau de segurança que se pretende atingir através dos selos. Ainda que sejam invisíveis aos consumidores comuns e mais dirigidos aos que atuam como atores do universo da Internet, esta segunda classificação reforça a importância e a relevância de se frisar que apenas uma

---

<sup>440</sup> Conferir em *Website Quality Labelling – support for cooperation and coordination projects in Europe*. Programme for Comparative Media Law and Policy, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2003.

<sup>441</sup> Segundo LÓPEZ, V. Carrascosa. *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*. Los contratos electrónicos e informáticos. Granada: 2000. p. 215, *la auditoría informática comprende la revisión y la evaluación independiente y objetiva, por parte de personas independientes y técnicamente competentes del entorno informático de una entidad, abarcando todos o algunas de sus áreas, los estándares y procedimientos em vigor, su idoneidad y el cumplimiento de éstos de los objetivos fijados, los contratos y las normas legales aplicables; el grado de satisfacción del usuario y directivos; los controles existentes y um análisis de los riesgos*.

<sup>442</sup> GOBERT ; SALAUN, 1999, op. cit. p. 231.

<sup>443</sup> GOBERT ; SALAUN, loc. cit.

pequena parcela da atividade negocial na Internet ocorre entre consumidores e fornecedores (o chamado *consumer to business – C2B*), mas que grande e relevante parcela do movimento da rede ocorre entre empresas (o comumente denominado *business to business – B2B*).

O tipo de segurança atribuído aos terceiros fornecedores de serviços é suficiente para justificar o estudo dos selos desde a separação em diferentes níveis.<sup>444</sup> Como *terceiros fornecedores de serviço*, Didier Gobert aponta principalmente os provedores da Internet e as mais diversas operações que estes podem oportunizar, tais como o acesso individual à rede, a hospedagem de *sites* eletrônicos, a acomodação de um *servidor* de cliente, o suporte para as transações *online*, a disponibilidade de plataformas de negociação em rede, a concessão de serviços de criptografia, entre outros.<sup>445</sup>

O usuário dos préstimos realizados pelo *terceiro fornecedor de serviço* deve assegurar-se da existência das condições adequadas para que o provedor hospede a sua página *web* em suas máquinas. Em outras palavras, todo aquele que pretende, através de *site*, realizar atividade empresarial deve verificar os riscos a que pode se sujeitar e operar para a sua eliminação.

Imagine-se, desta forma, o caso de uma instituição bancária que hospeda o conteúdo do seu *site* e das suas funcionalidades em determinado provedor. Há, permanentemente, o risco de o provedor não cumprir disposições contratuais, entre elas firmadas, que estabeleceram sobre a adoção de tecnologias capazes de assegurar a transmissão segura de informações; há o perigo de que as informações sejam utilizadas por funcionários do provedor (não do banco) para fins ilícitos ou, ainda, que diante de um eventual conflito entre *site* e provedor, a demanda seja levada para uma longa disputa judicial em que sejam vazadas informações estratégicas e mesmo altamente sigilosas.<sup>446</sup>

Se um usuário do *site* do banco, por razões que se originam no defeito de prestação de serviço do provedor (para a instituição financeira), vier a ter qualquer dano ou prejuízo, certamente, a responsabilização será atribuída ao banco. Ao usuário final do serviço bancário

---

<sup>444</sup> GOBERT ; SALAUN, 1999, op. cit., p.231.

<sup>445</sup> Ibid., p. 90.

<sup>446</sup> *Website Quality Labelling – support for cooperation and coordination projects in Europe*. Programme for Comparative Media Law and Policy, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2003.

não será possível argumentar com a culpa de outrem. Falhou o banco na escolha de quem lhe prestaria serviço, pois gerou desprestígio à própria instituição, ao dificultar o emprego das tecnologias da informação por maior número de usuários e, por fim, ao disseminar, por toda a sociedade, sensação de insegurança e temor no uso da Internet para certos fins.

Deveria o banco ter-se assegurado de que o provedor possuía uma trajetória de atividades em que se demonstrasse claramente a estrita observância aos compromissos contratuais; que, para além disto, adotava práticas que não permitiriam, mesmo por seus funcionários, a violação dos deveres relacionados à privacidade e à preservação de dados e que, por fim, previa a solução arbitral de conflitos.

O processo de certificação de *sites*, através da intervenção de um terceiro imparcial, atuaria nessa relação, *atestando* a adoção, por parte do *terceiro prestador de serviço* (o provedor), de certas condutas e práticas que redundariam na atenuação do risco do banco. Para um provedor que suporte uma gama complexa e dinâmica de dados, como as de uma instituição bancária, o grau e o nível de certificação deveriam ser o mais alto possíveis (que corresponderia à certificação externa, nível cinco).<sup>447</sup>

Situação diversa é a de um pequeno comércio que transaciona artesanato típico de determinada região do globo: uma empresa familiar, de recursos modestos, sem empregados, e que, no intento de fomentar e incrementar a sua inserção no mercado, aposta na utilização da Internet e na sua capacidade de potencializar resultados. Pela exposição inerente à Internet, a produção manufaturada de peças artesanais típicas de determinado recanto do globo pode ganhar circulação mundial. Entretanto, apenas a divulgação não basta para o ingresso e a manutenção no mercado; é preciso oferecer também um ambiente de segurança às contratações. Para isso, a pequena empresa de produtos típicos pretende anunciar que, independentemente das legislações de origem dos eventuais compradores, adota certos padrões éticos que exigem, a um exemplo, a devolução do produto e o reembolso do pagamento efetuado, caso o consumidor não se sinta satisfeito com o bem recebido. O nível do *label* é bem menor do que o necessário a uma instituição bancária, uma vez que a segurança aqui exigida é apenas a que diz respeito ao cumprimento desta regra: a de devolução. Bastaria, para este exemplo, uma certificação interna, de nível um ou dois.

---

<sup>447</sup> GOBERT ; SALAUN, 1999, op. cit., p. 90.



Existem, desta forma, cinco níveis de *labelização*, numerados de um a cinco, organizados segundo a observância ou não dos critérios anotados por Didier Gobert.<sup>448</sup> Os três primeiros níveis integram o grande grupo da *labelização* interna (no qual o *terceiro* audita o *site* após a concessão do selo, sem fazer uma busca no passado do fornecedor de serviço acerca de suas práticas comerciais) e os dois últimos, o grupo da *labelização* externa (em que a auditoria é mais severa e acontece de forma prévia à concessão do selo).<sup>449</sup> Em regra, cada nível adota as posturas do anterior e avança em alguns aspectos, ao reforçar os elos de segurança e propugnar pela adoção de práticas mais severas de auto-regulação.

O nível 1 corresponde a selos nos quais as regras de conduta são fixadas livremente pelo próprio interessado na sua obtenção. O fornecedor de serviço, por exemplo, opta livremente, pelo compromisso de reembolso dos valores pagos, ainda que já vencido o período em que legalmente estaria obrigado a tal prática.

No nível 2, que incorpora as práticas do 1, soma-se que o estabelecimento das condutas e das regras a serem observadas o serão através de um terceiro. Significa dizer que o interessado na utilização do selo, necessariamente, submeter-se-á a regras que não decorrem diretamente do exercício pleno da sua autonomia privada, mas sim da regulação a que irá aderir.

O nível 3 apresenta, como característica distintiva, a exigência de que o *site* eletrônico disponha, forçosamente, de um controle posterior, efetuado por um terceiro imparcial, acerca das reclamações, solicitações e pedidos dirigidos ao próprio *site* e nele registrado de forma a se conservar a segurança.

Avançando entre as hipóteses nas quais a *labelização* passa a ser externa – com a participação de um auditor imparcial que examina as condições do *site* e a sua capacidade de submeter-se, com sucesso, às regras da instituição privada –, o *label* de nível 4 é praticamente igual ao subsequente. A diferença entre eles reside apenas na circunstância de que, neste nível, o próprio interessado à certificação é que estabelece as regras pelas quais pretende se ver exigido. Ele será, antes da certificação, - como prevê uma *labelização* externa -,

---

<sup>448</sup> GOBERT ; SALAUN, 1999, op. cit., p. 93.

<sup>449</sup> Ibid, p. 92.

previamente testado acerca da adequação do seu comportamento às regras que ele próprio se impôs.

O nível 5, correspondente ao último nível de segurança, integrado ao tipo de labelização externa, contempla o grau máximo de certificação advindo de um selo privado. Nele, as regras que deverão ser observadas pelo exercício da autonomia privada advêm de um órgão distinto; o controle do cumprimento dessas práticas antecede à própria certificação; existem controles por parte da auditoria que são periódicos e permanentes e impõe-se, ainda, a verificação do *tratamento* dado às solicitações eventuais, advindas de consumidores ou de usuários dos serviços do *site*.

Níveis parecidos de certificação são utilizados, no Brasil, com o mesmo intento – o de atribuição de segurança – no âmbito da Bolsa de Valores de São Paulo, especificamente no que se chamou de *governança corporativa*.<sup>450</sup> Trata-se, no dizer da própria instituição, *de um conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregadores e credores, facilitando o acesso ao capital*.<sup>451</sup>

A relação que se pode fazer dessa estrutura com os processos de certificação e, especialmente, com os tipos e níveis de selo é bastante direta. Ambas são expressões do poder de auto-regulação dos particulares que, no interesse da preservação, ampliação e qualificação das atividades empresariais, aceitam submeter-se, voluntariamente, a certos padrões de conduta e parâmetros de prática que não são exigidos pela legislação.<sup>452</sup>

---

<sup>450</sup> Segundo o Manual do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, no *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*, s.d., p. 6, *governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.*

<sup>451</sup> Sobre o tema, necessariamente, examinar WALD, Arnold. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Rio de Janeiro, v. 15, p. 55.

<sup>452</sup> Neste sentido, CARVALHO, Antonio Gledson. Efeitos da migração para os níveis de governança da BOVESPA. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/pdf/uspniveis.pdf>>, janeiro de 2003, alertando que *muito se tem ressaltado sobre a importância de uma governança corporativa para o desenvolvimento do mercado de capitais. No entanto, reformas legislativas para o aumento de direitos dos minoritários sempre encontram sérios obstáculos políticos. Mecanismos de adesão voluntária aparecem como uma alternativa mais factível. Neste sentido, o novo mercado e os níveis diferenciados de governança corporativa da Bovespa aparecem como alternativa.*

Deste modo, ainda que muitas empresas tenham capital listado na Bovespa – ou seja, possuam capital aberto, vendam ações em bolsa e busquem capital por esta forma –, apenas algumas atingiram níveis de *governança corporativa* ou de auto-regulação supervisionada que as permita figurar como empresas de destaque e mereçam maior nível de credibilidade. Muitas empresas comercializam, através da Internet, e buscam, por muitas formas, atrair consumidores e usuários, tais como estratégias de publicidade; poucas, contudo, possuem declarações realizadas por um terceiro imparcial que credite o seu funcionamento e a prática de boas condutas. O número daquelas que atinge um grau de certificação mais aprimorado, como o de nível 5, do tipo externo, é bastante menor.

A governança corporativa consiste, em síntese apertada, em um instrumento privado de contenção e atenuação dos perigos inerentes ao investimento no mercado de ações. Uma empresa, para figurar no novo mercado, deve ter vencido anteriormente os níveis de governança corporativa 1 e 2, o que se vislumbra pela adoção de práticas privadas de contenção e mitigação de riscos aos investidores que vão desde a publicação exata de balanços contábeis, a adoção de auditorias mais frequentes e intensas e, mesmo, da adoção da arbitragem para a solução de eventuais disputas entre acionistas.<sup>453</sup> Estar no *novo mercado*, em comparação com os selos oriundos da certificação dos *sites*, significa que a empresa merece todo crédito e confiança, obtendo um selo comparável ao de uma certificação externa de nível 5.

Observa-se, desta maneira, que a criação de instrumentos privados de contenção ou mitigação de riscos segue a uma tendência bastante expressiva e que não se reduz ao âmbito da sociedade da informação.

---

<sup>453</sup> Na órbita do mercado de capitais brasileiros, o estágio superior de governança corporativa é conhecido como “novo mercado”. Trata-se de um segmento de listagem destinado a negociações de ações emitidas por companhias que se comprometem, voluntariamente, à adoção de práticas de governança bastante mais severas em relação à legislação e às rotinas comuns das empresas. Para ingressar no nível de governança corporativa, uma série de cuidados deve ser desenvolvida pela empresa e dizem respeito, geralmente, à melhoria das informações prestadas aos acionistas (*disclosure* ou transparência), à realização de reuniões públicas, à divulgação de termos de contratos, divulgação de calendário de eventos corporativos, entre outros. O nível 2, além de impor algumas alterações no estatuto social no que diz respeito ao Conselho de Administração, tem como uma das principais características a exigência do emprego do meio não-judicial à solução de conflitos, vinculando-se qualquer litígio à própria Câmara de Arbitragem da Bovespa. Sublinhe-se, aqui, por oportuno, mais uma semelhança entre a regulação privada dos selos da Internet e da Bovespa, visto que a maior parte das instituições certificadoras também remete a uma instância própria de diluição de litígios. Por fim, no novo mercado, estágio superior de creditação, exige-se, além da submissão à arbitragem, outras providências, por exemplo, que o capital social da companhia seja composto somente por ações ordinárias. Examinar estas e outras informações, inclusive com os regulamentos completos dos níveis 1 e 2 e o novo mercado, em <<http://www.bovespa.com.br>>, recuperado em dezembro de 2005.

Estes processos dependem, contudo, da existência de organismos privados capazes de atuar com isenção, independência e pronto acatamento pelos pares e pela própria sociedade. São, ao mesmo tempo, formas renovadas de manifestação da sociedade civil e do específico processo de regulação da Internet.

### **A.3 - Experiências consolidadas de selos instituídos por entidades privadas**

Os selos, mais do que um mero símbolo, consistem, realmente, em um negócio jurídico.<sup>454</sup> Expressam a adesão livre da instituição mantenedora de um *site* (empresa, associação, organização não-governamental, fornecedor de bens, produtos e serviços pela Internet) a um determinado conjunto de regras e de práticas emanadas por uma outra entidade privada (associação comercial, centro de pesquisa acadêmica, empresa de auditoria privada, entre outros).

No centro, portanto, dos processos de *labelização* de *sites*, estão as instituições que providenciam a certificação. Elas arcam com a atividade de auditar, assegurar e supervisionar o acatamento de certos padrões de conduta por parte dos mantenedores de espaços virtuais.<sup>455</sup> Para além disso, são estas instituições que geram os *códigos de comportamento* e de *conduta* que se tornarão obrigatórios para os *sites* após a adesão ao processo de certificação.

As entidades privadas, preliminarmente, tecem um peculiar regramento acerca da sua própria constituição, dos seus fins, das formas de sua subsistência e de que bens e interesses pretendem ver especialmente protegidos por sua atividade. Invoca-se aqui tudo o que já se mencionou sobre a participação da sociedade civil na sociedade da informação. Já que, em sua origem, a Internet é um espaço desta sociedade, é por meio das instituições particulares que ela é estruturada.<sup>456</sup> Trata-se de um *direito dos particulares*, entendido como tal aquele

---

<sup>454</sup> Na acepção que lhe dá ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 240 e AZEVEDO, 1974, op. cit., p. 79.

<sup>455</sup> Ver *Libro Blanco sobre los sistemas de autorregulación, los sellos y las marcas de confianza en mercados digitales y códigos de buenas prácticas para el comercio electrónico*. Proyecto i + Confianza: autorregulación y sistemas extrajudiciales *off-line* y *on line* de solución de conflictos para entornos de comercio electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria, dez. 2002.

<sup>456</sup> Conferir em CASTELLS, 2003, op. cit., p. 35.

que surgiu *dos corpos e organizações sociais*<sup>457</sup> e que decorre, por sua vez, da *autonomia privada de associação*<sup>458</sup> ou, simplesmente, da *autonomia de associação*.<sup>459</sup>

Dessa forma, inspiradas, algumas corporações objetivam, especificamente, ver e fazer assegurados valores relacionados à proteção da privacidade dos consumidores; outras tutelam a satisfação do cliente através do aporte de alguns comportamentos não-exigidos por lei, como o direito imediato de devolução de valores; algumas, por sua vez, primam pela instauração de relações de transparência com o consumidor, por meio do emprego de formas de acompanhamento das compras *online*, entre as tantas possibilidades de intervenção privada na regulação da Internet.<sup>460</sup>

Relata a recente bibliografia, ao seu turno, a existência de um número bastante expressivo de experiências de *labelização* de *sites* eletrônicos.<sup>461</sup> Certos documentos chegam mesmo a referir a uma *inflação* de selos de todos os tipos e espécies, como se registrou na Inglaterra.<sup>462</sup>

Muitas das iniciativas, contudo, restaram sem êxito e não redundaram em atribuição de segurança ao âmbito da Internet.<sup>463</sup> Por ausência de uma infra-estrutura sólida ou pela falta de clareza acerca dos seus objetivos ou, ainda, por não se atingir a um grau mínimo de

---

<sup>457</sup> SFORZA, 1986, op. cit., p. 67.

<sup>458</sup> Ibid., p. 33.

<sup>459</sup> Segundo LARENZ, 1978, op. cit., p.173: *Desde el puento de vista jurídico-privado, la posibilidad de la fundación de una asociación y del ingreso en una asociación es un resultado de la “autonomia privada”; en ambos casos se trata de negocios juridicos que son, en principio, licitos. También la “autonomia de la asociación”, esto es, la posibilidad concedida a la asociación de regular por sí sus relaciones internas mediante sus estatutos y acuerdos mayoritarios en el ámbito del ordenamiento jurídico, es una especial manifestación de la “autonomia privada”.*

<sup>460</sup> Conforme aponta o relatório *Website Quality Labelling – support for cooperation and cordination projects in Europe*. Programme for Comparative Media Law and Policy, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2003: *Since 1999 several trustmark iniatives haver emerge, minly to be divided into three approaches with each their specific objectives: labelling to ensure accuracy of information, labelling to ensure compliance with rules and legislation for e-business, labelling to indicate the contents of websites in order to protect minors from harmful content e labelling to provide trus in specific areas, such as ensuring security (webtrust, systrust).*

<sup>461</sup> Por todos, conferir HERTZ-POMPE, Nicolas. *La crédibilité des labels pour les sites Internet d’commerce*: Cas d’application. Universite Catholique de Louvain, 2003. Disponível em <<http://www.droit-technologie.org>>, recuperado em 2004.

<sup>462</sup> Ver no Relatório *Website Quality Labelling – support for cooperation and cordination projects in Europe*. Programme for Comparative Media Law and Policy, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2003, p. 5: *in 1999, the Bristish Governement asked the Alliance for Electronic Business as well as consumer organisations to find a solution to the anarchic development of such quality symbols, which were giving rise to confusion. The result was the creation of a “standard label”, supported by th Governement, the industry and consumer organisations: TrustUK.*

<sup>463</sup> Ver GOBERT ; SAVAUN, 1999, op. cit., p. 83.

divulgação e acatamento por parte das empresas e dos usuários, tais iniciativas acabaram por desaparecer da mesma forma discreta como surgiram.

Neste sentido, para a compreensão da espécie normativa advinda dos selos, importam aquelas experiências que, seja pela sua duração, seja pela qualidade dos serviços ou, ainda, pela sua estruturação institucional mereceram consolidar-se. Do amplo universo, foram escolhidos aqueles cujas fontes pareceram fidedignas. A *Better Business Bureau* foi escolhida, porquanto relata a experiência na busca na qualidade de serviços de uma entidade fundada e creditada pelo mercado e pelos Estados desde 1912 e, também, pela enorme adesão do seu selo em locais importantes como os Estados Unidos e a Europa.

Para reforçar aspectos como a especificidade da regulação privada e voluntária e mesmo a integração entre entidades privadas e públicas, a *Heath on the net Foundation* mereceu exame. Por fim, o alcance global da Internet e as constantes inovações em sua prática, com o advento de inusitadas aplicações, foram a principal razão para que o *Square Trade* fosse examinado, juntamente com o impacto de suas normas e do seu mecanismo próprio de resolução de conflitos entre os utilizadores dos serviços das empresas que portam os seus selos.

É neste contexto que se destaca a atividade da *Better Business Bureau*, uma entidade privada, gerada pela *autonomia privada coletiva* de seus instituidores e que funciona desde 1912. Os princípios são os mesmos desde aquele período: fomentar a prática de relações éticas entre empresas e o público através da regulação voluntária, a educação e a excelência no serviço.<sup>464</sup>

Com sede nos Estados Unidos, no Estado da Virginia, o selo despontou assim que a Internet assumiu a sua dimensão comercial. Desta maneira, a tradição que já existia na certificação de processos de comercialização convencional migrou para os realizados através da Internet.

---

<sup>464</sup> As principais informações foram recolhidas e podem ser conferidas no próprio *site* da instituição em <<http://www.bbbonline.com/reliability>>. Alguns dos dados foram também cotejados com artigos da imprensa americana, estudos e relatórios, além da bibliografia específica sobre a matéria.

A marca distintiva da instituição – *BBBOnline Reability Programa* – goza de grande prestígio entre os usuários da rede e entre os consumidores. Talvez seja esta a razão pela qual mais de 25.000 (vinte e cinco mil) *sites* eletrônicos preponderantemente dos Estados Unidos e do Canadá a utilizem como forma de declarar o comprometimento com normas que não são emanadas de fontes estatais.

Para a obtenção do direito à utilização do selo, além de integrar a associação privada *Better Business Bureau* (uma entidade empresarial comum e com endereços físicos, com sucursais em todos os Estados Unidos), o pretendente deverá firmar compromisso de observar altos níveis de ética comercial e primar pela satisfação do cliente; precisará comprovar o funcionamento no ambiente virtual há mais de um ano e comprometer-se, por escrito, a resolver qualquer controvérsia entre os seus clientes e as empresas com a cooperação do *Better Business Bureau*. Auditorias na sede física da empresa e no próprio *site* eletrônico, desta maneira, serão realizadas para a comprovação dos requisitos.<sup>465</sup>

As condutas a serem observadas podem ser agrupadas, *grosso modo*, em cinco hipóteses: a transmissão de comunicações exatas aos clientes (acerca da empresa, dos serviços *online*, das formas virtuais de pagamento, dos custos envolvidos); a proteção aos dados pessoais (confidencialidade, zelo e destruição dos dados após o uso específico autorizado); a satisfação do cliente (com o cumprimento dos prazos prometidos, o atendimento a solicitações realizadas por *e-mail* ou pelo *site*); a proteção das crianças e adolescentes (moderação na publicidade a que lhes são dirigidas); e, por fim, quanto aos mecanismos de resolução de conflitos (utilização dos meios da própria instituição).<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> Do *site* já mencionado, <<http://www.bbbonline/reability>>, eis algumas das exigências para que uma empresa possa utilizar o selo: *The company must be based or have a physical presence in the United States or Canada. The company must have been in business for a minimum of one year (an exception can be made if a new business is spinoff or a division of na existing business, wich is known to and has a positive track record with the BBB). The company must have a satisfactory complaint handling record with the Better Business Bureau. The company must agree to all of the BBBOnline Reability Requirements.*

<sup>466</sup> O Código de Práticas do BBBOnline Reability é bastante minucioso e, entre seus objetivos, encontra-se o de *provides desirable standards for e-commerce generally. Adherence to the provisions of this Code will be a significant contribution toward self regulation in the public interest. We urge online business to comply with the Code and to establish the necessary mangement procedures that will assure sucess. Second, it is the underpinning for the BBOonline Reability Program and alll Reability participants must agree to follow it and to dispute resolution, at the customer's request, for unresolved disputes involving products or services advertised or purchased online. Online businesses that are or become Reability participants will be able to demonsrate to the public their commitment to the Code's good business practices by displaying the Reability Seal.* Além disso, está fundado em cinco princípios básicos, dos quais decorre todo o restante da regulação, quais sejam *truthful and accurate communications, disclosure, information practices and security, customer safisfaction e protecting children.* Conferir em <<http://www.bbboline/reability>>.

Ressalta-se, deste modo, como bastante positiva na certificação de *sites* do *Better Business Bureau*, a exigência de que as atividades eletrônicas certificadas sejam detentoras de um endereço físico conhecido e divulgado aos consumidores. Além disso, a entidade certificadora, por seus representantes locais, espalhados por todos os Estados Unidos e Canadá, antes da concessão do selo, deverá auditar presencialmente as empresas que pretendam obter o selo.<sup>467</sup>

A operacionalização do *label*, por fim, funciona de forma bastante simples e eficiente para os seus fins, ou seja, no *site* da empresa está fixado o selo. Este *label*, na verdade, consiste em um atalho ou em um *link* para uma página situada de domínio da *Better Business Bureau*. Nesta, por sua vez, *encontrar-se-á* um relatório completo sobre o detentor do *site*. Além de informações como endereço, telefone, constam dados sobre a direção da empresa, o tempo em que é filiada a *Better Business Bureau*, o período em que dispõe de serviço *online*, uma qualificação geral do negócio, dos seus serviços e o registro da satisfação ou não, de consumidores ou usuários anteriores.<sup>468</sup> Da mesma forma, através desta tela, os consumidores podem, de forma direta, manifestar as suas reclamações tanto à empresa detentora do *site* como à entidade certificadora. Tais fatores devem, portanto, ter conduzido à ampla aceitação do selo nos Estados Unidos e no Canadá.<sup>469</sup>

Um outro selo, independente, mas que é uma *variação* ou *derivação* do *BBBOnline*, é o *BBBOnline Privacy*. Este *label* revela a importância que tem assumido a privacidade na

---

<sup>467</sup> No processo de submissão de uma empresa às regras do *BBBOnline* (conferir informações no *site*), inclui-se a obrigatoriedade da visita direta à sede física da empresa solicitante. Esta verificação inicial é realizada por membros da sede local da *Better Business* mais próxima da empresa. Dentro do princípio da transparência do *site* ou da *disclosure*, consta que *online merchants should provide, at a minimum, the following contact information online: legal name, the name under which it conducts business, the principle physical adress or information, including country, sufficient to ensure the customer can locate the business offline; an online method of contact such as e-mail; a point of contact within the organization that is responsible for customer inquires, and a telephone number unless todo so would be disruptive to the operation of the busines given its size and resources and them, the merchant should maintain a working listed phone number.*

<sup>468</sup> O *site* <<http://www.BBBOnline.com/reability>> dispõe, inclusive, de uma listagem completa de todos os mais de 25 mil *sites* que estão em conformidade com os seus estatutos e, portanto, podem utilizar os selos da entidade. Está disponível, ainda, um mecanismo de busca de empresas para a verificação de sua adesão ou não ao processo de certificação.

<sup>469</sup> Para a visualização, especificamente, deste processo de certificação, consultar o Anexo n. 1. Os custos com o serviço de labelização são variados e variam conforme o porte da empresa. O *Better Bussines Bureau* dispõe, além disso, de apoio financeiro do Departamento de Comércio dos Estados Unidos, através da Divisão de Mercado e Desenvolvimento, comprometida com a co-regulação da Internet, através da integração entre esforços públicos e privados.



sociedade da informação.<sup>470</sup> Trata-se de um selo temático, voltado apenas ao cuidado da privacidade e da intimidade dos usuários. De circulação mundial, possui cerca de 727 empresas em todo o globo que o ostentam e, através dele, declaram práticas elevadas de tratamento dos dados obtidos, geralmente vinculadas à destruição destas informações após a conclusão do negócio e à não-transmissão a terceiros destes dados.

Outro *label* de natureza temática (e que, no âmbito da regulação privada da Internet merece ser sublinhado) é o *HON – Heath on the Net Foundation*.<sup>471</sup> Trata-se de um selo lançado por uma instituição particular suíça em que a preocupação é orientar profissionais e usuários de *sites* que contenham informações relacionadas à saúde.<sup>472</sup> Seu objetivo específico consiste, portanto, em certificar a qualidade da informação transmitida aos usuários.

Para a concessão do selo, os *sites* eletrônicos deverão completar um questionário de solicitação e de autoverificação de suas práticas.<sup>473</sup> Posteriormente, terão as informações que

---

<sup>470</sup> Como salientaram, no Brasil, SILVA MARTINS, Ives Gandra ; GRANDA MARTINS, Rogério Vidal. Privacidade na comunicação eletrônica. In: GRECO, Marco Aurélio; SILVA MARTINS, Ives Granda da (org.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 41.

<sup>471</sup> A instituição mantenedora do *site* funciona desde 1995 e possui grande prestígio na Europa e em todo o mundo. Atua, inclusive, como consultora da ONU para as questões relacionadas à divulgação de informações médicas através de *webpages*. Significativo, neste sentido, o documento da Comissão Européia que orienta e aponta caminhos para os *Websites* contendo informações médicas e que, expressamente, reconhece os serviços da HON. Assim, do teor do documento se lê *Self Applied Code of Conduct or Quality Label. A next step in the implementation of a code of conduct can be characterised as the self applied quality label. In such a case a third party organisation develops a code of conduct and allows those who undertake to abide by the terms of the code to display a label, seal or logo which certifies compliance with the code. The oldest, and perhaps best known, of such labels is the Health on the Net Foundation (HON) label whose eight point set of quality criteria is currently used by more than 3000 Internet sites worldwide. A site provider wishing to use the HON label has to make a formal application and a commitment to strictly observe all the HON code principles. Compliant sites identify themselves by the HON code hyperlink (or "active") seal displayed at a prominent location. The seal is termed 'active' because clicking on it links the user to the HON site. Conformity with the HON code principles is verified by the team of checkers at HON. HON cannot prevent dishonest operators from simply cutting and pasting the HON code seal onto their Web sites in a bid to enhance their credibility. It does, however, conduct random checks on subscribers to ensure they remain compliant with the HON code. By way of additional policing, the Internet community is invited to report misuse of the label.* Conferir em: Commission of the European Communities, Com (2002) 667 Final. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the economic and social committee and the committee of the regions, eEurope 2002: Quality Criteria for Health related Websites. Brussels, 29.11.2002.

<sup>472</sup> Commission of the European Communities, Com (2002) 667 Final, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the economic and social committee and the committee of the regions, eEurope 2002: Quality Criteria for Health related Websites. Brussels, 29.11.2002: *The Health On the Net Foundation (HON), created in 1995, is a not-for-profit International Swiss Organisation. Its mission is to guide lay persons or non-medical users and medical practitioners to useful and reliable online medical and health information. The major sponsors of Health On the Net Foundation are the State of Geneva, Geneva University Hospital, the Swiss Institute of Bioinformatics, and Sun Microsystems.*

<sup>473</sup> *You wish to support the HONcode initiative to improve the quality of medical and health information available on the WWW. Whether you are a healthcare Web site developer or an information provider, remember that by formally applying for membership in the growing community of HONcode subscribers and displaying the HONcode active seal and logo, you commit yourself to observe the HONcode principles and to make the*

forneem no seu espaço auditadas por peritos para a verificação da adequação e correção. Um conselho reunir-se-á para decidir se concede ou denega o direito de portar o selo.

A observância do *Código de Ética para sites web de saúde e Medicina* – um conjunto de regras emanadas por uma instituição privada – é condição à concessão e à manutenção do selo.<sup>474</sup> No código, diversas disposições, derivadas da autonomia dos envolvidos, estão prescritas, como aquelas que determinam que deve ser observada uma expressa transparência acerca de quem está fornecendo as informações sobre temas relacionados à saúde e com que autoridade e formação o faz. É preciso revelar, exemplificativamente, a natureza da ocupação (médico, enfermeiro, psicólogo) e a especialidade profissional (endocrinologista). Deve-se, certamente, manter-se certas reservas quanto às informações transmitidas (evitar a feitura de diagnósticos e a emissão de laudos, entre outras vedações) e, ainda, dispor de dados claros sobre o mantenedor do *site* eletrônico (empresa, associação, entidade de classe, entre outras).

Em dezembro de 2002 – último dado obtido –, cerca de 3.000 (três mil) páginas dispunham do selo *HON*.<sup>475</sup> Os usuários do *label* provêm de países como Alemanha, Argentina, Canadá, Áustria, Espanha, Finlândia, Itália, Estados Unidos e Suíça.<sup>476</sup>

Merece especial destaque, no quadro dos selos existentes e atuantes com sucesso na sociedade da informação, o desenvolvido pelo *Square Trade*.<sup>477</sup> Seu *slogan* “Construindo confiança nas transações”, aponta para as razões de seu sólido desempenho e pelo valor que se atribui, no desenvolvimento de negociações, através do suporte da rede, à apresentação

---

*appropriate changes when required and to conform to HON's decisions.* Conforme disponível no *site* da instituição.

<sup>474</sup> Neste sentido, em <<http://www.hon.ch>>, recuperado em novembro de 2005: The HONcode sets a universally recognised standard for *responsible self-regulation*. It defines a set of voluntary rules designed to help a Web developer site practices responsible self-regulation and to make sure a reader always knows the source and the purpose of the information he or she is reading. These guidelines encourage the authority, complementarity, confidentiality, proper attribution, justifiability and validity of the medical advice and information provided. Furthermore, sites that subscribe to the HONcode commit themselves to providing transparent information on site sponsorship and clearly separating advertising and editorial content.

<sup>475</sup> Dados disponíveis no Documento *Quality Criteria for Health related Websites*, da Comissão Européia, obra citada.

<sup>476</sup> Ainda que não se tenha identificado a participação de alguma empresa ou *site* brasileiro, observou-se que o Código de Conduta previsto pelo HON está disponibilizado também em português.

<sup>477</sup> Conferir em <<http://www.squaretrade.com>>.

desta logomarca. Sobretudo, nos Estados Unidos e no Canadá, o montante de empresas que utiliza a marca ultrapassa o número de 10.000 (dez mil).<sup>478</sup>

Trata-se de uma instituição privada fundada por investidores no mercado de ações e também da Internet como *JP Morgan, Partnes y Weston Presídio Capital*. O selo vincula-se, sobretudo, às atividades realizadas pelas entidades fundadoras como o *e-bay* (vendas e leilões *online*), a empresa Verig Sign (atribuidora de chaves públicas e privadas, certificadora das assinaturas digitais atuante em todo o mundo) e o *Pau Pal* (conhecido *site* da rede).

Observa-se, com maior facilidade, no *Square Trade*, o funcionamento efetivo de uma atividade negocial. A atuação do selo, *como técnica para garantir a confiança dos consumidores*, alia-se a um intenso e típico campo negocial promovido pelas instituições mantenedoras.<sup>479</sup> As atuações, portanto, são complementares e dirigem-se de forma ordenada a um único fim: a contenção dos riscos e a atribuição de confiabilidade aos tratos realizados pela Internet.

As empresas que sustentam e empregam o selo, em sua grande maioria, possuem perfil global, atuando em todos os continentes, sobrepondo-se a diversos ordenamentos jurídicos, línguas e costumes. As normas de natureza privada, propostas pelo *Square Trade* e observadas pelos seus integrantes, assumem, cada vez mais, a feição de uma nova *lex mercatoria*<sup>480</sup> - ou, como preferem alguns, de uma *lex electronica*.<sup>481</sup>

---

<sup>478</sup> Conforme dados do *Libro Blanco sobre los sistemas de autorregulación, los sellos y las marcas de confianza en mercados digitales y códigos de buenas prácticas para el comercio electrónico*. Proyecto i + Confianza: autorregulación y sistemas extrajudiciales *off-line* y *on line* de solución de conflictos para entornos de comercio electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria, dez. 2002, p. 34.

<sup>479</sup> Como se expressa GOBERT, 1999b, op. cit.

<sup>480</sup> Sobre a importância da *lex mercatoria* como proveniente dos usos e práticas comerciais, examinar SCIANCALEPORE, Giovanni. *Autonomia negoziale e clausole d'uso* - disposizione normative e prassi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.

<sup>481</sup> Por todos, consultar GAUTRAIS, Vicente et alii. Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la *lex electronica*. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 5, p. 548, 1997: *en ce qui concerne à propement parler le commerce électronique, une appellation tend, de plus en plus, à se répandre, celle de lex electronica. Ce néologisme est vieux d'un an et sans que personne n'en donne vraimentement une définition précise, on peut, sans trop s'avancer, affirmer que la lex electronica correspond à la ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique.*

A entidade, além de certificar as transações comerciais de grandes empresas da rede que necessitam suprir o *trust deficit* no comércio realizado pela Internet<sup>482</sup>, remete todas as eventuais controvérsias para um mecanismo próprio de solução de conflitos. Trata-se de um serviço dirigido, especificamente, aos consumidores como mecanismos de outorga de segurança e confiabilidade no comércio realizado pelas empresas que se utilizam do selo. É importante frisar que a submissão de um caso para exame pelo *online dispute resolution* é faculdade exclusiva do consumidor ou do usuário.<sup>483</sup> Em certos casos, como nas transações realizadas pelo *Ebay* – um *site* de leilões –, a iniciativa pode ser de quaisquer das partes envolvidas na transação. Em regra, essas transações ocorrem entre duas pessoas físicas.<sup>484</sup> Dado o montante de consumidores e usuários que acessam *sites* certificados pela empresa – levando-se em conta que Yahoo e Google são empresas parceiras –, não é inverossímil a afirmação de a entidade já ter realizado, desde 1999, a composição de mais de um milhão de casos.<sup>485</sup>

Ao tempo em que o exame dessas diversas iniciativas de certificação *online* de *sites* é capaz de demonstrar a imensa pluralidade de tipos e de formas de regulação privadas da Internet, elas apontam, ainda, à alta credibilidade junto ao público a que se destinam.<sup>486</sup> Consumidores e usuários da rede, na União Européia e em países como os Estados Unidos e o Canadá, demonstram-se bastante atentos à existência dos selos como critério prévio à escolha de um *site*, a fim de lhe emprestar uma expectativa de maior segurança e confiança.

Normalmente, os custos com a labelização e com os serviços de solução de conflitos são suportados pelas próprias empresas que atuam no mercado da Internet. As taxas são variáveis, mas bastante acessíveis e estão geralmente inclusas na associação prévia que se requer à entidade corporativa que organizou o ente de certificação.<sup>487</sup> O selo, em si mesmo, costuma figurar no *site* como um *link*, uma ponte para o acesso direto à página da entidade

---

<sup>482</sup> Segundo informações obtidas no *site* da instituição, em <<http://www.squaretrade.com>>, em novembro de 2005, a empresa atua com a certificação e o estabelecimento de regras de conduta para empresas como o Google (pesquisas na Internet e outros serviços diversos como o Orkut), o Yahoo (mecanismo de busca e outros serviços) e o Ebay (*site* de leilões). O universo de usuários e consumidores que acessam estes *sites* chega a muitos milhões diariamente, o que ressalta a importância do selo.

<sup>483</sup> Do que se depreende da análise dos documentos e do exame do formulário disponível para a submissão de casos em <<http://www.squaretrade.com>>.

<sup>484</sup> Em levantamento realizado no *site* <<http://www.ebay.com>>, novembro de 2005.

<sup>485</sup> Como está literalmente disposto no *site* da instituição em <<http://www.squaretrade.com>>: *Pioneer of large scale online dispute resolution. Handled over 2 million disputes across 120 countries in 5 languages.*

<sup>486</sup> Para uma avaliação do impacto dos selos na prática dos usuários e consumidores da Internet, conferir HERTZ-POMPE, 2003, op. cit.

<sup>487</sup> Neste sentido, ver GOBERT, 1999b, op. cit., p 83 e, mais especificadamente, com gráficos e comparações, Relatório *Website Quality Labelling – support for cooperation and coordination projects in Europe*, p. 11-25.

certificadora, em que constarão informações e relatórios sobre o *site* que está sendo visitado e o seu perfil empresarial.

O incentivo de normas públicas à certificação privada de *sites*, a eficácia normativa das convenções particulares que vinculam empresas a códigos de comportamento não-estatais, o uso da arbitragem e de outros meios *virtuais* para a solução de controvérsias acabam por gerar um *estado de segurança* que extrapola os limites dos diretamente envolvidos pelos processos de *labelização*.<sup>488</sup> Toda a rede se beneficia dessas estruturas e da capacidade de, por elas, conter os riscos que são intrínsecos à Internet.

A segurança pode ser jurídica e ser representada pela anuência e incentivo dos Estados às iniciativas privadas; pode, por outro viés, mirar diretamente às situações concretas de risco, superadas pela capacidade de auto-regulação dos atores privados e pela eficácia normativa de seus atos. Ela ainda possui, como veículo de expressão, o emprego de formas efetivas de solução de conflitos. Todas estas *expressões da segurança* demandam a contribuição da autonomia privada para a sua implementação.

## **B) Expressões da segurança advinda através da certificação**

Os processos de *labelização* atualmente existentes contribuem de forma direta e indireta à eliminação de riscos da sociedade da informação. De forma direta, afastam-se diversos perigos a que se submetem *os fornecedores de bens, produtos e serviços pela Internet*; de forma indireta, ao gerar um clima geral de maior confiança no próprio comércio eletrônico.

---

<sup>488</sup> Como descrito no Documento do Ministério da Ciência e Tecnologia espanhol, *Libro Blanco sobre los sistemas de autoregulación*, op. cit., p. 76: *los sellos y marcas tienen por objeto principal aumentar la confianza de los consumidores sobre la seguridad, privacidad, transparencia y funcionalidad de las empresas que los obtienen, al cumplir con los requisitos establecidos. A largo plazo, la mayor confianza de los consumidores en las páginas web que desarrollan cualquier tipo de operaciones en la red, como comercio electrónico o toma de datos personales de los usuarios, implicará la expansión de Internet como herramienta de uso generalizado y aceptado, acercando la deseada sociedad de la información a la realidad cotidiana.*

A submissão ao processo de certificação elimina as dúvidas relacionadas à lei aplicável sobre as transações comerciais realizadas pela rede. Evitam, desta forma, as incertezas a que podem se submeter no que concerne à legislação aplicável.<sup>489</sup>

Os usuários, por seu turno, ao reconhecerem o selo e, em função dele optarem por determinado *site* na aquisição de produtos e serviços, asseguram-se, por exemplo, da existência efetiva da atividade comercial prometida pelo *site* eletrônico e da adoção de políticas explícitas em relação ao consumidor. Com isso, expressiva parte do risco que era intrínseco à transação *online* é previamente eliminada.

Poder-se-ia acrescentar, ainda, como diretamente afetadas pelo resultado da *labelização*, as entidades corporativas do âmbito da própria Internet as quais, através dos selos, constituem, para a sua própria segurança, certos *tribunais*, de feição privada e de organização peculiar, que realizam as audiências e outros atos processuais através da plataforma da Internet.<sup>490</sup> Esses mecanismos de solução de conflitos gerados no seio na Internet afastam das entidades empresariais e corporativas que atuam na rede o risco de eventual submissão a tribunais estatais estrangeiros e a processos sob legislações e procedimentos desconhecidos, com todos os custos que lhes são típicos. Citam-se dois exemplos simplistas: o deslocamento físico para o comparecimento em audiências ou, então, os gastos com advogados especializados em países diversos ao do consumidor.

Para além desta contenção de riscos – diretamente voltada aos *atores* da Internet –, o processo de *labelização* promove outras expressões de segurança para o cenário geral da sociedade da informação.<sup>491</sup> Mais do que resolver casos pontuais, os selos promovem e expressam, na sua integralidade, a conjunção de esforços para que a liberdade existente na rede não se torne pernicioso. Esta contribuição que se pode dizer indireta reveste-se de extrema importância por vincular e articular, em direção a um mesmo fim, iniciativas públicas e privadas, além de definir, de forma clara, mecanismos para a solução de conflitos.

---

<sup>489</sup> CAPRIOLI, Eric A. *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*. Paris: Litec – JurisClasseur. 2002. p. 53.

<sup>490</sup> SCHIAVETTA, Susan. Does the Internet occasion new direction in consumer arbitration in the EU?. *Journal of Information, Law and Technology*, em <[http://www2.warwich.ac.uk/fac/soc/law2/jilt/2004\\_3/schiavetta](http://www2.warwich.ac.uk/fac/soc/law2/jilt/2004_3/schiavetta)>, dezembro de 2004.

<sup>491</sup> Ainda que os autores discutam acerca da existência ou não de uma sociedade da informação, todos são unânimes em concordar que se está diante de um novo contexto político, social e econômico. Por todos, WEBSTER, 2002, op. cit., p. 263.

Estas *expressões da segurança* denotam estabilidade da certificação de *sites* através de selos. Não se trata mais de experiências acadêmicas ou de exercício de ficção científica, mas, ao contrário, são a consolidação da tendência de unificação de esforços para a mitigação de um crescente implemento dos riscos próprios da Internet e de suas aplicações.

Os efeitos indiretos do processo de labelização, portanto, atingem a um número bem mais amplo de usuários da rede, visto que aumentam a confiança e a estabilidade ao tráfego negocial por ela realizado.<sup>492</sup> Esses efeitos são também virtuais: de difícil estimativa e acompanhamento, mas, ao mesmo tempo, paradoxalmente concretos, na perspectiva de que um maior número de empresas atuantes na Internet passa a submeter-se aos protocolos de atuação inspirados e determinados pelos processos de certificação e creditação de *sites*. Essa *concretude* também se materializa nas hipóteses em que os selos passam a ser mais conhecidos e buscados pelos usuários (notadamente, os consumidores de bens e serviços da Internet) e passam a funcionar como causa e critério determinante para a opção, entre as tantas possibilidades, por determinado *site* da rede.

Ainda que o conceito de segurança seja ambíguo pela amplitude que pode assumir e pelos tantos ângulos por que possa ser analisado, aqui é adotado em seu sentido absolutamente estrito e instrumental.<sup>493</sup> Possui duas vertentes: a da prevenção e da contenção de riscos que são ínsitos à negociação pela rede, sejam eles fáticos ou normativos, e, em um segundo momento, o da eliminação de conflitos, que possam ter vencido ao esforço prévio de redução de riscos pelo processo de certificação, através de formas *virtuais* de solução de conflitos.<sup>494</sup> Por isso, aqui se recuperam as noções mais simplistas do termo: a *estabilidade*, a *permanência* e a *regularidade*.

Na persecução dessa segurança é que a autonomia privada articula-se com normas públicas e resulta em uma regulação híbrida para a rede, através de inúmeras legislações que têm por objeto o incentivo, o fortalecimento e mesmo o financiamento de práticas de certificação de *sites* por meio de selos.

---

<sup>492</sup> HERTZ-POMPE, 2003, op. cit., p. 22.

<sup>493</sup> A segurança, no termo deste trabalho, está cingida a um caráter absolutamente instrumental e corresponde àquela emprestada por GHERNAOUTI-HÉLIE, 2002, op. cit., p. 87.

<sup>494</sup> Inserindo-se na perspectiva de proteção do consumidor, salientado por Alexandre Libório Dias Pereira como fundamentais nas Diretivas Europeias que regulam o comércio eletrônico e a solução arbitral de conflitos. PEREIRA, 1999, op. cit., p.50.

A estabilidade das relações jurídicas existentes na rede e, em última instância, das próprias aplicações feitas através dela no seio da sociedade da informação, exige o estabelecimento de formas de solução de conflitos que se adéquem às necessidades dos sujeitos da Internet. Estes mecanismos de hetero ou autocomposição de conflitos caracterizam-se pela sua acomodação à realidade virtual proposta pela Internet e, igualmente, pela celeridade e baixo custo na realização de intervenções que diluam eventuais controvérsias.

Pode-se dizer, desta maneira, com respaldo em Carlos Ferreira de Almeida, que os selos, na sua conformação mais original, são também uma expressão da autonomia privada em sua compreensão de fenômeno pré-legal, extralegal e mesmo pré-jurídico, com origens na própria sociedade.<sup>495</sup> Possui as suas nascentes, deste modo, no próprio agir dos sujeitos privados.<sup>496</sup>

As expressões de segurança decorrentes do processo de labelização pautam-se também pela liberdade (em seu sentido econômico): liberdade em conjugação, articulação e harmonia com Estados e organismos internacionais, quando se trata de regulação híbrida e conjunta da Internet e de atividades concorrentes para a atribuição de segurança à rede;<sup>497</sup> liberdade em feição mais pura quando se refere aos códigos de conduta e às regras privadas decorrentes da *labelização* e, igualmente, quando se trata de garantir eficácia a essas normas pela constituição de tribunais arbitrais que funcionem segundo os parâmetros da sociedade da informação.

A possível atenuação dos riscos, desta forma, decorre de um conjunto integrado e circular de fatos: passa pelo reconhecimento e pelo incentivo dos Estados às iniciativas privadas, por conta da assimilação da impossibilidade em guardar um espaço efetivamente destinado aos particulares, posto em uma área global e indócil às regulações estatais; transita, necessariamente, pela compreensão da força cogente inerente aos códigos privados a que os *sujeitos da atividade negocial pela Internet* se submetem e chega, enfim, à constituição de um

---

<sup>495</sup> Neste sentido, ver ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 240.

<sup>496</sup> Na acepção da autonomia privada como fenômeno social, antecedente ao Estado, como defendido por AZEVEDO, 1974, op. cit., p.79.

<sup>497</sup> Para uma visão da regulação híbrida, retornar a PERRITT JR., Henry. *The Internet is changing the public international legal system*. Disponível em: <<http://www.kentlaw.edu/cyberlaw/perrittnetchg.html>>, recuperado em dezembro de 2002.



aparato *parajudicial* de solução de controvérsias, valendo-se, sobretudo, da arbitragem, como instituto transnacional de resolução de conflitos.

Diante de um universo tão expressivo de perigos que se escondem pelas vias das conexões virtuais, efetivamente, o implemento de práticas de segurança não pode ser aguardado como consequência da decisão de um ou outro Estado nacional. Tampouco se pode esperar passivamente a criação de um grande consenso internacional entre os países. Ilusório, de toda a sorte, é imaginar que iniciativas exclusivamente privadas possam deter o condão de emprestar uma solução completa para as tantas problemáticas da sociedade da informação. Exige-se, ao contrário, a articulação dessas tantas *expressões de segurança*, todas firmadas, com maior ou menor intensidade, no pilar da autonomia privada.

### **B.1 – O reconhecimento e o incentivo dos Estados à certificação privada**

As atividades de labelização de *sites*, da realização de arbitragem e mediação *online* não decorrem, como já se observou, da iniciativa de Estados ou de outros organismos públicos internacionais. Antes, tiveram as suas raízes fincadas na liberdade dos particulares, em experiências acadêmicas ou em corporações empresariais.

A consolidação dessas práticas, contudo, levou não só a que Estados ou organismos internacionais a assimilassem como também assumissem uma postura ativa de incentivo e promoção. Isso significa, antes de tudo, um reconhecimento de seu valor como técnica para a regulação da Internet e, também, de sua adequação como formas de contenção dos riscos, desde o aporte de atos de autonomia privada.

Esses atos – como já se assinalou – dependem da constatação de existência de mera *possibilidade de conformação*, prescindindo-se assim da *vontade* como causa e motivo. Podem, em meio à celeridade, anonimato e distância da sociedade da informação, constituírem-se como comportamentos concludentes que se manifestam pela via de declarações tácitas.<sup>498</sup> É possível que, ainda, caracterizem-se como um eloqüente momento

---

<sup>498</sup> PINTO, 1995, op. cit., passim.

de comunicação a expressar um ato de *performance*, ato que produza efeito de vinculação passiva na esfera do agente.<sup>499</sup>

A existência de um acervo já bastante efetivo de normas que recomendam o uso dos selos e dos mecanismos *online de solução de controvérsias* a eles coligados sublinha a efetividade e a segurança interna ínsitas a esses meios, bem como o nível de consolidação e inserção desses processos.

Portanto, a segurança que pode advir do uso dos selos e dos *online dispute resolution* é reforçada e possui uma manifestação específica pela recomendação, tantas vezes expressa, dos próprios Estados.

Efetivamente, as práticas de *labelização* acabam por ser respaldadas através de iniciativas públicas que avalizam os seus procedimentos e reconhecem, expressamente, a importância, no campo da prevenção e eliminação de conflitos, do retorno às origens e aos fundamentos da sociedade da informação, encontrados, sobretudo, na liberdade e no reconhecimento de um espaço precipuamente dominado por iniciativas privadas.

O processo de certificação de *sites* pela adoção de selos e o reenvio a formas de solução *online* de controvérsias torna-se uma importante *expressão da segurança* que pode advir dos selos, visto que, por eles, congregam-se de forma bastante dinâmica iniciativas públicas e privadas voltadas à segurança da sociedade da informação.

Os ideais de *co-regulação* ou de *regulação híbrida* da rede, apontados em diversos documentos como vitais para que se atinja um nível razoável de segurança na Internet e em suas aplicações, concretizam-se através dos selos.<sup>500</sup>

Estas normas públicas, contudo, enquadram-se no modelo das chamadas *soft laws*.<sup>501</sup> Tais espécies normativas públicas apenas recomendam, deixando de impor sanções ou penas para o descumprimento de suas disposições, exercendo uma função exclusivamente incentivadora. A técnica prefere indicações a mandamentos e pauta-se, justamente, pela

---

<sup>499</sup> ALMEIDA, 1992, op. cit., p. 247.

<sup>500</sup> Na perspectiva emprestada por POULLET, Yves. Technologies de l'information et de la communication et "co-régulation": une nouvelle approche?. *Droit & Nouvelles Technologies*. Disponível em: <<http://www.droitnouvellestechologies.com>>.

<sup>501</sup> Conforme SENDEN, Linda. Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 9.1, jan. 2005.

construção de uma *cultura favorável* à determinada conduta.<sup>502</sup> Realiza-se, por meio delas, a viabilização de políticas consideradas pelos Estados como relevantes e importantes, mas não impositivas e merecedoras de sanção.<sup>503</sup>

O primeiro documento de maior significação para a matéria consiste na Diretiva 97/7/CE que regulou a *proteção dos consumidores em matérias de contratos a distância*.<sup>504</sup> Apesar de não disciplinar diretamente a certificação de *sites* eletrônicos através de selos, acaba por influenciar o regime jurídico da Internet ao prescrever uma série de condutas favoráveis à prevenção e à solução de conflitos relacionados ao consumo pela Internet. Ao mesmo tempo, ao reconhecer as dificuldades que são inerentes a este tipo de contratação, propugna pela adoção de práticas inovadoras, que permitam a solução imediata das controvérsias, levando-se em conta a distância entre consumidor e fornecedor.

O resultado de tal diretiva nos ordenamentos nacionais europeus foi imediato. Ainda em 1999, a Bélgica publicou lei que, em transposição aos princípios da Diretiva, introduziu a *labelização* dos *sites* eletrônicos.<sup>505</sup> Luxemburgo, também no âmbito da União Européia, procedeu da mesma forma quando regulou os contratos concluídos por meios eletrônicos. Repercussão idêntica foi gerada na Espanha, pois a lei relativa aos *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* prevê expressamente que

El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a **los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta y otros instrumentos de autorregulación.**(Grifei).

<sup>502</sup> Neste sentido, o artigo 32 da Ley 34/2002, de 11 de julho, de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: el prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos e la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuario, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autoregulación*.

<sup>503</sup> Como demonstra o relatório apresentado coletivamente pelo *European Consumer Law Group*, de março de 2000, publicado com o título *Le soft law et l'intérêt du consommateur. Revue Européenne de Droit de la Consommation*, p. 113-133, mar. 2002.

<sup>504</sup> Publicado no *Jornal Oficial* n. 144, p. 19-27, 04.06.1997.

<sup>505</sup> Trata-se da Lei de 25 de maio de 1999, especialmente pelo disposto em seu artigo 80.

En los procedimientos e resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá haecerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

De forma expressa, em 2001, através da Diretiva *relativa a certos aspectos jurídicos da sociedade da informação*, a prática da auto-regulação (e, portanto, dos selos) é fortemente incentivada aos países-membros da União Europeia - tudo a teor do artigo 16 da referida Diretiva:

1. Os Estados-Membros e a Comissão fomentarão:

a) a elaboração de códigos de conducta em nível comunitário através de associações e organizações comerciais, profissionais ou de consumidores, com o fim de contribuir a que se apliquem corretamente os artigos 5 a 15;

b) o envio voluntário à Comissão dos projetos de códigos de conduta a nível nacional ou comunitário;

c) a possibilidade de aderir aos códigos de conduta por via eletrônica em línguas comunitárias;

d) a comunicação aos Estados-Membros e à Comissão, por parte das associações e organizações profissionais e de consumidores, da evolução que estas tenham na aplicação de seus códigos de conduta e sua repercussão nas práticas, usos ou costumes relacionados com o comércio eletrônico;

e) a elaboração de códigos de conduta em matéria de proteção de menores e da dignidade humana.<sup>506</sup>

A Diretiva, anteriormente mencionada, foi o mais significativo marco jurídico de reconhecimento das dificuldades dos Estados em normatizarem questões relacionadas ao comércio eletrônico, notadamente, nas hipóteses relacionadas ao consumo.

---

<sup>506</sup> Neste sentido, Diretiva 97/7/CE: *1. Los Estados-Miembros y la comisión fomentarán: a) la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15; b) el envío voluntario a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario; c) la posibilidad de acceder a los códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias; d) la comunicación a los Estados-Miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la evaluación que éstas hagan de la aplicación de sus códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico; e) la elaboración de códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidade humana.*

No que concerne, igualmente, aos meios que se coligam aos selos para a solução de controvérsias, os *online dispute resolution*, a legislação europeia assim se manifestou de forma bastante clara e contundente:

1. Os Estados-Membros velarão para que, em caso de desacordo entre um prestador de serviços da sociedade da informação e o destinatário do serviço, sua legislação não obstaculize a utilização dos mecanismos de solução extrajudicial, existentes com apoio na legislação nacional para a solução de litígios, inclusive utilizando vias eletrônicas adequadas.
2. Os Estados-Membros aconselharam aos órgãos responsáveis de solução extrajudicial de litígios, em particular de litígios em matéria de produtos de consumo, a que atuem de modo tal que proporcionem garantias de procedimento adequadas às partes afetadas.
3. Os Estados-Membros incitarão aos órgãos responsáveis de solução extrajudicial de litígios a que informem a Comissão das decisões relevantes que tomem em relação aos serviços da sociedade da informação, e a que transmitam todos os demais dados sobre práticas, usos e costumes relacionados ao comércio eletrônico.<sup>507</sup>

Em âmbito mundial, coube às Organizações das Nações Unidas editar uma recomendação (e seus anexos), incentivando o uso da auto-regulação e da certificação dos *sites* eletrônicos. Trata-se da Recomendação n. 32, adotada durante a 7ª Sessão das Nações Unidas, realizada em março de 2001, em Gênova.<sup>508</sup> Pela importância da norma e pelo seu impacto em países como França, Alemanha, Índia, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos, entre outros, parece oportuno transcrever, no corpo do próprio texto, as recomendações:

O Centro para a Facilitação do Comércio Eletrônico da Organização das Nações Unidas (UN/CEFACT) resolve recomendar:

1. Os Estados-Membros da ONU devem, em complemento a outras soluções, reconhecer o apoio do desenvolvimento e criação de

<sup>507</sup> Consultar o artigo 17 da Diretiva 2000/31/CE, de 08 de junho de 2000.

<sup>508</sup> A íntegra da medida está disponível no endereço eletrônico da *United Nations Trade Facilitation and E-commerce website* <<http://www.unece.org/cefact>>.

códigos voluntários de conduta para o comércio eletrônico, como facilitadores do comércio internacional.

2. Os Estados-Membros da ONU devem promover e facilitar o desenvolvimento de meios de auto-regulação para o comércio eletrônico, tais como códigos de condutas e selos, por organizações nacionais e internacionais.

3. Os Estados-Membros da ONU devem promover e facilitar o desenvolvimento de esquemas de certificação nacionais e internacionais de auto-regulação.

4. Organizações nacionais e internacionais, ao desenvolver códigos de conduta, devem levar em conta o Modelo da Eletronic Commerce Plataform of the Nertherlands.<sup>509</sup>

O reconhecimento pelos Estados-nacionais dessas novas formas de prevenção e de eliminação de conflitos assegura a consolidação das experiências.

Visto serem diversos os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejam a utilização da técnica da *labelização* e dos *online dispute resolution*, cumpre, necessariamente, examinar qual é o perfil e a conformação, no âmbito da sociedade da informação, destas normas privadas.

## **B.2 - A eficácia normativa da auto-regulação: a produção de normas jurídicas privadas**

O *label* designa, muitas vezes, a adoção de determinadas condutas e a exclusão de outras pelos fornecedores de bens, produtos e serviços da sociedade da informação. Tais

---

<sup>509</sup> Tradução livre do original em inglês, da Recomendação n. 32, adotada durante a 7ª Sessão das Nações Unidas, realizada em março de 2001, em Gênova. Conferir em <<http://www.unecce.org/cefact>>. *The United Nations Centre for Trade Facilitation and Eletronic Business (UN/CEFACT) agrees to recommend that: 1. States members of the United Nations should, in addition to other solutions, recognize the essential need for the development, support and promulgation of voluntary codes of conduct for eletronic business so as to support the development of international trade. 2. States members of the United Nations should therefore promote and facilitate the development of self-regulation instruments for eletronic business as codes of conduct and trustmark schemes by national and international trade organizations. 3. States members of the United Nations should promote and facilitate the development of national and international accreditation schemes for self-regulation instruments. 4. National and international organizations developing codes of conduct for eletronic commerce should take into account the Model Codel of conduct for eletronic commerce developed by the Eletronic Commerce Plataform of the Netherlands...*

práticas, assumidas ou afastadas espontaneamente, sem a coerção do Estado, decorrem, em última instância, do exercício da autonomia privada e qualificam-se como normas jurídicas.

O negócio jurídico é autêntico e legítimo *modo de produção ou manifestação de normas jurídicas*.<sup>510</sup> As normas *negociais* são *um dos canais mais relevantes para a revelação do Direito*, sobretudo em face da crescente *internacionalização das economias*.<sup>511</sup>

A principal característica do negócio jurídico é a criação de normas jurídicas, como bem sublinha Francisco Amaral.<sup>512</sup> Seu conteúdo é normativo, o que os distingue dos demais atos jurídicos não-negociais.<sup>513</sup>

Luigi Ferri esforça-se a comparar as características da *norma negocial* com os caracteres normalmente reconhecidos, advindos da fonte legal, salientando-se o seu caráter *abstrato, genérico e geral* que lhes seriam peculiares.<sup>514</sup>

Uma primeira objeção que se costuma apresentar em relação ao caráter normativo do negócio jurídico é a de que este projeta conteúdo individual e concreto, circunscrevendo apenas os contratantes expressamente determinados e não a toda uma generalidade de pessoas.

É sabido, antes de tudo, que não constituem características essenciais da norma jurídica os traços da abstração, generalidade e impessoalidade.<sup>515</sup> São diversos os atos com conteúdo normativo que prescindem desses caracteres, tais como, exemplificativamente, os atos administrativos e os atos jurisdicionais. Embora notadamente gerem normas jurídicas, não são revestidos de abstração, generalidade ou impessoalidade.<sup>516</sup>

---

<sup>510</sup> BOBBIO, 1995a, op. cit., p. 147.

<sup>511</sup> Segundo REALE, 1992a, op. cit., p. 75.

<sup>512</sup> AMARAL, 2000, op. cit., p. 374.

<sup>513</sup> AMARAL, loc. cit.

<sup>514</sup> FERRI, 1969, op. cit., p. 152.

<sup>515</sup> O pensamento mais generalizado considera, como norma jurídica, aquela que possui as características da estatalidade, da bilateralidade, da generalidade, da abstratividade, da imperatividade e da coatividade. Em sentido contrário a esta perspectiva, conferir Ibid., p. 152 e ss e AMARAL, 2000, op. cit., p. 307.

<sup>516</sup> Neste sentido, também os negócios jurídicos se caracterizam por serem normas jurídicas *inter partes*. Diverso o posicionamento do então Presidente do Supremo Tribunal Federal (Petição 1.654 - MG - publicada no Diário Oficial da Justiça da União em 18.02.99 - Ministro Celso Mello), examinando pedido de suspensão de liminar contra decisão de Presidente de Tribunal de Justiça, afirmando que *cláusulas contratuais não se tipificam como atos de conteúdo normativo, eis que as regras pactuadas em negócios jurídicos bilaterais apresentam-se desvestidas, em função de sua própria natureza, de abstração, generalidade e impessoalidade*.

Da mesma forma, não se pode pretender qualificar a norma, exclusivamente, pela maior ou menor esfera de abrangência em relação aos seus destinatários, circunstância que, certamente, não afeta a sua natureza. Muitos contratos modificam direitos com eficácia *erga omnes*, gerando efeitos que se tornam genéricos quando ultrapassam as partes que o tenham constituído.

Outro ataque à força normativa inerente aos negócios jurídicos ocorre pela alusão de que a norma (legal) é sempre proveniente de uma *decisão* geral, de âmbito social.<sup>517</sup> Ora, o negócio jurídico é expressão da decisão do particular. Respeitar a sua existência é confirmar a distinção entre a esfera pública e o setor privado ou, entre outra dimensão, entre sociedade civil e Estado.<sup>518</sup> O que se conclui é que o negócio jurídico, como categoria ampla e aberta, instrumentalizada pela autonomia negocial, é efetivamente meio de produção de normas jurídicas, forma de produção de um ordenamento jurídico próprio.<sup>519</sup>

Ao aderir a determinado selo, o pleiteante submete-se a uma regulação típica, composta de faculdades, deveres e direitos as quais, em última instância, conforma-se em um tecido normativo peculiar. Insere-se, desta maneira, o fornecedor de bens e serviços da Internet em um negócio jurídico do tipo complexo, pelo qual assume diversas obrigações e direitos em relação ao órgão certificador.

---

<sup>517</sup> Isto se dá, além disso, pela distinção entre as chamadas *funções legislativas* e *funções normativas* (ALESSI apud GRAU, 1996, op. cit., 178-179). À função normativa deve estender-se aquela de emanar estatuições primárias – isto é, operantes por força própria. Sua característica principal é, portanto, *de ser primária*, ou seja, auto-impositiva perante os grupos sociais que as respeitam por virtude própria, isto é, por força primária. Neste sentido, as normas negociais – sejam negócios ou contratos jurídicos – são revestidas de primariedade e de força própria por toda a sanção *natural* e não-estatal que acompanha o descumprimento de alguma das suas disposições e que são próprias do meio empresarial, tais como as retaliações comerciais, a vedação a participar de consórcios, a impossibilidade de gerir instituições corporativas, entre outros. A função legislativa, por sua vez, é construída a partir de uma perspectiva subjetiva, decorrente do sistema de divisão de poderes, na qual determinados órgãos ficaram responsáveis pela integração do ordenamento jurídico, pela emanação de estatuições primárias. Entretanto, nem todos os atos emanados pelo Poder Legislativo são executáveis por si mesmos, consistindo em leis apenas no sentido formal. São leis, porém não se enquadram no conceito de normas jurídicas. Por isto, Eros Grau define como *Norma todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém necessariamente uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente uma lei.*

<sup>518</sup> FERRI, 1957, op. cit. passim.

<sup>519</sup> Desta forma, AMARAL NETO, 1998, op. cit., p. 312.



Também a esta teia normativa, integram-se o usuário e o consumidor da Internet que, na escolha por determinado *site*, determinam em função da existência de um selo.

Desta maneira, a categoria do negócio jurídico é o instituto, por excelência, para a instrumentalização dos diversos pactos que permeiam a Internet. Esses diversos negócios possuem natureza normativa – vale dizer – são normas vinculativas para os seus destinatários e não se dão de forma isolada. Constituem, de fato, em verdadeira *atividade*: uma seqüência integrada de negócios que envolvem fornecedores de serviços pela Internet, os órgãos de certificação e mesmo os consumidores que preferem determinado selo – é uma *cadeia* de negócios a emprestar maior segurança ao comércio *imaterializado* da rede.

Trata-se, desta forma, de uma intensa *atividade negocial*, na acepção que já foi aqui abordada, em que se relacionam fornecedor de bens e produtos pela Internet, a instituição certificadora e o consumidor.

Ao instituidor do *label* – a empresa de certificação e concessão de selo – cabe garantir que este *signo* seja concedido apenas aos fornecedores que, efetivamente, estiverem em condições para tanto. Por conta desta obrigação, cumpre à instituição a obrigação de auditar as práticas realizadas pelo *site* pleiteante e verificar a adequação de sua atuação aos comportamentos regulados pelos códigos privados por ela estabelecidos. Compete-lhe, ainda, realizar inspeções periódicas e consultar o grau de satisfação dos usuários do *site* eletrônico no que concerne às práticas prometidas e esperadas por quem realize um negócio jurídico por conta e confiança no *label*. A ele cumpre, também, quando da inobservância de uma das causas que ensejaram a outorga da confiança, imediatamente, suprimir a concessão, sob pena de responsabilização.

Por sua vez, o fornecedor de bens e serviços pela Internet, ao declarar a sua intenção de ser certificado, abre mão de fatia de sua própria liberdade e, espontaneamente, por ato de autonomia privada, passa a ser sujeito passivo de uma série de obrigações. Essas obrigações podem inexistir na legislação do seu país de origem ou, mesmo, no país do consumidor. Entretanto, elas assumem caráter impositivo, por força da normatividade que decorre do ato de submissão a um regimento jurídico privado prefigurado no código de conduta.

Deste modo, um *site* eletrônico que adota determinado selo comprometido com a privacidade dos usuários da Internet, e que, logo, obriga-se às práticas previstas pelo órgão instituidor do *label*, não poderá, ainda que a legislação dos Estados envolvidos faculte, utilizar as informações transmitidas pelos usuários para quaisquer outros fins, como a produção de mala direta (correspondência com intento promocional) ou repassá-las, a qualquer título, para outra empresa - está sujeito, pois, à norma privada impeditiva.

O selo, na continuação do exemplo anterior, é expressão gráfica de uma declaração: a de que aquele *site* eletrônico está comprometido com a observância de muitos deveres relacionados à privacidade dos seus clientes ou usuários. Deveres que, em alguns casos, foram condicionantes à atribuição do *label* e que foram livremente aceitos e desejados por parte do *site* eletrônico que pretendia ostentar a logomarca.

Sublinhe-se, deste modo, que a aposição do selo possui o efeito de uma declaração negocial – é uma declaração que, mais que enunciar e anunciar, realiza.<sup>520</sup> Como ato performativo, a utilização do selo compromete substancialmente. Isso significa dizer que muitos consumidores apenas acessarão o *site* por conta do *label* lá fixado. Ele, por si só, determina e transmuta a realidade.<sup>521</sup>

Em uma complexa *sociedade* na qual as hipóteses de risco se vêm incrementadas pelas crescentes e inusitadas novas aplicações que se podem fazer das tecnologias, os selos apresentam-se como tutores da confiança nas relações existentes pela rede.<sup>522</sup>

Existem selos concentrados, exclusivamente, na identificação das partes e na garantia da existência dos serviços anunciados; outros, preocupados com a proteção da privacidade dos indivíduos. Certos *labels* dedicam-se a certificar as formas de pagamento que se realizam, costumeiramente, pela rede. Existem, ainda, os que se concentram na produção de normas protetivas dos consumidores, seja em países pre-determinados, seja em todo o planeta. Por fim, enumeram-se os selos que se voltam especificamente à proteção de valores maiores como

---

<sup>520</sup> Portanto, um ato performativo, na acepção que foi emprestada por ALMEIDA.

<sup>521</sup> BLUME, Peter. Changes in the sources of law in information society. *International Review of law computers & technology*, n. 3, v. 13, p. 325, 1999, quando, ao se referir às relações entre Direito e sociedade afirma categoricamente que *It is common and trivial knowledge that law is part of society and naturally is influenced by societal changes. Law is dependent on sources that can contribute to determine which rules apply at a given time. These sources are not static but develop as society changes.*

<sup>522</sup> Neste sentido, GOBERT, 1999b, op. cit.

o combate à pedofilia ou à proteção de crianças e adolescentes de conteúdos impróprios.<sup>523</sup> Todos, na área de sua atuação, produzem normas jurídicas que são vinculantes aos que a eles aderiram.

A norma jurídica privada obriga ao que se submeteu, espontaneamente, a um determinado selo. Estas normas são o resultado de um *proceso próprio* de produção jurídica. No dizer de Miguel Reale, este itinerário contempla a um *devido proceso legal* para a formulação da própria norma privada.<sup>524</sup> No sistema jurídico, há diversas *formas de producción jurídica* e cada uma delas deve observar os seus próprios requisitos.<sup>525</sup>

Um fator que se apresenta positivo para a auto-regulação é o envolvimento das empresas e instituições na formulação da sua própria regulação. Como as normas são geradas *do interior para o exterior*, o nível de comprometimento das suas disposições e a própria fiscalização acerca da observância dos pactos são bem mais altos.<sup>526</sup>

A certificação, com a utilização de selos, predispõe-se a reduzir o já sublinhado acervo de riscos inerentes às transações eletrônicas. O fornecedor de serviços pela Internet, ao vincular-se e comprometer-se, por ato de sua própria iniciativa, a determinado acervo de regras, limita a sua própria insegurança, visto que, de antemão, anuncia ao mercado global atingido pelo *site*, a que normas pretende submeter-se. Consumidores e usuários, por sua vez, também se beneficiam da certificação através dos selos. Além de todas as garantias que lhe são asseguradas pelas leis dos seus países, acrescentam-se outras, decorrentes da regulação privada.

---

<sup>523</sup> Sobre os tipos de selo, consulta GOBERT, 1999a, op. cit., p. 83.

<sup>524</sup> REALE, 1992a, op. cit., p. 74, *É preciso, outrossim, ter presente que, em pé de igualdade com as demais fontes do direito, também a fonte negocial, para que sejam válidas e as normas e modelos através dela emanados, deve obedecer ao seu devido proceso legal, que cabe a cada disciplina jurídica determinar, em consonância com as suas peculiaridades.*

<sup>525</sup> Neste sentido, ver KELSEN, 1994, op. cit., p. 43: *El derecho tiene la particularidad de que regula a su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado).*

<sup>526</sup> Como se conclui no *Libro Blanco sobre los sistemas de autorregulación, los sellos y las marcas de confianza en mercados digitales y códigos de buenas prácticas para el comercio electrónico*. Proyecto i + Confianza: autorregulación y sistemas extrajudiciales *off-line* y *on line* de solución de conflictos para entornos de comercio electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria, dez. 2002.

Este importante *escudo* de proteção e prevenção de uma parcela relevante de riscos inerentes à sociedade da informação não logra, contudo, barrar todos os tipos de perigo que podem ensejar danos aos usuários, consumidores e mesmo aos fornecedores da Internet.

Importa que eventuais conflitos existentes entre os *sujeitos do comércio realizado pela Internet* encontrem uma forma própria e adequada de diluição. Enorme crise de confiança – em sua acepção mais natural e mesmo leiga – seria estabelecida se não se disponibilizassem instrumentos claros, eficazes e próprios de solução de controvérsias.

Daí a importância de os selos remeterem e vincularem a solução de conflitos que envolvam os utilizadores dos *sites* e os seus usuários a mecanismos *online* de solução de controvérsias. Trata-se, antes de tudo, da conservação da *racionalidade* intrínseca à Internet que se veria despedaçada se os conflitos que lhe são subjacentes fossem examinados, segundo critérios e valorações dos inúmeros tribunais nacionais espalhados por todo o globo.<sup>527</sup>

Sob o ponto de vista da técnica, a contenção de riscos almejada pelos processos de certificação deve ser integrada a outros mecanismos que garantam o cumprimento das regulações privadas. Precisam, ainda, respeitar as características marcantes da sociedade da informação, isto é, a velocidade, o caráter transnacional e a distância física entre as partes.<sup>528</sup> É por conta destas circunstâncias que a maioria dos selos remete o trato de eventuais controvérsias ocorridas nos *sites* que possuem processo de certificação aos chamados *online dispute resolution*.<sup>529</sup> São instrumentos coligados às certificadoras para a solução de conflitos ocorridos no âmbito do comércio realizado pela Internet.

---

<sup>527</sup> Insere-se a discussão dos *tribunais particulares e específicos* para o comércio pela Internet, no tema envolvente do chamado *contencioso econômico*. Por ele, na visão de Emmanuel Putman, entende-se como *l'étude des procédures de règlement des différends provoqués par l'activité économique de production, de distribution et de consommation des richesses. Si l'on entend définir la richesse comme ce qui procure le plaisir, le contentieux économique est celui qui se propose d'apaiser les disputes engendrées para la recherche du plaisir. C'est pourquoi le contentieux économique se présente comme un univers en expansion. Les procédures qu'il met en oeuvre se multiplient et ne cessent de se diversifier, à mesure que le droit s'efforce de maîtriser les succès de l'économie de marché*. Neste sentido, ver PUTMAN, Emmanuel. *Contentieux économique*, Paris: Presses Universitaires de France, 1998. p. 2.

<sup>528</sup> Um panorama geral dos conflitos específicos da Internet, resultantes das suas próprias características, pode ser obtido em TILMAN, Vincent. Arbitrage et nouvelles technologies: alternative cyberdispute resolution, publicado na *Revue Ubiquité*, n. 2, p. 47-64, 1999 e disponível também na *homepage* do CRID em <<http://www.droit.fundp.ac.be/crid/>>, recuperado em abril de 2003. Basicamente, são três os grandes fatores de diferenciação: a própria infra-estrutura da rede (formas de acesso, licenças), a circulação de informações (privacidade, honra e reputação, pornografia, fraudes) e, enfim, a comunicação e as trocas (diferenças de ordem contratual, questões relacionadas ao direito do consumo e à publicidade).

<sup>529</sup> Segundo HORNLE, Julia. Disputes solved in cyberspace and the rule of law. *Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, disponível em <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-2/hornle.html>>, recuperado em setembro

### B.3 - Os mecanismos ligados aos selos para a solução de controvérsias

Os riscos da sociedade da informação não se concentram apenas no momento da celebração de negócios jurídicos pela rede. Se o instante em que o usuário realiza a transmissão de dados importantes sobre si próprio ou sobre a sua empresa é causa de preocupação por conta dos perigos de captação e uso inidôneo de senhas e outras informações, o risco posterior - o de não obter um expediente adequado para a solução de conflitos advindos por aquela conduta - é ainda mais expressivo.<sup>530</sup>

O desenho ou a *estrutura da Internet* determina algumas características que não podem ser superadas.<sup>531</sup> Muitas já foram arroladas e dizem respeito ao relativo anonimato das partes, à distância entre elas, à dificuldade de submissão a diversas legislações nacionais, entre outras.<sup>532</sup> Estes traços acabam por tornar praticamente impositivo, neste âmbito, a adoção de formas alternativas de solução de conflitos.<sup>533</sup>

A despeito de todo o aparato jurídico que podem fornecer os selos à prevenção dos riscos e à eliminação antecipada de situações que causem potenciais prejuízos aos envolvidos nas aplicações da Internet, um grande número de circunstâncias pode ainda provocar conflitos de interesse entre partes que negociem através da plataforma da rede. Trata-se, poder-se-ia

---

de 2001, *online dispute resolution is dispute resolution using information technology conducted at a distance, usually via the Internet, independent from the physical location of the parties. At present, the main application for ODR is extra-judicial dispute resolution, outside the ordinary court system.*

<sup>530</sup> Acerca dos diferentes momentos e das formas de prevenção dos *riscos tecnológicos*, consultar GHERNAOUTI-HÉLIE, 2002, op. cit., p. 95.

<sup>531</sup> A expressão também é de LESSIG, 1999, op. cit., p. 514.

<sup>532</sup> A compreensão de que as características da Internet e de suas aplicações exigem soluções peculiares tanto no que concerne à sua normatividade quanto à solução de conflitos já foi, por diversas vezes, tratada neste texto. Constata-se (algo unânime na doutrina específica) que a subsistência da Internet passa pelo estabelecimento de instâncias adequadas à diluição de controvérsias. É o que refere também BENYEKHFLEF ; GÉLINAS, 2003, op. cit., p. 55, ao salientar que *la décolisation et l' internationalisation des rapports, l' absence de règles de droit d' application uniforme dans le cyberspace, les difficultés d' execution des décisions dans des juridictions étrangères, les lenteurs des systèmes judiciaires, les coûts associés aux procédures devant les tribunaux et l' incapacité des tribunaux traditionnels à traiter efficacement des conflits nés de l' utilisation de l' Internet sont autant de difficultés qui font reculer nombre d' emprises désireuses de se lancer dans l' aventure du commerce électronique.*

<sup>533</sup> BENYEKHFLEF ; GÉLINAS, 2003, op. cit., p. 55.

dizer, de uma segunda *camada* de riscos, agora vinculados não à negociação ou à celebração de pactos, mas ao regular desenvolvimento deles, e com a necessidade de superação de eventuais entraves e impasses relacionados ao pagamento, à forma de entrega do produto e a outros problemas da sua execução.

A autonomia privada encontra, no estabelecimento de mecanismos adequados de solução dos conflitos ditos *virtuais*, uma nova oportunidade de atuação. Isso significa que os *online dispute resolution* decorrem, outra vez, do exercício da autonomia privada.

A opção por esta forma de solução de conflitos é essencialmente um ato de conformação e de liberdade.<sup>534</sup> Há sempre a possibilidade de recorrer-se aos tribunais dos Estados envolvidos. O emprego de exemplos pode, mais uma vez, esclarecer tal situação: um brasileiro, adquirente de produto em *site* de empresa europeia – a qual não dispõe de representação comercial no Brasil –, pode pleitear a indenização por defeito ou inutilidade do produto na Justiça brasileira e, após, promover a homologação desta decisão perante o tribunal competente no Estado do fornecedor para efeitos de futura execução. Poderá, ainda, querendo, ingressar com o litígio diretamente no Estado estrangeiro.

O que está, contudo, por detrás dessa decisão é uma série de questões de ordem prática. Certas estatísticas acerca do comércio realizado pela rede apontam para o fato de, naquele que se caracteriza como *business to consumers* (entre fornecedores e consumidores finais), haver forte preponderância de repetidas aquisições de produtos de custo relativamente baixo.<sup>535</sup> Outros dados assinalam que a maior parte das aquisições atuais através da Internet, quando dirigidas ao público consumidor, concentram-se em livros e *compact discs*.<sup>536</sup> Se esta circunstância integrar-se ao exemplo anteriormente descrito – no qual um consumidor brasileiro realiza compra em *site* europeu –, a opção por um tribunal estatal para resolver disputa concernente à pequena aquisição destinada ao seu próprio consumo pode, na verdade,

---

<sup>534</sup> Para Michele Taruffo, toda a *problemática* da arbitragem reduz-se a um simples ato de escolha das partes em um contrato ou em um conflito, ou seja, a opção pela via privada de solução de conflitos, afastando-se a convencional solução estatal. TARUFFO, Michele. *Camere di commercio giurisdizione ordinaria*. *Rivista Impresa & Stato*, Milano, n. 40, p. 25, 1997.

<sup>535</sup> Consultar, entre outros relatórios, o “The Digital Future Report. Surveying the Digital Future. Year Four.” USC Annenberg School Center for the Digital Future, September 2004, em <<http://www.digitalcenter.org>>, p. 1-105 e “Situación actual del comercio electrónico en la región”, ALADI – Asociación Latino Americana de la Integración, p. 1-240, obtido em *e-global paper free*, <<http://www.global.es/libros>>, maio de 2004.

<sup>536</sup> Conferir o Relatório “I-digital. Perfil da empresa digital 2003/2004”, *Federação das Indústrias do Estado de São Paulo e Faculdade de Economia, Administração e Contábeis da USP*, junho de 2004, p. 1-32, disponível em <<http://www.fiesp.org.br>>, recuperado em agosto de 2005.

tornar-se de alto custo e de baixo benefício. A análise econômica dos valores envolvidos, do tempo dos procedimentos, da dificuldade de assimilação e compreensão de um sistema jurídico diverso, da contratação de advogados em outro país, entre outros fatores, pode ser determinante, nestes casos, para optar pela via estatal ou pelo caminho de *outros meios* à solução do conflito.<sup>537</sup>

A tramitação de uma demanda nos foros nacionais apresenta o prazo médio de doze anos.<sup>538</sup> O reconhecimento, por sua vez, desta sentença em território estrangeiro exigiria a contratação de outro profissional no país no qual se pretende a sua eficácia. O ajuizamento de demanda diretamente no país do fornecedor imporia uma relação ainda mais complexa pela necessidade de pagamento de custas e honorários em patamares elevados, além da presença pessoal para alguma solenidade processual.

Privilegiando-se uma visão sistêmica e voltada à preservação do comércio realizado pela rede, pode-se concluir que não seja viável um sistema de solução de controvérsias que se pautem pelo ajuizamento de demandas relacionadas ao comércio eletrônico perante os tribunais estaduais.<sup>539</sup> Tal perspectiva poderia ocasionar a ruptura da rede como um balcão mundial de negociações porquanto um fornecedor modesto, de reduzidas possibilidades econômicas, vir-se-ia obrigado a comparecer ao Brasil para as audiências e para outros atos processuais, submetendo-se a um elevado montante de custos e dispêndio de tempo.<sup>540</sup> Mesmo a um fornecedor de maior porte econômico, o risco de eventual submissão a várias jurisdições e a inúmeros tribunais por todo o globo não parece incentivar a manutenção de uma rede que, até o presente momento, possui perfil aberto e feições que acabam por ser transcontinentais.

---

<sup>537</sup> Neste sentido, a obra de PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 9, em que o autor arrola os principais fatores que podem determinar a decisão pelo litígio e, após, por qual via (pública ou privada) utilizar: *a avaliação dos motivos económicos que podem fazer espoliar casos de litigância; a ponderação das vantagens e desvantagens económicas do recurso à litigância judicial ou a certas formas alternativas de resolução de litígios; quais as possíveis vias para a tentativa de resolução da tensão no binómio justiça granatística/juстиça célere*.

<sup>538</sup> Prazo estimado para uma demanda se ela chegar até o conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Consultar a estatística no *site* do Supremo Tribunal Federal, em <<http://www.stf.gov.br>>. Verificar, especialmente, o *Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ)* o Seminário *A Justiça em números*, com a exposição de dados e gráficos.

<sup>539</sup> Afora isto, certamente, deve ser sublinhado o grave problema relacionado à competência ou não da Justiça brasileira para examinar este tipo de conflito.

<sup>540</sup> A manutenção da *racionalidade*, portanto, é um dos maiores fatores de incentivo aos selos e à arbitragem eletrônica ou, em outras palavras, à atuação da autonomia privada na contenção de parcela dos riscos da sociedade da informação. Reforçando tal perspectiva, conferir a análise de custos e benefícios de um litígio, organizada por PATRÍCIO, 2005, op. cit., p. 13.

Esse reconhecimento da necessidade de conceber formas capazes de promover a evitação de riscos concernentes à jurisdição aplicável aos conflitos decorre, assim, do exercício da autonomia privada e materializa-se, igualmente, como uma *expressão da segurança* que provém dos selos, visto que a maior parte dos *labels* recomenda e sustenta formas de composição *online* dos conflitos.

Selos e *online dispute resolution* estão, no que concerne à Internet, irremediavelmente unidos. É bem verdade, contudo, que nem todos os instrumentos de solução *online* de conflitos derivam de selos e que, para a submissão de uma demanda a um destes órgãos, seja necessário existir prévio vínculo a uma das instituições instauradoras da certificação.<sup>541</sup> É importante ressaltar que os selos e a resolução virtual de controvérsias complementam-se como formas de atuação dos particulares e de emprego da liberdade própria aos privados.<sup>542</sup> Integram-se também como formas jurídicas de adequação à realidade da Internet.

A solução privada de conflitos, que utiliza a tecnologia da Internet como plataforma, apresenta-se, assim, como uma importante contribuição do *direito dos particulares* à temática da contenção dos riscos da rede. Normas públicas e atuação estatal, contudo, não são indiferentes. Mediante o emprego da técnica legislativa da *soft law*, Estados e organismos internacionais têm reconhecido, incentivado e estimulado esta dimensão do exercício da autonomia privada.

---

<sup>541</sup> Qualquer das partes envolvidas em um conflito, independentemente de prévia existência de uma cláusula compromissória, podem propor tal mecanismo de solução. Bastaria, nesta circunstância, que ambas aceitassem firmar mesmo pela Internet – através da troca de correspondências – um compromisso arbitral.

<sup>542</sup> *Le commerce électronique et l'arbitrage s'insèrent tous les deux dans une perspective universelle qui ne peut que les rapprocher. L'arbitrage connaît un développement parallèle à celui du commerce électronique et qui suit la progression du commerce international, d'une façon générale. Il en est effectivement devenu le mode normal de règlement des litiges.* KALLEL, 2001, op. cit., p. 18.



### B.3.1 - Meios online de solução de controvérsias

Os *online dispute resolution* caracterizam-se como uma espécie pertencente ao gênero “processo”. É que, assim como o processo realizado perante os Estados, constituem-se em *procedimentos realizados em contraditório*.<sup>543</sup>

Os meios eletrônicos de solução de conflitos inserem-se, desta forma, na crescente utilização da arbitragem e da mediação por diversos países e instituições. Tais mecanismos, tidos como *alternativos* ou *complementares* de acesso à Justiça, possuem o condão de transitarem internacionalmente por diversos ordenamentos jurídicos, de obedecerem a ritos mais flexíveis e modelados a certos tipos de conflito.<sup>544</sup>

Esses processos de resolução de conflitos ocorrem através da intervenção de um *terceiro*, que, simultaneamente, detenha diante das partes a condição fundamental de imparcialidade e de confiança por elas outorgada.<sup>545</sup>

Soveral Martins, jurista português, divide os processos de solução de conflitos como de heterocomposição e heterotutela.<sup>546</sup> Na heterocomposição, o traço marcante é a atuação do terceiro na perspectiva de promoção das partes para que elas protagonizem uma transação sobre o termo conflituado. Nesta espécie processual, cujo principal instrumento técnico-

<sup>543</sup> FAZZALLARI, Elio. Lodo e sentenza - ancora sulla natura negoziale del lodo. *Revista di Diritto Processuale*, n. 2, abr./jun. 1990.

<sup>544</sup> Os meios alternativos são comumente chamados de *Alternative Dispute Resolution* e conhecidos pela sigla de *ADR's*. Em português, a abreviatura que designa a expressão é a de *MARC's - Meios Alternativos de Resolução de Conflitos*. Para melhor entendimento, contudo, adotar-se-á a expressão que talvez ainda seja mais conhecida que é a de *meios alternativos de acesso à Justiça*. Sobre os *Alternative Dispute Resolution (ADR's)*, além da vasta obra de Cappelletti, recomenda-se, fortemente, a leitura de ALPA, Guido. Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie - *Diritto Civile. Revista de Processo*, v. 23, n. 88, p. 134-157, jan./mar. 1988. Consulte-se, também, entre outros, EL-HAKIM, Jacques. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le Droit des Contrats. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, p. 347-357, jun. 1997; JARROSSON, Charles. Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, p. 325-345, abr./jun. 1997; RESNIK, Judith. Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, p. 699-715, 1997.

<sup>545</sup> A imparcialidade, de resto, é apresentada como grande característica a definir uma atividade como jurisdicional. As teorias clássicas sobre o assunto, como a da lide (Francesco Carnelutti), da coisa julgada (Enrico Allorio) e da substitutividade (Giuseppe Chiovenda), mostraram-se todas insuficientes para explicar o fenômeno. Neste sentido, ver SILVA, Ovídio. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2000. Pela natureza jurisdicional à arbitragem, por todos, consultar CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>546</sup> MARTINS, Soveral. *Processo e Direito Processual: noções complementares*. Processos heterocompositivos. 2. ed. Portugal: Centelha, 1986.

jurídico é o instituto da mediação, as próprias partes é que darão um fim à controvérsia pela *retificação* da situação jurídica conturbada. A mesma autonomia privada que deu origem ao pacto, ora dificultado pelo advento de alguma controvérsia, é chamada através da mediação a dar novos contornos ao relacionamento conflituado.

O grande benefício apresentado pela mediação, além da manutenção da *racionalidade* dos próprios celebrantes do negócio jurídico, é a possibilidade de que o novo *status* da relação, consertada pela transação, privilegie a manutenção do vínculo e do relacionamento entre as partes.<sup>547</sup> A decisão é tomada pelos próprios envolvidos que podem, pelo diálogo que caracteriza este processo, superar o conflito em seu sentido substancial e não apenas na sua dimensão formal.<sup>548</sup> Para Mauro Cappelletti, a técnica da mediação preocupa-se menos com a proclamação de um vencedor e mais com a preservação dos vínculos envolvidos.<sup>549</sup>

Por sua vez, a arbitragem consiste em forma de heterotutela. Nesse tipo de processo, o terceiro que intervém na relação emite uma decisão conclusiva sobre o conflito, estabelecendo uma conclusão para o litígio. O papel do árbitro, presentes as mesmas condições dos demais processos, é a de processar e julgar a questão, respeitando princípios como o do contraditório e dos limites da questão apresentada.

Estes dois tipos de processo – *procedimentos realizados em contraditório* – têm sido utilizados para a solução de conflitos existentes na sociedade da informação, notadamente os

---

<sup>547</sup> Não devem, portanto, ser confundidos os institutos da mediação e da arbitragem. Ambos são espécies do gênero *online dispute resolution*. Na mediação, ao contrário da arbitragem, as próprias partes, através da intervenção de um terceiro, chegam a um consenso sobre a questão controvertida. Sem este acordo celeberramente protagonizado por elas, não haverá mutação na tensão conflitual. Na arbitragem, por sua vez, o terceiro imparcial tem o poder concedido pelas próprias partes, pela sua autonomia privada, para decidir o conflito impondo uma decisão. Para outras distinções, consultar VIDAL, Dominique. *Droit français de l'arbitrage commercial international*. Paris: LGDJ, 2004. p. 22.

<sup>548</sup> Sobre o processo de mediação realizado eletronicamente, entre outros, consultar VICENTE, Dário Moura. Meios extrajudiciais de composição de litígios do comércio eletrônico. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 5, p. 75, jan./mar. 2005.

<sup>549</sup> Consultar, entre outras obras, CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988; Id. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, v. 71, p. 180 -188; Id. Acesso à justiça e a função do jurista na nossa época. *Revista de Processo*, v. 61, p. 144-160; Id. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades modernas. In: MARINONI, Luís Guilherme (org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba : Juruá, 1994.

que digam respeito aos nomes de domínio, à propriedade intelectual e ao comércio realizado pela rede.<sup>550</sup>

Por se tratar do modelo mais completo e de maior emprego, além do que sofreu mais ampla regulação, a arbitragem merecerá a concentração do nosso enfoque.

### **B.3.2 - Formas para a submissão de controvérsias aos mecanismos *online* de solução de controvérsias**

Uma questão fundamental para a utilização dos instrumentos da mediação e da arbitragem *online* é a forma pela qual o usuário ou consumidor venha a se submeter a tais processos.

Quando o *online dispute resolution* é estabelecido como meio de solução de conflitos, decorrente da existência de um selo que remeta e vincule à determinada instituição arbitral, o usuário submete-se a este regime como uma decorrência natural do negócio jurídico celebrado.

A adoção dos *online dispute resolution* não se caracteriza, na situação acima descrita, em uma espécie de violação à autonomia privada, mas, ao contrário, decorre mesmo do exercício dessa liberdade. O acesso à Internet, a escolha do *site*, a visualização das regras aplicáveis àquele *site* eletrônico e manifestadas por um selo foram todos atos de autonomia.<sup>551</sup> Pela concordância, expressa ou tácita, através de comportamentos concludentes ou da prática de atos performativos, o consumidor ou usuário toma atos de iniciativa, suficientes para caracterizar o exercício da autonomia privada.<sup>552</sup>

A aquisição, por exemplo, de um livro, pela Internet, em *site* que esteja submetido a determinado conjunto de regras privadas, – estabelecendo, além de certos padrões de comportamento, também a resolução *virtual* de conflitos –, vincula os envolvidos. Ora, o

---

<sup>550</sup> Quadros e gráficos dos mecanismos existentes, bem como os principais tipos de conflito que são resolvidos podem ser obtidos em detalhes em CAPRIOLI, 2002, op. cit., p. 100-103.

<sup>551</sup> Foram todos *atos de iniciativa*. Ver: PERLINGIERI, 1999, op. cit., p. 19.

<sup>552</sup> PERLINGIERI, loc. cit.

órgão arbitral será aquele que recebeu a *remessa* e com o qual usuário e fornecedor conformaram as suas condutas. Afinal, dentre todo o universo de *sites* eletrônicos disponíveis na Internet, o usuário optou por um *site* específico para realizar determinado negócio jurídico através da rede de computadores. Este *site* eletrônico, por sua vez, de forma clara e ostensiva, através de um selo, alerta para a adoção de certas práticas e posturas comerciais e de determinada legislação nacional. Declara, ainda, que eventuais conflitos serão resolvidos pelo meio arbitral e virtual.<sup>553</sup>

Neste sentido, o fornecedor (o detentor do *site* eletrônico) e o usuário do *site*, cada qual - a seu tempo e a sua maneira - exerce a própria autonomia privada para estabelecer tal mecanismo de solução de conflitos: o primeiro, ao vincular-se livremente a um selo, suas regras e formas de solver conflitos; o segundo, por comportamento concludente ou ato performativo, sujeitar-se às mesmas regras e à instância arbitral.

*Sites* eletrônicos de expressivo emprego como o *e-bay* são certificados por selos que, além de atestarem uma série de compromissos relacionados ao consumidor como a proteção da sua privacidade, promovem a *remessa* de eventuais controvérsias para a instância de arbitragem, organizada pela instituição conhecida como *Square Trade*.<sup>554</sup> Esta entidade realiza uma série de serviços pela Internet e, entre eles, a administração da solução de conflitos para as instituições privadas, como a indústria Sony e mesmo para órgãos públicos, como o Departamento Norte-Americano que supervisiona as relações de consumo.<sup>555</sup>

---

<sup>553</sup> EL-HAKIN, 1997, op. cit., esclarece que, em um levantamento realizado nos Estados Unidos, constatou-se existir, pelo menos, vinte e quatro modos diferentes de regramento de conflitos. Nas palavras do autor, p. 348, *la plupart de ces modes se ramènent pratiquement à l'intervention d'un tiers – personne physique ou institution – qui tente de rapprocher les parties, de les éclairer sur les possibilités d'arriver à un accord qui satisfasse les intérêts esentieles et de leur faire souscrire un accord réglanta leur litige.*

<sup>554</sup> As estatísticas e os demais dados que já apresentamos sobre o desenvolvimento das atividades do *Square Trade* são também confirmadas por CAPRIOLI, 2002, op. cit. p. 102.

<sup>555</sup> Essa é, na verdade, uma iniciativa do *Federal Trade Comission*, órgão do governo norte-americano, mas que congrega os esforços políticos, econômicos e técnicos de mais de vinte países, incluindo a União Européia, na perspectiva de fixação de uma política global em defesa do consumidor no comércio eletrônico. Trata-se de preciosa experiência de *co-regulação* de esforços públicos e privados, uma vez que os Estados envolvidos recomendam fortemente a utilização dos *meios online de solução de conflitos* como ferramenta de resolução dos conflitos ocorridos na comercialização pela rede. Para maiores informações, examinar o *site* <<http://www.econsumer.gov>>.

Dados condensados, de 2000 a janeiro de 2003, sinalizam para a resolução de mais dez mil casos entre consumidores e *sites* de comércio pela Internet, através dos serviços do *Square Trade*.<sup>556</sup>

A despeito da conclusão de que houve exercício da autonomia privada, é possível que a instância arbitral jamais venha a se instalar. É que, sobretudo em relação ao consumidor, poder-se-ia argumentar que ele tenha sido induzido ou forçado a tomar o ato de iniciativa, pretendendo-se invalidar o processo arbitral ou, em outra perspectiva, vedando a execução de alguma sentença arbitral que lhe seja desfavorável.

Se é verdade que o consumidor possa evadir-se do dever de submeter-se a um processo arbitral ou, por outra via, de sofrer as conseqüências de uma decisão arbitral que lhe seja desfavorável, não significa que, na maior parte das vezes, ele figure como réu nas demandas.

Assim, na prática que se observa no crescente comércio eletrônico, os instrumentos privados de certificação e de solução *online* de conflitos são benéficos e interessantes ao consumidor e ao usuário. São postos, aliás, como políticas públicas em benefício dos consumidores.<sup>557</sup> É que a tipologia dos conflitos da rede diz, em sua imensa maioria, com situações nas quais o consumidor atua como demandante. Nelas se inscrevem todos aqueles casos nos quais a obrigação assumida pelo fornecedor não foi cumprida ou o foi de forma insatisfatória.

Difícilmente, em realidade, o fornecedor submeterá um cliente a uma das instâncias arbitrais *online*. Ele dispõe de outros instrumentos para forçar o cumprimento da parte

---

<sup>556</sup> Como, igualmente, anota BENYEKHLEF ; GÉLINAS, 2003, op. cit., p. 17.

<sup>557</sup> Além das normas públicas já mencionadas neste trabalho, conferir, por todos, o importante documento que representa um verdadeiro *diálogo* entre a regulação européia e a norte-americana, “US Perspectives on consumer protection in the global electronic marketplace Comments by the European Commission”, *European Commission*, 21 de abril de 1999. Disponível em <[http://www.eu.int/information\\_society/index\\_en.htm](http://www.eu.int/information_society/index_en.htm)>, recuperado em abril de 2001, p. 17: “We believe that it is in the best interest of all parties in a dispute that possibilities are available that allow the settlement of disputes among themselves or through an out-of-court arbitration. Many consumer disputes, by their nature, are characterised by a disproportion between the economic value at stake and the cost of its judicial settlement. The difficulties that court procedures may involve may, notably in the case of cross-border conflicts, discourage consumers from exercising their rights in practice. Experience shows that alternative dispute settlement systems have had good results, both for consumers and businesses, by reducing the cost of settling consumer disputes and the duration of the procedure. With the increase of cross-border business-to-consumer transactions that will result from the opportunities offered by electronic commerce, the need for the out-of-court settlement of disputes will increase, and the use of such mechanisms should be promoted.”

inadimplente, geralmente, vinculada ao pagamento de uma prestação em dinheiro. Poderá, inclusive, diante da inadimplência, simplesmente suspender o fornecimento do serviço ou a entrega do bem ou produto.

Os casos de inadimplência, contudo, são mesmo diminutos, levando-se em conta o universo de transações *online*. Isso significa que, em grande parte das plataformas de comercialização pela Internet, notadamente, nas que digam respeito às relações *business to consumers*, o negócio somente se concretiza após a transmissão e a aprovação dos dados do cartão.<sup>558</sup> Assim, o pagamento está praticamente garantido e o grande motivo pelo qual um fornecedor poderia ingressar com demanda em uma instância arbitral desaparece.<sup>559</sup>

A efetividade dos modelos virtuais de solução de conflitos, portanto, interessa sobremaneira ao consumidor e ao usuário que, em geral, podem possuir mais fundamentos para promover demandas acerca do fornecimento de bens e serviços pela rede.

Quando um *site* não possui certificação ou, em a possuindo, não a remete a uma instituição arbitral, a situação assume novos contornos. Nesses casos não se pode afirmar que, pela concludência do comportamento ou pela declaração tácita das partes, houve vinculação à arbitragem ou à mediação. Mais difícil ainda seria sustentar que as partes estejam submetidas a um órgão específico de administração de conflitos dentre os tantos existentes. Nessas situações, inexistente para o usuário e para o proprietário do *site*, qualquer compromisso prévio de submissão aos meios de solução de conflitos não-estatais e, tampouco, a um organismo específico.

Ainda assim, nas circunstâncias nas quais não exista vinculação a um selo ou, em a havendo, ela não remeta a um organismo que realize o *online dispute resolution*, as partes poderão submeter-se à arbitragem ou à mediação *online* pela via de nova e específica

---

<sup>558</sup> Conferir, OPPO, 1998, op. cit., p. 527. Sobre o tema, ver ainda, a pesquisa de ABDALA, Elisabeth Ávila; OLIVEIRA, Miriam; GOLDANI, Juliana. Formas de pagamento utilizadas pelas livrarias eletrônicas brasileiras. *Cadernos de Pesquisa em Administração*, São Paulo, n. 4, v. 9, p. 59-70, out./dez. 2002.

<sup>559</sup> Restaria, contudo, a hipótese do repúdio, por parte do consumidor, de determinada compra lançada na fatura do cartão de crédito. Acredita-se, contudo, que estas hipóteses tenham uma incidência muito pequena e, portanto, quase irrelevante no montante de transações ocorridas pela Internet.

emanação da autonomia privada. Significa dizer que, necessariamente, para a vinculação ao meio arbitral precisam declarar, expressamente, essa decisão.<sup>560</sup>

A feitura, então, de um compromisso fixará os critérios da futura decisão arbitral, ao escolher os árbitros e ao organizar a forma de pagamentos dos honorários e a as regras que serão aplicáveis à matéria.<sup>561</sup>

Em se tratando, no entanto, de processos que acontecerão em uma plataforma diferenciada, a virtual, a doutrina aponta para a dispensa do requisito formal da documentação pelo meio escrito<sup>562</sup>, bastando que haja o registro eletrônico (banco de dados) ou por mensagem (correio eletrônico) da vinculação das partes à arbitragem ou à mediação.<sup>563</sup>

Embora exista, no Brasil, controvérsia sobre a possibilidade de utilização da arbitragem para a resolução de conflitos ligados ao consumo no direito interno<sup>564</sup>, a tendência

---

<sup>560</sup> Distinguem-se cláusula compromissória e compromisso, sobretudo, pelo momento em que são celebrados. Enquanto a primeira é inserida em um contrato ou negócio, prevendo uma possível e remota utilização, o compromisso se dá sempre na presença de um conflito já materializado e concreto. Assim, para a cláusula, o conflito é uma possibilidade; para o compromisso, uma realidade. Ver, por todos, REDENTI, Enrico. *El compromiso arbitral y la clausula compromissoria*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 12.

<sup>561</sup> Trata-se o compromisso de momento formal de *organização* do procedimento arbitral. Por todos, consultar SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell' arbitrato*. Milano : Giuffrè, 1958. p. 68.

<sup>562</sup> Assim, o *formalismo* da cláusula e do compromisso arbitral seriam mitigados. A forma escrita seria substituída ou pela correspondência eletrônica ou, então, por acordo expresso sobre a transmissão de dados. Posição assumida por CAPRIOLI, 2002, op. cit., p. 114-115. A mesma posição é narrada, com farta bibliografia e aporte jurisprudencial por VICENTE, 2005, op. cit., p. 82-83.

<sup>563</sup> O comércio eletrônico como uma realidade crescente, tem *imposto* mecanismos céleres e ágeis para a solução da sua tipicidade conflitual. É nesse quadro que se inserem as convenções privadas estabelecidas entre empresas e que permitem que seus *computadores celebrem outros pactos entre si*. Estas convenções *matrizes*, antecipadamente, prevêm a arbitragem como mecanismo para a solução de todos os tipos de conflito. Neste sentido, entre outros, examinar KALLEL, 2001, op. cit., p. 25 (versão em ingles), ao explicar o funcionamento dos chamados *EDI Agreement: The EDI agreement could be defined as an outline contract by which two or more natural persons or legal entities establish the legal and technical conditions for the exchange of computerised data (ECD) in the framework of their commercial and administrative relations. Its purpose is to facilitate the implementing of contractual relations through eletronic means, in such a way that the parties become confident in in the validity of the legal effects of the messagens exchanged between them. The EDI agreements were the object of an important effort of standadisation. Many of these agreements comprise clause for the settling of disputes. Some of them clauses refer to arbitration. One can mention, among others, the "Standard Electronic Data Interchange Agreement" of the British EDI Association. (...) One can equally mention the clause for the settling of disputes include in the regulation of the Centre International de Recherche et d Études du Droit de l'informatique et des Télécommunications stipulating that "Any contesting arising from the interpretation or the application of this skeleton contract that cannot be settled amicably by the parties shall be under the exclusive jurisdiction of the Court of Commerce of Paris, or, should the parties wish to resort to arbitration after signing an agreement to that effect, the dipute shall be submitted to the arbitration of the Fax-Edi of Ciredit which will settle the dispute according to its internal regulations and whose award shall be binding.*

<sup>564</sup> Trata-se de um *verdadeiro tabu*, como afirma LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem e Direito do Consumo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Número especial de lançamento, Porto Alegre, p. 195, jul./out. 2003.

é bastante diversa em países da Europa e nos Estados Unidos.<sup>565</sup> Não há maiores controvérsias, entretanto, sobre o fato de que o brasileiro, na condição de consumidor internacional, possa ao seu critério (e à sua autonomia) submeter-se a um processo arbitral para a resolução de controvérsias de consumo, envolvendo empresa estrangeira. Trata-se, como já se referiu, aqui, de uma questão, muitas vezes, decorrente da *análise econômica da litigância*.<sup>566</sup>

A dúvida que poderia subsistir em relação ao consumidor seria a da viabilidade da aplicação das teorias do negócio jurídico, como a da concludência do comportamento e do ato performativo como fundamentos para a vinculação às regras privadas advindas de um selo ou para o uso de mecanismos de solução de controvérsias virtuais e não estatais.

Antes de tudo e para além do que já foi mencionado no que tange à questão do consumidor, deve-se constatar que a alegada *vulnerabilidade do consumidor* na Internet assume uma noção diferenciada. A rigor, trata-se de um consumidor com relativo poder aquisitivo, algum nível de discernimento e certas possibilidades de escolha. A sua fragilidade reside basicamente em questões de natureza técnica e na exposição aos riscos comuns a

---

<sup>565</sup> Exemplificativamente, examinar para os Estados Unidos, BURK, Dan L. Jurisdiction in a world without borders. *Virginia Journal of Law and Technology*. Disponível em: <<http://www.vjolt.student.virginia.edu>>, recuperado em novembro de 2001 e Addressing Disputes In Electronic Commerce Final. *Recommendations and Report of The American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution in Cooperation with the Shidler Center for Law, Commerce and Technology, University of Washington School of Law*, p. 1-44, ago. 2002. Para a Inglaterra, considerar HORNLE, Julia. Online Dispute Resolution. *JISC Legal Information Service*. Disponível em: <<http://www.jisclegal.ac.uk/publications/hornleODR.htm>>, em novembro de 2001. Na Itália, por todos, SALL, Rinaldo. La risoluzione alternativa delle controversie (ADR) Online. Disponível em: <<http://www.camera-arbitrale.com>>, recuperado em dezembro de 2003. Na Austrália, TYLER, Melissa Conley ; BRETHERTON, Di. *Online Alternative Dispute Resolution*. The International Conflict Resolution Centre. University of Melbourne, abr. 2003. Disponível em: <<http://www.psych.unimelb.edu.au/icrc>>, recuperado em agosto de 2005, com ampla lista de instituições que investem e pesquisam o tema da arbitragem *online*. O documento da Universidade australiana evidencia, ainda, a existência de mecanismos de *ODRs em todo o mundo*: 43 nos Estados Unidos, 20 na Europa, 4 no Canadá, 5 na Austrália e mais 4 em outros países do mundo.

<sup>566</sup> Ou, em outras palavras, da análise das diferentes variáveis que podem determinar a escolha pela via estatal ou pelo caminho privado de solução de conflitos na órbita internacional. Sobre o tema, conferir ainda, SANTOS, Boaventura de Souza. Da microeconomia à microsociologia. *Revista Justiça e Democracia*, n. 1, p. 65-92, citando PASTOR, p. 68, indica que a procura da tutela judicial clássica é resultado da fusão de diferentes variáveis assim apresentada:  $D = f[Q (PD - PO), (C-A), (Id - Io), N, Z]$ , em que:  $D$  é igual à procura de tutela judicial;  $Q$  designa a quantia que se espera ganhar, ou seja, o valor real da ação (ou o que efetivamente se percebe quando se ganha o pleito),  $PD$  é a probabilidade de o autor ganhar a ação, do seu ponto de vista;  $PO$  significa a probabilidade de o autor ganhar a ação, do ponto de vista do réu;  $C$  representa os custos de litigação;  $A$  verbaliza os custos de chegar a um acordo, de recorrer à arbitragem ou a outro meio alternativo à litigação;  $Id$  é a disponibilidade e produtividade dos recursos (*inputs*) utilizados pelo réu para se defender;  $n$  é o número de conflitos de interesses que potencialmente se podem transformar em ações, ou seja, o volume da procura potencial;  $z$ , por fim, revela o efeito combinado dos restantes fatores que influenciam a procura de serviços judiciais, tais como: o conhecimento e o conteúdo do Direito substantivo; o Direito processual (ser ou não ser possível fazer um acordo extrajudicial, etc.).



qualquer usuário da rede. Por outro lado, o fornecedor de serviços, necessariamente, não precisa ser uma grande corporação empresarial ou comercial, podendo reduzir-se a uma pessoa física, assumindo tantos riscos e dificuldades quanto o consumidor. Poder-se-ia dizer que, de certa forma, o consumidor da Internet é menos frágil que o consumidor *físico*, visto que o uso da Internet para o consumo é, muitas vezes, seletivo.

A decisão de acionar o computador, acessar a rede, escolher um *site* dentre um universo incontável de espaços, avançar na contratação, reconhecer avisos e ressalvas, constatar a existência de selos e regras específicas, confirmar operações e transmitir dados não pode ser caracterizada como algo *impositivo* ou *obrigatório*. Cabe, além disso, ao consumidor ou ao usuário da rede o *dever de se informar* sobre os procedimentos que está adotando.<sup>567</sup> Suas atitudes e decisões assim se consubstanciam efetivamente em atos de conformação ou, ao menos, de iniciativa.<sup>568</sup>

No âmbito da Convenção Internacional de Haia, estuda-se a possibilidade de constituição de um tratado internacional que regule o cumprimento de decisões, seja sentenças ou laudos arbitrais, fora dos seus territórios nacionais.<sup>569</sup> Ao tempo em que se mantêm os estudos e discussões, assentou-se a necessidade de equilíbrio entre a defesa do consumidor e a própria manutenção da liberdade e das características intrínsecas ao comércio pela rede.

Dessa forma, a vinculação aos meios de solução de controvérsias *online*, a partir dos selos de certificação - mesmo para as questões diretamente ligadas ao consumidor -, não é despropositada. Por comportamentos concludentes ou por atos performativos e no exercício da autonomia privada, consumidores podem vincular-se a essas instâncias.

Contudo, de resto, a estrutura dos selos e mesmo a existência dos meios de composição de conflitos virtuais de nada valeriam na perspectiva da atenuação dos riscos da sociedade da informação se não fossem eficazes e efetivos. Cumpre, desta maneira, que seja examinada a capacidade de aplicabilidade das decisões arbitrais.

---

<sup>567</sup> A lição de JOURDAIN, Patrice. Le devoir de “se renseigner”. *Recueil Dalloz Sirey*, p. 139 -144, 1983, é por demais atual.

<sup>568</sup> Sobre atos de iniciativa, ver PERLINGIERI, 1999, op. cit., p.19.

<sup>569</sup> Conférence de La Haye de Droit International Privé. “Electronic Commerce and International Jurisdiction”. Summary of discussions prepared by Catherine Kessedjian with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada, Doc. pré-l. n. 12, Pré-l. Aug. 2000. Ottawa, 28 February to 1 March 2000, recuperado em dezembro de 2005.

### B.3.3 - Coerção e execução de decisões dos tribunais arbitrais virtuais

É pelo mesmo fundamento – a autonomia privada – que as decisões exaradas em sede de tribunais arbitrais virtuais são obrigatórias para as partes, pois decorrem do novo regime jurídico instaurado por elas.

O mantenedor do *site*, ao requerer a certificação de seu espaço, submete-se aos ditames do estatuto da entidade certificadora.<sup>570</sup> A utilização do selo exige, como contrapartida, o expresse cumprimento de uma série de condutas. Esse vínculo negocial entre *site* e entidade certificadora, independentemente da iniciativa do consumidor, força a empresa ou pessoa física que logrou a certificação a comportar-se segundo as regras privadas. O descumprimento pode ensejar uma série de conseqüências que, sob o ponto de vista do estabelecimento negocial, não são favoráveis à empresa que deixou de observar o código de boas práticas. Entre estas sanções encontram-se, exemplificativamente, a retirada do selo, a exclusão da entidade agremiativa, o pagamento de multas e a inscrição em lista de maus fornecedores - são sanções que afetam a reputação da empresa.<sup>571</sup>

É importante destacar que essas sanções decorrem do relacionamento direto entre o *site* e a certificadora e não geram prejuízo a outras iniciativas que possa tomar o consumidor, inclusive, pela via de uma decisão arbitral.

---

<sup>570</sup> Assim, por todos, ver o conteúdo do Relatório *Website Quality Labelling – support for cooperation and coordination projects in Europe*, op. cit., passim.

<sup>571</sup> No dizer de FRIEDMAN, op. cit., nas sociedades modernas, os contratos são executados de maneira coercitiva de duas formas: publicamente, através das cortes judiciais e, privativamente, por meio da reputação. Exemplifica o autor, com suas próprias palavras: *For a simple example of reputational enforcement, consider a department store that guarantees to refund your money if you are not satisfied. If, when you discover that the jacket you bought is the wrong size and your wife points out that purple is not really your color, the store refuses to give you a refund, you are very unlikely to sue them – the amount at stake is not enough to make it worth the time and trouble. Nonetheless, almost all stores in the situation will, at least in my experience, take the product back – because they want the reputation, with you and with other people you may discuss the incident with, of living up to their promises.*

Um ponto que merece atenção é o da execução das decisões arbitrais. A via estatal, ainda que permitida pelos Estados, não é a mais adequada porque levaria novamente a questão a uma órbita não desejada, por ser externa à autonomia privada.

Já se afirmou que um processo de execução forçada em um procedimento arbitral é uma verdadeira patologia. A afirmativa possui como fundamento o fato de se esperar que as partes que se ajustaram à escolha da arbitragem sejam capazes também de o fazer para o cumprimento do desiderato final da mesma.

O exame de questões bastante práticas seria interessante para que se visualize, ainda que brevemente, o procedimento arbitral de seu ponto inicial até a execução da decisão.<sup>572</sup>

O procedimento arbitral instaura-se, em regra, por iniciativa do comprador, que comunica a sua insatisfação junto à instituição certificadora. Cada parte será chamada a eleger um árbitro da nominata de *experts*, divulgada na *webpage* da instituição, que irá administrar a arbitragem; ambas poderão, ainda, escolher de comum acordo um único árbitro; assumida a função pelo(s) árbitro(s), instaura-se o procedimento.

A rigor, os atos processuais processar-se-ão mediante uma plataforma eletrônica, acoplada a um banco de dados, no qual serão registradas todas as manifestações e movimentos processuais.<sup>573</sup> As partes poderão ou não contratar advogados. Documentos que precisem ser juntados aos *autos virtuais* serão processados por meio da digitalização de imagens (*scanner*) e enviados por *e-mail* às partes, se e quando necessário.<sup>574</sup>

Supondo ao final do procedimento uma decisão favorável ao pleito do autor, condenando a empresa nos termos do pedido do autor, o pagamento dessa condenação poderá ser feita mediante o expediente da *recarga*.<sup>575</sup> A idéia de utilização da forma mais comum de

---

<sup>572</sup> O procedimento que se exemplifica consiste em uma *média* geral das tantas formas de desenvolvimento de um processo arbitral virtual. Assim, não está diretamente vinculado a nenhuma instituição em particular, mas sim representa apenas um panorama geral.

<sup>573</sup> BENYEKHEF ; GÉLINAS, 2003, op. cit., p.76.

<sup>574</sup> Procedimento já adotado, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através do chamado *e-proces*, na qual os autos são igualmente *virtuais*.

<sup>575</sup> Procedimento conhecido como *recarga* ou *charge back*.

pagamento das compras via Internet para a execução de decisões arbitrais não é nova e tem em Henry Perritt Jr., da Universidade de Chigago, um dos seus precursores e defensores.<sup>576</sup>

Trata-se de unir os mecanismos das administradoras de cartão de crédito como instâncias de execuções das decisões arbitrais.<sup>577</sup> O demandante vencedor, se consumidor, receberia os créditos equivalentes à sua vitória em créditos de compra no cartão com que fez o pagamento do bem, produto ou serviço objeto do litígio.<sup>578</sup> Os créditos seriam suportados pelo derrotado na demanda. O mesmo pode se processar, de forma inversa, se o vencedor for o fornecedor.<sup>579</sup>

A despeito das diversas experiências que já se processam no mundo com o sistema da *recarga*, é imprescindível que, ao ingressar no modo de disputa *on-line*, o consumidor seja previamente alertado da possibilidade de derrota e da forma como este fato vai repercutir em sua fatura de cartão de crédito. Na verdade, sem prévio assentimento do consumidor, não convém submetê-lo a tal procedimento, sob pena de, por medidas judiciais perante Estados diversos, obstaculizar-se uma via de execução bastante promissora para um futuro de maior incremento de compras pela Internet e de pagamentos por cartão de crédito.<sup>580</sup>

Não se identificou nenhum caso específico de pedido de reconhecimento de sentença arbitral decorrente de um *online dispute resolution* que tenha sido submetido ou questionado em tribunal estrangeiro. Isso pode revelar o fortalecimento da órbita da autonomia privada, pois já é bastante significativo o número de demandas processadas por meios virtuais.

Registre-se, porém, a título de ilustração, o processo e julgamento, por arbitragem eletrônica, de disputa de nome de domínio quanto à marca *Corinthians*, envolvendo o

<sup>576</sup> Sobre o tema, consultar PERRITT JR., 2002, op. cit., e, ainda, do mesmo autor, 2001, op. cit.

<sup>577</sup> PERRITT JR., 2001, op. cit., p. 264, afirma ser esta experiência, já difundida em todo o mundo, uma extraordinária forma de efetividade da regulação híbrida da Internet.

<sup>578</sup> Ibid., p 265: *No regime de “recargo”(charge back), ou devolução de cobrança em cartões de crédito, os emitentes dos cartões são intermediários encarregados da conciliação de disputas entre comerciantes e consumidores, recusando creditar os comerciantes que deixam de entregar a mercadoria ou aos serviços prometidos e, em última instância, negando crédito aos consumidores que se recusam a pagar pela mercadoria ou serviços entregues de acordo com o contrato.*

<sup>579</sup> PERRITT JR., loc. cit..

<sup>580</sup> Neste sentido, ver PERRITT JR., 2002, op. cit., p. 39 (versão impressa de documento extraído da Internet): *Financial intermediaries appear best suited to resolve individual transaction problems in the global marketplace through chargeback mechanisms. Chargeback mechanisms encourage merchants to provide high levels of customer satisfaction, as card associations withdraw card privileges from merchants with excessive chargeback rates. Such mechanisms have long been available in the United States and credited with helping to create consumer confidence in and widespread use of catalogue shopping in that country.*

conhecido time de futebol brasileiro e empresa americana, processado perante a Câmara de Arbitragem e Mediação Eletrônica da Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Ainda que esta demanda não diga respeito diretamente a uma questão de Direito Civil, ela possui contornos interessantes. Os nomes de domínio – endereços dos *sites* na Internet –, por confundirem-se com as próprias marcas das empresas, assumiram um importante valor econômico.<sup>581</sup> - reporta-se, então, ao Direito da Empresa.

Em síntese, a empresa americana enviou *e-mail* à diretoria do clube, ofertando à venda o endereço eletrônico *www.corinthians.com*, alegando ser de sua propriedade e de que, freqüentemente, neste endereço, recebia indagações dos torcedores do time.<sup>582</sup>

O clube brasileiro, por sua vez, recusou a proposta e solicitou que, imediatamente, fosse-lhe devolvido o endereço. O Corinthians, diante da recusa da empresa americana, promoveu, então, na Organização Mundial da Propriedade Intelectual, em Genebra, na Suíça, uma demanda, solicitando o reconhecimento de propriedade da marca que dá nome ao seu time e, conseqüentemente, a outorga de propriedade sobre o domínio eletrônico.<sup>583</sup> O trâmite prosseguiu com a realização dos demais momentos do processo virtual, utilizando-se, preponderantemente, do correio eletrônico. Houve, inclusive, por parte da empresa americana, prática de atos de má-fé, na busca da manutenção da propriedade do domínio disputado.<sup>584</sup>

---

<sup>581</sup> Sobre o tema, no Brasil, examinar LEMOS JUNIOR, Ronaldo ; WAISBERG, Ivo (org.). *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: RT ; Fundação Getúlio Vargas, 2003.

<sup>582</sup> Ver Administrative Panel Decision, Corinthians Licenciamentos Ltda v. David Sallen, Sallen Enterprises, and J. D. Sallen Enterprises, Case No. D2000-0461: *On September 1, 1999 "WAYLOWIQ@aol.com" sent an email to webmaster@corinthians.com.br, with copies to soares@corinthains.com.br, esoares@corinthians.com.br, dualib@corinthians.com.br, and jdsallen@ix.netcom.com. Its text read: "dear sirs, please excuse the fact that i do not speak portuguese. As the owner of the url "corinthians.com", however, i want to inquire whom i might contact, associated with the football club, regarding the sale of this domain. there has been considerable interest, and i have been contacted recently, by several people in brazil, regarding this purchase of this property. It occured [sic] to me that it is in your interest to own it. please feel free to contact me at jdsallen@ix.netcom.com". Complaint's Exhibit "I".*

<sup>583</sup> A demanda arbitral virtual ocorreu perante a Câmara de Arbitragem da WIPO, Organização Mundial da Propriedade Intelectual. O trâmite da demanda e a sua decisão final podem ser obtidas em: <<http://arbitr.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0461.html>>.

<sup>584</sup> Administrative Panel Decision, Corinthians Licenciamentos Ltda v. David Sallen, Sallen Enterprises, and J. D. Sallen Enterprises, Case No. D2000-0461: *In a moment that cannot be precisely determined, the Respondents posted biblical texts on their website www.corinthians.com. The Complainant asserts that no active website existed at the time the notice letter was sent. Complaint, Note 2 at page 9. Panel's emphasis. Under Rules, Paragraph 5(b)(i) the Response "shall [...] respond specifically to the statements and allegations contained in the complain and include any and all bases for the Respondent (domain-name holder) to retain registration and use of the disputed domain name". In their Response, the Respondents allege that they posted text from the biblical Books (Letters to the Christian Corinthians by Paul) on their website. Response, III, 1. In their Supplement to the Response, Respondents claim that they "made fair, noncommercial use of his active website before any legitimate dispute, and exactly these conditions continue".*

Inconformada com a final decisão do processo, desfavorável aos seus interesses, a empresa americana pretendeu não dar cumprimento à decisão da Câmara de Arbitragem Eletrônica da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.<sup>585</sup> Para tanto, ajuizou demanda perante corte americana competente para o exame da matéria, requerendo a declaração de propriedade do *site* e a impossibilidade da decisão de uma câmara arbitral estrangeira (e virtual) decidir a questão.<sup>586</sup>

Em alentado *decisum*, o tribunal norte-americano resolveu pela conservação da decisão da Câmara de Arbitragem, dizendo-se esta incompetente para conhecer da matéria, já resolvida no âmbito adequado, reforçando as razões sustentadas pelo árbitro, ao reconhecer a instância arbitral livremente assumida pelo seu cidadão. Antes de tudo, admitiu-se a adequação do tipo de processo e de sua decisão ao caso.<sup>587</sup>

O caso Corinthians consiste, desta maneira, em um importante precedente de reconhecimento da validade de decisão arbitral de uma instância virtual e estrangeira.<sup>588</sup>

A efetividade das decisões arbitrais emanadas por tribunais virtuais encerra o ciclo de atribuição de segurança e contenção dos riscos da sociedade da informação – significa uma Justiça própria para um comércio peculiar. Um comércio que, por suas perspectivas e potencialidades, impõe severos riscos que precisam ser combatidos por todos os esforços – públicos e também privados.<sup>589</sup>

---

<sup>585</sup> Refere-se ao documento da nota anterior: *The Panel finds that the allegations of the Respondents, that Corinthians is a "generic term", and, as such, untrademarkable, cannot be afforded weight, nor relevance in this proceeding. The fact is that a country's legal authority for trademarks, the Brazilian Institute of Industrial Property, granted registration for the Complainant "corinthians" marks. Although there are certainly remedies under Brazilian law that allow for a court to decide on the validity of a trademark registration, it is clear that it lies totally beyond a Panel's powers under these ICANN's proceedings to discuss the validity of such trademarks. The Respondents argue that the soccer club Corinthians could not reasonably have chosen its name unless it wanted to make a reference to the biblical books. The Panel considers that that might or might not be the case, but it has to remember that generic terms may be untrademarkable mainly if they are intended to protect products of services related with the generic terms themselves. However the products and services offered by a soccer club, are certainly not related with the biblical books.*

<sup>586</sup> A demanda foi examinada em última instância pela Justiça americana na United States Court of Appeals, for the first circuit. A decisão final está disponível em <<http://laws.lp.findlaw.com/1st/011197.html>>, recuperada em dezembro de 2001.

<sup>587</sup> Conferir no caso Jay D. Sallen d/b.a JDS Enterprises v Corinthians Licenciamentos Ltda, n. 01-1197, julgado em 05 de dezembro de 2001.

<sup>588</sup> Sobre o tema da regulação híbrida da Internet, conjugando esforços públicos e privados, é indispensável consultar GAUTRAIS, Vicent. *Droit du commerce électronique et normes applicables: l'émergence de la lex electronica. Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 5, 1997.

<sup>589</sup> Insere-se, desta maneira, no cenário desenhado por José Eduardo Faria diante das dificuldades do Estado Nacional contemporâneo para atender a todas as necessidades de regulação, gerando *rupturas* no sistema jurídico

---

tradicional: *Ao promulgar suas leis, portanto, os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saber o que podem regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas. (...) ao mesmo tempo em que se observa um movimento de internacionalização de alguns direitos nacionais, constata-se também a expansão de normas privadas no plano infranacional, na medida em que as organizações empresariais, por causa de sua autonomia frente aos poderes públicos, passam, elas próprias, a criar as regras de que necessitam e juridicizar as áreas que mais lhe interessem, segundo suas conveniências.* Conferir em FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica - implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 11.

## CONCLUSÕES

As conclusões que seguem não se dispõem a revisar o texto, mas, apenas, a articular as principais idéias esboçadas:

A) a sociedade da informação é um fenômeno complexo, com dimensões sociais, culturais, políticas e econômicas, centrada na *liberdade* dos particulares e, ao mesmo tempo, nos *riscos* que são decorrentes do exercício dessa liberdade;

B) os perigos que decorrem da utilização, em larga escala, das tecnologias da informação, são indiscriminados, possuindo potencial para atingir, por diversas formas, a grandes camadas da população. É impossível estar incólume ao crescente emprego dos sistemas de informação hoje empregados na maior parte das organizações públicas e privadas;

C) ainda que a maior parte da regulação da sociedade da informação deva ser produzida pelos Estados-Nacionais, reconhece-se a objetiva limitação desses entes para garantir a incolumidade de uma rede que, por planetária, não observa limites fronteiriços e/ou sistemas jurídicos, sobrepondo-se às regulações locais;

D) diante do impasse, na formulação de tratados e convenções internacionais, a Internet, em sua dimensão empresarial, permanece como fenômeno cunhado na liberdade dos particulares (autonomia privada). Novas e criativas aplicações para as tecnologias da informação, com inúmeros impactos de toda ordem, são criadas pelo agir praticamente livre dos particulares;

E) a manutenção de patamares mínimos de segurança para a Internet e para as suas atuais e futuras utilizações não pode ser atingida como preocupação exclusiva dos Estados-Nacionais; impõe-se que, perante o recrudescimento do risco, identifiquem-se formas que integrem iniciativas públicas e privadas;



F) uma tensão positiva entre liberdade e risco pode, então, permitir o estabelecimento de mecanismos novos de mitigação dos perigos inerentes à sociedade da informação, originados na autonomia privada;

G) a contribuição dos particulares na mitigação dos perigos da sociedade da informação reclama o reconhecimento da atualidade da autonomia privada e do negócio jurídico como formas de produção de normatividade jurídica particular;

H) através de novas formas negociais, expressões da liberdade da sociedade civil, instrumentos específicos são postos à disposição da sociedade a fim de contribuir para a contenção dos perigos da sociedade da informação;

I) esses instrumentos são predispostos a afastar, exemplificativamente, alguns dos principais riscos da Internet e dos *sites* eletrônicos, tais como os que dizem com a *identidade* e com a *existência efetiva* de um *site* na Internet (*labelização*) e, ainda, a estabelecer mecanismos próprios e adequados para a solução de conflitos no comércio realizado pela Internet (*online dispute resolution*);

J) decorre, ainda, do emprego desses instrumentos gerados pela autonomia privada e que assumem a forma de negócios jurídicos, a elaboração de normas de caráter particular, às quais os sujeitos desses negócios (fornecedores de serviços pela Internet, consumidores e empresas de certificação) se submetem;

L) tais códigos privados, gerados no exercício da autonomia privada coletiva e em meio à atividade comercial relacionada à Internet, têm por regra estabelecer normas particulares que não estão sujeitas aos processos legislativos estatais, mas que vigem por força das regras do próprio mercado, visando a garantir, entre outros propósitos, normas protetivas do consumidor ou do usuário por parte das empresas da Internet, práticas de condutas favoráveis ao comércio e a geração de um estado de maior segurança e de estabilidade à rede;

M) o negócio jurídico, entendido como convenção privada por excelência, gênero do qual o contrato é espécie, assume, igualmente, importante papel na instrumentalização de novos modelos negociais que sustentam as formas privadas de contenção dos riscos;

N) dada à objetivação dos pactos, o declínio do papel da vontade, a expressão da autonomia privada e a formulação de negócios jurídicos acontecem, no âmbito da sociedade da informação, preponderantemente, através da adoção de certos comportamentos;

O) a declaração negocial, em sua forma tácita, realiza-se através de comportamentos concludentes. Neste sentido, com práticas tidas como determinantes, um fornecedor de serviços pela Internet pode submeter-se a determinados códigos de conduta e a práticas que lhe exijam certos cuidados extras no seu relacionamento com consumidores; pode aceitar o uso de um selo ou acatar as recomendações de uma entidade agremiativa ou de auditorias privadas;

P) da mesma forma, um consumidor ou usuário que aceite e acate todas as declarações expressas e repetidas, geradas e exibidas por um *site* que acessou livremente, e que, por essas informações, declare a adoção de certas normas privadas e, ainda, anuncie a remessa de eventuais controvérsias para uma instância privada e virtual, realiza um negócio jurídico de adesão pela prática, tácita de um comportamento concludente;

Q) a adesão do fornecedor de serviços de Internet à determinada normatividade privada, gerada no seio de uma entidade civil – auditorias privadas, organismos de acreditação, entes corporativos, universidades, entre outros –, pode acontecer ainda por ato de *performance*;

R) a forma de ingresso à normatividade própria, gerada por entidades privadas, são os selos de certificação, conhecidos como *labels*. Consistem tais selos, na afirmação, por parte do ente de certificação, da existência e das atividades desenvolvidas pela empresa, atribuindo maior segurança ao seu funcionamento. Esses geram confiabilidade, ao mesmo tempo que, ao declarar ao consumidor ou ao usuário a correção e as boas práticas de uma entidade, obrigam-na a essas condutas. Há um enorme acervo de experiências consolidadas no mundo de uso de selos. Algumas, pela especificidade, impacto e contribuição mereceram registro no texto;

S) acoplados a esses selos, em muitos casos, para a manutenção da racionalidade negocial, existem instâncias de solução de conflitos virtuais, conhecidas como *online dispute resolution*. A arbitragem é, notadamente, a mais divulgada e aplicada das modalidades de *online dispute resolution*. Em um comércio que se realiza de forma global, a solução de uma

instância privada e virtual para a solução de controvérsias tem-se demonstrado, assim como os próprios selos, bastante acatada e bem sucedida;

T) selos e solução virtual de litígios são atividades incentivadas por organismos públicos, em todo o mundo, como medidas de proteção do consumidor, por levarem em conta a especificidade do comércio realizado pela Internet. Neste sentido, as suas formas de adesão e os seus resultados não ferem a autonomia privada como expressão da liberdade, porém, antes de tudo, a privilegiam;

U) diante da gama enorme de desafios impostos para a contenção dos riscos da sociedade da informação, a autonomia privada pode emprestar alguns aportes e contribuições à contenção dos riscos no emprego das novas tecnologias de informação por toda a sociedade.

V) Assim posto, acredita-se que a autonomia privada pode contribuir na contenção de parcelas dos perigos inerentes à sociedade da informação. Trata-se, portanto, da necessária integração entre iniciativas estatais e de organismos privados em prol do desenvolvimento da Internet e de suas aplicações.

X) Assimilar novas funcionalidades à autonomia (e ao negócio jurídico) e adotá-las no âmbito da sociedade da informação pode representar uma via extra de atribuição de segurança, que se caracterize pela mesma dinâmica e criatividade com que são gerados os próprios meios que permeiam a Internet.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABDALA, Elisabeth Ávila; OLIVEIRA, Miriam ; GOLDANI, Juliana. Formas de pagamento utilizadas pelas livrarias eletrônicas brasileiras. *Cadernos de Pesquisa em Administração*, São Paulo, n. 4, v. 9, out./dez. 2002.
2. ALEJANDRO, Javier Ribas. *Aspectos jurídicos del comercio electrónico em Internet*. Pamplona: Arazandi, 1999.
3. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
4. AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
5. \_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Renovar, 2002.
6. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica - fundamento, natureza e garantia constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n. 92, out./dez. 1986.
7. \_\_\_\_\_. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica - perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, em homenagem ao professor Dr. Ferrer-Correia. Coimbra: 1989.
8. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Lisboa: Almedina, 1992.
9. ALPA, Guido. Les nouvelles frontières du Droit des Contrats. *Revue Internationale de Droit Compare*, n. 4, 1998.
10. \_\_\_\_\_. Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie - Diritto Civile. *Revista de Processo*, v. 23, n. 88, jan./mar. 1988.
11. ASCENSÃO, José Oliveira. Estudos sobre Direito da Internet e da sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2001.
12. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócios jurídicos e declaração negocial - noções gerais e formação negocial*. São Paulo: Saraiva, 1974.
13. BALLARINO, Tito. *Internet nel mondo della legge*. Padova: Cedam, 1998.
14. BARROS LEÃES, Luis Gastão Paes de. A disciplina da empresa no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, v. 128, p. 11-12, out./dez. 2002.
15. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. de José Navarro et alii. Barcelona:

- Paidos, 1998.
16. BENKLER, Yochai. *Rules of the road for the information superhighway: eletronic communications in the law*. Minnesota: West Publishing Co., 1996.
  17. BENYEKHLEF, Karin ; GÉLINAS, Fabien. *Le règlement en line des conflits - enjeux de la Cyberjustice*. Paris: Romillat, 2003.
  18. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. t. 1-3. Coimbra: Coimbra, 1969.
  19. BLUME, Peter. Changes in the sources of law in information society. *International Review of Law Computers & Tecnology*, n. 3, v. 13, 1999.
  20. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995a.
  21. \_\_\_\_\_. *Estado, governo e sociedade - para uma teoria geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995b.
  22. \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.
  23. BRANCO, Gerson ; MARTINS-COSTA, Judith H. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
  24. BRASIL, Angela Bittencourt. Aspectos jurídicos dos documentos eletrônicos. *Forum sobre Documentos Eletrônicos*. Disponível em: <<http://www.cfj.gov.br>>.
  25. BURK, Dan L. Jurisdiction in a world without borders. *Virginia Journal of Law and Technology*, University of Virginia. Disponível em: <<http://vjolt.student.virginia.edu>>, recuperado em 06 de maio de 1997.
  26. CALVO, Roberto. Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale. *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, 2002.
  27. CANARIS, Klaus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
  28. CANO, Carlos Baldessarini. Organizações no espaço cibernético - estudo comparativo: Amazon e Alta Vista Books. *Revista da Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2002.
  29. CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
  30. \_\_\_\_\_. Acesso à Justiça e a função do jurista na nossa época. *Revista de Processo*, v. 61, p. 144-160.
  31. \_\_\_\_\_. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, v. 71, p. 180 -188.

32. \_\_\_\_\_. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades modernas. In: MARINONI, Luís Guilherme (org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba : Juruá, 1994.
33. CAPRIOLI, Eric. *Réglement des litiges internationaux et Droit applicable dans le commerce életronique*. Paris: Litec - JurisClasseur, 2002.
34. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
35. CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antônio. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra, 1994.
36. CARVALHO, Ana Paula Gambogi. *Contratos via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey: 2001.
37. CARVALHO, Antonio Gledson. *Efeitos da migração para os níveis de governança da BOVESPA*. Disponível em: <<http://www.bovespa.com.br/pdf/usp niveis.pdf>>, janeiro de 2003.
38. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
39. \_\_\_\_\_. *A galáxia da Internet - reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
40. CHATILLON, Georges. *Le Droit International de l'Internet*. Ministère de la Justice, Université Paris I Panthéon Sorbone, Association pour le Renouveau et la Promotion des Échanges Juriques Internationaux (Arpeje), Paris; Bruxelles: Bruylant, 2002.
41. CODERCH, Pablo (coord.) *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada*. Madrid: Civitas, 1997.
42. COMPARATO, Fábio Konder ; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder do controle da sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
43. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 1987.
44. COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
45. \_\_\_\_\_. Para uma história dos conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil. (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow). *Revista de Processo*, Porto Alegre, n. 37, mar. 1985.
46. \_\_\_\_\_. Negócios jurídicos e negócios jurídicos de disposição. *Revista do Grêmio Universitário Tobias Barreto*, Porto Alegre, s.d.
47. COUSIN, Bertrand. GBDE, Auto-regulation, confiance, gouvernance. In: *Le Droit International de l'Internet. Actes*. Paris: Bruylant, 2002.

48. DAVID, René. Sources of Law. The legal systems of the world their comparison and unification. *International Encyclopedia of Comparative Law*. cap. 3. Boston: Martinus Nijhoff, 1984.
49. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis ; GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
50. EL-HAKIM, Jacques. Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le Droit des Contrats. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, jun. 1997.
51. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. Les normes applicables à l'Internet: apports, limites, enjeux. In: Le Droit International de l'Internet. *Actes*. Paris: Bruylant, 2002.
52. FAZZALLARI, Elio. Lodo e sentenza - ancora sulla natura negoziale del lodo. *Revista di Diritto Processuale*, n. 2, abr./jun. 1990.
53. FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica - implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.
54. FARIA, José Eduardo; SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos da (org.). *Informação e democracia na economia globalizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
55. FATÔME, Anne Danis. *Apparence et contrat*. t. 144. Paris: LGDJ, 2004. (Bibliothèque de Droit Privé).
56. FAZZALLARI, Elio. *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1994.
57. FEATHERSTONE, Mike. Localismo, globalismo e identidade cultural – globalização e fragmentação. *Sociedade e Estado*, v. 9, n. 1, 1996.
58. FERRI, Giovanni Battista. Il negozio giuridico e la disciplina del mercato. *Rivista del Diritto Commerciale*, p. 728, nov./dez. 1991.
59. \_\_\_\_\_. Il negozio giuridico e le idee di Luigi Cariota Ferrara. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 93, 1995.
60. \_\_\_\_\_. Decisione negoziale e giudizio privato. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 85, 1997.
61. \_\_\_\_\_. La cultura del contratto e le strutture del mercato. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazione*, n. 11-12, 1998.
62. \_\_\_\_\_. Contratto e negozio da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi. *Rivista del Diritto Commerciale*, n. 4, 1988.
63. \_\_\_\_\_. Il negozio giuridico e la disciplina del mercato. *Rivista del Diritto Commerciale*, n.1-2, 1991.
64. FERRI, Luigi. Nozione giuridica di autonomia privata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 1, 1957.
65. \_\_\_\_\_. Norma e negozio nel quadro dell'autonomia privata. *Rivista Trimestrale di*

- Diritto e Procedura Civile*, v. 1, 1958.
66. \_\_\_\_\_. *La autonomia privada*. Traducción y notas de Luis Pancho Mendizabal. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1969.
  67. FINOCCHIARO, Documento elettronico. *Contrato e impresa*. Cópia da Internet, 1994.
  68. FOVEAU, Séverine. *Le commerce électronique en toute confiance*. Diagnostic des pratiques et environnement juridique. Paris: Litec, 2001.
  69. \_\_\_\_\_. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.
  70. FRADERA, Vera Maria Jacob. A circulação de modelos jurídicos europeus na América Latina: um entrave à integração econômica do Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, v. 736, 1997.
  71. FRANZONI, Massimo. Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Itália. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2, p. 409-429, jul.1995.
  72. FRIEDMAN, David. Contracts in cyberspace. *Texto apresentado no Encontro da Associação Americana de Direito e Economia*, em 06 de maio de 2000, disponível em: <[http://www.bests.com/~ddfr/Academic/contracts\\_in\\_cyberspace.html](http://www.bests.com/~ddfr/Academic/contracts_in_cyberspace.html)>, recuperado em 14 de abril de 2001.
  73. FROMKIN, Michael A. The essential role of trusted third parties. *Electronic commerce*. Disponível na Internet em <<http://www.law.miami.edu/froomkin/articles>>.
  74. \_\_\_\_\_. *The Internet as a source of regulatory arbitrage*. Disponível na Internet em <<http://www.law.miami.edu/froomkin/articles>>.
  75. FROMKIN, Michael. Wrong turn in cyberspace: using to route around the apa and the constitution. *Duke Law Journal*, n. 18, 2001.
  76. FULLER, E. Kathleen. ICANN: the debate over governing the Internet. *Duke Law & Technology Journal*, n.2, 2001.
  77. GALGANO, Francesco. *El negocio juridico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
  78. GAUTRAIS, Vicent. Droit du commerce électronique et normes applicables: l'emergence de la lex electronica. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 5, 1997.
  79. GHERNAOUTI-HÉLIE, Solange. *Internet et sécurité*. Paris: PUF, 2002.
  80. GIANNINI, Massimo Severo. Teoria generale e Diritto Pubblico. In: \_\_\_\_\_. *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, s.d.
  81. GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1999.
  82. GOBERT, Didier ; SALAUN, Anne. La labellisation des sites *web*: inventaire des initiatives existantes. *Communications & Stratégies*, 3ème tri., 1999.



83. GOBERT, Didier. La labellisation des sites *web*: classification, stratégies et recommandations. *DAOR*, n. 51, nov. de 1999a e em <<http://crid.fundap.ac.be>>.
84. \_\_\_\_\_, Didier. Le développement du commerce électronique: les nouveaux métiers de la confiance. *Droit des technologies de l'information - regards prospectifs. Cahiers du C.R.I.D.*, Bruxelles, n. 16, p. 3-32, 1999b e também em <<http://crid.fundap.ac.be>>.
85. GOBERT, Didier ; MONTERO, Etienne. La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle. *DAOR*, n. 53, abr. 2000.
86. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
87. \_\_\_\_\_. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
88. GRAHAM, J. A. *L'Internet est un nouvel espace international au sens de Droit International Public*. Extraído da tese de Doutorado, apresentada na Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2001.
89. GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
90. \_\_\_\_\_. *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998.
91. GRISI, Giuseppe. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1999.
92. HANCOCK, Douglas. An assessment of ICANN's mandatory uniform dispute resolution policy in resolving disputes over domain names. *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*. Disponível em: <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-3/hancock.html>>, jan. 2004.
93. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel, 1987.
94. HERTZ-POMPE, Nicolas. *La crédibilité des labels pour les sites Internet d'commerce: cas d'application*. Université Catholique de Louvain, 2003. Disponível em: <<http://www.droit-technologie.org>>, recuperado em 2004.
95. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madri: Civitas, 1995.
96. HORNLE, Julia. Disputes solved in cyberspace and the rule of law. *Journal of Information, Law and Technology (JILT)*. Disponível em <<http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-2/hornle.html>>, recuperado em setembro de 2001.
97. \_\_\_\_\_. Online Dispute Resolution. *JISC Legal Information Service*. Disponível em: <<http://www.jisclegal.ac.uk/publications/hornieODR.htm>>, em novembro de 2001.
98. HUFFEL, Michel Van. Consumer protection in electronic commerce: a general overview. *Article presente at the occasion of the 4<sup>th</sup> ECLIP workshop*, Palma de Mallorca on march 1999.
99. IPPOLITO, Fulvio Sarzana di. Documento informatico, firma digitale e crittografia rilievi giuridico-penali. *Profili giuridici del commercio via Internet*. Milano:

- Guiuffrè, 1999.
100. \_\_\_\_\_. Il diritto di autore nelle reti telematiche secondo una prospettiva europea. In: *Profili giuridici del commercio via Internet*. Milano: Guiuffrè, 1999.
  101. \_\_\_\_\_. I requisiti del contratto telematico: la sicurezza e la identificabilità dei contraenti. In: *Profili giuridici del commercio via internet*. Milano: Giuffrè, 1999.
  102. \_\_\_\_\_. *Profili giuridici del commercio via Internet*. Milano: Giuffrè, 1999.
  103. IPPOLITO, Fúlvio Sarzana et alii. *Profili giuridici del commercio via Internet*. Milano : Giuffrè, 1999.
  104. IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998.
  105. \_\_\_\_\_. È vero, ma... (replica a Giorgio Oppo). *Rivista di Diritto Civile*, parte 1, 1999.
  106. \_\_\_\_\_. Le categorie giuridiche della globalizzazione. *Rivista di Diritto Civile*, n. 5, set. 2002.
  107. IRVING, Larry. The information revolution has created a digital divide. In: \_\_\_\_\_. *The information revolution – opposing viewpoints*. San Diego: Geenhaven, 2004.
  108. JARROSSON, Charles. Les modes alternatifes de règlement des conflits: présentation générale. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, p. 325-345, abr./jun. 1997.
  109. JEHORAM, Herman Cohen. Proteção do chip. *Revista de Direito Público*, n. 99, 1991.
  110. JOURDAIN, Patrice. Le devoir de “se renseigner”. *Recueil Dalloz Sirey*, 1983.
  111. KALLEL, Sami. Arbitrage et commerce électronique. *Revue du Droit dès Affaires Internacionales*, n.1, 2001.
  112. KANT, Emmanuel. *Crítica da razão prática*. Edição bilíngüe. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
  113. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Tradução espanhola de Moisés Nilve. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1994.
  114. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969.
  115. \_\_\_\_\_. *Tratado de Derecho Civil alemán*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
  116. LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem e Direito do Consumo. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Número especial de lançamento. Porto Alegre, jul./out. 2003.
  117. LEMOS JUNIOR, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (org.); et alii. Comércio eletrônico. *Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, 2001.

118. \_\_\_\_\_. *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: RT ; Fundação Getúlio Vargas, 2003.
119. LEIVA, Renato Javier Jijena. Internet, privacidade y Derecho – un desafío de cara al siglo XXI en el marco de la globalización. *Revista Electrónica de Derecho Informático*, n. 36, 2001.
120. LESSIG, Lawrence. The code in law, and the law in code. *Lecture given at the pcForum*. Phoenix : 2000.
121. \_\_\_\_\_. The law of the horse: what cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, n.2, dez. 1999.
122. LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.
123. \_\_\_\_\_. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 2003.
124. LÓPEZ, V. Carrascosa. *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*. Los contratos electrónicos e informáticos. Granada: 2000.
125. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
126. \_\_\_\_\_. Informática, Cyberlaw y e-commerce. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p.9-37, 2000.
127. LUCAS, André et alii. *Droit de l'Informatique et de l'Internet*. Paris: Universitaires de France, 2001.
128. LUHMANN, Nklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.
129. MALLET-BRICOUT, Blandine. Libre propôs sur l'efficacité des systèmes de Droit Civil. *Revue Internationale de Droit Compare*, n. 4, oct./dec., 2004.
130. POUJOL, Natalie Mallet. Les enjeux juridiques de l'Internet. *Cahiers du C.R.I.D.*, Paris, p. 31, out. 2003.
131. MARINONI, Luís Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
132. MARTINS, Soveral. *Processo e Direito Processual: noções complementares*. Processos heterocompositivos. 2. ed. Portugal: Centelha, 1986.
133. MARTINS-COSTA, Judith H. Crise e modificação da idéia de contrato no Direito brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 56, 1992.
134. \_\_\_\_\_. Noção do contrato na história dos pactos. In: *Uma vida dedicada ao Direito*. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
135. \_\_\_\_\_. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
136. \_\_\_\_\_. O novo Código Civil brasileiro: a ética da situação. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Edição especial. Porto Alegre, 2002/2003.

137. \_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil*. t. 1-2, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
138. \_\_\_\_\_. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. In: \_\_\_\_\_. *Parecer*, no prelo.
139. MAS-FOVEAU, Léverine ; BENACHOUR-VERSTRE PEN, Malika. *Le commerce électronique en toute confiance – diagnostic des pratiques et environnement juridique*. Paris : Litec, 2001.
140. MEHREN, Arthur von. *Contracts in general. The formation of contracts. International Encyclopedia of Comparative Law*. Boston: J. C. B. Mohr, 1992.
141. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Teoria geral do negócio jurídico*. São Paulo: Atlas, 1991.
142. MORAES, Maria Amália Dias de. Autonomia privada e negócio jurídico. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Rio Grande do Sul, n. 26, p. 73-88, 1980.
143. MOREIRA, Guilherme. *Instituições do Direito Civil português*. Coimbra, 1907.
144. MORIN, Gaston. *La révolte du Droit contre le Code – la révision nécessaire des concepts juridiques*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1945.
145. MUELLER, Milton. *Icann and Internet governance sorting through the debris of “self regulation”*. *The Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications, Information and Media*, v. 1, n.6, dez. 1999.
146. NERVI, Andrea. *La nozione giuridica di informazione e la disciplina di mercato – argomenti di discussione*. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, n. 11-12, p. 843, set./dez. 1998.
147. OPPO, Giorgio. *Disumanizzazione del contratto?* *Rivista di Diritto Civile*, parte 1, 1998.
148. OST, François. *De la pyramide au réseau? Por une théorie dialectique du Droit*. Bruxelles: Publications des Facultes Universitaires Saint-Louis, 2002.
149. PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.
150. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Comércio eletrônico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*. Coimbra : Almedina, 1999.
151. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
152. \_\_\_\_\_. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato: problemi del Diritto Civile*. Roma: Scientifiche Italiane, 2003.
153. PERRITT JR, Henry H. *The Internet is changing the public international legal system*. Disponível em: <<http://Www.kentlaw.edu/cyberlaw/perrittnetchg.html>>, recuperado em dezembro de 2002.

154. \_\_\_\_\_. Regulamentação híbrida como solução para problemas de jurisdição na Internet: além do Projeto Chicago-Kent/Aba e da Minuta da Convenção de Haia. In: SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos ; WAISBERG, Ivo (org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
155. PASSARELLI, Francesco Santoro. L'impresa nel sistema del diritto civile. *Rivista di Diritto Commerciale*, n. 1, p. 377, 1942.
156. PIMENTA, Luiz Edgard Montauray. Brazil – Case comment – Internet Domain Name “aol.com.br” – the leading case. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, p. 127-129, 1998.
157. PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999.
158. \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil português*. t. 1. Lisboa: Almedina: 1999.
159. PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.
160. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. 38. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
161. POST, David G. The unsettled paradox: the Internet, the State, and the Consent of the Governed. Disponível em: <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/sov>>.
162. \_\_\_\_\_. Anarchy, State and the Internet.: an essay on law-making in cyberspace. Online Journal Law Temple University Law School. Disponível em: <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/anarchy.html>>, 1995, recuperado em dezembro de 2001.
163. POULLET, Yves. Technologies de l'information et de la communication et “co-régulation”: une nouvelle approche?. *Droit & Nouvelles Technologies*. Disponível em: <<http://www.droitnouvellestechologies.com>>.
164. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
165. PUTMAN, Emmanuel. *Contentieux économique*. Paris: Universitaires de France, 1998.
166. QUEIROZ, Alcimar Silva de. Da História e do conceito da Cúpula Mundial sobre a sociedade da informação. *Information society*. Evento na Universidade Autônoma do México 2004. Disponível em: <[http://uaemex.mx/Evento/esocite2004/docsda\\_historia\\_e\\_do\\_conceito.doc](http://uaemex.mx/Evento/esocite2004/docsda_historia_e_do_conceito.doc)>.
167. RABSTEIN, Marcos. Escritório virtual. *Internet Business*, n. 19, p. 77, 1999.
168. RAISER, Ludwig. O futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v.9, n. 25, 1979.
169. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma*

- hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1992a.
170. REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992b.
171. REDENTI, Enrico. *El compromiso arbitral y la clausula compromissoria*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
172. RESNIK, Judith. Resolución alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 3, p. 699-715, 1997.
173. REZENDE, Pedro Antonio Dourado de. Totalitarismo digital. *Instituto de Registro Imobiliário do Brasil*. Disponível: <<http://www.trib.org.br/>>, n. 332, 2001.
174. REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.
175. RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato: cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.
176. RIEG, Alfred. Le role de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes de XIX<sup>ém</sup> siècle. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 26, Dalloz, 1987.
177. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
178. ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social (ou princípios do Direito Político). In: FERRAZ, Tércio Sampaio. *Textos clássicos da Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
179. SANTOLIM, César Viterbo Matos. *Formação e eficácia probatória dos contratos por computador*. São Paulo: Saraiva, 1995.
180. SANTOS, Boaventura de Souza. Da microeconomia à microssociologia. *Revista Justiça e Democracia*, n. 1, p. 65-92.
181. SCIANCALEPORE, Giovanni. *Autonomia negoziale e clausole d'uso - disposizione normative e prassi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1998.
182. SCHIAVETTA, Susan. Does the Internet occasion new direction in consumer arbitration in the EU?. *Journal of Information, Law and Technology*, em <[http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law2/jilt/2004\\_3/schiavetta](http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law2/jilt/2004_3/schiavetta)>, dezembro de 2004.
183. SCHILLER, Sophie. L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés. *Revue des Sociétés*, 119<sup>o</sup> année, 2001.
184. SCHIZZEROTTO, Gianni. *Dell' arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1958.
185. SCHNEEWIND, J. B. *A invenção da autonomia*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
186. SENDEN, Linda. Soft law, self-regulation and co-regulation in European Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1, jan. 2005.

187. SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
188. SFORZA, Widar Cesarini. *El derecho de los particulares*. Madri: Civitas, 1986.
189. SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
190. SILVA, Ronaldo Lemos ; WAISBERG, Ivo. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
191. SILVA MARTINS, Ives Granda. Direitos e deveres no mundo da comunicação – da comunicação clássica à eletrônica. *Revista Forense*, v. 356, 1997.
192. SILVA MARTINS, Ives Gandra ; GRANDA MARTINS, Rogério Vidal. Privacidade na comunicação eletrônica. In: GRECO, Marco Aurélio; SILVA MARTINS, Ives Granda da (org.). *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
193. SOMMA, Alessandro. Autonomia privata. *Rivista di Diritto Civile*. n. 4, jul./ago. 2000.
194. SOUZA, Marco Antonio Costa. A informática e a prestação jurisdicional. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Rio de Janeiro*, n. 4, edição especial, p. 112-126, 1988.
195. TALAMINI, Eduardo. *Execução específica da obrigação de fazer no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
196. TARUFFO, Michele. Camere di commercio e giurisdizione ordinária. *Rivista Impresa & Stato*, Milano, n. 40, 1997.
197. TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. Homepage da UERJ, recuperada em dezembro de 1998.
198. TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.
199. TILMAN, Vincent. Arbitrage et nouvelles technologies: alternative cyberdispute resolution. *Revue Ubiqueté*, n. 2, p. 47-97, 1999.
200. TOURRAINE, Alain. *Iguais e diferentes. Poderemos viver juntos?* Trad. de Jaime Glasen e Ephraim. Petrópolis : Vozes, 1999.
201. TYLER, Melissa Conley ; BRETHERTON, Di. *Online Alternative Dispute Resolution*. The International Conflict Resolution Centre. University of Melbourne, de abr. 2003. Disponível em: <<http://www.psych.unimelb.edu.au/icrc>>, recuperado em agosto de 2005.
202. VETTORI, Giuseppe. Carta Europea e diritti dei privati. Diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti. *Rivista de Diritto Civile*, n. 5, 2002.

203. VICENTE, Dário Moura. Meios extrajudiciais de composição de litígios do comércio eletrônico. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 5, jan./mar. 2005.
204. VIDAL, Dominique. *Droit français de l' arbitrage commercial international*. Paris: LGDJ, 2004.
205. VILLEY, Michel. Essor et décadence du volontarisme juridique. *Archives de Philosophie du Droit*, s. n.
206. WALD, Arnold. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Rio de Janeiro, v. 15.
207. \_\_\_\_\_. Um novo Direito para uma nova Economia: os contatos eletrônicos e o Código Civil. In: GRECO, Marco Aurélio; SILVA MARTINS, Ives Granda da. *Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
208. WEBSTER, Frank. *Theories of the information society*. 2. ed. London: Rotledge, 2002.
209. ZILVETI, Marijô. Sites usam artimanhas para induzir internauta a erro. *Jornal Folha de São Paulo Online*, 21 de abril de 2004.



## DOCUMENTOS E RELATÓRIOS CONSULTADOS

1. *Building the european information society for us all*: final policy report of the high-level expert group.
2. *Chigago-Kent/ABA report*, disponível em <<http://www.kentlaw.edu/cyberlaw>>, consultado em 2001.
3. Código de Práticas do BBBOnline Reability. Conferir em <<http://www.bbboline/reability>>.
4. Commission of the European Communities, Com (2002) 667 Final. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the economic and social committee and the committee of the regions, eEurope 2002: Quality Criteria for Health related Websites. Brussels, 29.11.2002.
5. Conférence de La Haye de Droit International Privé. “Electronic Commerce and International Jurisdiction”. Summary of discussions prepared by Catherine Kessedjian with the co-operation of the private international law team of the Ministry of Justice of Canada, Doc. préI. No 12, Prel. Doc. No 12, août / August 2000. Ottawa, 28 February to 1 March 2000, recuperado em dezembro de 2005.
6. *Cross-Border Fraud Trends*, relativo ao período compreendido entre janeiro e dezembro de 2004, editado pelo *Federal Trade Comission*, órgão do governo dos Estados, publicado em 08 de janeiro de 2005 e disponível em: <<http://www.consumer.gov/sentinel>>.
7. Customer Service: the hunt for a human, no *site* do *New York Times*, caderno de Tecnologia, em [www.nytimes.com/2004/12/30/techonology/circuits](http://www.nytimes.com/2004/12/30/techonology/circuits), recuperado em outubro de 2005. Ver, ainda, importante reportagem na seção *books*, no *The Austin Chronicle*, publicado em 27 de dezembro de 2002 e disponível em [http://www.austinchronicle.com/issues/dispatch/2002-12-27/books\\_newsprint.html](http://www.austinchronicle.com/issues/dispatch/2002-12-27/books_newsprint.html) e, também “Feeling disconnected”, <http://www.usnews.com/usnews/culture/articles/030818/18web.htm>, recuperado em outubro de 2005.
8. *E-commerce and cyber crime: new strategies for managing the risk of exploitation. Foresinc and litigation services*. USA: KPMG`s Assurance and Advisory Services Center, 2000, disponível em: <<http://www.kpmg.com>, p. 1-32>.
9. *European Consumer Law Group*, de março de 2000, publicado com o título *Le soft law et l`intérêt du consommateur. Revue Européenne de Droit de la Consommation*, p. 113-133, mar. 2002.
10. *Libro Blanco sobre los sistemas de autorregulación, los sellos y las marcas de confianza en mercados digitales y códigos de buenas prácticas para el comercio electrónico*. Proyecto i + Confianza: autorregulación y sistemas extrajudiciales *off-line* y *on line* de solución de conflictos para entornos de comercio

- electrónico. Estudio comparado, demostración y promoción de su uso en la industria, dez. 2002.
11. *Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique*, do *Observatoire des Droits de l'Internet*, avis n. 3, obtido em <<http://www.Internet-observatory.be>>, publicado em junho de 2004.
  12. *Quality Criteria for Health related Websites*, da Comissão Européia.
  13. Relatório “I digital.Perfil da empresa digital 2003/2004” , *Federação das Indústrias do Estado de São Paulo e Faculdade de Economia, Administração e Contábeis da USP*, junho de 2004, páginas 1 a 32, disponível em [www.fiesp.org.br](http://www.fiesp.org.br), recuperado em agosto de 2005.
  14. Situación actual del comercio electrónico en la region. *ALADI – Asociación Latino Americana de la Integración*, p. 1-240, obtido em *e-global paper free*, <<http://www.global.es/libros>>, maio de 2004.
  15. The Digital Future Report. Surveying the Digital Future. Year Four. *USC Annenberg School Center for the Digital Future*, September 2004, em [www.digitalcenter.org](http://www.digitalcenter.org), páginas 1 a 105 e “Situación Actual del comercio electrónico en la region”, *ALADI – Asociación Latino Americana de la integración*, páginas 1 a 240, obtido em *e-global paper free*, [www.global.es/libros](http://www.global.es/libros), maio de 2004.
  16. The Digital Future Report. Surveying the Digital Future. Year Four. *USC Annenberg School Center for the Digital Future*, September 2004, em <<http://www.digitalcenter.org>>, p. 1-105.
  17. US Perspectives on consumer protection in the global electronic marketplace Comments by the European Commission. *European Commission*, 21 de abril de 1999. Disponível em <[http://www.eu.int/information\\_society/index\\_en.htm](http://www.eu.int/information_society/index_en.htm)>, recuperado em abril de 2001.
  18. *Website Quality Labelling – support for cooperation and coordination projects in Europe*. Programme for Comparative Media Law and Policy, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, 2003.