

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO

**DIREITO DO CONSUMIDOR E A TEORIA DA CONFIANÇA:
CIDADANIA E TUTELA CONSUMERISTA NOS SÍTIOS DE APROXIMAÇÃO**

CLÁUDIO ANTÔNIO DE PAIVA SIMON

Santo Ângelo
2009

CLÁUDIO ANTÔNIO DE PAIVA SIMON

**DIREITO DO CONSUMIDOR E A TEORIA DA CONFIANÇA:
CIDADANIA E TUTELA CONSUMERISTA NOS SÍTIOS DE APROXIMAÇÃO**

Dissertação de Mestrado em Direito para
obtenção do título de Mestre em Direito,
Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – Campus de
Santo Ângelo, RS, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas, Programa de Pós-
Graduação em Direito – Mestrado

Orientador: Prof. Dr. William Smith Kaku

Santo Ângelo
2009

CLÁUDIO ANTÔNIO DE PAIVA SIMON

**RELAÇÕES DE CONSUMO E A TEORIA DA CONFIANÇA:
CIDADANIA E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS SÍTIOS DE APROXIMAÇÃO**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Santo Ângelo (RS), — como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa II: – Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos.

Comissão Julgadora:

Prof. Dr. William Smith Kaku
Orientador

Prof. Dr.
Examinador

Prof. Dr.
Examinador

Santo Ângelo, de de 2009.

Dedico este trabalho aos meus pais, Cláudio e Maria, e à minha avó, Lourdes.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, da forma mais sincera, ao indispensável motivador para a conclusão dessa dissertação, Professor Doutor William Smith Kaku, por sua generosidade, paciência e respeito.

Também merece lembrança a Professora Doutora Liliana Locatelli, que incentivou esta produção.

Agradeço aos amigos da graduação e do mestrado, aos eminentes professores e colaboradores da URI, aos professores de academias jurídicas e não-jurídicas de várias partes do país, jornalistas, advogados, engenheiros e usuários de internet que colaboraram com esta pesquisa respondendo e-mails, sugerindo leituras e enviando materiais.

[...] la confianza constituye una forma más efectiva de reducción de la complejidad.

(Niklas Luhmann)

RESUMO

Com o advento de novas tecnologias e a mudança nos padrões culturais da sociedade, novas ferramentas têm surgido no intuito de facilitar as relações entre os indivíduos. Neste cenário, as vias de consumo também se adaptaram. Surgem os sítios de aproximação como uma alternativa atraente aos consumidores, em que pese se verifique a vulnerabilidade destes ante os ambientes virtuais. Incrementado o risco, por intermédio destas tecnologias, o acesso a direitos que possam garantir a cidadania se torna mais complexo. O objetivo deste trabalho é demonstrar como o usuário de internet é conduzido a consumir dentro dos sítios de aproximação e por qual razão ele é inserido em uma relação complexa que termina o afastando de exercer sua cidadania em plenitude. Investigar-se-á se como o discurso que traz o usuário àquele espaço é capaz de conquistá-lo. O ordenamento jurídico não regulamenta especificamente estas relações, que são elaboradas a partir da criação de vínculos de confiança, evidenciando a necessidade de instrumentos, que permitam garantir a adequada proteção aos consumidores que se utilizam dos sítios para aquisição de produtos ou serviços – responsabilizando aquele que cria expectativas e as frustra; ou ainda a reavaliação dos meios que se dispõe no presente para que se faça valer a efetiva proteção do consumidor frente a sua vulnerabilidade, garantindo o pleno acesso à cidadania.

Palavras-chave: Relação de Consumo. Sítio de Aproximação. Internet. Risco. Vulnerabilidade. Confiança. Cidadania.

RESUMEN

Con el advenimiento de las nuevas tecnologías y cambios en los patrones culturales de la sociedad, han surgido nuevas herramientas para facilitar las relaciones entre los individuos. En este escenario, los medios de consumo también se adaptan. Aparecen en este contexto, los sitios de aproximación como una alternativa atractiva para los consumidores, aunque hay una vulnerabilidad en estos entornos virtuales. Siendo más alto el riesgo, a través de estas tecnologías, el acceso a los derechos que garantiza la ciudadanía se hace más compleja. El objetivo de este estudio es demostrar cómo el usuario de Internet está dirigido a consumir dentro de los sitios de aproximación y por qué razón se pone en una relación compleja que trae dificultades para el ejercicio de su ciudadanía en su totalidad. Esta investigación se refiere a cómo el discurso influye en el usuario que el espacio y cómo este discurso es capaz de conquistarlo, pudiendo garantizar el pleno acceso a la ciudadanía. La ley no regula específicamente estas relaciones, que son desarrollados a partir de la creación de lazos de confianza, poniendo de relieve la necesidad de herramientas, para garantizar la protección adecuada a los consumidores que utilizan los sitios para comprar productos o servicios – que promueve la responsabilidad de los que crean expectativas y las frustran; o de una reevaluación de los medios disponibles en el presente para llevar a cabo la protección efectiva de los consumidores por delante de su vulnerabilidad, pudiendo garantizar el pleno acceso a la ciudadanía.

Palabras-clave: Relaciones de Consumo. Sitio de Aproximación. Internet. Riesgo. Vulnerabilidad. Confianza. Ciudadanía.

SUMÁRIO

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 1 RELAÇÕES DE CONSUMO E NOVAS TECNOLOGIAS..... | 13 |
| 1.1 Funções epistemológicas do Direito e sua relação com o novo..... | 13 |
| 1.2 Sociologia Sistêmica e Tutela Consumerista na Internet..... | 27 |
| 1.3 Cidadania e consumo: é preciso (re)conhecer direitos..... | 39 |
| 1.4 Consumo e Vulnerabilidade: a Confiança como razão e resposta..... | 44 |
| 2 CONFIANÇA, RISCO E COMPLEXIDADE..... | 60 |
| 2.1 Sobre a confiança no Sistema..... | 60 |
| 2.2 O Risco Inserido no Sistema..... | 72 |
| 2.3 A Confiança no Consumo Eletrônico..... | 79 |
| 3 FORMAS PARA SOLUCIONAR OS CONFLITOS NOS SÍTIOS DE APROXIMAÇÃO..... | 109 |
| 3.1 A influência da revolução informacional para os sítios de aproximação..... | 109 |
| 3.2 Do contrato e estruturação do sítio de aproximação..... | 118 |
| 3.3 Redução de complexidades nos sítios de aproximação: atualizar ou inovar?..... | 133 |
| 3.4 A busca pela cidadania por intermédio da igualdade nos sítios de aproximação..... | 146 |
| CONCLUSÃO | 152 |
| REFERÊNCIAS UTILIZADAS..... | 157 |

INTRODUÇÃO

A tecnologia reflete a sociedade. Tal assertiva pode ser verificada ao longo do tempo, pois o caráter imaginativo do ser humano e sua interação com seus pares e com o meio reflete esta verdade. Os temas do mundo do hoje são a velocidade e o estar presente e ser reconhecido por isso. Caminha-se em direção a um mundo mais efêmero, que valoriza a individualidade. A modernidade criou atores individuais que, paradoxalmente, não sobrevivem isolados e, para garantir esse estado de vivência, a proteção dos Direitos inerentes a cada um se evidencia insofismável luta.

Dentre as tecnologias da modernidade, adveio uma revolução: a revolução informacional, cujo ápice se vislumbra na internet. Apresentou-se uma nova maneira de existir no mundo, onde se pode fazer ou tentar fazer tudo o que se vê, escuta, fala e sente por intermédio dos *bytes*, através da comunicação. Nessa criada, recriada e em construção internet o homem age com um *animus* para transformar o mundo real dentro de uma condição cibernética.

Em tais condições, construíram-se os sítios de aproximação: instrumentos que fomentaram o contato das pessoas reunidas em torno do consumo, valendo-se, especialmente, das possibilidades que a rede oferece. Surgiram como uma tentativa de virtualizar – ou atualizar – uma espécie de feira-livre virtual, *onde todos pudessem comprar e vender de tudo*. A internet, nesse sentido, certamente possibilitou a existência de um meio ímpar que pudesse pôr em contato os diversos atores do sistema social pela via do consumo.

Porém, nesse fértil e novo campo eletrônico que despontava, verificava-se uma dificuldade a respeito de saber como se comporta quem está do outro lado da conexão. Ambos os indivíduos que interagem nesse sistema comunicativo deveriam enfrentar a dupla contingência e o risco. Somado a isso, igualmente se nota uma estrutura administrativa negligente e imprudente nesses novos espaços, consubstanciando em complexidades que deixam o consumidor em estado de vulnerabilidade permanente.

Este quadro de vulnerabilidade se hipertrofia em razão da (des)informação. Na internet, o consumidor fica submetido aos dados que lhe são disponibilizados e, a partir desses dados, ele conduzirá suas decisões. Portanto, o requisito primeiro para o estabelecimento de relações é a confiança. Confiar na informação: esta é a busca do consumidor internauta.

Para compreender o fenômeno da vulnerabilidade do consumidor ante os sítios de aproximação é imprescindível atentar para a questão da confiança. Num espaço como a internet, que desconhece barreiras físicas e temporais, a busca pela garantia de congruência de

expectativas prende-se umbilicalmente à ideia de tutelar a confiança, *paradigma da boa-fé*.

A confiança nessa perspectiva proporciona a minoração do risco, isto é, conectadas as expectativas de ações envolvendo o comércio (o comércio eletrônico, no caso) por intermédio da tutela da confiança, reduzir-se-ão as complexidades e, por consequência, se promoverá maior proteção àqueles que utilizam a referida plataforma de consumo.

A problematização, por esse motivo, aponta seu foco para a efetividade dessa confiança. É mister proteger as expectativas dos consumidores, que se orientaram pelas linguagens (*texto*) de segurança construídas pelos sítios de aproximação. Esses espaços se evidenciam como fortes e suficientes para cumprir sua função, de modo a conquistar a fé de seus usuários.

Os sítios de aproximação se revelam significativamente sedutores à medida que se valem de fatores pré-concebidos do cotidiano, não garantidos de embasamento verossímil para construir uma imagem que lhes dê *respaldo* na rede. Tal soma faz com que os usuários do sítio lhes dê *crédito*. Crédito que proporciona tranquilidade. E o que é essa tranquilidade se não a expectativa de que após a aproximação haverá a conclusão de um negócio jurídico?

Almeja-se garantir que as expectativas do consumidor (usuário-comprador) sejam correspondidas com as expectativas do vendedor (usuário-vendedor). E essa garantia parte da confiabilidade que é assegurada pelo sítio de aproximação (aproximador). Porém, de que modo proteger as expectativas dos consumidores, tornando menos complexas e incertas as relações nos sítios de aproximação?

Com a condução do presente trabalho buscou-se investigar na proposta do sítio de aproximação os pontos frágeis de sua concepção que ensejam a ocorrência de fraudes e, por isso, possibilitam a aplicação de uma sanção capaz de compensar a frustração de expectativas.

Observou-se inicialmente o que uma sociedade dinâmica e veloz pode produzir em termos de tecnologia e cultura e, por conseguinte, os efeitos desse processo de evolução nas relações humanas e, especialmente, no Direito que organiza esse corpo social. Assim procedendo, verifica-se que há uma parcela de atores do sistema que não proporcionam a segurança necessária em suas interações. Em decorrência disso, nem sempre as expectativas são garantidas, surgindo assim frustrações que demandam respostas. Identifica-se, dessa maneira, a complexidade ou o conflito. Conflito este, saliente-se, diferente pela novidade na ordem social e jurídica e que, em consequência, precisa ser reduzido ou mesmo solucionado.

Nesta sequência, no segundo capítulo, é possível perceber que despontam os primeiros raios de luz em busca de respostas: a tutela da confiança. Aquele que cria uma expectativa e inspira a fé alheia deverá assumi-la. Em razão disso, verificado o vínculo de responsabilização

por parte do sítio de aproximação frente a negócios malsucedidos decorrentes de sua (in)atividade, intenta-se sugerir alternativas que sejam aptas em oferecer respostas aos problemas das aproximações neste contexto histórico.

Por derradeiro, a investigação se concentra em interpretar os sítios de aproximação, por intermédio do *texto* de que esses atores dispõem, e a apresentar uma nova forma de solução de conflitos nesses espaços. É inerente a essa solução a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e a imprescindibilidade do Direito como instrumento capaz de reduzir as complexidades a um nível suportável para a interação humana em sociedade.

Apesar do apelo constitucional, o sistema judiciário brasileiro – no que tange à tutela do consumo – não se mostra totalmente apto a se amoldar às atividades promovidas pelos sítios de aproximação, de vez que, deve atuar em prol dessa proteção em face da expressa previsão legal (Constituição Federal, Arts. 5º, XXXII e 170, V). Trata-se, aqui, de um contrato que inova no Direito Civil, constituído com características dos contratos de mediação e corretagem. Em decorrência disso, acrescida a carência de especialistas neste campo de atuação, as complexidades são iminentes para os usuários e, conseqüentemente, a segurança das relações fica fragilizada.

O consumidor, nesta senda, está vulnerável a toda sorte de intempéries. Não sendo possível ser sujeito de direitos nesta específica seara de relação civil/consumerista, exercer a cidadania plena se caracteriza como um desafio a ser reduzido e superado. Há previsão legal específica que dá amparo a esse direito (tutela do consumo) e, da mesma forma, há carência em garantir a eficácia desse direito. A vivência de cidadania, portanto, está vinculada à necessidade de efetivar direitos, independente do meio em que atua o ser humano (social, econômico, jurídico, entre outros), seja numa modalidade real, seja numa atualização que conduz ao plano virtual.

O desamparo do Estado a quem interage por intermédio das novas tecnologias, acrescida a dificuldade do acesso à Justiça, pobreza científica dos órgãos de investigação e ao amadorismo preordenado daquele que oferta os serviços de aproximação resulta em uma mistura vil que se choca frontalmente com o Direito à proteção no âmbito do consumo e, por conseguinte, fere o crer daqueles que expectam nos Direitos Fundamentais.

Destarte, demanda-se a aplicação de um antídoto. Infere-se ser imperioso que não haja danos àquele que depositou suas expectativas, quando foi induzido a confiar a partir de declarações. Mais que isso, torna-se imprescindível reafirmar a proteção constitucional ao consumidor, sem medo ou preconceito pelo novo. Se há uma luta pelo direito a ter direitos, paralelamente, deve-se buscar a efetividade da conquista desses direitos.

1 RELAÇÕES DE CONSUMO E NOVAS TECNOLOGIAS

1.1 Funções epistemológicas do Direito e sua relação com o novo

O modo de perceber o mundo como uma estrutura estática, que busca respostas baseadas em postulados pré-estabelecidos, paulatinamente passa por mudanças. Atualmente, as áreas do conhecimento passam a valorizar os recursos disponíveis, quaisquer que forem. A ordem do momento é (re)aproveitar as fontes em sua potencialidade máxima¹.

Nas engenharias, constroem-se edifícios inteligentes, aproveita-se toda a forma de energia, pesquisam-se condutores próximos da perfeição energética; as ciências biológicas aplicam-se em conhecer meios que aproximem o uso dos recursos naturais com as possibilidades de auto-renovação; as ciências humanas percebem o reviver e reinventar dos movimentos do passado, postura que também se verifica na cultura².

De toda forma, as ciências em geral tem se voltado à necessidade de repensar o modo de criar. No campo jurídico, a (re)criação legislativa tem inspirado cuidados em razão da eventual perda da força do próprio Direito frente a essa pulverização de matérias. Daí que é preciso realizar um ajuste de entendimentos com o fim de buscar uma essência mais sólida ao significado do ordenamento³.

O meio jurídico tem certa dificuldade para absorver as situações mais e mais complexas que se verificam em uma sociedade plural e multicultural. Por isso, o Direito deve abandonar aos poucos esse caráter essencialmente formal em favor de uma postura materialmente elástica, melhor adequável a situações imprevisíveis⁴. Não se trata de promover uma atuação por intermédio de analogias e simplesmente calar a elaboração de novas leis. Todavia, é preciso (re)conhecer o sistema jurídico quando se pensa no que pode fazer o Direito por uma sociedade.

Nota-se a existência de um Direito essencialmente técnico, que busca acertar-se de acordo com a norma, encaixando fatos às previsões legais. Ao longo de determinado espaço temporal, é muito provável que se verifique descompasso entre a *praxis* e a técnica, o que formará hiatos. Tais “folgas” entre o *encaixe* da norma e fato, podem ser supridas mediante a apreciação de uma teoria sociológica do Direito, que evidentemente, se relacione com a

1 CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. 6. ed. São Paulo: Cultrix. 2001. p. 159.

2 Ibid. p. 213.

3 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13.

4 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 28.

sociedade. Niklas Luhmann destaca a necessidade dessa nova observação:

Em termos sociológicos é evidente que o direito é direito da sociedade e com ela se modifica. A partir daí não é possível erigir uma trincheira de contraposição ao direito dos juristas ou ao direito estatal que, como conformações jurídicas, só são compreensíveis no contexto social – e nunca fora dele.⁵

Atualmente, a base da teoria jurídica é de cunho normativista, e tem como um de seus expoentes Hans Kelsen. Tal conteúdo teórico se alinha à crença de uma intervenção do Estado sobre as relações sociais – visando efetivar direitos⁶ – o que se manifesta por decisões políticas. Vive-se em uma sociedade indeterminada que requer um Direito positivo, ratificado por uma decisão política vinculante que visa controlar outras decisões, tornando-as obrigatórias^{7 8}.

O normativismo tem dificuldades para se integrar a uma sociedade de interações globalizadas, pluralistas e multiculturais, daí percebe-se uma crise, que se divide *a priori*, em dois aspectos: primeiro ao próprio normativismo analítico – que não consegue acompanhar as mudanças sociais na velocidade que acontecem – e num segundo momento quanto a necessidade de uma nova hermenêutica, fulcrada na interpretação social^{9 10}.

Surge então um método mais aprofundado de compreensão do Direito integrado em sociedade, trata-se da Hermenêutica Jurídica. Adiante das ideias kelsenianas, que supõe um sistema fechado e hierarquizado¹¹, a Hermenêutica faz uma valoração da linguagem e entende que a analítica não dá o suporte necessário à redução de complexidades. Não sendo ainda uma teoria social, na Hermenêutica se encontra a possibilidade de continuidade do discurso jurídico mediante a reafirmação do ordenamento e adequação do discurso à compreensão da sociedade. Sempre haverá uma resposta, de maneira geral¹².

5 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 32-33.

6 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 113-123.

7 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14

8 “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental [...]” Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Ensino Superior) p. 250.

9 Ibid. p. 26.

10 “Válida é a norma que está de acordo com o sistema jurídico por derivar da autoridade dotada da imprescindível capacidade/competência para a sua edição, e justa é a norma que supre os requisitos formais da sua validade. Dessa forma, desconsideram-se quaisquer outros elementos ou juízo de sua aferição enquanto norma jurídica.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27.

11 KELSEN, Hans. op. cit. 249.

12 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema**

Dworkin propõe a existência de uma resposta correta que será prolatada – metaforicamente – por um *juiz Hércules*, que conseguirá adequar a sua ação seja ao que já existe como também ao que a sociedade precisa^{13 14}. Todavia, ainda existirá um *gap* – espaço entre o que se tem e o que se precisa/almeja ter¹⁵ – de atualização, porque será preciso recorrer ao discurso de antanho para se dizer o discurso posterior (presente)¹⁶. Haverá, enfim, uma lacuna, que se apresentará, de alguma maneira, maior aqui do que num acompanhamento decorrente da Sociologia Sistemática, que se mostra uma forma intrinsecamente ligada à concepção de sociedade. Enquanto na Hermenêutica se trabalha a partir do discurso, na Sociologia Sistemática, parte-se da própria sociedade, sendo, portanto, um conceito mais atual por conta da característica da fonte (sociedade)^{17 18}.

A Sociologia Sistemática baseia-se nas possibilidades de interação decorrente da troca de informações derivadas de elementos que fazem parte do sistema social e que, portanto, o compõe, exemplificados por manifestações culturais de uma sociedade como: religião, educação, política, família, comércio, direito, economia entre outros¹⁹. Integrados, esses

autopoietico do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24.

- 13 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito)
- 14 Id. **O império do direito.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito)
- 15 “A hermenêutica é um avanço da crítica jurídica porque aprofunda a questão da interpretação normativa, dando uma função muito importante aos juizes, advogados, e aos operadores do Direito em geral. Isto quer dizer que a hermenêutica fornece ideologicamente muito mais poder de ação. Entretanto, a hermenêutica jurídica abre um importante ponto de preferência para a análise da sociedade, para a compreensão do Direito. Mas ela não explica suficientemente o que seja sociedade.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 26.
- 16 “A decisão judicial a ser tomada como a mais adequada em cada caso concreto é diretamente influenciada pelas práticas e precedentes judiciais que dominam a seara do Direito acerca de casos semelhantes ao que será decidido [...]”. Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.
- 17 “[...] *tudo está dentro da sociedade.* Não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Tudo está dentro da sociedade. Sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social. Este é o ponto de partida fundamental.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.
- 18 “O positivismo está centrado na aplicação do direito ao caso concreto, já a hermenêutica propõe uma interpretação do direito ao caso concreto. A primeira é normativa, a segunda é interpretativa. Porém, ambas são inaptas para sanar as dificuldades ampliadas por um meio de alta complexidade em que o Estado, e o próprio Direito, perdem força perante os sistemas econômico e político.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 148.
- 19 “Os conceitos e as teorias fornecidos pelo enfoque moderno dos sistemas estão sendo progressivamente introduzidos na sociologia, por exemplo o conceito de sistema geral, de retroação, informação, comunicação etc. A atual teoria sociológica consiste em grande parte nas tentativas de definir o “sistema” sociocultural no estudo do funcionalismo, isto é, no exame dos fenômenos sociais com relação à “totalidade” a que servem. [...] A ciência natural trata de entidades físicas no tempo e no espaço, partículas, átomos e moléculas, sistemas vivos em vários níveis, conforme o caso. A ciência social tem de tratar com seres humanos no universo da cultura criado por eles. O universo cultural é essencialmente um universo simbólico. Os animais estão envolvidos por um universo *físico* que têm de enfrentar, o meio físico, as presas a capturar, os predadores a evitar e assim por diante. O homem, ao contrário, está

elementos reagem globalmente, comunicando-se uns com os outros. A esse respeito, destacam-se atualmente dois autores nesse momento: Jürgen Habermas²⁰ e Niklas Luhmann²¹.

Distanciam-se os autores quando Habermas entende que a evolução se dá mediante o consenso²² e Luhmann pela diferença²³. Entendendo que a complexidade, associada à capacidade e inteligência do ser humano, constituem a chave para buscar novas alternativas frente à contingência inerente ao sistema social. Daí o motivo de preferir-se a perspectiva luhmanniana: em suma, complexidade gera evolução. É a mais genuína percepção do presente e inserção dele na sociedade por intermédio do Direito.

O método de observação sistêmico consegue acompanhar a inevitabilidade da mudança, seja quando ela se apresenta novidade ou quando adapta algo existente a outra realidade, pois compreende a interação dos sistemas, no quadro hipercomplexo, como matriz das soluções sociais. Melhor explicando, somente com um sistema ágil e integrado, que preserve características estruturais (erguidas desde sua gênese), mas mantenha elasticidade ao abarcar novas situações – desconhecidas ao direito positivado – é que se selecionam melhores possibilidades de compreender o mundo como hodiernamente se mostra²⁴:

O direito surge então como elemento co-determinante e co-determinado desse processo de desenvolvimento. Ele o fomenta ao adaptar-se às suas necessidades, porém, aponta para uma maior complexidade e variabilidade social: a sociedade

envolvido por um universo de *símbolos*. Começando com a linguagem, que é um requisito da cultura, até as relações simbólicas com seus semelhantes, o estado social, leis, ciência, arte, moral, religião e inumeráveis outras coisas, o comportamento humano, exceto nos aspectos básicos das necessidades biológicas da fome e do sexo, é governado por entidades simbólicas.” Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973. (Teoria de sistemas: 2) p. 260-262.

- 20 “[...] Habermas força um retorno a Kant juntamente com a ideia de que o consenso seria necessário à sociedade contemporânea. À diferença de Parsons, Habermas também coloca a questão da linguagem, do discurso, como fundamental. Mas, como uma certa inspiração em Parsons, não coloca a linguagem como texto, como a hermenêutica mais tradicional, como signo, colocando-a como comunicação. Parsons fala em linguagem como comunicação, e, por isso, Habermas, em homenagem a seus grandes mestres – Weber fala em teoria da ação, Parsons fala em teoria da comunicação –, escreve sua principal obra com o título “Teoria da Ação Comunicativa.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 29.
- 21 “Luhmann sempre alimentou uma polêmica com Habermas, colocando algumas noções um pouco diferentes, embora, em grandes linhas, a trajetória seja semelhante à de Habermas. Trata-se de uma teoria dos sistemas com um retorno a certas bases filosóficas, à Teoria de Hegel. Hegeliano, Luhmann vai inspirar-se numa dialética e, com isso, ele vai asseverar que o mais importante não é uma perspectiva que está em Habermas de se obter o consenso, mas dizer que, ao contrário, o sentido da sociedade é a produção da diferença. É sempre preciso produzir diferença, não consenso, na linha de Habermas, nem de maneira nenhuma, estabilização, na perspectiva de Parsons, mas o fundamental é a produção da diferença. A sociedade tem de ser observada com o critério da produção do diferente.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 29-30.
- 22 HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário).
- 23 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 34.
- 24 ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21-23.

torna-se mais rica em possibilidades; com isso seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos.²⁵

Para Luhmann, o mundo hipercomplexo abarca possibilidades que envolvem complexidade e contingência²⁶. O comportamento humano, por conseguinte, orientar-se-á a partir dessas percepções. Complexidades são as várias alternativas orientadas pela experiência humana e contingências associam-se aos riscos²⁷ de que as experiências não se orientem como esperado²⁸. As expectativas se prolongam em termos de continuidade e espera-se que tenham seguimento. Assim, Luhmann:

Qualquer aparecimento e em especial qualquer ação em sociedade provoca nos outros expectativas de continuidade, que podem passar do nível cognitivo para o nível normativo. Quem se apresentou como não fumante não pode começar a fumar sem qualquer explicação ou desculpa; pelo menos ele tem que assegurar que no resto permanece o mesmo. Esse comprometimento se baseia em que toda identidade pessoal é constituída no contexto da interação social das expectativas, fazendo com que todo aquele que deseje permanecer idêntico com si mesmo tenha que cuidar que os outros também permaneçam idênticos a si mesmos: se um perde sua identidade, a dos outros também fica ameaçada. Aquele que prenuncia expressamente um certo comportamento, invoca esse mecanismo elementar e facilita aos outros a interpretação normativa de suas expectativas e a expressão de possíveis desapontamentos.²⁹

O comportamento social requer a implementação de instrumentos que se orientem a partir das expectativas sobre expectativas. Tem-se por finalidade dar segurança às

25 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 34.

26 “Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode concretizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado) não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 45-46.

27 “O risco é, nesse contexto, um dos elementos que pertencem ao meio e desenvolvem – assim como todo elemento – um papel nesse mesmo meio. Em se tratando de sistemas sociais, “o risco deve ser tratado como um fenômeno da contingência advinda da complexidade da sociedade contemporânea. Não é o meio atual que, de uma hora para outra, foi embebido pelo risco. O risco sempre foi uma constante. Ocorre que, com o acirramento das possibilidades de escolha, conjuntamente com uma autoconsciência desse aumento de complexidade, o risco aflora em um ambiente caracterizado pelas incertezas. A atuação do risco pode ser caracterizada como elemento que irrita os sistemas sociais e, por decorrência, o próprio sistema jurídico. “Tal ocorrência faz com que eles reajam a fim de estabilizarem estruturas de expectativas e, em consequência, forneçam variantes mais cristalinas para as decisões”, permitindo uma redução na complexidade que atinge (também) o sistema jurídico.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113.

28 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 47.

29 Ibid. p. 88.

expectativas mediante a superação da chamada dupla contingência^{30 31}: afinal, há *risco* para ambas as partes que se comunicam no sistema social. Por mais que possa parecer que se luta pela harmonia, objetiva-se o dissenso³² (pela via do risco³³) pois, tão-somente assim surgirão complexidades decorrentes de outras complexidades: na teoria, identifica-se tal situação como *paradoxo*. Daí o aparecimento de novos processos comunicativos almejando corresponder às expectativas: isto se denomina congruência de expectativas³⁴.

A Teoria Sistêmica Luhmanniana compreende a presença de um Direito aberto e fechado que se auto-reproduz somente nele mesmo (*autopoiese*³⁵). Trata-se de um sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, à moda de um sistema vivo que interage,

-
- 30 “O mundo apresenta mais possibilidades do que o senso humano pode perceber. O mundo é complexo demais para sua capacidade sensitiva. A *contingência* reside no fato de que *as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas*. Disso se deduz que a contingência possui, intrínseca, a possibilidade de desapontamento. Exemplificando: duas pessoas estão prestes a se conhecer. Cada uma determina suas condutas mediante observações recíprocas. A observa B e resolve comportar-se X. B observa e resolve comportar-se X (mas poderia se comportar Y). Por uma simples suposição, geram certeza de realidade (assim como poderiam ter gerado incerteza). Estabelecem seus limites a partir de si mesmos. E mediante as ações de um e de outro, podem estabelecer ações outras que levarão à ação de ambos (o casamento). A dupla contingência, é, portanto, estabelecimento dos próprios limites em relação ao objeto a partir do próprio objeto, conseguindo-se expectativas razoavelmente seguras de um futuro em aberto.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70.
- 31 “Existe, assim, uma diferença entre a interação realizada entre dois seres humanos e um ser humano e o meio. Na relação entre dois seres humanos, um reconhece as necessidades do outro, tendo como base as suas próprias necessidades. Essa comunicação é realizada pela linguagem produzida pelo sistema nervoso: ligação entre o orgânico e o social do indivíduo. Dessa forma, a alteridade é expressa através da fraternidade – elemento de concretização das minhas necessidades espelhadas nas necessidades do outro – possibilitando as relações sócio-biológicas. O ser se reconhece no outro – assim a dupla contingência é o resultado das interações intersubjetivas (entre dois seres/sistemas) permitidas/ampliadas pela linguagem. Um exemplo dessa relação é o fato de que não pode haver comunicação com um objeto inanimado; com um animal pode haver um sistema de condicionamento de certas reações vinculadas a determinadas ações; agora, em se tratando de outro ser humano, é possível manter uma relação de comunicação e exigibilidade de determinadas condutas pelo necessário entendimento propiciado pela linguagem.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.
- 32 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 29-30.
- 33 “Em assim sendo, “o risco é a dinâmica mobilizadora de uma sociedade propensa à mudança, que deseja determinar seu próprio futuro, em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza”. O risco, dessa maneira, é, além de elemento integrante dos sistemas sociais, o responsável pela dinâmica desses mesmos sistemas, efetuando constantes irritações no processo de estabilização de expectativas.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 114.
- 34 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 48.
- 35 “[...] a autopoiese é a capacidade de se auto-reproduzir mantendo as características necessárias para uma ulterior reprodução – conservando, assim, a perpetuação do ser.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 99.

absorve e reduz as complexidades que porventura vem a suportar^{36 37 38 39}.

Esse sistema não se alinha com a ideia cartesiana do normativismo⁴⁰. Na teoria de Luhmann há uma auto-referência, pertinente à autopoiese⁴¹; não há uma adequação chave/fechadura (está normatizado, será reconhecido e tutelado no sistema jurídico). O Direito está em constante adaptação, assim como a sociedade⁴². É evidente que surjam dúvidas a respeito da previsibilidade do Direito, pois apenas há certeza de sua existência e incerteza de como ele se apresentará⁴³.

Nesse sentido, Luhmann salienta que o apego a elementos puramente legais, estáticos

36 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 642-645.

37 “Como sistema autopoietico, clausurado operativamente, el derecho se ve estimulado a garantizar su función. Por supuesto que esto no se puede llevarse a cabo haciendo que todas las condiciones empíricas necesarias para la reproducción del sistema se lleven a efecto dentro del sistema; eso significaría: incluir el mundo en el sistema. No obstante, el derecho debe mantenerse en su capacidad de operar como un sistema funcional determinado en su estructura, y en su capacidad de prever internamente la continuidad de la operación de su propia función. “Internamente” quiere decir: con su propio tipo de operación.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 200-201.

38 “[...] sistemas autopoieticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autorreproduzem a partir de um código e de uma programação própria. Conforme Luhmann, “la garantía de la autodescripción de las operaciones al sistema y, con ello, la garantía de la auto descripción de las operaciones al sistema, requiere de un código único como esquematismo binario que excluya otras codificaciones y otros valores (terceros, cuartos, quintos) del código.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 20.

39 “O Direito, assim como todo sistema, fica atrelado à irreversibilidade temporal, e seus elementos são continuamente mutáveis assim como todos os elementos do meio. [...] O direito – assim como o futuro – não é mais dado, mas sim construído, fugindo do determinismo e adotando a previsibilidade como elemento maior de todos os sistemas dinâmicos. As leis da natureza adotam um novo significado “não tratam mais de certezas morais, mas sim de possibilidades”. Isso ocorre devido à instabilidade geradora da entropia – característica dos sistemas dinâmicos e do próprio surgimento da vida.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 80.

40 “O positivismo apresenta-se como uma matriz que fecha o sistema jurídico às mutações sociais. Em uma conjuntura onde os meios de comunicação ampliam a complexidade social por apresentarem novas possibilidades/realidades diuturnamente, o Direito não pode destoar desse processo, ou será considerado uma forma de controle social obsoleta.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64.

41 “Com a operatividade, a fiada do sistema se torna manifestamente circular. A efetuação da autopoiese vai das operações às estruturas, e retorna destas às primeiras. O sistema é auto-referencial, pois ele reenvia os acontecimentos a outros acontecimentos na recursividade de uma referência, colocando em contato as operações jurídicas com outras operações jurídicas.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 118.

42 “[...] infere-se que o referencial autopoietico vem a suprir lacunas no processo de construção/aplicação do direito, uma vez que, “o paradigma autopoietológico constitui um verdadeiro salto na abstração teórica e, sobretudo, uma transformação decisiva de seu alcance descritivo e explicativo, assim como uma redefinição de suas bases epistemológicas” possibilitando, assim que o sistema jurídico se torne mais adequado às necessidades sociais. O sistema jurídico, assim sendo, mantém a sua autonomia e quanto aos demais subsistemas sociais possibilitando ao julgador uma maior liberdade sobre os critérios que devem ser observados no processo de decisão/criação do direito. O julgador deve ter “[...] um olhar crítico para o passado; um olhar agudo para o presente; um olhar curioso e cheio de esperanças para o futuro; e um olhar para além das fronteiras”, possibilitando assim uma estreiteza maior com a almejada justiça.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 129.

43 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 637.

e específicos, não raro, não se constituem como suficientes para superar as contingências e garantir a congruência de expectativas. O Direito se trata de apenas mais um filtro para as complexidades do sistema social, um alívio para as expectativas:

A tão decantada “consistência do direito”, buscada com todos os meios da lógica, no sentido da ausência de contradições, não é uma garantia necessária, nem alcançável e sequer suficiente, para a consistência das expectativas, mas apenas um filtro valioso que separa a massa das contradições imagináveis e torna o resto passível de decisões.⁴⁴

O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.⁴⁵

A auto-referência, relacionada à sociologia sistêmica, *in contrario sensu* ao normativismo e, para além da hermenêutica jurídica, tende a buscar respostas no próprio sistema jurídico, como um todo, e pode apoiar-se em conteúdos símiles, pertinentes a outros sistemas. Dessa forma, em havendo incapacidade de conteúdos normativos de níveis hierárquicos superiores solucionarem as questões que se apresentarem de imediato, recorrer-se-á a um nível inferior, onde haverá uma norma apta a reduzir as complexidades⁴⁶. Daí se verificar o caráter circular do Direito, atrelado às mudanças da sociedade⁴⁷:

El derecho no 'tiene principio': siempre encuentra la posibilidad de conectarse con las tradiciones que se van descubriendo. Si la sociedad hace posible su diferenciación, el derecho se clausura en un sistema autorreferente y trabaja con el material normativo que está a su disposición desde el inicio.⁴⁸

44 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 97.

45 Ibid. 115.

46 “[...] o sistema jurídico, como um sistema auto-poiético, apresenta-se ante uma interação auto-referente, recursiva e circular de seus elementos internos (clausura operativa), os quais, por isso, não apenas se auto-organizam, mas, também, se autoproduzem, isto é, produzem os elementos necessários para a sua reprodução. Assim, suas condições originárias tornam-se independentes do meio envolvente e possibilitam sua própria evolução. Depois, além de o sistema efetuar uma autoprodução de seus elementos e estruturas, o próprio ciclo de autoprodução deve ser capaz de se (re)alimentar.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 43-44.

47 “Luhmann propõe que se leve a sério um pressuposto básico da sociologia: *tudo está incluído dentro da sociedade*. Não é possível nenhuma produção de identidade, nenhuma produção de linguagem, que não seja no interior de uma sociedade. Tudo está dentro da sociedade. Sempre se está vivendo no interior de alguma coisa que já está presente no social. Esse é o ponto de partida fundamental. A partir de então, Niklas Luhmann assume a ideia de que essa sociedade é altamente complexa, pois tem muitas possibilidades diferentes de manifestação. De uma maneira simples, é possível se dizer que, na sociedade, pode acontecer tudo aquilo que pode acontecer. Todo que se pode imaginar e observar pode acontecer.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

48 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 195.

Toda essa circularidade repercute em sinal de velocidade, dinâmica para a atuação do Direito. Sendo o sistema jurídico auto-referente⁴⁹, é incontestável que as respostas se darão de maneira mais ágil, porém, não desvinculada de parâmetros⁵⁰. Mesmo que a aceleração importe em crescimento do risco, não seria aceitável conformar-se com a possibilidade de respostas inadequadas ou ainda ausência de respostas.

Para dar maior organização a essa atuação, é imprescindível que o Direito selecione determinadas ocasiões para promover sua intervenção. Enfim, somente as expectativas que digam respeito a determinados bens jurídicos serão eleitas para o sistema:

En vistas del innegable incremento incontrolado de las expectativas normativas (costumbres, exigencias morales, hábitos – que al ser violados adquieren notoriedad), el derecho tiene la función de estabilizar la expectativa de la norma, y esto sólo se puede llevar a cabo cuando existir una selección de las expectativas que realmente merecen la pena.⁵¹

Para eleger quais expectativas merecem ser protegidas, a interação de sistemas pode ser exemplificada com a Constituição – que faz uma aproximação entre o Político e o Direito. Se o Estado pretende garantir o exercício pleno da cidadania para os indivíduos, faz-se necessário que recorra a um instrumento efetivador dessa tutela, nos mais variados campos de atuação que são previstos pelo ordenamento, daí ser explícita a comunicação entre os sistemas⁵².

Essa complexidade, inerente à própria lógica da teoria sistêmica tem efeitos positivos para o sistema jurídico à medida que o prepara para comunicar-se com as contingências, tornando-se instrumento de reflexão da sociedade para que possa identificar, compreender e solucionar conflitos. A auto-referência e consequente autopoiese servem para criar no ambiente, onde se insere o sistema jurídico, formas de responder aos problemas inerentes a

49 “El sistema jurídico constituye y reproduce *unidades emergentes* (incluyéndose a sí mismo) que no existirían sin la unidad de operación. De esta manera, el sistema logra *una reducción de complejidad singularmente propia*, una operación selectiva frente a posibilidades inmensas que, aunque no se tomen en cuenta por ignorancia o por deliberación, *no interrumpen la autopoiesis del sistema*.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 117.

50 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 103.

51 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 194.

52 “Para que o processo autopoético ocorra, é imprescindível que haja comunicação com outros sistemas. Essa técnica de troca comunicativa é denominada de “acoplamento estrutural”. O acoplamento estrutural serve para que outros sistemas – que possuam conteúdos pertencentes também ao sistema jurídico – realizem trocas comunicativas. Nesse caso, pode-se afirmar que um mesmo fato do mundo da vida pode ser incluído em mais de um sistema. Isso sucede devido à possibilidade de o conteúdo do fato ser aceito por mais de um código seletor. Como exemplo desse acoplamento estrutural pode-se citar a Constituição. Ela serve de elo de ligação entre o sistema jurídico e o político, “juridicizando relações políticas e mediatizando juridicamente interferências da Política no Direito”. Essa ligação cria uma área de textura entre os sistemas de interdependência.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 128-129.

uma sociedade que se desenvolve, mais a mais, com o passar do tempo⁵³.

Como já fora aduzido, trata o Direito de um instrumento redutor de complexidades⁵⁴, um legítimo filtro⁵⁵ para as complexidades do mundo hipercomplexo em que se insere a sociedade. Nessa senda, quando aplicado, deve-se lutar ao máximo pela supressão dos riscos e construção de expectativas congruentes: [...] *o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas*⁵⁶.

Para que o Direito tenha aplicabilidade dentro dessa proposta, é mister que existam instrumentos hábeis a proporcionar sua intervenção dentro do sistema jurídico. As expectativas precisam ser garantidas frente à possibilidade de frustrações. Para tanto, elege-se um conteúdo normativo, com a finalidade de orientar os atores do sistema a agirem dentro de um certo parâmetro:

Uma expectativa normativa desapontada, isto é, aquela em que ocorreu o dano, tem como efeito a não-aceitabilidade do desapontamento. A partir daí, ocorre uma reação que, via de regra, aciona o sistema social, em especial, o sistema encarregado da produção legislativa que, analisando dito desapontamento, passa a criar normas de expectativas contrafáticas. Vale dizer: normas jurídicas⁵⁷.

A norma, entretanto, não poderá ser rigidamente esperada como expectativa pelo comportamento alheio – a norma não obriga, ela aponta um comportamento. Quando descumprida, sobrevém uma sanção. Se assim não fosse, o nível de decepções tornar-se-ia tão frequente a ponto de desestabilizar o ser humano frente ao desalinhamento (por ínfimo que seja) do esperar e do acontecer. Da mesma forma não se aconselha ao indivíduo aguardar qualquer possibilidade de reparação do dano, pois não haveria um porquê em se agregar ou relacionar com o semelhante⁵⁸. Daí que se mostra necessário a presença de outros condutores da comunicação – meios (paralelos) que também sirvam às regras de comportamento –, para além da própria norma.

Estes meios, apontados como *condutores*, são aqueles que processam as frustrações. Dentre as formas previstas, aquelas que melhor se adequarem à proposta de intervenção do Direito são as sanções:

53 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 644-645.

54 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 69.

55 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 115.

56 Ibid. p. 109.

57 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. op. cit. p. 80.

58 LUHMANN, Niklas. op. cit. p. 45.

[...] as sanções representam o interesse puramente temporal da estabilização contrafática. Além disso, são elas que melhor encaminham a regulamentação material e a institucionalização. Nas sociedades mais diferenciadas não se pode mais subentender que todos estejam de acordo com uma simples satisfação com a desgraça (por exemplo ao esperar-se por sanções sobrenaturais), ou com a participação no auto-sofrimento ou no escândalo. A sanção ao infrator do direito torna-se então o meio mais expressivo e institucionalmente privilegiado, da manutenção de normas. O interesse na generalização congruente traduz-se na dimensão temporal, na preferência pelo processamento de frustrações através de sanções (e é só nesse sentido que se justifica *definir* o direito através da predisposição ao uso de sanções, mesmo que isso não seja muito esclarecedor)⁵⁹.

A instrumentalização que as sanções permitem ao Direito lhe garantem a possibilidade de encontrar um modo de permear nas relações dos atores sociais, realizando a adaptação necessária ao desenvolvimento da sociedade à medida que promove uma atuação mais eficiente no sentido da generalização congruente. Descumprida ou frustrada uma expectativa, aplicar-se-á uma sanção⁶⁰.

Com o incremento das comunicações, decorrente do aumento das interações e chances, as complexidades apresentam-se mais visíveis. Assim, todo o processo necessita de uma regulamentação de linguagem. Essa regulamentação será proporcionada com a seleção de estratégias que possam dar viabilidade à expectativa congruente⁶¹. Todavia, há que se ressaltar que não se pugna por um discurso realmente congruente; tão-somente, próximo desta.

Se o motor da evolução é o crescimento da complexidade⁶² e seu funcionamento se dá como uma *máquina não-trivial*⁶³, recorre-se à metáfora que interpreta o sistema social como um sistema vivo, que tem um funcionamento esperado, todavia, não se comporta num segundo momento de forma idêntica, mas, de forma mais avançada.

Compreendendo o sistema social como um sistema vivo, pode-se fazer a seguinte comparação: a sociedade e o corpo humano. Com a prática de certas atividades, presume-se que o corpo reagirá de determinada forma. As atividades podem ser comparadas às complexidades. Dentro do corpo humano existem vários sistemas (digestivo, respiratório, muscular, esquelético, vascular e outros) que, integrados, preparam-se para receber a comunicação daquela atividade (complexidade) e reagir da maneira mais adequada dentro de uma perspectiva (que é a expectativa entre a atividade e o corpo). Há uma dupla contingência: a atividade poderá ser cumprida? O corpo conseguirá cumprir a atividade? A normatização

59 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 116-117.

60 Ibid. p. 73.

61 Ibid. p. 99.

62 Ibid. p. 118-123.

63 TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p.4.

das comunicações aceitará como provável ou improvável a consecução da atividade pelo corpo: aqui se identifica o risco. Sendo provável – possível –, a atividade poderá deter mais ou menos tempo do agente, conforme sua adaptabilidade. Contudo, o re-enfrentamento dessa atividade (complexidade), frente a um corpo experiente, conduzirá a aproximação à congruência de expectativas. Por não se tratar de uma simples máquina, com um comando que determina uma mesma resposta – e sim de um sistema complexo, onde uma ou mais situações proporcionam uma ou mais respostas – e por haver o caráter de evolução, cada momento será diferenciado, com menor gasto de tempo; realizar-se-á a atividade de forma mais adequada à expectativa esperada. Nessa interação, o corpo humano tenderá a adequar-se para evoluir e se tornar apto a absorver, em novidade e número, outras complexidades⁶⁴.

O Direito, nessa proposta, funciona como regulador da reiteração de expectativas. Germano Schwartz assim esclarece o entendimento de Luhmann a respeito da interação dos atores dentro do sistema social:

[...] pode-se entender a sociedade como uma espécie de sistema social caracterizado pelo nível mais avançado de auto-suficiência em relação ao seu ambiente, no qual os indivíduos interagem. É claramente uma metáfora organicista da sociedade, cujas estruturas são tidas como órgãos – no sentido biológico – componentes do sistema social. Elas são orientadas em função da estabilidade sistêmica, pois o sistema depende, para sua continuidade, de um processamento de *inputs* e/ou recepções que o atingem mediante intercomunicação com os elementos (sistemas) circundantes. Ainda, o sistema social tem de se realimentar em um *feedback* provocado pelo anterior *input* resultando em um eventual *output* que se intercomunica com outros subsistemas⁶⁵.

Destarte, o papel do Direito será o de se recriar constantemente, reproduzindo-se e fundamentando-se sempre quando houver necessidade⁶⁶. Assim, quando se avalia alguma situação dentro do sistema jurídico, que absorve complexidades oriundas dos demais sistemas sociais, este aplicador deverá se basear no código comunicativo do Direito, para então aplicar, se preciso, uma sanção com o intuito de compensar as frustrações.

Em razão da busca pela congruência de expectativas, o aplicador da programação do Direito agirá embasado em elementos de normatização conhecidos do sistema social (há a certeza do Direito, mas não se sabe de qual Direito). Portanto, o aplicador se fundará em compreensões adquiridas no pretérito, juntamente do código pré-existente, com o desígnio de produzir as decisões do futuro, fenômeno onde se compara a atuação do sistema jurídico à dinâmica de um organismo vivo: eis a autopoiese⁶⁷:

64 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 642.

65 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 58-59.

66 Ibid. p. 81.

67 Ibid. p. 103.

Este sistema de decisiones organiza su ámbito propio de operación a través de un entramado circular. Cambia el derecho teniendo en cuenta las decisiones de los juzgados para, em cada caso, regirse por el derecho vigente; lo cual, a su vez, da ocasión para que, de nuevo, se observe y se cambie el derecho. Para diferenciar los condicionamientos de este entramado de decisiones (¡y sólo para ello!), este sistema se describe a sí mismo como jerarquía: de órganos o de normas. No obstante, el proceso primordial consiste en todo caso en la reproducción circular y recursiva de las decisiones jurídicas⁶⁸.

Luhmann aponta o fenômeno autopoietico no Direito quando compara o sistema jurídico ao sistema imunológico de um corpo vivo: *o direito é uma espécie de sistema que imuniza a sociedade*. Em razão do implemento das complexidades da sociedade, aumenta-se o alcance das normas e, na mesma proporção, a sociedade clama por soluções pacíficas para as formas de conflito que surgem. De toda a forma, o sistema jurídico não saberá quando ocorrerá determinada situação e como ele próprio estará ao receber essa complexidade. Daí, Luhmann ressaltar que o Direito precisará de tempo para construir a resposta imunológica. E, assim, decorrente das experiências que sobrevierem, reduzir-se-á a probabilidade (risco) de novas “infecções”, o que, por conseguinte, reduzirá o tempo de atuação do Direito⁶⁹.

A operação do sistema jurídico dar-se-á por intermédio de ações comunicativas que comporão um código – com a função de garantir as expectativas das partes⁷⁰. Tais atos de comunicação proporcionarão, com o passar do tempo, significados mais específicos às expectativas. A autopoiese é, assim, essencialmente, uma obra do tempo como forma de efetuação recursiva do sistema nas suas operações⁷¹.

Os sistemas autopoieticos, quando repetem suas ações, determinam mais certeza à correspondência de expectativas, porque essas se repetem no tempo. Entretanto, nesse funcionamento, abrem-se, a todo o momento, novas complexidades, em razão do descompasso do sistema com seu entorno: *toda a operação traz, sempre, do fato mesmo de seu acontecimento, uma outra possível*⁷². Nesse sentido, também aponta Ludwig von Bertalanffy:

Biologicamente a vida não é manutenção ou restauração do equilíbrio mas essencialmente manutenção de desequilíbrios, conforme revela a doutrina do organismo como sistema aberto. A chegada do equilíbrio significa a morte e conseqüente decomposição. Psicologicamente, o comportamento não somente tende a libertar tensões mas também a criar tensões. Se este processo para o paciente é um cadáver mental em decomposição, da mesma maneira que o organismo vivo torna-se um corpo em decomposição quando as tensões e as forças que o conservavam fora

68 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 202-203.

69 Ibid. p. 219-220.

70 Ibid. p. 258.

71 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 104.

72 Ibid. p. 108.

do equilíbrio vêm a cessar⁷³.

Há que se ressaltar que a capacidade de adaptação do sistema não é total. Assim como um sistema vivo, alguns ambientes são demasiadamente hostis. O sistema jurídico precisa encontrar pelo menos algum contato que ele próprio já produziu para poder atuar e responder às complexidades que porventura surgirem com o passar do tempo⁷⁴.

Com um meio diferente, originado a partir de cada comunicação, o sistema precisará dar respostas adaptadas a cada momento de sua interação. Para Jean Clam:

À diferença de uma máquina trivial, que encadeia suas operações na execução de um programa e que, de supetão, é fechada e cega em relação ao seu ambiente, uma “máquina” autopoietica é uma “máquina histórica”, que se transforma no tempo, aberta sobre a contingência irreduzível do mundo e pronta para aprender.⁷⁵

Não se pode compreender, todavia, que a autopoiese no Direito signifique uma auto-produção a partir do nada. Sempre haverá uma dependência do entorno para alimentar o sistema, auxiliando-o a produzir. O fenômeno se verifica pela repetição de operações que promove uma continuidade de confirmações generalizantes, garantindo segurança pela atualidade da apreciação, sem apresentar, contudo, um apanhado jurídico efêmero⁷⁶.

A presença do Direito nessa perspectiva deverá se firmar por intermédio de estruturas – normas de conduta – que possam garantir certas expectativas que os atores do sistema social, em interação com o sistema jurídico, têm uns dos outros. A comunicação que dá ensejo a essa possibilidade se manifesta de diversas formas, especialmente por intermédio da escrita no âmbito do Direito. De acordo com Luhmann:

[...] la escritura se utilizara para la comunicación servía ya para fijar informaciones dignas de ser memorizadas. Las situaciones jurídicas forman parte de los casos más antiguos en los que el desarrollo y utilización de la escritura pareció lo más adecuado. Según los conocimientos actuales, esta evolución no se dio a través de la promulgación de leyes [...], sino por las transacciones que eran relevantes para el derecho: fijar el cumplimiento de las obligaciones, de los préstamos, de los contratos, de los testamentos [...] Pero este impulso de complejidad que se obtuvo debido a todos los conocimientos que aportaba la escritura, finalmente resultó también de beneficio para el derecho.⁷⁷

As leis, portanto, se mostram como importantes elementos garantidores da operatividade do sistema jurídico por servirem a manutenção de expectativa a partir da

73 BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973. (Teoria de sistemas: 2) p. 254.

74 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. op. cit. p. 110.

75 Ibid. p. 110.

76 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 148.

77 Ibid. p. 309-311.

repetição das ações ao longo do tempo. Nesse sentido, para Luhmann: [...] *direito é imprescindível enquanto estrutura, porque sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, não podem confiar em suas expectativas*⁷⁸.

Dessa forma os subsistemas presentes no sistema jurídico, identificados como o campo constitucional, civil, penal, tributário e outros, servem para atenuar as complexidades e tornar ágil, preparado e desenvolvido o meio que se comunica com a sociedade a fim de determinar sua estabilização: a Justiça. *A Justiça, em última análise, é um símbolo para a congruência da generalização de expectativas normativas sobre expectativas*⁷⁹.

1.2 Sociologia Sistêmica e Tutela Consumerista na Internet

Dentre os caminhos que se pode abordar quando se fala da função do Direito em sociedades hipercomplexas, optou-se aqui pela compreensão da temática do consumo por intermédio da sociologia sistêmica em virtude de sua capacidade de absorção mediante situações relacionadas à dinamicidade e instantaneidade pertinentes ao meio onde se centralizará a observação: a internet.

A postura positivista não consegue se adequar em tempo hábil às necessidades das novas problemáticas. Multiplicam-se as possibilidades da experiência e ação e, conseqüentemente, a contingência do experimentar e agir presentes na sociedade⁸⁰. Ainda para Luhmann:

Um grande número de novas expressões ainda não encaminhadas, como o direito securitário, direito do trabalho, o direito do trânsito, transbordam o direito vigente e fazem com que decline sensivelmente o nível da arte conceitual e do domínio da matéria no direito. Apesar de toda a valorização da atividade decisória dos juizes pode-se perceber que esses problemas não podem mais ser resolvidos no plano e na forma do direito dos juristas até então praticado. Na medida em que possam ser resolvidos pelo direito, eles exigem cada vez mais o recurso à legislação⁸¹.

Proceder assim diante da inflação legislativa não é uma postura adequada da sociedade frente ao fator tempo. Por mais que se tenham produzido instrumentos facilitadores para a vida humana, perceptíveis ao menos sensível dos seres, ainda falta tempo para encontrar respostas mais apropriadas aos anseios individuais. Entretanto, não é possível pautar-se tão-somente em uma ausência expressa de respostas para esquivar-se à aplicação de sanções àqueles que frustram expectativas.

78 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75). p. 170

79 Ibid. p. 223.

80 Ibid. p. 226.

81 Ibid. p. 227-228.

Mesmo não havendo previsões específicas a respeito de determinados temas da seara jurídica, haverá, na maioria dos casos presentes em uma sociedade hipercomplexa, maneiras de interpretar ações rotuladas como “inéditas”. Afinal, estas serão delineadas a partir de comunicações realizadas no passado. Nem sempre há o novo; pode existir, sim, um discurso novo sobre o que já se conhece⁸².

Portanto, entende-se que o Direito positivo não é descartável, longe disso; todavia, ele só existe *porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência*⁸³. Visto sob a perspectiva autopoietica⁸⁴, não há saída, num primeiro momento, que permita o desapego abrupto do positivismo, pois o Direito precisará se organizar de alguma forma para buscar sua auto-referência⁸⁵.

Dentre as ações comunicativas que ocorrem no sistema social, as interações relacionadas ao ato de consumir apresentam-se relevantes nesse processo, ao passo que o consumo serve como instrumento de expressão. À postura do consumidor adere-se um texto que, não raro, diz respeito a esse ator do sistema. Assim são percebidos aspectos de sua identidade cultural, os quais, por seu turno, informarão os demais subsistemas com o fulcro em reconhecer aquele indivíduo como único dentro de suas comunicações⁸⁶.

O consumo serve para identificar aquilo de que o indivíduo gosta e, a partir daí, observá-lo e definir sua identidade. Em certos casos este será o próprio caminho para garantir dignidade⁸⁷ dentro da sociedade. O ser humano não se contenta mais com o necessário ou,

82 LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 35.

83 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75). p. 237.

84 “Ou seja, para ser considerado autopoietico o sistema tem de fazer uma distinção, de estruturar a realidade e de construir o objeto jurídico. Por outro lado, a primeira diferenciação de um sistema jurídico pressupõe a capacidade de reconhecimento de si próprio, do sistema e da manutenção de sua unidade. Esse reconhecimento toma a forma de uma *dogmática jurídica*. Essa dogmática é o órgão da observação do sistema jurídico, no quadro de sua própria referência.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

85 Ibid. p. 40.

86 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 37.

87 Para Ingo Wolfgang Sarlet: [...] a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também nesse contexto. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52-53.

para além, com níveis de conforto razoáveis. Alça voos maiores o indivíduo no tempo presente: assim, o ato de consumir comunica-se com o sistema, servindo como *signo de prestígio*⁸⁸, apontando o que interessa a determinada pessoa, mediante a interpretação de suas comunicações⁸⁹. Corroborar com essa ideia Nestor Garcia Canclini:

As lutas de gerações a respeito do necessário e do desejável mostram outro modo de estabelecer as identidades e construir nossa diferença. Vamos nos afastando da época em que as identidades se definiam por essências a-históricas: atualmente configuram-se no consumo, dependem daquilo que se possui, ou daquilo que se pode chegar a possuir. As transformações constantes nas tecnologias de produção, no desenho de objetos, na comunicação mais extensiva ou intensiva entre sociedades – e do que isto gera na ampliação de desejos e expectativas – tornam instáveis as identidades fixadas em repertórios de bens exclusivos de uma comunidade étnica ou nacional⁹⁰.

Desse modo de pensar e de agir, depreende-se que o consumo repercute em uma forma de se comunicar com a sociedade, expressando valores atinentes à antropologia. Consumir, para além de uma relação privada, tem a capacidade de dar significado à ideia de cidadania quando permite à pessoa sentir-se sujeito e não apenas espectador das práticas sociais e culturais. Nesse rumo, a implementação de tecnologias hipertrofiou os níveis de complexidade da sociedade e terminou *deslocando o desempenho da cidadania em direção a práticas de consumo*⁹¹. O ator do sistema social conseqüentemente passa a valer não mais como uma peça qualquer para o sistema; ele é um indivíduo que possui dignidade e, por isso, precisa ser reconhecido.

A redefinição de conceitos ligados ao senso de pertencimento e identidade não é mais ligada a fatores locais ou nacionais, mas vem se relacionar a conceituações oriundas de outras realidades culturais, manifestadas em várias oportunidades por intermédio do ato de consumir⁹². Em virtude da intensidade com que esse modelo de comunicação (por intermédio do consumo) tem se ampliado, em uma sociedade hipercomplexa que prioriza a velocidade das trocas⁹³, incrementando o risco das relações, torna-se necessário disponibilizar meios que tenham a capacidade de reduzir as complexidades inerentes às contingências do sistema social e seus subsistemas.

O Direito, como se vem afirmando, exerce a função reguladora das relações por conter

88 CANCLINI, Nestor Garcia. CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 39.

89 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 139.

90 CANCLINI, Nestor Garcia. op.cit. p. 39.

91 Ibid. p. 50.

92 Ibid. p. 45.

93 MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 81.

um discurso que sustenta as expectativas, proporcionando a minoração do risco. Como expõe Luhmann, *se sigue insistiendo em que el derecho trata de la protección de expectativas particularmente notables, esto es, de la estabilización contrafática de las proyecciones a futuro*⁹⁴. Saliente-se, nessa perspectiva, que é preciso definir um meio para que o indivíduo possa acessar esse Direito, mediante uma outra forma de conexão de expectativas. Tal meio se consubstancia na confiança⁹⁵.

Quando se confia no Direito, crê-se que seus postulados servirão como orientadores às ações humanas em sociedade, haja vista que a normatização delimita uma programação voltada aos fins almejados pelo grupo social em determinado momento histórico-cultural⁹⁶. Por conseguinte, insiste-se na garantia ao princípio geral da proteção da confiança àqueles que porventura tenham depositado sua fé no Direito vigente⁹⁷.

Trazendo luzes a essa direção, examina-se o campo do Direito do Consumidor para verificar a presença dessa programação a partir de sua interação ou comunicação com o sistema social, quando realiza o papel de filtro frente às complexidades que lhe são atinentes. Assim, pode-se dizer que há um programa básico, regulador de expectativas, que contém imperativos capazes de dirimir conflitos e estabilizar as relações. A propósito da necessidade dessa programação, Luhmann acentua:

La fijación a la forma del programa condicional se relaciona con la función del derecho, es decir, con la estabilización de las expectativas contrafáticas. Precisamente para el caso en que no se cumplan, las expectativas se plasman en la forma de normas. Esta substitución de seguridad (de las expectativas) por inseguridad (del cumplimiento) requiere de compensaciones estructurales. No se puede hacer también depender del futuro el hecho de que las expectativas, que desde ahora hay que determinar, deban justificarse en el futuro. Se quiere saber ahora, o mejor dicho, se quiere determinar la seguridad en el momento de la decisión, y eso sólo se puede garantizar en la forma de un programa condicional⁹⁸.

Os programas dão efetividade à esperança (ou fé) depositada nas expectativas, pois criam-se canais que permitem expandir as interações humanas com a mínima segurança necessária. Ou seja, sem a presença de uma linguagem, não há que se falar em comunicação, pois não se verificaria código que permitisse a compreensão e, por conseguinte, o entendimento entre as partes⁹⁹. O programa nesse sentido:

94 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 635.

95 Id. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 14.

96 Id. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 80). p. 44-45.

97 Id. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 635.

98 Ibid. p. 258-259.

99 Id. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 80). p. 27.

[...] significa que os problemas podem ser definidos especificando-se as condições restritivas de suas soluções (“constraints”) e que eles são solucionáveis através de decisões baseadas nesta definição; além disso, o caráter programático significa que mesmo essa definição do problema é realizada por processos decisórios e é testada também por decisões¹⁰⁰.

O Direito, de modo geral, e também quando aplicado à seara consumerista, condicionará as ações comunicativas; se selecionadas certas alternativas, previamente programadas, deve-se adotar uma decisão determinada. O Direito, nesse sentido, mais que uma expectativa de comportamento justificada e uma indicação ética para um bom fim, estabelece uma série de condições relacionando conjuntos de fatos e suas consequências jurídicas¹⁰¹.

Conforme essa proposta, a partir do momento em que se dá efetividade às relações entre os indivíduos no âmbito do consumo, mediante a aproximação a congruência de expectativas (interesses), alcança-se o que se denomina estabilização. Anseios estáveis demonstram que as partes foram satisfeitas e daí conclui-se não haver complexidade que implique em insatisfação e conseqüente afronta a elementos jurídicos que porventura ensejem a intervenção de uma forma de poder¹⁰².

Dentre as formas de poder, nesse sentido, é permitido exemplificar o Direito e suas codificações pois se garante, para qualquer indivíduo, a possibilidade de experimentar ou agir no sentido da alternativa preferida no código¹⁰³. Assim, aquele que atua em consonância com o código encontrará meios de prevalecer frente a outros atores do sistema, de modo que possa alcançar a verdade por intermédio do poder¹⁰⁴.

Para as sociedades, o Direito, serve como alívio para as contingências (*La norma prescribe lo que debe ser*¹⁰⁵). O discurso jurídico, expressado também, e de maneira ampliada,

100 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 80) p. 27

101 Ibid. p. 71.

102 Para Luhmann, o poder “[...] é empregado, destarte, quando, diante de uma situação dada de expectativa, se constrói uma combinação de alternativas *desfavorável*. A distinção *desfavorável/favorável* depende da expectativa e, por conseguinte, também do momento.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: UNB, 1985. (Pensamento Político n. 73) p. 22.

103 Id. **Poder**. Brasília: UNB, 1985. (Pensamento Político n. 73) p. 40.

104 “Conseguindo-se articular o código do poder com o esquematismo binário de direito e não-direito e fixar essa articulação de modo universalmente relevante, têm-se conseqüências de grande alcance para o grau de tecnicidade do poder, em especial para seu uso relativamente independente dos contextos. É possível, pois, em situações nas quais nenhum dos participantes têm, por força de suas próprias fontes, poder nítido sobre o outro, uma rede de poder bem especificada, com base em um poderoso distante da situação e mediada pelo direito. Quem estiver, na situação, com o direito, possui também o poder de mobilizar o poder. Ele não depende da “ajuda” dos circunstantes – um mecanismo que, como sabemos, é menos confiável nas sociedades altamente diferenciadas – mas dispõe de uma linha privilegiada junto ao poderoso, que ele pode acionar segundo regras conhecidas previamente. Tudo isso pressupõe uma regra do código “jurídico-estatal” e para o exercício do poder estatal.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: UNB, 1985. (Pensamento Político n. 73). p. 40.

105 Id. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 65.

pela norma, pugna pelo solidarismo entre os indivíduos e pede, de forma geral, que se atue com a necessária probidade nas relações.

O constituinte brasileiro, longe de estar na ficção da ilha de Utopia¹⁰⁶, previu que instrumentos de redução de complexidades seriam imprescindíveis para solucionar os conflitos nas mais diversas áreas do Direito, verificados especialmente nos títulos I e II da Constituição Federal: Dos Princípios Fundamentais e Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Busca-se, independente do ângulo de observação, a pacificação social entre os componentes da sociedade em prol de seu desenvolvimento.

Mostra-se imperativo a existência de vias que proporcionem o acesso ao restabelecimento do *status quo* eventualmente desaprumado. Quando acontece situação que se desata da regularidade esperada ou querida pelo sistema, a atuação de mecanismos reparadores, para além de uma solução do próprio problema, desponta como uma afirmação: reconhece-se o respeito ao indivíduo lesionado. Segundo Luhmann: *el sistema del derecho opera, pues, en la forma de comunicación protegiendo los límites que la sociedad misma traza*¹⁰⁷.

Infere-se, pois, que o Direito se apresenta como instrumento de pacificação social e, por isso, se encapsula como remédio reafirmador da ordem anterior à instauração da complexidade. A positivação não é garantia de cumprimento do Direito. Porém, é necessário destacar que a sua mera existência pode mudar a realidade do sistema social. Assevera-se que a norma traz uma espécie de estabilidade para as futuras interações; para tanto, deve haver alguma forma que lhe garanta efetividade¹⁰⁸.

Percebe-se o Direito, sob esse ponto de vista, como verdadeiro sistema vivo¹⁰⁹. Cada nova situação que desestabiliza as relações precisa ser solucionada, digerida, absorvida. A resposta, por seu turno, torna o resultado dessa interação previsível frente às novas adaptações. Trata-se de um sistema inteligente, que não apenas a partir de técnicas de *ensaio e erro*, como também mediante percepções externas, memoriza e reforça-se para o

106 MORE, Thomas. **A utopia**. São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Os pensadores)

107 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 90.

108 “La norma no asegura un comportamiento conforme a la norma; sin embargo, protege a quien tiene esta expectativa. Al mismo tiempo, en el orden de la interacción, ofrece ventajas sobre todo en los casos en que la norma no se cuestiona. La norma favorece, de muchas maneras, su imposición. La pregunta de si las normas pueden sostenerse en contra de una realidad fuertemente adversa, sólo se formula adecuadamente desde esta teoría. La historia de los derechos humanos promulgada en una sociedad que permitía la esclavitud, las expropiaciones masivas de los enemigos políticos, las limitaciones drásticas de la libertad religiosa – en pocas palabras: la sociedad norteamericana del 1776 –, demuestra que eso si es posible. El problema de la imposición de la norma puede ser tratado como la condición de estabilidad de toda proyección normativa. Sin expectativa alguna de que se cumpla, la norma difícilmente puede sostenerse.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 192.

109 Ibid. p. 642.

enfrentamento do inédito ou molda-se para a reflexão do passado em face das necessidades do presente:

Si vemos al sistema del derecho como un modo de introducir e integrar un futuro abierto a la sociedad, podemos entenderlo igualmente como el “sistema inmunológico” de ésta. [...] El sistema inmunológico no requiere del conocimiento del entorno: solamente registra conflictos internos y elabora soluciones generalizables para conflictos que se presenten caso por caso; es decir, el sistema inmunológico estatuye una capacidad remanente para casos futuros¹¹⁰.

De toda forma, o sistema respira pelos seus fundamentos¹¹¹. Em foco, portanto, estão os incisos do Art. 1º da Constituição Federal. Entretanto, para o que se pretende, direcionam-se luzes principalmente sobre a dignidade da pessoa humana e sua cidadania. A reafirmação do Direito lesionado pelos indivíduos, por eles e entre eles próprios, trata de uma reação do sistema frente à complexidade que surgiu.

No âmbito das relações privadas, reza o axioma *pacta sunt servanda*, que tem seus efeitos inseridos no conhecimento comum^{112 113}. Enfim, há um entendimento geral a respeito da força vinculativa do contrato. Esse tipo de afirmativa passa, no entanto, por interpretações que buscam filtrá-la por intermédio do pensamento constitucional, nas linhas previstas pelos fundamentos do Estado Democrático em que se vive. Aqui está presente, sem a menor dúvida, a necessidade de ler o princípio civilista com lentes mais adequadas¹¹⁴.

Pugna-se, portanto, desde há muito, por uma aproximação do Direito Privado ao viés Público, por intermédio de uma (re)afirmação do texto constitucional, com vistas a uma compreensão mais adequada ao que almejou o constituinte de 1988 como necessário à sociedade brasileira^{115 116 117}. É evidente que algumas limitações foram e são ignoradas e outras

110 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 642-643.

111 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 114.

112 RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3. p. 17-18.

113 VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2. p. 376-377.

114 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 72.

115 “[...] a propriedade e o contrato não mais podem ser vistos com as lentes exclusivamente privatistas, estando tais ícones do desenvolvimento humano completamente publicizados, impondo aos seus titulares uma outra postura cultural que venha a se compatibilizar com os novos valores e realidades.” Cf. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 121.

116 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23.

117 MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 63-87.

até mesmo suprimidas do texto, no entanto, o apelo à dignidade da pessoa humana e a busca de significado para a cidadania se descortinam mais a mais ao longo dos anos¹¹⁸.

Nesse meio, certamente também se localiza a proteção destinada a relações especiais pertinentes aos pactos contratuais, onde se seleciona o consumo. O texto constitucional elevou à condição de garantia fundamental a defesa do consumidor de maneira que o brocardo – *pacta sunt servanda* – já começa a ser paulatinamente desgastado frente a uma nova ordem principiológica¹¹⁹.

A Constituição Federal de 1988 adveio com a proposta de resgate da dignidade da pessoa humana sob todos os aspectos. Nos contratos, como não poderia ser diferente, pugnou por um novo olhar que reforçasse o caráter sinalagmático dessa relação. Entretanto, decorrente das características inerentes a cada parte, optou-se por uma exegese que desse apoio à parte que carecesse de um suplemento para a igualdade¹²⁰.

Daí o surgimento de um discurso dentro do Direito Civil que possibilitou um entendimento mais acurado a respeito das contratações que envolvem situações de consumo: trata-se do Direito do Consumidor. Essa interpretação sugere uma leitura mais harmoniosa das partes que compõem a relação contratual. Saliente-se que todas essas visões deverão se submeter ao manto constitucional, em busca de efetividade e reconhecimento. Recorre-se para justificar essa necessidade à síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, sob pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à *sucessão* daquilo que dessemelhou as situações.¹²¹

Enfim, caminha-se para uma mudança de enfoque, que sai das interpretações das codificações e passa para a Constituição Federal. Os direitos tipicamente pertinentes às relações interprivadas foram englobados pelo texto constitucional, tornando-se reflexo das transformações ocorridas em sociedade no último século:

A proteção jurídica dos interesses do consumidor inclui-se em contexto histórico no

118 TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação. O Código Civil e as cláusulas gerais. In: ARONNE, Ricardo. (org.). **Estudos de direito civil – constitucional**. v.1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 19-79.

119 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65.

120 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 611-661.

121 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 32.

qual o Código Civil perde seu caráter centralizador de regência das relações privadas e, ao mesmo tempo, em época na qual se multiplicam as normas que consideram as características reais do sujeito – o sujeito concreto, com suas especificidades – afastando-se do paradigma oitocentista do homem abstrato¹²².

O consumo, incluído sob essa nova filtragem, passa a ser tutelado pelo ordenamento de uma forma para além do contrato. O respeito a que se fez referência torna-se efetivo, sobretudo pela aplicação de forma afirmativa do conceito de igualdade, elevado como garantia suprema no presente Estado Democrático constituído. Com esse respeito é que o indivíduo pode tocar o fundamento cidadania e, por consequência, sentir-se sujeito de direitos e deveres, alcançando uma identidade. José Alcebiades de Oliveira Júnior aponta que o conceito de cidadania nasce à medida que certa moral social e impositiva do Estado cede lugar concomitante a uma moral individual¹²³.

A cidadania, no seguimento do consumo, procura então dar um significado para o indivíduo, que passa a ser sujeito com possibilidades (poder) de transformar padrões, quebrar paradigmas e influir numa comunidade e por que não na própria sociedade onde se insere. *O direito passa a olhar para as especificidades do homem concreto. Abandona-se aos poucos a ideia de ente genérico, abstrato, para considerar as diferenças e ver, ao invés do homem abstrato, um idoso, deficiente, criança, mulher ou consumidor*¹²⁴.

Ao mesmo tempo que advieram instrumentos legais que conduziram essa mudança de lentes para se enxergar o Direito Privado e, *in casu*, o Direito Civil, reduzindo especificamente as relações de consumo, transformaram-se, paralelamente, os interesses, meios e fins do ato de consumir. Para além da expressão da necessidade, atualmente o consumo está arraigado em elementos que não só servem para satisfazer como também têm um caráter simbólico¹²⁵.

Explicando melhor, consome-se não apenas o que é de utilidade ou até mesmo o que simplesmente agrada no âmbito subjetivo do agente (“gosto”). Consumir detém uma rede de significados próprios, que se transfiguram em mensagens, como que gritos, nomes, palavras. Essas informações, quando notadas pelos sentidos das sociedades as tornam aptas a identificar os indivíduos, dando congruência ao processo comunicativo e, por conseguinte, reconhecendo os sujeitos:

122 BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, 2007. p. 126-141.

123 OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 74.

124 BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit. p. 126-141.

125 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 61.

[...] o consumo é visto não como a mera possessão individual de objetos isolados, mas como a apropriação coletiva, em relações de solidariedade e distinção com outros, de bens que proporcionam satisfações biológicas e simbólicas, que servem para enviar e receber mensagens¹²⁶.

Por ser um caminho que conduz a um *status* diferenciador entre os entes e também por servir de instrumento para se atingir os mínimos níveis do que se preleciona em termos de dignidade da pessoa humana, é que o consumo recebeu a tutela constitucional¹²⁷. Assim, em todas as formas e adaptações imprescindíveis às relações do consumir, torna-se imperioso que as interações entre os sujeitos sejam, se não, congruentes, ao menos mais próximas de uma esperada congruência^{128 129}.

A quebra desse sistema harmônico (ao menos momentaneamente) serve de comando para a intervenção de ações que buscarão restaurar ou até mesmo inovar a ordem que descarrilou das expectativas supostas¹³⁰. A restauração ou inovação subsume-se à aplicação do conteúdo normatizado em busca da pacificação do estado alterado pela complexidade¹³¹. Todavia, a intervenção dessas ações não reconstruirá, como *ex ante*, a organização; haverá sim uma *pleonástica* “aproximação realmente próxima” ao estado que foi desajustado.

Já se descortina uma alternativa por onde se pretende seguir: utilizar-se de instrumentos inovadores, no mínimo em termos exegéticos, aptos a superar as complexidades que eventualmente surjam nas relações entre os sujeitos quando no ato de consumo. Evoluções ou adaptações, conforme o caso, geram diferentes ou desconhecidas situações; contudo, todos esses incrementos carecem ou, mais que isso, clamam por intervenções solucionadoras ou digestoras dessas novas complexidades¹³².

Como antes se tem referido, a relação sistêmica que se desenvolve tem características de sistema vivo, que há de se hipertrofiar à medida que absorver e sintetizar novas manifestações, que fogem aos padrões conhecidos anteriormente, respondendo o Direito sempre com o próprio Direito:

Todo esto se puede concebir como adaptación del sistema del derecho a las

126 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 70.

127 “O consumidor está, sob diversos enfoques, em visível situação de fragilidade – vulnerabilidade – no mercado de consumo, não apenas em relação a interesses patrimoniais, mas também em seus interesses existenciais (projeções da dignidade humana – art. 1.º, III, da CF/88)”. Cf. BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 61, 2007, p. 126-141.

128 LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad).

129 Id. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 258-259.

130 Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 73.

131 Id. **Poder**. Brasília: UNB, 1985. (Pensamento Político n. 73) p. 46.

132 Id. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 70-78.

necesidades cambiantes, pero de ninguna manera quiere decir que el entorno determina el sistema del derecho. Más bien lo que quiere decir es el que el sistema reconoce sus defectos en su propia pantalla y, para remediarlos, sólo puede utilizar medios propios y adecuados. Puede que el entorno irrite el sistema del derecho y logre perturbar el sentimiento jurídico. Pero tales irritaciones no son sino formas internas de plantear problemas y soluciones que dependen de lo que, en el marco del derecho vigente, se pueda construir¹³³.

A operação de interpretação amoldará o fato à previsão do pensamento protetivo, sem esquecer, naturalmente, os parâmetros idealizados pelo ordenamento abarcador máximo, qual seja, o texto constitucional. As respostas às novas complexidades não precisam ser definitivas, exclusivas ou as melhores, pois sempre gerarão efeitos no sistema social¹³⁴, todavia deve ser uma resposta *confirmada na Constituição*¹³⁵.

A partir do momento em que se (re)afirma a tutela protetiva do consumo, fundada nos preceitos da Constituição Federal, encontra-se nessa proposta uma maneira de garantir a cidadania¹³⁶, consubstanciada no respeito que cada indivíduo deve gozar quando realiza operação sinalagmática objetivando acessar determinado produto ou serviço que lhe oportunizem algum significado¹³⁷.

No mesmo caminho, além do respaldo constitucional, a preservação das expectativas inerentes ao consumo recebeu atenção específica quando da criação do Código de Defesa do Consumidor¹³⁸. Esculpiu-se um tratamento meticuloso que deu ensejo a uma série de mudanças no comportamento dos indivíduos quando consumidores. Ofereceu-se uma das previsões legais mais avançadas do mundo¹³⁹, que vem, dia-a-dia, ganhando mais relevância sobretudo pela quantidade e qualidade de intérpretes que a rodeiam.

Diferente de outros ramos do Direito, em sentido *lato*, a exegese do Direito do Consumidor é diária, atual e se reafirma ao longo do tempo¹⁴⁰. Explicando melhor, antes de pleitear efetivação de direitos fundamentais, delitos, contratos de características especiais, regimes de casamento, questões tributárias, elementos de direito comercial, causas de ordem

133 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 338.

134 Ibid. p. 627.

135 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 367.

136 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 95.

137 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123.

138 “A norma está, de fato, tratando de expectativa. Uma espécie de expectativa tanto do consumidor em relação ao uso e consumo regular de algum produto ou serviço quanto do fornecedor em relação ao mesmo aspecto. A lei aqui se refere à normalidade e previsibilidade do consumidor em relação ao uso e funcionamento rotineiro do produto ou serviço.” Cf. NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 154.

139 CÓDIGO brasileiro é modelo para o mundo. **Notícias da escola**. Ajuris - Escola da Magistratura. Porto Alegre. Set 2005. Ano I. n.8. p. 3.

140 LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 61. 2007. p. 203-229.

previdenciária, estudos de ordem ambiental, o *homem médio* se inteira a respeito do consumo.

Se nas linguagens das ruas “ninguém deixa de comer nem de morrer” é cabível frisar que todos os indivíduos – por mais que também se relacionem com os demais campos da área jurídica – se sentem mais ativos quando se apresentam como sujeitos de consumo. Consome-se antes, durante e após a vida. Mesmo que o ser não seja o ator principal, o indivíduo, ainda assim, atua nesse ciclo¹⁴¹.

Por mais que haja esse grande número de sujeitos participando ativamente das relações que tratam do consumo e exercitando, ao menos superficialmente, a interpretação das normas inerentes ao Código de Defesa do Consumidor não se pode, tão-somente por isso, confiar na efetividade desse respeito e, por conseguinte, na congruência de expectativas entre as partes. Para Luhmann: [...] *o direito atual não é mais capaz de garantir aquela certeza moral das expectativas que resulta do simples fato de alguém julgar-se no direito*¹⁴². Enfim, não é porque existe um instrumento legal que há certeza na efetividade da relação jurídica. Haverá, quase sempre, segurança jurídica acrescida ao risco.

Entende-se o risco nessa perspectiva como o que falta para se alcançar a certeza a respeito da aplicação da lei^{143 144}; e aqui também da lei consumerista. Por mais que haja um diploma legal, este pode ter função meramente formal, se não for efetivado¹⁴⁵. Busca-se, conseqüentemente, superar ou diminuir as incertezas em busca da congruência de expectativas e, para tanto, é mister interpretar as impressões do mundo fático com a finalidade de entender os porquês do risco¹⁴⁶.

Compreendidas as razões que se atrelam às possibilidades pertinentes à contingência, vislumbram-se caminhos a se tomar com a finalidade de tornar mais estáveis as relações jurídicas¹⁴⁷. Nesse meio, há de se produzir não apenas mecanismos de cura como também de

141 “Portanto, a sempre recordada afirmação de que 'todos somos consumidores' deve ser compreendida no sentido de que todos assumem, em algum momento, o papel de consumidor: na verdade, todos *estão* consumidores em alguma hora do dia. Ser consumidor é situacional, ainda que o respectivo conceito ou definição considere elementos inerentes ao sujeito.” Cf. BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, 2007. p. 126-141.

142 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. (Biblioteca Tempo Universitário. n.80). p. 55.

143 Id. **Confiança**. Barcelona: Anthropos, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 57.

144 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 20-22.

145 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 393.

146 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

147 “[...] a *função de estabilização*, pois permite uma certa fixação de soluções e, deste modo, um efeito multiplicador de esquemas de decisão. Consegue-se dessa forma uma redução do risco de respostas não coincidentes para hipóteses semelhantes, conferindo realização ao princípio da igualdade de tratamento que é imposição da Justiça. A maior previsibilidade das decisões representa um óbvio corolário da

profilaxia desse sistema vivo¹⁴⁸ em que se situam as relações pertinentes ao consumo.

A ideia que se pretende transmitir direciona-se não apenas em compreender que a tutela do consumidor visa garantir o respeito entre as partes, proporcionando instrumentos para se alcançar a cidadania mediante essa relação de igualdade^{149 150}. Mais que isso, mostra-se necessário visualizar formas de rever o próprio Direito do Consumidor dentro dele próprio, de maneira que se (re)interprete a lei em busca de pontos que deem efetividade à garantia de proteção ao consumidor, prevista no Art. 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Superar o normativismo analítico dentro do presente torna-se inevitável em decorrência das novas complexidades que têm surgido na sociedade¹⁵¹, sobretudo no meio do consumo. Daí a necessidade de se fazer uma interpretação atrelada aos princípios vigentes nas leis infraconstitucionais até o texto da Constituição Federal se converter em via indispensável para se compreender o significado da tutela do consumidor.

1.3 Cidadania e consumo: é preciso (re)conhecer direitos

O papel que ocupa o Direito no sistema social serve, principalmente, para restabelecer a ordem eventualmente desarticulada frente a uma complexidade¹⁵². A função do direito é proporcionar alívio para as expectativas dos atores do sistema social¹⁵³, inseridos em um mundo hipercomplexo. Afinal, a todo o momento, depara-se com o incremento do risco e, conseqüentemente, com a necessidade de superá-lo.

Os indivíduos inseridos no sistema buscam pelo Direito porque querem mais direitos, pois em razão das complexidades que apareceram ao longo do tempo desenvolveu-se uma sociedade com múltiplas facetas, múltiplos problemas; uma sociedade volátil, imprecisa, mutante. Assim, Leonel Severo Rocha: [...] *no início do século XXI, surgiu uma nova forma de sociedade, que se pode chamar, conforme os autores, de globalizada, pós-moderna, modernidade-reflexiva, modernidade líquida [...]*¹⁵⁴.

Existem, portanto, diversas complexidades oriundas da resolução de outras

uniformização e agregação das decisões através da dogmática.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 28.

148 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 644-645.

149 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 305 ss.

150 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. op. cit. p. 885.

151 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31.

152 LUHMANN, Niklas. op. cit. p. 210.

153 Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 45.

154 ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

complexidades¹⁵⁵. Assim, são necessários outros mecanismos aptos a reduzir essas complexões. Realocando tal proposta, surgem em decorrência da evolução da sociedade, situações inesperadas, novas; por seu turno, há a demanda de meios capazes de processar os desapontamentos¹⁵⁶. Faz-se preciso, por isso, reconhecer mais direitos aptos a solucionar mais conflitos.

Com isso, se acessam diferentes dimensões de direitos¹⁵⁷, aptos a reconhecer o ser humano inserido em sociedade e lhe proporcionar aquilo que for fundamental para participar do social – que se conforma com a ideia arendtiana da busca que dá significado à cidadania – centralizando-se no *direito a ter direitos*¹⁵⁸. Novos direitos são consequência das carências de uma sociedade que se inova frente a constante evolução que (re)produz, a partir de si própria, em atendimento às mudanças culturais que ela desenvolve. Nesse sentido, Néstor García Canclini ressalta:

[...] os direitos são importantes como algo que se constrói e muda com práticas e discursos. A cidadania e os direitos não falam unicamente da estrutura formal de uma sociedade; indicam, além disso, o estado da luta pelo reconhecimento dos outros como sujeitos de “interesses válidos, valores pertinentes e demandas legítimas”. Os direitos são reconceitualizados como princípios reguladores das práticas sociais, definindo as regras das reciprocidades esperadas na vida em sociedade através da atribuição mutuamente consentida (e negociada) das obrigações e responsabilidades, garantias e prerrogativas de cada um. Os direitos são concebidos como expressão de uma ordem estatal e como uma gramática civil.¹⁵⁹

O anseio por reduzir as complexidades sociais, que leva à criação de novos direitos, demanda uma outra força: a efetividade. Assim, eleitas expectativas – (re)conhecidos outros direitos – e previstas formas de redução de complexidades, é também preciso que o Direito possibilite efetividade a essa programação¹⁶⁰. O Direito, por conseguinte, a partir da função

155 LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 21.

156 “É por isso que o sistema social tem que orientar e canalizar o processamento de desapontamentos de expectativas – e isso não só para impor eficazmente expectativas corretas (p. ex. normas jurídicas), mas sim para criar a possibilidade de expectativas contrafáticas, que se antecipem a desapontamentos, ou seja: normativas. Aquele que espera tem que ser preparado e apetrechado para o caso de se defrontar com um realidade discrepante. De outra forma ele não poderia ter a coragem de esperar normativa e persistentemente. A canalização e o arrefecimento de desapontamentos fazem parte da estabilização de estruturas.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 67.

157 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

158 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 149-164.

159 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 36.

160 “É preciso eficácia naquilo que o direito determina como comportamento obrigatório, como possibilidade de construção de algum tipo de realidade social.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

judiciária do Estado, deve equilibrar seus comandos (normas) com os fins que almeja a sociedade; e, para a promoção desse atuar, é mister que o processo de decisão se inspire, de maneira marcante, na Constituição Federal.

Frise-se, contudo, que em um mundo hipercomplexo existe uma intensa procura por estabilização. Porém, é importante lembrar que o Direito não terá capacidade suficiente para regular todas as expectativas criadas pelos indivíduos. A função do Direito no sistema social é reduzir a insegurança, tornando-a aceitável, suportável¹⁶¹. O Direito então é inseguro, assim como também o é a sociedade que o produz. Destarte, quando for possível dar congruência às expectativas depositadas, promover-se-á o acesso efetivo aos direitos conquistados e, conseqüentemente, vivenciará o ator sua participação no social, onde exercerá sua cidadania.

A cidadania nesse sentido traz luzes, essencialmente, à questão da igualdade, participação e liberdade do indivíduo quando interage em sociedade. Busca-se mais direitos porque para alguns indivíduos existem barreiras sociais que impedem o acesso à igualdade. Nesse sentido, Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira:

A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. Essa cidadania é que requer providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições¹⁶².

Luta-se para participar do sistema e demanda-se, para tanto, do reconhecimento de certos direitos – em reforço à ideia do igual – que se ampliam em prol de uma atuação mais evidente em sociedade (falar e ser ouvido). A liberdade, nesta senda, consubstancia-se na percepção de que os riscos poderão ser minorados, de forma suficiente, para que se possa interagir no sistema, sem discriminação – por não ser igual –, sem dependências que promovam impedimentos em ter vez e voz. Enfim, a cidadania é multifacetada e somente será

161 “[...] a sociedade atual tem como intrínseca a noção de insegurança. De fato, pensar, por exemplo, que o Direito ainda é capaz de estabilizar todas as expectativas (normativas) nutridas pelos cidadãos em relação à Lei é, novamente, descompassar o tempo do Direito com o tempo da sociedade. O sistema jurídico permanece, porém, e em qualquer hipótese como instituição social. Cumpre referir, entretanto, que ele não consegue fornecer a mitológica segurança na sociedade hodierna [...] Sua função principal, para Luhmann, é reduzir a insegurança a níveis socialmente aceitáveis. [...] Enquanto inserto em um sistema social, o Direito inscreve-se em um ambiente que afeta e influencia tudo aquilo que se encontra dentro da sociedade (subsistemas). Dito de outra forma: o Direito é inseguro porque o sistema social, em seu ambiente, não possui segurança.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 117.

162 SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 245.

plena quando puder combinar liberdade, participação e igualdade para todos^{163 164}.

Se a sociedade determina o Direito e a sociedade recebe um grande número de complexidades que, por consequência, demandam novas necessidades, estas devem servir para balizar os Direitos Fundamentais. Nesse sentido, André Fernando dos Reis Trindade:

As decisões jurídicas figuram no centro do sistema formado pelos Direitos Fundamentais devido à necessidade de aplicação – cogente – de seus enunciados. Para que isso ocorra, as necessidades humanas devem servir de subsídio à fundamentação das decisões jurídicas de base para a formulação das normas; e de elemento essencial na elaboração da doutrina.

Para isso, opta-se por seguir o posicionamento esposado por Peres Luño ao defender que os Direitos Humanos são o reflexo das necessidades humanas. Dessa monta, pega-se emprestada essa concepção dos Direitos Humanos para aplicá-la aos Direitos Fundamentais, ressaltando, todavia, suas características distintivas¹⁶⁵.

Sendo assim, se o indivíduo quer aquilo de que não pode prescindir, essencialmente ele deseja algo que o faça sentir sujeito de seus direitos e de suas escolhas, ele quer poder; seja para participar em sociedade, para exercer sua liberdade e, por fim, encontrar-se com a igualdade¹⁶⁶. O poder então serve em uma sociedade para diferenciar e motivar a busca por equilíbrio; é dar possibilidade aos indivíduos para se posicionarem em igualdade frente às disparidades que lhes são apresentadas. O acesso a esse equilíbrio será viável através do Direito. Assim, Paulo Valério Dal Pai Moraes:

[...] o Direito é uma estrutura de adaptação social que objetiva reduzir as influências perniciosas das exacerbadas manifestações de poder que ocorrem no seio da sociedade, sendo, paradoxalmente, também exercício de poder, tendente a orientar a complexidade do convívio a uma posição de equilíbrio¹⁶⁷.

Nesta senda, o exercício da cidadania corresponde a uma possibilidade do poder. O ator do sistema social, para se comunicar, exige figurar em nível hierárquico semelhante

163 “Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico.” Cf. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 8-9.

164 “Repensar a cidadania como “estratégia política” serve para abranger as práticas emergentes não consagradas pela ordem jurídica, o papel das subjetividades na renovação da sociedade, e, ao mesmo tempo, para entender o lugar relativo destas práticas dentro da ordem democrática e procurar novas formas de legitimidade estruturadas de maneira duradoura em outro tipo de Estado. Implica tanto reivindicar os direitos de aceder e pertencer ao sistema sociopolítico como o direito de participar na reelaboração do sistema, definindo portando aquilo de que queremos fazer parte.” Cf. CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos. Conflitos Multiculturais da Globalização**. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 36-37.

165 TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131.

166 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48.

167 Ibid. p. 49.

àquele que ocupa o outro. Tão-somente com um mesmo nível de poder é que existirá liberdade para que ambas as partes possam eleger suas escolhas.

Para assegurar essa participação cidadã, demanda-se ter poder, que advém por intermédio de um Direito eficaz. Tal situação se verificará se o Estado tomar para si, realmente, a função de promoção, ampliando-se além da proteção ou defesa de direitos. A promoção desse poder – que nivelará os indivíduos – se dará a partir da igualdade e só assim, por conseguinte, alcançar-se-á o ideal de justiça¹⁶⁸.

Essa readequação do poder deixou marcas nas diversas áreas do Direito. No campo consumerista – alvo desta investigação – esta percepção é patente quando do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, conforme previsão expressa do Art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor. Nessa medida, *a vulnerabilidade é a representação operacional, concreta, do princípio da igualdade*¹⁶⁹.

O reconhecimento de direitos a partir do critério da necessidade, ou seja, a promoção daquilo que realmente é fundamental ao indivíduo se coaduna com a cidadania¹⁷⁰. Assim, o Direito a consumir com segurança – independente de onde se desenvolve a relação – em igualdade de condições, com riscos minorados se mostra como meta a se buscar para dar garantias às expectativas dos atores nessa interação social.

As relações de consumo praticadas via internet dão motivo ao (re)conhecimento do Direito. Todavia nota-se medo e falta de conhecimento técnico dos órgãos de Estado. Assim, o ente que deveria promover a tutela consumerista, não raro, tem se transformado em empecilho por entender se tratar de algo novo, que não possui uma resposta por parte do ordenamento¹⁷¹

¹⁷². Sobre ao indivíduo um exercício caduco de cidadania; postura essa que precisa ser

168 “[...] uma relação de igualdade é uma meta desejável na medida em que é considerada justa, onde por *justa* se entende que tal relação tem a ver, de algum modo, com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), isto é, com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre outras coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar”. Cf. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. p. 15-16.

169 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 105.

170 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

171 Ibid. p. 264.

172 Soma ao argumento a postura de ministro do Superior Tribunal de Justiça que, em caso onde aprecia a prática de envio de *spams* (e-mails não autorizados), pronunciou-se com ignorância acerca do tema, conforme nota do jornal O Estado de São Paulo: “As discussões no STJ mostraram completo desconhecimento de alguns ministros sobre o assunto que estava sendo discutido, ao ponto de o presidente da Turma, ministro Fernando Gonçalves, confidenciar: “Não sei nada de computador e nem quero saber. “Os ministros argumentaram que os spams são um mal da modernidade que apenas a tecnologia pode banir. E chegaram à conclusão que não há nenhum dano para o usuário porque ele poderia, facilmente, bloquear os conteúdos indesejados. O argumento foi criticado até por ajudantes de alguns ministros, que mostravam entender um pouco mais sobre o assunto. Mas não foi suficiente. “Há coisas que a modernidade traz, seja para o bem, seja para o mal”, afirmou Aldir Passarinho. “Quem não quer (receber spams), não abre a

urgentemente revista.

1.4 Consumo e Vulnerabilidade: a Confiança como razão e resposta

O modo de consumir mudou significativamente. Vivenciam-se relações despersonalizadas, extremamente velozes, que movimentam alta soma de atores e, por conseguinte, de pecúnia, que demandam pouco tempo e exigem a troca de grande quantidade de informação^{173 174 175}. Tais características, quando agrupadas, deixam a relação de consumo sujeita às incertezas que decorrem desta instantaneidade e volume, daí o porquê de se buscar reduzir os riscos. Nesse sentido, Ricardo Luis Lorenzetti:

Ha sido descripto suficientemente en la filosofía y en la teoría social, como un aspecto de las sociedades maduras que van fraccionando en múltiples sectores autonómicos, que van cambiando su escala cuantitativa hacia dimensiones masivas y planetarias, que aceleran el tiempo y la sofisticación de los dispositivos del consumo, todo lo cual presenta distantes, anónimas, hipercomplejas. Este aspecto de una sociedad “posmoderna” tiene su impacto indubitable em la ciencia jurídica, que reformula sus herramientas para comprender y regular estos fenómenos.¹⁷⁶

A partir dessa intensa transformação, reconhece-se imprescindível a interpretação do ato de consumir mediante a aplicação do princípio da vulnerabilidade – que representa a aplicação do direito fundamental à igualdade¹⁷⁷, inerente à presente perspectiva. Essa vulnerabilidade pode se manifestar de várias formas, sobretudo pela manipulação de conteúdo; isto é, o sujeito consome uma mensagem antes de consumir o próprio item que lhe interessa¹⁷⁸.

Qual é esse conteúdo se não a informação? A respeito, é pertinente salientar a necessidade de prevalecer uma relação comunicativa cingida pela boa-fé e, sobretudo, pela confiança¹⁷⁹. Aquilo que é informado presume-se fidedigno; em razão disso, se utilizado tal

internet”, sentenciou.” Cf. RECONDO, Felipe. “STJ não livra internauta de receber spam de boate.” **O Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,stj-nao-livra-internauta-de-receber-spam-de-boate,457780,0.htm>>. Acesso em: 28 out 2009.

173 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos Negócios Jurídicos de Consumo no Comércio Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

174 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

175 BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 62-63.

176 LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 35, p. 9-38. 2000.

177 “[...] o código de defesa do consumidor veio para confirmar, de maneira concreta, o princípio da igualdade, pois surgiu para cumprir o objetivo maior de igualar os naturalmente desiguais, jamais podendo acontecer o inverso, isto é, desigualar os iguais.” BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério dal Pai. **Questões controversas no código de defesa do consumidor**. 2.ed. Porto Alegre, 1999. p. 30.

178 BARBOSA, Fernanda Nunes. op. cit. p. 66-67.

179 “Nas relações entre leigos e *experts*, consumidores e fornecedores, um dos agentes econômicos detém a informação, sabe algo, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir, pode fazê-lo de boa-fé e lealmente, informando sobre os riscos, os perigos, os efeitos colaterais, as chances de sucesso, ou não

conteúdo (ou informação) em desprestígio frente ao acreditar (fé) do indivíduo, há de se impor uma responsabilização decorrente da frustração de expectativas:

[...] a intervenção da ordem jurídica pode visar antes de tudo ressarcir o sujeito do dano ocasionado pela frustração das expectativas que acalentou, concedendo-lhe portanto (apenas) uma pretensão dirigida à reparação do prejuízo que ele não teria sofrido se não tivesse confiado.¹⁸⁰

A função dessas expectativas, nesta operação, é de orientar de forma relativamente estável comunicação e pensamento frente à complexidade e contingência do mundo¹⁸¹. É inevitável não apenas ter expectativas sobre o comportamento, mas também sobre as próprias expectativas que o outro possui sobre o agir¹⁸². Existem, dessa maneira, expectativas de expectativas, que propiciam, conforme Niklas Luhmann, um acesso mais rico ao mundo circundante¹⁸³.

Uma vez elaborados os elementos que conduzam ao surgimento de expectativas, evidencia-se, ao menos em um primeiro momento, que tais orientações promovem a seleção de escolhas para o indivíduo¹⁸⁴. Daí que uma vez ajambradas com determinados tons, formas e elementos a expectativa, não se adstringe ao fenômeno da *dupla contingência*¹⁸⁵. Existe, efetivamente, uma quase-certeza ou mesmo uma expectativa presumivelmente certa. Praticamente suprime-se o risco de tal forma que não se espera, sinceramente, que esse risco venha a se tornar uma complexidade.

Propõe-se essa eliminação da dúvida por intermédio, principalmente, do ingrediente confiança:

[...] a crescente evolução da sociedade no sentido desta juridificação não elimina a confiança. A normatização e a inerente “rigidificação” das expectativas não logra expulsá-la nem a torna despicienda. Ela continua a exercer uma presença básica e imprescindível na vida social, pois de outro modo não se encetaria relacionamento

informar, não compartilhar a informação que detém. [...] A informação é ontologicamente *princípio* do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, *caput* e III, do CDC), e é *direito* subjetivo. Ao consumidor é assegurado neste microsistema do CDC o direito básico à informação sobre o produto ou o serviço, assim como o direito ao acesso à informação necessária, clara, objetiva, como especificam os incs. I, II, e III do art. 6º [...] A informação no CDC é, ao mesmo tempo, *instrumento de liberdade, de igualdade e de solidariedade* na sociedade de consumo.” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. Apresentação. In: BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 12-13.

180 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 42.

181 LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 77.

182 Id. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 189.

183 Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 48.

184 Id. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 249.

185 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70.

humano algum. Aliás, comprova-se que a aludida tendência para a juridificação vai de par com a progressiva falta de transparência e complexificação das sociedades modernas; o que, considerando o caráter insuficiente e a precariedade relativa das medidas de controle e de segurança instituídas (ou, em qualquer caso, a respectiva sensação), exige redobrados “níveis de confiança” da parte dos sujeitos e obra a uma sua tutela particularmente eficaz para conseguir um funcionamento aceitável do sistema social em seu conjunto.¹⁸⁶

Vincula-se, de forma mais intensa, o indivíduo que promove a expectativa alheia a seu respeito porque ele não só sugere algo, mas considera o risco praticamente inexistente, encaminhando a outra parte a depositar sua fé a respeito da congruência de ações^{187 188}.

Em uma sociedade de massa^{189 190}, é razoável esperar que se promoverão práticas proporcionais, visando cada vez menos o indivíduo *per si* para dar valor ao coletivo. A individualidade nessa senda, não se apresenta como característica comum. O ser é observado a partir do que comungam outros seres similares a ele¹⁹¹. Ou seja, ninguém se importa com determinado ator do sistema, mas sim, se mostra importante o que simbolizam os similares atores dentro daquele sistema. Daí se verificar a despersonalização paulatina das relações¹⁹².

Mediante a evolução tecnológica, incrementos de mídias de *marketing* e divulgação, ficou mais evidente a ânsia em promover interações com um número ampliado de pessoas do que propriamente investir em relações que se aproximassem da intimidade para estabelecer vínculos entre os atores¹⁹³. Dentre essas manifestações, pode-se verificar o gradativo enfraquecimento da característica sinalagmática nos contratos e a crescente utilização dos contratos de adesão¹⁹⁴.

186 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 19.

187 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 210.

188 Id. **Confianza**. México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 5.

189 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 39-42.

190 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 33.

191 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 272.

192 “Principalmente nas três últimas décadas, o consumidor tem deixado de ser uma *pessoa* para se tornar apenas um *número*. Surgem, diariamente, novas técnicas e procedimentos abusivos de venda de produtos e serviços. As publicidades, a cada dia, informam menos e, em proporção inversa, abusam de métodos sofisticados de *marketing*, o que resulta em alto potencial de indução a erro do destinatário da mensagem e, até mesmo, na criação da necessidade de compra de bens e serviços absolutamente supérfluos.” Cf. BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, 2007. p. 126-141.

193 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p.42-45.

194 “A crise da massificação dos contratos levou alguns a afirmarem a “morte do contrato”, reabsorvido no *mainstream* dos atos ilícitos. A massificação dos contratos de adesão e das condições gerais contratuais foi o primeiro fenômeno de despersonalização do contrato, por meio de uma nova pluralidade e objetividade. Os consumidores são o exemplo desta pluralidade, mas também os fornecedores se organizaram em cadeias de fornecimento, não sendo sempre possível identificar com quem exatamente é a relação de

Conjugada a esta primeira crise das perspectivas contratuais, a internet tem somado para contribuir ao quadro de despersonalização das contratações, por conta da própria estrutura de dispersão que lhe dá funcionamento e utilidade. A rede, seguindo a proposta dos contratos de adesão, distanciou entre as partes as possibilidades de manifestação¹⁹⁵. De mais a mais, quer-se silenciar o indivíduo¹⁹⁶, tornando mais velozes as relações, restringindo a participação ao aceitar, tão-somente, o que for proposto.

Faz-se como a proposta de George Orwell, em *1984*, onde se propõe a novilíngua (*newspeak*): objetiva-se a minimização do vocabulário dos indivíduos para que se reduza a capacidade de pensamento, tornando as pessoas vulneráveis ao Partido¹⁹⁷. Ou seja, mudando a linguagem do contrato, o indivíduo fica sujeitado ao que lhe impõe. Ele não é mais considerado como indivíduo, mas tão-somente como parte da massa (de consumidores)¹⁹⁸.

Esse declínio da comunicação amplia a uma das partes do contrato o domínio da situação frente à outra. Destarte, quando a bilateralidade na contratação não se verifica, em tons de igualdade, identifica-se que a liberdade para contratar passa a ser, de certa forma, sufocada. Em virtude disso, por não existir a equidade no participar de relações, nessa proposta de contratação, se nota a vulnerabilidade do consumidor^{199 200}.

consumo. Efetivamente, a dogmática contratual reagiu bem a esta primeira crise da era do consumo e impôs um novo paradigma repersonalizador, a boa fé. Como afirmamos, a boa-fé é a conduta que leva em consideração o outro, o pensar e respeitar lealmente as expectativas legítimas do outro, o fim que se visa na contratação. Boa-fé e informação, cuidado e cooperação, deveres hoje considerados anexos aos contratos de consumo.” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64.

195 “Agora estamos diante de uma segunda crise, da despersonalização extrema. O “comércio eletrônico” é realizado por intermédio de contratações à distância, por meios eletrônicos (*e-mail* etc), por Internet (*online*) ou por meios de telecomunicação de massa (*telemarketing*, televisão, televisão a cabo etc), sendo um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, onde há realmente uma certa “desumanização do contrato” (*disumanizzazione del contratto*). Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 64-65.

196 IRTI, Natalino. È vero ma... (replica a Giorgio Oppo). **Rivista di Diritto Civile**. n. 2. anno XLV. 1999. p. 273-278. *apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 67.

197 ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia Nacional, 2004.

198 BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, 2007. p. 126-141.

199 “O consumidor está, sob diversos enfoques, em visível situação de fragilidade – vulnerabilidade – no mercado de consumo, não apenas em relação a interesses patrimoniais, mas também em seus interesses existenciais (projeções da dignidade humana – art. 1º, III, da CF/88).” Cf. BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, 2007. p. 126-141.

200 “Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha(m) a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeitos(s) mais potente(s) da mesma relação.” Cf. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria

Verificada a ausência de identificação ou também da característica inerente à pessoalidade que está adstrita ao significado do contrato²⁰¹, quando se trata de sua bilateralidade, é de se notar que algo precisa dar ensejo (motivo) ao contrato. Se não há um evidente, perceptível ou identificável ser humano, que possa transmitir confiabilidade, existe algo²⁰² que representa este ser dentro da perspectiva. Ou seja, se não há um indivíduo que se represente na relação, ao menos um símbolo dessa presença se espera encontrar^{203 204}.

Trata-se de uma representação simbólica, de um apelo ao aparente²⁰⁵. Mediante códigos como marca, imagens, associações, busca-se a conexão com a fé do intérprete; ou, melhor situando, alcança-se sua confiança e daí surge a possibilidade de imputar responsabilidade²⁰⁶. Assim sendo, por mais que haja uma bilateralidade funcional, sente-se de forma intensa uma unilateralidade prática no contrato. E, não raro, por conta disso, a mais vulnerável das partes padece com o risco²⁰⁷.

Em razão da velocidade das interações em massa, somada ao fenômeno da desumanização do contrato, que passa a se apoiar mais em um discurso do que no próprio indivíduo é que se clama por uma nova observação, suficiente para restabelecer a igualdade das relações e possibilitar o exercício da cidadania, consubstanciado aqui com a revalorização da pessoa como cerne do direito^{208 209}. A responsabilidade decorrente da construção da

do Advogado, 2009. p. 125.

201 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.

202 COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002.

203 LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 35, 2000. p. 9-38.

204 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 34.

205 MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 69.

206 “Na doutrina germânica, reclama-se por uma protecção indemnizatória da confiança para cobrir duas grandes áreas. Por um lado a dos casos em que alguém deve responder pelos danos causados por uma declaração sua viciada ou inexacta, ou então pela respectiva omissão, como ocorre paradigmaticamente no âmbito da *culpa in contrahendo* e em situações dela próximas, de responsabilidade por informações incorrectas. A elas corresponderia uma *responsabilidade por declarações (Erklärungshaftung)*. Por outro lado, a protecção indemnizatória da confiança teria por função tutelar posições jurídicas contra ataques ou ingerências lesivas (*Eingriffsschutz*) à pessoa ou ao património alheio, conduzindo à reparação dos danos daí resultantes. Não estaria agora em causa proteger alguém na sua confiança em quaisquer declarações ou, mais genericamente até, em quaisquer factos externos destinados à captação da confiança. Todavia, também aqui o pensamento da confiança seria decisivo, porque este tipo de responsabilidade radicaria precisamente no facto de o lesado *expor* os seus bens, no âmbito do tráfico negocial, à intromissão da outra parte e, nesse sentido, lhos *confiar* (a atitude de “*anvertrauem*” da “*Anvertrauenshaftung*”). Esta apresentar-se-ia onerada, nessa medida, com deveres de protecção não subsumíveis à responsabilidade por declarações e responderia pelos danos causados pela sua violação.” CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 76. (Teses).

207 MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 109.

208 Id. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 101.

209 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 167.

confiança se apresenta como instrumento para a busca dessa cidadania em risco. De acordo com Roberto Senise Lisboa:

Para o consumidor, a aplicação da teoria da confiança nos negócios jurídicos e do princípio da boa-fé objetiva são indispensáveis, tendo em vista a sua participação cada vez mais intensa por meio da tecnologia da informação. [...] a obtenção dessa nova noção de cidadania, extensiva a todo o consumidor que passa a ser um consumidor conscientizado verdadeiramente dos seus direitos e de como pode defendê-los, será bastante satisfatória para a melhoria da qualidade de vida e das relações intersociais.²¹⁰

A cidadania expressa nessa relação à medida que se proporciona efetividade ou congruência às expectativas depositadas pelos atores do sistema social, entre si próprios²¹¹, em constante luta pela igualdade²¹². Sem meios que possam dar segurança ao consumidor, sua vulnerabilidade transparece e o direito à proteção – assegurado pela Constituição Federal – corre o risco de não superar a barreira do próprio texto constitucional. A valorização da confiança, nesta senda, para além de imperiosa necessidade do ponto de vista ético segue, da mesma forma a incontestável maneira de dar sustentação à noção de cidadania conectada a cada ser humano sob a égide do Estado²¹³.

O surgimento de instrumentos tecnológicos influenciou a sociedade porque não apenas esta aparelhagem serviu de auxílio ao indivíduo, como também mudou os comportamentos das pessoas²¹⁴. Dentre as invenções do último século é inegável que a informática se consolida como instrumento (re)formador do que se pode prever em termos de poder. Na sequência, o surgimento da internet rendeu outros frutos de grande valia para mudanças, sobretudo do paradigma tempo e espaço, que se verificam no presente²¹⁵ ²¹⁶. Demócrito Reinaldo Filho conclui: [...] *uma nova sociedade estava se formando; uma sociedade em que o poder da*

210 LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 61. 2007. p. 203-229.

211 COVRE, Maria de Lourdes Manzini (org.). **A cidadania que não temos**. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 174-175.

212 BERTASO, João Martins. A cidadania moderna: a leitura de uma transformação. *In*: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). **Cidadania e nacionalidade: efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais**. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 420-421.

213 ARAÚJO, Isabella. Cidadania e identidade. Pensando as relações de consumo. **Temática**. p. 1-4. set. 2008. Disponível em: <<http://www.insite.pro.br/2008/28.pdf>>. Acesso em 14 jul 2009.

214 “Não foram tanto as revoluções sociais, nem o estudo das culturas populares, nem a sensibilidade excepcional de alguns movimentos alternativos na política e na arte, quanto o crescimento vertiginoso das tecnologias audiovisuais de comunicação, o que tornou patente como vinha mudando desde o século passado o desenvolvimento do público e o exercício da cidadania. Mas estes meios eletrônicos que fizeram irromper as massas populares na esfera pública foram deslocando o desempenho da cidadania em direção às práticas de consumo. Foram estabelecidas outras maneiras de se informar, de entender as comunidades a que se pertence, de conceber e exercer os direitos.” Cf. CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 38-39.

215 LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 150.

216 Id. **Cibercultura**. 2.ed. São Paulo: 34, 1999. p. 235.

*informação passou a desempenhar papel muito mais importante do que qualquer outra forma de poder*²¹⁷.

Nesse sentido, Manuel Castells propõe: *é claro que a tecnologia não determina a sociedade*²¹⁸. Aliás, a evolução tecnológica depende de mudanças culturais anteriores para que existam outras motivações favoráveis ao processo produtivo²¹⁹. Todo o processo de inspiração e criação carece dessa efervescência cultural. A tecnologia está condicionada à sociedade porque aquela só prospera mediante a possibilidade ofertada por esta²²⁰. Por isso, é oportuno salientar que as novas tecnologias influenciam no mundo à medida que se transformam em comportamentos culturais²²¹.

O progresso cultural juntamente com a evolução no campo tecnológico, sobretudo na computação, proporcionou, incontestavelmente, o afastamento dos padrões anteriores²²². As interações ficaram mais rápidas, intensas e instantâneas²²³. O conhecimento passou a ser valorizado de forma mais versátil e o sistema social absorve este *conteúdo/saber* não só dos

217 REINALDO FILHO, Demócrito. Prefácio. In: BLUM, Renato M. S. Opice (coord.). **Direito eletrônico**. A internet e os tribunais. Bauru: Edipro, 2001. p. 19-22.

218 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 43.

219 “[...] embora não determine a tecnologia, a sociedade pode sufocar seu desenvolvimento principalmente por intermédio do Estado. Ou então, também principalmente pela intervenção estatal, a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos. Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial, aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em um processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico.” Cf. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 44-45.

220 “As técnicas *determinam* a sociedade ou a cultura? Se aceitarmos a ficção de uma relação, ela é muito mais complexa do que uma relação de determinação. A emergência do ciberespaço acompanha, traduz e favorece uma evolução geral da civilização. Uma técnica é produzida dentro de uma cultura, e uma sociedade encontra-se condicionada por suas técnicas. E digo *condicionada*, não *determinada*. Essa diferença é fundamental. [...] Dizer que a técnica condiciona significa dizer que abre algumas possibilidades, que algumas opções culturais ou sociais não poderiam ser pensadas a sério sem a sua presença.” Cf. LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2.ed. São Paulo: 34, 1999. p. 25.

221 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 58.

222 “A sociedade industrial, causadora da desconstrução do pensamento individualista, sucedeu à sociedade da informação. Os meios de escrita convencionais foram paulatinamente substituídos, a partir da invenção do computador e sua posterior adoção, tanto nas empresas como nas famílias. [...] Não se limita a sociedade da informação, pois, ao computador ou a um direito informático, já que se estende a qualquer meio de comunicação, presencial ou não. Assim, por exemplo: a televisão a cabo, por antena ou via satélite; o *teleshopping*, o *teleshopping* e o *teleworking*; o rádio e o telefone. Assistir à televisão, falar ao telefone, movimentar a conta no terminal bancário e, pela internet, verificar multas de trânsito, comprar discos, trocar mensagens com o outro lado do planeta, pesquisar e estudar são hoje atividades cotidianas, no mundo inteiro e no Brasil. Rapidamente nos adaptamos a essas novidades e passamos – em geral, sem uma percepção clara nem maiores questionamentos – a viver na Sociedade da Informação, uma nova era em que a informação flui a velocidades e em quantidades há apenas poucos anos inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos fundamentais.” Cf. LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 61. 2007. p. 203-229.

223 CASTELLS, Manuel. op. cit. p. 553.

centros produtores, como também das periferias. Os indivíduos, antes postos de lado, ganharam importância porque passaram de sujeitos a atores nesse cenário²²⁴: o indivíduo se percebeu no sistema social. Nesse sentido, Manuel Castells declara:

O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para a geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.²²⁵

Essa recolocação ou reorganização do meio social só proveio decorrente da intervenção Estatal, ao menos de alguma forma. Se o Estado não se abre a mudanças culturais, conseqüentemente, as demais transformações se travam, impedindo o desenvolvimento²²⁶. É evidente que limites precisam ser demarcados para que isso ocorra dentro dos parâmetros de possível digestão do sistema; isto é, não se pode avançar além do que a sociedade consegue suportar, todavia, deve-se buscar as novas possibilidades tanto quanto seja viável.

Enfim, a sociedade em movimento vivo recebe complexidades, absorve aquelas que lhe permitem suas condições estruturais, naquele momento cultural, e apresenta respostas²²⁷. Entretanto, em certas situações, parcela dessas respostas não consegue superar o paradigma implantado, pois elas demandam mais tempo até que sejam habilmente suportadas²²⁸.

O progresso do segmento da computação, com o posterior advento da internet, conduz os indivíduos a outras formas de se perceber no mundo²²⁹ e alcançar uma identidade. Conforme Castells, identidade é *o processo pelo qual um ator social se reconhece e constrói significado principalmente com base em determinado atributo cultural ou conjunto de*

224 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 223.

225 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 69.

226 Ibid. p. 108.

227 LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: Herder, 2007. p. 642.

228 Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 28.

229 “Mudança de paradigmas e transformações sócio-econômicas... A humanidade prossegue a sua marcha, numa sucessão de eventos que se entrelaçam e sobre os quais não se permite uma análise isolada e não contextual, a não ser para os fins meramente didáticos. Toda revolução tem por desiderato a obtenção de poder, seja ele político, social, econômico, religioso... A história tem mostrado que as revoluções quase sempre ocorreram pela convergência dos interesses de um grupo com os reclamos das massas populares, que, aproveitando-se do conseqüente enfraquecimento do governante, lograram êxito em conquistar o poder. E, assumindo o poder, o grupo revolucionário que se valeu da força das massas algumas vezes operou mudanças completas ou parciais, noutras vezes desprezou o povo, pelos motivos mais diversos. Desde o século XVIII até os nossos dias, dentre as inúmeras revoluções sócio-econômicas, uma se tornou incontestavelmente um “divisor de águas” na vida privada, enquanto que uma outra já vem sendo amplamente divulgada, em face da introdução das novas tecnologias. São elas: a revolução industrial e a revolução informacional.” Cf. LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 61. 2007. p. 203-229.

*atributos*²³⁰. Em uma sociedade veloz e de massa, fica mais complexo definir uma só identidade. Contudo, se mostra imprescindível garantir esse reconhecimento não à massa, e sim, a cada indivíduo²³¹.

O ser humano está multi-integrado a esse sistema social que troca informações com os sistemas²³². Existe, em decorrência disso, uma aproximação entre as produções culturais e as forças de produção e isso faz mudar as formas de conviver em sociedade. Pelo fato de tudo ocorrer mais rápido (relacionamentos, processos de aprendizagem, trabalho, produção, consumo, projetos, sonhos, entre outros) torna-se inevitável a ampliação do risco^{233 234}. O tabuleiro de sessenta e quatro casas continua o mesmo, entretanto, o enxadrista não pode ou não quer mais pensar muito. Pois logo à frente, ele poderá até mesmo reviver a jogada por conta do caráter efêmero do meio.

Pensar com essa transitoriedade também não parece acertado o suficiente quando se enfoca o tempo, porque, não raro, será dispensado mais tempo para rever aquilo que foi mal planejado e, por conseguinte, malsucedido. Não se quer abrir mão da velocidade, mas também não se quer assumir o risco. Seriam esses fatores imiscíveis? A grande dificuldade resultante desse fenômeno de adaptação é que os cálculos dos sistemas informáticos são, por sua própria natureza, exatos. De outro lado, as interações humanas não se efetuam da mesma forma que nas matrizes. Daí ser preciso encontrar mecanismos que garantam as expectativas^{235 236 237}.

230 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 43.

231 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89.

232 NUNES DE SOUZA, Sérgio Iglesias. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. Teoria e Prática da Juscibernética ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

233 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 141.

234 Id. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 17-18.

235 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 69.

236 “La problemática social aumenta bruscamente cuando para asegurar estos enlaces temporales hay que introducir determinadas expectativas que ni siquiera corresponden a la realidad y que incluso producen algunos engaños. Quien ya reconoce estas expectativas de antemano debe resolver conflictos sin saber quién participará en ellos y cómo lo hará. La fijación del tiempo prejuzga la toma de partido em la sociedad. La libertad del comportamiento se reduce com anticipación, si no de facto, si en el plano de las expectativas. Quienes por razones personales, (ya sean circunstanciales u objetivas) quisieran actuar em contra de las expectativas, se verían perjudicados de antemano. El derecho discrimina: decide a favor de uno y em contra de otro – y esto em el marco de un tiempo futuro que no puede ser previsto.[...] La referencia temporal del derecho no se encuentra, pues, ni en la vigencia de las normas (que se dividen en variables e invariables), ni em la historicidad inmanente del derecho. Tampoco se encuentra em que la “materia” del derecho – el comportamiento humano – haga presencia em el espacio y em el tiempo. La referencia temporal del derecho se encuentra em la función de las normas: em el intento de prepararse, al menos em el nivel de las expectativas, ante un futuro incierto – genuinamente incierto. Por eso con las normas varía la medida em la que la sociedad produce un futuro acompañado de inseguridad.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 186-187.

237 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 42.

Diante da efervescência de ações, centraliza-se a observação para o ato de consumir, que acompanhando a tendência do instantâneo, da mesma forma se apresenta cingido pelo risco. A transformação cultural rendeu várias mudanças no consumo assim como na produção. As ofertas vinculam-se a uma *parcela* que caiba no orçamento e os bens têm curta duração. Os serviços de conserto custam mais que bens *duráveis* novos e mais modernos e nem mesmo os itens mais caros deixam de ostentar sua descartabilidade. O consumo ficou efêmero²³⁸.

Assim sendo, por mais que as inovações tecnológicas tenham suscitado mudanças culturais e que o ato de consumir tenha se alinhado com a ideia de velocidade, o processo de formação de capital pelos indivíduos marginais do sistema ainda é lento o bastante para divergir essencialmente do novo paradigma cultural²³⁹. O acesso aos bens de consumo, demanda, ao menos para a maioria da população, a escolha de certas alternativas. Em suma, os processos de consumo são velozes; todavia, ainda são freados pelas possibilidades.

Independente do quão abastado seja o indivíduo, seu consumo tende a distanciar-se com um considerável *gap* de suas vontades. Por mais que haja uma superprodução, facilidade de acesso e razoável diminuição de preços, o tempo para decidir ainda é fator a ser ponderado ao planejar o consumo²⁴⁰. Por outro lado, há dificuldade para acumular o capital necessário para dar catarse às vontades do consumir, o que gera atraso ao procedimento.

Isto ocorre não apenas porque acontece uma transformação nos padrões culturais – que leva à instantaneidade das relações²⁴¹, como também porque se desencadeiam efeitos da aceleração nos mais variados campos. É que, no consumo se verifica uma efervescência

238 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 50.

239 “A situação é ainda mais dramática no campo das tecnologias avançadas e das auto-estradas da comunicação: satélites, computadores, fax e os demais meios que administram a informação nas tomadas de decisão e inovações. A subordinação dos países latino-americanos se tornará mais aguda com a eliminação dos poucos subsídios ao desenvolvimento tecnológico local e das tarifas para a produção estrangeira pelos acordos de livre comércio. Uma maior dependência cultural e científica das tecnologias comunicacionais de ponta, que demandam altos investimentos financeiros mas que, ao mesmo tempo, geram inovações mais velozes, nos tornará mais vulneráveis aos capitais transnacionais e a orientações culturais geradas fora da região. Nesta área, o multiculturalismo procede não tanto de tradições históricas diversas, mas da estratificação engendrada pelo acesso desigual dos países e dos setores internos de cada sociedade aos meios avançados de comunicação.” Cf. CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 186.

240 CANCLINI, Nestor Garcia. op. cit. p. 44.

241 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 119.

próxima ao desespero de um dependente químico^{242 243}. Infere-se, pois, que seja absolutamente indispensável dispor de determinados bens jurídicos com fulcro em face de um novo comportamento da sociedade.

Quando se aprofunda a busca para o que está realmente em questão encontra-se, efetivamente, o patrimônio, que está vinculado ao rol dos direitos fundamentais de primeira geração²⁴⁴. Desde os primórdios, o valor atribuído a esses direitos e a implementação de instrumentos que os tutelassem são evidentes em praticamente todas as cartas legais. Daí que, por maior que seja a mudança cultural, não é permitido agarrar-se a este estratagema – compreendendo o consumir como algo efêmero – por entender o consumir como algo volátil e passageiro.

Ressalte-se, porém que, por muito tempo, por mais que houvesse o respeito a esses direitos, a efetivação dessa tutela era desempenhada de forma sofrível²⁴⁵ em virtude dos ideais do liberalismo que, em sentido *lato*, se opunham à intervenção do Estado em certos aspectos conflituosos. Depois da Segunda Guerra Mundial, contudo, as Constituições prestaram proteção a determinados direitos como liberdade e a igualdade:

242 “A produção de mercadorias e o consumismo alteram as percepções não apenas do eu como do mundo exterior ao eu; criam um mundo de espelhos, de imagens insubstanciais, de ilusões cada vez mais indistinguíveis da realidade. O efeito espetacular faz do sujeito um objeto; ao mesmo tempo, transforma o mundo dos objetos numa extensão ou projeção do eu. É enganoso caracterizar a cultura do consumo como uma cultura dominada por coisas. O consumidor vive rodeado não apenas por coisas como por fantasias. Vive num mundo que não dispõe de existência objetiva ou independente e que parece existir somente para gratificar ou contrariar seus desejos”. Cf. LASCH, Christopher. **O mínimo eu**. Sobrevivência psíquica em tempos difíceis. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 22.

243 GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**. Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna. São Paulo : Unesp, 1997. p. 12.

244 “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que são dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. [...] Em suma, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem a fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que lhes tenha sido atribuído, por vezes, conteúdo e significado diferenciados.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46-47.

245 “O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47

[...] no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”, entendida esta num sentido material²⁴⁶.

Dessa forma, a tutela do patrimônio aparece de maneira lapidada quando se transfigura em tutela do consumo. Apesar da revolução gerada pela tecnologia²⁴⁷, que proporcionou certas transformações culturais, não é possível, portanto, pensar o novo consumir como um *déjà entendu*²⁴⁸, ou seja, como algo que não existe. A virtualidade não criou o novo, ela apenas o atualizou²⁴⁹.

A revolução tecnológica, há poucos anos impulsionada pela internet, determinou o surgimento de novos processos de consumo²⁵⁰. Expandiu, de forma clara, o campo da possibilidade de relacionamentos e, conseqüentemente, a sociedade integrou-se a essa atitude, em proporções geométricas²⁵¹. Questiona-se aqui se o brocardo de Ulpiano, *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*²⁵² se constitui cumpridor de efetividade no contexto hodierno. Assim, estaria o Direito acompanhando as complexidades que se desenvolvem na sociedade?

Outrossim, nesse meio, também se apresenta outro fenômeno, denominado

-
- 246 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47-28.
- 247 NUNES DE SOUZA, Sérgio Iglesias. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. Teoria e Prática da juscibernética ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24.
- 248 Forma de ilusão da memória que leva o indivíduo a crer já haver escutado algo que de fato é desconhecido ou novo para si.
- 249 “A palavra virtual vem do latim medieval *virtualis*, derivado por sua vez de *virtus*, força, potência. Na filosofia eclesiástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes.” LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 15.
- 250 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 62-63.
- 251 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 44-45.
- 252 “Podemos, pois, dizer, sem maiores indagações, que o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma *realização de convivência ordenada*, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi Romano, cansado de ver o Direito concebido apenas como regra de comando, concebeu-o antes como 'realização de convivência ordenada'. De 'experiência jurídica', em verdade, só podemos falar onde e quando se formam relações entre os homens, por isso denominadas *relações intersubjetivas*, por envolverem sempre dois ou mais sujeitos. Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade. O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social.” Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2.

globalização ou internacionalização²⁵³, em que os mercados e, por conseguinte o consumo, proporcionam influências recíprocas em todo o globo. A propósito, Nestor Garcia Canclini ressalta que se vive a cultura do efêmero; as criações do homem são elaboradas mediante regras de obsolescência periódica²⁵⁴. Em consequência se pode começar a vislumbrar ao menos uma pequena parte da complexidade inerente à proteção do consumo, em especial na internet.

Nos últimos tempos tem havido empenho em dar prioridade a um neo-liberalismo radical, onde a influência do Estado deve ser cada vez menor sobre as atividades dos particulares²⁵⁵. No entanto, esse tipo de (não) atitude revela complexidades à medida que as relações tornam-se inseguras e voláteis. Com essa postura, é inevitável que os indivíduos fiquem à mercê do interesse privado, sujeitos a toda a sorte de intempéries²⁵⁶. Em virtude disso se faz necessário repensar a cidadania nos moldes do novo paradigma tecnológico para que se encontrem boas respostas ao que pede o tempo, em constante diferenciação. Nesse sentido, Nestor García Canclini declara:

Ao repensar a cidadania em conexão com o consumo e como estratégia política, procuro um marco conceitual em que possam ser consideradas conjuntamente as atividades do consumo cultural que configuram uma dimensão da cidadania, e transcender a abordagem atomizada com que sua análise é agora renovada. A

-
- 253 “Desde pelo menos um terço do século, apesar da agressividade do campo soviético no início do período, o mundo ocidental tomou uma dianteira considerável em quase todos os setores da vida industrial e econômica, onde os Estados Unidos alcançaram uma posição cada vez mais dominante. Impôs-se então uma visão econômica da história, conferindo uma importância cada vez maior aos fatores econômicos e tecnológicos da mudança social. A mundialização dos mercados, o crescimento das empresas transnacionais, a formação de redes (*networks*) cuja importância capital foi sublinhada muito bem por Manuel Castells e a nova eficácia de um sistema financeiro capaz de transmitir as informações em tempo real, a difusão de bens culturais de massa, quase sempre americanos, pela mídia, pela publicidade e pelas próprias empresas, todos esses fatos agora, conhecidos de todos, criaram esta globalização caracterizada ao mesmo tempo, aos olhos de muitos analistas, por uma rápida ampliação da participação nos intercâmbios internacionais e pela influência de um grande capitalismo cujos centros de decisão são o mais das vezes americanos. E o mundo, com efeito, parece doravante dominado por uma expansão quase sem limites do modelo americano.” Cf. TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 28.
- 254 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 42.
- 255 “Apesar destas resistências, o novo modo de modernização, fundado na livre empresa e no papel central do mercado na alocação dos recursos, instalou-se rapidamente por toda a parte. Assim, o controle e a regulação da economia apóiam-se cada vez menos em objetivos ou normas estranhas à economia. Ao longo do último quartel do século XX o Estado intervencionista foi substituído quase em toda a parte (e quase completamente) por um Estado que procura sobretudo atrair os investimentos estrangeiros e facilitar as exportações nacionais, e ao mesmo tempo por empresas que se integram cada vez mais em aglomerados transnacionais e são associadas a redes financeiras que, apoiadas em novas técnicas matemáticas, podem obter lucros importantes da circulação das informações em tempo real. Estas rápidas transformações são a consequência direta de uma internacionalização da produção e dos intercâmbios que vão desembocar na *globalização* da economia.” Cf. TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 29.
- 256 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 73.

insatisfação com o sentido jurídico-político de cidadania conduz a uma defesa da existência, como dissemos, de uma cidadania cultural, e também de uma cidadania racial, outra de gênero, outra ecológica, e assim podemos continuar despedaçando a cidadania em uma multiplicidade infinita de reivindicações. Em outros tempos o Estado dava um enquadramento (ainda que fosse injusto e limitado) a essa variedade de participações na vida pública; atualmente, o mercado estabelece um regime convergente para essas formas de participação através da ordem do consumo. Em resposta, precisamos de uma concepção estratégica do Estado e do mercado que articule as diferentes modalidades de cidadania nos velhos e nos novos cenários, mas estruturados complementarmente.²⁵⁷

Houve, portanto, mudanças culturais decorrentes do acesso à informação, sobretudo aquelas decorrentes da utilização da internet como ferramenta de integração²⁵⁸. Esses novos olhares, quando voltados para o consumo, propuseram uma abertura de possibilidades para o sistema²⁵⁹. O fenômeno de comunicação, anteriormente focado aos ramos de possibilidade dos indivíduos eram essencialmente locais; hodiernamente, todavia, passam a ser globais²⁶⁰.

O consumo, nessa perspectiva, amplia-se para além fronteiras da comunidade, da cidade, do estado e também do próprio país²⁶¹. Isso, sobretudo pela abertura da internet para o uso civil. A informação percorre mais caminhos com esta ferramenta que dinamizou o uso do telefone²⁶². Cedem, no empuxo do fenômeno informacional, posturas culturais mais distantes (e por que não dizer exóticas) que, por conta da velocidade, irromperam as fronteiras e, como um cometa, trouxeram em sua cauda o risco decorrente das novas complexidades.

A informação se distribui por variados envólucros, percorrendo os campos do conhecimento e atuação humana²⁶³ e, com cristalina intervenção na figura do consumo, imerge-se no *status* cultural de uma comunidade, devassando todas as perspectivas existentes *ex ante*, motivo que clama por uma interpretação atualizada. Essa adaptabilidade proporcionada pelas mídias comunicativas²⁶⁴, em geral e, definitivamente, pela ação da internet²⁶⁵, se mostra relevante.

A precipitação desses novos sugestionamentos para o consumo faz surgir, portanto,

257 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 37.

258 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 119.

259 LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 61. 2007. p. 203-229.

260 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 33.

261 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 303.

262 PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

263 BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 58. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37)

264 CANCLINI, Nestor Garcia. op. cit. p. 62.

265 CASTELLS, Manuel. op. cit. p. 442.

uma identidade desapegada ao ideário local e customizada por moldes mundiais²⁶⁶. Nesse diapasão, há que se questionar se estariam os Estados aptos a suportar as consequências de tais novidades no comportamento social, em especial nos setores econômico e jurídico.

Manuel Castells descreve a mudança do paradigma econômico – decorrente da revolução tecnológica – que se desenvolve e se auto-recria fundada, essencialmente, na mudança cultural permitida pela sociedade:

Surge uma economia em rede profundamente interdependente que se torna cada vez mais capaz de aplicar seu progresso em tecnologia, conhecimentos e administração na própria tecnologia, conhecimentos e administração. Um círculo tão virtuoso deve conduzir à maior produtividade e eficiência, considerando as condições corretas de transformações organizacionais e institucionais igualmente drásticas.²⁶⁷

Seja num comportamento intervencionista ou liberal do um Estado, dentro do sistema capitalista, qualquer nova inserção de postura (produto) que possa gerar renda e ampliar possibilidades se mostra interessante ao passo que fomenta a troca de recursos e termina por contribuir para o crescimento de oportunidades em determinada sociedade. Se no campo da economia pode ser assim, nem tanto o é diante da perspectiva jurídica.

Para além dos resultados e índices positivos, o meio jurídico precisa atuar como garantidor^{268 269}, ou seja, mantenedor de uma conceituação organizacional. Assim é que nem todo foco de luz irradia indícios de possibilidade para a ordem do Direito. Há uma procura geral, evidente, para dar vasão ao que preleciona o anseio econômico, pois se apresenta como necessidade resguardar as expectativas atreladas a esse campo. Todavia, ao mesmo tempo que isso é expansão, também é limite. Portanto, nem todas as novas ideias são suscetíveis de imiscuir-se em ambos os elementos (jurídicos e econômicos)²⁷⁰.

O filtro limitador da hipertrofia decorrente das alterações sociais se centra, em maior volume, no que permite a ordem jurídica. Verifica-se, então, a presença de complexidades em incontáveis e incontroláveis números. Presume-se, naturalmente, que exista o risco, o qual dará às interações um caráter de instabilidade²⁷¹. Com fulcro no intento de reduzir diferenças

266 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 33.

267 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 120.

268 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75). p. 115.

269 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 19.

270 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 68.

271 “Ningún sistema es capaz de controlar por sí mismo todas las causas de su existencia. En todo lo que existe y en todo lo que acontece, hay siempre algo más de lo que puede presuponerse y, finalmente, el mundo se encuentra implicado y comprometido en todo.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**.

entre expectativas não haverá instrumento mais pertinente e eficaz que a confiança nesse meio²⁷².

Nesta senda, a confiança se constata quando houver experiências de ação ratificadas ao longo do tempo²⁷³. Entretanto, em um mundo hipercomplexo e, sobretudo, veloz, criar essas formas de vínculo se constitui hercúlea tarefa. Além do mais, confiar não pode ser interpretado como um ato de supressão do risco futuro, mas sim, necessitar-se-á operar como se o que está por vir fosse certo, estável, confiável²⁷⁴.

Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 104-105.

- 272 “[...] la confianza reduce la complejidad social yendo más allá de la información disponible y generalizando las expectativas de conducta en que remplaza la información que falta con una seguridad internamente garantizada. De este modo, es dependiente de otros mecanismos de reducción desarrollados paralelamente con ésta, por ejemplo los de la ley, de la organización y, por supuesto, los del lenguaje, sin embargo, no puede reducirse a ellos. La confianza no es la única razón del mundo; pero una concepción muy compleja y estructurada del mundo no podría establecerse sin una sociedad definitivamente compleja, que a la vez no podría establecerse sin la confianza.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza.** Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 164.
- 273 “La formación y la consolidación de la confianza está por lo tanto relacionada con los prospectos futuros, de lo que es en cualquier tiempo dado el presente. Es un intento para concebir el futuro, todas las orientaciones concebidas indirecta y tortuosamente que abarcan un largo plazo, permanecen problemáticas desde el punto de vista de la confianza.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza.** Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 21-22.
- 274 “El que tiene esperanza simplemente tiene confianza a pesar de la incertidumbre. La confianza refleja la contingencia. La esperanza elimina la contingencia.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza.** Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 41.

2 CONFIANÇA, RISCO E COMPLEXIDADE

2.1 Sobre a confiança no Sistema

A confiança é um elemento necessário para a vida social²⁷⁵. O indivíduo que vive em sociedade precisa confiar em algo para que possa se perceber até mesmo nas menores dimensões de consciência²⁷⁶. É com base na confiança que se vai por limites nas regras de conduta para que haja um relacionamento suficientemente aproveitável dentro do universo onde a pessoa se encontra.

Tal universo é composto por outros indivíduos e todos se relacionam entre si, influenciando para mais ou para menos o modo de decidir e, por conseguinte, do agir de cada um. Nesse sentido, a confiança surge como parâmetro ou mesmo como filtro, para encontrar, dentre as alternativas que são disponibilizadas, aquelas que se revelam mais adequadas para aquele momento, dentro daquele meio ou sistema²⁷⁷.

Esse indivíduo, inserido em um sistema, precisa, quase que a todo o instante, tomar decisões. Constantemente lhes são apresentadas inúmeras alternativas; dentre elas, precisará eleger uma para dar um passo adiante. Porém, feita a opção, poderá perceber retrocesso, situação estática ou avanço²⁷⁸. Assim, a conclusão primeira é que se avalia como ignorante à medida que não pode prever com certeza ter feito a melhor escolha. Com o fulcro de combater essa insegurança em um sistema hipercomplexo, esse indivíduo precisa de instrumentos que reduzam as complexidades; e a confiança vem em seu auxílio²⁷⁹.

Quando balizado por esses parâmetros, o ser passará a estabelecer normas que lhe possibilitem interagir mais a mais com o meio onde se insere²⁸⁰. Abrem-se novas possibilidades, como também surgem novos elementos complexos, os quais, não raro,

275 “La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 5.

276 Id. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 188-189.

277 “Tal es la razón de que los aumentos adicionales de complejidad requieran de nuevos mecanismos para la reducción de la complejidad; por supuesto, sobre todo el lenguaje y por la autoconciencia reflexiva que actúan como mecanismos de generalización y selectividad.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 11.

278 “El hombre tiene la capacidad de comprender el mundo, puede ver alternativas, posibilidades, darse cuenta de su propia ignorancia y puede percibirse como alguien que debe tomar decisiones.” Cf. LUHMANN, Niklas. loc. cit.

279 “[...] la confianza (*Zutrauen*) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas [...]” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 5-6.

280 “[...] la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 6.

procedem de outros elementos para serem superados²⁸¹. Vislumbra-se aqui uma andaimaria²⁸² no processo de construção do conhecimento visando a redução de complexidades.

No momento em que o indivíduo passa a prever determinadas respostas frente a suas ações, estará criando expectativas, mediante a confiança que possui em razão direta do seu conhecimento²⁸³. Quanto mais houver confiança a respeito de uma dada situação ou objeto, mais ampliadas serão as possibilidades de ação²⁸⁴. Aqui também é mister mencionar as questões de tempo, pois a confiança oriunda de experiências anteriores pode ter o poder de descortinar melhores alternativas.

Outrossim, o criar expectativas com base confiança relaciona-se com o tempo quando antecipa o futuro, à espera de uma resposta ao anseio que se presume²⁸⁵. Confiar estabelece uma relação direta com o tempo: quanto mais um ato se repete no tempo, tanto mais confiável será a sua repetição²⁸⁶. O mais íntimo dos caracteres do tempo é sua inexorabilidade, praticamente uma complexidade reduzida. Confia-se no tempo, porque ele é certo. Transversalmente, quando se confia, supõe-se um resultado que seja assim como o tempo: certo.

Todavia, a confiança é algo a se aplicar no momento presente, pois confiar no futuro é incerto em face das mudanças que poderão ocorrer²⁸⁷. Quanto ao que houve no passado, não há mais o que fazer, afinal, como já se aduz das linhas anteriores, o implacável tempo já apagou o que aconteceu; faça-se, no entanto, uma ressalva a respeito do passado: as decisões tomadas em tempos anteriores sugerirão as expectativas que se ligarão ao presente.

A confiança, nessa senda, serve como um filtro de incertezas totais. No mínimo, o

281 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 202-203.

282 A andaimaria (*scaffolding*) é um conceito – utilizado na Psicologia da Aprendizagem – que faz analogia com a necessidade do uso de andaimes indispensáveis para o crescimento vertical e especializado do conhecimento, que se desenvolve paulatinamente, conectado com aprendizagens anteriores, formando assim uma cadeia de saberes. Cf. DEL RÍO, Amelia Alvarez Pablo. Educação e desenvolvimento: A teoria de Vygotsky e a Zona de Desenvolvimento Próximo. In: COLL, César; PALACIOS, Jesús; MARCHESI, Alvaro. **Desenvolvimento psicológico e educação: psicologia da educação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. v.2. p. 101.

283 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 159-160.

284 “Donde hay confianza hay aumento de posibilidades para la experiencia y la acción, hay un aumento de la complejidad del sistema social y también del número de posibilidades que pueden reconciliarse con su estructura, porque la confianza constituye una forma más efectiva de reducción de la complejidad.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 14.

285 “[...] el tema de la confianza implica una relación problemática con el tiempo. Mostrar confianza es anticipar el futuro. Es comportarse como si el futuro fuera cierto.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 15.

286 “Una teoría de la confianza presupone una teoría del tiempo [...]. Tienen que ver con la relación entre la temporalidad y la diferenciación del sistema y el entorno.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 16.

287 Ibid. p. 25-26.

confiar torna ligeiramente menos instáveis as expectativas; as complexidades não se mostram tão indeterminadas. Por esse motivo, não se admite a presença de mecanismos cartesianos para a avaliação das expectativas de futuro. A incerteza é parceira constante até o ato ser sugado pelo tempo e tornar-se passado. Segundo Luhmann: *El pasado no tiene otras posibilidades; este es siempre complejidad ya reducida*²⁸⁸. A confiança, a partir da perspectiva do tempo, se apresenta tão-somente como um divisor de águas que, no mínimo, atenua os riscos inerentes às expectativas dos atos futuros.

A relação entre tempo e confiança transfigura-se, dentre outros vieses, num relacionamento baseado na experiência. Aquele que experiencia, atuou em determinada situação e passou a conhecer melhor tal vivência, desenvolveu uma intimidade, uma familiaridade com a ação. Experiências remetem a atos pertencentes à história (passado). Em razão do ato do passado ter complexidade reduzida, deflui-se que as experiências têm seguimento quando se busca a redução de complexidades²⁸⁹.

Ao longo da ação temporal, a confiança vai se firmando a partir de práticas exteriorizadas. Assim, mediante a passagem do tempo, a congruência entre expectativas tende a ser repetida à medida que um indivíduo confia que o outro, porque já realizou determinado ato anteriormente, terá a capacidade para reduzir as complexidades que se vislumbram no presente para alcançar tal objetivo.

Destaque-se, entretanto, que o ato de confiança não se confunde com um ato isento de risco. Quando se confia, reduzem-se, muitas vezes de forma drástica, os elementos que podem se ligar ao risco. Porém, por mais que haja confiança não se pode ter a certeza no que concerne à congruência de expectativas e consequente redução de complexidade. Confia-se em algumas perspectivas quanto ao ato e não no ato em si:

En otras palabras, cualquiera que confía tiene que estar preparado para aceptar los riesgos que implica. Debe tener en claro aunque sea solamente para tranquilizarse, que no está confiando incondicionalmente, sino más bien dentro de límites y en proporción a expectativas racionales y específicas. Es él mismo que debe poner freno y control cuando pone su confianza en alguien o algo.²⁹⁰

Aquele que confia, acredita de modo pio em determinada realidade; da mesma forma, confia quem aguarda de modo mais moderado; como também confia o agente que chega até

288 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 32.

289 “[...] la familiaridad y la confianza deben buscar una relación nueva y que sea recíprocamente estabilizadora, la cual ya no se basa en un mundo inmediatamente experimentado, asegurado por la tradición y muy a mano.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 34.

290 Ibid. p. 49-50.

mesmo a seguir determinado comportamento por mais que haja uma contingência, assumindo um correspondente risco, esperando que ele não ressurta. A confiança pode se dar em vários níveis, portanto.

Destarte, infere-se que por mais que a confiança surja como ferramenta redutora de complexidade de extrema importância, ela não será suficiente. O risco é inevitável. Com isso, pondera-se que na maioria dos sistemas ou situações, se patenteia a possibilidade de suportar esse risco inerente quando se tem como base a confiança²⁹¹. A partir desse apontamento, pode-se questionar até que ponto seria suportável tal risco frente à perspectiva da confiança.

Quando se confia, cria-se um imaginário próprio do ser confiante. Isto é, não há um "confiômetro"; o indivíduo, a partir de seu entendimento, elege determinados parâmetros que o conduzem a compreender que algo pode ser ou não merecedor de confiança. A análise fica sempre por conta do intérprete, aberta a toda sorte de possibilidades. Tal interpretação carece de informação, proveniente do fenômeno comunicacional. Daí se aduz que a atribuição de confiança depende do tipo ou conteúdo da informação que se tem²⁹².

A confiança é notada por intermédio de manifestações humanas, ou como Luhmann aponta, por comunicações²⁹³. No sentido que se pretende, assim a comunicação se decompõe:

(a) sujeitos – emissor e receptor –, sendo que a máquina não é, em si mesma, nem emissora nem receptora, mas apenas o canal pelo qual circula a informação, uma vez que a informação por ela emitida somente se produziu porque uma pessoa a programou para tanto; (b) mensagem; (c) o código, que é a linguagem em que o conteúdo conceitual, isto é, a mensagem, é traduzido a fim de que possa ser transmitido ao receptor da informação; (d) o canal, que corresponde ao “meio físico-ambiental que faz possível a transmissão de uma informação ou de uma mensagem”, ou seja, “(...) é todo o suporte material que veicula uma mensagem desde um emissor a um receptor através do espaço e do tempo”, e (e) o contexto, que é o entorno físico ou de situação, podendo apresentar diversas formas, entre outras, idade, sexo, saúde, religião, raça, nível educativo, nível socioeconômico, profissional e cultural do emissor e do receptor, os conhecimentos tecnológicos e a escolha do canal, uma vez que o poder de selecionar um canal, isto é, o meio físico-ambiental no qual se transmite a informação, tem influência decisiva²⁹⁴.

A informação advinda nesse processo nem sempre é pura. Não raro, vem mascarada por condicionantes que pelem introduzi-la como verdade, quando às vezes não se apresenta como tal. Ou seja, a informação também carrega o vírus do risco, que pode se manifestar ou não, quando se constrói essa verdade. Por essa razão, quando se avalia uma informação,

291 “Por medio de la confianza, el que confía se alivia él mismo de la complejidad que no puede soportar.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad), p. 110.

292 GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A informação ao consumidor e a responsabilidade civil solidária. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 38. 2001. p. 290-297.

293 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 90.

294 BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37) p. 37-39.

igualmente é necessário que se confie nela para daí confiar no ato que se questiona²⁹⁵.

No caminho da informação, há que se destacar a relevância do papel emissor. O receptor tende a depositar fé na informação que procede de um emissor que lhe parece confiável. O ato de confiança é um ato de vontade e, como já se asseverou, não existem garantias, apenas riscos²⁹⁶. Por essa razão, quem avalia a informação tende a se apoiar em múltiplos fatores com a finalidade de encontrar a alternativa onde os riscos serão minimizados ou até mesmo superados.

O indivíduo que faz essa avaliação terá como base elementos do passado que conduzirão ao seu decidir²⁹⁷. Entretanto, em algumas ocasiões, não haverá possibilidade para haver um passado. Daí que experiências anteriores, nem sempre conexas, se apresentarão durante a interpretação para que o agente possa selecionar as alternativas e escolher a que lhe parecer melhor, mediante a aplicação do filtro confiança.

Quando essas experiências não trazem elementos suficientes para que a informação no processo comunicacional se a tenha digna de confiabilidade, o indivíduo precisará de outros meios que lhe garantam suas expectativas. Aqui se pode mencionar a lei como instrumento pacificador²⁹⁸. Em sistemas extremamente complexos, a confiança não conseguirá suportar sozinha tamanha complexidade²⁹⁹.

Com a lei, além dos determinantes advindos de experiências passadas, tem-se um elemento coercitivo que permitirá uma forma de poder quando se reduzem as complexidades. A lei detém força, elemento que a confiança, por si só, não garante. Por existir essa

295 “A fim de que a informação cumpra seu papel de fazer chegar ao conhecimento do receptor algo por ele desconhecido, novo, faz-se necessária a observância de alguns requisitos, a saber: clareza, precisão, completude, veracidade e compreensibilidade. [...] Veraz é a característica da informação que corresponde à verdade daquilo que se pretende dar a conhecer ao outro. É a correspondência entre o que se quer fazer saber e a realidade objetiva.” BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 60-61.

296 “[...] o mercado da oferta parece-nos comandar o da procura em certa medida, uma vez que, sendo detentor dos meios de comunicação, das informações e de mecanismos cada vez mais modernos de propaganda e publicidade, faz chegar ao público a ideia da necessidade e da conveniência da aquisição de produtos e serviços postos à disposição no mercado de consumo.” BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 66.

297 “Pero aparte de ser sólo una inferencia del pasado, la confianza va más allá de la información que recibe del pasado y se arriesga definiendo el futuro. [...] El actor une su futuro en el presente con su presente en el futuro.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 33.

298 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 77.

299 “[...] la ley y la confianza se mantienen aparte una de otra también en sus bases motivadoras. La conformidad con la ley se puede motivar por medio de la sociedad sólo indirecta e impersonalmente y puede garantizarse solamente con la ayuda de un "medio final", es decir, la fuerza física. La confianza, por el contrario, se apoya en las fuentes motivadoras de una naturaleza diferente, tal como la habilidad personal para enfrentar los riesgos o una prueba concreta.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 57.

possibilidade, poder-se-ia afirmar até mesmo que a confiança passou a ser fator que é permitido desconsiderar, uma vez que há uma lei para garantir expectativas.

Todavia, dentro do sistema social, sabe-se que a lei não é um elemento suficientemente eficaz, se aplicado de forma isolada, sobretudo porque não é percebida de forma cartesiana. Advoga-se segundo diferentes teorias e avalia-se mediante a aplicação, por mais que não seja reconhecida de plano, de prévios conceitos. Enfim, só se permitiria confiar na lei se o sistema que a relaciona à sociedade fosse incontestavelmente confiável³⁰⁰. Como se trata de seres humanos e não de máquinas perfeitas, não se devem desconsiderar as contingências inerentes à situação.

Sendo assim, encontram-se os indivíduos rodeados pelo risco³⁰¹; seja por não existir uma maneira sólida de se determinar a confiança³⁰², seja também por ser questionável a lei, haja vista que esta não demonstra ser instrumento absolutamente eficaz para o *decisum*³⁰³, apesar dos seus meios de coerção. Neste quadro, sobriariam então as consequências provenientes da atuação em contrariedade com a confiança e a lei.

As sanções que decorrem da incongruência de expectativas configuram um último recurso frente às incertezas das relações³⁰⁴. Há que se ter responsabilidade pela quebra do vínculo³⁰⁵; pois, para além dos prejuízos restritos ao fato, existem consequências desmembradas, que influenciam no próprio indivíduo e no modo como o sistema percebe esse indivíduo. Daí a necessidade de se proteger as expectativas criadas.

Se a confiança e a lei não podem controlar as situações, não haveria por que se falar em possibilidades, pois o risco se tornaria elevado que seria inviável a convivência³⁰⁶. Nesse cenário de caos em potencial, ao indivíduo resta, tão-só, crer que o outro indivíduo não desenvolverá uma ação tão discrepante do comportamento que vem apresentando. Afinal, seria extremamente complexo viver em sociedade não respondendo às expectativas previstas de uma forma minimamente razoável.

Decorrente da criação de elementos de confiança, pode-se afirmar que se aproxima

300 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 19.

301 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 250.

302 Id. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 96.

303 Ibid. p. 59.

304 “El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los engaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 188-189.

305 “Está especificamente em causa o pensamento de que a frustração da confiança de outrem é susceptível de conduzir à obrigação de indemnizar.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 75.

306 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 65.

dos indivíduos um maior número de possibilidades prováveis ou uma menor chance de se desenvolver o risco³⁰⁷. Com a existência de consistentes demonstrações de confiabilidade, os atores se tornam aptos a superar os perigos inerentes às ações onde estão presentes riscos, assim se relacionarão mais e, conseqüentemente, produzirão mais, elevando as contingências e as complexidades inerentes às interações do sistema social³⁰⁸.

Neste contexto, verifica-se que a confiança gera novas possibilidades; estas, por seu turno, se transformam em complexidades e então surgem outras chances de se estabelecerem conexões de confiança, pois cada novo risco que se apresenta traz consigo uma possibilidade de solução, de redução de complexidade. Tais superações criarão passado e, por conseguinte, experiência, que atua como fator determinante para que o vínculo da confiança se forme³⁰⁹.

No processo de criação da confiança são os pequenos atos que abrirão caminho para novas comunicações, pouco a pouco, mais complexas, permitindo interações antes não imaginadas e agora plenamente realizáveis, mediante a retribuição congruente de expectativas. Assim, como afirma Luhmann: *la confianza emerge gradualmente en las expectativas de continuidad, que se forman como principios firmes con los que podemos conducir nuestras vidas cotidianas*³¹⁰. Destarte, determina-se o cumprimento de provas, gradualmente elaboradas, que conduzirão a um patamar mínimo aceitável de garantias e segurança, visando estabelecer uma generalização com risco minimizado.

Deduz-se, portanto, que para se alcançar aquilo que é ou não digno de confiança, se faz preciso caminhar, de maneira marginal, ao longo de expectativas, risco, contingência e tempo, graduados proporcionalmente e integrados uns aos outros. O enfrentamento de um mundo extremamente complexo pressupõe uma multiplicidade de processos de seleção, íntima e intensamente relacionados, que poderão conduzir o indivíduo a superar os desafios impostos pelo risco³¹¹.

Para dar seguimento a essa interação, depende-se de um meio de ligação próprio, que permitirá aos indivíduos estabelecer os vínculos necessários ao convívio social: a comunicação³¹². Quanto mais houver comunicação, mais se buscará incluir indivíduos nesse

307 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 67.

308 Id. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 83.

309 “Donde hay confianza hay aumento de posibilidades para la experiencia y la acción, hay un aumento de la complejidad del sistema social y también del número de posibilidades que pueden reconciliarse con su estructura, porque la confianza constituye una forma más efectiva de reducción de la complejidad.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 14.

310 Ibid. p. 41.

311 Ibid. p. 12-16.

312 “El proceso de comunicación formalmente organizado se transforma en el conductor de transferencias

processo e, deste modo, aumentar-se-á a complexidade. Para Luhmann: *La reproducción de los sistemas comunicativos, sólo es posible por medio de la comunicación y ésta – para asegurar la capacidad de conexión – exige una continua reducción de la acción*³¹³.

Entretanto, nesse fenômeno comunicativo, deve existir um mínimo de verdade. Somente haverá confiança onde houver verdade³¹⁴. Por menor que seja a demonstração dessa verdade, ela terá validade a ponto de fornecer o mínimo de garantias frente ao risco. Dessa maneira, as comunicações darão vazão a um interagir constante, retroalimentado³¹⁵, que mais a mais se apresenta rico em complexidades.

Tais relações, envolvendo a confiança, conduzem a um sistema mais evoluído. Se existem complexidades e se também essas são reduzidas ao longo do tempo, haverá uma hipertrofia do sistema, que proporcionará força e poder para absorver mais e mais cargas. Em virtude de o sistema ser complexo e de surgirem, a todo o instante, desafios ainda não solucionados, há que se valorizar a confiança nesse meio. Com mais segurança nas trocas de comunicação, aumenta-se a capacidade de reduzir complexidades e se alcançará evolução em progressão geométrica³¹⁶.

Em razão do crescimento das relações do sistema prolongarem-se vertiginosamente, mediante aplicações de confiança no processo comunicativo, as interações retroagem a partir do instante em que as expectativas não são correspondidas³¹⁷. Ou seja, comunicações não munidas de confiança não só esmorecem como também bloqueiam as relações do sistema. Disso se deduz a necessidade de preservar a constância das comunicações no sistema, para que este não venha a se atrofiar.

Outrossim, além dos elementos pertinentes ao próprio sistema determinarem um aprofundamento em relação à confiança, os sistemas também interagem com outros aspectos com capacidade de reduzir complexidades. Estender-se-á a marcha pela via da confiança ao primeiro momento, não só por ela, mas com ela e demais outros sistemas por onde transita o

sociotemporales y es precisamente el movimiento de un procedimiento el que justifica el no movimiento de otro.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 84-85.

313 LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 123.

314 Id.. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 43.

315 “Os sistemas que se reproduzem sob a base de acontecimentos autoproduzidos (selbstproduziert), sob a ótica de operações modificáveis de momento em momento, então, nenhuma permanência pode haver independentemente de suas operações. Os sistemas autopoieticos são conjuntos processuais que vivem numa *continuidade de confirmações generalizantes*.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 105.

316 LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 123.

317 Ibid. p. 105-106.

indivíduo. Diz-se, então, que o ator do sistema se valerá de experiências similares não só na ação de que participa como também e, principalmente, em outros casos em que protagonizou ou teve conhecimento³¹⁸.

Daí se compreende por que a confiança não se constrói ou se entende isoladamente. Pelo contrário, ela advém de momentos desconectados com o caso em que se encontra, mas liga-se à medida que compõe o quadro de experiências do indivíduo quando participa do mundo hipercomplexo em que está inserido³¹⁹.

Diante dessa proposta, o indivíduo precisará ainda considerar os canais de interação nas comunicações que levam ao ato de confiar. Não basta que algo se apresente confiável se essa demonstração se deu por intermédio de um canal que não é interessante à relação que se estabelece. Exemplificando: não é porque um indivíduo contribui com sua comunidade religiosa que ele necessariamente será bom pagador em seus negócios; ou ainda, não é porque uma mulher usa roupas longas e discretas que ela terá um comportamento moralmente sóbrio. Por isso, é mister que as comunicações se encaminhem mediante canais de conhecimento comuns, que possam abrigar interesses comuns quando se quer construir e reconhecer a confiança entre os atores do sistema social. Não se pode esquecer, como aduz Luhmann que *la confianza sigue siendo una empresa arriesgada*³²⁰.

Com as sintonias entre os canais comunicativos, os indivíduos tendem a conectar suas expectativas de maneira mais eficiente, pois se valem de uma mesma "linguagem de interesse". Havendo linguagem e conteúdo conhecidos por ambas as partes, desabrocha a confiança nesse meio e conectam-se as expectativas, de maneira mais segura e com resultado previsível: eis o que se quer.

Existem, porém, canais de comunicação onde não há efetiva necessidade de se depender da confiança para se alcançar determinada resposta. Há linguagens que detêm tanto poder que, apesar dos riscos inerentes ao processo comunicativo, conectam-se às expectativas almejadas, com pouca ou nenhuma relevância referente à influência da confiança naquela interação. Riscos se apresentam minimizados e confia-se em não confiar. Quase se domina o

318 “Por una parte, puede basarse en el hecho de que el objeto de la confianza cumple con una función indispensable para la estructura interna: el procesamiento de la experiencia.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 43.

319 “Já que não se pode participar diretamente da consciência de outras pessoas, a expectativa de expectativas só é possível através da mediação de um mundo em comum, no qual estão igualmente fundamentadas todas as expectativas. É nesse mundo das coisas, dos eventos, das ações visíveis e dos símbolos para o invisível, que se apresentam a referência intencional da experiência aos outros, e ao mesmo tempo outras possibilidades de experiências próprias. Ele ordena o acesso seletivo a outras possibilidades de experiência, e é nessa medida que ele possui sentido.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 28.

320 Id.. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p.43.

risco e as incertezas inerentes ao futuro³²¹.

Um desses canais de comunicação com poder superior é, v.g., o dinheiro. Por mais complexo que seja o projeto, quando há dinheiro, o risco é reduzido drasticamente:

Quien tiene dinero no tiene necesidad, en ese aspecto, de confiar en otros. En consecuencia, la confianza generalizada de la institución del dinero remplace, a través de un acto exhaustivo, las innumerables y difíciles demostraciones de confianza que serían necesarias para proveer un fundamento seguro para la vida en una sociedad cooperativa.³²²

Todavía, por mais que haja canais que possam suplementar a necessidade de confiança, nenhuma outra linguagem possui tamanho poder quanto a verdade. Quando existe verdade, existirá confiança e até se poderia ignorá-la porque o verdadeiro, *per si*, basta³²³. Todavía, a verdade absoluta raramente ocorre. O que importa é o discurso e sua validade dentro daquele momento cultural por onde transita a sociedade³²⁴.

Quando o indivíduo dispõe de dinheiro, ele não precisará sopesar com cautela os riscos. Confia-se no dinheiro. Não optará por meios prolongados para acessar suas expectativas; ele pagará pela minimização do risco. Por exemplo, se quiser comprar um bólido europeu, com características exclusivas, não o adquirirá mediante facilitadores de crédito; o agente viajará até a fábrica e acompanhará pessoalmente a produção de seu carro, depois o transportará de forma expressa até o país onde habita e pagará todas as taxas que forem necessárias para usufruir seu bem. Neste caso, o dinheiro reduzirá todos os riscos inerentes ao consumo.

Diante disso, para além das expectativas frequentemente ocorrentes entre os indivíduos, a confiança também pode se construir de uma forma impessoal, agarrada a fatores do sistema onde se inclui a relação estabelecida, v.g., o dinheiro. Se as informações

321 Id. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 200-201.

322 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 88.

323 “La verdad es el medio que actúa como el portador de la reducción de la complejidad intersubjetiva. La confianza solamente es posible donde la verdad es posible, donde la gente puede llegar a un acuerdo acerca de alguna entidad dada que es obligatoria para una tercera parte. La verdad facilita este entendimiento y, deste modo, la reducción de la complejidad con la suposición de que la tercera parte también consideraría su posición como correcta.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 88-89.

324 “O problema é que a verdade, em si, não existe, que o objeto *verdadeiro* não existe. Por isso, buscam-se critérios discursivos (exteriores) de verdade para a observação da realidade e que possam ser confirmados, ou não, via experiência ou lógica matemática. Portanto, a verdade, como se discute tradicionalmente, se perde em um discurso, que descreve um objeto, analisando se *este* discurso poderá ser verdadeiro ou falso, e não o *próprio* objeto. Ninguém mais se preocupa com a essência dos objetos e das coisas, mas com o discurso. Pode-se discutir se o discurso é verificável, ou não, sobre o que, na essência, se está dizendo. Desloca-se a discussão da verdade das coisas para o sentido de um discurso sobre alguma coisa.” Cf. ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 23.

desenroladas no processo comunicativo dentro e fora do sistema derem estabilidade às expectativas dos indivíduos, mediante uma linguagem comum, pode-se então verificar a possibilidade de surgir a confiança nesse meio³²⁵.

Aduz-se que a confiança se apresenta como fator deveras relevante para as relações dos atores do sistema social. Todavia, ainda não se promoveu uma estratégia ideal para conquistá-la. Primeiramente, há que se considerar que a confiança não está restrita ao agente; ela é impessoal e se posiciona próxima à ação do indivíduo dentro do sistema social. Seus atos se transformam em referência para um futuro incerto, porém, provável³²⁶.

Para se ganhar confiança, o ator do sistema social precisará dar congruência às expectativas que gerou sobre si mesmo frente aos anseios que despertou no outro ator mediante o procedimento de interação, em busca de satisfação³²⁷. Se, por exemplo, a jovem flerta com o rapaz e há interesse mútuo, ele confia que não será rejeitado ao se aproximar; ou ainda, se o indivíduo avista em uma loja a inscrição "liquidação", confia-se que comprando ali, estará economizando e, conseqüentemente, promovendo a escolha adequada.

A percepção da confiança também se verifica, destarte, quando o agente mantém fidelidade à identidade que apresentou, repetindo suas ações pelo tempo³²⁸. De forma contínua, esse estado de confiança pode se estender para outros atores próximos do primeiro, e, nesse contexto, este último é reconhecido a ponto de emprestar confiança aos demais agentes que o cercam. Com isso, o indivíduo que detém mais confiança consegue gerar maiores índices de confiabilidade aos que o acompanham e, por fim, tem até mesmo a possibilidade de influenciar outros agentes ao ampliar o conjunto de expectativas. Exemplos disso se percebem na religião: quando se atribui confiabilidade ao líder espiritual de um grupo, essa característica estende-se àqueles que o assessoram em seu contato público; ou também numa empresa, quando o sócio-presidente outorga poderes aos executivos para atuarem em prol do interesse do grupo.

325 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 51.

326 “[...] la confianza se orienta al futuro. Por supuesto que la confianza solamente es posible en un mundo familiar; necesita a la historia como trans fondo confiable. No se puede dar confianza sin esta base esencial y sin todas las experiencias previas. Pero aparte de ser sólo una inferencia del pasado, la confianza va más allá de la información que recibe del pasado y se arriesga definiendo el futuro. La complejidad del mundo futuro se reduce por medio del acto de la confianza. [...] El actor une su futuro en el presente con su presente en el futuro.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 33.

327 “Adquirir confianza personal significa quitar las expectativas estandarizadas, por decirlo así, de nuestro semejante y remplazarlas con aquellas que solamente él, como personalidad individual, con su estilo único pueda garantizar la satisfacción.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 108.

328 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 104.

Desse modo, a confiança serve como catarse frente às complexidades do mundo³²⁹. O ator do sistema garante expectativas por intermédio da confiança. Qualquer um que faça mau uso desse capital termina por arcar com consequências que injetarão mais risco nas relações que venham a se desenvolver no sistema. Desprovido de confiança, o ator terá como parâmetro apenas as informações que lhe são conhecidas, sem graduação alguma de valores nesse sentido. Comunicações acontecem, não se sabendo, porém, o quanto representam em termos de verdade³³⁰.

Nesses moldes, constata-se que a confiança trata de matéria indispensável ao indivíduo, seja quando se relaciona com outros ou mesmo com ele próprio; é que os atores são compelidos a interagir com o sistema³³¹. O ato de confiar, por si só, não se interessa em encontrar a verdade na expectativa alheia. Busca-se, tão-somente, a redução de complexidades mediante a estabilização de expectativas nas relações dos atores do sistema social: é o que interessa para a evolução.

A confiança facilita a vida quando permite a aceitação do risco. Em situações demasiadamente complexas, se houver desconfiança, o indivíduo ficará incapaz de agir porque não perceberá o mínimo de razoabilidade em seu agir. Quando há desconfiança, as alternativas que se descortinam ao agente são em número inferior àquelas onde se verifica a confiança. Sempre que houver desconfiança não se verificará redução, mas, sim, ampliação de complexidades³³². Frise-se, entretanto, que ao mesmo tempo em que se pretende reduzir os riscos ao mínimo tolerável, não se pode esquecer que eles estão implícitos no processo evolutivo.

Aquele que desconfia precisa de amplo conteúdo de informação para escolher uma alternativa que permita dar congruência às suas expectativas. No entanto, tenderá a restringir a informação que lhe é disponibilizada porque não se sente apto a confiar nela. Tornar-se-á o indivíduo dependente de menos informação, o que conduzirá a um estado mais dificultoso para se relacionar com o sistema social³³³. Infere-se, por isso, ser mais fácil optar por confiar numa alternativa, *ab initio*, que desconfiar.

329 “Por medio de la confianza el que confía se alivia él mismo de la complejidad que no puede soportar.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 110.

330 “Una persona que desconfía necesita tanto de más información como al mismo tiempo limita la información en la que se siente seguro que puede confiar. Se hace *más* dependiente respecto a *menos* información. La posibilidad de ser engañado se convierte una vez más en algo que tiene que tomarse en cuenta.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad).p. 124-125.

331 Ibid. p. 5.

332 Ibid. p. 123.

333 Ibid. p. 124-125.

Todavia, se faz necessário ponderar os possíveis efeitos da confiança e desconfiança ao planejar uma demanda³³⁴. Assim, numa dada situação, o indivíduo não pode se atirar a toda a sorte de riscos, confiando na congruência de expectativas de forma absoluta, como também não pode se fechar em desconfiança em relação às informações que circulam nos sistemas. O sistema não deve estagnar, mas, sim, evoluir; e evoluir em conjunto com seus atores.

Nesse sopesar de possibilidades, o mais seguro dos caminhos disponíveis é a informação. Este elemento concorrerá para resultado favorável à confiança; quando se controla a informação, por conseguinte, domina-se o risco. Graças a isso, mostra-se relevante proteger aqueles indivíduos que tomam por base o conteúdo disponibilizado por outros atores para criar suas expectativas, assim é que o rompimento da confiança deve ser coibido por sanções severas para reduzir o risco de quem confia³³⁵ e proteger quem espera.

2.2 O Risco Inserido no Sistema

O risco é companheiro de toda espécie de vida e interação no planeta³³⁶. Por esse motivo, constitui-se em tarefa inadiável minimizá-lo ao limite de suportabilidade e consciência³³⁷. É presumível que algumas situações se desenvolvam sem esses limites, porém, raramente são acompanhadas de alguma fé dentro da esfera de percepção dos seres humanos.

Nesse rumo, a não limitação e o assumir o risco convergem para posições não racionais. Os sujeitos do risco, imersos em um mundo complexo, sofrem com as consequências do instinto e passam a se deparar com contingências. Aceitá-las, assimilá-las e respondê-las (ou não) torna-se a fórmula para avançar e evoluir. Tal operação será sempre proporcional ao fator tempo, interpretado aqui com seus delineamentos referentes ao

334 “En otras palabras, cualquiera que confía tiene que estar preparado para aceptar los riesgos que implica. Debe tener en claro aunque sea solamente para tranquilizarse, que no está confiando incondicionalmente, sino más bien dentro de límites y en proporción a expectativas racionales y específicas.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 49.

335 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 147.

336 “[...] o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75). p. 45.

337 “Uma coisa é certa: quem integrar suas expectativas de forma demasiadamente concreta, e mesmo assim normalizá-las, terá uma vida rica em desapontamentos e dificilmente poderá assimilá-los. Ele terá uma relação instável com a realidade, pois seu potencial para a superação de desapontamentos será sobrecarregado, sem ser aliviado através de processos de assimilação. Ele sempre correrá o risco de estabelecer projeções normativas irrealísticas, e de seus desapontamentos extrapolarão consequências demasiadamente amplas, incompreensíveis para os que com ele convivem, pois eles sequer sentem esses desapontamentos como tais. [...] Mas também o processamento demasiadamente abstrato das experiências tem seus perigos. Ele leva à indiferença e em última análise à incapacidade de engajar-se corretamente no meio ambiente.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75). p. 99.

conhecimento que lhe adere³³⁸.

Com base nessa demonstração, o que se vislumbra são pontos de entendimento, que se unem por intermédio da superação (diminuição) do risco. Ou seja, uma possibilidade alinha-se com uma ou mais possibilidades, porém, não se promove uma conexão (comunicação) se não houver essa minimização do risco, apta a garantir a congruência de expectativas. Para alguns casos, esses pontos se alinham próximos, oferecendo menor risco durante o andamento da comunicação; alhures, outras situações demandam uma "linha" de risco maior, aumentando as chances de falha nesse prosseguir³³⁹.

Exemplificando: seria como comparar um atirador de elite, que dispõe de um rifle de alta precisão, e um míope destreinado carregando um equipamento muito precário, ambos com apenas uma unidade de munição. O alvo, uma presa de caça. O risco do erro é inegável para ambos; para um deles, no entanto, proporcionalmente maior. Contudo, é possível que os

338 “Quem pode ter expectativas sobre as expectativas de outros – quem, por exemplo, pode prever e considerar quando um romance cristalizará expectativas matrimoniais, e de quem serão essas expectativas – pode ter um acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante, e apesar disso viver mais livre de desapontamentos. Ele pode superar a complexidade e a contingência mais elevadas, em um nível mais abstrato. Ele pode, se não for demasiadamente atrapalhado por motivos próprios, realizar internamente as adequações comportamentais necessárias, ou seja, quase sem comunicação. Ele não precisa expor-se e fixar-se verbalmente – evitar verbalizações desnecessárias é um momento essencial do tato social – e ele economiza tempo, conseguindo, portanto, conviver com outros em sistemas sociais muito mais complexos e abertos em termos de comportamento. Ele é capaz de reservar os processos de comunicação, morosos e delicados (pois exigem auto-explicações demasiadamente comprometedoras), para poucos pontos importantes de conflito, e escolher sobre o que se falará.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75).p. 48.

339 “1. Las decisiones han de tener la pretención de *permanecer una unidad*, a pesar de la descomponibilidad posterior y, por decir-lo así, por encima de una realidad profunda mucho más compleja. Deben ofrecerse como unidad para una posterior aplicación (o como veremos más adelante, fingirse tales), con el objeto de poder ser, a este nivel de agregación, premisas para otras decisiones. 2. Las decisiones deben *cotematizar la selectividad de su relación con otras decisiones*. Esto han de hacertlo entonces con una perspectiva doble de selección: eligen no sólo una de varias alternativas, sino que hacen esto en vistas a que, a través de ello, éstas producen o impiden relaciones con otras decisiones. Un estudiante es aceptado por un instituto superior (y no rechazado), y así se dirige en qué sistema qué necesidades posteriores de decisión han de surgir. Esta relación de las alternativas reales con el conjunto de decisiones es la que determina ante todo el decidir organizado y lo hace problemático. Frente a lo anterior es una cuestión secundaria si intervienen además criterios de racionalidad o programas de decisión y si constituye una diferencia si los hay o no. 3. Las decisiones en cuanto sucesos fijados a punto del tiempo y *pasajeros* deben *tomar y reflejar una función que ate al tiempo*. La función del decidir que ata al tiempo corresponde con el hecho de que no haya un futuro objetivo (que funcione como objetivo), de tal forma que el futuro sólo puede entrar en función en cuanto diferencia con el pasado. Las decisiones sólo pueden, en consecuencia, ser sucesos en cada uno de sus presentes cuando expresan una diferencia de pasado y futuro, pero ellas continúan como diferencia y hacen su aporte constantemente transmisible, al menos por un tiempo. A pesar de ser pasajeras deben ser utilizables como premisas al decidir posterior, y por lo tanto determinar qué determinaciones de sentido están cofijadas y dónde se encuentran los puntos críticos en los cuales se plantea el decidir posterior en contradicción con el decidir anterior. Tan sólo esta función de unión temporal es la que permite distinguir en el desarrollo posterior entre continuidad y discontinuidad. También esta función de la unión temporal yace bajo la cuestión normalmente tenida en cuenta de si las burocracias son demasiado conservadoras y no suficientemente proclives a la innovación. Para poder decidir en uno u otro sentido, deben antes producir un sentido de que, ante todo, pueda continuar.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad) p. 17-18.

dois alcancem o alvo. Uma série de fatores poderá influenciar no acerto/erro (risco), mas, nenhum deles se apresenta tão eficaz quanto a confiança. O indivíduo que estiver mais familiarizado com suas aptidões, relacionadas ao ambiente, se mostrará o mais apto a superar os obstáculos e abater a caça.

Surge um fator que aproxima as possibilidades, o qual se denomina expectativa. Espera-se que haja comunicação das possibilidades. Para se conseguir tal fenômeno comunicativo, precisa-se eleger determinadas expectativas, que podem ser correspondidas, ou não, mediante a superação dos riscos a elas pertinentes³⁴⁰. Havendo significativos níveis de confiança entre as possibilidades, diminuir-se-ão os riscos e, por consequência, as complexidades, aproximando a congruência das comunicações a partir da correspondência das expectativas³⁴¹.

Essas comunicações se dão por intermédio de ações, que também podem ser interpretadas em sua forma inversa, com omissões. De qualquer forma, para se promover as ações ou omissões carece-se de um decidir. Assim, é imprescindível decidir para agir. A atuação desses verbos precisa estar alinhada para que se promova o procedimento comunicativo:

Por *decidir* se piensa normalmente en un proceso de reflexión que sirve de preparación para una acción que ejecutará la decisión. Esto nos llevaría a la suposición de una congruencia entre decisión y acción, según la cual cada acción requiere de una decisión y a la inversa cada decisión, de su acción ejecutora.³⁴²

O ato de decidir, então, encaminhar-se-á para duas direções: diferenciar as demais alternativas do escolher e escolher a alternativa que conduzirá ao decidir. Novamente, aqui, aparece o risco para o sujeito: seria a alternativa escolhida apenas uma alternativa ou seriam alternativas? Assim, concebe-se que as decisões estão mais sujeitas ao risco do que as alternativas. Ambas estão inseridas num contexto de comunicação, mas, a decisão depende essencialmente da opção pela alternativa que se quer, pois já se depara com o risco inicial de a comunicação não sair como fora esperado³⁴³.

As decisões dentro desse processo seguirão uma certa ordem, que lhes atribuirá

340 “[...] o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75). p. 109.

341 “La confianza reduce la complejidad social, es decir, simplifica la vida por medio de la aceptación del riesgo.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 123.

342 Id. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 8.

343 Ibid. p. 28.

unidade. Decisões, pois, serão premissas de outras decisões e, por seu turno, impedirão relações com outras decisões³⁴⁴. Enfim, seguirão uma ordem própria, sempre derivadas de outras decisões, demandando, por isso, haver uma seleção dentro das complexidades pertinentes às escolhas. Em conclusão, o que se decide está baseado nas experiências anteriores e nas avaliações decorrentes das mesmas³⁴⁵.

Além disso, é preciso considerar a suposição do decidir alheio. Não basta apenas realizar uma pré-comunicação entre decisões e alternativas. Ir além se evidencia necessário para buscar acerto no processo comunicativo, garantindo as expectativas próprias e minimizando o risco. Assim, encontrar um ponto de apoio, que garanta estabilidade e congruência entre as expectativas é tarefa constante no interagir: *La suposición de las decisiones de otro también es, sin embargo, una forma de traslado de inseguridad en riesgo. Para esto una organización necesita de bases internas de seguridad suficientemente protegidas e independientes del entorno*³⁴⁶.

Ademais, há que se fazer ainda outra consideração a respeito das decisões: aquilo que se supõe precede o que se decide, em menor ou maior escala. As suposições devem conduzir a decisões seguras, visto que, não há sentido em optar (escolher) por uma decisão se ela estiver envolta por um risco de difícil superação.

Coordenado o mosaico de suposições, selecionar-se-ão uma ou mais decisões que levarão ao processo comunicativo, diminuindo significativamente o risco antes da conexão entre expectativas. Entretanto, não é garantido que os resultados se cumpram favoravelmente às expectativas desse decidir, porquanto, tais suposições estão embutidas num plano, que também está sujeito a toda sorte de riscos³⁴⁷.

Assim é que se pode divisar no processo comunicativo o risco e sua superação. O

344 “[...] cada decisión tiene una *doble unidad*, es decir: 1) la *relación de la diferencia* de las alternativas y 2) la misma *alternativa escogida*. La decisión es ejecutada como sustitución de una unidade por la otra, como sustitución de 2) por 1).” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 10.

345 “Cada presente tiene su propio futuro, que es el prospecto ilimitado de sus propias posibilidades futuras. [...] La formación y la consolidación de la confianza está por lo tanto relacionada con los prospectos futuros, de lo que es en cualquier tiempo dado el presente. Es un intento para concebir el futuro, todas las orientaciones concebidas indirecta y tortuosamente que abarcan un largo plazo, permanecen problemáticas desde el punto de vista de la confianza [...]” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 21-22.

346 LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 63.

347 “La coordinación de las suposiciones conduce, en determinados alcances, al decidir coordinado dando, al mismo tiempo, la seguridad para el riesgo de la misma suposición. Pero naturalmente, no garantiza que los resultados se cumplirán en el sentido de las expectativas del plan.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 77.

contexto onde se inserem as possibilidades é extremamente complexo e pode compor diversas séries de conexões. Portanto, torna-se cada vez mais difícil realizar as expectativas por inremédio da comunicação (garantindo congruência). O único apaziguador com que se pode contar, a partir da interação das comunicações do sistema, é a confiança.

Confiar é o meio mais eficaz para reduzir as complexidades nesse processo comunicativo. Para Luhmann: *la confianza constituye una forma más efectiva de reducción de la complejidad*³⁴⁸. Todavia, há que se frisar que existe uma expectativa sobre a própria confiança. Nesse sentido, é pertinente assegurar que a própria confiança demanda um risco, o de não ser confiável. Pois, como já se assinalou, somente o que ultrapassou a barreira do tempo tem complexidade reduzida. Assim, o próprio confiar é mera expectativa de confiança até que a ação realizada, mediante a confiança que se depositou, pertença ao passado³⁴⁹.

Por essa razão, além da confiança, faz-se necessário existir um outro instrumento que seja apto para aproximar as expectativas quando o confiar não é suficiente na redução o risco³⁵⁰. Esta barreira (ou filtro) mantenedora da fluidez das expectativas pode ser identificada em vários invólucros, os quais, por sua vez, demandam sempre consequências. Para o que aqui se propõe, esta barreira é o Direito³⁵¹. Todavia, o Direito nem sempre efetivará a confiança; ele proporcionará, porém, maior proteção às expectativas. Segundo Luhmann: *la norma no asegura un comportamiento conforme a la norma; sin embargo, protege a quien tiene esta expectativa*³⁵².

A proteção dessas expectativas, além da confiança, não garantirá a redução das complexidades, ou mesmo a ligação entre expectativas que formarão o processo comunicativo. O Direito figurará tão-só como mais um redutor, mas não como o garantidor das expectativas. Portanto, ele será um último filtro, que suplementará a confiança na tarefa de diminuir os riscos, mediante as consequências de sua aplicação:

[...] a crescente evolução da sociedade no sentido desta juridificação não elimina a confiança. A normatização e a inerente “rigidificação” das expectativas não logra

348 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 14.

349 Ibid. p. 49.

350 “Por supuesto, la confianza no es nunca el único mecanismo para la reducción de complejidad [...]” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 155.

351 “O direito produz congruência seletiva e constitui, assim, uma estrutura dos sistemas sociais [...] O direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas. O alívio consiste na disponibilidade de caminhos congruentes generalizados para as expectativas, significando uma eficiente indiferença inofensiva contra outras possibilidades, que reduz consideravelmente o risco da expectativa contrafática.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75). p. 115.

352 Id. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 192.

expulsá-la nem a torna despidianda. Ela continua a exercer uma presença básica e imprescindível na vida social, pois de outro modo não se encetaria relacionamento humano algum. Aliás, comprova-se que a aludida tendência para a juridificação vai de par com a progressiva falta de transparência e complexificação das sociedades modernas; o que, considerando o caráter insuficiente e a precariedade relativa das medidas de controlo e de segurança instituídas (ou, em qualquer caso, a respectiva sensação), exige redobrados “níveis de confiança” da parte dos sujeitos e obra a uma sua tutela particularmente eficaz para conseguir um funcionamento aceitável do sistema social em seu conjunto.³⁵³

Entre as relações promovidas pelos atores do sistema social, aquelas que envolvem as negociações comerciais são um bom exemplo quando se trata do tema que envolve o risco. Como se percebe, as diretrizes que concebem o fenómeno da comunicação entre expectativas estão inseridas num contexto de complexidades, as quais, por sua vez, são reduzidas mediante a construção de vínculos de confiança. Cláudia Lima Marques assim se pronuncia a esse respeito:

Hoje, a confiança é um princípio diretriz das relações contratuais, merece proteção (Vertrauensschutz) e é fonte autónoma (Vertrauenstatbestand) de responsabilidade (Vertrauenshaftung). Em outras palavras, as condutas na sociedade e no mercado de consumo, sejam atos, dados ou omissões, fazem nascer expectativas (agora) legítimas naqueles em que despertamos a confiança, os receptores de nossas informações ou dados. Em resumo, confiar é acreditar (credere), é manter, com fé (fides) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais.³⁵⁴

Sendo assim, se constitui tarefa constante estabelecer meios de efetivação e garantia da confiança, de modo que possam dar mais segurança às expectativas daqueles que se relacionam por intermédio dos negócios, *verbi gratia*. Como Luhmann já acentuou, *La confianza sigue siendo una empresa arriesgada*³⁵⁵ mas, nem por isso, deixa de ser uma alternativa válida dentro do processo de comunicação.

Não se pode, no entanto, descartar a confiança. Pelo contrário, trata-se do mais poderoso redutor de complexidades; o que lhe falta algumas vezes é ser suficientemente eficaz para tornar congruentes as expectativas. Insiste-se, de qualquer maneira, que as possibilidades arroladas para a formação da confiança não eliminam o risco, apenas o reduzem.

Por isso é mister socorrer-se de um instrumento que ofereça garantias além da confiança. Reforça-se que para as situações menos complexas se apresenta razoável

353 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 19.

354 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32-33.

355 LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 43.

administrar os riscos com a confiança. Quando se tratar de sistemas realmente complexos, torna-se inevitável recorrer a alguma forma de poder, como é a lei. A norma tem potencial para diminuir os riscos porque possui meios que a munem de maior eficácia frente às contingências. Como adverte Luhmann: *el derecho limita las posibilidades del comportamiento*³⁵⁶. Carneiro da Frada, nesse sentido, assim considera:

O Direito não tem, senão escassamente, possibilidade de interferir, comandar ou controlar directamente as contingências que podem perturbar os planos individuais dos sujeitos. Mas nem por isso se encontra desarmado perante o imperativo de proteger as expectativas humanas e de lhes criar condições favoráveis de realização. Intervindo *ex post*, coloca por vezes à disposição daquele sujeito que foi afectado pelo evento imprevisto sistemas de reparação, compensação, adaptação ou reequilíbrio que permitem minimizar tanto quanto possível os efeitos, porventura inarredáveis, da sua verificação. Mas pode também influir, onde tal seja viável, no risco da contingência, procurando evitá-la ou, pelo menos, torná-la mais difícil. Esta última “estratégia” apenas faz sentido se os factos de que dependeria o acontecimento susceptível de afectar as expectativas de alguém se apresentam de algum modo como controláveis pela vontade ou influenciáveis por uma conduta humana. Somente então o Direito pode agir *preventivamente* “sobre” a fonte potencial do perigo, impondo regras de conduta destinadas a acautelar directamente essas expectativas ou, pelo menos, a afastar aqueles factores que, capazes depois de desenvolver uma eficácia independente da vontade humana, seriam susceptíveis de as vir a perturbar. Normativizando modos de actuação, transformando-os em “devidos”, fortalece a probabilidade de essas expectativas se virem a realizar. A eficácia da sua defesa depende das sanções acopladas à infracção desses deveres, interessando-nos aqui a obrigação de indemnizar. O estabelecimento de *deveres de comportamento* representa assim um *instrumento primordial com vista à protecção da confiança*.³⁵⁷

Destaque-se que, no mesmo caminho da confiança, a própria lei, por mais que seja eficaz, mostra-se incapaz de reduzir, em termos absolutos, as complexidades, uma vez que nem tudo o que existe já foi objeto do legislar. E ainda, mesmo que o fosse, na lei não se pode apegar à estabilização das expectativas. Considere-se, entretanto, que as previsões legais, associadas à possibilidade de sanções, repercutem em algum apoio a quem venha a considerar se vai ou não confiar³⁵⁸.

De qualquer maneira, expurgar o risco em definitivo é obstáculo insuperável, quer em relação à confiança, quer no tocante à lei, sendo possível, tão-somente, minimizar certas

356 Id. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 193.

357 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 383-384.

358 “Tudo isso, porém, pressupõe que existem chances para um entendimento sobre a norma atingida ou pelo menos sobre seus componentes essenciais. Frequentemente isso não é possível, ou não o é com a rapidez necessária, especialmente quando o próprio comportamento deixou muito evidente uma intencionalidade contra a norma. Nesses casos, inicialmente a norma é sustentada solitariamente. A saída mais importante e típica para essa situação forçada é a *sanção*. O desapontamento pune o desapontador por meio de olhares, gestos, palavras ou atos; seja para induzi-lo a um comportamento conforme à expectativa, ou seja apenas para salvaguardar demonstrativamente sua expectativa frente à decepção.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 73.

possibilidades, de acordo com a complexidade sugerida ou imaginada³⁵⁹.

2.3 A Confiança no Consumo Eletrônico

A humanidade avançou em termos culturais no instante em que optou pela especialização de seus membros, dividindo o grupo em grupos e os grupos em pessoas com alto grau de conhecimento, até que cada indivíduo pudesse se tornar contribuinte daquele sistema onde estava inserido, visando, com isso, buscar uma identidade e conseqüente reconhecimento³⁶⁰.

Nesse caminho da divisão de especialidades, o grupo não poderia se desmembrar, pois cada função tem sua espécie de valor para a coletividade. Para preservar essa união, não haveria outro meio que não um discurso que pugnasse pela integração. As pessoas precisariam estar ligadas umas às outras, por mais díspar que fosse seu papel em sociedade³⁶¹. Daí a necessidade constante da comunicação.

A comunicação é o canal por onde se operacionaliza o que se chama de sociedade: *la société se compose de communications, seulement de communications et de tout les communications*³⁶². Afinal, sem código, emissor e receptor se confundem e inviabilizam a noção de grupo. Com isso, o avanço da humanidade sempre teve como meta a comunicação. Não há outra a forma de evoluir, pois sem os códigos, não há informação e, como já se disse, sem ela o sistema estagna e atrofia³⁶³. A comunicação, por sua vez, tem fluidez por intermédio da linguagem. Para Luhmann: *é através da linguagem que o mundo se constitui num campo complexo e congruente de escolhas, em relação ao qual torna-se problemática a expectativa*

359 “El derecho no tiene ningún poder obligatorio; se compone únicamente de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicación y sedimentaciones estructurales de comunicación, las cuales desembocan en una interpretación normativa.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 87.

360 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 41.

361 “Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura.” Cf. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 565.

362 AMADO, Juan Antonio Garcia. **La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. *apud* SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70.

363 Luhmann compreende que há um ciclo constante de comunicações dentro do sistema e do sistema com o entorno, comunicações que se autoproduzem. Nesse sentido, deve sempre haver movimento e interação, sob pena de não haver nova produção de resultados: “[...] la complejidad se constituye en los sistemas organizacionales como la relación entre decisiones. Estas relaciones son el primer contenido de la decisión. Es decir, se decide porque se há decidido para que se decida. Las decisiones se califican reciprocamente, definen situaciones unas para otras.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 21.

sobre as expectativas dos outros³⁶⁴.

A interação humana, nesse sentido, propiciou momentos dos mais louváveis aos mais bestiais, mediante a leitura e interpretação dos discursos. Surgiram complexidades de toda a sorte, e foram criadas novas tecnologias e meios de interação social de que se dispõe hodiernamente³⁶⁵. Em especial, destaque-se um dos mais significativos desses inventos, que tem a possibilidade de integrar os seres humanos através de todos os sentidos: a internet.

A internet tornou possível a superação das barreiras geográficas e culturais quando permitiu o encontro das mais desconhecidas formas de vida humana, mediante os multimeios de comunicação disponíveis, a partir da troca de dados em sistemas informáticos³⁶⁶. Nessa enciclopédia de alternativas de relacionamento, afunila-se o campo de observação em especial nas relações de consumo.

A utilização da internet como ferramenta incrementadora do consumir possibilitou, como já se fez referência, a aproximação de pessoas no que concerne a bens de consumo de uma maneira sem precedentes. Afinal, do acesso à internet decorreu o acesso ao mundo, superando obstáculos de toda a ordem (temporais, culturais, físicos, jurídicas, entre outros)³⁶⁷.

Quando se aborda o desenvolvimento propiciado pela rede (internet), se evidencia espantosa a abertura que se deu para o comércio³⁶⁸. O interagir e o integrar compuseram um

364 Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro: 75). p. 120-121.

365 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 99.

366 “As infovias, das quais a Internet é a vitrine mundial [...] são vistas como um progresso suscetível de modificar a organização do mundo, as relações de forças e as relações sociais de modo mais profundo do que fizeram o trem, o avião e os satélites, uma vez que podem afetar a maioria das atividades humanas: elas dizem respeito aos mitos mais profundamente ancorados em nossa sociedade, ao domínio do conhecimento, aos sonhos de reunificação do homem dividido. Após a era industrial, estamos entrando na “era da informação”. Cf. ELIE, Michel. *Internet e desenvolvimento: um acesso à informação com mais equidade*. In: EISENBERG, José; CEPIK, Marco (org.). **Internet e política**. Teoria e Prática da Democracia Eletrônica. Belo Horizonte: UFMG, 2002. (Humanitas). p. 275.

367 “Durante uma entrevista nos anos 50, Albert Einstein declarou que três grandes bombas haviam explodido durante o século XX: a bomba demográfica, a bomba atômica e a bomba das telecomunicações. Aquilo que Einstein chamou de bomba das telecomunicações foi chamado por meu amigo Roy Ascott (um dos pioneiros e principais teóricos da arte em rede), de “segundo dilúvio”, o das informações. As telecomunicações geram esse novo dilúvio por conta da natureza exponencial, explosiva e caótica de seu crescimento. A quantidade bruta de dados disponíveis se multiplica e se acelera. A densidade dos links entre as informações aumenta vertiginosamente nos bancos de dados, nos hipertextos e nas redes. Os contatos transversais entre os indivíduos proliferam de forma anárquica. É o transbordamento caótico das informações, a inundação de dados, as águas tumultuosas e os turbilhões da comunicação, a cacofonia e o psitacismo ensurdecido das mídias, a guerra das imagens, as propagandas e contra-propagandas, a confusão dos espíritos.” Cf. LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: 34, 1999. p. 13.

368 “Compreende-se o comércio eletrônico como “qualquer forma de transação ou troca de informação comercial ou visando a negócios, aquelas baseadas na transmissão de dados sobre redes de comunicação como a Internet, englobando todas as atividades negociais, juridicamente relevantes, prévias e posteriores à venda ou à contratação” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 38.

aspecto muito positivo para que houvesse uma (r)evolução nas relações entre humanos, sobretudo no campo do consumo. Pois, o fenômeno de adaptabilidade se verificou ao longo do tempo, mais e mais, especialmente após a abertura da internet para o uso civil³⁶⁹.

Nesta senda, a atualização, a que se refere Pierre Lévy³⁷⁰, é uma constante, *byte a byte*, quando se navega na internet. E aqui, quando se enfoca a relação de consumo via internet, precisa-se considerar, *lato sensu*, todas as atividades que envolvem intercâmbios de informação por intermédio do meio eletrônico.

Esse tipo de relação, que envolve consumo, *a priori*, agrega quatro formatações básicas onde se apresenta: empresa para Estado (*business to government: B2G*), pessoas para Estado (*people to government: P2G*), empresa para empresa (*business to business: B2B*), empresa para pessoas (*business to people: B2P*)³⁷¹. Outras relações ainda podem se estabelecer, como a modalidade pessoas para empresa para pessoas para pessoas (*people to business to people to people: P2B2P2P*), característica presente nos sítios de aproximação, alvo desta pesquisa.

Assim, quaisquer tipos de contratações que venham a se desenvolver por intermédio da internet precisam seguir bases similares àquelas provenientes do chamado "mundo real"³⁷². Portanto, para se proporcionar qualquer entendimento frente às contingências possíveis numa relação de consumo, é requisito imprescindível a eleição de mecanismos que incutam confiança a essas relações³⁷³.

369 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 75.

370 “Consideremos, para começar, a oposição fácil e enganosa entre real e virtual. No uso corrente, a palavra virtual é empregada com frequência para significar a pura e simples ausência de existência, a “realidade” supondo uma efetuação material, uma presença tangível. O real seria de ordem do “tenho”, enquanto o virtual seria da ordem do “terás”, ou da ilusão, o que permite geralmente o uso de uma ironia fácil para evocar as diversas formas de virtualização. Como veremos mais adiante, essa abordagem possui uma parte de verdade interessante, mas é evidentemente demasiado grosseira para fundar uma teoria geral. A palavra virtual vem do latim medieval *virtualis*, derivado de *virtus*, força, potência. Na filosofia escolástica, é o virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes.” Cf. LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 15.

371 LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 53.

372 “A web não trouxe novidades na área do comércio; apenas acentuou que o comércio sempre foi, ou seja, a sua essência é vender bens, coisas, produtos, serviços e alcançar o lucro a partir da troca; por um lado, leva a quem precisa aquilo que necessita e, por outro, traz o lucro de quem efetivou tal ação. Poder-se-ia afirmar que o sentido de necessidade não se modificou da época onde tal atividade era feita por mercadores que, em caravanas, atravessavam longas distâncias, e hoje, onde a gama de bens, produtos e serviços disponíveis – e rapidamente à disposição – estão tão presentes na vida do ser humano contemporâneo, pois o interesse que move a pessoa, circula conforme a oportunidade se lhe apresenta. Assim, a web é outro espaço de encontro e troca comercial e as regras precisam ser dispostas aos diferentes atores que ali estão -- ou irão se encontrar.” Cf. KAKU, William Smith. Comércio eletrônico e poder público brasileiro. In: ROVER, Aires José. (org.). **Direito e informática**. Barueri: Manole, 2004. p. 196.

373 “A bem ver, a confiança é um facto omnipresente na vida social. A sua *ubiquidade* conduz deste modo forçosamente à necessidade de destrinçar entre as situações susceptíveis de gerar responsabilidade e

A atualização³⁷⁴ deve primar por requisitos textuais e visuais que, em consonância com os demais elementos da realidade, possam dar garantias de um mínimo desenvolvimento do confiar nos agentes de consumo. Com a adoção deste procedimento elevar-se-á a fé daquele que consome, autorizando-o a dar prosseguimento no processo de decisão.

Encontrar quais meios têm a capacidade de apontar a confiança se constitui na melhor, se não a única via, para que se permita criar um diálogo entre as partes, de modo a alcançar um único canal que lhes garantam a realização de um acordo, um contrato, uma relação de consumo. Para Luhmann: *Cualquiera que quiera ganar confianza debe tomar parte en la vida social y estar en posición de crear expectativas de otros en su autopresentación*³⁷⁵. Nesse rumo, qual será esse meio apto a criar expectativas se não for a linguagem? Afinal, trata-se de fenômeno de comunicação, que tão-somente veio ao mundo mediante o código da língua³⁷⁶.

Luhmann afirma: *el problema no es quién gana la confianza, sino cómo la gana*³⁷⁷. Isto se coaduna com a virtualização das relações. Não há um emissor personificado. Há um discurso que personifica o emissor. Elegendo a linguagem como o instrumento que fará as comunicações direcionadas à construção da confiança, será preciso analisar as informações sugeridas pelos sítios de aproximação, com a finalidade de encontrar os elementos de sedução nesse contexto. A partir dessa observação é que se localizará, no discurso³⁷⁸ desses espaços, aquilo que determinará um vínculo com quem consome: uma responsabilidade decorrente do discurso que promove a construção da confiança³⁷⁹.

Dentro da esfera do consumo, a linguagem é rótulo que serve de chamariz para quaisquer promoções de comunicação. Aquilo que se percebe com os sentidos, somado ao conhecimento anterior, após ser processado pela mente, formará uma interpretação a respeito

aquelas que não a desencadeiam. Que o pensamento geral da protecção das expectativas esteja em condições de dar resposta a esta questão é o ponto que se tem de contestar. O apelo à “confiança digna de protecção jurídica” ou a invocação da “tutela de legítimas expectativas” afigura-se, em si, descolado e vazio. Persistir aqui em que no fundamento da protecção permanece ainda a confiança é aceitar que a confiança releva quando é de tutelar. O raciocínio aparenta então circularidade, pois corre-se o risco de misturar o plano fáctico com o normativo, a confiança existente com a confiança a proteger, a causa e o efeito da protecção jurídica.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 77.

374 LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 14.

375 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 107

376 WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 25.

377 LUHMANN, Niklas. op. cit. p. 105.

378 FERRARA, Lucrécia D'Aléssio. **Leitura sem palavras**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2000. (Série Princípios)

379 “[...] a confiança representa um simples *elo do processo causal* que conduziu ao dano: alguém fez surgir (ou manteve), infringindo um dever, um facto susceptível de gerar confiança, o sujeito alicerçou expectativas sobre ele, tomou por isso certas decisões, e veio depois a sofrer prejuízos em consequência da defraudação das suas convicções.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 618

da realidade que se apresenta³⁸⁰.

Considerada toda a forma de marketing direcionado ao comércio no meio eletrônico, o *texto* se constitui na via principal para se alcançar os consumidores. Em virtude disso, a partir do *texto*, aglutinar-se-ão os elementos que constituirão um confiar suficiente para influenciar no decidir³⁸¹. Destarte, verifica-se a importância da linguagem para que se possa interpretar qualquer mensagem que conduzirá ao consumo.

Recorre-se a uma metáfora: o *texto* virá à internet como uma ponte, que unirá os bens de consumo aos consumidores. Entre ambos, há um abismo: o risco. O acesso aos bens, com o consequente consumo, cerca-se de toda a sorte de contingências; e, para acessá-los, é mister passar pela ponte, que é o *texto*. O que definirá a segurança nessa travessia é a estabilidade da estrutura, proporcionada pelos materiais sobre os quais se alicerça a ponte. Por seu turno, no comércio eletrônico, esses materiais são fabricados a partir da boa-fé e, principalmente, da confiança.

Por esse motivo, passa-se a supervalorizar o *texto*, porque tão-somente ele poderá conectar os dois pontos afastados pelo risco³⁸². Verifica-se a complexidade pertinente à relação de consumo e torna-se notório o poder do *texto* para determinar as expectativas de *ambos os lados da ponte*. A confiança figura como indispensável protagonista nessa comunicação; daí a necessidade de valorizá-la no consumo³⁸³, sobretudo aquele realizado via internet.

2.3.1 Comércio eletrônico, texto e confiança

O comércio eletrônico se vale de uma linguagem para se comunicar, isto é, precisa de um código que alcance o consumidor com quem interage. Tal código, constituído por uma

380 “[...] la complejidad se constituye en los sistemas organizacionales como la relación entre decisiones. Estas relaciones son el primer contenido de la decisión. Es decir, se decide porque se ha decidido o para que se decida. Las decisiones se califican recíprocamente, definen situaciones unas para otras.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 21.

381 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 50.

382 “Há declarações que produzem por si só um efeito de Direito, sem que a confiança alheia interfira na sua eficácia. É o que acontece com as declarações negociais. Mas qualquer declaração, mesmo negocial, apresenta uma dimensão comunicativa e, nesse sentido, dirigida igualmente à apreensão alheia, o que a habilita a ser instrumento de confiança.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 159-160.

383 “Confiar na aparência, na imagem, no som, na informação, no *click*, na presença de um ser humano ou de uma pessoa jurídica organizadora, em qualquer um dos computadores interligados no mundo. Confiança no meio eletrônico, na entrega, nos dados, na contratação, no armazenamento, na possibilidade de perenizar o negócio jurídico e de seu bom fim! Confiança na realização das expectativas legítimas do consumir também nos negócios jurídicos do comércio eletrônico é a meta!” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

infinidade de alternativas, que conduzem à escolha de decisões³⁸⁴, formaliza-se por intermédio de um *texto*. Esse *texto* é elaborado com a finalidade de conquistar, pela comunicação, a decisão do consumidor e termina por idealizar um contexto. Frise-se que não há outro instrumento mais atraente para compor a base dessa construção do que a confiança. Cláudia Lima Marques afirma: *no momento de oferta à distância, informação, transação e formação do consentimento, conquistar a confiança do consumidor parece ser a chave para o sucesso do comércio eletrônico*³⁸⁵.

Para a confiança, vista como matéria-prima do *texto*, cabe uma ressalva: a inspiração de confiança merece confiabilidade? O *texto* sugerirá um caminho sedutor, pois precisa trazer as luzes de um decidir para as alternativas que se mostrem convincentes ao consumidor, por mais que nem sempre lhe sejam interessantes.

O interagir do consumo compõe um sistema complexo de relações, envolto por uma névoa de riscos. Na internet, em virtude das limitações decorrentes do alcance dos sentidos, esse risco tende a se hipertrofiar e, para enfrentá-lo, é mister estar municiado de meios que tornem cada vez mais seguro o acesso ao consumo³⁸⁶ nesta via. Quem ou o que determinará isso serão os elementos de conhecimento precedentes, que, integrados no contexto, comporão o quadro de sugestionamento para o ato de consumir.

O *texto*, que forma o contexto – *in casu* –, precisa fazer brotar um sentimento de confiança que permita expectar ações congruentes. O consumidor deve ter certeza de que sua expectativa será correspondida à medida que o fornecedor se satisfaça com o *quantum* pecuniário correspondente ao seu produto ou serviço. A gênese da compreensão desse *texto*, portanto, deve vir de decisões tomadas anteriormente, decisões cuja complexidade foi reduzida e indubitavelmente influenciam na formação desse sentimento³⁸⁷.

Por conta disso, ao *texto* cabe um voto de confiança, no mínimo, ao que diz respeito à sua observação. Relembre-se aqui a necessidade do comportamento que leva a *confiar*

384 “Las decisiones han de tener la pretención de *permanecer una unidad*, a pesar de la descomponibilidad posterior y por decirlo así, por encima de una realidade profunda mucho más compleja. [...] Las decisiones deben cotematizar la selectividad de su relación con otras decisiones. Esto han de hacerlo entonces con una perspectiva doble de selección: eligen no sólo una de varias alternativas, sino que hacen esto en vistas a que, a través de ello, éstas producen o impiden relaciones con otras decisiones.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad). p. 17-18.

385 MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 43.

386 MARQUES, Rodrigo. **Risco, confiança e uso de Internet: um estudo qualitativo**. 2007. 165 p. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2007. p. 89.

387 “La decisión, en consecuencia, se prepara mediante la reunión de componentes prefabricados, sobre los cuales se ha decidido en otro tipo de decisiones.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad) p. 83.

desconfiando, destacado por Luhmann: [...] *la desconfianza no es sólo lo opuesto de la confianza; en sí es también un equivalente funcional para la confianza*³⁸⁸. O texto, mediante o qual se pugnará por atrair a confiança, criará, não só elementos de carência no consciente do consumidor, como também sugerirá elementos de confiabilidade.

Patenteia-se, nesse ponto, os primeiros estímulos que conduzem à certeza de existir, mediante esse discurso lastreado de confiança, uma responsabilidade pela conquista³⁸⁹ daquele que consome. Mais visível ainda é essa responsabilidade em se tratando de um contexto que pretende magnetizar o consumidor, oferecendo-lhe expectativas com grande probabilidade de serem correspondidas.

Anterior a confiança, tem-se a boa fé. Existe posicionamento nesse sentido que considera *ex ante* a responsabilidade de promover a boa fé diante do dever genérico de conduta de cada indivíduo. Segundo Larenz:

O fundamento jurídico para os deveres especiais nos contatos pré-contratuais e negociais foi visto inicialmente na relação de confiança surgida entre as partes. Deveres de consideração, resultantes de contatos pré-contratuais e negociais, podem, todavia, existir também sem uma concreta confiança [...] Para os deveres de consideração *decisivo é o estreito contato* que se precisa manter necessariamente com o outro na preparação de contatos negociais... A relação jurídica oriunda das negociações contratuais e de contatos negociais não pressupõe, por isso, nenhuma confiança.³⁹⁰

Sufumiga a fumaça do crer, entorpecendo os sentidos a ponto de desvalorizarem a ideia do desacreditar. Prefere-se confiar antes que desconfiar porque as impressões anteriores dos indivíduos, na maioria das vezes, trouxe resultados positivos³⁹¹. Se decisões anteriores formam um caminho para o decidir futuro e se a maioria das decisões tendem a se reverter em expectativas satisfeitas, por menos complexas que tenham sido, é de se concluir que as novas decisões a serem tomadas serão correspondidas, ao menos em um primeiro momento^{392 393}.

388 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 123.

389 “De facto, onde exista uma declaração ou uma promessa pode dizer-se que a responsabilidade do seu autor perante o respectivo destinatário flui qual corolário natural da conduta intencionalmente dirigida a concitar as suas expectativas.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 742.

390 LARENZ, Karl. Allgemeiner teil des Bürgerlichen Rechts. München: C. H. Beck, 2004. *apud* FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 217.

391 “Las posibilidades de acción aumentan proporcionalmente al aumento de la confianza - la confianza en nuestra autopresentación y en la interpretación de otras personas de ésta.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 67.

392 “Una relación personal basada en los favores mutuos ordinariamente comienza con actividades en pequeña escala.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 75.

393 “La capacidad del individuo, que es limitada, solamente puede aumentarse marginalmente. De este modo

Em posterior reflexão, pode ser que sejam sopesados os riscos e as decisões confluem para outras alternativas, diferentes daquelas almejadas pelo *texto* quando seduzia o consumidor a escolher pelo liame de confiabilidade sugerido. Todavia, quase sempre haverá essa convergência para confiar³⁹⁴, pois elaborou-se o *texto* com palavras agradáveis, que inebriam as motivações de quem está propenso a consumir alguma espécie de produto ou serviço.

O *texto* é matéria antes de ser pensamento e a fome que ele transmite se sacia com o atendimento ao desejo de possuir, possibilitado pelo ato do consumo. Esse atiçar de vontades, que não existiam, que estavam veladas e também que se predispunham, vincula-se intimamente a uma ideia de responsabilidade. Nesse sentido, Carneiro da Frada enfatiza:

A admissão de uma *responsabilidade por declarações alicerçada na confiança* apresenta-se, neste ponto, muito plausível, pois uma declaração intenciona normalmente, segundo o seu sentido intrínseco, que o seu destinatário dela tome conhecimento e a leve em conta. Nessa medida, pode-se dizer-se que ao agir comunicativo do sujeito *inere o propósito de gerar a confiança de outrem* quanto ao seu conteúdo. Sem essa dimensão, esse agir não faria sentido por contraditório, nem seria pensável uma interação de pessoas baseada numa asserção. A declaração constitui deste modo um *Tatbestand de confiança por natureza* [...] ³⁹⁵.

Engatinhando ao encontro do que se pretende, lembra-se o trecho *tu deviens responsable pour toujours de ce que tu as apprivoisé*, do Pequeno Príncipe³⁹⁶. Isso implica responsabilidade decorrente da construção da confiança por parte de quem elabora o *texto*.

2.3.2 O *texto* para entender e o *texto* para determinar

O *texto* elaborado para informar³⁹⁷, com conteúdo descritivo, almejando transmitir um conhecimento mais isento e imparcial a respeito do que se pretende vender, não raro, se mostra omissos quando se trata do consumo. O consumo não precisa, obrigatoriamente, ser justificado; apenas precisa satisfazer. Luta-se para elevar os sentimentos de saciedade, ao

un grado alto de complejidad en el mundo supone una multiplicidad de procesos selectivos; el medio por el cual las selecciones de las diferentes partes se conectan con cada una de las otras.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 82.

394 “Relativamente, la confianza es la opción más fácil y por esta razón hay un fuerte incentivo para comenzar una relación con confianza.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 125.

395 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 159.

396 “Você será eternamente responsável por aquele a quem cativa. (trad.)” Cf. SAINT-EXÚPERY, Antoine de. **Le petit prince**. Paris: Folio France, 1999. p. 85.

397 “Segundo a teoria matemática da comunicação, uma informação é um acontecimento que provoca uma redução de incerteza acerca de um ambiente dado.” Cf. LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 57.

menos por um certo período de tempo, onde o fato da propriedade possa inebriar a mente³⁹⁸.

Comprar é uma forma de sentir-se livre, senhor de suas opções. Comprar algo, como um bem ou serviço, traduz-se em meio de exercer poder; poder sobre si próprio para atender à catarse dos desejos e demonstrar sua condição de "liberto" para escolher aquilo que quiser, diferenciando-se de outros dentro da sociedade³⁹⁹.

A redação do *texto* voltado para o consumo pugna pela sedução por intermédio do poder⁴⁰⁰. Incutir no consumidor que ele se diferenciará mediante o ato de comprar precisa ser ato contínuo no discurso do *texto*⁴⁰¹. Seja por ser um bem de difícil acesso ou por ser um bem politicamente correto, ou ainda, por implicar um conceito cultural ímpar, já que as consequências do consumo determinam uma forma de exercer poder.

Comumente se depara com dois tipos de texto. Um primeiro texto que serve como informação e um segundo, que serve como indução. Ambos estão em consonância com a perspectiva do consumo, pois objetivam vender; todavia, o *texto* que por hora induz quer mais que isso: precisa conquistar.

O consumo não vem por imposição, mas sim por acolhimento. E incluir o *texto* nas vontades alheias é a grande chave para essa conquista. Para além de uma simples necessidade, constrói-se um discurso que desperta o vício do consumir para que o indivíduo se torne dependente de determinado bem ou mesmo apenas acredite nas vantagens resultantes do acesso a tal bem⁴⁰².

398 TOURAINE, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. Bauru: EDUSC, 1998. p. 108.

399 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 38.

400 “As condições de constituição do meio de comunicação 'poder' [...] são resumidas e apresentadas em símbolos linguísticos, sinais ou também através da simbolização da identidade de pessoas. As formas de expressão variam – por exemplo, segundo as fontes do poder, o grau de personalização, de fixação jurídica etc. A simbolização enquanto tal é um requisito indispensável da formação do poder. A linguagem – e de forma alguma apenas a linguagem teórica da ciência – tem preparados para este fim, “conceitos dispositivos” como forma, capacidade, potência. Tais expressões ocultam a circunstância de que o poder é uma modificação de processos comunicativos na medida em que vincula à expressão da possibilidade também um atribuição de poder ao poderoso.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: UNB, 1985. (Coleção Pensamento Político nº 73). p. 28.

401 “[...] o predomínio do consumo de meios de comunicação de massa e a necessidade da população de conectar-se com a informação internacional indicam que a promoção das culturas tradicionais só adquire sentido e eficácia na medida em que vincula essas tradições às novas condições de internacionalização.” Cf. CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 109.

402 “[...] o mercado da oferta parece-nos comandar o da procura em certa medida, uma vez que, sendo detentor dos meios de comunicação, das informações e de mecanismos cada vez mais modernos de propaganda e publicidade, faz chegar ao público a ideia da necessidade e da conveniência da aquisição de produtos e serviços postos à disposição no mercado de consumo. Essa questão é, se não a mais relevante no contexto sociológico da defesa do consumidor, de grande importância, porquanto acarreta o surgimento de uma massa de “consumidores-robôs”, isto é, criados para consumir e, não propriamente para satisfazer necessidades pessoais ou de sua família ou grupo social.” Cf. BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37) p. 66.

Esse segundo tipo de texto, que quer ou precisa influenciar o consumidor a escolher algo ou mesmo a sentir a necessidade de ter, é elaborado com fins sedutores, mobilizados ao máximo para inspirar confiança, porquanto é preciso que o sujeito acredite naquilo que adquire. É mister infiltrar no íntimo do propenso consumidor um estado desertificante de completa vulnerabilidade que somente será superado ou satisfeito mediante o consumo. A respeito, Fernanda Nunes Barbosa declara:

É também nesse sentido que assume relevância a informação, especialmente no seu sentido de prática comercial – publicidade – como criadora de situações desfavoráveis ao consumidor. A importância da repercussão das técnicas publicitárias no direito tem em vista o seu caráter persuasivo, que busca entorpecer ou mesmo suprimir a vontade real do consumidor, que é o elemento nuclear da autonomia privada.⁴⁰³

Por mais que antes não se precisasse daquele objeto posto à disposição, a partir do *texto*, o consumidor sentir-se-á nu, desprotegido do "poder" que lhe confere (ou supostamente poderia conferir) aquela propriedade. Sem determinado bem, ele não é reconhecido⁴⁰⁴; sem o consumo, ele não se sente sujeito; ao contrário, sente-se inferior ou mesmo se percebe inexistente dentro do grupo social do qual participa.

Toda essa construção se elabora a partir do marco confiança. O texto que persuade o consumidor é feito mediante a transmissão de segurança decorrente do ato de confiar, sobretudo no contexto internet. Com isso, ele passa a não estar tão-somente vulnerável; ultrapassando essa noção, o consumidor fica disposto às finalidades do *texto*⁴⁰⁵.

Destarte, mediante tal *texto*, crescem as expectativas, especialmente por parte do consumidor em relação ao fim da proposta apresentada na virtualidade. O indivíduo passa a crer que alcançará a pacificação de suas vontades se puder ter aquilo que o *texto* descreveu. Confia-se numa correspondência de interesses a tal ponto que se cria uma descrença no desconfiar, o consumidor não reflete mais a respeito da utilidade dos bens, apenas precisa deles. O *texto* da internet recorre a aspectos hedonistas e utilitários, assim como aqueles da

403 BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação**: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 66. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 66.

404 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 109. p. 58.

405 “[...] é de se ressaltar a importância do *marketing* como conjunto de atividades voltadas ao incremento do consumo, porquanto, ainda que tenha seu surgimento ligado à necessidade de um melhor aproveitamento do mercado – que, devido ao seu desenvolvimento, foi tornando cada vez mais difícil a realização das trocas entre comerciantes e consumidores –, possui um incontestável poder manipulador. Com efeito, se por um lado o *marketing* busca facilitar o conhecimento, pelo consumidor, dos fornecedores e produtos existentes no mercado, por outro, incute nele a importância do produto, a seriedade do fornecedor e o desejo de sua aquisição. É justamente esse reflexo do *marketing* que repercute no mercado da oferta.” Cf. BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação**: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 66-67.

televisão, para sugerir aos consumidores produtos e serviços⁴⁰⁶.

Inoculado, esse "texto de confiança" poderá lançar o sujeito a toda a sorte de mazelas, possivelmente planejadas pelo criador do *texto*. Quando seduzido, a percepção do consumidor acerca dos riscos se torna mínima ou nula, direcionando-o a uma série de possibilidades, pois ele não consegue mais desconfiar.

Por ter o *texto* essa especial função de entorpecer o consumidor mediante uma promessa de poder por intermédio do consumo, verifica-se o nascimento de uma super vulnerabilidade respaldada pela voz da confiança. Essa "promessa" gera uma expectativa, uma dívida. Quando não há correspondência a essa expectativa, há uma quebra na comunicação: uma complexidade. Sendo a confiança o que dá forma ao texto, verifica-se uma responsabilidade⁴⁰⁷.

O poder aí inserido exerce, sob o formato de uma promessa, uma espécie de coação à medida que direciona o indivíduo a crer na expectativa de satisfação mediante a relação consumerista que se desenvolve. Esse poder poderá determinar comportamentos e, mais que seduzir, tem capacidade até mesmo para compelir o indivíduo ao consumo à medida que o condiciona a se identificar como um desprovido ou uma espécie de perdedor do "poder" quando não possui acesso ao bem.

O *texto*, por isso, passa a ser instrumento de dominação à medida que arremata os interesses. O ato de consumir é elevado mediante o *texto* e, do outro lado, se conceitua como ignaro quem não se submete ao discurso de confiança sugerido por ele. O *texto* é epidêmico, ardiloso e esperto; ele informa como também deforma. E na internet, para além do texto em palavras, vale-se o emissor da imagem, do som, das associações e outros meios possíveis para que o indivíduo consuma⁴⁰⁸.

406 GERTNER, David; DIAZ, Andrea Narholz. Marketing na Internet e comportamento do consumidor: investigando a dicotomia hedonismo vs. utilitarismo na WWW. **Revista de administração contemporânea**. [online]. 1999, vol.3, n.3, pp. 131-156. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v3n3/v3n3a07.pdf>>. Acesso em: 08 ago 2009.

407 "O teor exacto dos interesses considerados no campo da publicidade através da culpa na formação dos contratos depende da sua caracterização dogmática. Entendendo-se que este instituto possibilita apenas a sindicância do comportamento do anunciante segundo um critério de *correção e proibidade do seu comportamento*, a protecção não alcança naturalmente as expectativas específicas relativas à qualidade e características dos bens publicitados *em si mesmas consideradas*. Essas expectativas só seriam tuteladas na medida em que um comportamento publicitário idóneo devesse conduzir à sua realização. Semelhante obrigação não existe porém, uma vez que na publicidade a honestidade e lisura exigíveis do anunciante apenas lhe impõe que não crie falsas expectativas, não que promova "positivamente" a sua verificação. Nada disso colide com a admissão de uma autêntica responsabilidade pela confiança: uma tutela que não visa no entanto proporcionar um sucedâneo indemnizatório para a frustração das expectativas acalentadas pela publicidade, pois esta implicaria a admissão da vinculação do autor da publicidade ao conteúdo das declarações, o espaço por princípio privativo da promessa negocial." Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 207-208.

408 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo

Daí se faz necessário proteger as expectativas legítimas do consumidor, por intermédio da ação do Direito⁴⁰⁹. É por esse motivo que se pugna por uma mudança de paradigma, com a proteção da boa-fé por intermédio da Responsabilidade Civil aplicada à criação da confiança nas relações consumeristas.

2.3.3 *Texto e garantia do texto*

A natureza determina que o ser mais preparado frente ao seu modo de vida tem condições de melhor se adaptar e superar os impecilhos ou complexidades a que está exposto⁴¹⁰. Da mesma forma, isso pode ser verificado quando se trata da atuação humana em condições de ineditismo ou desbravamento: aquele que reunir características decorrentes de experiências anteriores provavelmente será o indivíduo mais apto a solucionar os problemas que porventura advierem⁴¹¹. Tais caracteres, que fazem certas pessoas sobrepujarem seus semelhantes, têm como finalidade tornar facilitada a vivência; pois eles permitem a superação dos riscos e, conseqüentemente, diminuem as complexidades.

Os seres humanos, por sua especial capacidade de usar a razão, encontram-se, a todo momento, na busca de meios que os tornem aptos a produzir mais despendendo menos esforço⁴¹². Assim é que se concentram investimentos para esse desenvolvimento em torno do conhecimento⁴¹³. O saber (conhecimento), em linhas de perenidade, será elemento tão indispensável quanto a água para a espécie humana. Esse conhecimento, por seu turno, se

dos Negócios Jurídicos de Consumo no Comércio Eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60.

409 “[...] hay que insistir en que la función de la norma no es orientar las motivaciones (allí entrarían demasiadas casualidades y equivalencias funcionales en juego), sino en algo contrario: que la norma se establezca, mediante aseguramientos, frente a los hechos. La norma no asegura un comportamiento conforme a la norma; sin embargo, protege a quien tiene esta expectativa. Al mismo tiempo, en el orden de la interacción, ofrece ventajas sobre todo en los casos en los que la norma no se cuestiona. La norma favorece, de muchas maneras, su imposición.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 192.

410 “A chave é a adaptação a novas circunstâncias e adaptação envolve modificação. Os sobreviventes são os bem-adaptados – isso é, aqueles que exibem variação benéfica e permanente (herdável), enquanto aqueles que não a exibem são eliminados. Darwin encontra uma “explicação natural” para o mistério da origem e decadência das espécies – espécies são como indivíduos: nascem, desenvolvem-se e morrem. Seguindo a analogia, o mecanismo para explicar a produção de espécies novas é um mecanismo que explica a comunidade de descendência com modificação por meio da preservação de variedades bem adaptadas às suas condições de vida (o que implica serem portadoras de variações favoráveis) e eliminação das não bem adaptadas.” Cf. REGNER, Anna Carolina K. P. A teoria darwiniana da seleção natural sem a leitura de Malthus. In: MARTINS, Roberto de Andrade *et al.* **Filosofia e história da ciência no Cone Sul**. 3º Encontro. Campinas: AFHIC, 2004. p. 58. CD-ROM.

411 “El hecho de que la experiencia sea autoactivante constituye el requisito principal para enfrentar la complejidad del mundo y reducirla a directrices significativas para la conducta.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 29.

412 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 67.

413 “Os problemas de preservação e de adaptação contínua surgem como decorrências dos desenvolvimentos técnicos e exigem o emprego de técnicas especiais, baseadas na complexidade já alcançada.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: UNB, 1985. (Pensamento Político n. 73). p. 59.

aglutinará seja por experiências ou por interpretação e influência de modelos (constituídos a partir de experiências)⁴¹⁴.

Nessa mesma linha, não se permitiria concluir que na chamada Sociedade de Informação o poder mais preponderante e decisivo fosse outro que não a informação⁴¹⁵. Graças às tecnologias de informação e comunicação ensejou-se o acesso, criação e disponibilização do conhecimento por meio de um canal que veicula conteúdo de abrangência mundial denominado internet: eis o novo paradigma tecnológico⁴¹⁶.

Aliás, no caminho do poder mediante o domínio de conhecimentos⁴¹⁷, que proporcionam a sobrevivência, é que adveio essa tecnologia⁴¹⁸. Quando se domina as TIC, detém-se informação e, por conseguinte, se angaria mais uma forma de poder.

Se o controle da informação e, em decorrência do conhecimento, se apresenta como uma forma de discriminação positiva, igualmente, determinar o que servirá de conteúdo segue sendo um meio de dominação. Ou seja, aquele que construir e divulgar o já mencionado *texto* terá o controle senão de tudo⁴¹⁹, ao menos de grande parte do que será assimilado pelos

414 “Entre os vários enfoques direcionados para a construção do conhecimento destacam-se a aprendizagem por ensaio e erro, também denominada aprendizagem mediante tentativas, e aprendizagem por observação do comportamento das pessoas que integram o ambiente social em que se insere cada ser humano, mais conhecida como aprendizagem vicária ou por modelação. [...] A aprendizagem por ensaio e erro ocorre à medida em que se visa dominar dada situação. Nessas tentativas cometem-se erros paralelamente a alguns acertos. É muito provável que, ao retornar ao problema, os erros sejam eliminados e os acertos memorizados. Por seu turno, a aprendizagem vicária processa-se por meio da observação do comportamento de outras pessoas que, para o aprendiz, desempenham o papel de modelos. A aprendizagem da linguagem é um evidente exemplo da presença da modelação. Se alguém em seu entorno, ouvir outros usarem palavras cultas ou populares, polidas ou chulas, presumivelmente também as inserirá em seu falares rotineiros.” Cf. BANDURA, Albert. **Modificação do comportamento**. Rio de Janeiro: Interamericana, 1979. p. 87.

415 “A informação e o conhecimento, de fato, são doravante a principal fonte de produção de riqueza. Poder-se-ia retorquir que isto sempre foi assim: o caçador, o camponês, o mercador, o artesão, o soldado deviam necessariamente adquirir certas competências e se informar sobre seu ambiente para executar suas tarefas.” Cf. LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 54.

416 “A primeira característica do novo paradigma é que a informação é sua matéria-prima: *são tecnologias para agir sobre a informação*, não apenas informação para agir sobre a tecnologia, como foi o caso das revoluções tecnológicas anteriores. O segundo aspecto refere-se à *penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias*. Como a informação é uma parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora, com certeza, não determinados) pelo novo meio tecnológico. A terceira característica refere-se à *lógica das redes* em qualquer sistema ou conjunto de relações, usando essas novas tecnologias da informação. A morfologia da rede parece estar bem adequada à crescente complexidade de interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento derivado do poder criativo dessa interação. Essa configuração topológica, a rede, agora pode ser implementada materialmente em todos os tipos de processos e organizações graças a recentes tecnologias da informação. Sem elas, tal implementação seria bastante complicada. E essa lógica de redes, contudo, é necessária para estruturar o não-estruturado, porém preservando a flexibilidade, pois o não-estruturado é a força motriz da inovação na atividade humana.” Cf. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 108.

417 LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: UNB, 1985. (Pensamento Político n. 73). p. 67.

418 PEREIRA, Ricardo Alcântara. Breve introdução ao mundo digital. In: BLUM, Renato Opice (coord.). **Direito Eletrônico**. A Internet e os Tribunais. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 25.

419 LUHMANN, Niklas. op. cit.. p. 6.

receptores.

É nesse poder que parte a discussão da vulnerabilidade desses receptores quando atuam como consumidores. Há diferença entre *texto* e texto e, decorrente disso, um *deficit* para o sujeito receptor saborear a verdade. A contingência adquire forma, sobretudo porque os riscos estão enclausurados no possível omitir do emissor. Assim é que, de um lado, há o controle do que pode e daquilo que se deseja ser captado pelo receptor; na outra ponta, o risco.

No tocante a isso, é pertinente que se faça uma ressalva no que concerne aos negócios desenvolvidos pela internet; o domínio do discurso cria sim risco e, por consequência, desigualdade nas interações humanas. Nesta senda, mediante as características onde a rede opera, existem condições propícias para que o *texto* ganhe mais poder de sedução^{420 421}.

Algo que venha a ser sucesso na internet demanda exaustiva pesquisa. Além do cartesiano "oferta e procura", o *texto* está recheado de manobras e espertezas das mais variadas fontes do conhecimento humano, direcionadas para um fim único: mexer com o indivíduo e provocá-lo. Teoria das cores, *feng shui*, comparativos, apelos a elementos pretéritos, entre outros meios, direcionam o *texto* a acupunturar a mente do receptor transformando-o em fantoche de consumo⁴²². Assim, Cláudia Lima Marques se manifesta:

A importante pergunta que se coloca é se este meio eletrônico realmente aumentou o poder decisório do consumidor/cibernauta. A resposta é novamente pós-moderna, dúbia (*claroscuro*, em espanhol), porque a Internet traz uma aparência de liberdade, com o fim das discriminações que conhecemos (de cor, sexo, religião etc.) e o fim dos limites do mundo real (fronteiras, línguas diferentes, riscos de viagens etc.), mas a vulnerabilidade do consumidor aumenta. Como usuário da *net*, sua capacidade de

420 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 67.

421 “Ei-nos portanto de volta ao problema da leitura. Sabe-se que os primeiros textos alfabéticos não separavam as palavras. Foi só muito progressivamente que foram inventados os espaços em branco entre os vocábulos, a pontuação, os parágrafos, as divisões claras em capítulos, os sumários, os índices, a arte da paginação, a rede de remissão das enciclopédias e dicionários, as notas de pé de página... em suma, tudo o que facilita a leitura e a consulta dos documentos escritos, para articulá-los além de sua linearidade, essas tecnologias auxiliares compõem o que poderíamos chamar de uma aparelhagem de leitura artificial. O hipertexto, hipermídia ou multimídia interativo levam adiante, portanto, um processo já antigo de artificialização da leitura. Se ler consiste em selecionar, em esquematizar, em construir uma rede de remissões internas ao texto, em associar a outros dados, em integrar as palavras e as imagens a uma memória pessoal em reconstrução permanente, *então os dispositivos hipertextuais constituem de fato uma espécie de objetivação, de exteriorização, de virtualização dos processos de leitura*. Aqui, não consideramos mais apenas os processos técnicos de digitalização e de apresentação do texto, mas a atividade humana de leitura e de interpretação que integra as novas ferramentas.” Cf. LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 43-44.

422 “No caso das relações entre consumidor e fornecedor, este controle informacional, técnico e de linguagem está plenamente concentrado no lado do *expert*, do fornecedor e do organizador e do intermediário da cadeia de fornecimento por internet. A própria autoria da mensagem, a identidade e localização do fornecedor são momentos de vulnerabilidade do consumidor.” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 73.

controle fica diminuída, é guiado por *links* e conexões, em transações ambigualmente coordenadas, recebe as informações que desejam lhe fornecer, tem poucas possibilidades de identificar simulações e “jogos”, de proteger sua privacidade e autoria, de impor sua linguagem. Se tem uma ampla capacidade de escolher, sua informação é reduzida (extremo déficit informacional), a complexidade das transações aumenta, sua privacidade diminui, sua segurança e confiança parecem desintegrarem-se em uma ambiguidade básica: pseudo-soberania do indivíduo/sofisticação do controle!⁴²³

Em virtude da mencionada desproporção, evidencia-se que o receptor do *texto* poderá ser traído pela arte e, dessa maneira, ser lesionado pela verdade que lhe foi omitida. Vulnerável frente aos riscos da rede e do *texto*, o receptor da mensagem, consumidor em potencial, precisa ser tratado de maneira diferenciada.

A relação emissor e receptor, *in casu*, não está fundamentada pelo critério isonômico, sobretudo quanto à mensagem do *texto*; e não do texto sincero. Daí a necessidade de tratar o receptor de maneira desigual⁴²⁴; porquanto, distante de influenciar no *texto*, lhe é permitido, tão-somente, receber a mensagem e avaliar os riscos inerentes a ela. Assim, calha existir um instrumento que proporcione equilíbrio em tal relação garantindo as expectativas geradas.

Se existe um texto, que se caracteriza por ser um meio de exercer dominação, por intermédio da sedução, é mister proteger o receptor garantindo esse *texto*⁴²⁵. Tal problema demanda uma resposta do sistema. Como já se frisou, em um mundo hipercomplexo, onde se inserem os atores da sociedade, o que se constitui filtro de razoável eficácia (pois ainda não se chegou ao caos) é o direito. Para Luhmann:

La función del derecho consiste tan sólo en posibilitar la seguridad de la expectativa, precisamente en vistas de las decepciones previsibles – e inevitables. [...] La seguridad de la expectativa peligra también por el hecho de que un comportamiento conforme a la expectativa no pueda ser alcanzado: que no exista ni más ligera esperanza de realización de la expectativa, a pesar de que esté cubierta por el derecho. El derecho no puede estar continuamente diciendo: Usted tiene razón, pero desgraciadamente no podemos ayudarle. Tiene que ofrecer por lo menos sustitutos del cumplimiento de lo exigido (multas, indemnizaciones...) y tener la capacidad de imponerlos.⁴²⁶

Por esse motivo, o Direito precisa acordar a fim de tutelar as expectativas componentes da confiança que se incutem no discurso do *texto*. A propósito, Cláudia Lima

423 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71-72.

424 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 18.

425 “[...] a perda traduzida na frustração das expectativas relativamente aos préstimos do bem publicitado apenas poderá ser *per se* merecer reparação na medida em que se possa afirmar um direito do adquirente à realização dessas expectativas.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 203.

426 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 210.

Marques acentua:

[...] no comércio eletrônico é necessário um *revival* do comunicado/informado de forma responsável (*Verantwortung*), da imputação (*Zurechnung*) a um agente da sociedade de deveres, de assegurar e proteger as expectativas legítimas despertadas no grupo coletivo de "expectadores", de impor garantias jurídicas mínimas (*Rahmengarantien*) e regulação (em especial na proteção de dados, *Datenschutz*), sem deixar de assegurar liberdade (*Privatautonomie*) e a possibilidade de uma definição própria de como e com que conteúdo ocorrerá a sua contratação (*Sebststeuerung*). Ou, como afirma Wiebe, necessitamos evoluir para uma divisão de riscos no comércio eletrônico (*Risikoverteilung in elektronischen Geschäftsverkehr*), que se concentre menos na valoração da conduta de boa ou má-fé e mais no resultado fático que esta conduta teve no mundo virtual, com o nascimento de expectativas legítimas de consumidores-leigos.⁴²⁷

Reforça-se a necessidade de estabilizar as expectativas e dar segurança ao seu cumprimento⁴²⁸, pois as linhas do *texto*, a cada caractere, dão oportunidade à crença. Quando o indivíduo acredita, deposita sua fé em forma de ação e não é possível ignorar isso tão-só porque não se auferem pecúnia da confiança. Determinado um meio que tenha condições de reduzir as complexidades derivadas do voto de confiança (esperança que se concretize), aproximar-se-á o Direito de um estado de pacificação. Carneiro da Frada assim leciona:

[...] a *função de estabilização*, pois permite uma certa fixação de soluções e, deste modo, um efeito multiplicador de esquemas de decisão. Consegue-se dessa forma uma redução do risco de respostas não coincidentes para hipóteses semelhantes, conferindo realização ao princípio da igualdade de tratamento que é imposição da Justiça. A maior previsibilidade das decisões representa um óbvio corolário da uniformização e agregação das decisões através da dogmática.⁴²⁹

Garantir o *texto*, que dá ensejo ao depósito de confiança do receptor, não é senão a efetivação da proteção da confiança. Este procedimento é um indicador de que é imprescindível uma revalorização do paradigma da boa-fé^{430 431}, pois a esperança dos indivíduos não pode ser arrastada por todos os meandros, submetida à vontade de quem

427 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 49-50.

428 “La fijación a la forma del programa condicional se relaciona con la función del derecho, es decir, con la estabilización de las expectativas contrafáticas. Precisamente para el caso en que no se cumplan, las expectativas se plasman en la forma de normas. Esta substitución de seguridad (de las expectativas) por inseguridad (del cumplimiento) requiere de compensaciones estructurales. No se puede hacer también depender del futuro el hecho de que las expectativas, que desde ahora hay que determinar, deban de justificar-se en el futuro. Se quiere saber ahora, o mejor dicho, se quiere determinar la seguridad en el momento de la decisión, y eso sólo se puede garantizar en la forma de un programa condicional.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 258..

429 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 28.

430 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

431 Conforme item 2.3.5.

domina o *texto*.

2.3.4 Por um direito à Confiança

A instantânea impressão que se tem ao ler o termo *confiança* já faz com que as seleções no cérebro se conectem com elementos de segurança, probidade, boa-fé. Quando existe confiança, prospera a crença; acredita-se com fervor numa expectativa que há de se realizar. Desta forma, além das questões jurídicas, como já se afirmou, esta situação proporciona meios que permitem ao ser humano sobreviver consigo e com os demais atores do sistema social onde se insere⁴³².

Com base nisso, verifica-se a necessidade de proteger o que decorre das percepções de confiança: expectativas sinceras cujas propostas (promessas) satisfaçam o agente que as anseia. Para realizar tal tutela, que deriva da instigação de diversos sentimentos, mediante o recurso a vários códigos, utiliza-se um meio – o Direito - cujo poder pode reduzir as complexidades nos atuais moldes de relacionamentos humanos.⁴³³

Na sua acepção mais abrangente, o Direito exerce a função de proteger os bens jurídicos de maior relevância para a boa convivência dos atores do sistema social. Todavia, em razão da fragmentariedade⁴³⁴, é no campo do Direito Civil, especificamente no instituto da responsabilidade civil⁴³⁵, que residem os mecanismos mais adequados para se promover a tutela da confiança que se pretende colmatar.

A confiança, sentimento indispensável ao ser humano, é um dos requisitos mínimos para que se possa interagir dentro do sistema⁴³⁶. Por ela (confiança) estar presente nas relações sociais – ao mesmo tempo em que é pulverizada em partículas durante os processos de decisão e por isso não parecendo, *a priori*, relevante – é o que se destaca como fator imprescindível nos processos de comunicação.

Confiar, outrossim, é um ato que facilita as interações em sociedade. Se o indivíduo buscasse informação suficiente antes de tomar cada decisão, aumentar-se-ia consideravelmente o custo de sua participação, pois precisaria confirmar pessoalmente realidades que lhe são sugeridas; e, ainda assim, correria o risco de ser enganado por sua

432 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 14.

433 “Com efeito, se o Direito comina a necessidade de adoptar um certo comportamento destinado a realizar ou a não defraudar representações alheias, isso significa já de si o reconhecimento de que a confiança a proteger se revela digna de tutela [...]” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 592-593.

434 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 149.

435 CARNEIRO DA FRADA, op. cit. p. 42.

436 LUHMANN, Niklas. op. cit. p. 6.

própria interpretação. Nesse sentido, Ricardo Lorenzetti ensina:

La conducta individual tiende a simplificar, reduciendo los costos de transacción y el agotamiento psicológico que significaría pretender entender cada uno de los sistemas con los cuales uno se relaciona. Un ser racionalmente orientado no podría vivir, porque debería solicitar información sobre cada sistema, conocer el mismo, y luego actuar. La regla es la disminución de la información que se obtiene para actuar, derivada de su alto costo marginal y de oportunidad; disminuye la racionalidad y aumenta la fe en los sistemas complejos, lejanos, abstractos, que llega a ser casi religiosa. El acto de relacionamiento con el sistema se automatiza, se simplifica de modo tal que el sujeto que lo celebra no tiene conciencia de sus efectos jurídicos.⁴³⁷

Portanto, quando se confia, também se viabilizam as relações a ser desenvolvidas, pois se reduzem as complexidades, atenuando os riscos. No âmbito dos negócios jurídicos nota-se que não existem instrumentos suficientemente capazes de conter as complexidades inerentes à proteção das expectativas. Apenas a doutrina da confiança é que servirá de filtro para reter boa parte das partículas da má-fé, em busca da estabilização⁴³⁸.

Trazendo luzes sobre a questão do comércio por intermédio das tecnologias de informação e comunicação, apelar à teoria da confiança com a finalidade de garantir segurança nas relações jurídicas parece inevitável. Guilherme Magalhães Martins assim se pronuncia:

Na contratação eletrônica via internet, a confiança dos contratantes, que integra parte do conteúdo substancial da boa-fé, deve ser tutelada em face da especificidade do meio, garantindo uma expectativa legítima da parte sob o ponto de vista da segurança e informação.⁴³⁹

Assim sendo, a confiança, além de funcionar como um filtro redutor de complexidades, deve ser avaliada como um bem jurídico digno de tutela^{440 441}. Portanto, incorre-se em equívoco quando é posta à margem pelos atores do sistema no instante em que se relacionam, seja qual for o momento. Assim, desde quando uma parte se interessa pela proposta que vem a conhecer até quando ocorre o final da relação, a confiança depositada precisa ser levada em consideração para valorizar a expectativa criada.

Tratando-se de negócios jurídicos desenvolvidos por intermédio da internet, multiplicam-se as relações concernentes à tutela da confiança. Pois, pela particularidade da

437 LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 35, 2000. p. 9-38.

438 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 69-73.

439 MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 64, 2007. p. 43-70.

440 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. op. cit. p. 19.

441 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

relação, o tipo de valor a que se agarra o indivíduo compõe-se, em maior grau, daquilo que ele próprio entende como hábil⁴⁴². É de se salientar, porém, que esta ideia naturalmente adveio de um ou mais conceitos adquiridos previamente, concentrados no que apresenta o *texto*.

Neste caso específico, frente a um contrato quase que totalmente desumanizado⁴⁴³, o indivíduo passa a contar inteiramente com os dados que lhe são apresentados. Tal fato, que gera uma interpretação (premeditada), alcança uma conclusão ou fim desejado; nesse contexto, a água que movimentou o monjolo do consumo se denomina confiança. Excluindo-se os néscios, realizou-se o negócio jurídico tão-só porque se verificou ser possível a satisfação de uma expectativa: confiou-se.

Infere-se, pois, que a confiança se apresenta como um bem jurídico que deve ser protegido a qualquer preço. Por isso, é imperioso que a frustração do confiar deva ser compensada de alguma maneira, com a finalidade de restabelecer o equilíbrio entre as partes que negociam⁴⁴⁴. Carneiro da Frada afirma: *Está especificamente em causa o pensamento de que a frustração da confiança de outrem é susceptível de conduzir à obrigação de indemnizar*⁴⁴⁵. Coincidentemente, assim também se expressa Ricardo Luis Lorenzetti: *La confianza en que el otro se comportará de buena fe, está jurídicamente protegida en el Derecho, ya que la violación de esa expectativa dá lugar al resarcimiento al interés de confianza o interés negativo*⁴⁴⁶.

Em decorrência, não prescinde conhecer no âmago do indivíduo se ele realmente creu em certa situação, como também se havia elementos suficientes que o levaram a confiar. É nos fatores que compõem a linha do decidir, qual seja, o *texto*, no qual se encontra a matriz da

442 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

443 Ibid. p. 65.

444 “A respeito da proteção da confiança: “Na doutrina germânica, reclama-se uma protecção indemnizatória da confiança para cobrir duas grandes áreas. Por um lado a dos casos em que alguém deve responder pelos danos causados por uma declaração sua viciada ou inexacta, ou então pela respectiva omissão, como ocorre paradigmaticamente no âmbito da *culpa in contrahendo* e em situações dela próximas, de responsabilidade por informações incorrectas. A elas corresponderia uma *responsabilidade por declarações (Erklärungshaftung)*. Por outro lado, a protecção indemnizatória da confiança teria por função tutelar posições jurídicas contra ataques ou ingerências lesivas (*Eingriffsschutz*) na pessoa ou no património alheio, conduzindo à reparação dos danos daí resultantes. Não estaria agora em causa proteger alguém na sua confiança em quaisquer declarações ou, mais genericamente até, em quaisquer factos externos destinados à captação da confiança. Todavia, também aqui o pensamento da confiança seria decisivo, porque este tipo de responsabilidade radicaria precisamente no facto de o lesado *expor* os seus bens, no âmbito do tráfico negocial, à intromissão da outra parte e, nesse sentido, lhos *confiar* (a atitude de “*anvertrauen*” da “*Anvertrauenshaftung*”). Esta apresentar-se-ia onerada, nessa medida, com deveres de protecção não subsumíveis à responsabilidade por declarações e responderia pelos danos causados pela sua violação.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 76.

445 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. op. cit. p. 75.

446 LORENZETTI, Ricardo Luis. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 35, 2000. p. 9-38.

responsabilidade⁴⁴⁷. Desde que haja um discurso que convença o indivíduo, mediante o conjunto de informações previamente escolhidas pelo emissor, haverá, sim, a responsabilidade.

2.3.5 Pelo direito à Boa-Fé

O discurso *texto* foi elaborado com elementos oriundos de outros textos. Isto é, se um dia existiu um texto original, ele se perdeu ou se pulverizou em outros textos; da mesma forma também não há um discurso isento. Portanto, um *texto* puro é o que muito provavelmente não se encontrará. Apela-se, analogamente, à Lei de Conservação das Massas, de Antoine Lavoisier⁴⁴⁸, para entender que as fontes do *texto* não são outras que não fragmentos de outros textos⁴⁴⁹. Semelhantemente, quando se trata de confiança, não provêm as peças desse quebra-cabeça senão de signos de confiança: discursos que contêm expectativas reduzidas e que possibilitem aguardar um futuro como se fosse certo⁴⁵⁰.

Elabora-se uma construção que se esmera por incrementar a boa-fé, fundamentada em modelos de confiabilidade reconhecidos fora da virtualidade⁴⁵¹. De início, há que se trabalhar o significado da boa-fé⁴⁵² e sua proposta na construção de um *texto* que seja efetivamente puro e isento das malícias do *marketing*. A boa-fé, para os romanos, associava-se a algo eminentemente puro, imaculado, ao passo que a má-fé era representada pela expectativa que,

447 “O originar de um *Tatbestand* de confiança conduziria à responsabilidade daquele que controlasse a fonte de perigo “propriamente dita” ou induzisse a displicência dos demais relativamente às cautelas que de outro modo tomariam com vista a evitarem danos; os deveres no tráfico surgiriam aí onde o tráfico confia ou deva confiar na ausência de um perigo especial.” Cf CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 235.

448 MARTINS, Roberto de Andrade; MARTINS, Lulian Al-Chueyr Pereira. Lavoisier e a conservação da massa. **Química nova**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Química, v. 16, n.4, 1993. p. 245-256.

449 “Desde suas origens mesopotâmicas, o texto é um objeto virtual, abstrato, independente de um suporte específico. Essa entidade virtual atualiza-se em múltiplas versões, traduções, edições, exemplares e cópias. Ao interpretar, ao dar sentido ao texto aqui e agora, o leitor leva adiante essa cascata de atualizações. [...] Ao mesmo tempo que o rasgamos pela leitura ou pela escuta, *amarrotamos* o texto. Dobramo-lo sobre si mesmo. Relacionamos uma à outra as passagens que se correspondem. Os membros esparsos, expostos, dispersos na superfície das páginas ou na linearidade do discurso, costumamo-los juntos: ler um texto é reencontrar os gestos têxteis que lhe deram seu nome.” Cf. LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 35-36.

450 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 15.

451 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161.

452 “Como ensinam os doutrinadores europeus, *fides* significa o hábito de firmeza e de coerência de quem sabe honrar os compromissos assumidos, significa, mais além do compromisso expresso, a 'fidelidade' e coerência no cumprimento da expectativa alheia independentemente da palavra que haja sido dada, ou do acordo que tenha sido concluído; representando, sob este aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações entre homens honrados, no respeitoso cumprimento das expectativas reciprocamente confiadas. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.

num segundo olhar, era traída por uma verdade repugnante⁴⁵³.

O agir com boa-fé é mandamento de honestidade inerente ao conviver em sociedade⁴⁵⁴. Evita-se, a todo o custo o comportamento desajustado com relação à lealdade, com o intuito de reduzir complexidades e propiciar maiores possibilidades de interação humana. Assim, o indivíduo que vier a se furtar de agir conforme esse mandamento torna-se merecedor de repressão do sistema social⁴⁵⁵.

A boa-fé, nesse sentido, é anterior à confiança, pois se trata de uma expectativa imprescindível no que concerne à convivência com outros indivíduos. Todos esperam sinceramente que todos ajam com boa-fé⁴⁵⁶. A confiança, portanto, recobre-se de uma segunda camada de expectativas, uma vez que ela permite aproximação até a certeza da boa-fé alheia. Exemplificando: suponha que A caminha por uma rua e B, outro transeunte, vem caminhando em sentido oposto. Espera-se firmemente que B não agredirá A. Além disso, se B encarar A com um sorriso e lhe disser “bom dia”, não só se presume que ele não desencadeará qualquer

453 “Na antiga Roma, celebrava-se a deusa Boa-fé. Ela era representada sob a figura de uma mulher vestida de branco, com as mãos juntas. Nos sacrifícios que lhe eram prestados, não se fazia derramamento de sangue e os sacerdotes deviam trajar túnicas brancas, com as mãos sempre cobertas pelo tecido das mesmas. Simbolizava-se a Boa-fé com duas mãos unidas. Alhures, a Má-fé, ou fraude, era uma divindade dos infernos. Esta deusa era caracterizada de duas formas. Primeiro com uma cabeça de aparência agradável, o corpo colorido e os membros em forma de serpente, portanto uma cauda de escorpião. Localizavam-na como um ser que vivia na água, onde apresentava só a cabeça, disfarçando o corpo dentro do rio, indicando que os enganadores mostram sempre as belas aparências e escondem as armadilhas que preparam. A segunda forma dessa divindade indicava para uma mulher de duas cabeças, metade jovem, metade idosa, nua até a cintura. Com a mão direita, apanhava um coração e com a esquerda, uma máscara. Sob a saia que vestia, apareciam a cauda do escorpião e as garras do abutre.” Cf. COMMELIN, P. **Mitologia grega e romana**. Rio de Janeiro: Ediouro, 198-. p. 255-256.

454 “Quem age com lealdade, age pensando nos interesses do parceiro e, por isso, honestamente. A boa-fé objetiva exprime, portanto, o mandamento de cada um agir considerando os interesses da contraparte, proscrevendo, a *contrario sensu*, o exercício inadmissível de posições jurídicas.” Cf. FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 163.

455 “Tudo isso, porém, pressupõe que existem chances para um entendimento sobre a norma atingida ou pelo menos sobre seus componentes essenciais. Frequentemente isso não é possível, ou não o é com a rapidez necessária, especialmente quando o próprio comportamento deixou muito evidente uma intencionalidade contra a norma. Nesses casos, inicialmente a norma é sustentada solitariamente. A saída mais importante e típica para essa situação forçada é a *sanção*. O desapontamento pune o desapontador por meio de olhares, gestos, palavras ou atos; seja para induzi-lo a um comportamento conforme à expectativa, ou seja apenas para salvaguardar demonstrativamente sua expectativa frente à decepção.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 73.

456 “Não interessa portanto por si aquilo em que a vítima da violação da boa fé acreditou. Quando muito, pode ser de averiguar se ela *devia poder confiar* no comportamento do outro. Mas as expectativas neste sentido 'razoáveis' ou 'legítimas' de um sujeito não são senão *uma projecção de exigências objectivas de comportamento impostas pela ordem jurídica*. Por outras palavras: *a tutela das expectativas mediante a regra da boa fé é apenas reflexa. Releva somente no quadro das exigências de probidade e equilíbrio de conduta que aquela veicula. São estas que conferem o fundamento da protecção concedida*. E, como é evidente, a esperança que o sujeito deposite na sua observância não tem qualquer relevo dogmático autónomo como confiança no simples acatamento de normas que é.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses).p. 452.

agressão, mas até se torna compulsório confiar na sua mansidão.

No que tange às relações de consumo, a boa-fé⁴⁵⁷ faz brotar alguns deveres para os atores, em especial para aqueles que se enquadram no papel de fornecedores. Cabe a eles agirem com a probidade inerente à posição que ocupam, sobretudo prezando pela qualidade e conteúdo da informação⁴⁵⁸ que disponibilizam aos consumidores^{459 460}.

Considerando que a boa-fé seja inerente às interações humanas, é evidente que uma postura que esteja alinhada a esse comportamento não poderá se inverter sem que haja uma interferência no sistema que se formou⁴⁶¹. Há uma desestabilização, que, por consequência, dá ensejo a uma sanção. No âmbito que ora se pretende examinar - os sítios de aproximação⁴⁶² - que adiante serão enfocados, verificar-se-á essa quebra de expectativa geral, o que motiva a responsabilização. Trata-se, *in casu*, da *venire contra factum proprium* ou vedação contra fato contraditório:

Ocorre o *venire contra factum proprium* quando a pessoa adota determinado comportamento – via de regra, não fazendo uso de um direito reconhecido pela ordem jurídica – criando ou fortalecendo na contraparte a situação jurídica surgida como decorrência desse comportamento e posteriormente age em contradição com a situação criada. Em outras palavras, caracteriza-se o comportamento contraditório quando o titular não exerce um direito próprio, despertando na contraparte a impressão legítima e justificada de que não mais o exercerá e, posteriormente,

457 “O princípio da boa-fé permeia todas as ações humanas, sendo regra ínsita aos próprios valores éticos e morais da sociedade. Não poderia ser diferente nas relações de consumo. [...] Não causa estranheza que apareça inserto em todo o conteúdo do Código de Defesa do Consumidor, visto que seus legisladores declaradamente utilizam-se da técnica da repetição para dar enfoque especial àqueles assuntos que o merecem. Correta a inclusão expressa do princípio da boa-fé como princípio fundamental da Política Nacional de Relações de Consumo, embora acreditemos que a boa-fé seja instituto que deveria se exteriorizar espontaneamente pela natureza humana.” Cf. EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 110.

458 “Conquanto seja um direito básico do consumidor e uma decorrência do princípio da transparência, a informação ao consumidor assume posição relevante para instrumentalizar sua defesa. É a obrigação do fornecedor informar ao consumidor todos os dados acerca dos produtos e serviços, como quantidade, riscos, características, composição, data de validade, qualidade e preço, para que o consumidor possa exercer livre e conscientemente sua escolha (CDC, art. 6º, III, c/c os arts. 8º, 9º e 10). Entre o direito do consumidor e a obrigação do fornecedor intercala-se o dever do Estado de exigir e fiscalizar que essa informação seja efetivamente procedida e de forma adequada. Só assim estará implementado o direito e assegurado o cumprimento da obrigação.” ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62.

459 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 186.

460 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 58.

461 “[...] a mudança de comportamento se revela abusiva e conseqüentemente inadmissível quando a conduta anterior do agente cria legitimamente na contraparte uma situação de confiança com base na qual a mesma passa a pautar a sua própria conduta.” Cf. FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 171.

462 “Sítio de Aproximação é o espaço virtual disponibilizado por empresas para todos os internautas, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, que por intermédio dos serviços de aproximação do sítio, podem comprar ou vender mercadorias.” Cf. PAIVA SIMON, Cláudio Antônio de. O “Mercado de Peixes” da sociedade de informação. **Revista Consulex**. Brasília: Consulex. Ano IX. Nº 201. 31 maio 2005. p. 52-54.

frustrando a expectativa criada em torno da situação, vem a exercê-lo [...] ⁴⁶³

Assim, se faz necessário que os comportamentos estejam estabilizados ⁴⁶⁴ e, por conseguinte, que as expectativas sugeridas alcancem sua congruência, ou seja, se correspondam. Nas relações de consumo, isso toma forma – com maior evidência – no contrato; com ele as partes estabelecerão seus anseios com a finalidade de alcançar seus desígnios ⁴⁶⁵.

A interação dos indivíduos no atual modelo de sociedade exige um comportamento expectante de que o outro não venha a subtrair-se do mútuo dever de solidariedade ^{466 467}. A boa-fé corrobora nesse sentido, pois propõe que nas circunstâncias de um contrato, a atuação das partes deve se balizar nos deveres de proteção, informação e lealdade ⁴⁶⁸. Assim ressalta, a propósito disso, Lucíola F. L. Nerilo:

A sociedade cunhou determinados modelos de conduta que devem ser respeitados pelas partes que estabelecem qualquer negócio jurídico. São regras genéricas que primam pela honestidade e lealdade entre os contratantes para que não se defraude a confiança do comparte. ⁴⁶⁹

Dentre tais deveres, a informação destaca-se de forma eminentemente notável na proposta dos sítios de aproximação por tratar-se de uma possibilidade contratual ímpar no sistema jurídico, que só pode ser veiculada por intermédio da internet. A boa-fé é pressuposto da *boa informação*. Para Karina Nunes Fritz:

A importância da informação mede-se precisamente por sua influência na formação do juízo de conveniência e oportunidade do negócio a ser firmado, de modo que, de posse dessa informação, ou as partes não chegam à conclusão do contrato ou o

463 FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 171.

464 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 316.

465 “[...] a importância do contrato na sociedade de consumo em massa está, não só no volume de sua incidência, como também na constatação de que nem sempre o ato de contratar decorre de uma vontade pura e simples, senão de uma necessidade do modo de vida contemporâneo. Esse cenário obrigou o pensamento jurídico-social a um questionamento: se determinadas práticas negociais se tornarem corriqueiras e universais, como será o mundo? Ou seja, como será a nossa sociedade se tais comportamentos forem aceitos como naturais em todos os negócios que se seguirem daqui adiante? Como as relações de consumo se desenvolvem em massa, a aceitação e proliferação de um determinado comportamento negocial lançará seus reflexos para muito além das esferas jurídicas dos dois interessados envolvidos. Posta essa problemática, é simples entender o cenário de ressurgimento da boa-fé objetiva.” Cf. NERILO, Lucíola F. L. A responsabilidade civil pelo descumprimento da cláusula geral de boa-fé nos contratos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 866. 2007. p. 67-98.

466 LUHMANN, Niklas. op. cit. p. 635.

467 CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. p. 70.

468 FRITZ, Karina Nunes. op. cit. p. 219-238.

469 NERILO, Lucíola F. L. op. cit. p. 67-98.

fazem sob diversas condições.⁴⁷⁰

Cláudia Lima Marques, endossando esse posicionamento enfatiza que “os atos negociais prévios à conclusão de contratos fazem nascer para os fornecedores deveres de conduta como o dever de informar, o dever de cuidado e o dever de cooperar”⁴⁷¹. Por isso, é indispensável tutelar a boa-fé na perspectiva do consumo, por ser substancial elemento para o despertar da confiança no ato decisório alheio.

2.3.6 Até onde se pode confiar

Nesse processo não se está a realçar a confiança, *per si*. O ato de confiar, como já se assinalou, é rodeado de uma série de subjetivismos, de comportamentos oriundos do próprio indivíduo (em experiências passadas⁴⁷²) associados à sua integração com a parte externa (sistema), que o conduzirão a uma síntese, a qual resultará em uma decisão positiva ou negativa frente às possibilidades que se apresentam.

Nesse rumo, torna-se preciso estabelecer determinados limites para compreender onde começa a confiança, a fim de não confundi-la com a ingenuidade⁴⁷³. Não se pode confiar em qualquer informação que se apresente. Destarte, ao avaliar uma alternativa, dentro do processo de decisão, cabe ao indivíduo estar atento às circunstâncias que compõem a cena onde ela se localiza. Havendo condições mínimas que alcancem o patamar consciente de uma possibilidade, pode-se então assegurar que nasceu a crença naquele objeto de observação.

Nesses termos, o ator poderá, tão-somente, tangenciar os limites do sugestionamento da confiança veiculado pelo *texto*. Encontrando-se esse parâmetro demasiadamente aberto, é provável que ocorra toda a sorte de escusas por quem manipula o confiar. Assim sendo, é necessário construir esse limite até a fronteira do que efetivamente se cria. Não se solicita nada a mais que garantir de fato o que se apresenta⁴⁷⁴.

Ab initio, já pode surgir uma crítica que apele para a obviedade. É evidente que o apresentado, antes que o sugerido, deva ser aquilo que se garante. Todavia, é na origem da

470 FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 227.

471 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 157.

472 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 32-33.

473 Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 99.

474 “Se os contratos devem ser executados conforme a boa-fé (art. 4º, III, do CDC, combinado com o art. 442 do CCBt./2002), a informação prestada por meio eletrônico ou na publicidade sobre o serviço ou produto material ou imaterial (arts. 30 e 31 do CDC) deve ser cumprida. Se a prestação não é aquela informada, não é conforme e há vício.” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 86.

situação que reside o cerne da problemática. O que se expõe aos sentidos não se retribui em verdade. Ou seja, a verdade que se lê não é a verdade que se pratica; não existe leitura condizente *ipsis litteris*, oxalá com a possibilidade de interpretação além do *texto*.

As buscas por expectativas raramente ultrapassam a visão que se permite, seja da coisa, de suas possibilidades ou do discurso que se imagina. As expectativas têm um limite, que parece estar muito claro para todos os que se relacionam. A grande complexidade gira em torno dessas leituras: por que o que se lê – que é aquilo em que se crê – não corresponde ao que é? Poder-se-ia culpar o discurso, o *texto*; entretanto, ambos permanecerão. O que carece é revesti-los com verdade; nada mais. Reitere-se que o limite da confiança é a verdade⁴⁷⁵!

É preciso haver congruência entre o que se oferece e o que se realiza. Não se espera mais nem menos. É nessa expectativa que se agarra quem confia⁴⁷⁶: no discurso do emissor. Quando para a situação sobrevêm as luzes do consumo, especialmente se crê no que se apresenta; nada além disso. Entretanto, as saborosas descrições emitidas pelo *texto*, não raro, se atam tão-somente ao que pode ser verdade. De forma mais direta: expõe-se um *além verdade*⁴⁷⁷. Nesse sentido, é relevante salientar que a informação deve se adequar ao princípio da transparência. Para Cláudia Lima Marques:

A transparência nos contratos de consumo pode ser vista como um direito do contratante mais fraco ou como um dever imposto ao contratante mais forte, que leva ao dever de informar lealmente ao dever de transparência contratual ou informação – e no caso do comércio eletrônico, perenização – do instrumento contratual. Transparência aqui é regra de comportamento negocial e – ao mesmo tempo – qualidade do negócio jurídico concluído no mercado eletrônico de consumo. Sob a ótica da confiança do consumidor, é a transparência nas práticas negociais que pode levar ao consenso ou declaração de vontade racional do

475 “A verdade todavia é que uma conduta idônea para gerar a confiança alheia não constitui necessariamente uma fonte de perigo a que se possa conezionar um dever desse género. A prestação, por exemplo, de uma informação somente significará um *risco* quando for incorrecta ou incompleta. Ora, se a produção da confiança não é susceptível de, por si só, ser concebida como ilícita, parece que aquilo seja decisivo na tese da recondução da responsabilidade pela confiança à violação de deveres no tráfico é tão-só o desrespeito do dever de não ocasionar uma situação potencialmente geradora de danos, aqui a confiança injustificada de outrem. Na situação figurada, a responsabilidade derivará portanto do facto de incumbir ao informante uma atitude diligente na certificação da informação e de a não disponibilizar fora dessas condições. Ela tende pois a conezionar-se, não tanto a um *Tatbestand de confiança* (susceptível de imputação a um sujeito), mas ao comportamento que o originou, *valorado enquanto conduta susceptível de provocar um prejuízo*.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 265-266.

476 “Sin embargo, la base racional de la confianza en el sistema yace en la confianza depositada en la confianza de otras personas.” Cf. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 121.

477 “O exagero não é empregado 'gratuitamente'. O certo é que sempre há um fundamento mercadológico para as técnicas publicitárias. O anunciante só usa o exagero porque o vê como benéfico aos seus negócios, e tal só pode ser pela sua convicção de que alguns consumidores acreditarão na mensagem exagerada. [...] o exagero, mostrando-se capaz de induzir o consumidor em erro ou abusando dos valores sociais, presta-se à caracterização da publicidade enganosa e abusiva, mesmo quando não tiver 'precisão suficiente'.” Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 207-208.

consumidor.⁴⁷⁸

Em relação ao contrato e sua apresentação, ao invés de uma descrição eminentemente rica e repleta de minúcias sobre o que se oferta, há uma adaptação polida e aparada do que se quer expor. A penumbra esconde a verdade e essa verdade pode se transfigurar em risco para quem lê o *texto*⁴⁷⁹. Apesar disso, os limites dos sentidos não são ultrapassados, talvez nem tangenciados. O que se vê é aquilo em que se crê: eis o ponto.

O limite da confiança deve ter como paradigma o que pode aduzir o homem médio, a partir do ambiente em que está inserido, pois o consumo é disponibilizado para todos. Não se pede que se desconfie do que está à disposição. Pede-se que a informação que está à disposição seja confiável. A fé dos indivíduos tem um valor que precisa ser elevado à condição de paradigma. Uma vez violada a expectativa do que se apresentou como verdade, fulminado estará o pacto da confiança e, por conseguinte, destruída a relação que havia sido construída⁴⁸⁰.

Com base em tal perspectiva, caberia ao indivíduo elaborar um juízo de valor a propósito do que lhe é disponibilizado, ou tão-somente reagir como se fosse efetivamente verdade o que lhe é apresentado⁴⁸¹? Ao que parece, a segunda alternativa se mostra mais amoldada aos interesses previstos em uma relação de consumo⁴⁸². Afinal de contas, o receptor do *texto* (consumidor) não vai criar a informação; ele apenas vai acessá-la.

Frequentemente, a mensagem traz em seu bojo uma expectativa na qual é possível que alguém se agarre em busca da satisfação decorrente do bem a ser adquirido. Da parte do receptor, não há uma interpretação surreal do que é ofertado. Raramente são dimensionadas

478 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 245.

479 JÚNIOR, Gonçalo. O exorcismo da internet. Psicólogos e advogados defendem moderação em críticas à rede e dizem que mídia virtual apenas exterioriza distúrbios do mundo real. **Revista Pesquisa FAPESP: Ciência e Tecnologia no Brasil**. São Paulo. n. 128. outubro 2006. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/?art=3078&bd=1&pg=1&lg=>>> Acesso em: 15 out 2006.

480 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 66.

481 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 388.

482 “Interessa àquele leitor-consumidor que recebe a informação, segundo Kloepfer, o seu conteúdo (*Informationsinhalt*) e a maneira ou ordem como é transmitida a informação, que é a chamada 'comunicação' (*Kommunikation*). Interessa, igualmente, no comércio eletrônico de consumo a rapidez e a maneira de perenizar esta informação, publicidade e texto. Kloepfer destaca que o ponto de partida do valor da informação é o levar em conta o 'estado informativo' (*Informationszustande*) em que se encontra o outro (o destinatário da informação). Este 'déficit informativo', de 'saber' ou 'não-saber' alguma coisa que é de domínio interno do profissional (segredos profissionais, marcas, patentes, know-how, e fórmulas, processos, ou instrumentos específicos de sua profissão ou atividade empresarial) ou de domínio público, mas que requerem especialização e tempo para conhecimento, é o que caracteriza o consumidor.” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 251.

com o devido rigor as consequências resultantes da aquisição de patrimônio. Trata-se de uma situação muito mais simples onde o que importa é apenas manter o ciclo contratual⁴⁸³, sem que haja rompimento das conexões que, baseadas no *texto*, unem os indivíduos.

Nessa direção é que se encontra o limite da confiança: confia-se no limite da oferta. Se um produto ou serviço é posto à disposição mediante o pagamento do preço determinado pelo ofertante, confia-se que, mediante tal pagamento, o receptor do *texto* também será quem recebe ou acessa o produto ou serviço. Todavia, não são infrequentes as situações em que o indivíduo enfrenta várias dificuldades para conquistar essa congruência de expectativas, o que, não obstante, parece tão trivial.

2.3.7 Confia-se na verdade do *texto*. E se o *texto* não contiver verdade?

Como se tem assinalado, o receptor do *texto* fica adstrito ao limite da oferta. Mediante as expectativas com que ele se depara dá-se a possibilidade ao indivíduo de agarrar-se a algo que se apresenta como verdade. Na consciência do receptor instala-se a crença na verdade tal como ele próprio a percebe; esta se sustentará desde que a conexão de expectativas lhe der suporte, o que se concretizará no momento posterior à celebração contratual, conforme a rotina da tradição⁴⁸⁴.

Examine-se um texto que serve para aproximar interesses, ou seja, para tornar congruentes as expectativas. Não raro, parece algo tão estridentemente irrelevante ou até desprezível que, à primeira vista, não mobiliza ânimo algum para quem avalia as possibilidades. Porém, é nesse momento de insignificância flagrante que se firma a discussão a respeito da problemática do consumo eletrônico: confia-se que as expectativas serão supridas, pois essa é a promessa^{485 486}.

Apelar a um provérbio não é algo cientificamente recomendável; todavia, se *promessa é dívida*, tolere-se aqui a indispensável reforma: *promessa é dívida*. Em virtude da impessoalidade, distância⁴⁸⁷ e dificuldade (proposital) de adaptação das relações contratuais

483 “O contrato cria uma ordem específica que se insere, por conseguinte, em *coordenadas mais gerais da pragmática da ação humana* e das esperanças que a acompanham, incentivam e delimitam. Nesse sentido, existem *expectativas que completam o quadro semântico da conduta humana*, mesmo que não integrem formalmente o conteúdo do acordo. É o *background* constituído por estes “pressupostos extracatuais do contrato” que desvenda de modo completo esse acordo na sua especificidade e sentido concretos para os sujeitos. A ordem jurídica, através da regra da conduta da boa fé, não lhes é – nem lhes poderia ser – (totalmente) insensível.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 456.

484 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 141.

485 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 108.

486 MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 69.

487 Ibid. p. 91.

via internet, espalhou-se um clima de anarquia propalando um discurso de acordo com o qual as transações mediante as tecnologias da informação foram rotuladas como ímpares, imprevisíveis, intocadas.

Surgiu, assim, o discurso do risco. E quem não é o autor deste discurso se não seu próprio emissor? Conjugou-se então o verbo *poder* com maior ênfase preferentemente antes que o *ser, fazer, realizar* e outros de alcance similar. Abriu-se o mundo a uma infinidade de riscos onde o *talvez* determinaria o que *poderia* acontecer.

Face à velocidade desse avanço, vem-se enfatizando a necessidade da criação de um novo direito que possa abarcar as novas complexidades^{488 489 490}. Oportuna e propositalmente se deu esse andamento, pois não se sabia o que a internet poderia gerar. Em razão disso, gritar por um novo direito serviria como um *gap* suficiente para que os primeiros desbravadores desse universo virtual pudessem crescer⁴⁹¹.

Sustentar o risco, destarte, transformou-se em meio particularmente eficaz para tornar cada vez mais flexível o uso da internet a serviço dos emissores do *texto* e menos seguro para os que desempenhavam o papel de receptores (consumidores). Confiar era imprescindível, porém, não era algo suficientemente seguro. Desde o advento da internet, embora avançando ao longo de um terreno irregular, caminhou-se em direção a conexões sólidas entre as expectativas. E foi através dos lentos passos da Justiça que se buscou e se continua buscando pavimentar a via do consumo.

No âmbito do consumo por intermédio da internet, como se vem enfatizando, o *texto* tem o poder para determinar as expectativas. Entretanto, esse mesmo *texto* poderá não ter todo o conteúdo de verdade necessário para oferecer garantias ao receptor⁴⁹². Pelo fato de ser a solução e também a complexidade, o *texto* terá supercotado seu valor em conteúdo: a informação.

A informação será o núcleo onde se ancorarão as expectativas ofertadas pelo *texto*. Destaque-se, nessa perspectiva, que aqui se selecionam tão-só as informações veiculadas como verdadeiras. Isto é, não se considera o artifício ou o artil inseridos no conteúdo. Mesmo assim, mediante o *texto* idôneo não se pode garantir uma certeza de verdade. Pois, talvez não

488 BLUM, Renato M. S. Opice (coord.). **Direito eletrônico**. A internet e os tribunais. Bauru: Edipro, 2001. p. 40.

489 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

490 OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 31.

491 MORAES E SILVA NETO, Amaro. **Falácia eletrônica**. A internet não criou um novo bem jurídico a ser tutelado. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/50802,1>>. Acesso em: 18 set 2007.

492 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.

haja verdade; entretanto, *pode* ser que haja⁴⁹³.

Além de ser um paradigma do *texto*, a informação é um direito fundamental, previsto não só na atual Constituição da República Federativa do Brasil como também na legislação consumerista⁴⁹⁴. Por esse motivo, a informação é geradora do conteúdo essencial que oferece qualidade às relações contratuais à medida que serve como fundamento para a efetivação do princípio da boa-fé nas relações, quaisquer que sejam, sobretudo as que tratam do consumo⁴⁹⁵.

Dessa maneira, quando se confia na provável *verdade* que se apresenta contida na informação do *texto*, espera-se que tal conteúdo, de fato, seja verdadeiro a ponto de cumprir a promessa da oferta. O problema então se concentra na falta de correspondência entre os estados pré-contratual e pós-contratual (consequência); e nesse ponto é que se revela a essência do valor da informação⁴⁹⁶.

Por ser sobremaneira importante nessa perspectiva, a informação passa a ter um peso significativo, pois é o que efetivamente determinará o que interessa ou não à parte receptora⁴⁹⁷. Portanto, quando o *texto* não contiver verdade, mas existirem elementos favoráveis à indução de comportamento⁴⁹⁸, evidenciar-se-á o nexo causal com a

493 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 52.

494 BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 47.

495 “A boa-fé objetiva impõe às partes a adoção de um comportamento reto e honesto nas negociações, o que passa pela comunicação das informações relacionadas ao contrato, especialmente daquelas relevantes para a formação do juízo, em cada um dos envolvidos, acerca da conveniência e oportunidade do negócio, como observa Benatti. A importância da informação mede-se precisamente por sua influência na formação do juízo de conveniência e oportunidade do negócio a ser firmado, de modo que, de posse dessa informação, ou as partes não chegam à conclusão do contrato ou o fazem sob diversas condições. Benatti coloca que, como o fim essencial de quem negocia é a representação acerca do conteúdo do futuro contrato, é dever imposto pela boa-fé o informar o outro acerca daquilo que é necessário para formar seu convencimento.” Cf. FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 227.

496 “[...] o direito à informação, ultrapassadas as fases pré-contratual e contratual, perdura na fase pós-contratual (dever *post pactum finitum*), uma vez que, por vezes, os vícios e defeitos da coisa não são conhecidos ao tempo da contratação, mas apenas posteriormente, seja por culpa do fornecedor, que deveria conhecê-los, seja independente dela, nos casos em que os avanços científicos mostram o contrário.” Cf. BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 152.

497 “Segundo Kloepfer, a *societas eletronica* ou o mundo eletrônico representa mais uma forma de divisão: entre aqueles que detêm as informações. Para superar o que chama de *digital divide* (o digital divide!), propõe como ideia guia (*Leididee*) a justiça ou equidade informacional (*Informationsgerechtigkeit*). Em nenhum outro momento, como naquele em que contatam *web*-consumidor e *web*-fornecedor para estabelecer um negócio jurídico, atual ou futuro, este efeito de justiça distributiva da informação (a preencher o déficit informacional do leigo, consumidor) é tão importante no comércio eletrônico! Concorde-se com Kloepfer e Fuhrman que a informação prévia, clara e leal no comércio eletrônico é uma necessidade para a criação desta esperada confiança no meio e uma garantia mínima necessária para a proteção desta confiança. Aqui as regras de proteção do consumidor podem ajudar, e muito!” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 250.

498 “O reconhecimento da confiança como bússola da acção dos sujeitos, o seu papel de instrumento de

responsabilidade por criar expectativas.

Consequentemente, não haverá caminho diferente a se tomar, quando houver o rompimento da situação de confiança, sugerida com base no conteúdo do *texto*, que responsabiliza o emissor por fraudar a construção criada por ele próprio. A responsabilidade não está nem aquém nem além do que o *texto* propõe, seu limite é tão-só o que resulta da interpretação do *texto*. Assim, se houver desrespeito à informação contida, inspirando confiança num momento e rechaçando-a num outro, torna-se imprescindível a responsabilização do emissor^{499 500 501}.

orientação das condutas, lança a respectiva responsabilidade para a órbita do contrato. Este representa a forma por excelência da coordenação de condutas humanas, oferecendo nesse sentido um paradigma dos respectivos sistemas.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 339.

499 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 252.

500 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 72.

501 “[...] el derecho no puede prohibir su propio uso, ni castigar, ni emitir prueba de responsabilidad. Sólo se puede incriminar y responsabilizar por un 'damnum iniuria datum'. Esto es, en principio, tan plausible como evidente. Con una mayor disolución jurídica del derecho, sin embargo, se presenta la reflexión de que en este corte claro, tendrían que prohibirse demasiadas conductas si se pretendiera inscribirlas, en caso dado, en el carácter obligatorio de la indemnización. Dicho de otra manera: la dogmática que lleva a cabo el esquema derecho/no-derecho directamente es incompatible con el fenómeno del riesgo. Como respuesta a este problema, se instituye la institución jurídica de la responsabilidad por riesgo, que permite desarrollar las condiciones, las reglas y los fundamentos de la distribución de daños provocados por una conducta legal; es decir, permite imputar responsabilidad por una conducta permitida. Eso se justifica, entonces, de la siguiente manera: la autorización de una conducta que posiblemente provoque daños, se tiene que compensar por medio de al aceptación de la responsabilidad por dichos daños.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 229-230.

3 FORMAS PARA SOLUCIONAR OS CONFLITOS NOS SÍTIOS DE APROXIMAÇÃO

3.1 A influência da revolução informacional para os sítios de aproximação

Ao longo da história, os seres humanos têm conduzido suas atividades com a finalidade de acumular conhecimento, valores e reduzir o tempo entre início e fim de seus esforços⁵⁰². *Faz-se* muito mais, *fazendo* menos. Um paradoxo? Sim, de acordo com os princípios da lógica gramatical; entretanto, jorram outros significados dessa leitura. Não há muita chance de sucesso e desenvolvimento para aquele que se comporta como alienado, submerso na inércia. O isolamento é uma punição antes que uma opção. O “eu” (sobre)vive menos que o “nós”⁵⁰³.

Nessa trilha temporal as pesquisas científicas proporcionaram mudanças de diversas ordens, culminando com um imenso cabedal informações, úteis ou não. Isso motivou as pessoas a não desperdiçar energias e a elaborar um plano de desenvolvimento com base em decisões anteriores. A história é complexidade reduzida⁵⁰⁴ e aprendizado para que se incrementem, criem ou mesmo atualizem os componentes conhecidos graças ao contato com o mundo e sociedade, inspirados numa necessidade⁵⁰⁵.

Nessa linha, é oportuno concordar com Manuel Castells⁵⁰⁶ e Pierre Lévy⁵⁰⁷ quando afirmam que não é a tecnologia que determina a sociedade, assim como não é o inverso. Entretanto, Castells rende-se à evidência de que “tecnologia é sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas”⁵⁰⁸. Deduz-se disso, que os atores do sistema social estão em constante processo inventivo no sistema, (re)criando instrumentos que permitam integrar-se em quantidade e qualidade, mediante a implementação da tecnologia.

Ao longo dos séculos, as mudanças de ordem tecnológica e social interagiram⁵⁰⁹, inclusive exigindo propostas que incrementassem essa própria interação⁵¹⁰. Por isso,

502 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 73.

503 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 78.

504 “La humanidad no puede confiar su propia experiencia vivida, al pasado. Los elementos esenciales de la experiencia deben representarse en la historia, ya que la historia, es la forma más importante de reducir la complejidad.” LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 32-33. (Biblioteca A; 23. Sociedad)

505 LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2.ed. São Paulo: 34, 1999. p. 29.

506 CASTELLS, Manuel. op. cit. p. 43.

507 LÉVY, Pierre. op. cit. p. 25.

508 CASTELLS, Manuel. op. cit. p. 43.

509 LÉVY, Pierre. op. cit. p. 26.

510 CASTELLS, Manuel. op. cit. p. 44.

concentraram-se esforços na comunicação desses atores valendo-se do fluxo de informações; fluxo este que se retroalimenta, reproduzindo-se e ampliando-se, mais a mais, em termos de possibilidades e complexidades⁵¹¹.

A tecnologia, que trouxe a revolução industrial, influenciou drasticamente a questão da mão-de-obra e recolocou os atores do sistema social em posições diferentes, causando um enorme desconforto, o que exigiu adaptações. Tais reajustes confluíram em quebra de paradigmas e mudanças culturais⁵¹². Nesta senda, à sociedade industrial sucedeu a sociedade da informação⁵¹³.

Dos códigos binários das matrizes para os grandes cálculos, surgiam os primeiros computadores, em apoio a ações militares⁵¹⁴. Disponibilizados para os civis, nos anos 60 do século XX, porém, somente na década seguinte é que se disseminaram em decorrência da descoberta de novas ligas metálicas capazes de transmitir e acumular energia de maneira mais estável. De mais a mais, a nova tecnologia passou a participar da sociedade, permitindo acessar novos horizontes sensoriais, até que, finalmente, entre as décadas de 80 e 90, graças a intensas e exaustivas pesquisas para criar algo menor e mais barato, oportunizou-se o acesso à informática a grandes grupos de pessoas⁵¹⁵.

Com mais acesso e maior interação, ocorreu o surgimento de novas complexidades⁵¹⁶.

511 “Outro ramo estreitamente ligado à teoria dos sistemas é o da moderna teoria da comunicação. Já foi dito que a energia é a moeda corrente da física, assim como os valores econômicos podem ser expressos em dólares ou libras. Há, porém alguns campos da física e da tecnologia onde esta moeda não é facilmente aceitável. Tal é o caso do campo da comunicação, que, devido ao desenvolvimento dos telefones, do rádio, radar, máquinas calculadoras, servo-mecanismo e outros engenhos, deu origem a um novo ramo da física. A noção geral na teoria da comunicação é a informação. [...] a informação, em geral, não pode ser expressa em termos de energia. Existe contudo outra maneira de medir a informação, a saber, em termos de decisões.” BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973. (Teoria de sistemas: 2). p. 67.

512 “A primeira grande codificação moderna não teve como resistir à ação do tempo e das inovações trazidas pela revolução industrial, que mudou o paradigma de atuação negocial e proporcionou diversas transformações sócio-econômicas, entre as quais incumbe destacar: - o maior êxodo rural para as cidades de que se tinha até então notícia, por causa da procura de empregos nas fábricas; - a decadência da atividade artesanal e o fortalecimento da atividade fabril; - a repersonalização das relações familiares, com a deterioração do trabalho familiar e a introdução da mulher e dos filhos no trabalho fabril, como forma de contribuição, às vezes decisiva, na subsistência familiar; - a valorização econômica dos meios de produção, que rapidamente passou a ter valor equivalente ao da propriedade individual tradicional.” LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 61. 2007. p. 203-229.

513 Ibid. p. 203-229.

514 “[...] ainda em 1943 tem início o projeto de construção do primeiro computador digital, o *ENIAC – Eletric Numerical Integrator and Calculator* –, com o objetivo de fazer cálculos para fins de artilharia durante a Segunda Guerra Mundial. Quando a Universidade de Pensilvânia deu por pronto o projeto, em 1946, o conflito já havia terminado, mas o empreendimento frutificou nos anos seguintes.” PEREIRA, Ricardo Alcântara. Breve introdução ao mundo digital. In: BLUM, Renato Opice (coord.). **Direito Eletrônico. A Internet e os Tribunais**. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 25.

515 LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2.ed. São Paulo: 34, 1999. p. 32.

516 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 106-107.

Essa nova produção, que não é de bens ou aplicações táteis percebidas de início: é a produção de informação proporcionada a partir das novas tecnologias⁵¹⁷. Aceleraram-se assim as comunicações, mas paralelamente produziram-se mais contingências. A necessidade pelos *dados* tomou forma quando foi canalizada pelos sistemas informáticos e posta à disposição daqueles que a quisessem compartilhar. Foi nesse ritmo que a internet se consolidava para matar a sede de uma sociedade que prescindia de muito mais informação^{518 519}.

Após o “boom” informático dos anos 90, quando surgiram os protocolos *World Wide Web*, criados por Tim Berners-Lee, da *European Particle Physics Laboratory*, a rede deslocou-se definitivamente, além de sua função educacional e militar, para o acesso das pessoas em geral⁵²⁰. Era a criação de uma nova modalidade de mídia informativa, que integrava imagem, som e interatividade.

Em um campo “mundial” e sem demarcação de espaços, pois não se cogita(va) qualquer espécie de limite, alastrou-se, em invólucros e utilidades dos mais variados, veiculando conteúdos de inumeráveis gamas. Em especial para o consumo, esse modelo de compartilhamento de dados motivou a implantação de mecanismos de adaptação⁵²¹ para esse recém-formado nicho de integração humana⁵²².

Em 1995, surgiram o IRC (internet really chat) – criado para atender as necessidades de comunicação da Guerra do Golfo, deflagrada em maio de 1990 – e o ICQ (*I seek you*), comunicador pessoal, que antes do MSN Messenger, era o grande chamariz. Além dessas inovações, foram lançados os portais Yahoo e Amazon.com, assim como o AuctionWeb (versão primitiva do *eBay*). Nessa mesma época a Microsoft consolidou-se graças à atuação arrojada de Bill Gates e da demora em oferecer um software de trabalho pela Apple e pela IBM – do antigo Windows 3.11, chegava-se, então, ao *revolucionário* Windows 95⁵²³.

Em 1995, um semanário de grande circulação nacional já advertia em sua reportagem

517 “Aquilo que identificamos, de forma grosseira, como “novas tecnologias” recobre na verdade a atividade multiforme de grupos humanos, um devir coletivo complexo que se cristaliza sobretudo em volta de objetos materiais, de programas de computador e de dispositivos de comunicação. É o processo social em toda sua opacidade, é a *atividade dos outros*, que retorna para o indivíduo sob a máscara estrangeira, inumana, da técnica.” LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2.ed. São Paulo: 34, 1999. p. 28.

518 TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 33.

519 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 89.

520 ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A criminalidade informática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006. p. 17-19.

521 LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 15.

522 VASCONCELOS, Fernando Antônio. O CDC e a responsabilidade das empresas virtuais. *In*: REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). **Direito da informática**. Temas Polêmicos. Bauru: EDIPRO, 2002. p.277-286.

523 PEREIRA, Ricardo Alcântara. Breve introdução ao mundo digital. *In*: BLUM, Renato Opice (coord.). **Direito Eletrônico**. A Internet e os Tribunais. Bauru: EDIPRO, 2001. p. 23-34.

de capa: “Internet: você ainda entrará nessa”⁵²⁴. Há quase quinze anos, no Brasil, a internet adentrou os lares, trazendo conteúdos e informação como nunca se viu antes. Começava a sentir-se a revolução da informação. Sabia-se de tudo em pouco tempo e em toda a parte.

3.1.1 O surgimento dos sítios de aproximação

Nesse fervilhar de acontecimentos e de prósperos avanços no mundo virtual aparecem os sítios de aproximação⁵²⁵, alvo deste estudo, como já se fez referência ao *AuctionWeb* – que começou com o projeto do francês Pierre Omidyar⁵²⁶. Inicialmente, como um sítio de discussão, à moda de um fórum, o *AuctionWeb* apareceu como ferramenta de comercialização. Foi uma das primeiras formas de comércio dentro da rede que, em pouco tempo, ganhou proporções geométricas⁵²⁷ e se tornou um dos mais rentáveis sítios da internet⁵²⁸.

524 Internet. A rede planetária em que você ainda se plugará, **Veja**. Ed.1381, ano 28, n. 09, 1 de março de 1995.

525 Os sítios de aproximação serão abordados com maior profundidade em momento ulterior. Todavia, em breve apresentação, pode-se enquadrá-los, analogicamente, a uma adaptação (virtualização) de uma feira livre. Qualquer um pode se inscrever (cadastrar) e se valer da plataforma (sítio) para vender e comprar produtos ou serviços. Nas palavras do próprio eBay: eBay é o mercado livre mundial. Fundado em 1995, o eBay criou uma poderosa plataforma para vender bens e serviços em uma comunidade de empreendedores individuais. A cada dia, milhões de itens em centenas de categorias estão à venda no eBay. O eBay possibilita negócios em nível local, nacional e internacional a partir de sítios padronizados por todo o mundo. (*eBay is The World's Online Marketplace®. Founded in 1995, eBay created a powerful platform for the sale of goods and services by a passionate community of individuals and businesses. On any given day, there are millions of items across thousands of categories for sale on eBay. eBay enables trade on a local, national and international basis with customized sites in markets around the world.*) In: EBAY. **Small businesses come to eBay in record numbers.** Disponível em: <<http://investor.eBay.com/ReleaseDetail.cfm?ReleaseID=130974>> Acesso em 02 abr 2005.

526 Pierre Omidyar foi o idealizador do eBay, o maior sítio de aproximação da internet. De forma bastante amadora, sem deixar de compreender uma ideia sensacional, ele disponibilizou um espaço, à moda de um fórum, onde era apresentado um produto à venda. Os usuários daquele espaço sugeriam os preços que teriam interesse em pagar. Alcançado o valor almejado, Omidyar fechava as negociações e aproximava vendedor e comprador, recebendo, mais tarde, uma pequena comissão sobre essa comercialização. COHEN, Adam. **The perfect store.** New York: Back Bay Books, 2002.

527 “A primeira versão do que viria a ser o eBay deu-se em 1995, no mês de setembro. Depois disso, a companhia só cresceu. Em 2004, houve um lucro de 3.3 bilhões de dólares, conseguindo recordes superiores a Dell, Microsoft ou Cisco Systems. São mais de 135 milhões de usuários pelo mundo – uma nação cibernética tão populosa quanto a Alemanha e França juntas. A valorização do eBay é quatro vezes maior que a Amazon.com e 25% maior que o Yahoo – duas estrelas da internet que foram criadas no mesmo período. Em pouco tempo o eBay se tornou um fenômeno. Mudou-se o jeito de pensar nas vendas de garagem. Quebrou-se o paradigma de que estranhos pudessem negociar por intermédio da internet. (The first version of what would become eBay went online in September 1995. Since then, the company has been on quite a run. It had \$3.3 billion in revenue in 2004, getting to that mark faster than Dell, Microsoft or Cisco Systems. It had 135 million users worldwide – a cyber nation-state about as populated as Germany and France combined. eBay's market capitalization is about four times that Amazon.com's and 25% more than Yahoo's – two other Internet stars born around the same time. In the meantime, eBay has become a phenomenon. It has changed how people think about the junk they once might've sold at garage sales. It has fostered the idea that trust between strangers can be established over the Internet.)” MANEY, Kevin. 10 years ago, eBay change the world. **USA Today.** Disponível em: <http://www.usatoday.com/tech/news/2005-03-21-ebay-cover_x.htm>. Acesso em 15 abr 2005.

528 “O eBay revelou crescimento de 22% nos lucros, em balanço do segundo trimestre deste ano, divulgado na quarta-feira (16/07). A receita bruta da empresa californiana foi de 2,20 bilhões de dólares, resultando em ganho líquido de 460 milhões de dólares. A previsão para o terceiro trimestre, entretanto, foi mais moderada do que esperavam analistas. De acordo com o eBay, o próximo trimestre terá receita de 2,10 a 2,15 bilhões de dólares. A expectativa para o ano é de faturamento de aproximadamente 9 bilhões de dólares.” ASSOCIATED PRESS. eBay tem lucro de US\$ 460 milhões. **INFO.** Disponível em:

Ao mesmo tempo em que o crescimento do sítio de Omidyar trouxe uma série de consequências positivas ao comércio por intermédio da rede, advieram uma série de complexidades. O desenfreado crescimento das aproximações permitiu que ocorresse um elevado número de fraudes, o que se verifica até os dias de hoje. O sonho de uma comunidade de compradores e vendedores que prezassem pela boa-fé e interagissem baseados em confiança esbarrou na informalidade, negligência e na criminalidade⁵²⁹. Contudo, por mais que houvesse conhecimento por parte dos administradores, somente depois de sanções aplicadas pelo judiciário é que algumas mudanças foram providenciadas.

As complexidades oriundas da estruturação do sítio de aproximação eBay eram contínuas. Mesmo assim, em virtude do faturamento e da desculpa de que o sítio não tinha como averiguar quem eram os usuários ou o que se comercializava, o eBay crescia. Cresceu tanto que seus gestores resolveram expandir os negócios para outros países. Na América do Sul e, em especial, no Brasil, a empresa, ou pelo menos seu formato, atracou em 1999^{530 531}. Nascia o Mercado Livre (Brasil) ou Mercado Libre (países da América espanhola). À moda do eBay, o sítio começou a funcionar e, igualmente, problemas surgiram em decorrência das aproximações.

Esse tipo de empresa se expandiu – o eBay, v.g., à mesma maneira que uma franquia, atua hoje em mais de trinta países⁵³² – e vem deixando como herança os mesmos grandes problemas que tornam esse tipo de espaço inseguro para a prática comercial: a falta de (boa) informação. Em uma sociedade de informação, nada mais arriscado que deixá-la carente ou, pior ainda, de municiá-la com conteúdo viciado – sobretudo em desacordo ou em omissão com a verdade –, dissonante com a expectativa de boa-fé inerente a cada ser humano em processo de interação⁵³³.

Como se asseverou, a formação do primeiro sítio de aproximação se deu de forma amadora, sem as grandes pretensões que o negócio atinge atualmente. De início, o serviço oferecido era gratuito; tempos depois, em razão do volume de acessos, os gastos começaram a aparecer e, por precisar pagar um custo fixo ao provedor de hospedagem, Omidyar resolveu

<<http://info.abril.com.br/aberto/infonews/072008/17072008-8.shl>> Acesso em 30 jul 2008.

529 Internet Crime Complaint Center. 2008. **2008 Internet crime report. 2008**. Disponível em: <http://www.ic3.gov/media/annualreport/2008_IC3Report.pdf>. Acesso em 04 maio 2009.

530 MERCADO LIVRE. **História**. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_03>. Acesso em 03 dez 2008.

531 “O mercado livre surgiu em 99. Na época, o Marcos Galperin, que era um aluno de MBA na universidade de Stanford, se baseou no eBay, principalmente, em pesar como trazer aquele conceito para a América Latina.” YOUTUBE. **Os bastidores do MercadoLivre**. Revista Época Negócios. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=MLrtqkND4wI>>. Acesso em 03 abr 2009.

532 EBAY. Disponível em: <<http://www.ebay.com>> Acesso em 15 mar 2009.

533 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 19.

exigir uma porcentagem sobre o preço das vendas de produtos naquele espaço⁵³⁴.

Em relação das complexidades inerentes à questão da informação, confiança e risco que se vislumbrava naquele começo da internet no Vale do Silício, o próprio criador do sítio reconhecia a dificuldade em receber o valor dessas porcentagens⁵³⁵. Todavia, para sua surpresa, conseguiu, no primeiro mês, fechar o balanço positivamente. Omidyar, de pronto, considerou que para o bom funcionamento de sua proposta, era imprescindível existir uma correspondência de expectativas construídas a partir do vínculo de confiança⁵³⁶.

534 “Omidyar continuou a oferecer os serviços do AuctionWeb de graça. Ele podia fazer isso porque não tinha despesas com o sítio de hospedagem – assim continuou a manter o sítio pelo provedor Best, que ele utilizava em casa. No final de 1995, os administradores do Best reclamaram que havia muito tráfego por conta do AuctionWeb, deixando o sistema lento. Em fevereiro de 1996, o provedor passou a cobrar 250 dólares por mês: taxa de conta comercial, ignorando o fato que AuctionWeb não era uma empresa. O Best mudou as regras do jogo. “Então eu disse ‘É apenas um tipo de hobby, mas 250 dólares ao mês é bastante’”, declarou Omidyar. Para pagar as contas, ele começou a cobrar taxas dos usuários – “basicamente por necessidade”, disse. Com fulcro em pesquisa de mercado, Omidyar decidiu não taxar os vendedores da mesma forma e que não cobraria para as pessoas colocarem seus produtos lá. Apenas se cobraria uma porcentagem sobre o preço final da venda. Essa porcentagem variava em 5 por cento se a venda fosse inferior a 25 dólares e 2,5 por cento se fosse superior a 25 dólares. (Omidyar was still offering AuctionWeb for free. He could do it because his expenses were next to nothing – he was still running the site off Best, his home Internet service. Toward the end of 1995, however, Best administrators were complaining that AuctionWeb was attracting so much traffic that it was slowing down their system. In February 1996, Best began charging him \$250 a month, the rate for a commercial account, ignoring his protests that AuctionWeb was not a business. Best’s fee hike changed everything. “That’s when I said, ‘You know, this is kind of a fun hobby, but two hundred fifty dollars a month is a lot of money.’”, Omidyar says. To pay the bills, he started to charge AuctionWeb users – “basically out of necessity”, he says. Based on no market research, Omidyar decided he would not charge buyers at all, and that he would not charge sellers to list items. The only fees would be what he called final-value fees, which would be a percentage of the final sales price. The fees, he decided arbitrarily, would be 5 percent of the sale price for items below \$25, and 2.5 percent for items above \$25.)” COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 25.

535 “Omidyar não tinha como saber se os usuários iriam pagar a taxa para usar o sítio. Em verdade, cogitou-se até mesmo o fim daquele pequeno espaço criado na internet a partir do momento da cobrança. Mas, Omidyar teve sua resposta quando vários envelopes começaram a chegar com dinheiro e cheques. As quantias não eram voluptuosas. Muitos dos envelopes continham centavos embalados em durex. Feita a contabilização dos valores, ele descobriu que o AuctionWeb conseguiu mais que 250 dólares – mais, em outras palavras, do valor cobrado pelo Best. Isso punha o pequeno sítio em uma categoria especial: aquela onde se encontram as empresas que foram lucrativas no primeiro mês de operação. (Omidyar had no way of knowing if users would be willing to pay to use the site. In fact, it occurred to him that fees could bring his little Internet experiment to an end. But Omidyar got his answer soon enough, when piles of envelopes filled with cash and checks started arriving at his front door. The amounts were not large, and the trappings were not fancy. Some of the envelopes contained dimes and nickels Scotch-taped to index cards. Still, when he added up the checks, the coins, and the crumpled bills at the end of February, he found that AuctionWeb had taken in more than \$250 – more, in other words, than Best was charging him. That put his fledgling little website in a category almost by itself: it was one of very few Internet companies to be profitable from its first month of operation.)” COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 25-26.

536 “Se o AuctionWeb quisesse ter uma mínima chance de permanecer, verdade e confiança se mostram fundamentais. [...] Na experiência pessoal, ele disse, pessoas geralmente são boas. Ele prevenia usuários para tratar as outras pessoas do sítio da mesma forma como elas gostariam de ser tratadas e, quando houvesse alguma desconfiança, que pelo menos prevalecesse o benefício da dúvida. (If AuctionWeb was to have any chance of taking hold, establishing trust and confidence was essential. [...] In his experience, he said, people are generally good. He advised users to treat other people on the site the way they themselves wanted to be treated, and when disputes arose, to give the other person the benefit of the doubt.)” COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 26.

Apesar de reconhecer essa urgente necessidade e de ter plena consciência quanto à relevante tarefa para atender à exigência de se estabelecer formas de garantir a confiabilidade dentro da estrutura que se formava, logo nos primeiros desdobramentos da história dos sítios de aproximação se verificou uma espécie de *desinteresse interessado*. Esse paradoxo se revela em uma generalizada má-fé adicionada ao desejo de acumulação de patrimônio, sem que houvesse o mínimo esforço para erradicá-la. É preciso ganhar dinheiro, mesmo que sejam altos os riscos. No caso, riscos para participantes da comunidade. É óbvio que esses participantes são membros indispensáveis para o funcionamento do sítio e, conseqüentemente, para o lucro de seus administradores. Omidyar referiu-se a alguns problemas que aconteciam entre usuários. Porém, ele não gostava de decidir em casos como esse, pois preferia que os usuários encontrassem, por si mesmos, uma solução para o caso, fora da esfera do sítio de aproximação⁵³⁷.

Desde a gênese do *AuctionWeb*, que se transformou em eBay e chegou à América do Sul sob o rótulo MercadoLibre, evidencia-se uma estrutura notavelmente fantástica e inovadora frente às possibilidades da rede e inviabilidades do chamado *mundo real*. Patenteia-se, além disso, a desorganização estrutural desse espaço. O amadorismo e a negligência em certas formas de estruturação ainda acompanham este tipo de serviço, expondo usuários, seja qual for sua posição na relação, a uma série de riscos inerentes ao modelo do negócio.

Com a finalidade de conhecer onde se situam as complexidades que, por sua vez, hipertrofiaram os riscos – inerentes a quaisquer interações humanas⁵³⁸ – nesse novo tipo de relação despersonalizada, desmaterializada, desterritorializada e atemporal⁵³⁹, é indispensável apresentar uma descrição da plataforma virtual, aqui denominada de sítio de aproximação.

Assim, por que chamar de sítio de aproximação? A forma mais popular de

537 “Uma coisa que Omidyar sabia era que ele não iria arbitrar as controvérsias. Ele estava ocupado demais com o desenvolvimento do AuctionWeb e trabalhando bastante nesse projeto. Alinhado a um pensamento liberalista, ele acreditava que as pessoas deveriam resolver seus problemas por si próprias. Quando recebia uma reclamação, Omidyar encaminhava-a ao outro usuário para dar a pessoa uma explicação e dizia para ambos: pessoal, melhor resolver entre si. (One thing Omidyar knew was he did not want to arbitrate all these disputes. He was busy enough just keeping AuctionWeb up and running in addition to working at his day job. Moreover, true to his libertarian leanings, he believed people should be able to resolve their differences on their own. Omidyar's routine when he received an e-mail with a complaint about another user was to respond to the author, send a copy of the e-mail to the other person in the dispute, and tell them both, 'You guys work it out.)” COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 27.

538 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 52.

539 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

identificação atribuída a esse tipo de espaço é: sítio (*site*) de leilão^{540 541}. Deve-se isso ao formato inicial de funcionamento, donde adveio o nome do sítio: *Auction (Leilão) Web* (Rede). De início, o *AuctionWeb* funcionava à moda de um fórum de opiniões: apresentava-se um assunto e os participantes discutiam a esse respeito. Inserir-se um produto para ser exibido aos usuários por determinado tempo. A participação dos usuários restringia-se a perguntar sobre o que lhes era ofertado e também a apresentar propostas para “fechar” o negócio. Era uma prática muito semelhante ao que se verifica num leilão. Outrossim, aquele usuário que apresentasse a melhor proposta seria o vencedor⁵⁴². Esse tipo de prática vigora até hoje, porém é uma das modalidades menos utilizadas nesse momento.

3.1.2 Quanto ao funcionamento dos sítios de aproximação

Esses espaços virtuais remetem às antigas feiras medievais, onde as pessoas se reuniam com o fim de trocar produtos e realizarem comércio entre si. A internet viabilizou, nos moldes de Pierre Lévy, a atualização desse modelo⁵⁴³, explorando-o ainda mais, pois vêm conseguindo pôr em contato pessoas de diferentes realidades e vieses sociais em um único espaço (virtual). A atividade do sítio de aproximação é ímpar e não se coaduna – exatamente – com figura alguma definida no direito civil brasileiro.

540 “São leilões eletrônicos os atos de compra e venda realizados publicamente, por qualquer meio de comunicação eletrônica ou virtual, mediante pregões em que se transfere a propriedade para quem oferece o maior lance de pagamento para a obtenção do objeto leiloado. Desse modo, o leilão eletrônico ou virtual dispensa a presença física das partes interessadas.” NUNES DE SOUZA, Sérgio Iglesias. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**. Teoria e Prática da juscibernética ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 315.

541 “Os leilões nunca foram tão populares. As regras sobre leilões públicos e as que regulam a atividade de leiloeiro sofreram forte ataque com a popularização de leilões na internet. Fornecedores e servidores observaram que a WWW serve muito bem para a plataforma de ofertas vindas de diversos consumidores, que em lances organizados, observam, visualizam e mesmo se divertem neste tipo de compra. O leiloeiro como fornecedor de um serviço na Internet, pode oferecer leilões de vários tipos: ou tratar e um simples espaço ou plataforma para que terceiros, consumidores, ofereçam para leilão (venda) e façam lances para adquirir (compra), sob pagamento de uma taxa ou porcentagem, tudo por meio eletrônico. Aqui existem espaços para consumidores (por exemplo, o *site* internacional *E-Bay* e *ricardo.de* – ‘ricardo private’) e espaços para “leilões entre empresários” (por exemplo: *ricardoBIZ*.” MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 216-217.

542 “A solução de Omidyar foi criar um leilão on-line. Ele nunca participou de um leilão e não conhecia muito bem como funcionavam. Ele apenas pensou que seria um interessante instrumento de marketing que naturalmente produziria um preço justo para qualquer coisa que fosse posta à venda. “Bastava inserir um classificado e dizer eu tenho esse objeto para vender, me dê mil dólares, você postava aquilo e dizia, aqui está um preço mínimo”, disse ele. “Se houvesse mais uma pessoa interessada, ela iria disputar com ele”, terminada a disputa, “o vendedor tinha a definição do preço do mercado pelo seu item. (Omidyar's solution was an online auction. He had never attended an auction himself, and did not know much about how auctions worked. He just thought of them as “interesting market mechanisms” that would naturally produce a fair and correct price for stocks, or for anything anyone wanted to sell. “Instead of posting a classified ad saying I have this object for sale, give me a hundred dollars, you post it and say here's a minimum price,” he says. “If there's more than one person interested, let them fight it out.” When the fighting was done, Omidyar says, “the seller would by definition get the market price for the item, whatever that might be on a particular day,)” COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 20.

543 LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 15.

Na plataforma denominada sítio de aproximação brasileiro – o Mercado Livre - ocorre o seguinte: os internautas acessam o sítio, clicam em *cadastrar* e inserem apenas dados pessoais simples como *nome*, *telefone* e *e-mail*⁵⁴⁴. De 2002 a 2006, ainda eram solicitados, além desses dados, *endereço*, número do *registro geral* (RG) e número de inscrição no *cadastro de pessoas físicas* (CPF) ou *cadastro nacional de pessoas jurídicas* (CNPJ), conforme o caso⁵⁴⁵. De posse desses dados, a programação do sítio, de forma automática e sem verificação alguma, envia e-mail para confirmá-los⁵⁴⁶. Assim o indivíduo está apto a se relacionar no espaço.

Essa postura se alinha à ideia de Pierre Lévy quando afirma: *a invenção de novas velocidades é o primeiro grau da virtualização*⁵⁴⁷. A forma de captar os dados e autorizar usuários a compartilhar das ferramentas de uso do sítio de aproximação é muito veloz, o que não permite garantir segurança àqueles que já são usuários do espaço. Com efeito, se os atos praticados no passado denotam confiança e tudo isso leva um certo tempo até se estabelecer, como aduz Luhmann⁵⁴⁸, de que modo se pode esperar que aqueles recém-inseridos estejam – automaticamente – aptos a se integrarem? Descortina-se aqui um dos itens que se consubstancia numa espécie de *chave mestra* dentro do elevado número de falhas desse espaço.

A formação do eBay, que serve de modelo para os demais sítios, inclusive o do Brasil, consolidou-se de forma totalmente despreocupada, o que era natural para um negócio que, na mente de seu criador e naquele momento histórico, não se supunha chegar tão longe e tornar-se tão grande como é hoje. O referido espaço praticamente se ergueu com base no mandamento cristão do amor ao próximo⁵⁴⁹, supervalorizando as expectativas decorrentes da confiança mútua e, nesse sentido Omidyar seguia advertindo os usuários daquele primeiro fórum⁵⁵⁰. Hodiernamente, esta proposta parece perdurar, pois os administradores desses sítios

544 MERCADO LIVRE. **Cadastro**. Disponível em: <<https://www.mercadolivre.com/jms/mlb/reg?>> Acesso em 09 abr 2009.

545 Pesquisa realizada pelo autor desta, de 2002 a 2006, no sítio de aproximação MercadoLivre.com.

546 Para tais informações, colecionadas de forma empírica pelo próprio autor, pode-se somar uma série de depoimentos de usuários lesados ao utilizarem os serviços prestados pelo sítio de aproximação Mercado Livre. Exemplos podem ser colhidos em sítios de relacionamentos e fóruns como o Veja.org. Evidentemente, não haverá documentação oficial que ateste a não verificação de cadastro no espaço, todavia, é possível perceber isso ao se realizar cadastros com dados desconexos ou mesmo verdadeiros. Os primeiros não são cancelados e os segundos, ao menos em relação ao autor, nunca foram verificados.

547 LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 23.

548 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 32-33.

549 “Eu vos dou um novo mandamento: amai-vos uns aos outros. Como eu vos amei, assim também vós deveis amar-vos uns aos outros.” (Jo, 13,34). JOÃO. *In*: Bíblia Sagrada: tradução da CNBB. São Paulo: Loyola, 2002.

550 “[...] muitas pessoas são desonestas. Ou vem a trair. Essa é uma verdade, no jornalismo, nos classificados e logo ao lado. É um fato da vida. Mas, as pessoas não podem se esconder. Nós estamos de olho. Nos

se eximem de quaisquer responsabilidades decorrentes do serviço que prestam⁵⁵¹.

No Brasil, o formato desse tipo de empresa, como já foi referido, encontra-se no sítio de aproximação Mercado Livre⁵⁵². Conforme declarações do atual presidente do empreendimento, Stello Tolda, em entrevista à equipe jornalística do grupo Globo, assim declarou a respeito do alcance da empresa:

Hoje o Mercado Livre é o principal site de comércio eletrônico. O site mais visitado de comércio eletrônico no Brasil e também na região da América Latina. Não só isso como nós somos o 4o. site mais popular, em termos de tráfego, em toda a região. Se somarmos o tráfego de todos os países, o Mercado livre tem menos tráfego do que o Google, MSN e Yahoo. Mais do que qualquer outro tipo de site, inclusive sites de conteúdo, ele é um site extremamente popular. A gente tem pouco mais de 50.000.000 de internautas no Brasil e pouco mais de 20% dela; dessa população de internautas, já fez alguma compra on-line. Então a gente tem aí um trabalho muito grande para se comunicar com o Mercado Livre, principalmente para este público que nunca usou um site de comércio eletrônico.⁵⁵³

Infer-se daí que há uma grande massa de consumidores – ou ao menos de prováveis consumidores – que podem acessar esse novo formato de relação, não obstante enredado por toda a sorte de riscos, destaque-se. Destarte, se faz necessário desbravar o modo de atuação dos sítios de aproximação para que essa relação possa se alinhar ao que preconiza a legislação consumerista e a Constituição Federal Brasileira – Arts. 5º, XXXII e 170, V – em termos dessa específica tutela.

3.2 Do contrato e estruturação do sítio de aproximação

Os contratos se apresentam para os atores do sistema social como um instrumento

protegemos. Devemos nos registrar. Participar do fórum de resposta. Apontar efetivamente o que ocorreu. Ser honesto com outros usuários é o meio para que eles sejam honestos com você. Lembre-se que você está negociando com iguais. Bom senso então sempre é importante em qualquer ocasião. Eles são apenas humanos. ([...] some people are dishonest. Or deceptive. This is true here, in the newsgroup, in the classifieds, and right next door. It's a fact of life. But here, those people can't hide. We'll drive them away. Protect others from them. This grand hope depends on your active participation. Become a registred user. Use our Feedback Forum. Give praise where it is due; make complaints where appropriate. Deal with other users the way you would have them deal with you. Remember that you are usually dealing with individuals, just like yourself. Subject to making mistakes. Well-meaning, but wrong on occasion. That's just human.)” Cf. COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 27-28.

551 “MercadoLivre não será responsável pelo efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelos Usuários. O Usuário reconhece e aceita que ao realizar negociações com outros usuários ou terceiros, o faz por sua conta e risco.” Cf. MERCADO LIVRE. **Termos e condições gerais de uso do MercadoLivre**. Responsabilidades. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 09 abr 2009.

552 “O MercadoLivre é o maior mercado eletrônico do Brasil. Fundado em 1999, conta com uma base de 26,5 milhões de usuários registrados. No 1º trimestre de 2008, o volume total de mercadorias negociadas foi de US\$ 449,7 milhões, excluídas as categorias de serviços, veículos, imóveis, embarcações e aeronáutica.” ALMENDRA, Vinicius da Silva. **Um estudo de identificação de fraudadores em mercados eletrônicos de computação humana**. 2008. 122 f. Tese (Doutorado em Informática) – Programa de Pós-Graduação em Informática do Centro Técnico Científico da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2008. p. 40.

553 YOUTUBE. **Os bastidores do MercadoLivre**. Revista Época Negócios. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=MLrtqkND4wI>>. Acesso em 03 abr 2009.

reduzidor de complexões, pelo fato de apontarem as expectativas de ambas as partes, reduzindo o risco inerente à dupla contingência pertinente a todo o tipo de relação⁵⁵⁴. Neste diapasão, é mister lembrar que além da letra do contrato, torna-se necessário uma interpretação da situação com base na qual ele foi formulado⁵⁵⁵. O rigorismo aqui, deverá ficar em segundo plano frente à exegese condizente com o texto constitucional, sobretudo porque o contrato de hoje não se restringe tão-somente às partes⁵⁵⁶, mas também tende a repercutir nas demais relações sociais.

Ao adotar esse procedimento, a interpretação deve considerar as fontes do direito privado e público com a finalidade de proporcionar eficácia e significado à função social do contrato. Conforme Cláudia Lima Marques: “A doutrina atualizada, porém, está à procura, hoje, mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão⁵⁵⁷”. Visando esse intento, há que se fazer o chamado diálogo das fontes⁵⁵⁸, recorrendo à aplicação de diferentes espécies normativas – utilizadas de forma complementar ou subsidiária –, com a finalidade de encontrar a resposta mais acertada.

O diálogo das fontes, na mesma direção da autopoiese luhmanniana⁵⁵⁹, sugere que o sistema jurídico seja capaz de reduzir as complexidades com que se depara quando recorre às

554 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 52

555 “Com a moderna teoria dos contratos, o juiz faz a revisão dos contratos, atenuando o rigor dos princípios clássicos, em especial o da autonomia da vontade, a da *pacta sunt servanda* ou força obrigatória dos pactos, o do consensualismo e da relatividade dos efeitos do contrato, de modo a proteger e amparar os hipossuficientes na relação, a fim de manter o equilíbrio negocial.” RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A função social do contrato como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais**. 2007. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, RS, 2007. p. 119.

556 “O novo direito privado exige do jurista e do juiz soluções prontas e adequadas aos novos desafios da sociedade. E o direito das obrigações, e em especial o direito dos contratos, que durante tantos séculos se manteve avesso a modificações de seus princípios, está a exigir reflexões que refogem aos dogmas clássicos. Nesse cenário, o novo Código procura inserir o contrato como mais um elemento de eficácia social, trazendo a ideia básica de que o contrato deve ser cumprido não unicamente em prol do credor, mas como benefício da sociedade. De fato, qualquer obrigação descumprida representa uma moléstia social e não prejudica unicamente o credor ou contratante isolado, mas toda uma comunidade.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 2v. (Coleção Direito Civil). p. 368.

557 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 90.

558 “O uso da expressão mestra “diálogo das fontes” é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, co-existentes no sistema. É a denominada “coerência derivada ou reestruturada” (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à decodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”.” BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 89.

559 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 118.

fontes jurídicas que estabelecem parâmetros para decisões: atos normativos ou atos decisórios. Assim, esse sistema jurídico atuará como se fosse um sistema imunológico⁵⁶⁰, com a finalidade de superar a dupla contingência e posterior risco inerente às relações humanas.

Portanto, é mister salientar que é imprescindível os contratos serem compreendidos à luz do diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, Constituição Federal (Art. 5º, XXXII, 170, V, Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, Art. 48) e legislações especiais relacionadas⁵⁶¹. No campo consumerista, sobretudo, é compulsório convergir os olhares para a questão da vulnerabilidade do agente consumidor (Art. 4º, I, Código de Defesa do Consumidor) – que não deve ser visto como agente tolo, fantoche do consumo, mas sim como indivíduo detentor de discernimento –, que é levado a confiar nas expectativas sugeridas e, não obstante, em certas ocasiões passa a ser subtraído de seus direitos e garantias.

Outrossim, pertinente ao reconhecimento da vulnerabilidade, o Código de Defesa do Consumidor impõe o dever da transparência e boa-fé, o que precisa ser prioritário nas relações, conforme o que se aduz dos artigos 4º e 6º – dever que se promove especialmente pela (boa) informação disponibilizada por intermédio da figura do *texto*. Por conseguinte, desde o início de cada relação, reduzir as complexidades a partir da manutenção de expectativas erigidas sobre a boa-fé é algo de que não se pode prescindir⁵⁶².

Para se alcançar o propósito desta pesquisa, urge compreender que tipo de relação os sítios de aproximação travam com os consumidores de seus serviços. É presumível que, com base nesse procedimento, seja possível avaliar o porquê de um olhar diferenciado. Portanto, a

560 “La respuesta inmunológica se sirve del efecto cronológico de enlace proporcionado por las reglas normativas. La formación de anticuerpos con una especificidad obtenida de manera casuística. Cuando el sistema inmunológico de la sociedad no es aprovechado, no aprende ni construye los dispositivos apropiados para los casos de perturbación. El sistema inmunológico almacena – también así podemos expresarlo – una historia propia del sistema, pero no adapta el sistema a su entorno. No existe ninguna “semejanza” entre motivo y defensa. Por el contrario: precisamente la regla jurídica no constituye un conflicto. Y si es motivo de otros conflictos – algo que resulta típico en el caso del sistema jurídico – surgen nuevas reglas o, por lo menos, nuevas interpretaciones estrictamente apegadas al texto de la regla.” LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 644.

561 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 93.

562 “Quer os deveres de esclarecimento, quer os de proceder com a diligência adequada por forma a evitar que mediante afirmações produzidas se induza outros em erro, derivam da necessidade de um procedimento correcto e honesto na fase vestibular do contrato. Não constituem em si, ao arrepio embora de uma opinião muito difundida, manifestações de protecção da confiança *qua tale*. Prevenindo ou evitando expectativas erróneas, *eles garantem no fundo um esclarecido processo de formação da decisão de contratar*. Pode dizer-se que representam um instrumento dogmático-operacional de realização de uma *responsabilidade do sujeito por actos da autonomia privada de outrem*, entendida em *sentido material*. Este fulcro da *culpa in contrahendo* releva de uma ponderação do direito objectivo expressa entre nós pela regra da conduta de boa fé.” CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p.492.

partir das transformações decorrentes da revolução informacional^{563 564}, faz-se necessário fazer uma (re)leitura dos novos tipos de relação desencadeados. Esses novos tipos de relação muito frequentemente geram conflitos que, em decorrência, carecem de soluções.– alinhadas ao que preveem os instrumentos normativos quando aplicados harmonicamente.

3.2.1 A aproximação: uma nova situação no Direito Contratual

A primeira indagação a ser considerada diz respeito ao tipo de atividade desenvolvida pelos sítios de aproximação. Começa aqui uma primeira grande dúvida: existe afinal contrato de aproximação – nos mesmos moldes mediante os quais se desenvolvem esses espaços – sem a viabilização decorrente da internet? A resposta parece ser negativa. Em verdade, a aproximação se assemelha a uma modalidade que varia entre a mediação e a corretagem⁵⁶⁵.

Para Pontes de Miranda: “[...] o mediador mantém-se no mundo fático: o que entra no mundo jurídico são seus atos, que podem ensejar retribuição. Não toma parte no contrato, posto que os seus atos hajam aproximado os interessados.⁵⁶⁶” O agente que medeia não influencia as partes a negociarem, ele apenas as põe em contato e espera, sinceramente, que possam realizar o negócio *per si*. Concluída a transação, haveria a necessidade de remuneração de ambas as partes, pois uma tinha interesse em vender, mas não sabia para quem e a outra queria comprar, mas não conhecia quem estava a dispor. Nesse sentido, ainda Pontes de Miranda ensina:

A sua atividade pode restringir-se à aproximação, ou a informe sobre quem seja interessado em contratar. Não está ligado a qualquer dos interessados, o que faz presumir-se a sua imparcialidade, embora seja, por vêzes, o mais interessado em que se conclua o contrato. Se a pessoa está vinculada a alguma das pessoas de que se espera a conclusão do contrato, não cabe falar-se de mediação, mas de comissão ou de mandato, ou de outra figura jurídica que já supõe a relação jurídica entre ela e outrem. Pode não haver a esperada imparcialidade, pode o mediador não ser merecedor da confiança de todos os interessados, porém não seria mediador se já

563 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 67.

564 LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: 34, 1996.

565 Destaque-se que aqui se opta pelas classificações de Pontes de Miranda para estabelecer tal parâmetro, pois outros autores situam a mediação junto à atividade de intermediação (corretagem), sobretudo em razão da ausência de previsão expressa no Código Civil Brasileiro: A expressão “mediação”, empregada em sentido largo, assaz perturbou a conceituação, assim do contrato de mediação como do contrato de corretagem. Algumas afirmações, por inspiração de leitura de livros estrangeiros, se chocam com o conceito de corretor. O que é parecido, no corretor e no mediador, *stricto sensu*, é a atitude imparcial [...]. Todavia, o corretor não tem a imparcialidade *que se espera* do mediador. Foi procurado pelo interessado ou o procurou e, a despeito da lisura e lealdade com que há de tratar com o outro interessado (ou com outro corretor), exerce a sua função *de um lado*. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. Editor Borsoi. Rio de Janeiro, 1963. p. 233.

566 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. Editor Borsoi. Rio de Janeiro, 1963. p. 232

estivesse vinculado a algum, ou a alguns dos interessados.⁵⁶⁷

É importante frisar a questão da imparcialidade e da desvinculação no tocante às partes que realizam as transações quando se relaciona a atividade do mediador. Há certeza de que se trata de um mero aproximar. Todavia, quem tira as conclusões a respeito do outro, neste caso, é a própria parte. O mediador detém conhecimento – de quem oferta ou procura – e apenas o compartilha, aguardando, ao final, a concretização do negócio, dando ensejo à sua remuneração.

Por outro lado, o corretor⁵⁶⁸ atua de maneira mais intensa entre as partes. O corretor fica entre as partes, *intermediando* as negociações. Ele propõe a alguém a conquista de um resultado útil ao negócio⁵⁶⁹; é a intervenção feliz de terceiro (o corretor, *in casu*) que leva duas ou mais pessoas a concluir um negócio⁵⁷⁰. O corretor, portanto, intermedeia e não medeia nas relações⁵⁷¹. Para Pontes de Miranda:

A função do corretor é mais intensa do que a do mediador. O corretor faz *comunicações de conhecimento* aos clientes, quanto à conclusão do negócio jurídico. Não representa, nem apresenta, nem só medeia. Diante do acôrdo dos interessados, o oferente e o aceitante (oferente da venda, por exemplo, e o oferente da compra, que êle faz encontrarem-se em suas manifestações de vontade, de modo que um passa a ser oferente e outro aceitante, sòmente pela posição no tempo), o corretor comunica *o que se passou*. Se fôssem os dois interessados que estivessem em contacto *corporal*, com os olhos e os ouvidos, um teria de dizer “Quero” (Ofereço) e o outro “Quero” (Aceito), ou, à distância, sòmente com os dedos e os olhos (correspondência), ou sòmente com os ouvidos (telefone). Se havia procuradores, teriam de pôr-se em contacto *corporal*, com os olhos e com os ouvidos. Se há corretagem, o contacto *corporal* é desnecessário: as duas *vontades* vão ao corretor; é êle quem percebe e comunica a coincidência, o *consensus*. O corretor é instrumento social para se abstrair e dispensar a corporalidade dos contactos. Tal dispensa não ocorre com o mediador, porque os interessados têm de concluir, por si ou por seus procuradores, o negócio jurídico. Por onde se vê quão superficial é a doutrina dos que, mesmo hoje em dia, confundem mediação e corretagem.⁵⁷²

567 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. Editor Borsoi. Rio de Janeiro, 1963. p. 229-230

568 “*Corretor* é o que corre de interessado a interessado. A palavra procedeu de *corredor*: “Corretor” não pode ter vindo de “courtier”, porque a palavra aparece na língua francesa, em 1538, e “corretor” já era vulgar, com alusões a longínquo passado, *e.g.*, em meados do século XIV. No século XIII, há, em françe, “cour(r)atier”. Ambos, *corretor* e *courtier* (corretier), vêm de *correr*, porque o corretor corria de comprador a vendedor, até que se fixasse. Depois, mais o buscaram do que êle buscava.” MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. Editor Borsoi. Rio de Janeiro, 1963. p. 336.

569 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Contratos em Espécie. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 3. p. 554.

570 CARVALHO NETO. **Contrato de mediação**. 3. ed. São Paulo: Jalovi, 1991.

571 DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 23. ed. 2007. v. 3. p. 441.

572 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. Editor Borsoi. Rio de Janeiro, 1963. p. 338

Se a aproximação é uma atividade intermediária cuja relevância é tanto maior quanto mais se ampliam as possibilidades da internet pode-se traçar um primeiro esboço nesses termos: o aproximador detém informação e aproxima, por obviedade, os agentes – para que, na sequência, promovam uma relação de *compra e venda*. Quem quer comprar e quem quer vender sabe onde encontrar aquele que conhece ambos os lados – nessa altura, a publicidade do aproximador chama a atenção para isso: até aqui, *mediação*. O aproximador não *corre* atrás das partes incentivando-as ao negócio: para alguém da *corretagem*. Ele serve de plataforma para que a parte compradora conheça o que está sendo posto à venda, mas não as põe em contato direto. Elas (as partes) precisam vincular o aproximador antes do contato (im)pessoal: nem *mediador*, nem *corretor*. O contato dessas partes advém não necessariamente pelo produto ou pelo preço, mas sim pela disposição de informações somada a *indicadores de confiabilidade*. Quem expõe esses índices é a programação do sítio do aproximador, baseado nas diretrizes da estrutura organizacional do empreendimento⁵⁷³.

573 Quanto à aproximação, o melhor caminho para explicá-la é exemplificar. Com isso, visualizar o elemento “aproximação” será mais fácil e, assim, dar-se-á a merecida ênfase ao termo. Nessa situação hipotética, o comprador chamar-se-á: “COMP”; o vendedor, “VEND” e o aproximador, “APRO”. Eles trabalharão em torno de um produto, cujo nome será “OBJE”. Avaliando o singular mecanismo de funcionamento do serviço de aproximação, encontram-se dois entes, o comprador “COMP”, e o vendedor “VEND”, que não se identificam senão por seus *nicks* (apelidos). Na sequência, “VEND”, navegando pela internet, confere diversos anúncios do sítio “APRO”, que oferece oportunidades de venda e divulgação dos produtos que “VEND” possui e poderia por à venda, de modo que o estimula a procurar os serviços de “APRO”. Acessando o sítio, com muita facilidade, “VEND” registra uma identificação – seu *nick* –, que será sua marca naquele espaço. “VEND” confere os termos de responsabilidade do sítio, observa as taxas de aproximação, mediante uma faixa de preço estabelecida por “APRO”; aceita todos os termos – porque não há possibilidade de discutir cláusulas com a outra parte (pois é um contrato de adesão). Então “VEND” clica no botão “OK”, de modo que a seleção do ícone represente sua vontade explícita. Assim, “VEND” será cadastrado como usuário de “APRO”, estando apto para vender ou comprar, conforme sua necessidade e vontade. Por sua vez, “VEND”, entusiasmado com a praticidade do cadastro, levanta rapidamente os dados relevantes do produto que deseja comercializar, “OBJE”. “VEND” cadastra seu produto, condicionando a futura venda de “OBJE” ao pagamento de uma porcentagem do preço para “APRO”. Da mesma forma que “VEND” procedeu para fazer o cadastro, também o faz “COMP”, o qual, imediatamente, procura no sítio “APRO” aquilo que lhe interessa. “COMP” escreve o nome de “OBJE” no campo de procuras e uma lista com diversos itens relacionados surge em seu monitor. “COMP” vislumbra diversos cadastros de produtos, procurando aquilo que condiz com sua realidade e vontade. “COMP” vê “OBJE”, que está sendo anunciado por “VEND”, clica sobre o produto e é direcionado a uma página especial, que contém instruções para promover a compra. “COMP” concorda com as condições e clica em comprar. Mais tarde, “VEND” e “COMP” são notificados, via e-mail, que o negócio foi concluído. A partir deste ponto, o sítio abre a possibilidade de contato direto entre vendedor e comprador, porque, anteriormente, não havia chance de trocar e-mails, telefones ou algo do gênero. O único meio de se comunicar, solicitando informações quanto ao produto ou mesmo a detalhes não pessoais da transação, é um canal que funciona da mesma forma que um fórum – na página do produto a ser vendido. No espaço (fórum de discussão), os compradores perguntam ao vendedor quanto ao objeto que está posto à venda. Qualquer informação que contenha telefone, e-mail ou outro meio que permita a comunicação é censurada, de modo que somente com o clique em comprar – que vincula o sítio à transação – é possível estabelecer o contato direto entre comprador e vendedor e assim o sítio cobrará a porcentagem do vendedor. Pois bem, nota-se que a única possibilidade de contato nos sítios de aproximação é vinculando o sítio à relação contratual. A situação exemplificada, que descreve a prática, leva a concluir-se que não há leilão; o que existe é uma aproximação, gerada pelos eventos de publicidade produzidos pelo sítio, que vem a contribuir para o surgimento da compra e venda.

O *mediador* aproxima; ele não diz ou sugere: “*Fulano* é melhor que *Sicrano*”. O *corretor* representa pelo menos a vontade de uma das partes. O *aproximador* não aponta especificamente quem é melhor, quanto menos representa a vontade de uma das partes, ele detém a informação, mas certifica, mediante índices (ou pontuação) que *Fulano* é mais confiável que *Sicrano*. Se sugere isso, o faz fundamentado em algum parâmetro. Desse modo de proceder despontam os primeiros indícios de responsabilidade frente à conduta do aproximador nessa espécie de formação contratual.

De acordo com o que o sítio Mercado Livre traz em seu contrato, não seria algo diferente do que se pretende com um classificado eletrônico ou um *jornal – postura* que não corresponde à realidade. Nesse mesmo rumo, com o intuito de se esquivar de quaisquer responsabilidades – motivados pelos princípios da autonomia da vontade e força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) – os mediadores declaram-se totalmente isentos frente às eventuais complexidades que exurgirem, fazendo remissão à postura de meros agentes intermediários. Todavia, há que se considerar o princípio da boa-fé objetiva (artigo 4º, III e 51, IV, Código de Defesa do Consumidor)⁵⁷⁴. Com esse propósito, deve-se interpretar o contrato com base em sua realidade e não tão-somente com a força *gramatical* do conteúdo de seu texto⁵⁷⁵.

Mesmo afirmando não ter responsabilidade alguma sobre o que é disponibilizado naquele meio⁵⁷⁶, a maneira utilizada para repassar a informação pertinente ao serviço de *aproximação* contém linguagens – que nada têm de subliminar – aptas consequentemente para mobilizar o consumidor a depositar a confiança necessária e fazê-lo crer que suas expectativas serão plenamente correspondidas, com o mínimo risco.

574 “[...] o CDC volta os olhos não apenas para a celebração e execução do contrato. A preocupação inicial é com o momento pré-contratual, com a transparência da oferta e da publicidade, com informações adequadas e completas sobre os produtos e serviços, com o modo de apresentação do contrato de adesão. Além do dever pré-contratual de informar adequadamente sobre os bens colocados no mercado (art. 6º, III e art. 31), os contratos não obrigam os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio do conteúdo ou se estiverem redigidos de forma complicada (art. 46).” BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 277.

575 “O princípio da boa-fé objetiva espraia-se sobre o fenômeno obrigacional em todos os seus momentos, atuando desde o estágio embrionário do contrato negocial, transpassando o negócio jurídico, e produzindo efeitos após a sua extinção. Durante o período de existência do negócio jurídico, a boa-fé objetiva incide sobre o mesmo criando deveres comportamentais para os contratantes, ainda que o instrumento contratual se apresente completo e ausente de lacunas. São as singularidades da situação que irão permitir ao juiz determinar a presença ou não de um dever específico decorrente da boa-fé objetiva. Quando o instrumento contratual não permite identificar claramente os direitos e deveres das partes, ao juiz cabe a tarefa de interpretá-lo com base em diversos parâmetros, dentre os quais a boa-fé objetiva.” FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 194.

576 MERCADO LIVRE. **Termos e condições gerais de uso do MercadoLivre**. Responsabilidades. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 09 abr 2009.

A proposta que se faz, por meio da publicidade, informa mal e compara o sítio de aproximação a um sítio de consumo eletrônico dos mais populares e competentes que o mercado (na internet) já conhece, v.g.: Lojas Americanas, Submarino, Saraiva e outros – sobretudo porque o Mercado Livre é veiculado em forma em *banners*, ao lado destes nomes listados⁵⁷⁷. Em razão dessa praxe, é imprescindível interpretar a relação contratual com base nos princípios da boa-fé objetiva⁵⁷⁸ e do princípio da confiança⁵⁷⁹.

3.2.2 Uma leitura do *texto* além contrato

Se a interpretação do contrato não se restringe às previsões inseridas em suas letras, deve, portanto, ser interpretado consoante o que prevê o artigo 112 do Código Civil: *Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*. Assim é que fazer uma primeira leitura do *texto* oriundo dos sítios de aproximação se mostra necessário.

As linguagens que se manifestam na virtualidade são diferentes, essencialmente porque primam pela agilidade, nem sempre permitindo ao consumidor avaliar o alcance daquilo que se apresenta⁵⁸⁰. Some-se a isso o fato de que a publicidade dos sítios de

577 “O uso do meio eletrônico para fazer o seu *marketing* de ofertas é uma opção que responsabiliza os fornecedores de toda aquela cadeia de fornecimento, valorizando-se aqui muito a “marca” e o art. 30 do CDC para concluir que a publicidade cria confiança, vincula e “obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar [...]” MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 168.

578 “Protege-se dessa forma o receptor da declaração, tutelando sua *confiança legítima* naquilo que foi declarado e acordado entre as partes. A boa-fé objetiva atua como parâmetro condutor do processo interpretativo-integrativo a ser realizado pelo juiz. A integração ocorre quando há lacunas no negócio jurídico, isto é, quando as partes não preveem a regulamentação de uma determinada situação concreta [...] A boa-fé objetiva manifesta-se ainda como *critério flexibilizador das disposições contratuais*, corrigindo o contrato e inserindo no negócio jurídico direitos e deveres não decorrentes nem da lei, nem da vontade das partes, da qual aliás independem totalmente.” FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim). p. 195.

579 “O negócio jurídico não está também em condição de, sem contradições, absorver a problemática da protecção da confiança. A tutela de expectativas desencadeadas por simples asserções sobre factos não jurídicos, pela perspectivação por outrem da emissão de declarações negociais futuras ou, ainda, por declarações “não definitivas”, a protecção dos contraentes ou de terceiros em face da invalidade do negócio ou em casos de falta de consciência da declaração negocial, por exemplo, não se integram na teoria do negócio e têm de ser resolvidas pela doutrina da confiança.” CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 69-73

580 “A linguagem com a qual o consumidor estava acostumado para contratar (palavras, gestos, textos escritos em meio físico, brochuras, prospectos) não é a linguagem digital, em que o consumidor abre janelas, conecta-se com *links*, vê imagens (por vezes interativas e múltiplas, que se modificam na sua frente em uma poluição visual pós-moderna), pequenos textos, alertas, lembretes, publicidades de outros produtos, lugares e quadrados com “OK” em que deve “clicar” sua aceitação”. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 123.

aproximação tende frequentemente a confundir, sobretudo por conta de *slogans*^{581 582} que, conforme estejam dispostos realmente afirmam que o contrato a se realizar com o internauta é tão-somente uma simples compra e venda (*people to business: p2b*) ao invés do serviço de aproximação (*people to business to people to people: p2b2p2p*).

Como já se afirmou, os sítios de aproximação apresentam indicadores do nível de confiabilidade. Esses números, por seu turno, se consubstanciam em símbolos. Enfim, há uma linguagem cujo alcance se estende além dos números. Contém significado próprio, voltado a imiscuir na consciência dos agentes em negociação que a contra-parte se mostra fidedigna para a conclusão do negócio. Somado a isso, a própria postura do aproximador ao chamar a atenção, via publicidade⁵⁸³, para o serviço que presta engaja-se em proporcionar elementos sedutores que, ao *descomplicar* ou, pode-se dizer, *simplificar* os procedimentos pertinentes à utilização da plataforma, termina por conduzir o vulnerável consumidor a crer que está em outro ambiente, que não um sítio de aproximação, mas sim um sítio de comércio eletrônico comum do tipo *p2b: people to business*.

Um dos exemplos mais emblemáticos dessa postura de negociação *descomplicada* encontra-se numa famosa peça publicitária, elaborada sob encomenda do sítio de aproximação Mercado Livre, e disponibilizada pela televisão: a “propaganda do beijo”. Na cena *um*, o rapaz protagonista tira uma foto em postura caricaturada de beijo (olhos bem fechados, músculos labiais contraídos formando um *bico*); na cena *dois*, uma moça procura, despretensiosamente algo para comprar no Mercado Livre quando avista: *vendo beijo*. Cena

581 Na janela inicial do sítio de aproximação Mercado Livre, consta a seguinte frase: *MercadoLivre – Onde comprar e vender de Tudo*. In MERCADOLIVRE.COM. **Página inicial**. Disponível em: <<http://www.mercadolivre.com.br>> Acesso em: 02 fev 2004. Claramente percebe-se um apelo e, na mesma linha, se é no sítio onde se compra e vende de tudo, então por que a negociação ocorre fora dele? São formas de manifestação de linguagem que empurram o consumidor a uma realidade distinta daquela em que realmente se propõe a atividade do aproximador.

582 No final de 2007, veiculou-se no sítio Mercado Livre a seguinte advertência publicitária: O MercadoLivre não vai parar! Embora todas as lojas virtuais garantam que as compras devem ser feitas somente até o dia 22/12 para que cheguem antes do natal, no MercadoLivre, o trabalho não pára! Nosso departamento de Marketing está preparado e agindo agressivamente nestes últimos dias para atingir a grande demanda de pessoas que fazem suas compras de natal até mesmo na última hora, assim como para aqueles que deixam para comprar depois da “loucura” dos dias que antecedem a data. Muitos compradores reservam seus investimentos para esta última semana do ano e nós somos a oportunidade para estes compradores, por isso garanta seu estoque e não pare antes da hora.” MERCADOLIVRE.COM. **O MercadoLivre não vai parar!** Disponível em: <<http://www.mercadolivre.com.br/mlnaopara>>. Acesso em 04 jan 2008.

583 Os sítios de aproximação se apresentam como lojas comuns de comércio eletrônico que fazem a relação *p2b (people to business)*. Em feriados e datas especiais – v.g., dia das mães, dia dos namorados, natal – esses tipos de espaço se posicionam como grandes ofertantes. A publicidade eletrônica dessas plataformas se localizam em páginas de grande circulação, como Yahoo, Msn/Hotmail, UOL, Terra e outros. Em seus *banners* publicizam informações como: “saldões”, “promoções”, “compre pelo menor preço”; estes *links*, por seu turno, são dispostos ao lado de tradicionais empresas do comércio eletrônico – como Lojas Americanas, Extra Hipermercados – dando a entender que se trata de espaço de similar atividade. Tudo isso contribui para a construção de um ideário que consolide, com níveis equivalentes de confiança a atividade de um *p2b* a atividade dos aproximadores: *p2b2p2p – people to business to people to people*.

três: a moça clica em comprar e o rapaz, vendedor do beijo, recebe a comunicação de venda: e-mail do Mercado Livre. A cena *quatro* mostra o rapaz se dirigindo até a casa da moça. A cena *cinco* fecha a peça publicitária com a entrega do beijo, em clima romantizado. Por fim, a narração: *alguém procura o que você tem; alguém tem o que você procura. Tudo que você imaginar encontra no MercadoLivre.com*⁵⁸⁴.

Esse tipo de publicidade não permite que o propenso usuário sinta ao menos o menor receio de que eventualmente haja alguma *complicação* em uma atividade tão *ordinária* como se apresenta a aproximação. Outrossim, se *tudo que você imaginar* pode ser encontrado nesse espaço, até mesmo um *beijo*, é sinal que os indivíduos poderão efetivamente, concretizar negócios dos mais diversos e que, se até um *beijo* alcança o destinatário final, por que algo menos excêntrico não poderia ser adquirido⁵⁸⁵?

Em termos de responsabilização, o corretor, à luz do artigo 723 do Código Civil, *deve, sob pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência*. Inferese, pois, a necessidade de uma postura proba e leal, que possa garantir as expectativas criadas, possibilitando a não frustração de quem depositou sua fé no que se apresentou. Portanto, trazendo o foco para a postura do aproximador, que é mais que o mediador e menos que o corretor, conclui-se que exista uma responsabilidade pelas suas declarações. Afinal, ele não só põe em contato, mais que isso, garante que um indivíduo (usuário) é digno de mais confiança que outro.

Independente de ser um contrato *alternativo*⁵⁸⁶ dentro das previsões do Direito Civil, não deixa de ser a aproximação uma relação desalinhada com o Direito. Existe legitimidade na (nova) proposta dos sítios de aproximação, todavia, por ser um contrato um pouco mais evoluído que a mediação e inferior, em termos de atuação, se comparado à corretagem, o agente aproximador tem certas obrigações que demandariam outro tipo de atitude em relação à prática que se verifica hodiernamente.

584 YOUTUBE. **Mercadolivre**. Comercial Beijo (Português). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=sG7XUIA2Lhc>>. Acesso em: 3 de out 2007.

585 Destaque-se, nesse cenário, que os sítios de aproximação são palco de anúncios esdrúxulos e que, inclusive, alcançam sua conclusão. Na Alemanha, uma jovem anunciou sua virgindade e, após concretizada a aproximação e realizada a entrega, incidiu-se sobre a negociação o imposto pertinente à prostituição, legalmente autorizada no país. Em razão disso, na publicidade *tudo que você imaginar* realmente faz jus ao que acontece nesse espaço. Conforme HALL, Allen. **Teen who auctioned her virginity for £8,000 may lose half... because prostitutes in Germany are taxed at 50% of earnings**. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/worldnews/article-1185928/Teen-auctioned-virginity-8-000-LOSE-half--prostitutes-Germany-taxed-50-earnings.html>> Acesso em 25 maio 2009.

586 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 197.

O aproximador detém o controle da informação, por conseguinte, quem o busca espera ser posto em contato com outrem, por intermédio de informações. O aproximador não busca informações, ele apenas as recebe e as organiza conforme seu modelo operacional. As pessoas (usuários/internautas) resolvem, *per si*, qual tipo de informação realmente lhes importa e pedem pelo serviço do aproximador⁵⁸⁷. À medida que o tempo passa, o aproximador se manifesta de acordo com sua programação indicando – com pontuações e ícones de confiabilidade⁵⁸⁸ – quais são as informações que conduzem a um risco minorado, baseando-se em meras presunções. Assim, se porventura, em um evento futuro houver uma aproximação malsucedida, decorrente de elementos de confiabilidade repassados, porém não ratificados, manifestar-se-á a co-responsabilidade do aproximador⁵⁸⁹.

O dever de informar corretamente é inerente ao princípio que reza em prol do equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores (Art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor). Informar é uma forma de reduzir complexidades⁵⁹⁰, pois o risco – inevitável⁵⁹¹ – situa-se em todo processo comunicativo e, por conseguinte, deve ser interpretado com base no fenômeno da dupla contingência⁵⁹². Assim, Fernanda Nunes Barbosa declara:

Nesse sentido, o papel instrumental do dever de informar, o qual é exigido não por constituir um valor em si mesmo, senão como forma de possibilitar o alcance de outros direitos, tais como uma contratação equilibrada – na qual as partes tenham assegurada sua vontade real –, a utilização de produtos e serviços de forma adequada e segura e, finalmente, a prevenção e reparação de danos. Desse modo, informar

587 Não se pode esquecer que aquilo que é informado pelos sítios de aproximação carregará características que indiquem confiabilidade (pontuações superiores a zero), neutralidade (pontuações iguais a zero), não confiabilidade (pontuações inferiores a zero). Somado a isso, os usuários com maior respaldo na comunidade são identificados com símbolos que remetem à confiança e probidade no dito mundo real, como medalhas, estrelas e similares.

588 “Sistema de reputação: o portal permite que os usuários qualifiquem-se mutuamente a cada negociação efetuada. A qualificação pode ser positiva (valor +1), negativa (valor -1), neutra (valor zero), além de um comentário textual, ao qual a outra parte pode acrescentar uma réplica. A reputação do usuário consiste na somatória das pontuações obtidas de usuários únicos, isto é, se um comprador compra duas vezes de um mesmo vendedor e com isso o qualifica duas vezes, apenas a qualificação mais recente será contada pelo sistema. A reputação é mostrada nos anúncios, junto com a porcentagem de pontos positivos.” ALMENDRA, Vinicius da Silva. **Um estudo de identificação de fraudadores em mercados eletrônicos de computação humana**. 2008. 122 f. Tese (Doutorado em Informática) – Programa de Pós-Graduação em Informática do Centro Técnico Científico da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2008. p. 41.

589 “Quer a recognoscibilidade para o informante de que a informação se destina a proporcionar ao seu destinatário base para uma decisão com reflexos patrimoniais, quer o facto de ela se inscrever muitas vezes no exercício da sua actividade profissional ou comercial, em cuja idoneidade de desempenho o seu utilizador confia, contribuem, por exemplo, para conferir razoabilidade à responsabilidade.” CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 163.

590 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 33.

591 Ibid. p. 52.

592 Id. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro) p. 45.

corresponde a uma forma de proteção exigida de todos os parceiros que travam relações sociais, sejam ou não de cunho negocial, cuja imperatividade se torna ainda mais forte quando a outra parte, credora da informação, apresenta traços de vulnerabilidade⁵⁹³.

Desse modo se estabelece um vínculo que permite a responsabilização decorrente de suas declarações⁵⁹⁴ sempre que o aproximador fornece uma informação inadequada ou, ainda, quando disponibiliza uma informação não confirmada, o que serve ao indivíduo como requisito fundamental para sopesar riscos e elaborar analogias que permitem aos usuários maior certeza e mínima dúvida em relação à congruência das expectativas. Frustrada a confiança nessas declarações dá-se ensejo à aplicação de uma sanção^{595 596}, extra-jurídica ou jurídica; ou mesmo de ambas.

O *texto* veiculado pelo aproximador contém certos adjetivos recheados de confiabilidade, que fornecem ao usuário daquele espaço subsídios para crer que a relação futura se concretizará dentro de parâmetros similares aos sítios de consumo eletrônico que fazem a relação *p2b – people to business* –, anteriormente descrita. Constrói-se, por intermédio de declarações (informações) uma realidade que gerará a fé em consonância com a qual haverá plena correspondência de expectativas.

Longe do que se visa no contrato de serviço proposto pelo aproximador – *in casu*, o sítio MercadoLivre.com⁵⁹⁷ –, o serviço em questão não se restringe a disponibilizar espaço

593 BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37). p. 102.

594 “[...] a responsabilidade pela confiança se afirma aí onde a tutela das expectativas se deva considerar *elemento determinante* do sistema de responsabilidade e não simples razão auxiliar para a obrigação de indenizar. [...] Por isso, a confiança terá de representar o elemento constitutivo essencial do *Tatbestand* de responsabilidade envolvido e, desta forma, o dado de facto ao qual se acopla específica e primordialmente a consequência indemnizatória. [...] Se se apura que uma norma de responsabilidade elege, de harmonia com o seu fundamento, a confiança do sujeito em elemento central da sua previsão, a obrigação de indemnizar apenas depende da verificação dos factos que perfazem o *Tatbestand* respectivo.” CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 350-358.

595 “A saída mais importante e típica para essa situação forçada é a *sanção*. O desapontamento pune o desapontador por meio de olhares, gestos palavras ou atos; seja para induzi-lo a um comportamento conforme a expectativa, ou seja apenas para salvaguardar demonstrativamente sua expectativa frente à decepção.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 73.

596 “O reconhecimento de uma imputação a título objectivo (portanto, independente de culpa) do dano derivado da frustração da confiança criada é essencial; por exemplo, para permitir o ressarcimento dos prejuízos decorrentes de expectativas geradas com a actividade de estruturas organizativas complexas (como as empresas), quando ao respectivo titular não possa ser apontada qualquer censura ou falta de diligência e todavia essa reparação seja em justiça de reconhecer.” CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 394-395.

597 “Os serviços objeto dos presentes Termos e Condições Gerais de Uso consistem em ofertar ao Usuário um espaço para que anuncie à venda produtos ou serviços dos quais tenha a faculdade de vender e/ou adquirir de outros usuários bens ou serviços por eles anunciados. MercadoLivre, portanto, possibilita aos usuários travarem conhecimento uns dos outros e permite que eles negociem entre si diretamente, sem sua intervenção na finalização dos negócios, não sendo, nesta qualidade, fornecedora de quaisquer produtos

para que usuários incluam anúncios com as mesmas características de um classificado de jornal *on line*. Nitidamente diversas são as situações⁵⁹⁸, porém, quando interpelado judicialmente para demonstrar o tipo de atividade que desenvolve, o agente responsável pelo referido espaço isenta-se alegando em sua defesa esse tipo de argumentação^{599 600 601}.

Depara-se ainda com a proposta⁶⁰² em que afirme ser o sítio de aproximação um provedor de conteúdo⁶⁰³, que não realiza qualquer tipo de verificação do que é inserido (publicado) em seu domínio. Tal postura não parece prosperar por muito tempo, porque as

e/ou serviços anunciados exclusivamente por seus usuários. ” MERCADO LIVRE. **Termos e condições gerais de uso do MercadoLivre.** Objeto. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_termos.html>. Acesso em: 09 abr 2009.

- 598 A diferença entre os sítios e os classificados reside no fato de que, enquanto no classificado há uma forma de contato direto entre as partes, nos sítios de aproximação, ocorre a manifestação do desejo de compra vinculando o sítio na relação, através da aproximação (clique em *comprar*). Se a relação se configura realmente, o sítio recebe um percentual pela venda efetivada levando em consideração o valor do bem comercializado. A diferença fundamental está na remuneração percebida pelo sítio. Por exemplo, se no anúncio de jornal coloca-se à venda uma ninhada de cães, com oito filhotes, onde cada um tenha um preço individualizado e possa ser vendido em separado, o valor deste anúncio será fixo e único (independente do número de produtos anunciados ou do valor destes). Alhures, o mesmo anúncio em um sítio de aproximação terá um custo diferenciado. A taxa de anúncio incide sobre o valor cada produto (ou sobre o valor total do conjunto de produtos anunciados), além das comissões que também incidirão sobre o valor de cada um dos filhotes, caso se efetive a venda. Há uma dupla remuneração do sítio de aproximação. Enquanto no jornal não importa quantos animais foram vendidos ou qual valor cobrado por cada um – porque o anúncio continuaria a custar o mesmo valor. No sítio de aproximação cada venda exigirá do vendedor o pagamento de comissões sobre o preço final de cada item.
- 599 “Note-se, portanto, Exa., que no que tange à natureza da relação, a atividade negocial da contestante aproxima-se, analogicamente, da que os jornais desempenham com suas seções de classificados, já que, em resumo, se trata da disponibilização de um espaço para que vendedores anunciem e compradores localizem o que buscam.” BRASIL. Juizado Especial Cível. Processo (contestação). 2003.1293-9, Reclamante: Cláudio Antônio de Paiva Simon. Reclamado: MercadoLivre.com, Atividades de Internet Ltda. Londrina, 25 mar 2004.
- 600 “Em se tratando de negociação virtual, onde as partes não mantêm contato físico entre si, nem o comprador pode examinar pessoalmente o objeto (circunstâncias que influem diretamente no consentimento), a participação do site se revela decisiva quando assegura ao usuário/consumidor a confiabilidade do meio. Essa, quer me parecer, é a marca distintiva importante a diferenciar a intervenção negocial do saite de classificados, que por força disso é muito mais relevante do que a do mero corretor ou ainda do jornal que anuncia classificados.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Turma Recursal Cível. Recurso inominado. 71001037068, Talles Paniz Schwantz, MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda. João Pedro Cavalli Júnior, Pelotas, 11 jan 2007.
- 601 “Se ele realmente funciona como um classificado de jornal, como o eBay afirma, ele não é responsável por práticas ilegais que eventualmente vem à publicação em seus itens. Mas, se ele é mais que isso, como uma vitrine, as críticas se mantêm, porque ele é responsável por investigar e fiscalizar os itens que são vendidos. (it was functioning like newspaper classifieds, as e Bay argued, it should not be responsible for illegal and misrepresented listings. But if it was more like a landbased store, as its critics maintained, it might have had an obligation to investigate and stand behind the items it sold.)” Cf. COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 91.
- 602 “O provedor de conteúdo não responde pela informação criada por terceiro. É nesse sentido que se orientam os diversos países, e também é a tendência verificada no Brasil. Há duas razões principais para que assim se decida: é inviável o controle do conteúdo do material incluído nos *sites* de conteúdo, tal a quantidade de informação diretamente disponibilizada, o que se agrava com o hipertexto, ao permitir a *'linkagem'* para novas informações e a passagem para outros sites, gerando uma cadeia de material informativo absolutamente incontrolável. Em segundo lugar, se a provedora de conteúdo fiscalizasse e tirasse o material informativo a ser divulgado pela Internet, exerceria ela um inadmissível poder de censura.” Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Parecer sobre a responsabilidade civil pela prestação de serviços pelo provedor de Internet MercadoLivre.com. 17 de novembro de 2006. [mimeo] p. 20.

informações disponibilizadas pelos usuários no referido espaço são, pouco a pouco verificadas, seja por uma programação automática⁶⁰⁴, seja por fiscais próprios a serviço da empresa⁶⁰⁵. Entretanto, ao que parece, sustentam-se as aproximações, mesmo havendo risco por conta dessa má aproximação, oriunda de uma informação ruim. Neste momento, existe a possibilidade de haver prejuízo para uma das partes que usufrui do serviço do sítio (aproximador). Sendo confirmadas as informações prestadas pelo provedor de conteúdo, permite-se visualizar, por conseguinte, a responsabilidade dele por suas declarações⁶⁰⁶.

Na sequência de tentativas de criar interpretações analógicas que tenham por objetivo afastar a responsabilização decorrente de declarações que criam confiança, surgem argumentos que pugnam por comparar o serviço que se presta em *shoppings centers*. Passa-se à construção teórica que tenta assemelhar o sistema de remuneração à questão da responsabilidade por fornecer espaço:

- 603 “O *provedor de informação* é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da Internet. É o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo. O *provedor de conteúdo* é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem. Dessa forma, o provedor de conteúdo pode ou não ser o próprio provedor de informação, conforme seja ou não o autor daquilo que disponibiliza.” Cf. LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviço de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 30.
- 604 “O departamento de monitoramento do *site* utiliza uma outra ferramenta tecnológica desenvolvida pelo próprio MercadoLivre através da qual são aplicados filtros sobre os anúncios ativos no *site*, com o uso de palavras-chave, a fim de detectar anúncios irregulares ou ilícitos, como animais silvestres, medicamentos, narcóticos, armas e munições.” Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Parecer sobre a responsabilidade civil pela prestação de serviços pelo provedor de Internet MercadoLivre.com. 17 de novembro de 2006. [mimeo] p. 21.
- 605 Reportagem a respeito do Mercado Livre aponta a existência de censores de conteúdo, que monitoram o que é depositado e publicado naquele sítio. Por ocasião, noticiou-se a venda de mídias contendo fotos eróticas de menores de idade: “Há fortes indícios de pedofilia nos anúncios. Vamos pedir a quebra do sigilo dos vendedores e dos compradores”, diz o procurador da República, Sérgio Suiama, coordenador do Núcleo de Combate à Pedofilia em São Paulo. Anderson Miranda, criador do site censura.com.br, recebeu sete denúncias de venda de material pornô infantil envolvendo 22 vendedores no site de leilões. “Eles põem no anúncio que as garotas são maiores só para disfarçar e continuar vendendo”, acusa. O advogado Mauro Falsetti, que representa o Mercado Livre, disse que as propagandas contrariam a política do site. Segundo ele, as ofertas foram retiradas logo após a denúncia e os usuários advertidos. Falsetti afirmou que o site vai colaborar com as autoridades para chegar aos culpados. Segundo ele, o Mercado Livre mantém uma equipe de cem profissionais que monitoram constantemente o conteúdo dos anúncios, retirando do ar aqueles que contradizem as normas.” Cf. FERNANDES, Nelito. Leilão de Menores. Exploradores vendem CDs com fotos de adolescentes nuas no site Mercado Livre. **Revista Época**. Rio de Janeiro: Globo. nº 347. 10 jan 2005. p. 64.
- 606 “Os provedores de *conteúdo* serão responsáveis pelas informações de autoria de terceiros quando exercerem controle editorial sobre o que é ou não disponibilizado em seu *web site*. Em alguns casos, o conteúdo disponibilizado por usuários não é monitorado, nem tampouco sujeito a qualquer edição, especialmente quando a inserção das informações ocorre de modo automatizado ou imediato. [...] Haverá, portanto, responsabilidade quando o provedor de conteúdo, após analisar o teor da informação ilegal, optar por disponibilizá-la na Internet. Nesta hipótese, o provedor primeiramente exerce controle editorial sobre a informação e, posteriormente, decide publicá-la, entendendo ser interessante fazê-lo. Assim procedendo, assume, em conjunto com o autor da informação, os riscos inerentes à sua publicação e divulgação, sendo ambos responsáveis pela reparação dos danos porventura causados, a exemplo do que ocorre quando a ofensa se dá pela imprensa tradicional.” Cf. LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviço de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 109.

[...] em nada modifica a natureza dos serviços prestados, semelhante à de um classificado de jornais – e ninguém em sã consciência responsabilizaria o editor de caderno de classificados pelo defeito da mercadoria por ali ofertada. As comissões sobre as vendas que são pagas aos sites em nada afetam a analogia, pois não há razão para modificar a responsabilidade pelo fato da remuneração pelo serviço ser fixa ou variável. De qualquer modo, vale lembrar que os *shopping centers* recebem uma remuneração sobre o faturamento das lojas abrigadas sob seu teto e nem por isso tornam-se responsáveis pelos produtos vendidos nos estabelecimentos. A analogia cai como uma luva: enquanto os *shopping centers* cedem espaço físico para a oferta de produtos de terceiros, os sites de compra e venda cedem espaço virtual para a mesma finalidade (ou até mesmo espaço físico em seus servidores, para armazenamento de conteúdo dos vendedores)⁶⁰⁷.

Todavia, faz-se aqui uma omissão porque o serviço não se restringe a oferecer espaço para que outros insiram informações – e estas, apenas como informações – capazes de unir, por seus próprios méritos, os anseios de partes distintas. Como já se vem afirmando, o diferencial está na linguagem que transmite confiança e certifica que determinado conteúdo inserido tem mais poder do que outro.

Vale destacar, nessa linha de pensamento, que todo o modelo organizacional, por mais que tenha sido planejado com base no amadorismo, à medida que o tempo passa, vem sendo reformulado com instrumentos que comunicam ao *leitor* (consumidor) – de forma diferenciada – o que é ou não digno de confiança. O *texto* dos sítios de aproximação disponibilizou pontuações contendo símbolos como estrelas, medalhas e cores especiais para diferenciar do mais ao menos confiável a partir de *feedbacks* dos próprios usuários^{608 609},

607 FALSETTI, Mauro. **Responsabilidade de sites de compra e venda na internet**: o outro lado da moeda. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=36482>. Acesso em: 09 mar 2007.

608 “Skoll pediu a Song que criasse uma série de estrelas coloridas que apareceriam ao lado do nome dos usuários, refletindo a confiabilidade dos mesmos. As estrelas eram uma forma de o AuctionWeb reconhecer os vendedores e compradores, mediante sua reputação. “Sei quais as minhas cores”, Song pensou sozinha. Ela desenvolveu um sistema de amarelo, vermelho e roxo, para diferentes níveis de pontuação, culminando em uma grande estrela para quem alcançasse 10,000 pontos. (Skoll asked Song to create a series of colored stars that would appear beside users' names and feedback ratings, reflecting the amount of feedback they had. The stars would be a way for AuctionWeb to recognize its most outstanding buyers and sellers, while at the same time making it easier for users to spot other users with good reputations. The assignment itself seemed easy enough. “I know my colors,” Song thought to herself. She developed a system of yellow, red, green, and purple stars for different feedback levels, culminating in a shooting star for anyone with a feedback rating over 10,000).” Cf. COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 41.

609 “O que é o Programa de MercadoLíderes? O Programa de MercadoLíderes reúne aqueles vendedores que se destacam por sua seriedade, pela quantidade de vendas com sucesso e pelas qualificações positivas que receberam de usuários da Comunidade. Podem ser MercadoLíderes, MercadoLíderes Gold ou MercadoLíderes Platinum. Quais são as vantagens de participar do Programa de MercadoLíderes? Os participantes do programa têm muitas vantagens: O MercadoLivre os recomenda como os melhores vendedores; São mais procurados pelos usuários na hora de comprar; Têm acesso ao Portal Exclusivo de MercadoLíderes; Os MercadoLíderes poderão ser reconhecidos pela medalha que carregam junto ao apelido e que os distingue dos demais membros da Comunidade. São os primeiros a conhecer as novidades do site; Recebem atenção preferencial por parte do MercadoLivre. Como identifico um MercadoLíder? Os MercadoLíderes poderão ser reconhecidos pela medalha que carregam junto ao apelido e que os distingue dos demais membros da Comunidade.” Cf. MERCADOLIVRE.COM. **Programa de mercadolíderes**. Disponível em: <<http://www.mercadolivre.com.br/programamercadolideres>>. Acesso em: 09 abr 2009.

cadastrados sem verificação prévia ou posterior⁶¹⁰, permitindo, não raro, que incapazes acessem e participem do sítio^{611 612}, e, não obstante, aptos a promover fraudes e dar azo às contingências inerentes às aproximações.

3.3 Redução de complexidades nos sítios de aproximação: atualizar ou inovar?

Os sítios de aproximação atualmente correspondem ao mais avançado meio de acesso a bens de consumo em escala varejista. Trata-se de ferramenta ímpar dentro da internet porque se consubstancia num mercado aberto a todas as pessoas que porventura desejem por à venda bens ou serviços, desde que lícitos, conforme a(s) legislação(ões) do país(es) onde se realizará a transação. Retira o brilho da proposta a amplitude do risco que os cerca; mais que uma penumbra, paira uma sombra – repleta de incertezas – dando manutenção a diversas complexidades ao invés de reduzi-las.

Desde a formação do *AuctionWeb*, *eBay*, *MercadoLivre*, *Lokau*, *Arremate.com* e outros espaços similares, que desapareceram ou foram absorvidos por sítios maiores, verificaram-se casos em que se vendiam ou se disponibilizavam produtos ilícitos⁶¹³ e, sobretudo, surgiam^{614 615 616 617 618} e ainda surgem fraudes^{619 620}. Aliás, segundo os relatórios do IC3 (Internet Crime Complaint Center), órgão ligado ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, as fraudes

610 Entre 2003 e 2004, com dados não coerentes, foi levantada pelo autor desta dissertação realizou-se, uma série de cadastros de usuário no sítio MercadoLivre.com (aproximadamente noventa). Em nenhum momento os dados foram verificados ou mesmo as informações conferidas. Naquele tempo, os cadastros pediam dados facilmente verificáveis, como o Cadastro de Pessoa Física, que podia ser conferido no sítio da Receita Federal. Assim mesmo, os cadastros mantiveram-se ativos, sem interpeção do sítio de aproximação.

611 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 217.

612 “EBay had no system in place for informing sellers of the law that applied in a buyer's home state, and no means of ensuring that a buyer was of age.” Cf. COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 217.

613 PAIVA SIMON, Cláudio Antônio de. O “Mercado de Peixes” da sociedade de informação. **Revista Consulex**. Brasília: Consulex. Ano IX. Nº 201. 31 maio 2005. p. 52-54.

614 GUERIN, Mariana. Comprou notebook e recebeu tijolo. **Folha de Londrina**. Londrina: 26 out 2007. p. 8.

615 FELTRIN, Marco. Alvos fáceis. **Folha de Londrina**. Londrina: 27 out 2007. p. 3.

616 “Teresa Smith descobriu os leilões de internet há dois anos, ao vender 800 mil dólares em computadores Apple Macintosh em sites como eBay e AuctionWorks. [...] Smith admitiu em um tribunal em novembro que tinha enganado 300 clientes em um caso que está sendo considerado a maior fraude em leilões online da história.” Cf. INFO. **Trapaceiros infiltram-se em sites de leilão**. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/ferramentas/print.php>>. Acesso em 15 jan 2003.

617 IDG Now. **Casos de fraude da Web triplicaram em 2002**. Disponível em: <http://www.secline.com.br/view_inpress.asp?codmateria=72>. Acesso em 18 abr 2003.

618 FERNANDES, Nelito. Leilão de Menores. Exploradores vendem CDs com fotos de adolescentes nuas no site Mercado Livre. **Revista Época**. Rio de Janeiro: Globo. nº 347. 10 jan 2005. p. 64.

619 ESPAÇO VITAL. **Fraude pela internet gera indenização por danos morais e materiais**. Disponível em: <http://www.espacoovital.com.br/noticia_1er.php?id=12713>. Acesso em 10 set 2008.

620 ALMENDRA, Vinicius da Silva. **Um estudo de identificação de fraudadores em mercados eletrônicos de computação humana**. 2008. 122 f. Tese (Doutorado em Informática) – Programa de Pós-Graduação em Informática do Centro Técnico Científico da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2008.

em sítios de aproximação (*auction frauds*), representaram 25,5% do total de situações que chegaram ao conhecimento das autoridades naquele país⁶²¹.

Em consonância com os princípios que circundam as relações consumeristas, sobretudo no que tange à boa-fé, confiança e vulnerabilidade, esse tipo de situação não pode prosperar, porquanto, o risco não é sequer compartilhado, mas sim, jogado totalmente à mercê da responsabilidade do consumidor⁶²², indo na contramão do que preleciona a doutrina⁶²³. A respeito, Cláudia Lima Marques acentua:

Na relação entre consumidor e fornecedor, o princípio de risco é *cujus commodum, ejus periculum*. Assim, aquele que se organiza para negociar por meio eletrônico profissionalmente, deve suportar o risco de identificação e imputação errônea de uma vontade negocial.⁶²⁴

A rigor, tem-se que admitir que, na presente situação, ainda não existam mecanismos suficientemente aptos a reduzir as complexidades que se verificam no momento. Há enorme receio em elaborar e especialmente em aplicar regramentos quando o campo de atuação é o da internet. Não raro, esse medo (ou ignorância) desencadeia respostas frágeis frente ao que é indispensável à sociedade⁶²⁵.

A revolução informacional, assim como as demais revoluções, evidentemente, proporcionam quebra de paradigmas⁶²⁶; todavia, em determinado momento, as complexidades

621 Internet Crime Complaint Center. 2008. **2008 Internet crime report. 2008**. Disponível em: <http://www.ic3.gov/media/annualreport/2008_IC3Report.pdf>. Acesso em 04 maio 2009.

622 “No caso do contrato de compra e venda celebrado virtualmente na plataforma do provedor de conteúdo, ainda há um outro momento a considerar. Partindo do pressuposto da regularidade e veracidade da informação inserida pelos usuários, e tendo por correto o comportamento dos interessados na celebração do contrato de compra e venda de bens ou serviços, pode acontecer que, na execução do combinado, haja descumprimento por parte de um ou de outro: o fornecedor não entrega o bem prometido, ou entrega um de pior qualidade: o comprador não paga total ou parcialmente o preço ajustado. Parece bem evidente que o provedor de conteúdo não responde pela ação dos seus cadastrados na operação de compra e venda de bens e serviços. Ele não participa dessa relação, e o fracasso da negociação ou do contrato não lhe pode ser atribuído.” Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Parecer sobre a responsabilidade civil pela prestação de serviços pelo provedor de Internet MercadoLivre.com. 17 de novembro de 2006. [mimeo] p. 36-37.

623 “[...] já lá vai o tempo em que a publicidade não era considerada susceptível de desencadear conseqüências indenizatórias para ressarcir expectativas logradas de consumidores. Abandona-se progressivamente o princípio do risco do comprador (seja a expressiva máxima germânica “Augen auf Kauf ist Kauf”) no sentido da responsabilização do autor da publicidade e da regra contrária do *caveat venditor*.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 193.

624 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 109.

625 O professor Amaro Moraes e Silva Neto, pioneiro nas questões que envolvem o Direito e as novas tecnologias posiciona-se sempre de maneira rígida frente ao desespero de alguns quando tratam de criar pânico porque “não existem” (sic) leis específicas para se aplicar à internet: “Por vezes tenho por hábito dizer, jocosa e ironicamente, que a maior parte dos que falam sobre direito e Internet ou não entendem de direito ou não entendem de Internet. Frequentemente não entendem nem de direito, nem de internet...” Cf. MORAES E SILVA NETO, Amaro. Prolegômenos. In: KAMINSKI, Omar (org.) **Internet legal**. O Direito na Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá, 2003. p. 14.

626 HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**. 1789-1848. 24. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 410.

inerentes a toda a transformação precisam ser barradas. Assim como a roda, a vela, a caldeira e o vapor, o motor à explosão e a eletricidade, certamente a informação serve ao desenvolvimento dos povos. Por isso, regular esse conteúdo das comunicações se evidencia relevante, pois para ser percebido o ator do sistema precisa interagir com o esse sistema e ele só o faz por intermédio do agir comunicativo⁶²⁷.

Os sítios de aproximação, em razão do modo como foram concebidos, ainda hoje proporcionam fértil terreno para a produção de fraudes que geram lesões patrimoniais aos indivíduos quando eventualmente recorrem à internet para acessarem bens de consumo. As fraudes concentram-se, em especial, na compra e no não recebimento do produto⁶²⁸. Multiplicam-se os casos referentes a esse tipo de perda patrimonial⁶²⁹ que, num primeiro momento, pode parecer irrisório em face do volume das negociações^{630 631}. São perdas isoladas que, contudo, se forem aglutinadas, tratando-se de varejo, somarão um número significativamente elevado.

Com o passar do tempo, a situação melhorou consideravelmente. Até há pouco não existiam serviços de pagamento condicionado⁶³² à disposição dos usuários, ou mesmo

627 “Os valores reais da humanidade não são aqueles que ela tem de comum com as entidades biológicas, a função de um organismo ou de uma comunidade de animais, mas os que derivam do espírito individual. A sociedade humana não é uma comunidade de formigas ou térmitas, governada por instintos herdados e controlada pelas leis da totalidade superior. A sociedade é baseada nas realizações do indivíduo e está condenada se o indivíduo for transformado em uma roda dentada da máquina social.” Cf. BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973. (Teoria de sistemas: 2) p. 80-81.

628 ALMENDRA, Vinicius da Silva. **Um estudo de identificação de fraudadores em mercados eletrônicos de computação humana**. 2008. 122 f. Tese (Doutorado em Informática) – Programa de Pós-Graduação em Informática do Centro Técnico Científico da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2008. p. 30.

629 Em espaços alternativos de divulgação, como fóruns, sítios de relacionamento e similares, basta digitar os termos “mercado livre” e “fraude” ou “golpe”, que os números de busca serão certamente grandes. Existe uma cifra negra, naturalmente não contabilizada, de usuários lesados que não buscam os órgãos do Judiciário e, mesmo aqueles que procuram ajuda, nem sempre tem o atendimento e orientação necessária, o que faz esse risco do negócio ser extremamente vantajoso frente ao poder da empresa.

630 RODRIGUES, Nando. **MercadoLivre registra aumento de 81% no volume de negócios**. Disponível em: <<http://pcworld.uol.com.br/noticias/2007/01/18/idgnoticia.2007-01-18.7920897879/>>. Acesso em: 18 jan 2007.

631 “O volume de transações em GMV (Gross Merchandising Volume - medida do valor total de produtos comprados e vendidos por meio da plataforma do MercadoLivre.com excluindo-se as categorias de serviços, veículos, embarcações, aeronaves e propriedades imobiliárias) foi de US\$ 2,1 bilhões em 2008.” Cf. MERCADOLIVRE.COM. **Dados-chave sobre o mercadolive**. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_05>. Acesso em 2 jun 2009.

632 O serviço de pagamento condicionado, também conhecido como PayPal ou MercadoPago funciona da seguinte forma: havendo aproximação e conclusão do negócio, o comprador pagará o valor acertado ao PayPal/MercadoPago, que funciona como um banco, paralelo ao eBay/MercadoLivre. Depositado o valor, o MercadoPago informa ao vendedor que recebeu o dinheiro. O vendedor envia o produto. Recebido o produto, nas condições informadas, o comprador repassa a informação ao MercadoPago, que se comunica com o vendedor, repassando a quantia depositada anteriormente. Cf. MERCADOLIVRE.COM. **Termos e condições gerais do contrato de gestão de pagamentos**. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/org-img/html/MLB/terminos_m_pago.html>. Acesso em 24 maio 2009.

qualquer programa de seguro, paralelo às ações do sítio que, em caso de sinistro, pagassem indenização ao usuário⁶³³. Apesar desse programa ser uma grande falácia – pois tem irrisórios limites de cobertura – ele existe há algum tempo e não se pode negar que isso contribuiu positivamente ao bom relacionamento desse tipo de empresa com os usuários do serviço.

Mesmo assim, nos dez anos de MercadoLivre no Brasil⁶³⁴ evoluiu-se pouco frente às complexidades existentes. Vários usuários lesados – por efeito dessas fraudes – interpelaram o sítio de aproximação pleiteando sua responsabilização⁶³⁵ em face das estratégias de disposição do *texto*, o que, evidentemente, os induziu a crer que determinados usuários daquele espaço eram fidedignos, reais e, mais que isso, confiáveis. Traídos pela sedução do texto, buscaram justas indenizações, contudo, não raro, os analistas daquelas causas tendem a desconsiderar o clamor do pleito por sua *alta* complexidade e *baixo quantum* pecuniário.

Insiste-se que o risco é inevitável⁶³⁶; nem por isso, todavia, reduzir esse risco drasticamente é impossível. Os sítios de aproximação funcionam como *sistemas de reputação*^{637 638}, respaldados pela administração daquele espaço. A confiança, atribuída às

633 Os usuários que forem eventualmente lesados em compras no Mercado Livre terão direito a um *plano de cobertura* que varia de R\$ 140,00 a R\$ 700,00, dependendo do nível de confiabilidade atribuído a determinado vendedor. Para aqueles usuários-vendedores com pontuação entre 0-25 pontos positivos, não há cobertura alguma. Para usuários-vendedores com pontuação entre 26-99 pontos positivos, há cobertura de até R\$ 140,00. Para usuários-vendedores com pontuação entre 100-499 pontos positivos, há cobertura de até R\$ 250,00. Para usuários-vendedores com pontuação entre 500-999 pontos positivos, há cobertura de até R\$ 400,00. Para usuários-vendedores com pontuação superior a 1000 pontos positivos, há cobertura de até R\$ 700,00. Destaque-se que essa cobertura está restrita a um pedido a cada 12 meses e que comprador e vendedor não podem ter dívidas junto ao sítio de aproximação. Cf. MERCADOLIVRE.COM. **Condições gerais do programa de proteção ao comprador.** Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_load?htmlas_menu=M08S03&as_html_code=PPC_PROGRAMA>. Acesso em 24 maio 2009.

634 Id. **Sobre o mercadolive.** História. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_03>. Acesso em 12 jun 2009.

635 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Juizado Especial Cível. Recurso inominado nº 71001287440. Recorrente: Rodrigo Schirmer Silveira. Recorrido: Mercado Livre.com (atividades de internet Ltda). Relator: João Pedro Cavalli Júnior. Porto Alegre, 17 de julho de 2007.

636 LUHMANN, Niklas. **Confianza.** Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad) p. 52.

637 [...] são mecanismos que possuem em comum a função de agregar opiniões sobre produtos vendidos e serviços prestados e disponibilizá-las para os futuros compradores, de modo a criar um incentivo para que os vendedores e prestadores de serviço se esforcem para cumprir o combinado. Normalmente os sistemas de reputação também publicam opiniões sobre o comportamento dos compradores; todavia, como normalmente o vendedor só fornece a mercadoria ou serviço depois de o comprador pagar, essas opiniões são menos relevantes.” Cf. ALMENDRA, Vinicius da Silva. **Um estudo de identificação de fraudadores em mercados eletrônicos de computação humana.** 2008. 122 f. Tese (Doutorado em Informática) – Programa de Pós-Graduação em Informática do Centro Técnico Científico da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2008. p. 14.

638 “Em sistemas de rede de relacionamentos, como no eBay, usuários são determinados por opiniões de outros usuários, sendo a primeira experiência que se construiu dessa forma. [...] O círculo retroalimentado do eBay se deu de uma forma específica baseada nos “efeitos de rede de relacionamento”. Tecnologias de interação têm valor quando muitas pessoas a utilizam: quando uma pessoa tem um telefone, é uma lástima, quanto mais pessoas o utilizam, melhor fica o serviço. (But for online networks like eBay, where the user experience is almost completely determined by the other users of the site, being the first to build up a large

declarações que identificam *status* de fama e respeito naquele sistema, serve de motivação para os demais usuários que compartilham desta *network* (rede de relações).

Esse dinamismo subjacente à confiança é inerente a todo risco presente nos mecanismos dos serviços ofertados pelo sítio de aproximação⁶³⁹. Se não houver uma reputação positiva, não se cria confiança e, por conseguinte, o espaço não consegue lucrar com as porcentagens que obtém de cada aproximação efetuada. Sem confiança, não há interação⁶⁴⁰, estagna-se todo o mecanismo e a comercialização não flui, disso se depreende a importância de proteger aqueles que depositam as expectativas nesse sistema. Os usuários do espaço não podem ficar reféns da negligência desalinhada da equidade que deve primar nas relações consumeristas, conforme o que consta na previsão constitucional (Arts. Arts. 5º, XXXII e 170, V da Constituição Federal).

Existem ações que, quando corretamente aplicadas, atuam à semelhança de um filtro, atenuando o risco. Primeiramente é indispensável remeter à questão da atualização preconizada por Pierre Lévy⁶⁴¹: o *indivíduo* precisa ser o *indivíduo* também no meio virtual. Na internet, aquele que fala está longe do ouvinte, o que é favorável ao desenvolvimento de um clima de magia do encriptado, proporcionada pelo abrigo da intimidade em que se relacionam homem e computador. É nessa penumbra que o potencial fraudador pode vir a se tornar um frustrador de expectativas⁶⁴².

Este é um problema que muito provavelmente venha a se transformar em realidade. Porém, pode ser contornado pelas áreas do conhecimento: de que forma seria possível minorar os riscos e oferecer mais segurança nessa situação? A Administração e a Economia dão a primeira resposta. Encarecem a necessidade de cadastramento e manipulação de dados, o que pode ser sintetizado pelo termo burocracia, que se desdobra em poder (*krátos*), mais

network gives a site a critical edge. [...] Ebay's virtuous cycle was a specific instance of an Internet phenomenon called "network effects." An interactive technology has value only if many people use it: when one person has a telephone, it is worthless; the more people who have phone service, the more useful phones become.)" Cf. COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 101.

639 "Observando a jurisprudência alemã sobre leilões, conclui-se que, como é o organizador de leilão/fornecedor que oferece a plataforma de negócio, é de sua responsabilidade a autoria dos lances. [...] os riscos do fornecedor que assim "organiza" sua cadeia de negociação e vendas são grandes [...]" Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 219-220.

640 LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 14.

641 LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 15.

642 JÚNIOR, Gonçalo. O exorcismo da internet. Psicólogos e advogados defendem moderação em críticas à rede e dizem que mídia virtual apenas exterioriza distúrbios do mundo real. **Revista Pesquisa FAPESP: Ciência e Tecnologia no Brasil**. São Paulo. n.128. outubro 2006. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/?art=3078&bd=1&pg=1&lg=>> Acesso em: 15 out 2006.

bureau (local de trabalho)⁶⁴³. Assim, o controle dos dados pelo administrador dos sítios seria o meio adequado para reduzir os riscos.

É incontestável que reexaminar e, após, ratificar ou não os dados inseridos nos sítios demandaria um grande contingente de mão-de-obra especializada, por exemplo, profissionais como arquivólogos e bibliotecários. Todavia é válido tomar o máximo de cautelas já que a ideia de risco inerente ao negócio não deve ser descartada frente a esse tipo de complexidade⁶⁴⁴. Certamente, esse tipo de exigência diminuiria expressivamente o número de problemas nesse espaço, pois os cadastros seriam fontes de dados importantes em caso da necessidade de identificação dos usuários. A má gestão da informação, aditada à facilidade de inscrição na comunidade dos sítios de aproximação e a não conferência dos dados é a principal razão da existência das fraudes.

Esse modelo administrativo não seria inviável. Tornaria, contudo, um pouco menos dinâmica a atuação dos sítios de aproximação diante da demanda veloz que caracteriza a Internet⁶⁴⁵. Por outro lado, o nível de segurança nas relações aumentaria significativamente⁶⁴⁶. Não se recorre a esse modelo sobretudo pela articulação de ações que ele exige⁶⁴⁷, redundando, em decorrência, num aumento de despesas para a empresa e inevitável diminuição dos lucros. Saliente-se que mesmo adotando um modelo de verificação dos dados, ainda assim não se poderia garantir que o espaço ficaria isento de fraudes.

Caminhando em direção à seara da Ciência da Computação e Sociologia (inspirada na

643 HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001. CD-ROM.

644 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 109.

645 LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 22.

646 Para comprovar a inércia dos sítios de aproximação, afirma-se, por experiência própria, que um cadastro, plenamente ativo, com mais de oito anos de funcionamento, contendo dados incompletos, perdura no sítio MercadoLivre.com, sem quaisquer ratificação ao longo do tempo. Trata-se do cadastro do próprio autor, que, regularmente, se vale deste acesso para frequentar a comunidade e participar de aproximações com outros usuários. O primeiro cadastro realizado no sítio MercadoLivre.com, contendo o mesmo número de CPF-Cadastro de Pessoa Física utilizado no presente momento, fora cancelado em face de ação judicial proposta pelo autor. Vide: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Juizado Especial Cível. Processo (contestação). 2003.1293-9, Cláudio Antônio de Paiva Simon, MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda. Londrina, 25 mar 2004.

647 Em postura desalinhada à realidade (verdade), parecerista contratado pelo sítio MercadoLivre.com, aponta os porquês dessa inviabilidade: “A exigência de prévio controle, pelo provedor, do material a ser inserido no seu *site* poderia inviabilizar a atividade a que se propôs, dependendo da natureza dela. Se o objetivo do provedor é permitir o intercâmbio de informações entre fornecedor de bens ou serviços e respectivos adquirentes, ele não terá condições de aferir a veracidade dos dados disponibilizados pelo usuário pelas seguintes razões: não é ele o autor da informação, pelo que não a conhece; não há condições fáticas de realizar rigoroso e adequado exame prévio da informação inserida pelo usuário no *site* em razão da sua quantidade e da falta de tecnologia que hoje permita a seleção do material; a interatividade da relação estabelecida diretamente entre os usuários é insuscetível de controle prévio.” Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Parecer sobre a responsabilidade civil pela prestação de serviços pelo provedor de Internet MercadoLivre.com. 17 de novembro de 2006. [mimeo] p. 35.

Biologia), existe uma outra solução em que trabalha com a co-participação de determinados grupos de pessoas junto aos sistemas informáticos, visando a identificação de fraudes. Em uma espécie de rede de interação mútua, determinado grupo de pessoas fiscalizaria o próprio sistema à procura de fraudadores, sempre que se vislumbrassem posturas suspeitas. Detectados, esses fraudadores seriam expulsos do sistema e aqueles que os encontrassem, receberiam prêmios com algum conteúdo econômico (bônus, descontos, dinheiro em espécie e outros)⁶⁴⁸.

Em consonância ao *crowdsourcing*, ou busca de respostas por intermédio de agentes atuando no problema, constrói-se a teoria dos sistemas, que compreende as complexidades solucionáveis quando os próprios elementos do sistema são capazes de fornecer uma resposta, à maneira de sistemas imunológicos⁶⁴⁹: eis aqui a autopoiese⁶⁵⁰.

Esta alternativa, bastante razoável, e inclusive presente, embora de maneira superficial, desde a gênese dos sítios de aproximação⁶⁵¹, ainda não foi adotada com a

648 “[...] há uma solução intermediária que vem ganhando força em outros tipos de atividade: o *crowdsourcing* ou *computação humana*, que consiste na delegação de tarefas relativamente simples para seres humanos (e.g. Reconhecimento de imagens), mas complexas para o computador. Essas tarefas são distribuídas através da Internet via portais (públicos ou não) para as pessoas previamente cadastradas; essas pessoas fazem as tarefas e novamente através da Internet fornecem os resultados, recebendo algum tipo de retribuição (participar de um jogo, receber bônus para gastar em determinada loja virtual etc.) O problema de escala é reduzido por conta do alcance global da Internet e pela redução dos custos envolvidos. Um interessante desafio que se apresenta é o de melhorar os processos de detecção de fraudadores atualmente existentes recorrendo à ajuda de agentes humanos, segundo o paradigma da computação humana.” Cf. ALMENDRA, Vinicius da Silva. **Um estudo de identificação de fraudadores em mercados eletrônicos de computação humana**. 2008. 122 f. Tese (Doutorado em Informática) – Programa de Pós-Graduação em Informática do Centro Técnico Científico da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2008. p. 16.

649 VAZ, Nelson Monteiro; VARELA, Francisco J. Self and Non-Sense: An Organismcentered Approach to Immunology. **Medical Hypotheses** 4 (1978) p. 231-267 *apud* LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 644.

650 “Los sistemas autopoieticos están atados a su tipo de operación, tanto en lo que concierne a la producción de sus operaciones subsecuentes como en lo referente a la construcción de sus estructuras. No hay, dicho de otra manera, ninguna “diversidad esencial” o “diversidad material” entre operación y estructura. Ya en el proceso de la vida de la célula las enzimas son datos, factores de producción y programas. En el sistema de la sociedad esto es válido para el lenguaje. [...] De esta manera los sistemas autopoieticos son siempre sistemas históricos que parten del estado inmediatamente anterior que ellos mismos han creado. Lo que hacen lo hacen por primera y por última vez. Toda repetición es cuestión de una fijación artificial. Y son históricos también en el sentido de que deben sus estructuras a la secuencia de sus operaciones y con ello evolucionan en dirección de la bifurcación o la diversificación.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 104-105.

651 “O fórum de respostas funcionava à moda de uma política de reputação de uma pequena cidade no AuctionWeb. Os números que classificavam os usuários estavam ao lado de seus nomes. Esses índices de reputação seguiam os usuários em quaisquer situações em que se envolviam. A estrutura organizacional do sítio não agia de forma automática. Omidyar ainda intervinha no sítio. Ele decidiu que quando a reputação dos usuários alcançasse níveis baixos – quatro negativas ou mais – eles seriam expulsos do sítio. Omidyar escolheu quatro negativas depois de discussão no fórum – ele cancelava os registros do usuário como forma de punição – e esse tipo de informação não era revelada aos demais usuários. (The Feedback Forum played the same role on AuctionWeb that reputation plays in a small town. Through the numbers that appeared after users' names, the AuctionWeb community's opinion of them would follow them wherever they went. The new system did not entirely remove Omidyar from the role of enforcer. He decided that when users' Feedback Forum ratings got too low – negative four or less – they would be banned from the

efetividade que seria necessária. Insiste-se em delegar a determinados usuários a incumbência de repassar a novos usuários informações acerca do sítio de aproximação. Não raro, isso é praticado independentemente de esses usuários indicados para repassar informações terem sido submetidos ou não a uma triagem para verificar sua reputação e consequente credibilidade. Em consequência, conforme o atual modelo, forjar dados é plenamente viável. Dessa prática resulta o agravamento da disseminação de diferentes confianças de acordo com o *quantum* de vendas (aproximações bem-sucedidas) e comissões pagas ao aproximador.

Se a adoção da via burocrática estimula a que se reclame dos altos custos e da perda da dinâmica da engrenagem organizacional, a opção pela computação humana (crowdsourcing) também é inaceitável por implicar pagamento de algum bônus para aqueles que indicarem fraudadores pelo fato de porem em risco as expectativas no ato de consumo. Sendo assim, se faz necessário o socorro de outra via ou de outras vias. Apesar da fragilidade e da precária eficiência de ambos esses instrumentos, é certo que se alinham à ideia de profilaxia para as mazelas da quebra do vínculo de confiança. Assim, não havendo a vacina, tem-se ao menos a certeza de contar com o soro para realizar a terapia quando o sistema padecer na figura de seus atores. Portanto, para o presente problema, neste momento, não se vislumbra outra solução que não o Direito.

Mesmo dando respaldo a qualificações prováveis, porém não certas, de usuários para usuários, os sítios de aproximação não assumem qualquer responsabilidade pela omissão em sua atuação⁶⁵². Atuando entre a atividade do mediador e do corretor – seguindo a linha de Pontes de Miranda⁶⁵³ – o aproximador deve ser responsabilizado por suas declarações, que, evidentemente, conduzem a confiar. Frustrada a confiança, é inegável o desrespeito à boa-fé e incontestável a coerência de se indenizar⁶⁵⁴, exatamente na medida de sua perda, aquele que creu, aquele que confiou. Assim, Carneiro da Frada:

[...] a pretensão indenizatória abrange quer os danos emergentes, quer os lucros cessantes: a frustração do investimento tanto é capaz de gerar uns como outros.

site. Omidyar arrived at the cutoff point of negative four without much deliberation – it just struck him as the point at which his assumption of goodness was sufficiently rebutted – and he did not reveal it to users.)” Cf. COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002. p. 28.

652 MERCADOLIVRE.COM. **Termos e condições gerais de uso do MercadoLivre**. Responsabilidades. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 09 abr 2009.

653 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. Editor Borsoi. Rio de Janeiro, 1963.

654 “[...] já se viu que emitir uma declaração errônea ou ineficaz, defraudatória da confiança, é ilícito, sempre que incumba ao seu autor, designadamente em virtude da boa fé, o dever de proceder diligentemente por forma a evitar o ocasionar de um prejuízo a outrem e essa adstrição não foi respeitada.” Cf. CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 663.

Neste sentido, pode dizer-se, de modo linguisticamente apropriado, que o que se indemniza na responsabilidade pela decepção de expectativas é tão-só o *dano de confiança*.⁶⁵⁵

O último recurso – aliás, primeiro e único – daquele usuário que depositou suas expectativas no *texto*, adstringe-se ao Direito. O indivíduo acredita no *texto*, não duvida de que as mãos dadas, em forma de cumprimento (ícone do sítio MercadoLivre.com) – que remetem à deusa romana Boa-Fé⁶⁵⁶, indicando pureza, certeza, fidelidade, probidade, amizade, confiança –, poderão ir do afago ao apedrejo⁶⁵⁷. Se não se pode depositar sinceramente expectativas na atribuição da confiabilidade sugerida pelos indicadores ou pelo (con)*texto*, o indivíduo precisa se agarrar a outro redutor de complexidades.

A função do Direito aqui não é outra que dar garantia às expectativas. Ou seja, se alguém conduz outro a confiar e este outro só age porque confiou e tal vínculo é descartado, não havendo outro modo de restabelecer a complexidade naquele sistema, recorre-se ao Direito para estabilizar as expectativas e dar segurança àquele que deposita sua fé, sua confiança, no que fora sugerido. Nesse sentido, Niklas Luhmann preleciona:

En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social. El derecho permite que expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los desengaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de confianza (hasta la imprudencia) o de desconfianza, cuando se puede confiar en el derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza.⁶⁵⁸

Este apelo ao Direito divide-se em dois momentos: o primeiro que trata de previsões normativas e o segundo que confere a aplicação da norma. Num cenário de opiniões bastante ecléticas, ainda se pode colher uma série de diferentes modos de pensar favoráveis à necessidade de criação de leis que resguardem tutelas específicas. No bojo dessas opiniões também se aloja o pensamento consoante o qual é compulsório fugir do simbolismo da lei. De acordo com Cesare de Bonessana, não é o fato de criar leis que reduzirá o risco, mas, sim, o cuidado de aplicar o Direito⁶⁵⁹. No mesmo rumo coincide o pensamento de Pierre Lévy,

655 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 678.

656 COMMELIN, P. **Mitologia grega e romana**. Rio de Janeiro: Ediouro, 198-. p. 255-256.

657 Em alusão aos versos de Augusto dos Anjos: “Toma um fósforo. Acende teu cigarro!/ O beijo, amigo, é a véspera do escarro,/ A mão que afaga é a mesma que apedreja./ Se a alguém causa inda pena a tua chaga,/ Apedreja essa mão vil que te afaga,/ Escarra nessa boca que te beija!” ANJOS, Augusto. **Eu e outras poesias**. 38 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989. p. 143.

658 LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 188-189.

659 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. (A Obra-Prima de cada

quando enfoca a atualização/virtualização⁶⁶⁰: o Direito é uno, em quaisquer dos mundos (virtual ou real). O que falta é interpretá-lo à luz do próprio Direito, seja a partir do texto constitucional como também pelos diplomas infra-constitucionais⁶⁶¹, afinal de contas, veio antes a sociedade ou a internet?

No tocante a isso, ainda é preciso esclarecer que o próprio Direito não é totalmente isento de risco. A sociedade está em constante modificação e seria incoerente admitir que o Direito não acompanhe essa tendência⁶⁶². Todavia, por ora, por não existir outro meio que possa garantir congruência às expectativas de quem utiliza os sítios de aproximação, resta utilizar o Direito para restabelecer o estado *ex ante*, efetivando a tutela do consumo, prevista no ordenamento – no texto constitucional (Constituição Federal, Arts. 5º, XXXII e 170, V) e em lei especial (Código de Defesa do Consumidor) –, adstrito, naturalmente, ao conteúdo principiológico inerente a tais textos legais⁶⁶³.

Por conta da intensa interatividade proporcionada pelo uso da internet, consideradas suas peculiaridades, verifica-se que a *confiança* participa da absoluta maioria dessas relações e, nos sítios de aproximação, ela é ferramenta mestra que movimenta todo o sistema. Trata-se, afinal, de uma comunidade – uma sociedade de consumidores – onde seus membros podem vender ou comprar. Sem confiança, os sítios de aproximação seriam apenas mais uma ideia a ser descartada em decorrência da sua inviabilidade. Em um mundo sem confiança, assim argumenta Niklas Luhmann:

[...] una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de élli un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.⁶⁶⁴

Autor)

660 LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 15.

661 ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 46.

662 “El derecho mismo no puede ser estable desde el punto de vista del tiempo, en el sentido de que algo que en alguna ocasión há tenido validez la tiene ya para siempre. Quien desee depositar su confianza en el derecho puede, sin duda, contar con un apoyo en contra de oposiciones, resistencias y desengaños, pero no puede contar con que el derecho mismo mantenga su validez sin sufrir ninguna modificación.” Cf. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005. p. 635.

663 “[...] a aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas auto-executáveis.” Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 274.

664 LUHMANN, Niklas. **Confianza.** Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 5.

Destarte, atribui-se um inevitável encargo ao Direito que, valendo-se de seus intérpretes e aplicadores, deve proteger aquele que confia de acordo com o prisma do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, aliado aos princípios da transparência, equidade e boa-fé. A propósito, Cláudia Lima Marques e Carneiro da Frada ressaltam:

[...] o uso de um meio virtual, ou a entrada em uma cultura visual leva a uma perda de significado ou de eficiência do princípio da boa-fé, que guiou o Direito Privado e, em especial, o Direito do Consumidor no século XX. Para alcançar a mesma eficácia em termos virtuais pós-modernos, parece-me necessário evoluir para o uso de um paradigma mais “visual” (de “aparência”), de menos fidelidade e personalização (*fides*), de menos eticidade (valorização – *bona*), e sim de mais socialidade (qualquer forma de “declaração” vincula o profissional organizador da cadeia de fornecimento) e de coletiva repersonalização (realizar as expectativas legítimas de todo um grupo difuso de consumidores virtuais), a *confiança*, o paradigma-mãe da boa-fé!⁶⁶⁵

[...] a proteção da confiança corresponde a um *princípio ético-jurídico* que, por estar firmemente radicado na ideia de Direito, não pode deixar de transpor o umbral da juridicidade. Há imposições tão fortes da Justiça que não os acolher significaria negar o próprio Direito, a sua razoabilidade e a sua racionalidade; imposições que se sentem de modo particular quando não há alternativa prática que evite, para além do tolerável, a ameaça de ficar por satisfazer uma indelével necessidade de tutela jurídica. Nestes imperativos indeclináveis e indisponíveis se situa certamente o pensamento de que quem induz outrem a confiar, deve (poder ter de) responder caso frustre essa confiança, causando prejuízos.⁶⁶⁶

O Direito, como já foi referido, continua a ser um risco, sobretudo por conta de seus aplicadores. A proteção da confiança nos sítios de aproximação requer que se olhe de forma diferente – em relação ao que se vem fazendo – para o consumidor que acessa bens de consumo nesse ambiente. Não se percebe a dimensão do volume de negócios que ocorre nesse espaço, porque se trata de comércio virtual. Nessa modalidade comercial não há lojas onde os sentidos possam deparar com aglomerações, filas, pessoas nervosas, sôfregas em datas especiais do ano. Essa distância impede o reconhecimento do consumidor como consumidor que é.

Não se vendem produtos do dia-a-dia nos sítios de aproximação. Tampouco lá estão à venda gêneros alimentícios e também não estão disponibilizados itens de alto luxo para as classes de elevado poder econômico, de vez que estes últimos não precisam se expor a correr riscos em espaços como este. O dinheiro, como aduz Luhmann⁶⁶⁷, é um canal de comunicação que não depende tanto da confiança. Compram nos sítios de aproximação aqueles incluídos

665 MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 47.

666 CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 892-894.

667 LUHMANN, Niklas. LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad). p. 88.

digitalmente – com mínimo conhecimento em sistemas informáticos –, oriundos, em sua maioria, na chamada classe média⁶⁶⁸.

Nesta senda, em virtude de os prejuízos dos usuários acontecerem de forma isolada e raramente serem levados ao conhecimento do poder judiciário, os sítios de aproximação ganham força como ambiente seguro e isento de complexidades. É fato que o acesso à Justiça nesses casos fica dificultado, porque os valores perdidos são, em sua maioria, de pequeno montante⁶⁶⁹. Por fim, convém assinalar que, mais do que seja desejável, aqueles que atuam no Judiciário, detêm pouco conhecimento para proporcionar os devidos trâmites a essa “pequena grande causa”: pequena no valor, grande na complexidade.

Além disso, é indispensável fazer-se uma criteriosa avaliação das seguintes variáveis para se conhecer mais seguramente o porquê do comportamento refratário das vítimas de fraudes nas transações comerciais realizadas por intermédio do Mercado Livre: (a) os usuários que têm sido vítimas em casos semelhantes, quase sempre residem em localidades distantes, dificultando assim, demandas coletivas; (b) as ações encaminhadas à Justiça por mais de um reclamante são escassas; (c) no tocante a indenizações de pequenos valores que requerem a apreciação dos juizados especiais (Lei 9.099-95), as vítimas de fraudes – na maioria das vezes – atuam sem a necessária assistência jurídica.

Contudo, não se trata de questão exclusivamente de valor, mas, sim, de uma decisão que requer apreciação um pouco diferente. Por mais que se demande no Judiciário contra o aproximador, a estratégia processual acrescida do desamparo jurídico dos reclamantes conduz a questão para o segundo grau de jurisdição. Por não terem condições de arcar com as custas profissionais de um advogado para reaver valores infimamente menores do que aqueles pagos a título de honorários, apenas o recurso dos sítios de aproximação tem voz, causando

668 Não é outro o público dos sítios de aproximação. A classe média, por uma questão de lógica, é quem acessa esse tipo de consumo. As pessoas que não tem um computador em casa dificilmente vão comprar algo por meio da internet. Faz-se uma alta valorização do patrimônio, que não pode ser arriscado com as complexidades do consumo à distância. Acresce-se ainda a dificuldade em promover o pagamento de produtos à vista. Em lojas do chamado “mundo real” alcançam-se bens de consumo de forma facilitada, onde o consumidor recebe o bem e o fornecedor que fica com o risco de não receber a contra-prestação pecuniária referente ao valor da venda. Nos sítios de aproximação, há risco para ambos os lados; porém, quem suporta maior risco é o usuário que figura como consumidor (comprador). Cf. LÖBLER, Mauri Leodir; VISENTINI, Monize Sâmara; BOFF, Tatiane. Comportamento de compra: um olhar sobre o consumidor virtual. XXXVI Encontro Nacional de Engenharia de Produção, 2006, Fortaleza. Anais do XXXVI ENEGEP 2006. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2006_TR_530357_7254.pdf>. Acesso em: 20 jun 2009.

669 ALMENDRA, Vinicius da Silva. **Um estudo de identificação de fraudadores em mercados eletrônicos de computação humana**. 2008. 122 f. Tese (Doutorado em Informática) – Programa de Pós-Graduação em Informática do Centro Técnico Científico da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2008.

evidentes injustiças^{670 671}.

Para se resolverem os conflitos oriundos dos sítios de aproximação, toda a nova forma de solução é bem-vinda. As alternativas mais usuais são as seguintes: pela auto-regulação – que se processa por intermédio de órgãos especiais privados ou públicos, como as agências reguladoras – ; pela via da mediação de conflitos; pela imposição de modelos legais que disciplinem o modo de proceder com as aproximações; ou por qualquer outra via que consiga proteger o consumidor. Essas táticas, contudo, estão longe de serem uma solução definitiva. Por isso, até se promoverem as alterações necessárias, urge recorrer ao que se tem disponível no momento. Assim, de acordo com fortes indicadores a respeito não há outra forma mais consentânea para solucionar as complexidades decorrentes de aproximações malsucedidas do que o Direito.

Pugna-se pela proteção ao consumidor por intermédio do Direito. Falta, todavia, dar-se efetividade a essa tutela. Do contrário, os quase trinta e quatro milhões de usuários que brasileiros que movimentam anualmente mais de dois bilhões de dólares em apenas um dos sítios de aproximação nacional⁶⁷², ficarão à mercê das garantias constitucionais porque, em muitos casos, não se aplica o Direito vigente por ignorância, medo ou incompetência. É preciso proteger aquele que confia⁶⁷³, do contrário, flagrante será o desrespeito à dignidade

670 Em fóruns de discussão, muitos usuários lesados declaram que promoveram a reclamação contra sítios de aproximação. Informam números do processo, pedem ajuda, trocam informações. Todo processo é devidamente munido de conteúdo probatório suficiente e, não são poucos os casos onde se obteve vitória em um primeiro momento. O duplo grau de jurisdição, no entanto, serve como meio de isolar o indivíduo do combate no recurso de apelo. Se as perdas foram de R\$ 100,00, os honorários certamente desestimularão o indivíduo a participar do confronto nas Turmas Recursais. Deve-se destacar ainda que nos Juizados Especiais, por experiência na advocacia, há excesso de não-togados, que atuam de forma muito tímida e, face à ausência de previsão legal específica, não dão efetividade à tutela do consumo em casos que fogem às tradicionais decisões judiciais. Arrisca-se dizer que nos Juizados Especiais há uma justiça rápida, porém sem capacidade de reflexão; enquanto a Justiça Comum é lenta, cara, de difícil acesso e, ainda não se elimina o risco de ter as causas não apreciadas por um Juiz Hércules, como preleciona Ronald Dworkin *in* Levando os direitos a sério, mas sim, apreciadas por um Juiz “Estagiário” de Juiz.

671 “Existem situações em que os consumidores não são da classe baixa, mais desfavorecida, mas que, mesmo assim, não têm condições de suportar os custos variados que o processo impinge. É sabido o valor dos honorários das perícias processuais, sendo fácil encontrar pedidos de 30 salários mínimos, ou mais. Apenas considerado o salário inicial médio de um profissional do direito que eventualmente necessite demandar e que pertença à classe média, já é possível concluir que R\$ 3.000,00 (três mil reais) possivelmente inviabilizariam a continuidade da demanda, considerando que os peritos geralmente pleiteiam a antecipação do numerário, ao menos pela metade do custo total. Em perícias mais caras, em aparelhos eletrônicos, em veículos automotores, análises químicas principalmente, que exigem elementos muitas vezes importados, é possível que a perícia saia mais cara que o próprio valor da causa, não podendo ser aceito que o consumidor vulnerável, nestas circunstâncias, também não seja reconhecido como hipossuficiente.” Cf. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 129-130.

672 MERCADOLIVRE.COM. **Dados-chave sobre o mercadolive**. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_05>. Acesso em 2 jun 2009.

673 “Em todo o caso, abstraindo daquilo que constitua matéria do *civiliter agere*, apresenta-se naturalmente persuasivo o pensamento de que quem induz outrem a confiar deve responder, ao menos verificadas certas

desse indivíduo.

3.4 A busca pela cidadania por intermédio da igualdade nos sítios de aproximação

A cidadania não se resume a uma definição estática. Esta conceituação está em constante (re)evolução, agregando novos elementos à sua formulação e à sua prática, associada ao atual estágio da globalização, à crise do modelo moderno de Estado-Nação^{674 675} e ao impacto das novas tecnologias de comunicação no exercício da cidadania⁶⁷⁶.

Com o decorrer do tempo, surgiram novos atores e complexidades – associados a decisões pretéritas⁶⁷⁷ – e eles precisarão se integrar ao sistema para efetivamente se tornarem sujeitos e finalmente participarem do processo de formação social. No caso do consumo, lentamente se caminha para essa busca pela igualdade em termos de participação; mas, quando se trata especificamente das relações de consumo frente às novas tecnologias, esse distanciamento se revela visivelmente majorado⁶⁷⁸.

Os sítios de aproximação abarcam uma nova massa de indivíduos que participam do sistema social mediante a prática do consumo nessa modalidade diferenciada. Seria óbvio que usuários devessem gozar dos mesmos direitos daqueles que acessam bens fora da internet. Todavia, seus direitos são percebidos como se fossem diferentes (desconhecidos, inéditos, descontextualizados) quando se trata apenas de direitos vistos sob um enfoque atualizado⁶⁷⁹.

Há, nesse caso, uma evidente carência na percepção donexo causal entre a conduta daqueles que aplicam o Direito com a abordagem adequada do Direito. O *novo*, evidente, é percebido com receio⁶⁸⁰. Contudo, já se passou algum tempo para considerar como

circunstâncias, pelos prejuízos causados pela frustração dessa confiança. Independente da censurabilidade pessoal da sua conduta, afigura-se em muitos casos justo que, quando alguém conduz outrem a determinadas decisões em função de certas expectativas que nele acalentou, suporte os danos que provoca se afinal, contra aquilo que induziu a crer, por motivo que lhe é imputável, essas expectativas se não realizaram.” CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses). p. 879-880.

674 SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n. 48. p. 11-32. jun 2007. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.pdf>. Acesso em 18 jul 2009.

675 VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 223.

676 CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1. p. 567.

677 LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad) p. 17-18.

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

679 LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996. p. 15.

680 “Em sociedades liberais, a possibilidade de juntar-se à maioria foi às vezes outorgada pela letra da lei; mas a realidade social, mais excludente, geralmente não permitia sua realização. Tragicamente, porém, a assimilação desejada em geral não deu certo; tentativas de integrar a cultura da maioria fracassaram devido à recusa das elites da maioria em aceitar o “recém-chegado”, e deixaram os protagonistas numa situação trágica de dupla alienação: ridicularizado pela cultura à qual ele quis se associar por um lado, o ‘amante

imprevisíveis as relações de consumo desenvolvidas nesse caso. É necessário quebrar o paradigma e responsabilizar os sítios de aproximação, fazendo valer a cartilha da cidadania, proporcionando efetividade à tutela do consumo.

Liszt Vieira ressalta que a cidadania representa, nas sociedades multiculturais, uma dimensão política diferente da que serve de base ao Estado-nação. Indubitavelmente o Estado é o lugar dos cidadãos. É fundamental, porém, que se faça uma ressalva conforme a qual o ser humano é mais do que um cidadão nacional. É assim, pois, que a nova forma de conflito está expressa nas lutas pelo reconhecimento, já que o Estado não protege os diferentes indivíduos apesar de a diferença se constituir na principal fonte de identidade⁶⁸¹. Por esse motivo, a tutela do consumo nos novos espaços se torna imprescindível como forma de ampliar o significado de cidadania.

Destarte, elevar o (novo) consumidor à condição que lhe possibilite ser sujeito do processo de consumo e não mero espectador – ou marionete dos desejos alheios – se coaduna com o resgate da cidadania assegurada pela Constituição Federal de 1988. Essa busca por valorização é uma constante, já que há necessidade de se ampliarem os direitos e garantias constitucionais e, além disso, lhes proporcionar efetividade⁶⁸².

A Constituição Federal elegeu dentre os Direitos Fundamentais aqueles indispensáveis à manutenção do ser humano no meio social⁶⁸³. Disso se infere que uma das formas para o

rejeitado' estava já distante e crítico demais diante de sua própria cultura original, e se tornava 'homem marginal'." PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). **História da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003. p. 374.

681 VIEIRA, Liszt. **Os astronautas da cidadania: a sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 232-233.

682 “Assim, de um lado, como o direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor; seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, eficácia entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais) ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre um consumidor e um banco, conhecida pela expressão alemã *Drittwirkung*). Em outras palavras, o direito fundamental deve ser respeitado de acordo e em conformidade com a lei infraconstitucional (eficácia indireta, pois através de norma infraconstitucional, dos direitos fundamentais, como o CDC) e as exigências da dignidade da pessoa humana (eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas).” Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 28.

683 “[...] propõe-se a utilização das necessidades humanas como elemento de seleção para a diferenciação funcional dos Direitos Fundamentais. Para Luño, “Toda necesidad supone carencia: el hombre tiene necesidad en cuanto carece de determinados bienes y siente la exigencia de satisfacer esas carencias.” Essas necessidades humanas podem ser equiparadas às necessidades de cada sistema em relação ao seu meio. O ser humano precisa de elementos do meio para a manutenção de sua estrutura orgânica, caso contrário perece. [...] Especificamente no que se refere à temática Direitos Fundamentais, paira no ar a questão de sua delimitação. Pode-se apontar que o balizamento realizado pela doutrina na sua conceituação não atinge um ponto *in concreto*, quer seja no seu viés negativo ou positivo. Prefere-se optar pela posição que atribui à falta de parâmetros exclusivamente jurídicos a dificuldade de sua conceituação. Assim, como a essência dos Direitos Fundamentais diz respeito ao mínimo necessário à manutenção do ser humano no meio, devem-se buscar parâmetros extrajurídicos para delimitar quais são esses elementos indispensáveis ao homem.” Cf. TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva**

exercício de cidadania é usufruir o Direito do Consumidor dentro da tríade de direitos civis, políticos e sociais⁶⁸⁴. Todavia, se verificam certos obstáculos para tal exercício de cidadania – no caso dos sítios de aproximação – frente à carência de possibilidades de acesso à igualdade àqueles indivíduos que porventura sofreram lesões patrimoniais nos referidos espaços eletrônicos.

Quando o indivíduo é vitimado em negociação malsucedida em um sítio de aproximação lhe resta recorrer ao Judiciário para buscar a aplicação de uma sanção reparatória⁶⁸⁵ que tenha por fulcro restabelecer a ordem que fora desarticulada. Será preciso, entretanto, superar as carências de um órgão estatal desalinhado com a modernidade e com as necessidades que dela decorrem⁶⁸⁶. Frise-se que essa estratégia deverá estar associada à luta contra os “aclaramentos” doutrinários emitidos por indivíduos *iluminados* em razão de seus títulos acadêmicos e profissionais. Por derradeiro, faltará ao indivíduo quem o defenda, sobretudo porque os valores reivindicados são inferiores aos honorários do advogado e mesmo quando haja quem o faça, essas demandas são encaminhadas aos Juizados Especiais Cíveis, repletos de leigos que promovem, não raro, uma justiça medrosa frente às complexidades que se lhes apresentam. Assim, José Murilo de Carvalho assevera:

O Judiciário não cumpre seu papel. O acesso à justiça é limitado a pequena parcela da população. A maioria ou desconhece seus direitos, ou, se os conhece, não tem condições de os fazer valer. [...] Os custos dos serviços de um bom advogado estão além da capacidade da grande maioria da população. Apesar de ser dever constitucional do Estado prestar assistência jurídica gratuita aos pobres, os defensores públicos são em número insuficiente para atender à demanda. Uma vez instaurado o processo, há o problema da demora. Os tribunais estão sempre sobrecarregados de processos, tanto nas varas cíveis como nas criminais. Uma causa leva anos para ser decidida.⁶⁸⁷

Existem, portanto, justiças – uma para cada espécie de cidadão. Há uma primeira que protege as grandes corporações e aqueles que usufruem de forma intensa os direitos sociais, os chamados cidadãos de primeira classe; uma segunda que protege (ao menos no plano teórico) aqueles cidadãos de segunda classe, que trata da classe média, trabalhadores

autopoiética. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 138-139.

684 “Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuísem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos.” Cf. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 9.

685 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro). p. 116-117.

686 NALINI, José Renato. Justiça e cidadania. In: PINSKY, Jayme (org.). **Práticas de cidadania**. São Paulo: Contexto, 2004. p. 14-15.

687 CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 215-216.

reconhecidos pelo Estado e pequenos geradores de renda; e uma terceira, que compreende os definitivamente excluídos, carentes de reconhecimento e proteção⁶⁸⁸.

É indispensável destacar que nos sítios de aproximação as perdas se dão de forma isolada e com valores baixos; no entanto, quando adicionados, implicam grandes somas. Pela forma dispersa em que se situam os usuários desses espaços, em decorrência da estruturação da internet⁶⁸⁹, formar uma coletividade com esses indivíduos, com o fim de pleitear com mais força a reparação pertinente, se torna árdua tarefa. De toda forma, não é por isso que não deva ser conhecido o Direito Fundamental à proteção do consumidor, previsto constitucionalmente.

Destarte, torna-se compulsório que cada indivíduo tenha a possibilidade de pleitear seu direitos e assim acessar a justiça independentemente do quantum relativo à lesão patrimonial que eventualmente o tenha afetado, resultante de negociação malsucedida no sítio de aproximação⁶⁹⁰. Somente com a adoção desse procedimento será possível dar efetividade ao significado da cidadania pertinente ao ato de consumir. As expectativas devem ser suficientemente seguras para quem confia. Portanto, uma vez frustradas, impreterivelmente

688 “Do ponto de vista da garantia dos direitos civis, os cidadãos brasileiros podem ser divididos em classes. Há os de primeira classe, os privilegiados, os “doutores”, que estão acima da lei, que sempre conseguem defender seus interesses pelo poder do dinheiro e do prestígio social. [...] Ao lado dessa elite privilegiada, existe uma grande massa de “cidadãos simples”, de segunda classe, que estão sujeitos aos rigores e benefícios da lei. São a classe média modesta, os trabalhadores assalariados com carteira de trabalho assinada, os pequenos funcionários, os pequenos proprietários urbanos e rurais. [...] Essas pessoas nem sempre têm noção exata de seus direitos, e quando a têm carecem dos meios necessários para os fazer valer, como o acesso aos órgãos e autoridades competentes, e os recursos para custear demandas judiciais. Frequentemente, ficam à mercê da polícia e de outros agentes da lei que definem na prática que direitos serão ou não respeitados. [...] Finalmente, há os “elementos” do jargão policial, cidadãos de terceira classe. São a grande população marginal das grandes cidades, trabalhadores urbanos e rurais sem carteira assinada, posseiros, empregadas domésticas, biscateiros, camelôs, menores abandonados, mendigos. [...] Esses “elementos” são parte da política nacional apenas nominalmente. Na prática, ignoram seus direitos civis ou os têm sistematicamente desrespeitados por outros cidadãos, pelo governo, pela polícia. Não se sentem protegidos pela sociedade e pelas leis.” Cf. CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 215-216.

689 “A maior tendência da Internet é para a globalização, justamente, porque, no meio eletrônico, desaparecem os limites (*borders*) estatais e territoriais. O mundo eletrônico (*cyber world*) teve como efeito a desterritorialização ou, para muitos, a desnacionalização dos negócios jurídicos.” Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 88-89.

690 “A Constituição brasileira de 1988 prescreve, no art. 5º, inc. XXXV que: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direitos”. Com efeito, assegura a todos o direito fundamental de acesso aos órgãos jurisdicionais para a defesa dos seus direitos, tenham eles sido violados, ou estejam simplesmente ameaçados de violação, isto é, assegura tanto a tutela reparatória quanto a tutela preventiva, além de abrir caminho para a proteção jurisdicional dos direitos transindividuais. [...] O texto constitucional em vigor assegura uma série de outras garantias destinadas a tutelar situações específicas. Todavia, o princípio do acesso à justiça constitui uma garantia fundamental genérica, destinada a assegurar a proteção efetiva de todo e qualquer direito, principalmente naquelas situações em que a Lei maior não prevê um remédio processual específico. Outra não é a lição de José Afonso da Silva, para quem o princípio da proteção judiciária, ou do acesso à justiça, ou, ainda, da inafastabilidade do controle jurisdicional constitui, em verdade, a principal garantia de direitos subjetivos.” Cf. CARVALHO, Acelino Rodrigues. Acesso à justiça e a universalização da tutela coletiva. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 17-18.

carecem da aplicação de uma sanção e conseqüente reparação.

Além da concepção clássica de cidadania, que se conecta a sentimentos de pertencimento da pessoa a uma Nação e à sua participação na *coisa pública*⁶⁹¹, o conceito de cidadania requer práticas que garantam o exercício da igualdade e da sua participação como efetivo protagonista na sociedade em que se insere⁶⁹². Enfim, para se promover esse *modus faciendi* no meio social é forçoso ampliar o leque de direitos relativos ao significado de cidadania: é o direito a ter direitos^{693 694}. A propósito, José Murilo de Carvalho ressalta:

[...] a cidadania inclui várias dimensões e que algumas podem estar presentes sem as outras. Uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no Ocidente e talvez inatingível. Mas ele tem servido de parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país e em cada momento histórico⁶⁹⁵.

Trazendo, pois, para o âmbito das relações de consumo essa expectativa que sugere que toda pessoa tem direito a ter direitos – independente do meio onde se desenvolva a interação humana, desvinculada de qualquer parâmetro discriminador (direitos para cidadãos de classes diferentes) –, é evidente que será preciso minorar os riscos e evitar que os indivíduos se frustrem e, por conseguinte, sofram lesões patrimoniais.

Tão-somente com a reivindicação e conquista da igualdade pelas vias do Direito, protegendo equitativamente o mais fraco⁶⁹⁶, alcançar-se-á a cidadania no âmbito do consumo. Assim, agindo, interpretar-se-ão as novas complexidades, em acordo com o que preleciona o

691 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 99-100.

692 “A cidadania credencia o cidadão a atuar na vida efetiva do Estado como participe da sociedade política. O cidadão passa a ser pessoa integrada na vida estatal. A cidadania transforma o indivíduo em elemento integrante do Estado, na medida em que o legitima como sujeito político, reconhecendo o exercício de direitos em face do Estado.” Cf. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 243.

693 “Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global.” Cf. ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 330.

694 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 149-164.

695 CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 8-9.

696 “Se há reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, do que resulta a intervenção estatal no sentido de protegê-lo, inclusive legislativamente, remanesce cristalino que a tutela do consumidor também se justifica pelo objetivo de “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo”, com o que se busca o “equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (CDC, art. 4º, III). [...] o objetivo da defesa do consumidor não é nem deve ser o confronto entre as classes produtora e consumidora, senão o de garantir o cumprimento do objetivo da relação de consumo, ou seja, o fornecimento de bens e serviços pelos produtores e prestadores de serviço e o atendimento das necessidades do consumidor, este, porém, juridicamente protegido pela lei e pelo Estado.” Cf. ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

texto constitucional, aproximando o consumidor ao fornecedor dos serviços disponibilizados pelo sítio de aproximação mediante *status* de igualdade⁶⁹⁷ com base na releitura da relação contratual sob o prisma da confiança⁶⁹⁸.

697 “Trata-se da substituição de uma igualdade formal por uma igualdade substancial, no lugar de fundamento da autonomia privada, conduzindo ao reequilíbrio das desigualdades fáticas, convertendo as exceções em novas regras, que transformam o princípio. Trata-se de “verdadeira revolução”, ponderada por Ana Prata: no reequilíbrio das disparidades, a autonomia privada encontra sua razão no ser, pois não faria sentido o ordenamento jurídico abandonar os indivíduos à solitária composição de seus conflitos de interesses, o que se traduz em dizer: a autonomia privada não resta limitada, porém, reforçada.” Cf. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Autonomia privada e estado democrático de direito*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 505-506.

698 “No Estado Social de Direito, a substituição de uma instância individualista por uma instância solidarista torna-se a chave de abertura para princípios sociais como a boa-fé. Com vistas a obter um equilíbrio mínimo nas relações contratuais, a boa-fé atua como fonte de deveres anexos e instrumentais na obrigação; como interpretação e integração das cláusulas contratuais, valorizando-se a confiança no destinatário da declaração de vontade; como limite ao exercício de prerrogativas individuais, que se mostram inadmissíveis ao contrariar a boa-fé; como fundamento de revisão do contrato, que se tornou desequilibrado pela onerosidade excessiva gerada pela alteração das circunstâncias que serviam de base ao negócio jurídico. Trata-se de destacar o princípio da boa-fé como novo paradigma para as relações contratuais, delineando-se como limite à autonomia privada.” Cf. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Autonomia privada e estado democrático de direito*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 499.

CONCLUSÃO

O presente estudo sobre a proteção de expectativas por intermédio de uma operação-programa que regule o que os atores devem esperar de outros atores não se apresenta inteiramente inovador. Assimilar as complexidades e fornecer respostas é o que mobiliza os indivíduos a movimentarem a sociedade em direção a patamares mais evoluídos: e isso se faz ao longo dos séculos, com maior ou menor velocidade.

Com o passar do tempo, abriram-se novos caminhos (mais interação, comunicação, processos criativos diversificados, novas formas de ser e estar no mundo, entre outras mudanças) até se alcançar a idade moderna. Incrementou-se a capacidade de produção e aceleraram-se os processos, determinando alterações culturais. As pessoas passaram a se especializar cada vez mais e acabaram por eleger o modelo tecnológico adaptando-o ao seu modo de vida. Nesse cenário, adveio a última das revoluções, a chamada revolução informacional. Aquele que dominar maior volume de conhecimentos agregará mais poder: não pelo que pode fazer, mas, sim, pelos riscos que pode minorar.

O conhecimento, sob esse prisma, flui por intermédio das vias da informação. Assim como no corpo humano o sistema circulatório transporta oxigênio e alimento por intermédio das hemácias, as novas tecnologias levam informação para todas as partes do corpo social. Na mesma lógica do sistema circulatório situa-se está a internet, fomentando essas trocas. Os seres humanos podem se integrar por meio de um canal com terminações multimídia, que desconhece barreiras geográficas, físicas e culturais.

A internet, contudo, ao mesmo tempo que consegue ser um surpreendente meio para promover a interatividade dando acesso a diferentes formas de comunicação também serve a práticas funestas, que lhe subtraem o brilho de sua inspiração inicial: a pesquisa e integração científica. Assim como outros discursos proferidos pelo homem, a tecnologia da informação igualmente teve seu uso parcialmente desviado, facilitando o desencadear de crimes, fraudes de todo o gênero, especulações, entre outras atividades menos nobres. Todavia, desde que o *status* de planificação (calmaria) não promova ações lesivas aos consumidores, as complexidades são enormemente bem-vindas, pois obrigam a perquirir meios para suprimi-las ou, no mínimo, atenuá-las, limitando-as a um nível de suportabilidade.

Dentre os vários projetos que são veiculados pela rede, foram selecionados os sítios de aproximação em virtude de seu alcance, poder e construção. Esse tipo de espaço faculta que pessoas de todas as partes do mundo tenham ensejo de se comunicar através da via do consumo. Seja em comunidades internacionais, nacionais ou locais, esse tipo de proposta

permite que qualquer indivíduo possa ser um empresário ou mesmo, sem tal pretensão, possa vender alguma coisa a outrem que intente comprá-la. Trata-se de um especial formato de “feira-livre” adaptada aos mecanismos da internet. Nada seria mais auspicioso nesse espaço que propugna pela liberdade, sobretudo pela liberdade da informação.

Dos sítios de aproximação em atividade, o pioneiro deles, com sua peculiar forma de se adaptar aos interesses das pessoas, começou quase em tom de brincadeira há mais de quinze anos. Paulatinamente, porém, adquiriu *status* de empresa, até se transformar em uma das maiores companhias do mercado informático no mundo. Improvável? Talvez. Mas, a força da coletividade aliada à capacidade de superação do espaço, tempo e cultura, como já se fez referência, transformou o risco em realidade. Formou-se o mercado perfeito. Graças a essa revolução informacional implantou-se, como jamais se vira antes, uma das formas mais democráticas de consumo entre as pessoas.

Para superar o problema das distâncias entre as pessoas que residem nas mais diferentes localidades, foi imprescindível criar um meio que permitisse transpor barreiras de toda ordem: geográficas, culturais, econômicas, ideológicas, religiosas e outras. Cabe registrar, entretanto, que se por um lado, essa dispersão das pessoas se constituiu num difícil desafio, por outro lado se converteu na maior conquista e qualidade da rede. Com efeito, como fazer que alguém deposite suas expectativas em outrem que está a quilômetros de distância, em outra realidade social? De que forma superar a cultura inerente a tradições radicais num processo de compra e venda? Era preciso existir um discurso forte, capaz de garantir ao indivíduo que ele não se frustraria. Aquém do fenômeno religioso, no qual se acena às pessoas com vantagens a serem alcançadas ao longo prazo, no consumo o indivíduo quer o bem imediatamente e isso está incrustado no consciente coletivo. Eis que surge um *texto*.

Aparece então um *texto* capaz de superar o medo de transpor o risco. Esse *texto* diz para o indivíduo: “Confie! Confie em mim, *texto*. Não tema, pois não há o desconhecido. Há familiaridade. Existem atos do passado que garantem não haver risco no futuro. Acredite em mim.” São tantos os apelos conectados com ícones do consciente coletivo que induzem a superar a insegurança. Quem é bom, nesse discurso, recebe uma medalha – assim como Michael Phelps recebeu tantas vezes os louros nos Jogos Olímpicos de Pequim, realizados em 1980. Quem é bom recebe uma estrela – assim como o soldado condecorado. Quem alcança resultados recebe elogios e melhora sua estima no trabalho. Todavia, será que o atleta não fez uso de esteroide anabólico? O soldado não foi infiel a seu zelo e em seus compromissos por algum instante? O bom funcionário alcançou o resultado de forma isolada ou algumas pessoas do grupo cooperaram com ele? Para todas as constatações, há risco, em maior ou menor

escala.

Um discurso de confiança é um discurso de risco. Mas, se o discurso é de confiança, *precisa* ser confiável ao máximo. Meras presunções não se alinham com esse *texto*. Há, sim, que se ter dúvidas a respeito da quebra de confiança. É preciso duvidar que o outro venha a descumprir aquilo que, com frequência, vinha prometendo. Se esse *texto* atribui a si mesmo ou a alguém confiabilidade, ele próprio – na figura de seu emissor – passa a ser (co-)responsável por essas declarações.

Não se pode descartar a fé alheia. Não é eticamente correto lançar mão da expectativa de quem creu que haveria outra expectativa sinceramente depositada em tom congruente, isenta de complexidades, sobretudo porque se assegurou que poderia confiar. Os gestores dos sítios de aproximação se valem dessa forma de *texto*. Garantem que são lugares seguros para essa interação por intermédio da rede, assim como atestam que determinados usuários são dignos da confiança de outros usuários. No entanto, eles próprios não sabem quem são aqueles que se valem de seus serviços. Não se preocupam com esse *detalhe*, pois trabalham com o risco.

Todavia, quando se recorre a uma instância de poder no qual, em princípio, poder-se-ia confiar – o Estado – com base em sua linguagem igualmente confiável – o Direito –, o emitente do discurso embutido no *texto* diz que o *texto* não se reporta à fé. Defende-se com analogias alheias à realidade e se vale de seu poder econômico para chamar ao embate outros *textos* – escritos por *doutrinadores*, nomes de renome (confiança) – para que, mediante o próprio discurso do Direito, emitam um parecer no qual se deva confiar. Por confiar no emissor do texto da escusa: o doutrinador, subsequente, confia-se no *texto* que ele assina.

Com uma incisiva informação, ou um *texto* repleto de confiança, a parte hipossuficiente – o consumidor daquele serviço – fica à merce de sua pequenez. Sem armas, resistência e conhecimento, é arrasado pelo mais forte em uma batalha visivelmente injusta. O Estado, porém, (re)conhece a vulnerabilidade (do consumidor), mas não lhe dá suporte porque teme alterar as armas do embate ou mesmo porque prefere desconhecer o discurso do aproximador.

Muito presumivelmente existem maneiras de minorar os riscos ligados à aproximação. Contudo, esse preço é declarado inacessível pelos administradores dos sítios. Prioriza-se a opção negligência, porquanto, o órgão detentor de poder – valendo-se de seu discurso: o Direito – não tem capacidade de reconhecer sua legitimidade e possibilidade para atuar na presente situação. *Por que confirmar dados se não há quem me fiscalize? Ou ainda, quando há quem o faça, eu detenho o poder: tenho nomes confiáveis que atestam que eu não sou*

responsável. Assim raciocina o aproximador.

A busca por um tratamento igualitário é preâmbulo da instituição do Estado Democrático Brasileiro. Insere-se, por conseguinte, nas relações privadas – no caso, a relação de consumo – e, conseqüente a isso, se verifica tal anseio em todo o ordenamento jurídico. O modo especial de visualizar esse (novo) consumidor deve, por isso, estar permeado pela demanda por igualdade, com o fulcro de proporcionar uma efetiva aproximação à ideia de cidadania. Porquanto, consoante os atuais moldes em que funcionam o Estado, o que se pretende, além de direitos a ter direitos é ter direitos a ter direitos com eficácia. Portanto, nada mais pertinente que proporcionar aos indivíduos que interagem através das novas tecnologias, direitos eficazmente assegurados, mediante a redução de complexidades e supressão das contingências ao menor possível dos patamares.

O usuário dos sítios de aproximação carece de uma efetiva proteção. A minoração dos riscos se dá de forma preventiva. Todavia, no presente, não há outros mecanismos aptos a reduzir as complexidades que não o Direito. O problema se concentra em fazer valer o Direito, pois se encontra dificuldade em atribuir responsabilidade àquele que declara ser outro indivíduo digno de confiança. Ao menos no presente, não há, portanto, uma outra via, que não o Direito, que enseje a tutela do consumidor, conforme a previsão constitucional (Constituição Federal, Arts. 5º, XXXII e 170, V). Não se trata efetivamente de uma nova via, mas sim, de uma nova forma de aplicar o Direito, alinhado aos princípios do Direito do Consumidor e, em consonância com o que reza a Constituição.

Evidencia-se, aqui, a presença de todos os elementos que efetuem o nexo entre a conduta dos aproximadores e o resultado por eles sugerido. Isso se pode constatar, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, que o coloca em condições de igualdade com o fornecedor. Por isso, dá-se ensejo à responsabilização dos aproximadores em decorrência do ônus (risco) inerente à sua atividade: atribuir confiança a terceiros para que estes negociem com outros terceiros.

Conclui-se, por conseguinte, que quando alguém induz outrem a confiar e a tomar determinadas decisões – em razão de certas expectativas que assegurou – precisa responder pelos danos causados porque frustrou a confiança depositada porque gerou expectativas que não foram correspondidas. Cabe então ao discurso (texto) do Estado, por intermédio do Direito, ao menos nesse momento histórico, dar essa resposta, de vez que, embora haja risco nesse mesmo texto, não há recurso mais confiável que o Direito para fornecer a estabilidade normativa às expectativas repassadas ao consumidor pelos administradores dos sítios de aproximação. Além disso, a aplicação do Direito é apta para reduzir os custos inerentes ao

tempo que se perde quando se encontra uma complexidade. Se assim não se fizer, deixar-se-á de evoluir em uma certa área do sistema social, o que numa sociedade moderna que prima pela velocidade da informação, da incrementação das relações interpessoais e, em *in casu*, das negociais, a omissão do Direito representará um retrocesso.

REFERÊNCIAS UTILIZADAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Parecer sobre a responsabilidade civil pela prestação de serviços pelo provedor de Internet MercadoLivre.com. 17 de novembro de 2006. [mimeo]

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A criminalidade informática**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

ALMENDRA, Vinicius da Silva. **Um estudo de identificação de fraudadores em mercados eletrônicos de computação humana**. 2008. 122 f. Tese (Doutorado em Informática) – Programa de Pós-Graduação em Informática do Centro Técnico Científico da PUC-Rio, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 2008.

ANJOS, Augusto. **Eu e outras poesias**. 38 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

ARAÚJO, Isabella. Cidadania e identidade. Pensando as relações de consumo. **Temática**. p. 1-4. set. 2008. Disponível em: <<http://www.insite.pro.br/2008/28.pdf>>. Acesso em 14 jul 2009.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARONNE, Ricardo. (org.). **Estudos de direito civil – constitucional**. v.1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ASSOCIATED PRESS. eBay tem lucro de US\$ 460 milhões. **INFO**. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/aberto/infonews/072008/17072008-8.shl>> Acesso em 30 jul 2008.

BANDURA, Albert. **Modificação do comportamento**. Rio de Janeiro: Interamericana, 1979.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Biblioteca de Direito do Consumidor. v. 37)

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2001. (A Obra-Prima de cada Autor)

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 1973. (Teoria de sistemas: 2).

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor equiparado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 61, 2007. p. 126-141.

BLUM, Renato M. S. Opice (coord.). **Direito eletrônico**. A internet e os tribunais. Bauru: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

BONATO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**. 2.ed. Porto Alegre, 1999.

BRASIL. Juizado Especial Cível. Processo (contestação). 2003.1293-9, Reclamante: Cláudio

Antônio de Paiva Simon. Reclamado: MercadoLivre.com, Atividades de Internet Ltda. Londrina, 25 mar 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Juizado Especial Cível. Recurso inominado nº 71001287440. Recorrente: Rodrigo Schirmer Silveira. Recorrido: Mercado Livre.com (atividades de internet Ltda). Relator: João Pedro Cavalli Júnior. Porto Alegre, 17 de julho de 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Turma Recursal Cível. Recurso inominado. 71001037068, Talles Paniz Schwantz, MercadoLivre.com Atividades de Internet Ltda. João Pedro Cavalli Júnior, Pelotas, 11 jan 2007.

CANCLINI, Nestor Garcia. **Consumidores e cidadãos**. Conflitos Multiculturais da Globalização. 7. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. 6. ed. São Paulo: Cultrix. 2001.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. Acesso à justiça e a universalização da tutela coletiva. *In*: FACHIN, Zulmar (coord.). **Direitos fundamentais e cidadania**. São Paulo: Método, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004. (Teses).

CARVALHO NETO. **Contrato de mediação**. 3. ed. São Paulo: Jalovi, 1991.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação: Economia, Sociedade e Cultura. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. v.1.

CÓDIGO brasileiro é modelo para o mundo. **Notícias da escola**. *Ajuris - Escola da Magistratura*. Porto Alegre. Set 2005. Ano I. n.8.

COHEN, Adam. **The perfect store**. New York: Back Bay Books, 2002.

COMMELIN, P. **Mitologia grega e romana**. Rio de Janeiro: Ediouro, 198-.

COVRE, Maria de Lourdes Manzini (org.). **A cidadania que não temos**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEL RÍO, Amelia Alvarez Pablo. Educação e desenvolvimento: A teoria de Vygotsky e a Zona de Desenvolvimento Próximo. *In*: COLL, César, PALACIOS, Jesús; MARCHESI, Alvaro. **Desenvolvimento psicológico e educação**: psicologia da educação. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996. v.2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 23. ed. 2007. v. 3.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito)

_____. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Justiça e Direito)

EBAY. Disponível em: <<http://www.ebay.com>> Acesso em 15 mar 2009.

_____. **Small businesses come to eBay in record numbers.** Disponível em: <<http://investor.eBay.com/ReleaseDetail.cfm?ReleaseID=130974>> Acesso em 02 abr 2005.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

EISENBERG, José; CEPIK, Marco (org.). **Internet e política.** Teoria e Prática da Democracia Eletrônica. Belo Horizonte: UFMG, 2002. (Humanitas)

ESPAÇO VITAL. **Fraude pela internet gera indenização por danos morais e materiais.** Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=12713>. Acesso em 10 set 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FALSETTI, Mauro. **Responsabilidade de sites de compra e venda na internet: o outro lado da moeda.** Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=36482>. Acesso em: 09 mar 2007.

FELTRIN, Marco. Alvos fáceis. **Folha de Londrina.** Londrina: 27 out 2007.

FERNANDES, Nelito. Leilão de Menores. Exploradores vendem CDs com fotos de adolescentes nuas no site Mercado Livre. **Revista Época.** Rio de Janeiro: Globo. n° 347. 10 jan 2005.

FERRARA, Lucrécia D'Aléssio. **Leitura sem palavras.** 4. ed. São Paulo: Ática, 2000. (Série Princípios)

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual.** A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008. (Biblioteca de Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim).

GERTNER, David; DIAZ, Andrea Narholz. Marketing na Internet e comportamento do consumidor: investigando a dicotomia hedonismo vs. utilitarismo na WWW. **Revista de administração contemporânea.** [online]. 1999, vol.3, n.3, pp. 131-156. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v3n3/v3n3a07.pdf>>. Acesso em: 08 ago 2009.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva.** Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna. São Paulo : Unesp, 1997.

GUERIN, Mariana. Comprou notebook e recebeu tijolo. **Folha de Londrina.** Londrina: 26 out 2007. p. 8.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. A informação ao consumidor e a responsabilidade civil solidária. **Revista de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 38. 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário).

HALL, Allen. **Teen who auctioned her virginity for £8,000 may lose half... because prostitutes in Germany are taxed at 50% of earnings.** Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/worldnews/article-1185928/Teen-auctioned-virginity-8->

000-LOSE-half--prostitutes-Germany-taxed-50-earnings.html> Acesso em 25 maio 2009.

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**. 1789-1848. 24. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001. CD-ROM.

IDG Now. **Casos de fraude da Web triplicaram em 2002**. Disponível em: <http://www.secline.com.br/view_inpress.asp?codmateria=72>. Acesso em 18 abr 2003.

INFO. **Trapaceiros infiltram-se em sites de leilão**. Disponível em: <<http://info.abril.com.br/ferramentas/print.php>>. Acesso em 15 jan 2003.

Internet Crime Complaint Center. 2008. **2008 Internet crime report. 2008**. Disponível em: <http://www.ic3.gov/media/annualreport/2008_IC3Report.pdf>. Acesso em 04 maio 2009.

Internet. A rede planetária em que você ainda se plugará, **Veja**. Ed.1381, ano 28, n. 09, 1 de março de 1995.

JOÃO. *In*: Bíblia Sagrada: tradução da CNBB. São Paulo: Loyola, 2002.

JÚNIOR, Gonçalo. O exorcismo da internet. Psicólogos e advogados defendem moderação em críticas à rede e dizem que mídia virtual apenas exterioriza distúrbios do mundo real. **Revista Pesquisa FAPESP: Ciência e Tecnologia no Brasil**. São Paulo. n.128. outubro 2006. Disponível em: <<http://revistapesquisa.fapesp.br/?art=3078&bd=1&pg=1&lg=>> Acesso em: 15 out 2006.

KAMINSKI, Omar (org.) **Internet legal**. O Direito na Tecnologia da Informação. Curitiba: Juruá, 2003.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Ensino Superior)

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASCH, Christopher. **O mínimo eu**. Sobrevivência psíquica em tempos difíceis. São Paulo: Brasiliense, 1986.

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

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2.ed. São Paulo: 34, 1999.

_____. **O que é o virtual?** São Paulo: 34, 1996.

LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade de informação. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. n. 61. 2007. p. 203-229.

LÖBLER, Mauri Leodir; VISENTINI, Monize Sâmara; BOFF, Tatiane. Comportamento de compra: um olhar sobre o consumidor virtual. XXXVI Encontro Nacional de Engenharia de Produção, 2006, Fortaleza. **Anais do XXXVI ENEGEP 2006**. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2006_TR530357_7254.pdf>. Acesso em: 20

jun 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 35. p. 9-38. 2000.

LUHMANN, Niklas. **Confiança**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 23. Sociedad).

_____. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Ciudad de México: Herder, 2005.

_____. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2005. (Biblioteca A; 27. Sociedad).

_____. **Poder**. Brasília: UNB, 1985. (Pensamento Político n. 73)

_____. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. (Biblioteca Tempo Brasileiro)

_____. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. Biblioteca Tempo Brasileiro: 80).

MANEY, Kevin. 10 years ago, eBay change the world. **USA Today**. Disponível em: <http://www.usatoday.com/tech/news/2005-03-21-ebay-cover_x.htm> Acesso em 15 abr 2005.

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

_____. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Confiança e aparência nos contratos eletrônicos de consumo via internet. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 64, p. 43-70.

MARTINS, Roberto de Andrade *et al.* **Filosofia e história da ciência o Cone Sul**. 3º Encontro. Campinas: AFHIC, 2004. CD-ROM.

MARTINS, Roberto de Andrade; MARTINS, Lulian Al-Chueyr Pereira. Lavoisier e a conservação da massa. **Química nova**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Química, v. 16, n.4, 1993. p. 245-256.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MERCADOLIVRE.COM. **Cadastro**. Disponível em: <<https://www.mercadolivre.com/jms/mlb/reg?>> Acesso em 09 abr 2009.

_____. **História**. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_03>. Acesso em 03 dez 2008.

MERCADOLIVRE.COM. **Termos e condições gerais de uso do MercadoLivre.** Objeto. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 09 abr 2009.

_____. **Dados-chave sobre o mercadolive.** Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_05>. Acesso em 2 jun 2009.

_____. **O MercadoLivre não vai parar!** Disponível em: <<http://www.mercadolivre.com.br/mlnaopara>>. Acesso em 04 jan 2008.

_____. **Página inicial.** Disponível em: <<http://www.mercadolivre.com.br>> Acesso em: 02 fev 2004.

_____. **Programa de mercadolíderes.** Disponível em: <<http://www.mercadolivre.com.br/programamercadolideres>>. Acesso em: 09 abr 2009.

_____. **Sobre o mercadolive.** História. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/brasil/ml/p_loadhtml?as_menu=MPRESS&as_html_code=SML_03>. Acesso em 12 jun 2009.

_____. **Termos e condições gerais de uso do MercadoLivre.** Responsabilidades. Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/seguro_terminos.html>. Acesso em: 09 abr 2009.

MERCADOLIVRE.COM. **Termos e condições gerais do contrato de gestão de pagamentos.** Disponível em: <http://www.mercadolivre.com.br/org-ing/html/MLB/terminos_m_pago.html>. Acesso em 24 maio 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** Parte Especial. Tomo XLIII. Direito das Obrigações: Mandato. Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. Editor Borsoi. Rio de Janeiro, 1963.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor:** o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MORAES E SILVA NETO, Amaro. **Falácia eletrônica.** A internet não criou um novo bem jurídico a ser tutelado. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/50802,1>>. Acesso em: 18 set 2007.

MORE, Thomas. **A utopia.** São Paulo: Abril Cultural, 1984. (Os pensadores)

NALINI, José Renato. Justiça e cidadania. *In:* PINSKY, Jayme (org.). **Práticas de cidadania.** São Paulo: Contexto, 2004.

NERILO, Lucíola F. L. A responsabilidade civil pelo descumprimento da cláusula geral de boa-fé nos contratos. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 866. p. 67-98. 2007.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES DE SOUZA, Sérgio Iglesias. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação.** Teoria e Prática da juscibernética ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

- ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia Nacional, 2004.
- PAIVA SIMON, Cláudio Antônio de. O “Mercado de Peixes” da sociedade de informação. **Revista Consulex**. Brasília: Consulex. Ano IX. Nº 201. 31 maio 2005. p. 52-54.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Autonomia privada e estado democrático de direito. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (org.). **História da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte Geral, arts. 1º a 120. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- RECONDO, Felipe. “STJ não livra internauta de receber spam de boate.” **O Estado de São Paulo**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,stj-nao-livra-internauta-de-receber-spam-de-boate,457780,0.htm>>. Acesso em: 28 out 2009.
- REINALDO FILHO, Demócrito (coord.). **Direito da informática**. Temas Polêmicos. Bauru: EDIPRO, 2002.
- RITT, Leila Eliana Hoffmann. **A função social do contrato como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais**. 2007. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul, RS, 2007.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RODRIGUES, Nando. **MercadoLivre registra aumento de 81% no volume de negócios**. Disponível em: <<http://pcworld.uol.com.br/noticias/2007/01/18/idgnoticia.2007-01-18.7920897879/>>. Acesso em: 18 jan 2007.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.
- SAINT-EXÚPERY, Antoine de. **Le petit prince**. Paris: Folio France, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos.. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n. 48. p. 11-32. jun 2007. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.pdf>. Acesso em 18 jul 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. Bauru: EDUSC, 1998.

_____. **Um novo paradigma**. Para compreender o mundo de hoje. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e Codificação. O Código Civil e as cláusulas gerais. In: ARONNE, Ricardo. (org.). **Estudos de direito civil – constitucional**. v.1. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Contratos em Espécie. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 3.

_____. **Direito civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 2.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**: a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

YOUTUBE. **Mercadolivre**. Comercial Beijo (Português). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=sG7XUIA2Lhc>>. Acesso em: 3 de out 2007.

_____. **Os bastidores do MercadoLivre**. Revista Época Negócios. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=MLrtqkND4wI>>. Acesso em 03 abr 2009.