

## OS USOS E COSTUMES COMO FONTE DO DIREITO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Raphael RIBEIRO<sup>1</sup>  
Vitor Augusto Leite GONÇALVES<sup>2</sup>

**RESUMO:** O direito, quando relacionados as novas tecnologias, é passível de estagnar-se. A lei não acompanha os avanços sociais, o que leva à edição de leis lacunosas. Reflexo disso temos o comércio eletrônico, que como fenômeno novo, precisa de regulamentação, e como elemento normativo proposto temos a aplicação do Direito Vivo, dando regramento ao consumo através da internet, observando os próprios usos e costumes dos negócios em meio telemáticos. Se conclui que aplicar tais conceitos é dar dinamicidade e normatização mais completa ao comércio eletrônico, em um dialogo mediado pelo Estado.

**Palavras-chave:** Direito Vivo. Comércio Eletrônico. Direito e Internet.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente faz, inicialmente, uma análise do direito como fato social, buscando em um entendimento sociológico quais as bases e interesses são relevantes à sociedade, e conseqüentemente ao Direito, dar proteção e regramento.

Apresenta a sociedade em constante desenvolvimento através das novas tecnologias informáticas, em especial a internet, que alteraram sensivelmente as relações entre consumidor e empresa, e que atualmente contam com um regramento jurídico desatualizado e deficiente, que não prevê a gama diversificadíssima de possibilidades para o desenvolvimento dos pactos e situações mercadológicas.

Se fundamenta nas ideias concretizadas por Eugen Ehrlich, sobre Direito Vivo, propondo um modelo dinâmico de regulamentação, sendo a discussão legislativa alimentada por todos os agentes presentes e atuantes nos meios telemáticos, prezando pela completude e eficiência da lei.

---

<sup>1</sup> Advogado. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Formado em Direito pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. rapharibe@gmail.com.

<sup>2</sup> Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário no Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Formado em Direito pelo Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. vl.vitorleite@hotmail.com.

Busca no método hipotético, dedutivo e na interpretação axiológica as respostas para os questionamentos propostos, segundo as bases lógicas de investigação científica, utilizando-se de pesquisa doutrinária e legislativa para a consecução dos resultados apresentados.

## **2 DIREITO COMO FATO SOCIAL**

O direito como fenômeno é fato social – segundo as palavras de Émile Durkheim – fator externo a vida do indivíduo, dotado de carga coercitiva; é função da vida em sociedade, exprimindo seus aspectos morais e econômicos, que devem ser estudados em sintonia com o desenvolvimento da própria sociedade em si (DURKHEIM, 2007, p. 1-13).

Dentro dessa análise dinâmica do direito, tem-se que as relações comerciais ao longo dos séculos se desenvolveram de contratos orais para contratos escritos, impressos de vontade que refletiam interesses exclusivamente individuais para acordos que atendiam aos interesses coletivos advindos com a nova onda de direitos sociais concretizadas pela Constituição de 1988.

Tais interesses coletivos fixaram no contrato a sua função social, reflexo dos anseios sociais que arrebataram a população pós-revolução industrial.

Na atualidade, reação das novas mudanças no ambiente dos negócios jurídicos e comerciais, existem os novos meios de comunicação: a informática e a internet.

As novas tecnologias trataram de revolucionar mais uma vez a maneira de se firmar os negócios que a lei não estava preparada para absorver, tanto que a legislação sobre o tema (código do consumidor, código civil, etc.), foi incapaz de imaginar o advento tecnológico quando da sua edição, deixando lacunoso a regulamentação dos antigos institutos do direito aplicados às inovações.

Assim, a sociedade se desenvolveu rapidamente, e o Direito, pautado em tomos e códigos vagarosamente escritos, padeceu deficiente em prever e alcançar os avanços e mudanças experimentadas no século XXI.

## **3 RELAÇÕES COMERCIAIS EM MEIO TELEMÁTICO: A NECESSIDADE DE UM DIREITO VIVO**

O direito aplicado as novas tecnologias levanta o questionamento quanto as fontes do direito. É patente que as leis editadas não correspondem a variedade gama problemática trazida pelas relações em meio digital, o que leva ao pensamento de fontes alternativas para a aplicação do Direito.

Eugen Ehrlich assim entende que “o direito positivo (...) não dá de modo algum uma imagem do que realmente ocorre na vida” (1980, p. 133), assim propõe a ideia de um direito alimentado pela própria dinâmica da modernidade, tratando deste sob a nomenclatura de Direito Vivo:

O direito vivo não está nas proposições jurídicas do direito positivo, mas é o que, porém, domina a vida. As fontes de seu conhecimento são, antes de tudo, os modernos documentos; são também, a observação direta da vida, do comércio e da conduta, dos costumes e dos usos e de todos os grupos, não somente os reconhecidos juridicamente, mas também aqueles que passaram despercebidos e que não foram considerados e, até mesmo, aqueles que a lei desaprovou (EHERLICH, 1980, p. 133-134).

Ehrlich propõe ainda a realização do Direito além do direito positivo, se valendo do direito consuetudinário, fundamentado nos costumes para regulamentação das novas relações. O questionamento se refletiu na edição da lei Marco Civil da Internet, que se valeu dos órgãos da sociedade civil para enriquecer a edição da norma, porém, mais uma vez, transformou o costume em norma positivada, justamente pela discussão que fomentou a edição da supracitada lei ter se pautado em situações constantes que já se observava na internet, desde sua chegada em território nacional, em 1995, e que a lei, de tão específica, continuou a carregar consigo os buracos que o sistema jurídico não conseguiu prever enquanto normatizando a sociedade contemporânea.

A edição da lei supra esbarrou até mesmo em pensamentos que se dirigiam a autorregulamentação do meio digital, ideias que se alinham e muito ao conceito de Direito Vivo, mas que não foram o resultado dos esforços legislativos, que optaram pela forma legislativa mencionada, e que hoje editam tantas outras leis que servem para complementar o que o Marco Civil da Internet deixou de trazer.

Tanto é assim que a lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099 de 1995), instrumento apto a garantir acesso à justiça para as causas de pequeno valor,

simplistas e céleres, quando direcionada ao comércio eletrônico, se mostra inapta a solução dos conflitos.

O comércio eletrônico por vezes conclui as transações de compra e venda através de portais eletrônicos, sem lojas físicas, o que leva ao distanciamento do consumidor, fato este que, quando se é necessário demandar no judiciário, especificamente em sede de Juizados Especiais, esbarra na lacuna da própria norma: a citação só será feita pessoalmente, e, excepcionalmente, por hora certa, não se admitindo a citação por edital<sup>3</sup>.

Trata-se de relação entre sujeitos incorpóreos, que firmam o contrato com cliques, e o instrumento disponível a resolução da lide (Lei 9.099/95) é ineficaz ante a lacunosidade inserida pelo tempo de edição da norma e a incapacidade desta em acompanhar as mudanças tecnológicas. Ou seja, tem-se lojas virtuais, sites de comércio eletrônico, sem endereço aparente de suas sedes ou estabelecimentos físicos, muitas vezes nem constando no seu site de comercialização, o que não presta ao consumidor as informações necessárias para início da demanda judicial, que, ao ter só o site da empresa como referência, não dispõe de informações suficientes para ingressar no judiciário.

Problematizando, o consumidor, ao se valer dos Juizados para reparação de eventuais danos esbarra na deficiência da lei, que impede o Juiz de tornar a causa complexa ou demorada. Assim, ao restringir a citação por edital, a referida lei deixa de ser útil as novas relações telemáticas e virtualizadas, o que, nascida da intenção de proteger as relações consumeristas, acaba por desguarnecer o sujeito a qual destinava sua aplicação: o consumidor.

A solução neste caso é o desaforamento, que leva à justiça comum uma causa consumerista, necessitada de celeridade pela própria natureza e valor que estas relações costumam apresentar, e que as varas comuns não são capazes de garantir com a mesma simplicidade e celeridade que os juizados oferecem.

Se o legislador houvesse optado por uma forma regulamentar que atendesse as mudanças constantes das novas tecnologias, em especial a internet, que constantemente se renovam e trazem novas ferramentas e inovações, poder-se-ia buscar na teoria do Direito Vivo uma normatização mais eficiente para as relações

---

<sup>3</sup> Inteligência do artigo 18, e parágrafos, da Lei nº 9.099/95, complementada pela doutrina e jurisprudência, que tem entendido que a citação por hora certa não é nada de incompatível com os princípios informadores dos Juizados Especiais.

virtualizadas, justamente por tais ideias buscarem para além da lei a resposta para problemas nascidos com a modernidade.

#### 4 DISCUSSÃO E RESULTADOS

O sociólogo Ehrlich, sobre o Direito Vivo, propõe o desenvolvimento do sistema normativo respeitando os pactos, aplicando os costumes e os usos recorrentes do ambiente para regulamento dele próprio, estabelecendo-se as regras a partir do que costumeiramente é praticado no ambiente em questão.

Porem, pensa-se que ao se tratar o Direito desta maneira é retroagir ao tempo do *pacta sunt servanda*, e priorizar os acordos entre particulares, sem qualquer intervenção estatal, ainda mais quando é considerado o ambiente do comércio, hostil e desfavorável ao consumidor, seria facilitar ainda mais a desigualdade entre contratantes, como é bem percebido no cenário de negócios atual.

A realidade dos negócios e práticas empresariais ensina que as empresas por vezes colocam seus interesses econômicos frente aos direitos sociais e individuais. Esta prática, ainda que comum, é incorreta, e o advento da internet é mais um espaço, amplo e rico, para perpetrar tais injustiças.

Hoje, lida-se com gigantes econômicos no ambiente virtual, como o Amazon.com, primeiro site do seu tipo e até hoje um dos maiores influentes na comercialização de produtos pela internet, e que, assim, detentor de boa parcela do mercado virtual do seu seguimento, deve ser freado em função dos deveres da cidadania.

Neste sentido, Joseba Elola defende:

Internet deve funcionar livremente e sem interferências políticas de interesses de grupos que buscam perpetuar modelos de negócios obsoletos e impossibilitar que o conhecimento humano siga sendo livre (ELOLA, *apud* SEGURADO, 2014, p. 14)

Deixar que o mercado e tecnologias se regulamentem é promover sua completa normatização, mas, em contrapartida, uma postura autorregulamentar dará margem a um mercado predador, priorizando primeiro as práticas comerciais e o lucro destes agentes comerciais, já que as empresas atuantes no cenário digital

ditam as regras da internet própria dita e demais tecnologias telemáticas, como a praxe tem demonstrado.

Por outro lado, estabelecer normatização no meio digital através de discussão mediada pelo Estado, protegendo o lado mais fraco da relação, o usuário/consumidor, que carece de conhecimento técnico, poder econômico e amparo jurídico, seria a forma ideal de se encontrar um modelo de regulamentação que preze pelo equilíbrio das relações através das novas tecnologias, ideia esta que recebe amparo na voz Rosemary Segurado:

É justamente nessa perspectiva que Galloway (2004) aponta a necessidade de pensarmos em um tipo de regulamentação capaz de envolver a sociedade civil e garantir que a arquitetura da rede seja baseada na liberdade de expressão, comunicação e conexão dos indivíduos, e não Regulamentação da internet controlada pela lógica de mercado e os desígnios do capital financeiro. Essa perspectiva significa deslocar o debate da regulamentação, fortemente centrado no combate aos crimes cibernéticos ou no vigilantismo da internet, para uma direção estimuladora do compartilhamento de ideias, da inteligência coletiva e da quebra do oligopólio das narrativas e dos discursos, próprio do ideário neoliberal (ELOLA, *apud* SEGURADO, 2014, p. 04-05)

Regulamentar sob a égide estatal em consonância com interesses da sociedade civil e comercial é resguardar a Constituição, proteger o cidadão da expansão desenfreada dos gigantes econômicos e promover o equilíbrio de mercado, utilizando-se tanto do poder legislativo do Estado como o usos e costumes dos meios telemáticos para se determinar as normas que atenderão tais tecnologias é dar maior eficiência as relações concretizadas em meio digital, ainda que talvez, pendendo a sua aplicação para um lado ou outro da relação, a depender do caso.

Ao darmos atenção legislativa ao fato antes mesmo de seu efetivo desenvolvimento, tanto pelos usuários da internet como das empresas virtualizadas atuantes seria determinar a lei antes do fato, já por outro lado, esperar que os fatos se concretizem para assim se determinar quais direitos e interesses merecerão respaldo é deixar desamparado e injustiçado muitos dos agentes figurantes destas relações. Assim, temos uma sensível discussão: A norma deve vir antes do fato ou o fato vir antes da norma?

Parece que a primeira situação resguarda interesses sociais e individuais, porém o segundo é o que se mostra mais capacitado à integral cobertura dos acontecimentos de fato.

No entanto, se for colocado as ideias de autorregulamentação, mediada pelo Estado, na intenção de não deixar que ilegalidades e discrepâncias desfavoreçam os agentes menos capacitados na internet, como o consumidor, pode ser que seja a melhor ferramenta para normatização do ambiente virtual e resguardo do estado democrático, concluindo-se que a melhor solução é um sistema híbrido, autorregulamentado através dos agentes atuantes em ambiente telemático e mediado pelo Estado, prezando assim pela defesa de injustiça e fomentando o equilíbrio saudável das regras de mercado.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DURKHEIM, Emile. As regras do método sociológico. Traduzido por Paulo Neves. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EHRlich, Eugen. O estudo do Direito Vivo. In: SOUTO, Claudio; FALCÃO, Joaquim. Sociologia e Direito: Leituras básicas de sociologia. São Paulo: Livraria Pioneira, 1980.

SEGURADO Rosemary. Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/hcsm/2014nahead/0104-5970-hcsm-S0104-59702014005000015.pdf>>. Acessado em: 30/06/2016.