

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Cláudio Roberto Santos

**AS RELAÇÕES ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E A AUTORREGULAÇÃO DA
INTERNET:
desafios para defesa dos direitos da personalidade**

Belo Horizonte
2012

Cláudio Roberto Santos

**AS RELAÇÕES ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E A AUTORREGULAÇÃO DA
INTERNET:
desafios para defesa dos direitos da personalidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Rodrigo de Almeida Magalhães

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S237r Santos, Cláudio Roberto
As relações entre a autonomia privada e a autorregulação da internet:
desafios para defesa dos direitos da personalidade / Cláudio Roberto Santos.
Belo Horizonte, 2012.
117f.

Orientador: Rodrigo de Almeida Magalhães
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Sociedade da informação. 2. Internet. 3. Autonomia privada. 4. Direitos da
personalidade. I. Magalhães, Rodrigo de Almeida. II. Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 301:681.3

Cláudio Roberto Santos

**AS RELAÇÕES ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E A AUTORREGULAÇÃO DA
INTERNET:
desafios para defesa dos direitos da personalidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Dr. Rodrigo de Almeida Magalhães (Orientador) – PUC Minas

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior – PUC Minas

Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior - UFRRJ

Belo Horizonte, 11 de junho de 2012

A Deus, independentemente das palavras!

A minha família, Pais e Irmãos!

E a Rita, minha esposa: tu não morrerás!

AGRADECIMENTOS

Tantas pessoas merecem estas linhas de agradecimento.

Ao dedicar este trabalho à minha família apenas reconheço o quanto ela é importante para a minha formação, enquanto profissional e enquanto pessoa.

A Rita, minha esposa, já mereceria um agradecimento só pelo fato de estar ao meu lado nesta jornada desde o início. Mas, além disto teve relevante participação na finalização desta dissertação, me ajudando a revisar texto e método. Agradeço a Deus todos os dias por termos nos encontrado.

No livro do Eclesiástico o sábio diz que quem encontrou um amigo encontrou um tesouro, neste sentido posso me considerar um milionário. Deus me concedeu a graça de ter inúmeros amigos, espalhados por todo o Brasil, de Salvador e Vitória da Conquista na Bahia, passando por Belo Horizonte e Juiz de Fora em Minas Gerais, chegando à Valença no estado do Rio de Janeiro, bem como aqueles que fiz no na Paróquia Redentorista de N. S. da Glória. Sou-lhes eternamente grato, pois a amizade de cada um contribuiu para a formação de meu caráter.

Devo um agradecimento especial não a uma pessoa somente, mas a toda uma família, pois é o que somos: Ministério Universidades Renovadas. Vocês me fizeram sonhar com este Mestrado, muito obrigado! Que nós sejamos bons profissionais, sempre dóceis ao Espírito Santo!

Por fim, como professor que me orgulho de ser, não posso deixar de nesse momento percorrer toda a minha vida estudantil até o presente momento e chegar a conclusão de que são muitos professores a agradecer! Destaco meu orientador Prof. Dr. Rodrigo de Almeida Magalhães, que me apoiou até o fim, compreendendo minhas limitações e me ajudando a melhorar com elas.

Há pessoas que desejam saber só por saber, e isso é curiosidade; outras, para alcançarem fama, e isso é vaidade; outras, para enriquecerem com a sua ciência, e isso é um negócio torpe; outras, para serem edificadas, e isso é prudência; outras, para edificarem os outros, e isso é caridade.

Santo Tomaz de Aquino

RESUMO

A revolução tecnológica pela qual a sociedade passa fez com que diversos conceitos fossem revistos, inclusive pelo próprio direito. O presente trabalho busca demonstrar como o desenvolvimento da sociedade da informação, fincado na massificação da internet, tem provocado sensíveis mudanças no direito. Principalmente, a partir do momento em que a utilização da internet foi colocada como primeira necessidade por boa parte da população brasileira, quando então, o número de usuários aumentou vertiginosamente. A velocidade com que este crescimento se deu levou a um cenário de total desregulamentação. Muitas normas jurídicas precisaram ser reinterpretadas para abrigarem as novas relações sociais, e ainda assim tem sobrado um grande espaço para a atuação da autorregulação. Fundada no exercício da autonomia privada, a autorregulação tem se mostrado muito eficiente para suprir determinadas lacunas legislativas, contudo, bem ineficiente para proteção de certos direitos, entre eles os direitos da personalidade. Como expressão a autonomia privada deve ser preservada, porém para proteção da dignidade humana deve ser limitada.

Palavras-Chave: Sociedade da informação. Internet. Autonomia privada. Autorregulação. Proteção. Direitos da personalidade.

ABSTRACT

The technological revolution that the society has been through made several concepts be reviewed, including the law itself. This study aims to demonstrate how the development of information society, joint in the massification of the Internet has caused sensitive changes in the law. Especially, from the moment the use of the Internet was first placed as needed for much of the brazilian population, as then, the number of users has increased dramatically. The speed with which this growth has led to a scenario of total deregulation. Many legal rules needed to be reinterpreted to shelter the new social relations, and yet have left a large space for the performance of self-regulation. Founded in the exercise of private autonomy, self-regulation has proved very efficient to meet certain loopholes, however, and inefficient for the protection of certain rights, including personality rights. As an expression of private autonomy must be preserved, but to protect human dignity should be limited.

Keywords: Information Society. Internet. Private autonomy. Self-regulation. Protection. Personality Rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	19
2	A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SUA DINÂMICA.....	23
2.1	Histórico e evolução da sociedade da informação.....	24
2.1.1	<i>A sociedade pós-industrial analisada por Daniel Bell.....</i>	24
2.1.2	<i>Ondas de Alvin Toffler.....</i>	25
2.1.3	<i>A história da sociedade da informação segundo Armand Mattelart.....</i>	27
2.2	Conceito de sociedade da informação.....	29
2.3	Sociedade da informação no Brasil.....	31
2.4	Internet: a mola propulsora da sociedade da informação.....	33
2.4.1	<i>Breve histórico.....</i>	33
2.4.2	<i>Internet: a sociedade em rede.....</i>	35
2.4.3	<i>Função da internet no mundo atual.....</i>	38
2.4.4	<i>As redes sociais de relacionamento.....</i>	41
2.5	Reflexos da utilização da internet no sistema jurídico.....	45
3	DA AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL.....	48
3.1	Historicidade da autonomia privada contratual.....	48
3.1.1	<i>Roma.....</i>	48
3.1.2	<i>Idade média.....</i>	49
3.1.3	<i>A época das luzes.....</i>	50
3.1.4	<i>Do Estado liberal ao Estado social.....</i>	52
3.2	O estado atual da autonomia privada contratual.....	54
3.2.1	<i>Autonomia da vontade e autonomia privada.....</i>	55
3.2.2	<i>A sinonímia entre autonomia privada e autonomia da vontade na jurisprudência brasileira.....</i>	60
3.3	Autonomia privada como valor constitucional.....	61
3.3.1	<i>A proteção constitucional da autonomia privada.....</i>	67
4	AUTORREGULAMENTAÇÃO.....	70
4.1	Conceito.....	70
4.2	Algumas vantagens e riscos da autorregulamentação.....	72
4.3	Autonomia privada e autorregulamentação.....	73
4.4	Requisitos contratuais aplicados à normas autorreguladoras.....	76
4.5	A intervenção do Estado nas relações privadas: do dirigismo contratual na autorregulamentação privada.....	80
4.6	Da necessidade ou possibilidade de autorregulação da internet.....	84
4.6.1	<i>A corrente libertária.....</i>	85
4.6.2	<i>As posições ontológicas sobre o direito no mundo virtual.....</i>	87
4.6.3	<i>A necessidade de autorregulação da internet: uma associação entre o exercício da autonomia privada e a participação do Estado.....</i>	89

5	DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À CRESCENTE UTILIZAÇÃO DA INTERNET.....	93
5.1	Evolução histórica dos direitos da personalidade.....	94
5.2	Conceito.....	95
5.3	Direito da personalidade: uno ou múltiplo.....	96
5.4	O fundamento constitucional da proteção aos direitos da personalidade.....	98
5.5	As “classes” de direitos da personalidade em condição de vulnerabilidade na internet.....	99
5.6	Contrato de disposição de bens da personalidade na internet.....	103
5.7	A autorregulamentação da internet frente aos contratos de rede social e iniciativas de regulação estatal.....	105
6	Conclusão.....	109
	REFERÊNCIAS.....	112

1-INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas o mundo assistiu a um poderoso incremento na utilização de tecnologias digitais, tais como computadores e aparelhos telefônicos móveis. Contudo, nenhuma delas se compara à internet, que inclusive tem provocado a convergência destas tecnologias. Quando em 1973 Robert Kahn e Vint Cerf publicaram um artigo sobre a arquitetura do que hoje conhecemos como internet, eles ainda não tinham ideia dos efeitos que isto provocaria na história da humanidade. (CASTELLS, 2003, p. 14).

A internet levou um tempo muito menor para alcançar um número muito maior de usuários do que outras tecnologias, como a fotografia, o telefone, o rádio e a televisão. Estima-se que só no Brasil o número de usuários da internet chegue a 78,5 milhões. Somada a este número expressivo de usuários estão as funcionalidades da internet, o motivo verdadeiro pelo qual o número apresentado tem crescido algo em torno de 11%. (REUTERS, 2011).

A facilidade de comunicação, a troca de material de informação, a possibilidade de realização de pesquisas em documentos que até então só seria possível consultar tendo em mãos a sua versão física, bem como a convergência de meios de comunicação em massa, todos apontando para a internet (TV, Rádio, Impreso). Tudo isto tem proporcionado que a cada ano um número maior de pessoas busquem o acesso à rede atrás de entretenimento, comunicação, compras, e uma infinidade de serviços hoje por ela oferecidos.

Todo este incremento trouxe consigo benefícios dos mais diversos possíveis, mas ao mesmo tempo tem proporcionado um ambiente vulnerável à prática de ilícitos, penais e civis, capaz de gerar danos extraordinários, que serão suportados pelos usuários de uma maneira geral, bem como provocou mudanças significativas na sociedade, exigindo, desta forma, do Estado a elaboração de normas que regulem a utilização deste novo instrumento tecnológico, o que até o momento não fora feito, ao menos, de forma eficaz.

O livre acesso aos ambientes em rede, tais como as redes sociais, e a forma como estas se encontram estruturadas dão aos usuários a impressão de que estão a salvo de qualquer mal, vivendo como que em um mundo paralelo, onde a segurança é completa, seja ela contra atos criminosos, seja contra atos restritivos das liberdades constitucionais, como liberdade de associação e liberdade de

expressão. Todavia sabe-se que hodiernamente a má utilização destas tecnologias digitais têm provocado constantes violações a direitos, dentre eles os classificados como pertencentes à personalidade humana, como a honra, a imagem e a privacidade, que têm sido frequentemente alvos de “ataques”. Ataques estes, que além de fáceis, acabam sendo acobertados pelo anonimato que caracteriza o ambiente web.

Os atores desta “nova” sociedade que surge, e que utilizam diariamente estes instrumentos de tecnologia digital, convergindo na internet, na busca por oferecer mais segurança jurídica, têm se valido da criação de normas contratuais, termos de utilização, políticas de privacidade, *softlaw*, todas calcadas no exercício da autonomia privada, tentando desta forma suprir a ausência de uma normativa estatal, ou até mesmo, aproveitando desta ausência para cometer abusos.

A este processo deu-se o nome de autorregulação, que consiste na elaboração de regras pelos próprios interessados e partícipes, utilizando-se da liberdade contratual para o exercício regulatório, e do qual encontramos aguerridos defensores.

Sendo assim, o presente trabalho tem como condão analisar se a ausência de normas estatais que regulamentem a utilização da Internet pode, de fato, ser suprida pela autorregulação do meio. Também pode-se perguntar até que ponto isto seria possível, ou se seria mais interessante deixar a cargo do Estado a elaboração de um marco legal mínimo. Outra questão é a relacionada à defesa dos direitos da personalidade, tendo em vista a falta de um marco civil regulatório estatal. E por fim, poder-se-ia perguntar se a constante violação, bem como o mau exercício, dos direitos da personalidade na Internet deve-se ao fato de não haver uma regulamentação estatal.

Para tanto partir-se-á da contextualização do ambiente da pesquisa. No primeiro capítulo se reproduz o desenvolvimento da sociedade da informação, a partir das percepções de Daniel Bell até os relatos e reflexões de Armand Mattelart. Se perceberá que a construção desta nova forma de sociedade, que influenciará a construção de um novo paradigma, o da informação, é uma construção que não necessariamente está ligada ao desenvolvimento da internet, mas sim a um processo muito mais amplo em uma era pós-industrial.

Ainda neste capítulo será dito que apesar de não ser parte das fundações da sociedade da informação, a internet é sua mola propulsora, é o meio pelo qual a

sociedade da informação alcança seu potencial máximo. Tal efeito será compreendido a partir do conhecimento da história da internet e de sua função no mundo atual. Castells traz importantes contribuições para esta compreensão. Falar-se-á um pouco sobre as redes sociais de relacionamento, que ultimamente tem servido à difusão de ideias, à instalação do que Pierre Lévy chama de Ciberdemocracia, mas também serve aos interessados em espalhar falsas notícias, fotos não autorizadas, devassando a privacidade, seja de pessoas famosas ou não.

E por fim, um breve comentário sobre a relevância jurídica da utilização da internet, como a mudança da noção de espaço e tempo até então reconhecida. Lorenzetti se refere a um não-lugar-global para explicar esta inovação conceitual. (LORENZETTI, 2004a, p. 30).

No segundo capítulo se enfrenta o tema da autonomia privada, porém dando um maior enfoque ao exercício da mesma nas relações contratuais. No entanto, não se deixou de fazer um histórico do desenvolvimento da autonomia privada, desde sua versão oitocentista denominada autonomia da vontade, inspirada nos ideais iluministas, até o estado da arte em que se encontra o conceito de autonomia privada. Perpassando as sinonímias entre as expressões autonomia privada e autonomia da vontade, chega-se aos fundamentos constitucionais da primeira e a importância que a visão constitucionalizada desta liberdade tem para o desenvolvimento atual e futuro das relações contratuais.

O capítulo terceiro aborda a temática da autorregulação. Fala-se do conceito e das formas pelas quais a autorregulação pode se expressar, se com a participação do Estado que determina a mesma, ou sendo elaborada pela livre iniciativa de entes privados, tendo nesta última uma das expressões de utilização da autonomia privada nas relações contratuais. Todavia nem sempre a autorregulação será o melhor caminho, já que ao mesmo tempo em que oferece vantagens também apresenta riscos.

A autorregulação das relações privadas é lícita e caracteriza-se pelo exercício da autonomia privada contratual, desta feita, deverá então observar e respeitar todos os requisitos atinentes às relações contratuais, inclusive as cada vez mais constantes intervenções do Estado, o que levará à reflexão sobre a necessidade ou possibilidade de autorregulação da internet.

No quarto capítulo debruça-se sobre as questões que envolvem os direitos da personalidade. San Tiago Dantas vai se referir à estes como um atributo da própria

condição humana (DANTAS, 1979). O desenvolvimento da teoria acerca dos direitos da personalidade seguirá os passos do desenvolvimento da autonomia privada, tendo em vista que ambos são frutos do processo de repersonalização do direito civil, interpretado conforme os valores e preceitos constitucionais.

Os direitos da personalidade ao contrário dos direitos patrimoniais não gozam da mesma preocupação com a sua segurança que estes. Seus titulares os levam para onde for e sendo assim acabam por expô-los a situações de vulnerabilidade, que é justamente o que acontece a boa parte dos usuários de internet. Muitas vezes esta condição de vulnerabilidade é gerada por atos dos próprios usuários, mas não se pode deixar de relevar que boa parte da responsabilidade se deve à terceiros, que ilícitamente obtêm acesso à bens da personalidade, como dados pessoais, ou que licitamente fazem o mesmo, através da celebração de contratos. Exemplo desta última situação é o contrato de rede social.

Neste capítulo ainda se busca colocar frente a frente à autorregulação da internet e a regulação estatal, em uma clara preocupação com a defesa de direitos da personalidade.

À guisa de conclusão será apresentado o resultado das reflexões levantadas, a fim de se mostrar qual seria o melhor caminho a ser adotado, pensando sempre na perspectiva da melhor proteção ao indivíduo, sua dignidade, compreendido nesta os direitos da personalidade.

2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E SUA DINÂMICA

O ser humano tal qual se conhece e concebe-se hoje é fruto de um imenso e complexo sistema de mudanças, que vão desde mutações biológicas pelas quais ele passou, até mutações culturais, sendo estas últimas cada vez mais rápidas e freqüentes.

Odilon Roble (2008) enumera duas grandes mudanças no início da história da humanidade que fizeram com que o ser humano desse um salto com relação às outras espécies que habitam o planeta. A primeira delas, diz o autor, trata-se do fato do ser humano passar a andar sobre duas pernas. Tornar-se bípede proporcionou ao ser humano um maior campo de visão, facilitando assim a busca por alimentos e água, bem como a defesa contra qualquer tipo de ameaça. Além de ter liberado as mãos para que o mesmo pudesse explorar melhor sua motricidade, construindo assim ferramentas e armas.

A segunda grande mudança mencionada pelo autor é a mudança de comportamento do ser humano primitivo que deixou de viver isoladamente como um animal coletor, nômade, para constituir grupos, vivendo coletivamente, e posteriormente estabelecendo um local fixo para moradia. Neste momento observa-se a criação de relações sociais, no sentido de cuidado recíproco entre os membros do grupo, visando uma sobrevivência sadia de todos.

Deste breve histórico do início da convivência humana pode-se observar a principal característica do conceito próprio de sociedade, tal característica, a qual se refere é a convivência com outros seres de igual natureza com um objetivo comum. Trata-se apenas de uma parte do conceito de sociedade, sob o ângulo da Sociologia.

A convivência então, em sociedade, vai ao longo da história sofrendo várias modificações em virtude de diversos motivos, sem jamais perder seu elemento básico, que inclusive compõe a etimologia da palavra sociedade, que é a associação com outros. Porém não se pode negar que desde aquele momento de nascimento da sociedade humana até os dias atuais muita coisa mudou. A sociedade ganhou várias formas e títulos, de acordo com o momento histórico pelo qual passava. E o que se tem observado é que um dos fatores preponderantes nestas mudanças foi o surgimento de algum tipo de tecnologia. Por isso pode-se dizer de uma sociedade agrária, industrial e pós-industrial.

A chamada sociedade pós-industrial ganha um novo nome passando a ser intitulada “sociedade da informação”, sobre a qual se falará a seguir.

2.1 Histórico e evolução da sociedade da informação

A sociedade da informação debatida por alguns autores atualmente é fruto de uma construção de algumas décadas de estudos dedicados à compreensão da evolução da sociedade. Por este motivo o presente trabalho optou por destacar dois autores que contribuíram para a elaboração do conceito atual de sociedade da informação.

Importante frisar que ambos os autos escolhidos partem de premissas para tentar prever o que poderia vir a se tornar a sociedade do século XXI.

2.1.1 A sociedade pós-industrial analisada por Daniel Bell

Daniel Bell foi um sociólogo americano, professor da Universidade de Harvard, falecido em janeiro de 2011, sendo uma de suas principais obras *O Advento da Sociedade Pós-Industrial: uma tentativa de previsão social*, de 1973.

Já no prefácio desta obra ele afirma que a tese por ele apresentada no livro, de formação de uma sociedade por ele designada de *pós-industrial*, se concretizaria nos próximos trinta ou cinquenta anos. Explicando:

Como deixo bem claro, trata-se antes de tudo de uma mudança na estrutura social, mudança cujas consequências serão variáveis, de acordo com as diferentes configurações políticas e culturais. Todavia, como forma social, ela constituirá uma característica primordial do século XXI, nas estruturas sociais dos Estados Unidos, Japão, União Soviética e Europa Ocidental. (BELL, 1973, p. 10)

Para Daniel Bell a sociedade pós-industrial retrata uma mudança de valores na estrutura da sociedade, porém sem significar uma ordem social completa, pois que a diversidade política e cultural nos países que passam por esta transformação são mantidas. O que o conceito de sociedade pós-industrial verdadeiramente

sugere é a existência de um núcleo comum de problemas, dependentes em grande parte, do relacionamento entre a Ciência e a Política, e que terão de ser resolvidos por estas sociedades; as soluções, entretanto, poderão vir de diversas maneiras e para diferentes propósitos. (BELL, 1973, p. 142)

O autor estabelece de forma esquematizada a significação da sociedade pós-industrial da seguinte maneira:

1. Ela reforça o papel da Ciência e dos valores cognitivos, como necessidade institucional básica da sociedade;
2. Ao tomar decisões de maneira mais técnica, ela traz o cientista ou o economista mais diretamente para dentro do processo político;
3. Aprofundando as tendências já existentes, que levam à burocratização do trabalho intelectual, ela cria um conjunto de pressões para as maneiras tradicionais de definir os objetivos e valores intelectuais;
4. Criando e dando maior campo à *intelligentsia* técnica, ela suscita questões fundamentais, como referência às relações entre o técnico e o intelectual literário. (BELL, 1973, p. 60)

Fica claro que para Bell o conhecimento científico é essencial para que todas estas transformações ocorram. Mais do que isso, ele parte de uma observação, portanto a valorização do conhecimento no momento de sua observação já é crescente entre os países que analisa, especialmente os Estados Unidos.

Se se refere à uma sociedade que se desenvolverá por meio da valorização do conhecimento, é necessário ter em mente o que pode ser considerado como tal. Bell, então, afirma que “conhecimento é tudo o que chega a ser objetivamente conhecido, uma propriedade intelectual, associada a um nome ou grupo de nomes, e garantida por *copyright* ou por alguma outra forma de reconhecimento social (publicação, por ex.)” (BELL, 1973, p. 201).

Concluindo, afirma que a sociedade pós-industrial é uma sociedade do conhecimento, por dois motivos. O primeiro se deve ao fato de que boa parte das inovações são fruto do crescimento de pesquisas e desenvolvimento. Segundo porque o peso da sociedade, levando em consideração o crescimento do PNB (produto nacional bruto) e de empregos, recai cada vez mais sobre o campo do conhecimento (BELL, 1973, p. 241).

2.1.2 As Ondas de Alvin Toffler

Alvin Toffler é um escritor americano, considerado futurista, autor de vários livros entre eles *A terceira Onda*.

Neste livro Toffler propõe a divisão da história da sociedade em três fases de mudanças, que ele chama *ondas*. Na primeira delas descreve a mudança pela qual a sociedade passou com a descoberta da agricultura pelo homem, pois a mesma

possibilitou que este permanecesse em um local fixo. Já na segunda onda a sociedade sofre uma mudança pela força das máquinas da revolução industrial, afirmando o mesmo que ainda hoje há países passando por esta fase. Por fim a terceira onda, atual e gigantesca de acordo com a sua avaliação, que consiste na transição de uma economia baseada na força bruta presente na onda anterior, para uma economia baseada na inteligência, e que provocará mudanças não somente na economia dos países, mas também na cultura, nas relações institucionais, na política e até mesmo na moral.

Tais mudanças tem por base justamente uma maior distribuição de conhecimento para as pessoas, chegando até mesmo a questionar se diante de tantas perspectivas de mudança, como esta distribuição da inteligência acessível por milhares de usuários ao mesmo tempo, não enfraqueceria o Estado Totalitário, ou ainda, se isto não os faria capazes de burlar o governo (TOFFLER, 2001, p. 177).

Porém, uma análise interessante feita pelo autor leva em consideração a memória social.

As memórias, segundo Toffler, podem ser divididas em pessoais ou privadas, e compartilhadas. Segundo ele nossa memória social, que congrega conhecimentos diversos compartilhados com outros, obedecendo a divisão de ondas proposta por ele, passou pela fase em que a mesma estava presa à mente de anciãos, pois que não dispunham de outra forma para armazenamento de tantos conhecimentos. Sendo assim as informações eram passadas por meio das próprias pessoas, que contavam histórias, faziam canções. Neste sistema haviam prejuízos e benefícios. Os prejuízos decorriam da falibilidade da memória do ser humano, bastava que um ancião morresse para que todo aquele conhecimento ficasse fragilizado. As vantagens se mostravam que pelo fato de toda informação estar armazenada na mente humana ela mantinha-se viva, podendo ser reinventada a todo momento.

Na segunda fase (onda) a memória social foi reduzida à escrita. O registro do conhecimento passou a garantir, ao menos em parte, que este permaneceria “ad aeternum”. Porém, segundo o autor, haveria um prejuízo, o conhecimento se tornaria estático, já que bibliotecas e livros não pensam por si só.

Sugere então que na terceira fase a utilização do computador proporciona um aumento, quase incomensurável, da capacidade de armazenamento de informação, ao mesmo tempo em que mantém viva a memória social, tendo em vista que o

computador não somente armazena mas também processa as informações nele contidas.

Tal volume grandioso de informação, desde que classificado como conhecimento e não meramente informação, pode provocar uma série de mudanças na estrutura da sociedade, senão é isto exatamente o que se observa atualmente.

2.1.3 A história da Sociedade da Informação segundo Armand Mattelart

Professor de ciências da informação e da comunicação na Universidade Paris-VIII, Armand Mattelart é um sociólogo belga, autor de várias obras de destaque, entre elas *História da sociedade da informação*. Neste livro Mattelart (2002) aborda o desenvolvimento da sociedade da informação, lançando luzes sobre o que está por trás da construção desta sociedade.

Pensando-se em uma sociedade que tem por base a difusão de informação, podemos alcançar fatos históricos bem anteriores aos que foram preditos pelos dois autores anteriormente citados. Mattelart faz um caminho longo demonstrando que a origem da sociedade da informação que ora é estudada,

se deve à junção de diversos fatores históricos, que vão desde as reflexões do filósofo e matemático alemão, Leibniz, até Condorcet com seu projeto de língua de certeza geométrica. “A língua dos signos que o filósofo matemático propõe deve estar apta a ‘lançar sobre todos os objetos englobados pela inteligência humana um rigor, uma precisão que tornariam o conhecimento da verdade fácil, e o erro quase impossível” (Condorcet, 1794, p. 293 apud MATTELART, 2002, p. 27)

Mattelart em outra passagem de seu livro cita Michel Chevalier, economista, que por sua vez defende o investimento em comunicações, pois para ele esta seria a melhor forma de se promover a liberdade, “é fazer com que todos os membros da família humana participem da faculdade de percorrer e de explorar o globo que lhes foi dado como patrimônio [...]. É construir igualdade e democracia” (Chevalier, apud Mattelart, 2002, p. 33).

Paul Otlet é outro autor citado por Mattelart. Otlet unido a Henri La Fontaine, funda o Instituto Internacional de Bibliografia em Bruxelas em 1895, cujo objetivo era reunir em um só lugar toda a produção científica mundial. Paralelamente à criação do Instituto Otlet cria, em 1910, o Escritório central da União das associações

internacionais com a meta de estabelecer uma rede visando a reunião dos sistemas de unificação e de unidades em um sistema geral.

Porém, o que há de mais importante por trás da criação do Instituto bem como do Escritório é a intuição política “fazer do mundo inteiro uma única cidade e de todos os povos uma única família”(MATTELART, 2002, p. 45).

Para alcançar o objetivo ora proposto, a elaboração de uma rede de informações é crucial, dadas as distâncias geográficas que separam os países.

O conceito de rede já interage com a noção biomórfica de interdependência, tomada da linguagem do universo célula [Mattelart, 1999]. Não há nada de surpreendente então em que, quarenta anos depois de fundar o Instituto bibliográfico de Bruxelas, Otlet antecipe a idéia de rede das redes. Em seu livro-testamento, Tratado de documentação, o livro sobre o livro, ele expõe a arquitetura de uma “rede universal de informação e de documentação”. Uma rede que vincula centros produtores, distribuidores, usuários, de todos as especializações e de todos os lugares. A grande biblioteca é equipada com telas. Graças ao telescópio elétrico, o livro fonado permite que sejam “lidos em casa livros expostos na sala ‘teleg’ das grandes bibliotecas, pedindo-se com antecedência as páginas desejadas” (MATTELART, 2002, p. 46-47).

Já naquele distante ano Otlet foi capaz de premeditar a tecnologia da internet. Porém ainda não é o momento de descrever a propulsão da sociedade da informação por esta tecnologia, que será abordado em capítulo a parte. Antes dela é preciso lembrar que outras tecnologias promoveram o desenvolvimento da sociedade, tais como a prensa de Gutenberg. Contudo o desenvolvimento de uma tecnologia em especial pode ser considerado um marco: a energia elétrica.

Piotr Kropotkin, um russo, citado por Mattelart (2002), refletindo sobre o surgimento da energia elétrica, chega a afirmar que a mesma havia decretado o fim da civilização paleotécnica, que baseava seu modo de produção na mecânica e nas redes de indústria pesada. A sociedade construída por este modo de produção caracterizava-se pelas aglomerações de pessoas em grandes cidades. Tal análise leva a crer que,

A entrada na era neotécnica significa a libertação do potencial de flexibilidade e de ubiquidade inerente à eletricidade. Tendo por princípio a descentralização, aparecerá uma sociedade em que o reequilíbrio territorial andarà lado a lado com o reequilíbrio das condições sociais. A neotécnica verá o desenvolvimento da lei da “ajuda mútua” e do “apoio mútuo”, que é tão forte quanto a lei da luta pela vida e ao longo da história talhou a resistência das pessoas desfavorecidas. Também serão anuladas as fontes de injustiça e de desigualdade que são historicamente a divisão internacional do trabalho, a oposição hierárquica entre a cidade e o campo,

a indústria e a agricultura, entre as tarefas intelectuais e as manuais, entre o trabalho e lazer. (MATTERLAT, 2002, p. 48)

O surgimento da energia elétrica proporcionou o desenvolvimento de tecnologias que no futuro vieram a contribuir para o desenvolvimento e estabelecimento de uma verdadeira sociedade da informação de proporções mundiais.

2.2 Conceito de Sociedade da Informação

O desenvolvimento de uma sociedade por meio da busca incansável pela produção de conhecimento, porém não somente a produção, mas também a comunicação deste mesmo conhecimento, somados ao interesse de muitos pela criação de uma sociedade que pudesse ser chamada universal, independentemente do interesse que o motiva, levará ao conceito de Sociedade da Informação que tem-se atualmente.

Contudo, antes de se analisar o conceito há a necessidade de se esclarecer quanto à terminologia utilizada. Em 2005, a UNESCO divulgou nota criticando a utilização da expressão 'sociedade da informação' referindo-se ao conceito de 'sociedade do conhecimento'. Para a UNESCO "A Sociedade do conhecimento contribui para que o indivíduo se realize em sua realidade vivencial. Compreende configurações éticas e culturais e dimensões políticas."; enquanto a Sociedade da informação "está limitada a um avanço de novas técnicas devotadas para ao, almoxarifar e transferir, o que pode ser uma massa de dados indistintos para aqueles que não tem as competências necessárias para se beneficiarem deste tecnoespaço."(UNESCO, 2005).

Não obstante, a confusão entre a conceituação de ambos os termos, a expressão 'sociedade da informação' é recorrentemente utilizado pelas mídias sociais e até mesmo adotado por governos de diversos países, a qual também adota-se neste trabalho.

Entre os autores que buscam um conceito para a sociedade da informação está Javier Echerreivia (apud GOUVEIA, 2004, p. 1) afirmando que:

A Sociedade da Informação está inserida num processo pelo qual a noção de espaço e tempo tradicional estão em transformação pelo surgimento de um "espaço virtual", transterritorial, transtemporal, que formará uma tele-

cidade, numa tele-sociedade que sobreporá mesmo aos Estados clássicos criando novas formas de inter relações humanas e sociais, ainda que por vezes ocorram conflitos neste processo de informação.

Já para Noam Chomsky (apud GOUVEIA, 2004, p. 2) a Sociedade da Informação é:

Fruto da globalização econômica, a fim de promover maior circulação de capital e informação nas mãos de grandes grupos empresariais, que são os arquitetos da sociedade global. Neste sentido, a sociedade da informação serve a uma classe que deseja defender suas posições de poder sobre os mercados, defendendo a idéia de liberdade de comercializar (...).

Por fim, Castells (apud GOUVEIA, 2004, p. 2) define a Sociedade da Informação,

como um conceito utilizado para descrever uma sociedade e uma economia que faz o melhor uso possível das Tecnologias da Informação e Comunicação no sentido de lidar com a informação, e que toma esta como elemento central de toda atividade humana.

O Livro Verde para a Sociedade da Informação de Portugal, afirma que a mesma consiste em:

um modo de desenvolvimento social e econômico no qual a aquisição, armazenamento, processamento, valoração, transmissão, distribuição e disseminação da informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas, desempenham um papel central na atividade econômica, na geração de riqueza, na definição da qualidade de vida dos cidadãos e de suas práticas culturais.(PORTUGAL, 1997, p. 7)

Os conceitos citados contribuem, cada um em parte, para a construção de uma ideia ampla do que venha a ser a 'sociedade da informação', ou seja, uma sociedade que utiliza-se das melhores tecnologias da informação e comunicação para distribuir conhecimento como insumo de uma nova economia. E que tem como consequência a formação de ambientes virtuais que proporcionam o surgimento de novos modos de relacionamento; e também a possibilidade de ser utilizada como meio para grandes grupos empresariais alcançarem melhores resultados econômicos, sob o discurso da liberdade proporcionada pelas tecnologias mencionadas.

A fim de ser evitar um equívoco comum, é importante salientar que apesar da constante associação do conceito de sociedade da informação ao uso de novas tecnologias, esta não é o objeto principal desta nova sociedade, tendo como seu objeto principal a informação. CASTELLS (2005) afirma que a tecnologia não determina a sociedade, e nem a sociedade determina a inovação tecnológica, apenas utilizando-a.

2.3 Sociedade da Informação no Brasil

A Sociedade da Informação no Brasil tem sido forjada como em outros países, seguindo de maneira geral os mesmos moldes, qual seja, investimento em pesquisa e desenvolvimento e em tecnologias da informação e comunicação.

Contudo no Brasil encontra-se um cenário cultural e econômico imensamente diversificado, o que acaba por levantar a necessidade de um plano estratégico para consolidação da Sociedade da Informação que privilegie esta diversidade com o devido cuidado para não acentuá-la .

Pensando desta forma foi que no ano 2000 o Ministério da Ciência e Tecnologia apresenta como fruto do Programa Sociedade da Informação, o Livro Verde para a Sociedade da Informação no Brasil. Neste livro são percebidos os objetivos e os desafios, que deverão ser alcançados e enfrentados pela sociedade brasileira nos anos seguintes à sua publicação.

O Programa apresentado no Livro Verde tinha como objetivos contribuir para:

- A construção de uma sociedade mais justa, em que sejam observados os princípios e metas relativos à preservação de nossa identidade cultural, fundada na riqueza da diversidade;
- A sustentabilidade de um padrão de desenvolvimento que respeite as diferenças e busque o equilíbrio regional;
- A efetiva participação social, sustentáculo da democracia política.(BRASIL, 2000, p. 6)

Para alcançar os objetivos aos quais se propôs o programa previa ações em sete linhas diferentes, são elas: Mercado, trabalho e oportunidades; Universalização de serviços para a cidadania; educação na sociedade da informação; conteúdos e identidade cultural; governo ao alcance de todos; P&D (pesquisa e

desenvolvimento), tecnologias-chave e aplicações; e infra-estrutura avançada e novos serviços.

Tal projeto é extremamente interessante para o desenvolvimento do país, mas principalmente para adaptação da sociedade às velozes mudanças impostas pela difusão da sociedade da informação mundo afora.

A velocidade com que estas mudanças ocorrem fizeram com as pessoas fossem se adaptando automaticamente às mesmas, sem contudo refletir sobre as consequências trazidas por elas. Os avanços proporcionados pela implementação das TIC's (tecnologias da informação e comunicação) tem causado certo frenesi em boa parte da população, que observa a concretização de ideias pertencentes antes somente aos textos de ficção científica. Toda essa "fascinação quase infantil" não pode, de forma alguma, impedir que se reconheça os problemas que toda esta evolução pode trazer.

Como já destacada anteriormente a diferença cultural dentro do território brasileiro é imensa. Pessoas que não foram alfabetizadas direito estão sendo incentivadas a entrarem no mundo virtual, a aderirem a uma nova forma de convivência. Percebe-se o perigo, a título de exemplo, quando avalia-se a escrita do internauta, os erros de português são recorrentes, muitas vezes erros básicos, que não se confundem com a linguagem de internet. Seguindo esta toada a informação corre um sério risco de não se transformar em conhecimento.

A urgência em se educar para a sociedade da informação pode ser observada a partir dos dados numéricos, como o ISI – Indicador da Sociedade da Informação. Este indicador leva em consideração dois componentes básicos, Tecnologia da Informação e Comunicação e Ambiente da Sociedade da Informação. Partindo destes elementos básicos analisa-se uma série de fatores, como a utilização e disponibilidade de computadores, o desenvolvimento do comércio eletrônico, a inserção de serviços de comunicação móvel, bem como se há por parte do governo e da iniciativa privada um incentivo à implementação da Sociedade da Informação.(ESTUDO...2011).

Da análise dos dados apontados pelo ISI Brasil em 2010, pode-se perceber que o crescimento da utilização de novas tecnologias da informação e comunicação no Brasil tem crescido vertiginosamente ano a ano. Cada vez mais pessoas tem tido acesso linhas telefônicas móveis, no final do ano de 2010 eram 991 aparelhos por mil habitantes. O mesmo acontece com o número de usuários da internet, calculado

em 419 usuários/pessoas.(ESTUDO...2011). Fala-se em democratização do acesso à internet, apenas como um dos componentes da sociedade da informação, porém é importante educar antes, preparar o usuário brasileiro para ter acesso à este novo mundo.

A análise empreendida também levar em consideração os avanços alcançados pelo Brasil. O mesmo índice aponta que o Brasil conseguiu superar no quarto trimestre de 2010 a média ISI latino-americana, isto pelo terceiro ano seguido.

2.4 Internet: a mola propulsora da sociedade da informação

Há um discurso recorrente quando se fala da sociedade da informação, de que a mesma está ligada intimamente ao desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação, chegando até mesmo a dizerem que há uma relação de dependência entre as duas, e já fora mostrado que esta afirmação não é correta. Contudo não se pode negar que com o advento de novas tecnologias da informação e comunicação o desenvolvimento da sociedade da informação ganhou muito mais força em um curto espaço de tempo. Entre estas novas tecnologias podemos destacar a internet, hoje a principal força motriz desta sociedade.

2.4.1 Breve histórico

A internet como a conhecemos hoje é um desdobramento de pesquisas que se iniciaram ainda na década de 60, quando o governo norte-americano criou a *Advanced Research Project Agency* – ARPA – com o objeto de desenvolver pesquisas na área militar. Dentro de um dos departamentos da ARPA surgiu o IPTO (*Information Processing Techniques Office*) que foi o verdadeiro responsável pela criação da ARPANET, uma rede de comunicação por computadores. Inicialmente fora dito que a ARPANET havia sido criada com o objetivo de interligar vários centros de computadores e grupos de pesquisa ligados à agência, afim de compartilharem tempo de computação.

Isto se justificava pelo alto custo de se manter centros de computadores, pois a capacidade de processamento de informações era muito baixo, mas estando os

mesmos interligados on-line esta capacidade aumentaria. Mas principalmente o sistema de rede permitia a comunicação entre os usuários.

Foram desenvolvidas inúmeras pesquisas, não somente pela ARPA/IPTO, mas também por Universidades, que também criaram suas redes de computadores próprias, como por exemplo a Universidade da Califórnia em Los Angeles e a Universidade de Utah.

Com o passar dos anos a ideia era interligar todas estas redes independentes e formar uma única grande rede. Para isso seria necessário padronizar os protocolos de comunicação utilizados por estas redes, foi quando em 1978 pesquisadores da Universidade da Califórnia do Sul criaram o protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*), utilizado até hoje.

Neste movimento, a ARPANET mudou de agência, ficando agora, em 1975, sob a administração da *Defense Communication Agency* (DCA). Esta agência cria, em 1983, uma rede apenas para utilização militar, a MILNET, liberando a ARPANET para pesquisa, agora com o nome ARPA-INTERNET. Sendo que em 1984 a *National Science Foundation* (NSF) criou sua própria rede, a NSFNET, porém utilizando-se da infra-estrutura da ARPA-INTERNET.

Seguindo esta sucessão de fatos, em 1990, a ARPANET é retirada de operação, o que significava a mudança de um ambiente militar para um ambiente civil. Tendo sido, inicialmente, a NSF a responsável pela governança da Internet, porém este período foi curto, já em 1995 a NSFNET foi extinta deixando assim livre o caminho para a administração privada da internet, com o surgimento de diversos provedores de acesso.

Concomitantemente aos fatos narrados, em diversas partes dos EUA e do mundo, foram surgindo pesquisas com aplicações em rede de computadores. Daí vão surgir a *world wide web* (www), os primeiros navegadores, FTP (*File Transfer Protocol*), entre tantas outras aplicações.

O implemento da internet no Brasil foi em 1988 por meio de estudantes que estavam nos Estados Unidos, e que ao retornarem ao país sentiram falta do intercâmbio entre instituições científicas proporcionado pela utilizada da rede.

A FAPESP (Fundação de amparo a pesquisa do estado de São Paulo) carregou a implementação da internet no Brasil, inaugurando o serviço oficialmente em 1989.

O IBASE (Instituto brasileiro de análises sociais e econômicas) assinou, em 1992, um convênio com a Associação para o Progresso das Comunicações para integrar as ONG's à rede. O presente convênio foi alterado ainda em 1992, tendo sido criada a Rede Nacional de Pesquisa pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, contando a partir daí com uma estrutura física.

Em 1995 é liberada a criação de provedores de acesso privados, proporcionando a operação comercial da internet no Brasil.

Inicialmente, coube à própria FAPESP o registro de sites, sendo que esta função permaneceu com ela durante alguns anos. Somente com a criação do Comitê Gestor da Internet no Brasil é que a FAPESP deixou de operar este registro (FINKELSTEIN, 2008).

2.4.2 Internet: a sociedade em rede

A Suprema Corte americana (1997) assim definiu a internet:

The Internet is an international network of interconnected computers. It is the outgrowth of what began in 1969 as a military program called "ARPANET," which was designed to enable computers operated by the military, defense contractors, and universities conducting defense related research to communicate with one another by redundant channels even if some portions of the network were damaged in a war. While the ARPANET no longer exists, it provided an example for the development of a number of civilian networks that, eventually linking with each other, now enable tens of millions of people to communicate with one another and to access vast amounts of information from around the world. The Internet is "a unique and wholly new medium of worldwide human communication."¹

Por sua vez o Superior Tribunal de Justiça brasileiro assim definiu a *world wide web* (www):

A world wide web (www) é uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na *internet*, divulgadas

¹ A internet é uma rede internacional de computadores interligados. Trata-se de uma expansão do que se iniciou em 1969 como um programa militar chamado "ARPANET", o qual foi criado para permitir que computadores controlados pelas forças militares, fornecedores da área de defesa, e universidades que conduziam pesquisas na área de defesa relacionadas à comunicação uns com os outros por via de canais redundantes, mesmo que algumas partes da rede fossem danificadas em uma guerra. Embora a ARPANET não tenha tido uma existência longa, ela serviu como exemplo para o desenvolvimento de várias redes civis que, eventualmente ligadas umas as outras, permitem agora que dezenas de milhões de pessoas se comuniquem umas com as outras e acessem um vasto número de informações ao redor do mundo. A internet é o único e inteiramente novo meio de comunicação global dos seres humanos. (Tradução livre).

por intermédio das incontáveis páginas de acesso (*webpages*). (BRASIL, 2011).

As duas cortes de justiça destacam a característica de rede ao definirem a internet e a *www*. Em uma definição resumida pode-se dizer a internet é uma rede de computadores a nível mundial.

Gilberto Dupas (2001), citando Castells, faz uma análise desta sociedade em rede que está sendo criada, afirmando que nesta nova era, a era da informação, funções e processos são organizados em forma de redes. Explica que rede nada mais é que uma série de nós interconectados, e que por sua vez nó é o ponto onde várias linhas se encontram, daí exemplifica:

São redes os fluxos financeiros globais; a teia de relações políticas e institucionais que governa a União Européia; o tráfico de drogas que comanda pedaços de economias, sociedades e Estados no mundo inteiro; a rede global de novas mídias, que define a essência da expressão cultural e da opinião pública (DUPAS, 2001, p. 42).

Esta tem sido a nova dinâmica social, ou seja, atuar em rede deixa de ser apenas uma estratégia, e passa a ser uma necessidade. A propósito desta mudança de paradigma social, Barry Wellman afirma que as comunidades desta nova era são na verdade redes de relações interpessoais, que proporcionam sociabilidade, apoio, informação, um senso de integração e identidade pessoal (WELLMAN, 2001).

A internet tem proporcionado que comunidades distantes geograficamente possam se sentir bem próximas, devido ao fato da comunicação, seja por texto, voz, ou até mesmo vídeo, ser instantânea. A vida agora é vivida em rede, não interessa apenas saber o que acontece no local onde se vive, é importante saber o que acontece do outro lado do mundo. Ao mesmo tempo que se deseja que todos saibam o que cada um está fazendo no momento.

Vale dizer que entramos no mundo da dromocracia. Informa Eugênio Trivinho que,

O conceito de dromocracia, cunhado por Virilio, em 1977, num contexto de discussão sobre as relações entre campo político e campo bélico no âmbito da história ocidental, refere-se a uma dinâmica societária subordinada ao imperativo da velocidade. Como tal – dromos, prefixo grego, significa rapidez, agilidade –, o conceito abrange as profundas mudanças por que a vida humana tem passado nas últimas décadas, em função da aceleração tecnológica levada a cabo em todos os setores (esfera da produtividade,

mercado de trabalho e de consumo, comunicação, urbanização, modelos e modismos, relacionamentos e assim por diante) (TRIVINHO, 2009, p. 160).

Na velocidade da inovação tecnológica é que as pessoas precisam se relacionar. Há um grande risco das relações não serem mais permanentes, dos objetos se tornarem descartáveis, da vida se tornar fugaz. Gilberto Dupas (2001) faz um alerta acerca da velocidade que as novas tecnologias empregam na elaboração de novos produtos, que são lançados nos mercados sob às luzes de propagandas que pregam a aquisição destes novos produtos, propagandas estas que se difundem em questão de segundos, seja pela TV, pelos jornais, mas principalmente pela internet e pelo celular.

O telefone celular e a internet, símbolos da interconectividade, passam a ser condição de felicidade. O homem volta a ser rei exibindo a sua intimidade com a mercadoria ou identificando-se com os novos ícones, os heróis da mídia eletrônica transformados eles mesmos em mercadoria ou identificados com marcas globais. Essa relação atinge momentos de excitação fervorosa, de transe religioso e de submissão, como o observar encantado do brilho intenso e das propriedades mágicas de um celular ou de um herói da TV. (DUPAS, 2001, p. 53)

Esta nova sociedade muda seus valores, não passa de série de espetáculos. Dupas afirma que a vida direta passa agora a ser mera representação. Tudo deve ser um espetáculo, sendo este novo modelo de vida dominante da sociedade. E continua:

A primeira fase da dominação da economia sobre a vida social acarretou uma degradação do “ser” para o “ter”. Em seguida, operou-se um deslizamento generalizado do “ter” para o “parecer-ter”. Na atual situação das grandes massas excluídas da sociedade global só resta o “identificar-se-com-quem-parece-ser-ou-ter” por meio do espetáculo, sequer ao vivo, mas “visto-a-distância” através das mídias globais que lhes oferecem exibições instantâneas de todos os tipos e partes do mundo. (DUPAS, 2001, p. 52)

A internet é hoje o grande veículo de auto exposição. Todos podem ter seus pequenos momentos de celebridade em um vídeo postado no Youtube e disponibilizado para que o mundo inteiro possa ver. Redes sociais tem multiplicado o número de seus usuários todos os anos, em um crescimento incomparável com qualquer outro setor. Os usuários destas redes aproveitam os recursos disponibilizados pelo serviço para expor seus pensamentos, fotos de festas que frequentaram, vídeos da família, em resumo, expõem suas vidas por completo.

A liberdade tem sido considerada como a grande conquista deste novo mundo em rede virtualizado. Castells ao falar sobre a liberdade que caracteriza a internet afirma que “Isso não está na natureza da internet: isso é a própria internet, como projetada por seus criadores iniciais.”(CASTELLS, 2003, p. 139)

2.4.3 Função da internet no mundo atual

Quando da criação da internet, em suas primeiras versões, não era declarado o objetivo, além é claro de gerar uma interconectividade de computadores. Como já fora dito anteriormente a intenção “era otimizar o uso de recursos computacionais caros mediante compartilhamento de tempo on-line entre centros de computação.” (CASTELLS, 2003, p. 20). Porém, com todos os investimentos realizados na área, inclusive com o subsídio do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América (EUA) para tentar privatizar a internet na década de 80, o custo rapidamente alcançou baixos índices, não sendo então mais necessário o compartilhamento de tempo de computação.

O que não deixa dúvidas é que a internet foi gerada em universidades, centros de pesquisa, que, embora, haja um fundo de interesse militar no início, ela logo extrapolou estes interesses, dado o grande envolvimento de instituições não militares. CASTELLS afirma:

Em suma, todos os desenvolvimentos tecnológicos decisivos que levaram à internet tiveram lugar em torno de instituições governamentais e importantes universidades e centros de pesquisa. A Internet não teve origem no mundo dos negócios. Era uma tecnologia ousada demais, um projeto caro demais, e uma iniciativa arriscada demais para ser assumida por organizações voltadas para o lucro (CASTELLS, 2003, p. 23).

A confirmar esta afirmativa CASTELLS relembra que o diretor do IPTO fez uma tentativa de privatização da ARPANET em 1972, oferecendo-a completamente montada e em funcionamento para a AT&T, companhia telefônica americana, que, para o bem do mundo, recusou a proposta.

Lawrence Lessig, assim como outros autores, informa que a internet fora desenvolvida para a pesquisa universitária e não para o comércio (LESSIG, 1999, p. 25).

Partindo desta premissa, de que a internet fora desenvolvida essencialmente para a pesquisa, chega-se a conclusão de que hoje ela ganhou um espectro de atuação muito maior do que o originalmente pensado. Se na sua origem ela não foi programada para o comércio, hoje o que temos é aplicação da mesma principalmente para este fim.

O *site* e-commerce divulga com frequência os dados sobre o comércio eletrônico no Brasil, e para se ter uma ideia de como foi a evolução do mesmo no país, veja o gráfico abaixo:



Contudo, não se pode afirmar que seus fins originais foram perdidos, muito pelo contrário, hoje ela conta com ferramentas de pesquisa poderosíssimas, como Google, além de inúmeras bibliotecas e museus, de várias partes do mundo, que disponibilizaram seus acervos digitalizados na internet.

Além do comércio, a internet tem sido utilizada em larga escala para a manifestação do pensamento, sem barreiras, como dizem André Lemos e Pierre Lévy:

As mídias interativas, as comunidades virtuais e a explosão da liberdade de expressão trazidas pela Internet abrem um novo espaço de comunicação, inclusivo, transparente e universal, que é levado a renovar profundamente as condições da vida pública no sentido de uma maior liberdade e responsabilidade dos cidadãos (LEMOS; LÉVY, 2010, p.33).

O ser humano é agora emancipado, livre para expressar suas ideias sem depender das mídias de massa. Para tanto ele se utiliza de *sites, blogs, microblogs*, redes sociais, entre outras tantas ferramentas disponíveis.

Especial atenção tem sido dada atualmente às interações ocorridas via redes sociais. A maior delas, o Facebook, registrou no ano de 2010, 600 milhões de usuários. Outro dado, de certa forma assustador, é o que se refere ao número de informações compartilhadas por estes usuários. São 30 bilhões de itens, entre fotografias, vídeos, comentários, notícias (ROTHMAN, 2011).

E este volume refere-se apenas a uma rede social específica. Em um estudo divulgado no último ano, dois pesquisadores avaliaram a capacidade de armazenamento de informação do ser humano por meio de diversos tipos de dispositivos. O resultado foi que a humanidade foi capaz de armazenar 295 trilhões de *megabytes* e comunicar quase dois quadrilhões de *megabytes*, isto apenas no ano de 2007.

Os tipos de dados compartilhados variam desde futilidades, informações triviais sobre o dia-a-dia das pessoas, até opiniões sobre questões políticas. O que importa é que a pessoa se sente livre na internet para compartilhar o que ela bem entender. Há efeitos claramente positivos como bem salienta CASTELLS,

Esta cultura estudantil adotou a interconexão de computadores como um instrumento da livre comunicação, e, no caso de suas manifestações mais políticas (Nelson, Jennings, Stallman), como um instrumento de libertação, que, junto com o computador pessoal, daria às pessoas o poder de informação, que lhes permitiria se libertar tanto dos governos quanto das corporações. (CASTELLS, 2003, p. 26)

Mas, há também efeitos negativos desta liberdade, pois o número de incidentes envolvendo questões raciais, religiosas, e de opção sexual, ainda são muito grandes. Ao que tudo indica, as pessoas, influenciadas por esta liberdade, sentem-se a vontade para expressar sua opinião de forma agressiva, promovendo até mesmo apologia de violência contra negros, nordestinos, judeus, católicos e protestantes, além é claro de homossexuais.

Dados do Safernet (2011), que trabalha com número de denúncias, apontam que no período de dezembro de 2010 comparado com o mesmo mês de 2011, houve um aumento 481,4% no número de denúncias referente à racismo, e 72,2% nas denúncias de homofobia. O *site* atingiu o número absoluto de denúncias de

4.262, em apenas um mês. Boa parte destas denúncias partem de fatos acontecidos nas redes sociais.

2.4.4 As redes sociais de relacionamento

Dada a utilização em massa pela população mundial e brasileira, as redes sociais tem sido objeto de pesquisas por diversas áreas do conhecimento, dentre elas a de ciências jurídicas. Tanta importância é resultado dos dados apresentados anteriormente. O número de informações compartilhadas é imenso, e o tipo de informação é bem variado como se disse.

Antes se faz necessário entender melhor o que são as redes sociais. Para tanto pode-se tentar compreendê-la sob diversos aspectos. Tecnicamente a rede social é uma estrutura composta por indivíduos e grupos dentro de um determinado espaço e que estão conectados a partir de uma certa diversidade de vínculos, que podem ser familiares, profissionais, pessoais. Em termos estruturais as redes sociais possuem dois elementos básicos, os pontos nodais, que são representados pelos próprios indivíduos integrantes da rede, e os vínculos que são as relações estabelecidas entre eles (BASSO; POLIDO, 2008, p. 446-447).

Seu funcionamento baseia-se no armazenamento de informações privadas e na comunicação, por intermédio de um *software* social. Partido daqui pode-se definir as redes sociais “como serviços de aplicação de internet que estruturam o gerenciamento de informação, identidade e relacionamento de usuários a partir de vínculos hipertextuais e sociais.” (BASSO; POLIDO, 2008, p. 448).

O surgimento de redes sociais baseadas na internet surgem quase que ao mesmo tempo da primeira onda de popularização da internet, ou seja, na metade da década de 90. E surgem exatamente como estão hoje, como mais uma opção de serviço a ser oferecido para os usuários da internet.

Tudo indica que a primeira rede social a ser oferecida como serviço para os usuários da internet foi o *site SixeDegrees.com*, em 1997. O objetivo desta rede social era comprovar a teoria dos graus de separação, experimentada na década de 60 pelo sociólogo Stanley Milgram (RECUERO, 2004). Seu maior problema foi exatamente não oferecer mais nada além da comunicação entre seus usuários.

Nos anos seguintes surgiram várias redes sociais, como Friendster, Gazzag, Peepsnation, Friendsurfer, Plink, entre outras. Algumas ganharam destaque como o

MySpace da Microsoft, o Orkut, posteriormente adquirido pela Google, e por último o Facebook. A grande maioria delas parte da ideia principal de conectividade entre amigos e pessoas que possuem interesses em comum, mas pode-se observar algumas segmentações de acordo com os interesses dos potenciais usuários, como por exemplo, o LinkedIn, que possui características voltadas para o mundo corporativo, buscando reunir pessoas por interesses profissionais em primeiro lugar.

No Brasil, mais especificamente em Minas Gerais, há uma iniciativa por parte da seção da Ordem dos Advogados do Brasil neste estado, que é a ADV5, que busca colocar em rede os advogados, mas é também aberta aos estudantes de direito, serventuários da justiça, entre outras pessoas ligadas ao mundo jurídico.

Os serviços oferecidos pelas mais diversas redes sociais são gratuitos para os usuários. Contudo, estes alimentam seus perfis com informações, como interesses por determinado tipo de música, por algum tipo de bebida, comida, viagens, livros, entre outros. Todas estas informações podem ser utilizadas pela empresa que administra a rede social para captar possíveis anunciantes. A tecnologia por trás desta ideia é extremamente complexa, porém, capaz de indicar preferências de cada usuário da rede.

As informações postadas pelos usuários passa então a valer muito, acabando por ser então, a rede social, não um serviço gratuito, mas sim baseado na troca. A empresa fornece uma série de serviços, como comunicação e armazenamento de dados, e em troca o usuário autoriza a utilização de suas informações postadas pela empresa.

A utilização de informações dos usuários é questão bastante controversa, pois esbarra na esfera da privacidade. Todos os serviços de redes sociais disponibilizados hoje possuem dentro de seus termos de serviço uma política especificamente voltada para a privacidade. Nestas políticas estão inseridas as regras de como eles poderão utilizar as informações postadas pelo usuário.

A título de exemplo, veja como está prevista a permissão para utilização de informações na política de privacidade do Facebook:

Conceder essa permissão para nós não só permite fornecer o Facebook tal como é hoje, mas também permite fornecer recursos e serviços inovadores que desenvolveremos no futuro que usarão as informações que recebemos sobre você de novas maneiras.

Embora você esteja nos permitindo usar as informações que recebemos sobre você, você sempre será o proprietário de todas as suas informações. Sua confiança é importante para nós, e é por isso que não compartilhamos informações sobre você com outros a menos que tenhamos:

- recebido sua permissão;
- notificado você, informando-o nesta política, por exemplo; ou
- removido seu nome ou outras informações de identificação pessoal do site. (FACEBOOK, 2010)

A forma como estes termos são elaborados passa para o usuário a segurança aparente, de que o mesmo possui total controle sobre as informações que disponibiliza, porém se analisar mais detidamente o termo de serviço, conjugando com todos os outros documentos relacionados, perceberá que está, na verdade, doando suas informações para o Facebook e este poderá fazer uso, quase que indiscriminado das mesmas.

Apesar desta avaliação, é sabido que a maior parte dos usuários de qualquer rede social de relacionamento na internet não dedica um tempo para ler os termos de serviço, até mesmo porque tais documentos são longos, com uma linguagem nem sempre acessível a primeira vista, o que dificulta para alguém que deseja agilidade, velocidade, ter acesso às informações necessárias. Efeito da era da dromocracia, como exposto anteriormente.

O desejo criado por estar em rede leva o usuário a confiar nos termos de uso, sem nem mesmo ter lido este. Isto eleva à empresa que administra a rede social, inclusive, à um status de “xerife” da rede. Boa parte dos usuários depositam na empresa a confiança de que esta irá punir usuários que praticarem algum tipo de ato que seja considerado ilícito ou até mesmo imoral. Maristela Basso e Fabrício Polido expõem:

Não raro redes de relacionamento social promovem a ideia de que normas próprias (autônomas) de exclusão dos usuários seriam efetivas e observadas pela empresa ofertante dos serviços quando verificada ocorrência de determinados fundamentos de ilicitude de atividades no espaço virtual, tais como má conduta, má utilização das ferramentas, divulgação de perfis falsos e armazenamento de conteúdo ilícito. (BASSO; POLIDO, 2008, p.451)

Contudo, já está demonstrado que estes termos na verdade protegem em primeiro lugar os interesses das empresas envolvidas. Continuando no exemplo do Facebook, em outubro de 2011, Emil Protalinski, crítico de tecnologia, publicou em seu blog uma disputa envolvendo o Facebook e um grupo Austríaco chamado

Europa. Nesta disputa o grupo exige, por parte do Facebook, o cumprimento de uma norma de proteção de dados britânica, que dá ao usuário o direito de receber todos os dados relacionados a ele publicados na rede social, e dentro de um prazo de 40 dias. O que não foi cumprido pelo Facebook de forma adequada.

O mesmo grupo nesta ocasião divulgou uma lista de 22 reclamações recorrentes contra o Facebook, entre elas o fato do Facebook se utilizar do sistema *opt-out* para ter o consentimento dos usuários para utilização de determinadas informações. Este sistema, proibido na Europa, leva em consideração uma presunção de autorização do usuário, caso ele não queira que certa informação seja utilizada ou disponibilizada pelo Facebook ele deve acessar o sistema e dizer que não deseja.

Outra reclamação é com relação às frequentes alterações que o Facebook faz em suas políticas de serviço, sem contudo informar de forma clara e objetiva seus usuários, e nem mesmo lhes solicitar o consentimento para a mesma.

Como se viu, embora muitos proclamem a liberdade promovida pelo uso de novas tecnologias digitais, entre elas a internet, a tal liberdade a que se referem é bem relativa. Ao que tudo indica a libertação é somente com relação ao Estado, visto que, não só no Brasil, mas no mundo afora, as relações mantidas via internet estão desprovidas de regulação própria, ficando os usuários sujeitos à autorregulamentação, impostas pelos grandes conglomerados da comunicação digital.

2.5 Reflexos da utilização da internet no sistema jurídico

Ao tratar da sociedade da informação fora citado um conceito dado por Javier Echeverría (apud, Gouveia, 2004) que dizia que a sociedade está inserida num processo pelo qual a noção de tempo e espaço tradicional estaria sendo revista, pois que surgira um “espaço virtual”, desapegado do território, ou seja, transterritorial, e também transtemporal. Pois então, tendo tal premissa como verdadeira, não restará ao Direito outro caminho senão a sua própria transformação, ao menos em parte, visto que a norma está intimamente ligada àquela noção de tempo e espaço tradicional.

A internet, e toda a tecnologia que converge a ela, tem sido a grande responsável pela transformação de conceitos praticamente dogmáticos, como o são

o tempo e o espaço. A este novo espaço tem-se chamado de “ciberespaço”, expressão esta retirada da obra de William Gibson, *Neuromancer*, de 1984.

Este novo espaço possui características muito próprias. Ele é autônomo, tendo em vista que funciona segundo regras de um sistema autorreferente. É também pós-orgânico, pois que não é composto por átomos, mas sim bits. E ainda segundo LORENZETTI,

Tem uma natureza “não territorial” e comunicativa, um “espaço-movimento”, no qual tudo muda a respeito de tudo, ou seja, o “espaço virtual” não é sequer assemelhado ao espaço real, porque não está fixo, nem é localizável mediante o sentido empírico como, por exemplo, o tato (LORENZETTI, 2004a, p. 30).

O mesmo autor continua a caracterizar este espaço afirmando que este produz um efeito de desterritorialização e descentralização, pois não possui uma autoridade que possa ser considerada central. Bem como se trata de um “*não-lugar-global*”, pois além de contar com a despersonalização do indivíduo, não interessando sua identidade, conta também com a transnacionalidade e atemporalidade (LORENZETTI, 2004a, p. 31).

Com relação ao tempo observa-se a mesma transformação. O ser humano, ao longo dos séculos, foi educado conforme o relógio. Sempre houve um dia, onde se trabalha e estuda, e uma noite, onde se descansa. Hoje, porém, neste espaço virtual, não há mais noção de dia e noite, pode-se trabalhar em qualquer horário, bem como realizar outras atividades, pouco importa o relógio.

Questão interessante é levantada por Patrícia Peck:

Se entendermos que a Internet é um lugar, então muitas questões do Direito devem ser redesenhadas, uma vez que o território ou jurisdição deveria ser a própria Internet. Se entendermos que a Internet é um meio, então voltamos a ter de resolver a questão da territorialidade para aplicação da norma, já havendo como referência a atuação do Direito Internacional. Se a Internet é um meio, como é o rádio, a televisão, o fax, o telefone, então não há que falar em Direito de Internet, mas sim em um único Direito Digital cujo grande desafio é estar preparado para o desconhecido, seja aplicando antigas ou novas normas, mas com a capacidade de interpretar a realidade social e adequar a solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade. (PECK, 2007, p.25)

O que não deixa dúvidas é que de uma forma ou de outra o Direito, como fruto da sociedade, sofre as mesmas mudanças pelas quais aquela passa, devendo adequar, sobretudo, as suas normas a este novo cenário.

O resultado de todo este movimento nas placas tectônicas do direito (LORENZETTI, 2004a, p. 29), é que alguns conceitos jurídicos deverão ser revistos. A título de exemplo pode ser citada a questão do domicílio. O endereço de correspondência eletrônica (*e-mail*) é um lugar, tal qual o endereço físico? O contrato celebrado eletronicamente, via internet, pode ser considerado formado em qual lugar? As questões colocadas já encontraram solução, dada pela analogia. Mas pode ser citado um outro problema, este um tanto quanto mais complicado de ser resolver. A fronteira, na internet, ela existe? Na forma como a internet funciona hoje é fácil para alguém situado em um país adquirir bens de outros países e recebê-lo eletronicamente sem qualquer fiscalização, sem pagar impostos. Isso é possível na aquisição de música, de livros, e de software, e na medida em que a velocidade das conexões for aumentando um maior número de produtos e serviços poderão ser oferecidos pela internet sem contar com uma fiscalização por parte do Estado.

Apenas para ilustrar, sem muito compromisso científico, em uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais utilizando a palavra “internet”, ocorreram 792 resultados, todos acórdãos que continham a palavra internet em sua ementa. A mesma pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça apresenta 284 acórdãos. Ambas em um período de cinco anos.

Guardadas as falhas metodológicas, isto pode demonstrar a clara influência da utilização da internet pela sociedade brasileira, e todas as questões que surgem por meio dela e que acabam por serem discutidas no âmbito do Poder Judiciário.

3 DA AUTONOMIA PRIVADA CONTRATUAL

A autonomia privada, sem dúvida alguma, é atualmente um conceito de suma importância para a compreensão do direito, tanto na ciência jurídica, quanto na práxis. Dentro do contexto histórico evolutivo da autonomia privada, percebe-se que ora ela se confunde com, e ora se revela como uma evolução da autonomia da vontade.

Pietro Perlingieri anota que, apenas a título de introdução, poder-se-ia partir de um conceito de autonomia privada que a define desta forma:

Pode-se entender por “autonomia privada”, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. (PERLINGIERI, 2002, p. 17)

No entanto, houve um longo caminho até a definição acima apresentada. Neste capítulo serão abordados aspectos históricos e doutrinários que levaram até o presente conceito de autonomia privada aplicada ao direito contratual.

3.1 Historicidade da autonomia privada contratual

A evolução do Direito, enquanto ciência, e de todo o ordenamento jurídico que lhe dá forma, em algum momento se cruza com a evolução do conceito de autonomia, agora privada, porém, em outro momento histórico da autonomia da vontade.

O exercício da autonomia funda-se, historicamente, na liberdade do indivíduo de gerir seus bens e suas obrigações. Daí a aproximação com a própria história do contrato.

3.1.1 Roma

Partindo da análise do contrato no direito romano, percebe-se que não se pode falar tanto em autonomia da vontade, tendo vista não ser a vontade, o consentimento, o elemento essencial para validade do contrato. O contrato romano era estritamente formal, não chegando até mesmo a produzir efeitos se não fossem observados os gestos, rituais ou palavras sacramentais determinadas pela norma.

Formas estas dotadas de certo caráter mágico, nem tanto preocupado com a prova da existência do negócio realizado. Como destaca Lorenzetti:

Durante muito tempo, somente o consentimento não foi considerado apto para gerar uma obrigação, porque era um meio inseguro que deveria ser complementado por meios exteriores mediante os quais se revelava: atos materiais como pesar metais que se entregavam, o uso de palavras solenes, a inscrição em registros. As hipóteses em que se considerava que havia obrigação requeriam que existisse o cumprimento de uma forma determinada. (LORENZETTI, 2004a, p. 21)

A não observância da forma prescrita gerava uma obrigação natural, que por sua vez não concebia a força vinculante necessária, permissiva de uma execução forçada da mesma.

3.1.2 Idade Média

Na Idade Média a vontade, enquanto sinônimo de consentimento, passa a ter maior relevância, pois não obstante seu fortalecimento ainda no direito romano, é neste período que lhe será atribuído maior valor, no que tange aos efeitos jurídicos, deixando para trás o excesso de formalismo típico do contrato romano.

Surge neste momento o peso da palavra emitida no contrato. De grande importância foi a contribuição dos canonistas para a concretização do que fora afirmado, pois além de reforçarem a obrigatoriedade dos acordos de vontade, reconhecendo o dever jurídico ali existente, reconheceram o dever moral da palavra empenhada. Interessante observar que o caráter de dever moral da vontade manifestada levava à concepção de que o descumprimento do contrato deveria ser considerado pecado. (PEREIRA, 1997).

Pothier, no clássico Tratado das Obrigações, menciona o fato de que alguns contratantes inseriam nos termos do contrato juramentos, que tinham como função assegurar o cumprimento do contrato. O juramento era

um ato religioso pelo qual uma pessoa declara que se submete à vingança divina, ou renuncia à misericórdia de Deus se não cumprir o que prometeu; isso é o que resulta das fórmulas: *Assim Deus me guarde ou me ajude; Que Deus me castigue se eu faltar com minha palavra* etc. (POTHIER, 2002, p. 104 – grifo do autor)

Do contrato no período medievo muito se aproveitou nas épocas subsequentes, mas nenhuma foi tão marcante para o direito, em especial para o direito contratual, como a época das luzes.

3.1.3 A época das luzes

O Iluminismo vai contribuir para o desenvolvimento do conceito de autonomia da vontade a partir do momento em que prega a independência do indivíduo. Kant (2011), grande representante do pensamento iluminista, ao responder a pergunta “o que é o Iluminismo?” afirma que “Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem.” (KANT, 2011, p. 2). A partir deste entendimento Kant convoca o indivíduo a abrir mão da “menoridade”, a usar da razão que lhe é dada por natureza, a ser livre.

Mas, para esta ilustração, nada mais se exige do que a liberdade; e, claro está, a mais inofensiva entre tudo o que se pode chamar liberdade, a saber, a de fazer um uso público da sua razão em todos os elementos. Agora, porém, de todos os lados ouço gritar: *não raciocines!* Diz o oficial: não raciocines, mas faz exercícios! Diz o funcionário de Finanças: não raciocines, paga! E o clérigo: não raciocines, acredita! (KANT, 2011, p. 2).

A utilização da razão própria leva o indivíduo a se libertar das amarras que lhe foram postas, especialmente, para Kant pela religião. Sem retirar a importância da mesma, Kant afirma que até mesmo o clérigo deve emitir opiniões acerca do que prega, pois só assim contribuirá para o desenvolvimento da Igreja e seu melhoramento.

As ideais iluministas vão servir de inspiração inclusive para a Revolução Francesa de 1789, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

A concepção iluminista de que a utilização da razão deve ser praticada por cada ser humano, levou à crença de que todos são iguais. Todavia tratava-se de uma igualdade formal, Fiúza informa que,

Uma vez que todos os indivíduos deviam ser considerados, do mesmo modo, capazes de, por si só, zelar pelos seus interesses e o contrato, por consequência, representava verdadeira harmonização das pretensões, sendo vantajoso reciprocamente. Diversidade de opiniões não significava mais que diversos modos de guiar a razão. (FIÚZA, 2009, p. 325)

A igualdade formal posteriormente viria a ser confutada pela igualdade substancial, que será melhor abordada mais adiante.

Para Cláudia Lima Marques é justamente a utilização da razão por cada indivíduo que elevará a vontade ao status de elemento essencial à celebração do contrato, bem como servirá também de suporte para a encarnação do poder vinculante do mesmo, tendo como consequência a sua obrigatoriedade. (MARQUES, 2002, p. 50).

A vontade se distinguindo como principal elemento constitutivo do contrato acabou por encontrar abrigo nas codificações inspiradas pelo iluminismo, notadamente o Código Civil francês de 1804, que assim definiu o contrato em seu artigo 1.101 “O contrato é uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, ou umas pelas outras, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa”. (FRANÇA, 2011, tradução livre).² Bem como em seu art. 1.134 traz a fórmula de que o contrato fará lei para as partes.

A grande preocupação das codificações confeccionadas sob estes ideais era justamente a de cuidar para que esta vontade fosse respeitada, cumprida. Não somente as legislações, mas também a jurisprudência se incumbia de fazer valer a vontade manifestada pelos contratantes.

Assinala Fiúza que:

O modo pelo qual se opera a formação do contrato não mais se sujeita ao cumprimento estrito de solenidades, bastando o simples consentimento entre os interessados. Em regra, a celebração do contrato depende apenas da harmonização das vontades declaradas pelos contratantes, expressas por quaisquer meios inteligíveis e idôneos, seguindo o esquema da proposta e da aceitação. É então o enlace psicológico de duas declarações de vontade de pessoas distintas que determina a gênese do contrato moderno. (FIÚZA, 2009, p. 324)

O contrato imensamente formal do direito romano dá lugar ao contrato consensual de inspiração iluminista. Retomando o Código Civil francês como modelo, no discurso de apresentação do código assim discorreu sobre o formalismo em matéria de contratos, o presidente da comissão que aprovou a redação final daquele, Jean-Étienne Marie Portalis,

² Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

A escritura é, em todas as nações civilizadas, a prova natural dos contratos. No entanto, em conformidade com todas as leis precedentes, autorizamos a prova testemunhal nos casos em que existe um começo de prova escrita. Esse começo de prova escrita nem é necessário nos negócios mercantis, que se consomem muitas vezes na Bolsa, em praça pública, ou em uma conversa imprevista. (LOPES, QUEIROZ, ACCA, 2006, p. 239)

A primazia da vontade na formação do contrato acaba por provocar a observação do sistema legal apenas em caráter supletivo, o que não significa que as partes podem sobrepor sua vontade à vontade expressa na lei, a questão é que esta última já era confeccionada com este objetivo, proteger a vontade manifestada, quando muito para suprir o silêncio das partes.

Portalís, no mesmo discurso de apresentação do código, assevera o seguinte:

Governamos mal quando governamos demais. Um homem que negocia com outro homem deve ser atento e prudente; deve zelar por seu interesse, procurar as informações convenientes, não negligenciar o que é útil. A tarefa da lei é nos proteger contra a fraude de outrem, mas sem nos dispensar de fazer uso de nossa própria razão. Se assim não fosse, a vida dos homens, sob a vigilância das leis, seria apenas uma longa e vergonhosa menoridade; e esta vigilância se degeneraria em inquisição. (LOPES, QUEIROZ, ACCA, 2006, p. 242)

Afirma em outro trecho que a liberdade de contratar deve encontrar limitação somente na justiça, nos bons costumes, e na utilidade pública.

Fala-se de uma liberdade de contratar absoluta, imperando neste momento um individualismo exarcebado. O que na verdade acaba por atender aos interesses de uma classe econômica que galgava espaço, a classe burguesa, interessada apenas em sustentar um regime que se iniciava ali, o capitalista.

Pelo exposto, pode-se observar que foi neste período que surgiu a autonomia da vontade, não obstante esta expressão tenha sido cunhada por Gounot apenas em 1912. (ANNONI, 2009, p. 66)

3.1.4 Do Estado Liberal ao Estado Social

A principal característica do Estado Liberal, se assim pode-se dizer, ao menos no tocante à vida privada, era justamente a não intromissão nos negócios, na economia, bem como na esfera privada de cada cidadão. Esta ausência de intervenção do Estado se manifestava pela elaboração de um ordenamento jurídico que se limitava a proteger os interesses individuais, e em especial a vontade

manifestada pelos contratantes. Tratava-se da política que pregava o *laissez-faire*, *laissez-passer*, *laissez-contracter*, referindo-se à autonomia da vontade.

Entretanto, há que se lembrar, a igualdade aritmética desenhada nunca existiu. Era certo que havia diferenças sociais, e principalmente econômicas, entre os indivíduos. E certo também ficou que as partes em determinadas relações contratuais nunca estava em pé de igualdade, favorecendo desta forma sempre os interesses daqueles que possuíam um poder maior.

O Estado Liberal não poderia mais ser sustentado por esta liberdade individual absoluta. A ausência do Estado na direção de ao menos parte da vida privada fez com que surgissem sérios problemas sociais, que com os acontecimentos seguintes, como a Revolução Industrial, foram se agravando. Como assevera Bonavides

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade de contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar. (BONAVIDES, 1996, p. 59)

A “desumana espoliação do trabalho” que Bonavides menciona devia-se ao fato de que não haviam leis que protegiam os interesses do operário. Era comum ter crianças e mulheres trabalhando durante até 18 horas diariamente. A diferença, em termos de qualidade de vida, entre a alta e a baixa burguesia era imensa, sendo que a grande concentração de renda estava nas mãos daqueles que representavam a minoria, os burgueses.

As circunstâncias do momento provocavam uma certa disputa entre as duas classes ‘dominantes’, capitalistas e proletariado. A primeira ‘dominava’, de fato, por meio do poder que detinha; e a segunda, apenas em sentido figurado, ‘dominava’ pela quantidade de indivíduos nesta posição. Foi neste momento que surgiram algumas manifestações em favor da segunda classe, entre elas, destacam-se as ideias de Marx.

Os marcos históricos que representaram, de certa maneira, a ruptura do mundo ocidental com o Liberalismo econômico, foram a Revolução Socialista de 1917, que objetivava a igualdade material entre os homens, adotando as ideias de Marx, e a crise da Bolsa de Nova York em 1929. Levando as nações ocidentais a

adotarem uma nova forma de governar, sustentada pelo paradigma do Estado Social de Direito. (ANDRADE JÚNIOR, 2010)

Era uma reação aos abusos do Liberalismo Econômico que oprimia a classe operária. Enquanto o proletariado começava a nutrir crescentes esperanças socialistas, a alta burguesia se enfraquecia economicamente. (ANDRADE JÚNIOR, 2010, p. 206)

Implementar tal posicionamento significava levar o Estado de uma postura abstencionista para uma postura, de certa maneira, intervencionista.

Enquanto no Estado Liberal imperava a autonomia da vontade, no Estado Social aconteceu o contrário: ela foi limitada. O Estado Social de Direito foi autorizado a intervir na autonomia da vontade da pessoa, regulamentando os negócios jurídicos, para evitar abuso por parte dos sujeitos de direito. (ANDRADE JUNIOR, 2010, p. 206)

A autonomia da vontade negocial, que levava em consideração a vontade manifestada pelas partes em detrimento de outros interesses, passará a partir deste momento a sofrer intervenções do Estado por meio da lei. Surgirá neste momento a concepção de autonomia privada, que se adequará melhor ao momento histórico político.

Como já visto, a idéia de que os efeitos jurídicos do contrato decorram diretamente da vontade manifestada, não é aceite. Até porque, ao celebrarmos um negócio jurídico costumam surgir dele uma série de efeitos que foram estabelecidos diretamente pela norma, apesar de não ter havido manifestação de vontade neste sentido.

3.2 O estado atual da autonomia privada contratual

Tendo visto a evolução histórica do conceito de autonomia aplicado ao direito contratual, pode-se perceber que o mesmo está relacionado à fenômenos políticos, econômicos e sociais, sendo de certa forma, consequência destes fenômenos. Enzo Roppo ao comentar sobre estas mudanças em conceitos jurídicos afirma o seguinte:

Os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações económico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. (ROPPO, 2009, p. 7)

Hodiernamente fala-se de autonomia privada, cujo conceito é bem mais amplo do que simplesmente a liberdade de contratar, como se verá adiante.

Perlingieri se refere, inicialmente, à liberdade “de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento” (PERLINGIERI, 2002, p. 17). Se depreenderá desta concepção que a autonomia privada, atualmente, não se refere mais àquela liberdade pregada pelo liberalismo econômico, que produzia normas garantidoras desta liberdade, apenas focado em interesses mercantis. “Esta concepção mudou radicalmente na hierarquia constitucional dos valores, onde a liberdade da pessoa, e a consequente responsabilidade, ultrapassa e subordina a si mesma a iniciativa econômica” (PERLINGIERI, 2002, p. 17).

A evolução do conceito de autonomia no direito contratual levantou ao longo das décadas algumas discussões, tais como se a autonomia privada contratual é valor ou princípio protegido constitucionalmente, se a mesma se confunde com a liberdade de contratar. Quais, de fato, são seus caracteres.

Contudo, antes se faz necessária a delimitação das diferenças que existem entre a autonomia da vontade e autonomia privada, a fim de que não confunda tais conceitos.

3.2.1 Autonomia da vontade e autonomia privada

A ideia de autonomia da vontade como princípio contratual, fora desenvolvida no século XIX, sob influência do liberalismo econômico. Os indivíduos, em seu estado de natureza, são livres e iguais, o que leva a crer que os mesmos só podem ser obrigados na medida em que se manifestem neste sentido.

Assim Pargendler

As relações sociais, então, não poderiam desenvolver-se senão sobre um fundamento voluntário, isto é, contratual. As próprias instituições políticas seriam deduzidas de um contrato social. Autonomia da vontade representa expressão inspirada pela filosofia kantiana, segundo a qual a dignidade da pessoa não se compadece com a submissão a leis outras que não aquelas estabelecidas pela sua própria vontade. Para Kant, a vontade, única fonte de toda obrigação jurídica, é, ao mesmo tempo, fonte de justiça. (PARGENDLER, 2002, p. 3)

Jean-Jacques Rousseau, em “*O contrato social*”, assim afirma: “portanto, a família é, se quiserem, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai, o povo, a imagem dos filhos, e todos, tendo nascidos iguais e livres, só alienam sua liberdade em proveito próprio” (ROUSEAU, 2008, p. 24).

Tendo alcançado a codificação, a autonomia da vontade manifestada no contrato passa a ser considerada fonte de lei para os contratantes. É o que se pode observar no Código Civil francês

Artigo 1134. Os acordos legalmente celebrados tornam-se lei para aqueles que o fizeram. Eles só podem ser revogados por mútuo consentimento ou pelas causas que a lei autorize. Eles devem ser realizados de boa-fé. (FRANÇA, 2011, tradução nossa).³

No entanto, a sociedade, nos anos seguintes, passa por uma série de transformações, tanto de ordem social e política, quanto filosófica, que ocasionaram mudanças, do ponto de vista contratual, na visão da vontade como algo absoluto, o que levará por sua vez a uma revisão da teoria do negócio jurídico, a fim de que a mesma atenda à realidade.

O embate entre jus naturalistas e positivistas terá por vencedor estes últimos, que difundiram a ideia de que o Direito não surge das pessoas conforme era pregado pelos primeiros, mas sim do ordenamento jurídico. Portanto, se o contrato é fonte de obrigação para os contratantes, isto se deve à uma concessão do Direito (norma).

Mais uma vez Pargendler,

A partir do momento em que se passou a sustentar que a força da vontade advém do direito objetivo e não da própria vontade, tornando-se indiscutível que todo efeito jurídico se reconduz à lei e só se produz na medida em que esta o autoriza, a noção de *Privat autonomie* se constitui no conceito básico do Direito Privado. (PARGENDLER, 2002, p. 4).

Outro fato relevante para esta mudança é trazido por Roppo,

Recorde-se a concepção do contrato (e, portanto, do negócio jurídico) amadurecida nos séculos XVII e XVIII e aperfeiçoada no século XIX, na base do postulado jusnaturalístico que individualizava na vontade humana a fonte primária de todo o efeito jurídico, a energia criadora dos direitos e

³ Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

obrigações legais: o contrato é “consenso”, isto é “encontro de vontades”; o negócio jurídico é declaração de vontade. (ROPPO, 2009, p.297).

Na sequência este autor vem afirmar que a teoria da vontade se adequara bem a um sistema econômico que era essencialmente individualista, que lhe faltava dinamicidade. Contudo, não poderia atender às necessidades da moderna economia de massa que surgia. Assim o autor justifica

Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações: mas estes objectivos requerem, justamente, que as transacções sejam tomadas e disciplinadas na sua objectividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade. (ROPPO, 2009, p.298).

A passagem da teoria da vontade para a teoria da declaração terá como objetivo proteger os interesses daquele a quem foi direcionada a declaração, pois que tais interesses estão atentos ao que esta representou objetivamente, àquilo que foi socialmente perceptível, em detrimento da vontade não declarada pela outra parte. Para Roppo trata-se de “uma tutela de interesses individuais que – ao nível de todo o sistema – se converte justamente em garantia da segurança e da celeridade das trocas, da continuidade e estabilidade das relações de negócios” (ROPPO, 2009, p.299).

Gustavo Tepedino por sua vez, vai destacar que a autonomia da vontade como concebida pelas codificações do século XIX, sofrerá mudanças substanciais em seus aspectos subjetivo, objetivo e formal, dando lugar à autonomia privada. Em primeiro lugar ao analisar a mudança no seu aspecto subjetivo ele vai afirmar que a pessoa concretamente considerada se sobreporá àquele sujeito abstrato.

O ordenamento jurídico, que desde a Revolução Francesa, graças ao princípio da igualdade formal, pôde assegurar a todos tratamento indistinto perante a lei, passa a preocupar-se, no direito contemporâneo, com as diferenças que inferiorizam a pessoa, tornando-a vulnerável. Para o hipossuficiente, com efeito, a igualdade formal mostra-se cruel, sendo-lhe motivo de submissão ao domínio da parte preponderante. (TEPEDINO, 2009, p.15).

E completa sua explicação dizendo que “o homem em seu próprio contexto irá avocar e determinar a normativa mais condizente com suas necessidades existenciais.”(TEPEDINO, 2009, p.15).

Quanto ao aspecto objetivo, Tepedino informa que a ordem de interesses é modificada. Interesses existenciais passam a se sobrepor a interesses patrimoniais, com uma sensível mudança nos bens jurídicos a serem tutelados. Referido autor indica que a revolução tecnológica dos últimos 50 anos fizeram surgir novas situações jurídicas, as quais o direito privado precisa enfrentar. Exemplifica e conclui:

Basta pensar na engenharia genética, na procriação *in vitro*, na extraordinária massa de informações pessoais colhidas mediante o exame de DNA e na circulação de dados propiciados pelas redes de informática. Cabe à doutrina do direito civil estabelecer parâmetros para tutelar a pessoa humana diante dos novos bens jurídicos que se tornam objeto de situações existenciais suscitadas pelo avanço da cibernética e da tecnologia. (TEPEDINO, 2009, p.15).

No último aspecto, onde a autonomia da vontade se modificou em autonomia privada, Tepedino levanta a questão da forma, dizendo que esta, no passado, era estabelecida para prover uma segurança patrimonial, protegendo as transferências patrimoniais, fossem *inter vivos* ou *causa mortis*. Contudo, agora a forma é exigida com fulcro na proteção de “interesses socialmente relevantes e das pessoas em situações de vulnerabilidade”, servindo, então, como agente limitador da autonomia privada. (TEPEDINO, 2009, p.15).

Nesta esteira Pietro Perlingieri, em obra já citada, afirma:

Da constatação que “as forças produtoras mais hábeis preferem” – não certo no exclusivo interesse dos consumidores ou dos cidadãos – “que sejam reduzidas ao mínimo as regras formais”, extrai-se a constatação de que as prescrições de forma, que devem ser avaliadas caso por caso, são idôneas para exercer uma função de garantia: tome-se, como exemplo, a garantir de forma escrita para a despedida individual (reconhecida também pela Corte Constitucional) e, em geral, a normativa especial, na qual a função da prescrição de forma – absolutamente não-excepcional – justifica-se em razão da finalidade de proteção de uma ou de ambas as partes do negócio, particularmente quando os interesses sejam não-patrimoniais. (PERLINGIERI, 2002, p. 292).

As transformações pelas quais a autonomia da vontade fora submetida, ao ponto de se converter em autonomia privada, expõem, na verdade, as transformações que a própria sociedade passou, como se afirmou anteriormente.

O atual conceito de autonomia privada pode ser encarado sob três prismas distintos, segundo Pagendler, sendo eles:

(1) como poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, (2) como princípio informador do sistema, isto é, como princípio aberto que reflete idéia diretriz ou justificadora da configuração e do funcionamento do próprio sistema jurídico e (3) como cânone interpretativo, porquanto aponta razões para o caminho a ser seguido na pesquisa do sentido e no alcance da norma jurídica. (PARGENDLER, 2002, p. 5).

Destaca-se, do citado acima, que em momento algum fechou-se o conceito de autonomia privada no campo do direito patrimonial, adequando o mesmo também ao campo das relações existenciais que envolvem o ser humano. Neste sentido Perlingieri afirma que,

A autonomia privada não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito: o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares (mas é melhor a esse ponto dizer: a liberdade da pessoa). Ao contrário, não somente ela se exprime também em matérias onde diretamente são envolvidas situações subjetivas existenciais, mas, sobretudo, a abordagem do ordenamento não pode ser abstrata quando a autonomia (o poder de colocar regras) investe profundamente o valor da pessoa. (PERLINGIERI, 2002, p. 275).

Contudo, apesar deste trabalho optar pela definição de autonomia privada em sua forma ampla, abrangedora de relações jurídicas patrimoniais e existenciais, não pode se omitir a mencionar aqueles que vêm de forma diferente tal conceito. Entre eles, Francisco Amaral, que afirma que,

Sua esfera de aplicação é, basicamente, o direito patrimonial, aquela parte do direito civil afeta à disciplina das atividades econômicas da pessoa. Não se aplica, assim, a autonomia, ou aplica-se de modo restritíssimo, em matéria de estado e capacidade das pessoas e família. Seu campo de realização é o direito das obrigações por excelência, onde o contrato é a lei, nas suas diversas espécies de liberdade contratual, nas promessas de contratar, nas cláusulas gerais, nas garantias etc. (AMARAL, 2006, p. 347).

Tal posicionamento, como denunciado por Diego Carvalho Machado, filia-se à uma concepção restrita de liberdade individual, demonstrando claramente a inspiração nos pensamentos de John Locke, que, por sua vez, defende que a liberdade do indivíduo será exercida sobre suas propriedades, incluindo entre os quais seus bens e a força de trabalho. (MACHADO, 2009, p. 22).

3.2.2 A sinonímia entre autonomia privada e autonomia da vontade na jurisprudência brasileira

Não obstante as diferenças entre autonomia da vontade e autonomia privada já terem sido muito bem esclarecidas pela doutrina pátria, tendo até mesmo sido superada a utilização do termo autonomia da vontade, há ainda no repertório jurisprudencial brasileiro decisões que ainda se referem a ambas as expressões como se fossem sinônimas.

Mariana Souza Pargendler, sob orientação de Judith Hofmeister Martins-Costa, desenvolveu um trabalho de pesquisa utilizando o ementário jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, totalizando 276 acórdãos, sendo a maioria deles do tribunal gaúcho. Todos no período compreendido entre 1992 e 2002. (PARGENDLER, 2002).

A pesquisadora chegou a conclusão de que, apesar de toda a evolução conceitual experimentada, a jurisprudência, naquele momento, desconhecia o conceito de autonomia privada. Ela encontrou diversas referências ao princípio da autonomia da vontade sob diversas concepções diferentes, entre elas a voluntarista relativa, neo-voluntarista, funcional, liberal e outras. Na maioria fica clara a inspiração no voluntarismo jurídico oitocentista.

Apenas a guisa de comparação, tal confusão não foi percebida na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que afasta a utilização do termo autonomia da vontade, em virtude de toda carga do jus-racionalismo iluminado do século XVIII que a mesma traz. Para tanto cita como exemplo o seguinte acórdão

O princípio da autonomia privada consagra a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as suas posições ativas reconhecidas pela ordem jurídica. Este princípio liga-se ao valor de autodeterminação da pessoa e, mais em geral, à sua liberdade positiva, entendida, na feliz expressão de Orlando de Carvalho, como o "direito de informar o mundo e conformar-se a si próprio". (PORTUGAL, 1997).

Comenta a referida autora que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal reconhece ao sujeito jurídico privado o direito de se auto-determinar e ainda defende que o mesmo direito deva ser tutelado constitucionalmente.

Aponta, desde logo, que o princípio da autonomia privada é merecedor de tutela constitucional, pois vinculado ao valor da autodeterminação da pessoa, e, mais em geral, à sua liberdade positiva, entendida, na feliz expressão de Orlando de Carvalho, como "direito de informar o mundo e conformar-se a si próprio". Internamente, liga-se à idéia de auto-responsabilidade. (PARGENDLER, 2002, p. 11).

O aspecto constitucional da autonomia privada mencionado pela corte portuguesa é justamente o que será apresentado a seguir.

3.3 Autonomia privada como valor constitucional

No desenvolvimento do conceito de autonomia privada, por mais que se opte por tratar somente do exercício desta autonomia nas relações negociais, não há como negligenciar a discussão levantada por doutrinadores como Pietro Perlingieri, acerca da possibilidade da mesma ser encarada como um valor a ser preservado, e mais, se a mesma encontra guarida na ordem constitucional.

Todo o direito civil passa por uma renovação, especialmente nas duas últimas décadas. Ao longo de sua história o direito civil sempre foi identificado como o lugar do indivíduo na sua singularidade. O código civil era tido como a ordem constitucional do indivíduo, contrapondo-se à constituição política do Estado. Neste sentido é interessante a análise histórica de Paulo Lôbo acerca da evolução do direito civil.

Sua lenta elaboração vem perpassando a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos, parecendo infenso às mutações sociais, políticas e econômicas, às vezes cruentas, com que conviveu. Parecia que as relações jurídicas interpessoais, particularmente o direito das obrigações, não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemorais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada. (LÔBO, 1999, p. 99).

O desenvolvimento da doutrina de direito civil tem demonstrado justamente o contrário. A introdução de uma nova hermenêutica jurídica, tem provocado que uma visão constitucionalizada dos diversos institutos de direito civil, entre eles o próprio direito obrigacional. Tal processo é de suma importância e inevitável.

O reconhecimento da incidência dos valores e princípios constitucionais no direito civil reflete não apenas uma tendência metodológica, mas a

preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos problemas e desafios da sociedade contemporânea, entre os quais está o de dispor de um direito contratual que, além de estampar operações econômicas, seja primordialmente voltado à promoção da dignidade da pessoa humana. (MATTIETTO, 2000, p. 163).

Foi-se o tempo em que se aceitava a separação entre Estado e sociedade civil, entre constituição e código civil. Não é mais admissível a ideia de que a previsão constitucional de direitos, que seriam classificados como privados, trata-se de intromissão em esfera que não lhe compete. Pode-se dizer que anteriormente havia uma disjunção entre as esferas privada e pública, hoje contanto há a busca pela unidade hermenêutica. Guardado certo exagero, poder-se-ia afirmar que o direito civil nada mais é do que o direito constitucional aplicado, tendo em vista que o mesmo está arraigado dos valores constitucionais componentes do projeto maior de vida em comum. (LORENZETTI, 1998, p. 253).

Porém, alerta Luiz Edson Fachin, é necessário superar alguns desafios a fim de que se possa realmente dizer que fora implementado na ordem jurídica brasileira o novo paradigma do direito civil constitucional. Enumera ao todo dez desafios:

- 1º) Apreender a pluralidade das fontes, vencendo o reducionismo codificador;
- 2º) Tomar a questão jurídica como Problema Social “genuinamente constitucional” (na expressão de Paolo Grossi): o que está “no coração da constituição do novo” é o fundamento constituinte do direito em movimento;
- 3º) Superar a divisão burguesa dos poderes do Estado, e admitir que jurisprudência e doutrina são fontes de Direito;
- 4º) Compreender que um Código Civil (e por isso, o “novo” Código Civil Brasileiro) é uma operação ideológica e cultural que deve passar por uma imprescindível releitura principiológica, RECONSTITUCIONALIZANDO o conjunto de regras que integre esse corpo de discurso normativo;
- 5º) Denunciar a manualística pedestre que dos Códigos fez o “seu código” do pensar por repetições, memorizações e mitologias simplificadoras, num tocante pragmatismo rasteiro que vende parques saberes, a peso de ouro, a famintos de pão e trigo verdadeiros;
- 6º) Evitar o simplismo adotando, sem embargo, a clareza e a simplicidade para veicular as conquistas históricas numa hermenêutica emancipatória e numa principiologia axiológica de índole constitucional, sem reduzir o que é complexo nem identificar o direito à lei;
- 7º) Descobrir o direito pela força criadora dos fatos - como escreveram na Itália Pietro Perlingieri e Vincenzo Franceschelli -, captando a legítima “revolta dos fatos contra o código” sem a irresignação que daí retirava Gaston Morin, apreendendo que o caráter ôntico do direito está na sociedade e na realidade social, econômica e política;
- 8º) Emancipar o Brasil do legado codificador da Idade Moderna da Europa Continental e voltar-se para a dimensão espaço – temporal de uma sociedade plural, compreendida em nações indígenas, em muitos que nada têm, em “homens e mulheres do chão levantados”, como escreveu Saramago, e entende, ainda, como bem ensina Gustavo Tepedino, que a

pior inutilidade de uma codificação é o seu descompromisso com a transformação social;

9º) Apreender que a “constitucionalização”, que retirou o Direito Civil tradicional de uma sonolenta imobilidade, não se resume ao texto formal de 05 de outubro de 1988, mas passa pela dimensão substancial da Constituição e alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num processo contínuo e incessante de prestação de contas à realidade subjacente ao direito;

10º) Não tomar desafios como propostas cegas a serem dogmaticamente seguidas e sim como problematização em um país que, ao início do século XXI, produz um código que se preocupa, ao mesmo tempo, com a paternidade “post mortem” de embriões excedentários e com a medieval enfiteuse. Dissecar esse e outros paradoxos, penetrar no campo histórico e sociológico do direito, e evitar produzir receitas prontas para problemas cujo conhecimento ainda está em curso, eis a essência do que se pode (e deve) arrostar no Brasil contemporâneo da civilística que presta contas ao seu tempo e à história. (FACHIN, 2004).

A visão pela qual se conclui tratar-se a autonomia privada de um valor a ser protegido não encontra espaço nos ensinamentos de Pietro Perlingieri. Para este autor a autonomia privada não é um valor em si, e o repete em diversos trechos de sua obra “*Perfis do direito civil*”. O mesmo refuta as argumentações desenvolvidas na proteção da autonomia privada como dogma e valor. Em primeiro lugar, ataca a ideia que tem unicamente como objetivo escudar a permanência da igualdade formal, dizendo que tal argumentação sustenta que somente a capacidade de auto-regulação concedida a cada indivíduo, considerado abstratamente, seria capaz de manter o tratamento igualitário. Contudo, na visão do autor, tal posicionamento está amplamente superado pelo ordenamento jurídico que consagra a igualdade substancial.

Se se deixasse a possibilidade de auto-regulamentação aos sujeitos interessados, provavelmente o resultado seria oposto, no sentido de que seria mais favorável ao contraente mais forte: o legislador intervém para estabelecer uma desigualdade de tratamento a favor do contraente mais frágil com a intenção de colocar os sujeitos em um plano de igualdade substancial de direito. (PERLINGIERI, 2002, p. 278).

Outra argumentação na defesa da autonomia privada como valor, extrai-se do pretense dogma do paralelismo das fontes, por meio do qual tudo aquilo que fora criado através de um contrato, estabelecido livremente pelas partes, somente desta mesma forma poderá ser modificado ou extinto. Sendo mais uma vez combatido pela existência no ordenamento de previsões legais impositivas de regras ou cláusulas independentemente da previsão contratual realizada pelas partes. A título

de exemplo pode ser citado a garantia contra vícios redibitórios (PERLINGIERI, 2002, p. 278).

No entanto, Perlingieri aceita a possibilidade da autonomia privada ser considerada um valor, condicionando o respectivo reconhecimento à uma análise cuidadosa em cada caso, com intuito de se aferir se há no caso concreto algum interesse que seja digno de proteção por parte do ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2002, p. 279).

Resgatando o conceito de autonomia privada dado por Perlingieri, já citado no início deste capítulo, tem-se que esta significa “o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes⁴ jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.” (PERLINGIERI, 2002, p. 17). Tantos são os autores que conceituam a autonomia privada, contudo, há entre todas as conceituações uma similaridade, pois todas esbarram na questão da liberdade. De forma ampla a autonomia privada é vista como a liberdade que goza o indivíduo de se autodeterminar.

A liberdade por sua vez, em sua dimensão ampla, é princípio constitucional, corolário, entre outros princípios, do Estado Democrático de Direito. A liberdade constitucional, amplamente considerada, abarca diversas outras liberdades, como a liberdade de imprensa, liberdade de associação, livre iniciativa, liberdade de credo, entre outras. Machado, vem propor o seguinte:

A partir da concepção extensa de liberdade que lhe dá suporte, é possível identificar duas dimensões da autonomia privada, *do poder do particular de autogovernar sua esfera jurídica*, ou *construir sua esfera privada*, quais sejam, uma patrimonial e outra existencial. A primeira consiste na tradicional roupagem dos atos de autonomia que percutem no patrimônio da pessoa, cuja expressão precípua é a liberdade de contratar, que tem refúgio constitucional na tutela da livre iniciativa (CF/88, art. 170). A segunda, por seu turno, se apresenta como o lugar das escolhas e decisões de cunho existencial, isto é, de caráter afetivo, sexual, religioso, ideológico etc., com guarida nos arts. 1º, III, e 5º, caput e II da Carta Magna. (MACHADO, 2009, p. 24).

A divisão proposta mostra-se bastante pertinente, decerto que a autonomia privada possui aspectos patrimoniais e existenciais. Quanto aos aspectos patrimoniais a autonomia privada tem como expoente a liberdade de contratar como

⁴ Para o autor vicissitudes são os efeitos jurídicos.

disse o autor supra citado. Pontes de Miranda, por seu turno, deixa entender que tratam-se de dois princípios diversos:

Chama-se *princípio da liberdade de contratar* o de poderem, livremente, assumir deveres e obrigações, ou de se adquirirem, livremente, direitos, pretensões, ações e exceções oriundos de contrato; e *princípio da autonomia da vontade*, o de escolha, a líbido, das cláusulas contratuais. (MIRANDA, 1983, p. 63).

Guardadas as terminologias da época, visto que ao seu tempo Pontes de Miranda ainda escrevia sob a influência do individualismo manifestado na autonomia da vontade, hodiernamente não caberá a divisão proposta pelo eminente autor, estando compreendidos, ambos, na definição de liberdade para contratar. A questão neste caso seria outra, se a liberdade de contratar, que representa a autonomia privada contratual, encontra proteção nos preceitos constitucionais.

A quem diga, como Machado (2009), que a liberdade de contratar encontra abrigo na proteção constitucional da livre iniciativa, prevista no art. 170 da Constituição Federal de 1988. Deixa entender que, por via indireta, a autonomia privada contratual, representada pela liberdade de contratar, possui previsão constitucional, quando na verdade, livre iniciativa e liberdade de contratar são dois princípios distintos, cada qual regulando uma parte do exercício da autonomia privada em seu aspecto patrimonial.

A livre iniciativa, como prevista na Constituição Federal de 1988, alude-se ao direito de empreender, de organizar uma certa atividade produtiva, a liberdade se manifesta neste caso no poder de escolha sobre qual atividade desenvolver, como, quando e onde, respeitando para tanto os limites legais impostos. Trata-se de conceito econômico trazido à constituição.

A liberdade contratual, ou liberdade de contratar, significa a liberdade do sujeito de contratar livremente, estabelecendo com quem contratar, o quê contratar, o conteúdo do contrato, a execução do mesmo, o momento e o lugar. Para Caio Mário a liberdade de contratar se exerce em quatro momentos distintos:

a faculdade de contratar e de não contratar; na escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como o tipo de negócio a efetuar; no poder de fixar o conteúdo do contrato e uma vez concluído o contrato, passa a constituir a fonte formal de direito. Em suas linhas gerais, eis o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos. (PEREIRA, 1997, p. 9).

Miguel Reale, assim como Machado (2009), entende que a liberdade de contratar está incluída na liberdade de iniciativa, asseverando

a liberdade de contratar – ou, mais amplamente, a liberdade negocial – está constitucionalmente assegurada, mesmo porque a livre iniciativa não passaria de um simulacro se ela, no plano prático da ação, não se pudesse consubstanciar em acordos ou convenções mediante os quais duas ou mais pessoas possam estabelecer campos distintos mas complementares de atividade, em livre competição com os demais. (REALE, 1997, p. 95).

Tal assertiva não está totalmente equivocada, embora, a leitura que se deve fazer é que será diferente. Não se pode negar realmente que a livre iniciativa dependerá, na maioria dos casos da celebração de contratos e convenções, sendo exercitada a liberdade de contratar. Todavia não se pode confundir uma liberdade com a outra, a liberdade de iniciativa se utilizará da liberdade de contratar como instrumento para a consecução dos seus objetivos. Mas, não se pode dizer que todo exercício da liberdade de contratar será visto também como um exercício da livre iniciativa.

Conclui-se desta maneira que a autonomia privada contratual (liberdade de contratar) não encontra proteção constitucional por meio do princípio da livre iniciativa, previsto no já mencionado art. 170 da Constituição Federal de 1988. O que não significa dizer que o mesmo não estará protegido constitucionalmente. Se a autonomia privada, e em especial a autonomia privada contratual, é uma expressão da liberdade do ser humano, e sendo a liberdade uma garantia constitucional que visa a proteção da dignidade da pessoa humana, chega-se, por esta indução, ao resultado de que a autonomia privada contratual, deverá ser protegida como elemento próprio da dignidade humana. Neste sentido é o pensamento de Konrad Hesse, ao afirmar que a autodeterminação e a própria responsabilidade consistem em elementos essenciais do tipo de pessoa humana, idealizado pela Constituição, e do qual depende a ordem constitucional (HESSE, 2001, p. 86).

Nesta linha de pensamento foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal ao julgar pela constitucionalidade da penhorabilidade do bem de família do fiador, e também de alguns dispositivos da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Na ocasião do julgamento da penhorabilidade do bem de família do fiador o Min. Joaquim Barbosa assim resumiu a questão:

A questão posta nos presentes autos centra-se no embate entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia (art. 6º da Constituição Federal), que é direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por conseqüência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade. (BRASIL, 2006, p. 897).

Por sua vez o ministro Gilmar Mendes, sendo mais preciso na questão que ora se discute, ao fundamentar o seu voto pela constitucionalidade da penhora no mesmo processo, Recurso Extraordinário 407.688-8 do Supremo Tribunal Federal, assinalou que, apesar de não constar do texto constitucional, de forma expressa, trata-se, o princípio da autonomia privada, de princípio elementar, pois “íntegra a própria idéia ou direito de personalidade” (BRASIL, 2006, p. 905).

Ao fim deve-se concluir pelo teor constitucional da autonomia privada contratual, embora não haja previsão expressa no texto da Constituição Federal de 1988.

3.3.1 A proteção constitucional da autonomia privada

No que diz respeito à intensidade com a qual a autonomia privada encontrará proteção no seio constitucional, Machado, sobre a divisão da autonomia privada em aspectos patrimoniais e existenciais, vai dizer que

Sem embargo, tal dúplice dimensionamento é marcado por uma proteção mais intensa dada aos atos de autonomia exercidos em situações existenciais. A Constituição da República de 1988 tutela a autonomia privada de forma heterogênea: é mais robusta quando os valores existenciais estiverem em cena; e mais branda quando se manifesta em situações subjetivas patrimoniais. (MACHADO, 2009, p. 25).

Mas também reconhece, a fim de se evitar má aplicação da proteção constitucional, que há relações jurídicas subjetivas em que se observa a presença de aspectos tanto patrimoniais como existenciais, e que neste caso será preciso avaliar a qual dos aspectos se atribui maior carga naquela relação jurídica sob análise (MACHADO, 2009, p. 25).

De fato é importante frisar que, realmente, há contratos em que os bens colocados à disposição nem sempre poderão ser considerados sob o aspecto patrimonial, ou não somente neste aspecto. A título de exemplo podem ser citados

os contratos celebrados entre as empresas que administram redes sociais de relacionamento na internet e seus usuários individuais.

Por parte da empresa é disponibilizado um serviço, que envolve tanto a possibilidade de comunicação entre os usuários, como o fornecimento de conteúdo de informação. No caso do usuário individual, inicialmente, tem-se optado que seria um contrato gratuito, portanto, não haveria contraprestação por parte do mesmo. No entanto, este usuário individual fornece uma diversidade de informações, tais como suas preferências musicais, gastronômicas, de vestuário, eventos que gosta de participar, além de fotos, onde lhe é permitido informar onde foram retiradas, entre tantas outras. Por um sistema complexo de programas de informática, a empresa recolhe estas informações e as disponibiliza para possíveis anunciantes, lucrando desta maneira. A questão é que as informações disponibilizadas pelos usuários integram sua esfera privada, fazem parte de sua personalidade, e como tal deve ser protegida.

Não se quer, ao menos neste momento, levantar a dúvida sobre a validade do contrato mencionado, mas sim exemplificar a circunstância em que ocorre a existência de um contrato, celebrado conforme a autonomia privada contratual, porém envolvendo questões existenciais.

Sobre a proteção em comento, importante contribuição é dada por Perlingieri, mencionando dispositivos da Constituição italiana,

A negociação que tem por objeto situações subjetivas não patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 2º Const.). 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 a 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 (art. 41, § 2, Const.). (PERLINGIERI, 2002, p. 18).

Há de se salientar que a asserção realizada pelo autor terá aplicação plena nos casos em que se discuta a autonomia privada, no seu aspecto patrimonial contratual, pois que se trata da funcionalização do instituto, mas que encontrará resistência na doutrina, quando se referir ao exercício da autonomia privada em questões existenciais. Neste sentido é a opinião de Machado

Neste respeito, há que se entender tal diferenciada proteção no sentido de que as situações existenciais não precisam prestar contas com interesses coletivos (por mais importantes que estes sejam) para receber tutela jurídica, como se tivessem que atender a uma função social, e como se uma via fosse de garantia de utilidade social, pois a pessoa humana não pode ser *funcionalizada*. (MACHADO, 2009, p. 25, grifo da autora).

A autonomia privada contratual possui, reconhecidamente, um valor constitucional a ser tutelado, representa verdadeiro avanço na doutrina civilística. Em consonância com este pensamento está o próprio Código Civil brasileiro de 2002, visto que condicionou o exercício da liberdade contratual aos limites impostas pela função social do contrato, demonstrando assim a preocupação do legislador ordinário com a concretização da dignidade da pessoa humana.

Isto significa que o contrato deixa de ser visto como um instrumento utilizado para atender apenas interesses patrimoniais particulares, para ser encarado como um instrumento capaz de promover a pessoa e sua dignidade. Compartilhando deste pensamento está Fiúza, afirmando que “os contratos, enquanto meio de geração de riquezas, de movimentação da cadeia produtiva, devem ser instrumentos de promoção do ser humano e de sua dignidade.” (FIÚZA, 2009, p. 378).

Logo, a aplicação do princípio da autonomia privada será pautada pela observação do princípio da dignidade da pessoa humana, diante do caso concreto. Adentrando o direito contratual por meio do princípio da boa-fé objetiva, da justiça contratual e da promoção da função social dos contratos.

4 AUTOREGULAMENTAÇÃO

O processo de autorregulamentação de certas atividades poderia ser assim definido de maneira bem simples:

Trata-se das iniciativas tomadas pelas companhias ou setores da indústria para regularem a si próprios através, por exemplo, de padrões, monitoramento e metas de redução da poluição. A auto-regulamentação pode-se revelar mais eficaz na diminuição de custos para a sociedade em geral, do que as regulamentações ou os instrumentos econômicos. Isso porque amiúde é o setor empresarial que detém as informações necessárias aos governos para a regulamentação eficaz. (SCHMIDHEINY, 1992, p. 6).

Contudo, dada a importância do tema para o desenvolvimento do presente trabalho, opta-se por uma descrição mais acurada do tema em comento. Para tanto, será necessário entender sua origem e seu conceito, bem como algumas modalidades de autorregulação, além de fazer a ponte entre a autonomia privada e o exercício da autorregulação.

4.1 Conceito

A autorregulação tem sido debatida a alguns anos, até mesmo décadas, em alguns setores da economia e da sociedade. Por este motivo ela ganhou alguns significados diferentes, a depender de a qual contexto está se referindo.

Marcelo Trindade e Ana de Menezes Santos (2011), explicam que a expressão *autorregulação* poderá ser utilizada, por exemplo, em sentido econômico, vinculado à idéia de livre iniciativa, o que levaria a entender que a autorregulação significaria a garantia da liberdade para que o mercado alocasse recursos da maneira mais eficiente segundo sua própria disciplina, sem qualquer ingerência do Estado. Os autores apontam tal entendimento como uma clara herança do liberalismo econômico.

Os mesmos autores apontam ainda um segundo significado para a expressão *autorregulação*, que seria também legado do liberalismo econômico, porém de forma mais branda, e que seria o “resultado de uma iniciativa organizada de agentes ou entidades de mercado de auto-regularem formalmente sua atuação, mediante a

adoção de regras e de mecanismos de composição de conflitos, na chamada autorregulação de base voluntária.” (TRINDADE; SANTOS, 2011, p. 8).

E por fim enumeram um terceiro sentido para a expressão, que seria a referência a autorregulação promovida pelo Estado. Este, por meio do agente regulador, imporá à instituição regulada o poder, e também o ônus, de promover a supervisão do cumprimento das normas legais, bem como prevenir possíveis violações à estas normas. Sendo que neste sentido tem-se a chamada autorregulação de base legal.

Diante dos sentidos para a expressão *autorregulação* os autores inferem que

A essência da auto-regulação é a de um processo de organização coletiva ao qual se submete um determinado grupo de participantes. Esse processo tem caráter extra-estatal, no sentido de que é desenvolvido por órgãos coletivos privados. Como também ocorre com a regulação estatal, a autorregulação se materializa em mais de uma dimensão. Por vezes, essa dimensão abrange, unicamente, a autoridade para criar normas de conduta, recomendações, pareceres de orientação e outros documentos de conteúdo normativo, que passam a reger a atividade dos participantes submetidos à auto-regulação; em outros casos, alcança ainda a fiscalização e supervisão do grupo de participantes. (TRINDADE; SANTOS, 2011, p. 9).

Importante frisar que a autorregulação não deve ser confundida com uma prática muito comum atualmente, que é a elaboração de manuais de conduta, de recomendações, que tem sido recorrentemente denominada de *soft law*. cuja principal característica é não possuir exigibilidade judicial quanto ao seu cumprimento, o que por sua vez há na autorregulação.

A autorregulação pode surgir de duas formas, de forma voluntária ou por imposição legal. No primeiro caso, os indivíduos aderem voluntariamente às normas estabelecidas, submetendo-se aos seus ditames. No segundo caso, os indivíduos são submetidos à autorregulação em virtude uma lei.

Odete Medauar se refere à autorregulação de base legal, como autorregulação induzida, e menciona que há autores que a chamam de autorregulação dirigida.

A literatura refere a auto-regulação dirigida: ocorre uma troca entre o Estado e grupos privados; estes aceitam limitar sua liberdade de ação sob dupla condição: a) garantia de não haver imposição de regulação autoritária; b) o poder público lhes conferir o poder de fixar normas para si próprios. Ex.: bancos na Suíça. (MEDAUAR, 2002, p. 4).

A autora também menciona a possibilidade de haver autorregulação sem a participação do agente regulador público, e cita como exemplos a autorregulação publicitária, regulamentos de empresa, entre outros.

4.2 Algumas vantagens e riscos da autorregulação

Da análise dos mais diversos casos de autorregulação existentes, tanto no Brasil quanto em outros países, é possível identificar alguns pontos positivos de sua implementação.

Muitas são as vantagens deste modelo de regulação. Como a possibilidade de elaboração das normas por agentes altamente especializados no ambiente que está sendo autorregulado, o que proporciona que as normas sejam mais eficazes. Outra vantagem seria o fato destas normas poderem ser revistas de forma mais rápida, correspondendo assim à necessidade de soluções ágeis que o mercado demanda.

Trindade e Santos (2011) apontam ainda outras vantagens proporcionadas pela autorregulação. Entre elas a de que na autorregulação normas e princípios de fundo ético encontram um maior espaço, sem que pareça uma imposição jurídica, uma obrigação, como acontece nas normas jurídicas.

Segundo estes mesmos autores as normas postas na forma de autorregulação encontram maior receptividade por parte dos sujeitos regulados, tendo como consequência um maior respeito pelas mesmas.

De fato, estando envolvidos com a elaboração das normas de autorregulação, os participantes sentem-se moralmente constrangidos a observá-las, de maneira que os custos com a fiscalização do cumprimento dessas normas tendem a ser mais reduzidos que o das modalidades estatais de regulação. (TRINDADE; SANTOS, 2011, p. 14).

Tal observação, contudo, não pode ser considerada como verdade absoluta. Nos casos em que a autorregulação for utilizada por grupo de certa maneira pequeno ou fechado, talvez realmente a afirmação seja correta. No entanto, se se tratar de um grupo de indivíduos relativamente grande a tendência é que a adesão às normas não seja tão grande. Apenas a título de exemplo pode ser citado o caso da autorregulamentação da publicidade no Brasil. Anualmente são instaurados 560 processos, em média, para averiguação de possíveis violações das normas contidas

no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. (CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, 2011). Devendo ainda ser levado em consideração de que os processos instaurados partem, na maioria dos casos, de denúncias feitas por consumidores, sendo que a maioria das pessoas nem sabem da existência do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) o que leva a suposição de que talvez um número muito maior de anúncios poderia ser denunciado.

Apesar das vantagens levantadas, não se pode olvidar de que a mesma também pode apresentar uma série de riscos. Tendo em vista que se trata, geralmente, de normas ligadas à certo e determinado grupo, pode ser que haja dentro deste grupo conflitos de interesses levando a possíveis deturpações das normas colocadas. Bem como há a possibilidade da incidência de ações corporativistas, tornando as normas flexíveis afim de atender interesses particulares de alguns membros.

Outro risco é a grande possibilidade da existência de lacunas na elaboração das normas, o que pode proporcionar dúvidas na interpretação e aplicação das mesmas. Tais dúvidas provocam por sua vez uma insegurança jurídica, pondo em risco a própria efetividade da autorregulação.

4.3 Autonomia privada e autorregulação

No capítulo anterior tratou-se da autonomia privada contratual e todo o caminho percorrido até atingir o seu atual estado conceitual. Neste item busca-se fazer a relação entre o exercício da autonomia privada contratual com o estabelecimento de normas autorreguladoras.

A autorregulação de base voluntária, mencionada no item anterior, também pode ser conhecida como autorregulação privada, o que acaba por destacar desta forma a ausência do poder estatal por meio de intervenções diretas. Neste tipo de autorregulação são as próprias partes envolvidas que estabelecem as normas as quais se obrigam a respeitar, bem como elegem uma autoridade com poderes de exigir o cumprimento das mesmas. Um exemplo seria o do, já mencionado, CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária.⁵

⁵ A autorregulamentação da publicidade no Brasil se iniciou no final da década de 70 como resposta à um projeto de lei que visava estabelecer a censura prévia das propagandas nacionais. Tal projeto perdeu força após uma

A natureza jurídica de uma autorregulação como o CONAR (Código brasileiro de autorregulamentação publicitária), é claramente contratual, criada tomando-se por base a autonomia privada contratual. Fiúza assim define o princípio da autonomia privada:

Consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, seus interesses, respeitados os limites legais. A autonomia privada é a esfera de liberdade em que às pessoas é dado estabelecer normas jurídicas para reger seu próprio comportamento. Os contratos são um fenômeno da autonomia privada, em que as partes se impõem normas de conduta. (FIÚZA, 2008, p. 404).

Se fosse possível colocar ambas as definições, a de autonomia privada e a de autorregulação em moldes sobrepostos, chegar-se-ia à conclusão da estrita relação que há entre ambas. A autorregulação nada mais é do que mais uma forma de se exercer a autonomia privada.

A questão que muitos já levantaram no passado, e que mostra-se bem conveniente neste ponto da discussão, é de que se os contratos podem ser considerados verdadeiramente como fonte do direito. Roppo traz a opinião de que cada vez mais a própria lei vem cedendo espaço ao contrato:

A tendência pela qual é o contrato a conquistar um certo predomínio sobre a lei, e a assegurar a disciplina das relações e situações que primeiro encontrava o seu regulamento exclusivamente nas prescrições autoritárias do legislador; a tendência que frequentemente se exprime com a afirmação de que actualmente a lei é cada vez mais "contratada". (ROPPO, 2009, p. 338)

Não se quer falar, muito menos defender, a substituição da lei pelo contrato, até porque seria impossível, mas tal afirmação parte da análise de situações fáticas em que o próprio legislador tem deixado margem para que as partes, por meio de um contrato ou convenção, estabeleçam direitos que normalmente seriam regulados por lei. Roppo (2009) refere-se especificamente às contratações coletivas no âmbito das relações de emprego público. Todavia não seria errado afirmar que o mesmo movimento poderia ser observado em outros espaços.

série de investidas de nomes importantes da propaganda brasileira, que afirmavam que o mercado publicitário nacional seria capaz de se autorregulamentar. Daí, inspirado no modelo inglês, surgiu o código brasileiro de autorregulamentação publicitária com ampla adesão dos participantes do mercado, com objetivos claros, buscando proteger as partes envolvidas neste mercado, entre elas o consumidor, bem como zelar, pelo que chamam, liberdade de expressão comercial. Disponível em <http://www.conar.org.br/>

Reale assim discorre sobre a justificativa de se reconhecer a existência da fonte negocial do direito:

Essa espécie de normas resulta do fato de que, qualquer que seja o ordenamento jurídico vigente, será sempre necessário reconhecer, pela natureza mesma das coisas, que o homem é um ser capaz de direitos e obrigações e, notadamente, com o poder de estipular negócios para a realização de fins lícitos, graças a acordo de vontades. (REALE, 2002, p. 179)

Em outro trecho o mesmo autor faz referência ao que ele diz ter sido “uma conquista impostergável da civilização”, a autonomia da vontade, e a define desta forma:

O poder que tem cada homem de ser, de agir e de omitir-se nos limites das leis em vigor, tendo por fim alcançar algo de seu interesse e que, situado no âmbito da relação jurídica, se denomina bem jurídico. Pode este ser, quanto ao conteúdo, de natureza econômica, estética, religiosa, de comodidade social, de recreação etc., pois o Direito é sincrônico com todas as formas de vida social. (REALE, 2002, p. 179).

Como se sabe o autor apesar de utilizar a denominação de autonomia da vontade, refere-se, na verdade, à autonomia privada, que se caracteriza justamente pela limitação do exercício da liberdade aos ditames da lei. Apesar desta limitação à lei, o autor conclui

O fato é que, por assim terem livremente convencionado, homens e grupos dão nascimento a formas ou modelos jurídicos de ação, que os vinculam à prática dos direitos e deveres avençados. Essas avenças geralmente se ajustam a modelos legais previstos nos Códigos ou em leis editadas, mas nada impede que as partes constituam estruturas negociais atípicas, isto é, não correspondentes aos tipos normativos elaborados pelo legislador. (REALE, 2002, p. 180)

Percebe-se que o contrato pode ser considerado fonte de direito, com espectro de atuação limitado às partes contratantes, mas dotado da exigibilidade necessária, o que torna possível a submissão de determinados grupos a normas autorreguladoras.

Tratando-se, portanto, as normas autorreguladoras de natureza contratual incidirão sobre elas os mesmos requisitos e princípios observados por um contrato normal, todavia, dada a especialidade e objetivos da norma em comento, torna interessante uma leitura aplicada dos ditos requisitos e princípios.

4.4 Requisitos contratuais aplicados às normas autorregulamentadoras

A iniciar pela exigência de certos requisitos para o contrato, pode-se recorrer à teoria do negócio jurídico, tendo em vista ser o contrato uma espécie deste. Na teoria do negócio jurídico procede-se à análise do mesmo do ponto de vista de planos distintos, quais sejam, o plano de existência, validade e eficácia. Da mesma forma analisar-se-á os contratos, porém não sendo interessante para os objetivos deste trabalho a análise do plano de eficácia.

O plano de existência exige que o contrato contenha quatro elementos: a manifestação de vontade, o agente que manifesta esta vontade, o objeto, e a forma. Lembrando que se está analisando somente a existência do contrato e não sua validade.

A manifestação de vontade, no plano de existência, é identificada pela existência de um 'querer humano', pela declaração de vontade. Antônio Junqueira de Azevedo explica que o elemento em questão não é, de forma alguma, a vontade, mas sim a declaração da mesma em determinado momento, e assim explica:

A declaração uma vez feita, desprende-se do *iter* volitivo; adquire autonomia, como a obra se solta de seu autor. É da declaração, e não da vontade, que surgem os efeitos. Tanto é assim que, mesmo quando uma das partes, em um contrato, muda de ideia, persistem os efeitos deste. (AZEVEDO, 2000, p. 83).

A existência de uma manifestação de vontade reclama a presença de um agente que a emita, pois que não haverá vontade, muito menos contrato, sem a presença das partes. Também se faz necessário que se estabeleça o conteúdo da vontade manifestada, o objeto, que será no sentido de estabelecer obrigações. E por fim a forma como tal vontade se exterioriza, concretamente.

Os mesmos quatro elementos se analisados sob o plano de validade fica mais clara a denotação de requisitos. Deixa de ser evocada a presença simplesmente de uma manifestação de vontade, mas à esta passa ser exigido que seja livremente manifestada e de boa-fé. Quanto ao agente, este não pode apenas estar presente, é necessário que possua capacidade para manifestação de vontade por meio de um contrato, e em alguns casos legitimidade. O objeto, a seu turno, deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. Já a forma como a manifestação de vontade

ganha vida concreta e deverá obedecer dois critérios: se prevista em lei, deverá ser seguida; ou então será livre, se não for prevista e nem proibida.

Aplicando o que fora exposto às normas que se originam da autorregulação privada concluir-se-á que as mesmas nem sempre são fruto da manifestação de vontade de todas as partes as envolvidas, posto que, na maioria das vezes são elaboradas por um pequeno grupo e imposta a outros. Apesar da elaboração das normas não conter a participação de todos os sujeitos, estes manifestam a vontade, livre e de boa-fé, de se submeterem ao que as mesmas estabelecem.

No tocante à capacidade dos sujeitos atingidos pela autorregulação nada se tem acrescentar do que fora dito anteriormente. Apenas com relação à questão da legitimidade pode ser feita alguma observação. Quando se fala em legitimação como requisito de validade de um contrato, está se referindo àqueles contratos que além de lhe ser exigido a capacidade genérica, própria dos negócios jurídicos em geral, lhe é exigido uma capacidade específica, sendo esta muitas vezes estabelecidas pela própria lei. No caso em questão, poder-se-ia falar em legitimidade apenas no sentido de que, além da capacidade genérica, é exigido que a pessoa tenha um tipo específico de relação jurídica com o grupo, tal como o advogado e a Ordem dos Advogados do Brasil, o médico e o Conselho Regional de Medicina.

Quanto ao objeto e a forma, a norma autorregulamentadora está livre para determiná-los até o ponto em que a legislação não os estabelecer ou proibir. No caso do CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, em se tratando de associação sem fins lucrativos, deverá obedecer as regras quanto à sua constituição, já estabelecida em lei. Contudo, o conteúdo de suas normas, deverá obedecer somente os requisitos genéricos do negócio jurídico.

Além dos requisitos mencionados há ainda a incidência dos princípios contratuais, especialmente o da relatividade dos efeitos do contrato, da obrigatoriedade das convenções, boa-fé objetiva e função social.

No que diz respeito à aplicação dos princípios da relatividade dos efeitos do contrato e da obrigatoriedade das convenções, basta dizer que ambos fazem parte da essência da norma autorreguladora, visto que sem os mesmos ela seria inócua. Vale observar que a norma derivada de uma autorregulação produzirá seus efeitos apenas para aqueles que se submeteram a ela por meio de uma adesão contratual, como um associado por exemplo. Da mesma maneira que este associado se verá obrigado a dar cumprimento ao que fora estabelecido, sob pena de ser exigido tal

cumprimento judicialmente pela inexecução de obrigação, ou, antes disto, ser lhe imposta alguma sanção contratual, como multa, desligamento da associação, entre outras.

Tais princípios sofreram ao longo das décadas certa relativização em virtude da decadência do aspecto individualista das relações contratuais, contudo em se tratando de regras postas com o objetivo de autorregular determinado espaço, percebe-se que esta relativização não será na mesma intensidade que em relações particulares, individuais. Porém, isto não significa que não seriam aplicados os princípios da boa fé objetiva e função social do contrato, pelo motivo destes serem as principais balizas desta relativização principiológica.

A boa fé objetiva, em contraposição da boa fé subjetiva, leva em consideração não as convicções internas, mas parte de um denominador comum a todo indivíduo, o famoso padrão do homem médio, para determinar que as partes envolvidas no contrato devem respeito recíproco, a fim de que se corresponda à confiança que uma depositou na outra. Terá aplicação nos contratos de autorregulação em sua tríplice função, interpretativa, integrativa e de controle.

Para Fiúza (2008), a função interpretativa do princípio da boa fé objetiva manda que o contrato seja interpretado conforme o sentido objetivo aparente, e quando houver dúvidas sobre este sentido objetivo, deverá, de acordo com a boa fé, buscar o sentido mais razoável. Função esta de suma importância quando se refere à autorregulação voluntária, pois que esta, como foi exposto, está sujeita a produzir normas repletas de lacunas, sendo estas preenchidas pela função interpretativa da boa fé objetiva.

A função integrativa parte do pressuposto que em toda relação contratual há deveres, ou poderes, primários e secundários. Os primários são aqueles que partem diretamente da manifestação de vontade das partes, e os secundários aqueles que derivam da própria natureza do contrato. Sendo ambos integrados pela consecução do princípio da boa fé objetiva.

Da lição de Arnoldo Wald pode se extrair o conteúdo da função de controle exercida pelo princípio da boa fé objetiva:

Nesse sentido, a boa-fé tem natureza supletiva e função instrumental, reduz a margem de autonomia privada, uma vez que a sua observância independe da vontade das partes. Exige-se a concretização dos escopos visados pelos contratantes, que devem observar os deveres secundários,

para não frustrar o fim do contrato e agravar a vinculação do devedor. (WALD, 2006, p. 192).

Tanto a função integradora como a de controle, serão úteis à consubstanciação das normas contratuais autorreguladoras, visto que a aplicação conjunta de ambas as funções, evitará que se cometa abusos no exercício da liberdade de contratar garantida pela autonomia privada.

Outro princípio aplicável às situações de autorregulação voluntária, pertencente à moderna principiologia contratual, é o da função social do contrato. Este princípio fora introduzido na ordem jurídica positiva pelo art. 421 do Código Civil de 2002. Miguel Reale, autor do projeto do atual código civil, assim justifica a inserção do artigo em comentário:

Um dos motivos determinantes desse mandamento resulta da Constituição de 1988, a qual, nos incisos XXII e XXIII do art. 5º, salvaguarda o *direito de propriedade*, que “atenderá sua função social”. Ora, a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade. (REALE, 2005, p. 266).

Seguindo os parâmetros da função social da propriedade, a função social do contrato também limitará a esfera de autonomia privada do indivíduo, atingindo diretamente a liberdade de contratar. Teresa Negreiros assim se coloca diante do tema

À semelhança do que ocorre com a propriedade – cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validade do exercício do direito do titular de um domínio – também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um instrumento de realização do projeto constitucional. Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a idéia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente. (NEGREIROS, 2006, p. 210-211).

Como bem lembrado pela autora, o princípio da função social do contrato de maneira alguma se contrapõe à liberdade de contratar, apenas lembra à esta que

seu exercício contemporâneo não será absoluto como fora no passado. O princípio atualiza a liberdade contratual, adequando-a à nova realidade constitucional.

No tocante à aplicação deste princípio nas normas autorreguladoras voluntárias, há de se destacar que principalmente estas deverão observar o presente princípio, visto que a possibilidade destas produzirem efeitos que atinjam terceiros é muito maior que em contratos que envolvam poucos indivíduos. Observação interessante é a realizada por FIÚZA (2008, p. 404), onde afirma que, não obstante na maioria dos casos, a função social do contrato ser invocada em benefício de terceiros, a mesma poderá ser levantada em benefício de uma das partes contratantes, alargando assim a esfera de aplicação do presente princípio.

Ainda sobre o princípio da função social do contrato Negreiros (2006) traz a ideia de que este princípio deverá ser observado em uma via de mão dupla. Baseada nas lições de Antonio Junqueira de Azevedo ela explica que,

É neste sentido, e utilizando esta mesma terminologia – “princípio da função social” –, que Antonio Junqueira de Azevedo analisa a responsabilidade do terceiro que, por meio de um subsequente contrato, contribui para o inadimplemento de obrigação contratual previamente assumida pelo devedor. Nesta sua acepção, o princípio da função social encontra fundamento constitucional no princípio da solidariedade, a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas indicadas. (NEGREIROS, 2006, p. 208).

As normas autorreguladoras voluntárias, dada a sua natureza contratual, deverão observar, portanto, a exigência de cada um dos requisitos apresentados, bem como estarão sujeitas à aplicação dos princípios acima expostos. Não poderão de forma alguma afastar-se desta observação, o que proporciona à estas a segurança jurídica necessária para sua execução.

4.5 A intervenção do Estado nas relações privadas: do dirigismo contratual na autorregulação privada

Já se pôde concluir pela indubitável possibilidade de autorregulação, bem como pela revelação de que esta nada mais é do que forma de exercício da autonomia privada contratual. Como exercício da autonomia privada, também já se sabe que a mesma deverá se submeter aos requisitos e princípios do direito

contratual, além de se situar nos limites que a lei estabelece. Todavia é válido destacar que além de tudo que fora exposto anteriormente, dois valores primordiais deverão ser observados no processo de elaboração da norma autorreguladora, a ordem pública e os bons costumes.

De debatida definição, ambos vêm ao longo dos séculos sendo considerados os pilares da validação dos contratos, tanto que na ausência de qualquer dois o contrato deve ser declarado ineficaz. Mas, o que viria a ser ordem pública e bons costumes?

A ordem pública segundo Fiúza “é o conjunto de normas que erigem a estrutura social, política e econômica da nação. Pautam-se essas normas no interesse público, que, por seu turno, é o conjunto de aspirações de uma coletividade para a obtenção de bens, vantagens, atividades ou serviços de fruição geral.” (FIÚZA, 2008, p. 409).

O nosso ordenamento está repleto de exemplos de normas consideradas de ordem pública que afetam diretamente a liberdade de contratar. Um exemplo é a norma contida no artigo 122 do Código Civil, que determina que para serem consideradas lícitas as condições devem respeitar a ordem pública.

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. (BRASIL, 2002).

Outro exemplo interessante encontra-se no parágrafo único do artigo 2.035, localizado na parte de disposições finais e transitórias do atual Código Civil, e que se refere à determinação que nenhuma convenção, negócio jurídico, será mantido se conflitar com normas de ordem pública, como as que protegem a função social da propriedade e do contrato.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. (BRASIL, 2002).

Já os bons costumes podem ser entendidos como um conjunto de normas, uma espécie de tirocínio cotidiano, voltadas à manutenção de certa condição moral adequada ao tempo e espaço. Para Fiúza “bons costumes são aqueles que se

cultivam como condição de moralidade social, variável no tempo e no espaço, ou seja, de acordo com a época e o lugar.” (FIÚZA, 2008, p. 409).

O ordenamento nacional também faz referência à observância dos bons costumes, como no artigo 187 do Código Civil, que regula o abuso de direito, informando que também será ato ilícito aquela prática abusiva no exercício de um direito caracterizada por exceder, entre outras coisas, os bons costumes. “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Tais limitações encarnadas no ordenamento jurídico refletem o interesse do Estado em intervir nas relações privadas, especialmente nas relações negociais. Mas, não se trata de uma postura atual, o intervencionismo estatal nas relações privadas encontra precedentes, principalmente nas constituições posteriores à Guerra de 1914, como a Mexicana de 1917, a de Weimar de 1919, e mais tarde a Constituição brasileira de 1934. Após a Guerra de 1939-1945, o intervencionismo ganhou força e acabou por atingir países que não haviam tomado decisões neste sentido, como a Inglaterra, a Espanha, a Argentina (WALD, 2006, p. 194). Todo este movimento intervencionista é assim justificado por Arnaldo Wald

A necessidade de maiores recursos para o Estado, a fim de atender às suas novas responsabilidades, a defesa da moeda, pela instauração de seu curso legal e de seu curso forçado, a defesa nacional no plano econômico, a proteção dos elementos fracos, a necessidade de impedir o aparecimento de interesses privados que pudessem entrar em choque com o interesse público exigiram do Estado uma interferência cada vez maior na vida nacional, fazendo surgir o contrato publicidade, o *contrato dirigido*, o contrato forçado, os contratos de adesão e o contrato evolutivo. (WALD, 2006, p. 195).

Na década de 80 e nas seguintes exsurtiu o movimento de privatização da economia. O mundo caminhava em busca do equilíbrio perdido por meio da excessiva intervenção Estatal na esfera privada. O Estado passa a reservar pra si somente aquelas funções que julga não poderem ser exercidas pela iniciativa privada.

Wald vê no intervencionismo estatal uma estratégia para a preservação da democracia (2006, p. 195). César Fiúza, a partir do fato do homem viver em sociedade, chama atenção para a necessidade de intervenção do Estado pois,

“Se o Estado se abster, como recomenda o *laissez-faire*, nenhum poder existirá para conter os excessos dos indivíduos em relação ao grupo e a outros indivíduos, e dos grupos em relação a outros grupos e em relação aos indivíduos.” (FIÚZA, 2008, p. 410)

Entende que somente o Estado é capaz de manter o controle, pois que tem os meios necessários para ditar os comportamentos adequados, tanto por meio da coerção como por qualquer outro meio lícito.

Fiúza lembrando as diversas crises econômicas que assolaram o mundo inteiro argumenta que todas estas crises tiveram repercussões nos campos político e social, o que por si só enseja a intervenção do Estado no domínio econômico, visto que cabe à ela a atividade reguladora da conduta humana. E, citando Lorenzetti, aduz que o contrato situa-se “na esfera social, no máximo na privada, nunca na esfera íntima, o que legitima a intervenção estatal para harmonizar os interesses em conflito.” (FIÚZA, 2008, p. 410).

Roppo por sua vez enxerga a intervenção estatal, por meio do poder legislativo, como uma solução para suprir a deficiência de um sistema que não oferece proteção às partes vulneráveis em uma relação contratual:

O remédio, consiste, então, em regra, numa *intervenção autoritária externa do poder público* – geralmente do legislador – que reage às restrições ou à expropriação *de facto* da liberdade contratual das “partes débeis”, restringindo, por sua vez, mas com prescrições normativas *formais*, a liberdade contratual das “partes fortes” do contrato, pois já sabemos que é o exercício da liberdade contratual dos contraentes em posição de superioridade econômica e social a causar directamente a supressão da liberdade contratual dos contraentes em posição econômica e socialmente deteriorada. (ROPPO, 2009, p. 327, grifo do autor).

Independentemente da forma como se dará a intervenção estatal na esfera privada, sobretudo nas relações contratuais, pode-se dizer que, partindo de uma concepção constitucionalista, o objetivo maior é a preservação da dignidade da pessoa humana. Alinhado ao pensamento de Arnaldo Wald pode-se dizer que:

O desafio da nossa geração consiste, basicamente em conciliar a democracia política com as aspirações sociais, a concentração econômica e o desenvolvimento tecnológico. Trata-se de transformar o dirigismo num planejamento dialogado que deve decorrer dos entendimentos entre a iniciativa privada e a administração, consagrando-se, assim, a democracia tanto no plano econômico como no político e garantindo-se os direitos individuais e sociais, que constituem a condição indispensável do desenvolvimento de qualquer sociedade. (WALD, 2006, p. 195).

Portanto, toda norma que se presta a autorregular determinado grupo ou espaço, deve levar em consideração o fato de que sofrerá limitações, muitas vezes necessárias, a fim de que se preserve a ordem pública e os bons costumes, que por sua vez visam a manutenção da dignidade da pessoa humana.

4.6 Da necessidade ou possibilidade de autorregulação da internet

O advento da internet, como já dito no primeiro capítulo, tem provocado uma série de mudanças na sociedade de forma amplíssima, seja no comportamento das pessoas, seja na economia, e até mesmo na política. O mesmo se pode dizer do Direito, tendo em vista que este tem em seu âmago as relações sociais.

Dentre os vários questionamentos que a larga utilização da internet trouxe para o Direito, alguns encontraram respostas prontas no ordenamento jurídico vigente, como os relacionados a crimes cometidos por intermédio da rede, entre eles o estelionato; outros questionamentos necessitam de certa manobra interpretativa para que sejam respondidos; e outros ainda, e aqui está o foco deste capítulo, não possuem uma resposta do Direito, nem mesmo por um exercício hermenêutico. Cabe salientar que não basta encontrar respostas, é preciso que estas sejam viáveis, para ilustrar esta afirmação basta pensar na seguinte situação: um consumidor brasileiro adquire um livro no *site* de uma empresa localizada no Marrocos, depois de um certo prazo o livro chega, porém, faltando algumas páginas. A pergunta, com resposta, é a seguinte, a quem recorrer? Ao judiciário brasileiro, pois se trata de relação de consumo, foro do consumidor. Contudo, tal demanda é viável para o consumidor?

Questões como a que se acaba de mencionar ainda não encontram respostas plausíveis, mas o Direito tem, por intermédio de inúmeras pesquisas na área, buscado soluções adequadas com o objeto de tornar mais segura a utilização da internet para todos os indivíduos. Uma primeira solução, dado o caráter ainda legalista do Brasil, está na regulamentação da utilização da internet no país, contudo a mesma encontra resistência por parte de sujeitos que defendem a liberdade na utilização e que vêem na regulamentação uma intervenção arriscada do Estado, que poderia limitar a liberdade dos *internautas*.

A discussão sobre a regulação da internet circula em torno de duas principais correntes, uma que defende a existência de controle por parte do Estado através da

criação de uma legislação, e outra que defende que a internet deve ser mantida livre de uma regulamentação estatal específica, apoiando-se na autorregulação do meio para se manter segura.

4.6.1 A Corrente libertária

Carlos Alberto Rohrmann, em sua obra “*Curso de Direito Virtual*”, ao discorrer sobre o que chama de “Direito Virtual”, referindo-se à aplicação do direito à internet, menciona a existência de algumas correntes acerca desta aplicação do direito ao mundo virtual. Entre as correntes mencionadas por ele está a “corrente libertária” do direito virtual. (ROHRMANN, 2005, p. 13).

O início da corrente libertária foi marcada pela publicação do artigo “*The economy of ideas*”, de autoria do escritor americano John Perry Barlow (ROHRMANN, 2005, p.13), e altamente reproduzido em diversas páginas da internet. Neste artigo Barlow inicia com uma citação de Thomas Jefferson, o terceiro presidente dos EUA, onde este afirma que uma invenção não pode, por natureza, ser objeto de propriedade. E partindo daí Barlow vai defender a ideia da não aplicação das normas protetivas de direitos autorais no mundo virtual. (BARLOW, 1994).

Barlow, dois anos após, publicou um novo artigo, intitulado “*A Declaration of independence of the cyberspace*”, também citado por Rohrmann (2005, p. 13), onde ele se dirige àqueles que pretendem de alguma forma regular a utilização do espaço virtual, e interpreta esta tentativa como uma ameaça à liberdade. Em um trecho Barlow escreve:

Na China, Alemanha, França, Rússia, Singapura, Itália e Estados Unidos, você está tentando repelir o vírus da liberdade erguendo postos de guarda nas fronteiras do ciberespaço. Isso pode manter afastado o contágio por um tempo pequeno, mas eles não irão funcionar em um mundo que brevemente será coberto por bits. (BARLOW, 1996, tradução nossa)⁶

⁶ In China, Germany, France, Russia, Singapore, Italy and the United States, you are trying to ward off the virus of liberty by erecting guard posts at the frontiers of Cyberspace. These may keep out the contagion for a small time, but they will not work in a world that will soon be blanketed in bit-bearing media.

Refere-se Barlow à liberdade ironicamente como um vírus, pois aos olhos da corrente libertária, as tentativas do Estado de regulamentar a internet se assemelha ao combate de determinada “praga”.

No mesmo ano em que Barlow publica sua declaração de independência, outros dois americanos publicariam um artigo, agora da seara jurídica, intitulado “*Law and borders – the rise of Law in cyberspace*” (ROHRMANN, 2005, p. 14). Os autores deste artigo, publicado na *Stanford Law Review*, são os professores David Post e David R. Johnson. Os professores vão desenvolver seus argumentos partindo da concepção de fronteira, espaço geográfico delimitado. A partir daí propõe a ideia de que o espaço virtual seria um novo espaço geográfico independente do espaço real, e sendo assim o direito tradicional, vinculado a fronteiras físicas, não seria aplicável, ou adaptável, ao mundo virtual. Concluem:

Usando esta nova abordagem, não teríamos mais a pergunta irrespondível "onde" no mundo geográfico uma transação na internet ocorreu. Em vez disso, as questões mais importantes passam a ser: Que regras são mais adequadas às características muitas vezes únicas deste novo lugar e as expectativas daqueles que estão envolvidos em várias atividades lá? Que mecanismos existem ou precisam ser desenvolvidos para determinar o conteúdo dessas regras e os mecanismos pelos quais eles podem ser executados? (POST; JOHNSON, 1996, tradução nossa).⁷

Post e Johnson defendem que ao responder estas perguntas poder-se-á desenvolver regras que melhor se adéquem à esta nova realidade. Nesta linha de raciocínio estes autores caminham para a propositura de uma autorregulação da internet, pois para eles este seria o melhor caminho para lidar com as questões legais que a envolvem. Em outro artigo publicado por Post tal proposição se concretiza. Em “*How Shall the Net Be Governed?*”, o autor, como informa Rohrmann (2005, p. 17), sistematiza o Direito Virtual em quatro correntes distintas, entre elas, a do Direito Emergente ou Descentralizado. Ao propor esta forma de direito para o mundo virtual, defende que o sistema funcionaria a partir da adesão voluntária dos

⁷ Using this new approach, we would no longer ask the unanswerable question "where" in the geographical world a Net-based transaction occurred. Instead, the more salient questions become: What rules are best suited to the often unique characteristics of this new place and the expectations of those who are engaged in various activities there? What mechanisms exist or need to be developed to determine the content of those rules and the mechanisms by which they can enforced?

usuários, comparando este movimento ao mesmo que deu origem à própria internet⁸. E conclui

Ou talvez devêssemos pensar nisso como a lei das redes, como uma possível (ou até mesmo provável) conseqüência desse desenvolvimento evolutivo é o surgimento de confederações de rede, cada um com seus próprios princípios "constitucionais" - alguns permitindo e outros proibindo, por exemplo, comunicações anônimas, impondo algumas regras rigorosas em matéria de redistribuição de informações, e outros permitindo maior liberdade de circulação - executada por meio de cercas eletrônicas proibindo a circulação de informação entre fronteiras daquela confederação. (POST, 1996, tradução nossa)⁹

Rohrmann critica severamente a autorregulação da internet na forma como é proposta pela corrente libertária, alegando que somente o Estado detêm a força necessária para impor normas e exigir seu cumprimento. Aduz que "Ora, propor a auto-regulamentação como fonte da ordem independentemente de um Estado e afirmar que isso não leva necessariamente à anarquia e à desordem (ao caos) corresponde a demonstrar uma opção sincera pela utopia." (ROHRMANN, 2005, p. 19). Conclui o autor que a corrente libertária parte da primícia de negação da autoridade do Estado no mundo virtual, que possui espaço diferenciado e soberania própria, o "novo mundo virtual", onde reina a liberdade (ROHRMANN, 2005, p. 21).

4.6.2 As posições ontológicas sobre o direito no mundo virtual

O professor argentino Ricardo Luiz Lorenzetti ao tratar do tema das influências do desenvolvimento tecnológico no direito, em especial a internet, dividiu os posicionamentos diversos em dois grupos distintos. O primeiro denominado "ontológico" e o segundo denominado "instrumental". O primeiro posicionamento congrega as ideias que possuem em comum o fato de acreditarem na existência de um mundo virtual separado do mundo real. (LORENZETTI, 2004, p. 68).

⁸ A internet teve início na interconexão de pequenas redes de computadores já existentes, que de forma voluntária foram se conectando uma a uma e que acabou por levar a uma grande rede mundial.

⁹ "Or perhaps we should think of this as the law of the nets, for one possible (or even likely) consequence of this evolutionary development is the emergence of multiple network confederations, each with their own "constitutional" principles -- some permitting and some prohibiting, say, anonymous communications, some imposing strict rules regarding redistribution of information and others allowing freer movement -- enforced by means of electronic fences prohibiting the movement of information across confederation boundaries." Disponível em <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/governance.html>, acessado em 21/12/2011.

Os adeptos deste posicionamento afirmam, assim como os libertários, que o Direito tradicional não serve para atender as necessidades e características deste novo mundo. Segundo Lorenzetti eles utilizam a analogia entre a Terra e o Mar. O Direito, do mundo real, editado por Estados soberanos possui atuação dentro dos seus respectivos espaços territoriais, estando limitado à estes, e ao mesmo tempo reconhece a área livre desta atuação, que é justamente o mar, com exceção apenas para aquelas faixas próximas ao continente. A internet seria, por analogia, este espaço, tal como o mar, onde não haveria atuação de nenhuma norma elaborada pelo poder do Estado. (LORENZETTI, 2004, p. 69).

A evolução tecnológica apresenta um novo paradigma, o “paradigma digital”, no qual subsiste uma nova concepção de mundo, onde as relações sociais serão transformadas. De onde se tira de que o Direito construído sob um paradigma não servirá a outro. Nesta esteira é o pensamento de quem defende a existência de algo como a “*Lex mercatoria*”, seria a “*Lex informática*”, representada pela atuação dos entes privados na elaboração e exigência de normas criadas por eles mesmos, um sistema autorregulado. As normas seriam ditadas pelos costumes, que acabariam por produzir Códigos de Ética e Conduta, e que por fim todos estariam submetidos ao Código Técnico, que conduziria a governança de toda a internet, inclusive solucionando conflitos. (LORENZETTI, 2004, p. 70).

A última concepção, de submissão ao Código Técnico, possui como precursor o norte-americano Lawrence Lessig, que no livro “*Code: and other laws of cyberspace*” defendia a tese de que o software funciona como uma espécie de lei e que então a regulação da internet deveria ser elaborada com base neste sistema (LESSIG, 1999). Rohrmann classifica este posicionamento como a corrente da “escola da arquitetura da rede” (ROHRMANN, 2005, p. 22).

Um outro argumento aduzido dentro desta posição ontológica é de que seria impossível regular a internet. Baseando-se em algumas características da internet, como o fato de acesso à ela ser amplo, interativo, na maioria das vezes anônimo, em escala transnacional, protegido pela liberdade de expressão, julgando não ser possível a qualquer ente estabelecer restrições que não sejam lesivas e ainda fazê-las cumprir. (LORENZETTI, 2004, p. 70).

Por fim há ainda o argumento que sai em defesa da liberdade individual. Guarda certa relação com a corrente libertária apresentada por Rohrmann, porém

está mais voltada ao ciberativismo, lutando, inclusive, contra as normas de proteção aos direitos autorais. Lorenzetti explica:

Para o “pensamento libertário”, deve garantir-se a liberdade de expressão na *Internet*, porque é um foro democrático no qual os indivíduos podem ser criadores de seu próprio meio. Nesta linha, sustenta-se que a participação dos “navegantes” nos sítios é uma entrada a um lugar público, de livre acesso, que colide com os direitos de propriedade privada que tencionam cobrar tarifas. (LORENZETTI, 2004, p. 71)

Há um número muito grande de indivíduos e grupos organizados prontos a se lançar a frente dos “tanques de guerra” do Estado regulador. No início de 2012 uma onda de protestos invadiu as redes sociais contra a aprovação de duas normas nos EUA que visavam proteger direitos autorais, porém com medidas de certa forma radicais como fechamento de *sites*, entre outras medidas. Atitudes como estas dos EUA de, cedendo à pressão da enorme indústria fonográfica e cinematográfica, elaborar regras desproporcionais, acaba por fortalecer o pensamento libertário e a provocar atos em defesa da quebra de regras de *copyright* que já existem.

4.6.3 A necessidade de autorregulação da internet: uma associação entre o exercício da autonomia privada e a participação do Estado

O ramo do Direito dedicado às questões que envolvem a implementação de novas tecnologias digitais recebe diversas denominações, como direito virtual, direito eletrônico, direito de internet, entre outros. Uma destas denominações é direito digital, dada por Patrícia Peck. Esta autora, no livro “*Direito Digital*”, na parte concernente à caracterização deste novo ramo do direito, afirma, categoricamente, que este obedece o princípio normativo da autorregulamentação. Assim descreve,

O princípio que norteia a auto-regulamentação é o de legislar sem muita burocracia, observando a Constituição e as leis vigentes. Isso permite maior adequação do direito à realidade social, assim como maior dinâmica e flexibilidade para que ele possa perdurar no tempo e manter-se eficaz. Tal tendência de auto-regulamentação por meio do exercício da liberdade responsável e das práticas de mercado sem intervenção estatal é uma das soluções que mais atendem à necessidade de que o Direito Digital deve não apenas conhecer o fenômeno social para aplicar a norma, mas ter uma dinâmica e uma flexibilidade que a sustentem na velocidade das mudanças da sociedade digital que serão sempre sentidas, primeiramente pela própria sociedade. (PECK, 2007, p. 48)

Os argumentos apresentados até o momento sinalizam para a total ausência do Estado quando o assunto for a regulação da internet, ou então apontam para uma participação muito pequena do mesmo. A justificativa para esta repulsa provem do receio, declarado ou não, de que o Estado intervenha para limitar direitos ou estabelecer obrigações. Os sujeitos, legítimos possuidores, deste receio podem ser percebidos de forma muito fácil. Trata-se do cidadão que teme pela perda da liberdade de expressão, e da empresa que teme pela intervenção do Estado em um mercado altamente rentável.

No entanto, apesar destes fundados ou infundados receios, é clarividente a necessidade de participação do Estado nas questões ligadas à utilização da internet, pois sua ausência poderá representar a instalação de uma total desordem pública, um completo desvirtuamento do princípio constitucional da liberdade, comutada em libertinagem, ou ainda um total domínio de grandes empresas.

Stéfano Rodotá recorda que na Itália entre a década de sessenta e setenta houve a liberação dos setores de televisão e rádio, fazendo nascer na população a ilusão de que a liberdade conquistada seria tão maior quanto menor fosse a intervenção do Estado. Contudo, a liberação destes setores chamou a atenção de grandes grupos, o que acabou por provocar a formação de uma grande estrutura muito próxima a um oligopólio. (RODOTÁ, 1998).

Com esta história Rodotá quer chamar a atenção daqueles que acreditam que a ausência do Estado na regulação de determinado setor não significa a garantia de liberdade. Há a possibilidade de materialização do dito popular brasileiro “*sair do fogo para cair na brasa*”. A questão a ser levantada é: a quem o cidadão prefere se submeter? Ao Estado, em nosso caso, fundado na proteção constitucional da dignidade da pessoa humana; ou à grande indústria da internet, fundada nas regras de mercado?

Rodotá ressalta a existência de interessante paradoxo acerca da alegada liberdade ilimitada na internet:

Não é suficiente pagar os preços se então o que eu acesso é sempre mais caro e se os bens e as informações que eu acessar livremente são cada vez mais limitados. A Internet já nos confronta com o que pode ser considerado um paradoxo ou uma contradição. Em teoria, o acesso é ilimitado, na

prática, a demanda de acesso a custos particulares corre o risco de limitar muito todo o resto. (RODOTÁ, 1998, tradução nossa).¹⁰

O que se pode perceber é que a liberdade proporcionada pelo advento da internet não é garantia indubitável, visto que uma série de outros fatores incidem sobre o exercício e alcance desta liberdade, como demonstrado acima por Rodotá.

Lorenzetti propõe, a fim de resolver esta questão de intervenção ou não do Estado, o que chamou de “paradigma da ancoragem”, que “significa estabelecer pontos fixos que permitam a inovação, mas não a insensatez, a hipótese aventureira ou a improvisação.”(LORENZETTI, 2004, p. 78). Visa a preservação de valores, enquanto se abre ao estudo de inovações. Daí que “Tomando como ponto de partida esse paradigma, entendemos que o Direito vigente deve ser visto como um “ponto fixo”, uma “âncora” para evitar que o “paradigma digital” aliene-se da enorme experiência adquirida no que toca à hierarquia de valores, a noção de justo e razoável.” (LORENZETTI, 2004, p. 78, grifo do autor)

A solução ideal reside na associação entre intervenção Estatal e autorregulação, assim como acontece no direito contratual. Os indivíduos exercem sua liberdade de contratar, todavia limitados pela norma de ordem pública, que tem por objetivo a preservação de valores essenciais à proteção da dignidade da pessoa humana. A intervenção do Estado na regulação da internet deve ser apenas neste sentido, de preservar determinados valores como a liberdade, a segurança, a dignidade. Deixando ao particular o livre exercício de sua autonomia privada, seja se submetendo a contratos reguladores de determinado serviço ou espaço, ou elaborando tais normas. Lorenzetti afirma que “É necessário preservar a fluidez, a criação, a democracia interna na rede, e para isso nada melhor que os acordos contratuais com baixos custos de transmissão, mas num marco institucional que preserve os direitos individuais, como já apontamos.” (LORENZETTI, 2004, p. 81)

A regulação estatal deverá existir no intuito de oferecer o mínimo de segurança necessária, a fim de coibir quaisquer tipos de abuso por parte daqueles que elaboram os contratos que servirão como norma autorreguladora.

¹⁰ Non basta incidere sulle tariffe se poi ciò a cui accedo è sempre più costoso e se i beni e le informazioni a cui accedo liberamente sono sempre più limitate. Internet già ci mette di fronte a quello che può essere considerato un paradosso o una contraddizione. In teoria l'accesso è illimitato, in concreto la richiesta di accesso a costi particolari rischia di limitare molto tutto questo.

5 DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE À CRESCENTE UTILIZAÇÃO DA INTERNET

O surgimento da internet, bem como a massificação de sua utilização, provocou uma grande revolução na sociedade, seja uma revolução no comportamento das pessoas, seja na economia, seja na política, nos conceitos, enfim, o mundo passa por uma transformação. Manuel Castells faz a seguinte comparação

Se a tecnologia da informação é hoje o que a eletricidade foi na Era Industrial, em nossa época a Internet poderia ser equiparada tanto a uma rede elétrica quanto ao motor elétrico, em razão de sua capacidade de distribuir a força da informação por todo o domínio da atividade humana. (CASTELLS, 2003, p. 7)

A distribuição da força da informação a qual Castells se refere é um dos maiores benefícios proporcionados pela internet. Sua arquitetura de rede proporcionou que grandes volumes de informação sejam trocados em um tempo cada vez menor, e entre distâncias cada vez maiores. É justamente como afirmam Lemos e Lévy “Trata-se de uma nova relação com o espaço e o tempo, de uma nova dimensão da vida na polis” (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 29).

Esta “nova dimensão da vida na polis” pode ser representada sob diversos aspectos, contudo, neste capítulo, se aterá somente à perspectiva da pessoa, enquanto sujeito de direitos. O cidadão da internet é diferente do cidadão comum, que vive no mundo real. O indivíduo virtual sente-se mais livre para expressar suas ideias, suas posições políticas, suas críticas, mas também se sente mais livre para se relacionar, se comunicar, e até mesmo expor sua vida. Tudo isto porque o ambiente de internet tem sido desenvolvido sob esta bandeira, a da liberdade.

Contudo, apesar da vida se virtualizar, as consequências desta atividade continuam reais. Todo este envolvimento das pessoas com a internet, tornando-se verdadeiros habitantes do mundo virtual, resulta em uma maior exposição dos bens da personalidade, tais como imagem, vida íntima e privada, e a própria liberdade, que muitas vezes ficam em situação de vulnerabilidade.

Os direitos da personalidade muitas vezes permanecem em estado de vulnerabilidade por conta dos próprios titulares destes direitos, porém, no ambiente virtual, os motivos podem ser outros, desde a má utilização da tecnologia por

terceiros, até a realização de contratos por grandes empresas da internet, onde está o foco desta pesquisa.

Antes porém de enfrentar este tema, é necessário compreender bem o são os direitos da personalidade, sua relevância constitucional e algumas espécies mais vulneráveis no ambiente de internet. Para só então enfrentar a questões relacionadas aos contratos, e por seguinte na regulação em defesa destes direitos.

5.1 Evolução histórica dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade apesar de parecer uma construção recente do Direito, já encontrava alguma proteção, mesmo que não sistematizada, em ordenamentos como o Código de Hamurabi que previa punições para aqueles que atentassem contra a integridade física e moral de uma pessoa (FIÚZA, 2008, p. 167).

Os romanos não possuíam um ordenamento próprio finalisticamente voltado para a proteção dos direitos da personalidade, pois que se tratavam de juristas práticos, com a atenção voltada mais àquelas teorias que demandavam alguma ordem prática. Mas não significa que não possuíam algum meio para proteção da personalidade humana. Havia um recursos chamado *Actio Injuriarum*, que poderia ser utilizada contra qualquer tipo de injúria, fosse de ordem física ou moral. (DANTAS, 1979, p. 192-193).

A elaboração de uma categoria a parte para os direitos da personalidade somente vai surgir na metade do século XIX, especialmente por obra da doutrina germânica e francesa. (DANTAS, 1979, p. 192; FIÚZA, 2008, p. 167). Tendo como principais responsáveis pelo desenvolvimento da proteção dos direitos da personalidade o cristianismo, defensor da dignidade do homem, o jusnaturalismo, que pregava a existência de direitos inatos ao homem, e ao iluminismo, por valorizar o indivíduo perante o Estado. (FIÚZA, 2008, p. 167).

Boa parte do desenvolvimento da teoria de proteção aos direitos da personalidade se deve ao desenvolvimento do direito público, a partir do momento em que a proteção do ser humano passa a ser o centro do ordenamento jurídico, especialmente o constitucional. No século XIII ainda, na Magna Carta, haviam dispositivos preocupados em proteger a pessoa contra possíveis arbitrariedades do Estado (FIÚZA, 2008, p. 168). A evolução desta proteção se desenvolverá de

acordo com cada momento histórico, chegando, por exemplo, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, assinada após a segunda guerra mundial, em 1948.

Interessante notar nesta evolução da proteção dos direitos referentes à personalidade humana, é que o mesmo se dotou de características tanto de direito privado como de direito público. No direito privado será nomeado como direitos da personalidade, já no direito público, receberá o nome de direitos humanos ou direitos fundamentais. (FIÚZA, 2008, p. 168).

5.2 Conceito

Para se alcançar o conceito de direitos da personalidade é necessário que se compreenda primeiro sobre o que venha ser a “personalidade” aqui protegida.

A personalidade a qual se refere não é a relacionada à questões de capacidade jurídica do ser humano. A determinar se o mesmo é capaz de direitos ou não. Pode, ab inicio, parecer um tanto quanto óbvio tal constatação. Acontece que na época em que os direitos da personalidade começaram a ser encarados como categoria autônoma de direitos, houve quem se recusou a reconhecê-la justamente por confundir a personalidade, capacidade de direitos, com a personalidade, objeto de proteção jurídica. Dantas assim elucida a questão:

Quando se fala em direitos da personalidade, não se está identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e, não, nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica, em outras ocasiões identificada como a personalidade. (DANTAS, 1979, p. 192)

San Tiago Dantas se refere as duas concepções da palavra personalidade. Uma primeira de acepção puramente técnico jurídica, referindo-se à capacidade de adquirir direitos e obrigações, e outra que ele chama de acepção natural, sendo esta última “o conjunto dos atributos humanos” (DANTAS, 1979, p. 192).

O direito da personalidade para San Tiago Dantas é um atributo humano, inerente à ele. Já César Fiúza explicará de forma um pouco diferente. Para ele vida, honra, nome, o corpo físico, a psique, a dignidade, entre tantos outros, são todos atributos da personalidade que compõem a pessoa humana. Deste raciocínio ele

conclui que “O que se chama de direitos da personalidade são, na verdade, direitos decorrentes desses atributos, visando à proteção e à promoção da pessoa humana e sua dignidade.” (FIÚZA, 2008, p. 170).

Fiúza defenderá que a fonte da personalidade humana é o Direito Positivo, enquanto Nader já apontará no sentido de que a fonte é o Direito Natural, justificando seu raciocínio afirmando os direitos provenientes da personalidade humana são aistóricos, derivando da ordem natural das coisas (NADER, 2004, p. 210). Enquanto Fiúza defende sua posição argumentando que no atual regime de Estado Democrático de Direito, esta posição jusnaturalista não é mais cabível, e se completa dizendo o seguinte

A verdade é que não se pode fugir dos condicionamentos históricos, como queriam os jusnaturalistas. A norma jurídica é fruto de um momento histórico, seja ela escrita ou não. As injunções políticas, sociais, religiosas, ideológicas influenciam todo o ordenamento jurídico, não sendo possível a realização de um Direito aistórico, imutável e constante. (FIÚZA, 2008, p. 172)

O fato de se defender que o direito da personalidade é fruto de uma produção do Direito Positivo, não significa por sua vez que todo ele deva estar previsto na letra da lei afim de que se possa protegê-lo. O que leva à discussão acerca da tipificação dos direitos da personalidade.

5.3 Direito da personalidade: uno ou múltiplo

San Tiago Dantas menciona uma objeção que se fazia a existência da categoria de direitos da personalidade, nos seguintes termos: argumentava que a personalidade era apenas uma, e que a honra, a integridade física, a liberdade, a vida, seriam “aspectos de manifestações da personalidade”, e que se assim fosse não poderia haver mais de um direito da personalidade, mas sim vários. Logo Dantas contra argumenta que pelo raciocínio desenvolvido chegar-se-ia a conclusão de que se a personalidade é uma só, o patrimônio também seria, e que, portanto, a propriedade, a posse, o contrato, seriam apenas manifestações ou faces daquele direito patrimonial uno. (DANTAS, 1979, p. 193)

A posição mencionada por Dantas de que o direito da personalidade seria um só, encontra respaldo na teoria monista, não para afastar a existência do mesmo,

mas sim para afirmá-la, defendendo a tese de que há no ordenamento apenas um direito amplo de personalidade, de proteção genérica, que engloba todas as suas faces, que por sua vez estariam previstas na lei. (FIÚZA, 2008, p. 173)

Por outro lado está a corrente pluralista, para quem os direitos da personalidade são vários, cada qual necessitando uma proteção distinta. Não há, segundo esta corrente, uma proteção genérica dos direitos da personalidade, por este motivo, cada um deles precisa ser tutelado individualmente. (FIÚZA, 2008, p. 173)

Conclui Fiúza que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema monista para proteção dos direitos da personalidade. Por mais que o Código Civil de 2002, a exemplo, tenha trazido a proteção específica para alguns direitos da personalidade, como o nome, o corpo, a imagem, isto não significa que tenha adotado a teoria pluralista, pois na ausência de previsão expressa acerca de determinado direito da personalidade, sempre se poderá recorrer às cláusulas gerais de proteção da personalidade presentes tanto na Constituição (inciso III, art. 1º; IV, art. 3º; II, art. 4º; e caput, Art. 5º), como no Código Civil (Art. 12). (FIÚZA, 2008, p. 173).

O posicionamento apontado por Fiúza, acerca do que teria sido adotado no Brasil com relação à tipificação dos direitos da personalidade, não parece ser o mais correto. Da análise das teorias apresentadas pelo ilustre autor pode-se concluir que na verdade o ordenamento jurídico brasileiro buscou um meio caminho entre as duas teorias. Tal assertiva se deve ao fato do legislador brasileiro, no Código Civil, ter optado por prever uma cláusula geral, contida no art. 12, ao mesmo tempo em que enumerou algumas acepções da personalidade com regulação específica para sua proteção, por exemplo a proteção dada ao nome, de forma ampla, prevista nos arts. 16, 17, 18 e 19, daquele código. O mesmo pode ser observado na própria Constituição Federal, onde no Art. 1º, inciso III, prevê o que tem sido interpretado como cláusula geral de proteção da dignidade humana, e portando de todo o direito da personalidade, e no Art. 5º, inciso X, faz referência à intimidade, vida privada, honra e imagem. (BRASIL, 1988).

Apesar destas discussões teóricas a respeito de qual corrente, se monista ou pluralista, ou ainda uma terceira corrente mista, a questão que se coloca acima de todas estas teorias é a classificação dos direitos da personalidade como direito subjetivo. Maria Celina Bodin de Moraes critica esta visão asseverando

É facilmente constatável que a personalidade humana não se realiza através de um esquema fixo de situação jurídica subjetiva – o direito subjetivo –, mas sim por meio de uma complexidade de situações subjetivas, que podem se apresentar ora como poder jurídico, ora como direito potestativo ou como autoridade parental, interesse legítimo, faculdade, estado – enfim, qualquer acontecimento ou circunstância (*rectius*, situação) juridicamente relevante. (MORAES, 2009, p. 19)

A autora ainda completa dizendo que o direito subjetivo fora concebido para as relações jurídicas patrimoniais, onde há uma relação dúplice ente sujeito e objeto, o que na sua visão não pode ser aplicado no caso dos direitos da personalidade, visto que sujeito e objeto são o mesmo, a pessoa humana. Neste sentido MORAES denuncia a visão patrimonialista que tem sido empregada na proteção dos direitos da personalidade, calcadas no binômio lesão-reparação, o que se faz pela atribuição de características típicas de direitos patrimoniais, como inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade, entre outras. (MORAES, 2009, p. 19)

A guisa de conclusão é possível dizer que segundo a nova doutrina sobre os direitos da personalidade e sua respectiva tutela, os mesmos não podem ser encarados como uma parcela do patrimônio do indivíduo, como fizeram os norte-americanos com o conceito de *privacy* (MORAES, 2009, p. 17), mas deve sim ser encarado como um direito que não deve ser simplesmente protegido, mas promovido. Concede ao direito da personalidade uma valoração conforme a dignidade da pessoa humana, mais humanista e, portanto, mais ampla.

5.4 O fundamento constitucional da proteção aos direitos da personalidade

No item anterior discutia-se a respeito da unicidade ou multiplicidade dos direitos da personalidade, levando a conclusão de que, independente da previsão em espécies ou por meio de uma cláusula geral, o que deveras importa é que os mesmos sejam tutelados sempre visando a promoção da dignidade da pessoa humana. E é justamente a partir desta concepção que os direitos da personalidade ganham o status de direitos humanos, direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos. É a mais clara expressão do direito civil constitucionalizado.

Paulo Luiz Neto Lôbo destaca a necessidade de uma repersonalização do direito civil, pois durante séculos as codificações civis preocuparam-se mais com o

patrimônio, com o “ter”, do que com o próprio sujeito daqueles direitos, o “ser”. Daí que

A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. (LÔBO, 1999, p. 103)

O mesmo autor mais adiante irá afirmar que o desafio atual dos civilistas é justamente promover esta repersonalização do direito civil, que demanda a compatibilização das relações civis, e das próprias relações patrimoniais, ao valor maior da dignidade da pessoa humana. (LÔBO, 1999, p. 103). Bem como a “despatrimonialização”, se assim pode-se dizer, das relações jurídicas existenciais como a família e os direitos de personalidade.

5.5 As “classes” de direitos da personalidade em condição de vulnerabilidade na internet

Diversos são os autores que se lançam à tentativa de classificar os direitos da personalidade, enumerando uma lista de direitos da personalidade que devem ser protegidos. Fiúza vai afirmar que a utilidade desta classificação é questionável (FIÚZA, 2008, p. 171), até porque, sem querer retomar a discussão empreendida anteriormente, se o doutrina brasileira opta pela eleição de uma cláusula geral de proteção e promoção dos direitos da personalidade, pouco importa a classe ou espécie, basta que no caso concreto esteja sendo atingida a dita cláusula geral, para que enseje uma atuação da referida tutela.

Porém tal classificação mostra-se interessante como recurso didático, sem contar que a mesma é elaborada a partir da observação de casos concretos onde se demandou a proteção de determinada face do direito da personalidade.

A classificação mais utilizada pelos autores é a que separa os direitos da personalidade em dois grupos. O primeiro grupo congrega os direitos relacionados à integridade física, como o direito à vida, direito ao próprio corpo e ao cadáver, e o segundo abrange aqueles direitos relacionados à integridade moral, como o direito à honra, ao nome, à imagem, ao direito moral do autor. (FIÚZA, 2008, p. 171). Há

ainda quem crie um terceiro grupo, relacionado a integridade psíquica, que integraria os direitos à liberdade, à intimidade, à convivência social, à liberdade, dentre outros. (SENISE LISBOA, 2009, p. 188).

No primeiro capítulo deste trabalho foram apresentados alguns dados sobre denúncias de crimes e violação de direitos humanos pela internet, recebidas por meio da ONG SaferNet Brasil. A ONG trabalha com um grupo fechado de crimes que incluem intolerância religiosa, racismo, neo nazismo, tráfico de pessoas, pornografia infantil, maus tratos contra animais, xenofobia, apologia ou incitação a crimes contra a vida e homofobia. Com exceção do crime de maus tratos contra animais, todos os demais atos representam violação de direitos humanos que afetam toda a sociedade, mas em uma esfera mais particular ferem a dignidade da pessoa que tenha sido vítima de qualquer deles.

Tomando por base apenas este grupo de crimes, podem ser identificados os bens da personalidade mais atingidos, como a honra, a liberdade em várias de suas expressões, como a religiosa e a sexual.

No entanto, estes dados representam apenas fatos onde, além de um direito de personalidade violado, há o cometimento de um crime ou violação de direitos humanos, o que por si só não revela de forma mais precisa a dimensão do problema da vulnerabilidade desta classe de direitos frente à utilização da internet.

Fazendo uma análise do comportamento das pessoas na internet, mesmo aqueles comportamentos tido como lícitos, podem ser identificados facilmente direitos da personalidade que são colocados em risco pelo próprio titular. Tome-se como as redes sociais de relacionamento.

As redes sociais, tais como Facebook, Orkut, LinkedIn, Twitter, se tornaram de alguns anos para cá a grande sensação da internet. Nestas redes de relacionamento os usuários trocam informações entre si das mais diversas possíveis, como fotos, de todos os tipos, vídeos, desenhos, textos, onde estudam, onde trabalham, o que comem, para que time torcem, nome de familiares e amigos, entre tantas outras. A variedade de informações é tão grande, e dependendo do usuário, tão completas, que empresas as tem consultado na hora de contratar um funcionário, pois dela pode se extrair o verdadeiro perfil do candidato à vaga de emprego.

Quando o usuário de uma rede social preenche o cadastro completo, com todas as informações possíveis, ele está, neste momento, abrindo mão da sua vida privada, muitas vezes até a vida íntima, ambos direitos da personalidade. No

momento em que ele compartilha uma foto ou um vídeo seu, coloca em risco seu direito de imagem, mais um direito de personalidade. Como se percebe, o próprio meio, a rede social, induz o usuário a expor sua vida e colocar em risco alguns de seus direitos da personalidade.

Saindo do ambiente de redes sociais, mesmo a internet, de forma ampla, tem proporcionado um maior risco à proteção da vida privada, da vida íntima, da honra, e das informações relacionadas ao indivíduo, os dados pessoais. E com o tempo e o desenvolvimento da tecnologia e mudanças na forma como utilizá-la vão surgindo novos direitos a serem tutelados.

Em junho de 2011 o jornal espanhol “El País” publicou uma notícia com a seguinte manchete “Un nuevo desafío: el derecho al olvido”. O jornal noticiava o caso de uma ginasta espanhola que havia ingressado na justiça com um processo contra o site de pesquisas *Google®*, solicitando que lhe fosse ordenado parar de mostrar nos resultados de pesquisas sobre o nome dela uma notícia de 1983 que informava que a mesma sofria de anorexia na época.

Outros casos como este surgiram um atrás do outro na Espanha, onde todos solicitavam um suposto “direito ao esquecimento”. Por mais que tais notícias fossem verídicas, não condiziam com a atual realidade do indivíduo, e que a revelação da mesma lhe trazia desconforto, constrangimento, muitas vezes danos à sua honra. Apresenta-se como um caso típico de violação a direito da personalidade.

Contudo, do outro lado da corda se encontra o direito à informação, à liberdade da informação, direito de personalidade de quem produz a notícia e de quem a lê.

Situações como esta geram um conflito de interesses, mais que isso, gera um conflito de direitos da personalidade. Surgem então a questão de como resolver conflitos como este. MORAES apresenta a seguinte solução

Nos casos de colisão – como entre os direitos à informação, de um lado, e à imagem, honra ou privacidade, de outro – o melhor caminho é reconhecer nos chamados direitos da personalidade expressões da irrestrita proteção jurídica à pessoa humana e, portanto, atribuir-lhes a natureza de princípios de inspiração constitucional. Assim, tais litígios deverá ser examinados através do já amplamente aceito mecanismo da ponderação com o objetivo de verificar, no caso concreto, onde se realiza mais plenamente a dignidade da pessoa humana, conforme a determinação constitucional. (MORAES, 2009, p. 21)

O enunciado nº 274 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Nacional de Justiça segue a mesma orientação:

Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 63)

Retornando ao ambiente das redes sociais, estas, na maioria dos casos, proporcionam aos seus usuários ferramentas para que insiram em seus perfis dados que podem ser classificados como sensíveis. Sensíveis são todos aqueles dados que permitem, de alguma maneira, identificar o seu titular. O que significaria uma porta aberta para a privacidade do usuário.

Tepedino (2009) comentando sobre palestra do italiano Stefano Rodotà, conta que este durante a conferência mencionou o caso em que foi levantada a dúvida sobre a paternidade do príncipe William, onde um jornalista apropriando-se indevidamente de um lenço descartado pelo jovem publicou a notícia de que o mesmo seria filho de um antigo professor de educação física da princesa Diana, tendo inclusive sido providenciado um exame de DNA para confirmar a notícia. O resultado foi negativo, mas a notícia serviu para que Rodotà alertasse sobre a questão dos dados sensíveis. Tepedino assim concluiu pelas palavras do autor italiano

O Professor Rodotà, analisando a questão, esclareceu apropriadamente que não se tratava apenas de um lenço descartado (*res derelectae*), mas de informações que diziam respeito à própria essência da personalidade daqueles de quem foram apropriados. Por isso mesmo, a circulação e utilização dos chamados dados sensíveis devem depender de manifestação expressa daqueles que terão aspectos de sua intimidade revelados. (TEPEDINO, 2009, p. 16)

Importa dizer por fim que os direitos da personalidade se tornam cada vez mais vulneráveis ao novo modo de vida das pessoas, a ponto de se questionar se no futuro a concepção de vida privada ou vida íntima, tal qual se tem hodiernamente, ainda será aplicável.

5.6 Contrato de disposição de bens da personalidade na internet

O artigo 11 do Código Civil, que abre o capítulo referente aos direitos da personalidade, previu algumas características destes direitos e faz uma sentença a respeito da impossibilidade dos mesmos sofrerem limitação voluntária.

Não são raros os casos em que as pessoas limitam, ou dispõem, de forma voluntária de vários de seus direitos da personalidade. São exemplos alguns esportes que proporcionam certo risco aos seus praticantes, como automobilismo, alpinismo, escalada, paraquedismo, todas as espécies de luta, enfim, em todos estes casos a integridade física dos atletas permanece em risco. Fiúza menciona um caso interessante relacionado ao que ora se discute. Relata que em Belo Horizonte, na década de 1990, algumas empresas de lava-a-jato contratam belas mulheres, que com roupas provocantes terminavam o processo de limpeza do carro. A intenção das empresas estava clara, atrair clientes do sexo masculino que se deleitavam com a situação. (FIÚZA, 2008, p. 175)

Situações como as acima expostas são claros exemplos de limitação voluntária dos direitos da personalidade. Estariam as mesmas abrigadas por alguma legislação que as permitisse ou representam violação do preceito do artigo 11 do código civil? Independentemente da existência de uma legislação autorizadora, importa avaliar, a partir dos exemplos, se os bens da personalidade postos em risco, ou até mesmo limitados, podem suportar tal limitação.

Sugestão interessante é a trazida pelo enunciado nº 139 da III Jornada de Direito Civil, que estabelece o seguinte: “139 - Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.” (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 17 e 43). Basta saber se nos casos mencionados acima houve algum tipo de abuso por parte do sujeito ou se feriu os bons costumes e a boa fé objetiva.

Anderson Schreiber (2008) cita conto de Machado de Assis onde o Diabo pretende combater todas as religiões criando a sua própria, estabelecendo como dogma a venalidade, assim explicada pelo Diabo no conto

A venalidade, disse o Diabo, era o exercício de um direito superior a todos os direitos. Se tu podes vender a tua casa, o teu boi, o teu sapato, o teu chapéu, coisas que são tuas por uma razão jurídica e legal, mas que, em

todo caso, estão fora de ti, como é que não podes vender a tua opinião, o teu voto, a tua palavra, a tua fé, coisas que são mais do que tuas, porque são a tua própria consciência, isto é, tu mesmo? Negá-lo é cair no absurdo e no contraditório. (ASSIS, 1884)

Schreiber explica que o discurso do Diabo não foi eficaz em relação ao constituinte, pois que a constituição brasileira elegeu a proteção da dignidade humana como fundamento da República, o que por sua vez exige do intérprete máxima atenção no intuito de evitar que a venalidade recaia sobre direitos da personalidade (SCHREIBER, 2008, p. 25). Porém não é o que se observa em casos como dos infinitos programas do tipo reality show, onde os participantes abrem mão de sua privacidade em prol da chance de obter vantagem patrimonial. Ou seja, trocam um direito da personalidade por um valor patrimonial.

As redes sociais, já mencionadas, são um quarto exemplo de limitação voluntária de direitos da personalidade. Limita-se a privacidade expondo o que faz e onde tem ido. Limita-se o direito de imagem colocando fotos sem qualquer tipo de proteção ou bloqueio. Limita-se até mesmo a honra em algumas ocasiões. O que difere a rede social dos demais exemplos é que a vantagem neste caso não é patrimonial, troca-se direitos da personalidade por entretenimento de um forma geral.

Nos contratos assinados pelos usuários deste tipo de serviço na internet existem cláusulas que determinam como a empresa fornecedora do serviço poderá utilizar todas as informações inseridas por seus assinantes. A título de exemplo o item 1 da cláusula 2 dos termos de serviço do Facebook assim estabelece:

Para o conteúdo coberto pelas leis de direitos de propriedade intelectual, como fotos e vídeo (conteúdo IP), você nos concede especificamente a seguinte permissão, sujeita às configurações de privacidade e aplicativos: **você nos concede uma licença mundial não exclusiva, transferível, sublicenciável, livre de royalties, para usar qualquer conteúdo IP publicado por você ou associado ao Facebook (Licença IP)**. Essa Licença IP termina quando você exclui seu conteúdo IP ou sua conta, a menos que seu conteúdo tenha sido compartilhado com outros e eles não o tenham excluído. (grifo nosso)

A cláusula citada estabelece a transferência de qualquer conteúdo sob uma licença mundial, o que significa que os administradores do Facebook podem ceder as informações dos usuários para quem quer que seja, mas preferencialmente para anunciantes que utilizam estas informações para detectar os interesses das pessoas

e fazer uma publicidade mais precisa. Especificamente sobre este ponto os termos de serviço em comento estabelece o seguinte

Nosso objetivo é fornecer anúncios que não sejam apenas importantes para os anunciantes, mas que também sejam valiosos para você. Para tanto, você concorda com o seguinte:

1. Você pode usar suas configurações de privacidade para limitar como seu nome e a imagem do perfil podem ser associados a conteúdo comercial, patrocinados ou relacionado (como uma marca que você gosta) fornecido ou aprimorado por nós. **Você nos concede permissão para usar seu nome e a imagem do perfil em relação a esse conteúdo, dentro dos limites impostos por você.**

2. Nós não cederemos conteúdo ou informações que pertencem a você para anunciantes **sem seu consentimento.** (grifo nosso)

Por mais que existam ferramentas no serviço que permitam que os usuários limitem o direito da empresa sobre suas informações, a regra geral que estabelecem nos termos é por meio do sistema *opt-out* mencionado no primeiro capítulo. Este sistema, como explicado naquele capítulo, determina que caso o usuário não deseje que suas informações, por exemplo, não sejam utilizadas em anúncios, ele deve “optar por sair”, ou seja, precisa dizer que não concorda e que não autoriza, sistema este proibido na Europa e que no Brasil ainda não encontra regulamentação.

O problema reside no total desconhecimento que boa parte dos usuários possuem acerca dos termos de serviço, bem como no tamanho dos documentos, pois além do documento intitulado “Termos” há ainda os seguintes documentos anexos: política de privacidade, termos de pagamento, página da plataforma, políticas da plataforma do Facebook, diretrizes de propaganda, diretrizes de promoções, como denunciar reclamações de infrações de propriedade intelectual, como recorrer de reclamações de infração de direitos autorais, e termos das páginas. Com um detalhe agravante, parte destes documentos não possuem versões em português.

Outro serviço de rede social mundialmente utilizado é o *microblog* Twitter. Os termos de serviço aceitos pelos usuários prevêm em parte os mesmos direitos e obrigações daquele do Facebook. Contudo a política de privacidade, documento anexo aos termos de serviço, faz referência à utilização de *cookies* e determina que

Como acontece em muitos sites, usamos a tecnologia de “*cookie*” para coletar dados adicionais de uso de sites e melhorar nossos Serviços. No entanto, não exigimos *cookies* para muitas partes de nossos Serviços, como pesquisa e visita a listas ou perfis de usuários públicos. Um *cookie* é um

pequeno arquivo de dados que é transferido para o disco rígido do seu computador. O Twitter pode usar *cookies* de sessão e *cookies* persistentes para entender melhor como você interage com nossos Serviços, monitorar o uso agregado feito por nossos usuários e o roteamento de tráfego da Web nos nossos serviços e também para melhorar nossos Serviços. A maioria dos navegadores da Internet aceita *cookies* automaticamente. Você pode configurar opções do navegador para que ele pare de aceitar *cookies* ou pergunte antes de aceitar um *cookie* dos sites visitados.

A utilização de *cookies* em larga escala tem sido questionada por caracterizar uma invasão de privacidade, tendo em vista que estes pequenos programas registram e armazenam as preferências dos usuários de determinada página na internet. Bom exemplo da utilização de *cookies* é o que acontece em lojas virtuais, que toda vez que o usuário a acessa ela informa que este usuário havia visto determinados produtos em outras ocasiões, mesmo sem ele ter se identificado formalmente.

Os serviços mencionados, Facebook e Twitter, são classificados como gratuitos, contudo não se pode concordar com tal classificação, pois o fato de se não exigir contraprestação pecuniária não é o suficiente para classificar o contrato como gratuito. Maria Helena Diniz assim explica a classificação do contrato como gratuito

Os contratos benéficos ou a título gratuito são aqueles que oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem, sem qualquer contraprestação. Logo, apenas um dos contratantes obtém proveito, que corresponde a um sacrifício do outro, como ocorre, p. ex., com a doação pura e simples, com o depósito ou com o mútuo sem retribuição. (DINIZ, 2010, p. 79).

O contrato para ser considerado como gratuito deve oferecer vantagens para apenas uma das partes em detrimento do sacrifício da outra. Nesta linha pode-se dizer que para ser classificado como gratuito o contrato de rede social deveria representar benefício para apenas uma das partes, o usuário, em detrimento de um sacrifício suportado pela outra, o fornecedor do serviço. Todavia, já ficou claro que não somente o usuário obtém proveito desta relação contratual, tendo em vista que as empresas utilizarão suas informações para obter lucro oferecendo anúncios. Nos termos de uso do Twitter consta que o usuário não pode optar por não receber os anúncios enviados pela empresa.

Todas as informações fornecidas por usuários ao Twitter, estão sujeitas às nossas Política de Privacidade, que regulam a coleta e o uso de suas informações. Você entende que através da utilização dos Serviços você

concorda com a coleta e utilização (conforme definido na Política de Privacidade) de tais informações, incluindo a transferência das informações para os Estados Unidos e/ou outros países para armazenamento, processamento e utilização pelo Twitter. Como parte da prestação destes Serviços, talvez seja necessário enviar-lhe anúncios de serviços e mensagens administrativas. **Estas comunicações são consideradas parte dos Serviços e de sua conta do Twitter, e você não poderá optar por não recebê-los.** (grifo nosso)

O fato de não poder optar por não receber e as comunicações mencionadas serem consideradas parte dos serviços, tal submissão pode ser considerada com uma contraprestação por parte do usuário, que para ter acesso ao serviço oferecido pela empresa terá de se submeter a receber propagandas.

Neste ponto foram analisados apenas dois contratos, contudo, boa parte dos demais seguem as mesmas linhas aqui estabelecidas. A escolha destes se deve ao fato de serem serviços com um número de usuários muito grande no Brasil, ambos ultrapassam a marca de 30 milhões de usuários individuais. O que acaba por representar a relevância das considerações acerca da legalidade de seus termos de serviços, bem como se preservam princípios de ordem constitucional, como da proteção a dignidade da pessoa humana, englobando os direitos da personalidade.

5.7 A autorregulamentação da internet frente aos contratos de rede social e iniciativas de regulação estatal

Ao questionar se a pessoa pode ou não limitar voluntariamente um direito da personalidade próprio, significa, como já dito, questionar até onde vai a autonomia privada deste mesmo indivíduo. Impedir que uma pessoa abra mão de sua privacidade pode significar dizer a esta pessoa que o seu direito da privacidade na verdade não é seu, pertence ao Estado. Por outro lado, o mesmo impedimento pode significar uma preocupação com a dignidade humana, capaz de protegê-la contra as vulnerabilidades da própria pessoa, que em determinado estado de necessidade poderia se submeter à certas condições indignas.

Fazendo-se uma interpretação literal uma conclusão é certa: a de que ninguém poderá limitar de forma voluntária um direito da personalidade, mas tão somente quando a lei autorizasse. Tal interpretação leva o referido dispositivo à condição de interventor da autonomia privada, e representa, desta forma, grande retrocesso para o direito privado.

Muito se discutiu acerca do que o legislador quis realmente dizer no, já citado, artigo 11 do código civil brasileiro. Nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça dois foram os posicionamentos acerca do tema da limitação voluntária de direitos da personalidade, um deles mencionado anteriormente. Na primeira jornada, no enunciado nº 4, afirmaram que o direito da personalidade pode sim sofrer limitação voluntária, desde que não fosse permanente e nem geral. Já na terceira jornada no enunciado nº 139 estabeleceram que tais direitos podem sofrer limitações, mesmo que estas não estejam previstas em lei, devendo apenas observar a boa fé objetiva e os bons costumes (AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 17 e 43).

A ausência de necessidade de legislação específica que autorize a limitação voluntária de direitos da personalidade representa em certo ponto um respeito à liberdade de autodeterminação, como dito, e não se quer defender o contrário. No entanto, uma análise precisa ser feita: a interpretação dada pelo enunciado nº 139 abre espaço para atuação de normas contratuais que prevêm a disponibilidade de direitos da personalidade, apoiando-se no exercício da autonomia privada.

Os já mencionados contratos de rede social fundam-se justamente nesta liberdade de disposição, inserindo em seus termos cláusulas onde os usuários abrem mão da preservação de determinados dados e informações a seu respeito, e de certo modo, abrem mão até mesmo de sua liberdade.

Há de se perguntar se tais contratos, apesar de serem frutos da liberdade de contratar que cada um de seus usuários possui, respeitam a boa fé objetiva e os bons costumes. O princípio da boa fé objetiva aplicado às relações contratuais exige que nos contratos haja respeito, probidade, entre ambos os contratantes. Princípio este que, apesar de contido no texto do código civil, é de essência constitucional. Ao prever na Constituição a proteção integral à dignidade da pessoa humana, bem como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o constituinte acabou por estabelecer como uma das funções do Estado garantir a harmonia social (COSTA; GOMES, 2006, p. 4.612), cujo respeito à boa fé objetiva é um dos instrumentos que tem o poder de garanti-la.

A autorregulação, como pode se depreender das análises realizadas até o momento, pode significar um risco para a proteção dos direitos da personalidade. Neste sentido em todo mundo surgem iniciativas que buscam regulamentar a utilização da internet visando proporcionar maior segurança aos usuários. Os

avanços tem sido experimentados nos diversos ramos da ciência do direito, como na penal com o estabelecimento de novos tipos penais, na de proteção à propriedade intelectual, e não seria diferente na proteção dos direitos da personalidade.

No Brasil há duas iniciativas de legislação com estes objetivos bem claros. A primeira delas é um anteprojeto de lei de elaboração compartilhada, mas liderado pelo Ministério da Justiça, que trata da proteção de dados pessoais. Danilo Doneda em um seminário de proteção de dados, realizado em São Paulo no ano de 2011, apresentando o anteprojeto, afirmava que sua necessidade se dava em virtude de o cidadão não possuir garantias efetivas contra a utilização abusiva de seus dados, pelo motivo de não haver normas que fossem claras e comuns a vários setores sobre as possibilidades de utilização de dados pessoais, o que levaria a uma insegurança.¹¹

A segunda iniciativa também foi liderada pelo Ministério da Justiça, e adotou o mesmo sistema de elaboração compartilhada, onde o anteprojeto foi colocado em discussão por meio de fóruns abertos na internet, e que contou com a participação de usuários da internet, bem como especialistas de várias áreas. Trata-se do Marco Civil da Internet, hoje um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional.

O Marco Civil, projeto de lei nº 2.126 de 2011, visa estabelecer fundamentos princípios, garantias, direitos e deveres para a utilização da internet no Brasil. Dentre os fundamentos estão os direitos humanos e a livre iniciativa. Dois direitos que necessitam ser conciliados para que haja o desenvolvimento adequado da internet. (BRASIL, 2012).

O artigo 3º do projeto dita quais são os princípios da utilização da internet no Brasil e no seu rol estão a garantia da liberdade de expressão, além da proteção da privacidade e dos dados pessoais, entre outros. (BRASIL, 2012).

Já no art. 7º do projeto estão enumerados os direitos dos usuários. Merece destaque o inciso IV, que estabelece o direito

a informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com previsão expressa sobre o regime de proteção aos seus dados pessoais, aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de Internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar a qualidade dos serviços oferecidos; (BRASIL, 2012).

¹¹ Palestra conferida no II Seminário de Proteção à Privacidade e aos Dados Pessoais, 13 e 14 de outubro de 2011, São Paulo, SP.

Por mais que os contratos aqui dados como exemplos tenham tais informações, é necessário estabelecer que as mesmas estejam bem claras para os usuários, e não divididas em um série de documentos, muitas vezes até em outro idioma. O *Google* promoveu no mês de janeiro de 2012 uma campanha para que todos os seus usuários conhecessem seus termos de serviço que estava sendo mudados. Nesta campanha remitia o usuário à leitura de suas estruturas de autorregulação, sendo este um dos pontos a serem mudados. A companhia estava adotando as normas de certificação criadas pelo Departamento de Comércio dos EUA, intitulado *Safe Harbor*.

Ao que tudo indica, pela análise realizada, deixar a regulação dos contratos típicos de internet à cargo de uma autorregulação, implica em deixar direitos da personalidade a mercê do autoritarismo contratual prevalecente na elaboração de tantos contratos de adesão. Ao mesmo tempo que prever uma legislação estritamente rigorosa, presa às formalidades, significaria uma regressão em toda mudança dogmática pela qual o contrato passou.

O caminho a ser percorrido é longo, ao redor do mundo brotam iniciativas, tanto por parte dos Estados, procurando regular a utilização da internet, como por parte das grandes empresas, que aderem à normas de certificação de organizações, governamentais e não governamentais. O que importa ao fim é que os direitos da personalidade dos cidadãos, como parte da dignidade da pessoa humana, estejam protegidos contra abusos cometidos por seus pares ou por empresas que atuam no mundo virtual.

6 CONCLUSÃO

A sociedade atual abraçou com todas as forças a fonte inesgotável de poder na qual a internet se transformou. Presidentes foram eleitos, ditadores foram depostos, leis foram aprovadas, e projetos foram engavetados. Todas tratam de situações onde a utilização da internet foi crucial para alcançar o resultado almejado. Não há no mundo quem negue o poder da informação difundida pela internet. Países que vivem sob ditadura o acesso à internet é censurado, e tais países estão certos se querem manter seu regime totalitário, pois municiar alguém com informação é dar esta pessoa um poder muito maior que aquele dado por um fuzil.

Por este motivo a internet já tem quase sido considerada serviço de primeira necessidade, tal qual a água e energia elétrica. Os governos a todo momento anunciam políticas de inclusão digital, desejam implementar o regime da informação, o que se convencionou chamar ciberdemocracia. A instalação deste regime passa pelo reconhecimento de que existe um novo tipo de cultura e que a sociedade não pode ser medida pela mesma forma de três décadas atrás. O indivíduo não quer mais ser levado a caminhar como se fosse uma criança, e o Estado seu Pai.

O reconhecimento da autonomia privada do indivíduo representa inegável avanço nas relações intersubjetivas, especialmente no exercício da liberdade de contratar. Pode-se dizer, inclusive, que a proteção da autonomia privada consiste na proteção também, da dignidade da pessoa humana. A liberdade de se autodeterminar implica no reconhecimento do ser humano como um ser autônomo, que não precisa mais do amparo do Estado a lhe direcionar os caminhos.

No entanto, a prática tem demonstrado que o ser humano ainda não consegue ser totalmente autônomo, por uma série de motivos. A liberdade de contratar, tomada como exemplo, pode ser exercida tanto em benefício do sujeito como em seu malefício. Não são raras as vezes em que pessoas contratam imbuídas de um desejo de obter vantagem indevida de uma relação contratual, e não se está falando de nenhum dos vícios de vontade que atingem o negócio jurídico. Refere-se, aqui, a um contrato lícito, porém com cláusulas nas entrelinhas que passam despercebidas pelo contratante.

A postura do sujeito usuário da internet se assemelha à própria dinâmica do meio. É possível ter detalhes de um acontecimento minutos depois do mesmo ter

vindo à tona. A noção de tempo e espaço foi modificada, refletindo no comportamento do usuário que também deseja relações dinâmicas, ferramentas que facilita o implemento da ditadura da velocidade. Não há tempo para ler termos de serviço, políticas de privacidade, a informação precisa ser direta e objetiva. A questão é que um contrato não pode ser direto e objetivo, por sua própria natureza o mesmo precisa ser redigido com tempo e em espaço suficientes para regular seus objetivos a fim de proporcionar a esperada segurança jurídica.

Os contratos de redes sociais que foram analisados, mesmo que brevemente, demonstraram que o exercício da autonomia privada por parte dos usuários das redes sociais não têm sido em seu próprio benefício. Por trás de contratos pseudo gratuitos escondem-se cláusulas de disposição voluntária de direitos da personalidade, sem qualquer custo para quem os adquire e que rendem bilhões de dólares para as empresas que administram estas redes sociais. Os usuários destes serviços buscam a interatividade em tempo real. Textos longos, e algumas vezes em outro idioma, não interessam, perde-se muito tempo de interação caso se decida lê-los.

Tudo isto leva à reflexão sobre como o direito tem se colocado frente ao incontrolável avanço tecnológico, principalmente quando este avanço tem o poder de transformar o modo como as relações sociais se estabelecem. Historicamente, o direito tem negligenciado sua função normativa quando o tema é tecnologia e sociedade, muitas vezes em virtude de um total despreparo do legislador brasileiro que não conhece nada de tecnologia além do editor de textos. Sob este aspecto o preferível é que realmente não se manifestem. Houve uma série de críticas ao Código Civil de 2002 no sentido de que o mesmo não estava acompanhando o tempo atual ao deixar de abordar novas situações jurídicas tais como, união homoafetiva, reprodução assistida, e também as consequências jurídicas da utilização da internet. Ledo engano, esta possível omissão do Código é vista com muito alívio pela parte mais madura da doutrina pátria.

As melhores propostas de regulação da utilização da internet não surgiram dos gabinetes de deputados ou senadores, mas sim de blogs, fóruns, da interação entre área técnica e área jurídica, da interação entre governo e sociedade. O Ministério da Justiça merece todo o mérito pela elaboração de dois anteprojetos de lei extremamente relevantes para o tema que ora se enfrenta, a Lei de Proteção de Dados Pessoais e o Marco Civil da Internet. Porém, algo assombra o sucesso

destas empreitadas. Há um grave problema que impede que tais proposições cheguem incólumes ao diário oficial: a interposição de interesses particulares na discussão dos projetos dentro das casas legislativas.

Ao confrontar regulação estatal com autorregulação da internet, chega-se à conclusão que somente a experiência será capaz de orientar para um futuro seguro o suficiente, onde o cidadão comum possa dividir uma foto com os amigos sem que isso represente qualquer tipo de risco para sua privacidade ou dignidade.

Estabelecer que não há necessidade de intervenção do Estado corresponderia o mesmo que dizer a um dependente químico que ele pode caminhar sozinho, sem qualquer tipo de auxílio. Ao mesmo tempo não se quer defender uma intervenção estrambótica, com estabelecimento de medidas que mais parecem o retorno a um passado não muito distante, onde “cale-se” tornou-se “cálice”.

O que se espera é uma intervenção do Estado na “medida necessária” a preservar a liberdade, a autonomia privada, ao mesmo tempo em que promove a proteção dos direitos da personalidade. Nestas questões é o que acaba por prejudicar a proteção de direitos, dentre eles os direitos da personalidade. E, atualmente, esta problemática carece de nova abordagem e tem provocado formas originais de interpretação do ordenamento jurídico existente, que, vale dizer, nem sempre suprem a necessidade normativa, tendo em vista os novos desafios postos pela terceira onda de evolução da sociedade, denominada de era da informação .

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, R. (org.) **Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da justiça federal, 2003.
- AMARAL, F. **Direito civil**: introdução. 6ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ANDRADE JÚNIOR, G. S. **Autonomia Privada: perspectiva do Estado Democrático de Direito**, 2010. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica- Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.
- ANNONI, D. **Introdução ao direito contratual no cenário internacional**. Curitiba: Ibplex, 2009.
- ASSIS, M. **Volume de contos**. Rio de Janeiro: Garnier, 1884.
- AZEVEDO, A. J. **Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARLOW, J. P. The economy of ideas. **Wired**, n. 2.03, março, 1994. Disponível em: <http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html>. Acesso em: 20 de dezembro de 2011.
- BASSO, M.; POLIDO, F. Jurisdição e lei aplicável na internet: adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social. In: LUCCA, N.; SINÃO FILHO, A. (Coord.) **Direito & internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.
- BELL, D. **O advento da sociedade pós-industrial**: uma tentativa de previsão social. Tradução Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1973.
- BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL, Código Civil (2002). Lei n.º 10.243, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. **Livro verde para a sociedade da informação no Brasil**. Brasília, 2000.
- BRASIL, Ministério da Justiça. **Projeto de lei nº 2.126, de 2011**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Marco civil da Internet. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rec. Esp. 1.193.764 - SP - Relatora: Min^a. Nancy Andrighi. **Diário de Justiça**, Brasília, 08 de agosto de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.193.764-SP (2010/0084512-0). Direito Civil e do Consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no site pelos usuários. Recorrente: I P da S B. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 14 dez. 2010. RSTJ, a. 23, (223): 271-404, julho/setembro 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_eletronica-2011_223_capTerceiraTurma.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407688/SP. Fiador. Locação. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Cezar Peluso, Brasília, 08 fev. 2006. Informativos 415 e 416 do STF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 10 jan. 2012.

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

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

COSTA, P. A.; GOMES, S. A. O princípio da boa fé objetiva à luz da constituição. In: Encontro Preparatório para Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2011.

DANTAS, S. T. **Programa de direito civil**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUPAS, G. **Ética e poder na sociedade da informação**: de como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Americana. **Decisão proferida no caso Reno vs. American Civil Liberties Union**, 117 S.Ct. 2329 [1997]. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0521_0844_ZO.html. Acesso em 31 de setembro de 2011.

ESTUDO ISI aponta que Brasil supera média latino-americana pelo terceiro ano consecutivo. **Everis**, Madri, 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.everis.com/brazil/pt-BR/home/Paginas/aviso-legal.aspx>>. Acesso em: 30 de março de 2011.

FACEBOOK. **Política de Privacidade**, 2010. Disponível em: <<http://www.facebook.com/legal/terms?ref=pf>> Acesso em: 30 de setembro de 2011.

FACHIN, L. E. A “Reconstitucionalização” do Direito Civil brasileiro: lei nova e velhos problemas à luz de dez desafios. **Revista Jurídica**, São Paulo, v.52, n.324, p.16-19, out.2004.

FIÚZA, C. Princípio da autonomia privada: para uma visão psicanalítica do fenômeno contratual. In: FIÚZA, C. ; SÁ, M. F. F.; NAVES, B. T. O. **Atualidades III**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FIÚZA, C. **Direito civil**: curso completo. 11ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRANÇA. Code Civil des Français, de 21 de março de 1804. **Journal Officiel de la République Française**, Paris, 21 mar. 1804. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=65BDF446B005C9F47CDD4715679F13B6.tpdjo03v_2?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20120205> Acesso em: 10 set. 2011.

GOUVEIA, L. M. B. **Sociedade da Informação**: Notas de contribuição para uma definição operacional. Nov. 2004. Disponível em: <<http://www2.ufp.pt/~lmbg/com/sociedadedaInformacao.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2010

HESSE, K. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid : Civitas, 2001.

KANT, I. **Resposta à pergunta: O que é o Iluminismo?**. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf>. Acesso em: 07 de outubro de 2011

LEMOS, A.; LÉVY, P. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia. São Paulo: Paulus, 2010.

LESSIG, L. **CODE: and other laws of cyberspace**. New York: Basic Books. 1999.

LÔBO, P. L. N. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de informação legislativa. Brasília, ano. 36, n. 141, jan./mar, 1999.

LOPES, J. R. L.; QUEIROZ, R. M. R.; ACCA, T. S. **Curso de historia do direito**. São Paulo: Método, 2006.

LORENZZETI, R. L. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, R. L. **Comércio eletrônico**. Tradução Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, D. C. Autonomia privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era tecnológica. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 37, jan./mar. 2009.

MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATTELART, A. **História da sociedade da informação**. 2ed. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002.

MATTIETTO, L. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Regulação e auto-regulação**. Belo Horizonte, nº14, ano 4, maio, 2002. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51266>. Acesso em: 1 mar. 2010.

MIRANDA, P. **Tratado de direito privado: parte geral**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MORAES, M. C. B. Ampliando os direitos da personalidade. In: PUGLIESI, M.; MOREIRA, E. R. **20 anos da constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, P. **Curso de direito civil**, parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

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

PARGENDLER, M. S. **A ressignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa**. Disponível em <http://www.ufrgs.br/propesq/livro2/artigo_mariana.htm>. Acesso em: 08 de janeiro de 2010

PECK, P. P. **Direito digital**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 3.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTUGAL. Processo 97A462, Rel. Fernandes Magalhães, julgado em 28/10/97. **Boletim do Ministério da Justiça**, nº 470, Nov., 1997, p.597-604. Disponível em: <http://www.stj.pt>. Acesso em: 10 de janeiro de 2012.

PORTUGAL. Ministério da Ciência e Tecnologia. **Livro verdade para a sociedade da informação em Portugal**. 1997. Disponível em: <http://www.aceso.unic.pt/docs/lverde.htm>. Acesso em: 10 de abril de 2010.

POST, D. G.; JOHNSON, D. R. **Law And Borders: The Rise of Law in Cyberspace**. Stanford Law Review, New York, n.1367. 1996. Disponível em <<http://cyber.law.harvard.edu/is02/readings/johnson-post.html> , Acesso em 21 de dezembro de 2011.

- POTHIER, R. J. **Tratado das Obrigações**. Tradução de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.
- REALE, M. **Questões de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27ed. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REALE, M. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1.
- RECUERO, R. C. Teoria das redes e redes sociais na internet: Considerações sobre o Orkut, os Weblogs e os Fotologs. In: IENCONTRO DOS NÚCLEOS DE PESQUISA DA XXVII INTERCOM, Porto Alegre, set., 2004. **Anais do IV Encontro dos Núcleos de Pesquisa da XXVII INTERCOM**. Disponível em: <http://galaxy.intercom.org.br:8180/dspace/bitstream/1904/17792/1/.pdf> R0625-1. Acesso em: 23 dez. 2011.
- ROBLE, O. J. Introdução ao conceito de sociedade e vida coletiva. In: Escola e Sociedade: Vídeo Livraria, 2008. Disponível em: <http://www2.videolivrraria.com.br/pdfs/9687.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2012.
- RODOTÁ, S. **Il convegno "Internet e privacy - quali regole?"**. 1998. Disponível em: <http://www.interlex.it/675/rodotint.htm>. Acesso em: 05 de janeiro de 2012.
- ROHRMANN, C. A. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ROPPO, E. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROTHMAN, P. Veja a internet em números no ano de 2010. **Exame.com**, 16 jan, 2011. Disponível em :< http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/veja-a-internet-em-numeros-no-ano-de-2010?page=1&slug_name=veja-a-internet-em-numeros-no-ano-de-2010>. Acesso em: 06 de novembro de 2011.
- ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**. Tradução Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2008.
- SAFERNET. **Indicadores**. Central nacional de denúncias. 2012. Disponível em: <http://www.safernet.org.br/site/indicadores>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2012.
- SCHMIDHEINY, Stephan. **Mudando o Rumo**. Hurden, Suíça. 1992. p. 06. Disponível em: http://www.stephanschmidheiny.com/files/file/books/P-6-1-Mudando%20o%20Rumbo_port.pdf>. Acesso em: 14 de dezembro de 2011.
- SCHREIBER, A. Os direitos da personalidade e o código civil de 2002. In: TEPEDINO, G. FACHIN, L. E. (Coord.) **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2.

SENISE LISBOA, R. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. São Paulo: Renovar, 2009. t. 3.

TOFFLER, A. **A terceira onda**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TRINDADE, M.; SANTOS, A. **Regulação e Auto-Regulação no Brasil e a crise internacional**. 2012. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/juridico/download/Artigo_MarceloTrindade.pdf> Acesso em: 20 de dezembro de 2011.

TRIVINHO, E. (Org.) **Flagelos e horizontes do mundo em rede: política, estética e pensamento à sombra do pós-humano**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

UNESCO. **Knowledge versus information societies** : UNESCO report takes stock of the difference. 2005. Disponível em: <http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=30586&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>. Acesso em: 10 de maio de 2010.

WALD, A. **Obrigações e contratos**. 17ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WELLMAN, B. **Physical place and cyberplace: the rise of personalized networking**. 2001. Disponível em: <http://www.itu.dk/people/sidsezimmermann/Litteratur/Wellman_2001%20-%20%20personalized%20networking.pdf>. Acesso em: 13 de junho de 2011.