



GOVERNANÇA GLOBAL DA INTERNET, CONFLITO DE LEIS E JURISDIÇÃO

ORGANIZAÇÃO

Fabício Bertini Pasquot Polido
Lucas Costa dos Anjos
Luíza Couto Chaves Brandão

PREFÁCIO POR
MARCEL LEONARDI



IRIS
Instituto de Referência
em Internet e Sociedade

2018

GOVERNANÇA GLOBAL DA INTERNET, CONFLITO DE LEIS E JURISDIÇÃO

ORGANIZAÇÃO

Fabício Bertini Pasquot Polido
Lucas Costa dos Anjos
Luíza Couto Chaves Brandão

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

Coordenação

Fabrizio Bertini Pasquot Polido

Lucas Costa dos Anjos

Autores

Bruno Biazatti

Diego Carvalho Machado

Pedro Vilela

Laila Damascena Antunes

Lucas Costa dos Anjos

Luíza Couto Chaves Brandão

Matheus Rosa

Odélio Porto

Tatiana Carneiro Resende

Projeto gráfico: André Oliveira, Felipe Duarte e Lucca Falbo

Capa: Felipe Duarte

Diagramação: André Oliveira e Felipe Duarte

Produção Editorial: Instituto de Referência em Internet e Sociedade

Revisão: Lucas Costa dos Anjos

Finalização: Felipe Duarte

G721 Governança global da internet, conflitos de leis e jurisdição [recurso eletrônico] / Fabrício Bertini Pasquot Polido, Lucas Costa dos Anjos, Luiza Couto Chaves Brandão, organizadores. – Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2018. 160 p. – Inclui bibliografias.

ISBN: 978-85-94202-01-7

1. Direito. 2. Internet. 3. Proteção de dados.

4. Conflito de jurisdição 5. Direito à privacidade

6. Globalização

I. Polido, Fabricio Bertini Pasquot II. Anjos, Lucas Costa dos

III. Brandão, Luíza Couto Chaves IV. Título

CDU(1976) 34:007

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167

GOVERNANÇA GLOBAL DA INTERNET, CONFLITO DE LEIS E JURISDIÇÃO

**IRIS - INSTITUTO DE REFERÊNCIA EM
INTERNET E SOCIEDADE**

DIREÇÃO

Luíza Couto Chaves Brandão

VICE-DIREÇÃO

Odélio Porto Júnior

CONSELHEIROS CIENTÍFICOS

Fabrizio Bertini Pasquot Polido

Lucas Costa dos Anjos

MEMBROS

André Oliveira / Comunicação

Davi Teofilo / Pesquisador

Diego Carvalho Machado / Pesquisador

Felipe Duarte / Comunicação

Paloma Rocillo Rolim do Carmo / Pesquisadora

Pedro Vilela Resende Gonçalves / Co-fundador e pesquisador

Victor Barbieri Rodrigues Vieira / Pesquisador

PREFÁCIO

Apesar de a Internet comercial já ter completado mais de vinte anos no país, a doutrina jurídica brasileira ainda costuma tratar a rede como algo “novo” e produz, em sua esmagadora maioria, obras “ocas”¹ - aquelas caracterizadas pela ausência de contribuição efetiva para o estudo do tema, com tom jornalístico e que não enfrentam as principais questões propostas, apesar de trazer citações, *technobabble* e estatísticas a granel, muitas vezes de duvidosa utilidade. Tais trabalhos costumam terminar com uma variante do clichê “*estas são apenas algumas breves linhas traçadas sobre este fascinante tema, buscando fomentar o debate, sendo necessário aguardar a sedimentação jurisprudencial para uma melhor análise do assunto*”.

Nesse contexto, é gratificante encontrar trabalhos jurídicos de real qualidade que se debruçam com profundidade a respeito das relações envolvendo o Direito e a Internet. A equipe do Instituto de Referência em Internet e Sociedade apresenta, nesta obra coletiva, cinco importantes temas com enfoque no direito internacional: a) Eleição de foro em contratos internacionais online: riscos de denegação de justiça e boas práticas comerciais; b) Jurisdição e conflitos de lei na era digital: quadro político-normativo de regulação na Internet; c) Jurisdição e Internet: Competência Internacional dos Tribunais Domésticos e Litígios de Internet; d) Jurisdição e Internet: Estudo sobre mecanismos de bloqueio e fragmentação da rede, e e) Policy Paper: Transferência Internacional de Dados no PL 5276/16.

Os cinco textos representam contribuições imprescindíveis para a compreensão de como a nova realidade tecnológica exige dos operadores do Direito uma nova mentalidade para lidar com questões jurídicas derivadas do uso da Internet.

Entre os diversos tópicos abordados, merecem destaque os debates sobre a “balcanização da Internet” e a utilização de múltiplos mecanismos de bloqueio; a análise sobre decisões judiciais referentes à jurisdição e disputas oriundas do uso globalizado da Internet e os consequentes desafios de interpretação e de aplicação de regras de jurisdição e competência internacional; as consequências de regulação da transferência internacional de dados; termos de uso e contratos eletrônicos no direito brasileiro; e o panorama geral de regulação do uso da Internet em múltiplos países, que auxilia a compreender a dimensão dos desafios enfrentados pelo Legislativo e pelo Judiciário em todo o mundo para lidar com essas questões.

É, assim, com muita honra e orgulho que apresento esta importante obra. Em tempos de tanta superficialidade e déficit de atenção, é gratificante deparar-se com textos que merecem leitura integral e atenciosa. As contribuições do Instituto de Referência em Internet e Sociedade evidenciam a qualidade acadêmica de seus membros, o que se reflete em textos coesos, objetivos, de fácil leitura e de aplicabilidade prática, evitando tanto as armadilhas de uma abordagem puramente teórica quanto um pragmatismo

¹ Cf. O discurso oco e a retórica do medo, incerteza e dúvida, in Migalhas, 11 de outubro de 2007, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI47025,61044-O+discurso+oco+e+a+retorica+do+medo+incerteza+e+duvida>, acesso em 22 de outubro de 2017.

superficial, e que representam um importantíssimo passo para o progresso da doutrina jurídica nacional.

São Paulo, junho de 2018

Prof. Dr. Marcel Leonardi

Coordenador e professor do curso de Direito Digital Aplicado da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela USP, com pós-doutorado pela Berkeley Law. Autor de “Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet” (Juarez de Oliveira, 2005) e “Tutela e Privacidade na Internet” (Saraiva, 2012) e co-autor de Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação (Saraiva, 2011). Presidente da Comissão de Estudos de Privacidade e Proteção de Dados do IASP. Advogado.

ORGANIZADORES

FABRÍCIO BERTINI PASQUOT POLIDO

Fundador do Instituto de Referência em Internet e Sociedade. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo ('magna cum laude', 2010) e Mestre pela Università degli Studi di Torino, Itália. Foi também pesquisador visitante – nível Pós-Doutorado – do Max-Planck Institute for Comparative and International Private Law em Hamburgo, Alemanha em 2012. Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito, na mesma instituição. É membro do Comitê de Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual da International Law Association (ILA), da Sociedade de Direito Internacional Econômico e da Associação Americana de Direito Internacional Privado. Coordenador do Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual, da Universidade Federal de Minas Gerais (GNet-UFMG) e Membro do Observatório Brasileiro de Direito Internacional Privado – Brazilian PIL Watch. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e exterior. Com o IRIS, tem desenvolvido pesquisas colaborativas envolvendo temas do direito internacional, cooperação internacional e direito de internet.

LUCAS COSTA DOS ANJOS

Fundador e Conselheiro Científico do Instituto de Referência em Internet e Sociedade, é Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. É também Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN (Centro de Direito Internacional). Foi bolsista CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e estagiário docente dos cursos Relações Econômicas Internacionais, Ciências do Estado e Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado, é também membro da Associação Brasileira de Relações Internacionais (ABRI).

LUÍZA COUTO CHAVES BRANDÃO

Fundadora e Diretora do Instituto de Referência em Internet e Sociedade, graduada e mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com experiência na Universidade de Ciências Aplicadas de Schmalkalden (Alemanha) e na Universidade de Genebra (Suíça). Membro do Grupo de Estudos em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual (GNet).

NOTAS DOS ORGANIZADORES

Idealizado como obra inédita em língua portuguesa, este livro reúne estudos realizados pelo Instituto de Referência em Internet & Sociedade - IRIS, no escopo do projeto *"Governança Global da Internet, Conflito de Leis e Jurisdição"*, inaugurado no ano 2016 para discutir as principais questões em torno de políticas legislativas e regulatórias e diálogos jurisprudenciais envolvendo temas do direito internacional privado e internet.

Trata-se de tema absolutamente desafiador no Brasil, não apenas pelo enfoque genuinamente interdisciplinar. Ele propõe aos leitores e especialistas, aos setores governamentais, legislativos e judiciais, a reflexão sobre o recente desenvolvimento de um campo de conhecimento e práticas efetivas das ações dos estados, seus governos, legislativos e tribunais, da academia, indústria e organizações da sociedade civil, em questões da internet e, especificamente, suas repercussões no direito internacional. Dentre elas, encontram-se constatações sobre as inequívocas transformações sofridas pelos conceitos de territorialidade, jurisdição, cooperação jurídica internacional, acesso à justiça, em confronto com princípios de governança, a exemplo da natureza aberta, participativa, plural e multiterritorial das redes.

Diferentemente do que seria um estudo eminentemente marcado por preocupações em torno de fórmulas legais brasileiras, como as representadas pelo inovador Marco Civil (Lei 12.965/2014), a obra aqui apresentada tem como objetivo central divulgar as variáveis de análise da perspectiva internacionalista das redes, sem a pretensão de alcançar a totalidade dos problemas examinados e que informam a própria concepção de um "espaço transnacional da informação e conhecimento" representado pela internet.

Com esse cenário à frente, a missão científica do IRIS busca contribuir com a comunidade acadêmica e, no limite, toda a sociedade, com a formulação de bases para a discussão sobre as distintas manifestações das interfaces entre internet & jurisdição. O tema, que tem ocupado as agendas internacionais e move debates autenticamente globais, ainda não se encontra devidamente difundido no cenário brasileiro. Reconhecendo esse espaço e a necessidade de maior aprofundamento futuro, a obra apresenta conceitos básicos, contornos gerais, assim como aportes teóricos e práticos da governança global da internet e suas interseccionalidades com direito internacional. Igualmente, oferece perspectivas comparadas, desde o ponto de vista da literatura estrangeira especializada até os recentes desdobramentos da jurisprudência dos tribunais domésticos e regionais em temas de internet, conflito de leis e jurisdição.

No primeiro capítulo, aborda-se o tratamento legislativo dispensado ao fluxo transnacional de dados no Projeto de lei n. 5276/2016. Embora esse projeto trate de uma lei geral de proteção de dados, cuja edição está prevista desde o Marco Civil da Internet, de 2014, a avaliação do IRIS concentrou-se em seus as-

pectos extraterritoriais e nos modelos de proteção utilizados nesses casos. Igualmente, o capítulo analisa os padrões normativos e salvaguardas já estabelecidos pelo Marco Civil da Internet quanto aos direitos de usuários e as liberdades civis nas redes digitais. São abordados, ainda, os limites técnicos, materiais e procedimentais impostos ao Poder Legislativo – em linha com as competências asseguradas pela Constituição de 1988, a legislação brasileira e normas internacionais aplicáveis – para a regulamentação desse tema em nível doméstico. Em formato de *policy paper*, esse capítulo oferece recomendações de alterações quanto aos modelos adotados pela atual versão do texto no projeto de lei.

O capítulo *Jurisdição e conflitos de lei na era digital* identifica os quadros políticos-normativos em uma realidade interconectada, com ênfase nas relações emergentes da internet, caracterizadas por elementos de internacionalidade e multiterritorialidade. Os autores exploram diferentes sistemas jurídicos das Américas e da Europa, em suas distintas tradições e condicionantes, para verificar de que forma normas de direito internacional privado se relacionam a eventos e fatos sociais da internet com repercussão transnacional. Em seguida, são exploradas as regras existentes, a fim de promover sugestões de conciliação entre soluções apresentadas pelo direito internacional privado, direito processual internacional e pelos novos contextos da internet, particularmente no que diz respeito às formas de *digital due process* em litígios privados transfronteiriços.

O contraste entre o modelo de Estado-nação westfaliano e o modelo descentralizado da internet também está no centro do estudo sobre *Mecanismos de bloqueio e fragmentação da rede*. O terceiro capítulo, assim, parte das dificuldades trazidas aos mecanismos de adjudicação de conflitos transnacionais originados na internet, e também das distintas formas pelas quais a prevenção de litígios dessa natureza é, em maior ou menor medida, alcançada pelos estados, empresas e indivíduos. Como resultado, ao longo dos anos, novas tecnologias possibilitaram mecanismos que simulam e adulteram espaços e fronteiras geográficas, identificando ou reposicionando a origem de usuários ao redor do globo, para então restringir seu pleno acesso a sites, conteúdos ou serviços e reproduzir no ambiente da internet as divisões políticas do mundo *offline*. Dessa forma, a ideia do capítulo é explicar brevemente os mecanismos técnicos utilizados por governos e empresas para levar a cabo essa estratégia ou resultado de fragmentação. Por fim, discutem-se teorias e princípios sobre a natureza transnacional da rede, seus efeitos sobre a sociedade contemporânea e as possíveis consequências de sua distorção.

No quarto capítulo, são analisados os elementos peculiares da internet que precisam ser sopesados pelos tribunais ao decidir sobre a existência de jurisdição para que o Estado decida decidir o conflito que lhe é submetido. Por essa razão, o estudo *Competência internacional de tribunais estatais e litígios de internet* concentra-se nos princípios que informam a jurisdição e a competência internacional dos tribunais internos, bem como nos desafios trazidos pela globalização econômica e informacional no campo das disputas da internet, tais como o *forum shopping*, os paraísos jurisdicionais e o mercado de sentenças. O capítulo conta ainda com um repertório de decisões internas e internacionais, permitindo observar as tendências e práticas da jurisprudência estrangeira e internacional.

Finalmente, o quinto capítulo dedica-se ao impacto dos contratos internacionais em direitos de usuários, no que se refere à proteção do acesso à prestação jurisdicional nas relações estabelecidas por meio da internet. *Eleição de foro em contratos internacionais online: riscos de denegação de justiça e boas práticas comerciais* visa a explorar

justamente as interseções entre contratos internacionais, cláusulas de eleição de foro e direito do consumidor, tendo como referencial as relações contratuais intermediadas pela e na internet. Retratam-se diálogos entre regimes normativos e diferentes políticas regulatórias em nível doméstico e internacional, que promovem consequências do ponto de vista da harmonização substantiva e procedimental sobre eleição de foro e contratos internacionais de consumo.

No que se refere à aderência desses estudos ao projeto *Governança Global da Internet, Conflito de Leis e Internet e Jurisdição* desenvolvido pelo IRIS, percebe-se a racionalidade descritiva do direito internacional privado, fundada nas fontes normativas - primordialmente -, como as leis internas, tratados e convenções, princípios, doutrina e jurisprudência, com escopo de determinação de lei aplicável aos casos com conexão internacional, jurisdição e reconhecimento e execução de decisões estrangeiras. Uma mudança nesse padrão, contudo, é hoje sentida com muita intensidade devido à expansão das redes e plataformas de comércio de bens e de serviços online. Essas situações transnacionais cada vez mais expressivas despertam a necessidade de que a disciplina deixe de ser admitida como estanque no que se refere aos “regimes normativos concorrentes”, para justificar objetivos mais amplos de regulação compartilhados no espaço transnacional. O fenômeno da transnacionalidade dos litígios, causado pelas situações não estritas por fronteiras nacionais, provoca e motiva os estudos coligidos nesta obra, centrados em preocupações regulatórias, de proteção de interesses de usuários e harmonização de soluções de conflitos e, no limite, entrega do direito material. Buscamos, assim, oferecer contribuição para o desenvolvimento, ainda escasso na literatura jurídica contemporânea, do “devido processo transnacional” e avançar nos estudos jurídicos sobre a internet em sua dimensão internacionalista.

Belo Horizonte, maio de 2018

Fabício Bertini Pasquot Polido

Lucas Costa dos Anjos

Luíza Couto Chaves Brandão

SUMÁRIO

TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS NO PL 5.276/2016 17

1. SUMÁRIO EXECUTIVO	18
2. RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO E METODOLOGIA DE ANÁLISE	20
A. MARCO CIVIL DA INTERNET - ARTIGO 11 A PROTEÇÃO DE DADOS EM ESCALA GLOBAL E A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS	20 21
B. PROJETO DE LEI NO 5276 - CAPÍTULO V: "TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS"	27
C. TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE (ACCOUNTABILITY)	37
D. RESSARCIMENTO DE DANOS NO CONTEXTO DA TRANSMISSÃO TRANSNACIONAL DE DADOS	42
3. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES	46
4. REFERÊNCIAS	48
A. LIVROS E ARTIGOS	48
B. DOCUMENTOS E CASOS	50

JURISDIÇÃO E CONFLITOS DE LEI NA ERA DIGITAL 53

QUADRO POLÍTICO-NORMATIVO DE REGULAÇÃO NA INTERNET

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	54
2. INTERNET: NOVOS DESAFIOS PARA O DIREITO	55
3. EUROPA	58
A. CONFLITOS DE JURISDIÇÃO	60
B. LEI APLICÁVEL	61
4. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	63
A. CONFLITOS DE JURISDIÇÃO	63

B. LEI APLICÁVEL	65
5. AMÉRICA LATINA	66
5.1 BRASIL	66
A. CONFLITOS DE JURISDIÇÃO	67
B. LEI APLICÁVEL	69
5.2 COLÔMBIA	70
A. CONFLITOS DE JURISDIÇÃO	70
B. LEI APLICÁVEL	72
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75
A. LIVROS, ARTIGOS E TESES	75
B. LEGISLAÇÃO E OUTROS MATERIAIS DE REFERÊNCIA	76

JURISDIÇÃO E INTERNET 79

ESTUDO SOBRE MECANISMOS DE BLOQUEIO E FRAGMENTAÇÃO DA REDE

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	80
2. POR QUE FALAR-SE EM BALCANIZAÇÃO DA INTERNET?	81
A. A GRANDE MURALHA DE FOGO DA CHINA	81
B. LOCALIZAÇÃO DE DADOS, DATA CENTERS BRASILEIROS E A 'EURO CLOUD'	83
C. A 'INTERNET HALAL' E OUTROS CASOS DE 'INTRANETS NACIONAIS'	85
3. MECANISMOS DE BLOQUEIO	85
A. FILTRAGEM DE CONTEÚDO E DE ACESSO	86
B. FILTRAGEM POR LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA	87
C. FILTRAGEM POR CABEÇALHO TCP/IP	88
D. FILTRAGEM POR CONTEÚDO DOS PACOTES	89
E. REJEIÇÃO DE DNS	90
4. NEUTRALIDADE DA REDE	91
A. FREE BASICS	94

B. ZERO-RATING	95
C. QUALITY OF SERVICE	97
5. INTERNET E ESTADOS	97
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	100
A. LIVROS, ARTIGOS E TESES	100
B. LEGISLAÇÃO E OUTROS MATERIAIS DE REFERÊNCIA	101

JURISDIÇÃO E INTERNET 103

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DE TRIBUNAIS ESTATAIS E LITÍGIOS DE INTERNET

1. INTRODUÇÃO	104
2. OS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS DA JURISDIÇÃO ESTATAL	105
A. O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE	105
B. O PRINCÍPIO DA NACIONALIDADE	105
C. O PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE PASSIVA	102
D. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	106
C. O PRINCÍPIO DA JURISDIÇÃO UNIVERSAL	106
3. DECISÕES JUDICIAIS REFERENTES À JURISDIÇÃO E DISPUTAS DA INTERNET	106
A. ESTADOS UNIDOS	107
B. UNIÃO EUROPEIA	108
C. PAÍSES BAIXOS	110
D. FRANÇA	111
E. AUSTRÁLIA	112
F. AMÉRICA LATINA	113
4. CRISE DOS PRINCÍPIOS EM UM MUNDO GLOBALIZADO	115
A. A INTERNET EXIGE NOVAS E ESPECÍFICAS REGRAS DE JURISDIÇÃO?	117
5. DESAFIOS DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE REGRAS DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA INTERNACIONAL	119

A. FORUM SHOPPING, JURISDIÇÃO E INTERNET	119
B. PARAÍSO JURISDICIONAIS E MERCADO DE SENTENÇAS	120
C. UM DIREITO INTERNACIONAL PARA A INTERNET?	121
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	123
7. REFERÊNCIAS	124
A. LIVROS	124
B. ARTIGOS CIENTÍFICOS E CAPÍTULOS DE LIVRO	124
C. TRATADOS	125
D. DECISÕES INTERNAS E INTERNACIONAIS	126
E. OUTRAS REFERÊNCIAS	127

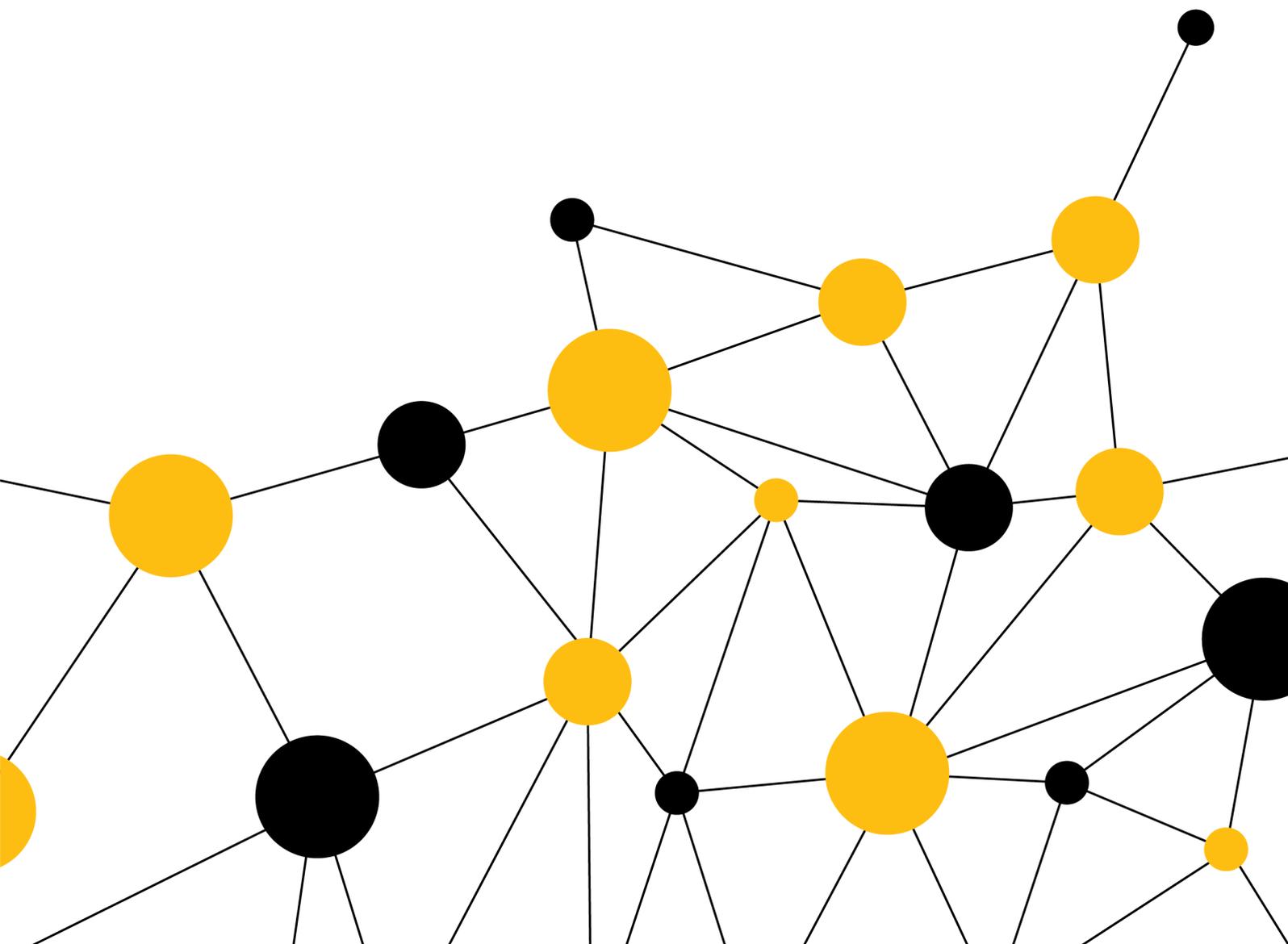
ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS ONLINE

RISCOS DE DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E BOAS PRÁTICAS COMERCIAIS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	130
A. CONTRATOS INTERNACIONAIS: PERSPECTIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	131
2. TERMOS DE USO	135
A. A FALÁCIA DO “LI E ACEITO OS TERMOS DO CONTRATO”	136
B. O QUE FAZER PARA FACILITAR SUA COMPREENSÃO?	137
C. CLÁUSULAS DE ELEIÇÃO DE FORO	139
3. CONTRATOS ELETRÔNICOS NO BRASIL	142
A. QUALIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O USUÁRIO E AS EMPRESAS DE TECNOLOGIA	144
B. RELAÇÃO DE CONSUMO OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS?	147
C. O QUE PREVÊ O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	148
D. A ABUSIVIDADE DE UMA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO SEGUNDO OS TRIBUNAIS BRASILEIROS	150
4. DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA	151
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	154
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	156

A. LIVROS	156
B. ARTIGOS	157
C. JURISPRUDÊNCIA	159
D. LEGISLAÇÃO E OUTROS MATERIAIS DE REFERÊNCIA	160

TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS NO PL 5.276/2016



TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS NO PL 5.276/2016

1. SUMÁRIO EXECUTIVO

O presente *policy paper* apresenta a contribuição do **Instituto de Referência em Internet e Sociedade - IRIS**, em parceria com o **Grupo de Estudos Internacionais em Internet, Inovação e Propriedade Intelectual - GNet** - da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), sob a coordenação do Prof. Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido¹, para a discussão pública a respeito do Projeto de Lei nº 5276, sobre a proteção de dados pessoais no Brasil, ora em tramitação no Congresso Nacional, em regime de prioridade².

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção de dados pessoais é admitida como princípio relativo ao uso da Internet no Brasil, expressamente consagrado pela Lei nº 12.965, o Marco Civil da Internet. Reconhecido como legislação pioneira no mundo e exemplo do multissetorialismo que caracteriza a Governança da Internet³, o Marco Civil estabeleceu, no artigo 3º, III, elaboração de lei específica para a proteção de dados. Nesse contexto, insere-se o PL 5276, enviado ao Congresso Nacional pela Presidência da República, no dia 13 de maio de 2016 e hoje aberto para procedimentos de consulta pública⁴.

No âmbito do Poder Executivo, o então Anteprojeto de Lei sobre Proteção de Dados seguiu o modelo de consulta pública em que o Marco Civil foi baseado. O texto do Ministério da Justiça foi disponibilizado *online* e aberto a comentários de quaisquer usuários. Desse modo, tal qual no processo de elaboração do Marco Civil, viabilizou-se o debate entre múltiplos atores: membros da sociedade civil, academia, setores governamentais, regulatórios e empresas privadas⁵.

De modo geral, o Projeto de Lei trata de temas como os direitos dos usuários e o tratamento, coleta e armazenamento de dados pessoais. Este estudo preliminar, contudo, concentrar-se-á na análise de questões materiais e procedimentais relativas ao Capítulo V, nomeadamente à **transferência internacional de dados e suas transações internacionais relacionadas**. O principal objetivo da presente intervenção é colaborar,

1 Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (2010). Pesquisador-Visitante no Instituto Max-Planck para Direito Internacional Privado e Comparado, Hamburgo (2012). Membro da Associação Americana de Direito Internacional Privado e Delegado brasileiro no Comitê de Direito Internacional Privado e Propriedade Intelectual da International Law Association- ILA. Fundador do Instituto de Referência em Internet e Sociedade-IRIS e coordenador do Grupo de Estudos Internacionais de Internet, Inovação e Propriedade Intelectual-GNET, da Universidade Federal de Minas Gerais. E-mails: fabricao@irisbh.com.br e fpolido@ufmg.br. Contribuíram para este trabalho os pesquisadores Bruno Biazatti, Bruno Tavares, Diego Machado, Lucas Anjos, Luíza Brandão, Matheus Rosa, Odélio Porto Júnior, Pedro Vilela, Tatiana Resende, Túlio Campos e Victor Vieira.

2 O processo legislativo pode ser acompanhado pelo link: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?id=Proposicao=2084378>>.

3 Nesse sentido, ver SOUZA, Carlos Affonso Pereira; VIOLA, Mario; e LEMOS, Ronaldo. *Understanding Brazil's Internet Bill of Rights*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, 2015. p.26.

4 Importante destacar que boa parte da análise aqui empreendida também se relaciona, quanto ao conteúdo, ao PL 4060/2012, de autoria do Dep. Milton Monti (PR/SP), de relativamente ao “tratamento de dados pessoais”. O PL 4060/2012 encontra-se apensado ao PL 5276/2016 (conforme status do processo legislativo em agosto de 2016).

5 Cf. SOUZA, Carlos Affonso Pereira; VIOLA, Mario; e LEMOS, Ronaldo. *Understanding Brazil's Internet Bill of Rights*. p.37.

científica e tecnicamente, para o processo legislativo envolvendo a elaboração de normas relacionadas à aplicação extraterritorial da lei brasileira e ao regime de proteção de dados pessoais, em particular aos impactos da discussão no Congresso Nacional sobre os atuais padrões de proteção em vigor.

O trabalho aqui desenvolvido, de forma independente e sem vinculação partidária no quadro congressual brasileiro, tem como premissa esclarecer ao público geral e aos parlamentares as questões legais e políticas decorrentes de relações jurídicas transfronteiriças envolvendo usuários de internet e a gestão de seus dados pessoais em escala global. A princípio, esta análise pode aparentar tratar de uma pequena parcela dentro do regime legal doméstico objetivado pelo PL 5276/2016. No entanto, a convergência de temas relacionados ao fluxo e à transferência internacional de dados é muito sensível no cenário internacional e integra as discussões sobre jurisdição e governança da Internet⁶.

A importância social e econômica da transferência internacional é reconhecida pelo volume de dados que circulam entre diferentes países, em todo o mundo⁷. Empresas multinacionais realizam coleta, tratamento e armazenamento de dados em diferentes jurisdições e, de acordo com sua atividade, procuram, para tanto, as formas e localidades mais eficientes e menos onerosas para a realização de suas atividades econômicas⁸.

O tema da transferência internacional de dados também envolve os direitos dos usuários que, no contexto da Internet, começaram a ser delineados no Brasil pelo Marco Civil da Internet. Nesse sentido, qualquer lei ou regulamento que trate da proteção de dados pessoais e de sua transferência internacional, deve considerar o grande volume de informações relativos a indivíduos, organizações e empresas, ou por ela geradas. E ainda mais significativos serão os efeitos da transferência internacional de dados de usuários de internet, em inevitável trânsito entre fronteiras, sobre os modelos e *standards* de sua proteção em cada jurisdição, especialmente no que concerne à privacidade e à transparência dos mecanismos utilizados para “coleta, armazenamento e tratamento dos dados”.

Para os autores deste estudo, trata-se de um excelente momento legislativo para reflexão sobre os distintos interesses em jogo: de um lado, de empresas, governos no tratamento desses dados; de outro, dos indivíduos, usuários de internet e titulares relativamente à proteção de informações pessoais que circulam entre distintos territórios, para além das fronteiras territoriais brasileiras.

Algumas perguntas devem ser assim formuladas: 1) Em que medida a regulamentação legal proposta para a transferência internacional de dados, desde a perspectiva brasileira no Projeto de Lei, compatibiliza-se com os padrões normativos e salvaguardas já estabelecidos pelo Marco Civil da Internet quanto aos direitos de usuários e as liberdades civis nas redes digitais? 2) Quais os limites técnicos, materiais e procedimentais

6 A esse respeito, cf. apresentações reunidas nos Anais do I Seminário “Governança das Redes e o Marco Civil da Internet”, sediado pela Universidade Federal de Minas Gerais em maio de 2015, organizadas por POLIDO, Fabrício B.P. e ROSINA, Monica S.G, *Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: Liberdades, Privacidade e Democracia*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2015. Disponível em: < <http://www.direito.ufmg.br/gnet/ebooks/grmcivil.pdf>>. Acesso em 15/07/2016.

7 KUNER, Christopher. Regulation of transborder data flows under data protection and privacy law: past, present, and future. *TILT Law & Technology Working Paper*, n. 016, 2010.p. 34-35.

8 WEBER, Rolf H. Transborder data transfers: concepts, regulatory approaches and new legislative initiatives. *International Data Privacy Law*, p. 117 - 130, 2013. p.118

impostos ao Poder Legislativo - em linha com as competências asseguradas pela Constituição de 1988, a legislação brasileira e normas internacionais aplicáveis - para a regulamentação desse tema em nível doméstico?

Este *policy paper* busca comentar, criticamente, o atual estado do Projeto de Lei, relacionando-o com aportes de especialistas e visões comparadas, para, ao final, oferecer recomendações de alterações quanto aos modelos adotados pela atual versão do texto.

2. RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO E METODOLOGIA DE ANÁLISE

A proposta de análise fornecida neste *policy paper* é desvinculada de qualquer interesse partidário, ou setorial, e se funda em duas premissas. A primeira é centrada na tentativa de esclarecer, aos parlamentares brasileiros, a importância, a sensibilidade e a vanguarda do tema da transferência internacional de dados de usuários de internet. A segunda diz respeito à necessidade de confronto (e encontro) entre os dispositivos da Lei nº 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e do Projeto de Lei nº 5276/2016 que tocam, direta ou indiretamente, aspectos materiais e procedimentais da transferência internacional de dados.

a. Marco Civil da Internet - Artigo 11

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

Enquanto tramita o Projeto de Lei nº 5276/2016 em regime de prioridade no Congresso Nacional, o Marco Civil da Internet apresenta-se como única lei infraconstitucional no Brasil estabelecendo dispositivos que tratam especificamente de dados pessoais nas redes. Na visão deste estudo, o Artigo 11 do Marco Civil relaciona-se a quatro aspectos relacionados à privacidade e à proteção de dados em casos de transferência internacional:

1. A imperatividade das leis brasileiras incidentes sobre quaisquer atos relacionados à transferência internacional de dados, nas situações em que pelo menos um deles se materialize, ou produza efeitos em território nacional, portanto conectado ou vinculado ao ordenamento brasileiro ("*qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional*"); aqui, poderíamos conceber

um teste de “*compliance*” com as leis brasileiras;

2. Observância e respeito (“*enforcement*”) dos “*direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros*” por parte de provedores de conexão e de aplicações de internet;

3. Análise de condutas de empresas sediadas no estrangeiro relativamente à observância das leis brasileiras quando oferecem seus serviços de internet com contatos território nacional, mesmo que não possuam filial, ou subsidiária, sediada no Brasil (o que poderíamos de chamar de “*compliance digital*” ao direito brasileiro);

4. As expectativas legais e institucionais direcionadas a empresas, brasileiras ou estrangeiras, envolvidas com atividades relacionadas à coleta de dados, quanto à garantia de acesso, pelos usuários/clientes, a seus próprios dados pessoais armazenados no estrangeiro.

Com base na estrutura e alcance das regras contidas no Artigo 11 do Marco Civil, é importante analisar alguns elementos e funções do regime de proteção de dados pessoais em ambientes digitais, cotejando-os com as normas internacionais e internas de alguns países em visão comparada.

A Proteção de Dados em Escala Global e a Transferência Internacional de Dados

Em 1980, o Comitê de Ministros da OCDE - *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico* - publicou as “Diretrizes sobre Proteção da Privacidade e o Fluxo Transnacional de Informações Pessoais”⁹, estabelecendo princípios básicos sobre proteção de dados e sobre a mobilidade de informações entre países com leis e regulamentos em conformidade com esses princípios.

As Diretrizes da OCDE de 1980, enquanto instrumentos não vinculantes (tendo um caráter de *soft law*, assim como outros instrumentos similares), não obrigam os Estados Membros, mas são suscetíveis a distintas modalidades de implementação ou internalização nos ordenamentos domésticos¹⁰. Durante a mesma década de publicação das Diretrizes da OCDE, contudo, os países parecem não ter recebido incentivos para adoção de leis e regulamentos internos para disciplinar a proteção de dados e aspectos da privacidade nos sistemas de comunicação então emergentes¹¹.

Pode-se dizer que a Diretiva 95/46/EC da União Europeia¹², de 1995, representou a primeira normativa de caráter supranacional referente à privacidade e a proteção de

9 OCDE, *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm#part3>>. Acesso em 31 de maio de 2016.

10 Vale destacar, aqui, que o Brasil não é Membro da OCDE. No entanto, ele participa da organização na condição de parceiro convidado/observador. Em 2007, o Conselho da OCDE convidou a Secretaria a fortalecer as relações de cooperação com Brasil, Índia, República da China e África do Sul a partir dos programas de engajamento aperfeiçoado, com o que vem estimulando reformas estruturais e legais nos países. Na América Latina, somente Chile e México são Membros da OCDE.

11 Sobre as dificuldades de alcançar consenso sobre as leis de proteção de dados entre as décadas de 1970 e 1980 e múltiplos interesses dos segmentos da indústria de informática e comunicações, durante as negociações travadas na OCDE e nas Comunidade Econômicas Europeias, especificamente, ver COLE, Patrick E. “New Challenges to the US Multinational Corporation in the European Economic Community: Data Protection Laws”, in *New York University Journal of Int'l Law & Policy*, vol. 17, 1984, p. 893 e ss.

12 PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, *Diretiva 95/46/CE*, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em 30 de maio de 2016. Vale observar, como será examinado, que a Diretiva foi revogada pelo Regulamento UE nº 2016/679, de 27 de abril de 2016.

dados. Como consta no Artigo 1º, os Estados Membros da UE devem assegurar em suas legislações domésticas, seguindo os parâmetros da Diretiva, a proteção das liberdades e direitos fundamentais, especialmente à privacidade, no que tange aos dados pessoais. A Diretiva UE nº 94/49 resultou de uma ofensiva das Comunidades Europeias, na década de 1990, para agressivamente regulamentar a proteção de dados pessoais¹³, diferenciando-se da estratégia legislativa nos Estados Unidos da América de total absenteísmo nessa matéria. Ali, como sistematicamente observado pela literatura, imperou uma racionalidade liberal sobre o regime de tratamento dos dados por parte de empresas e associações, caracterizado por autorregulação, sem interferência governamental, relegada a salvaguardas contratuais suscetíveis a barganha entre agentes econômicos e usuários¹⁴.

Seria possível dizer que a Diretiva 94/46/EC, de 1995, da União Europeia, representou a primeira legislação supranacional a respeito de privacidade e proteção de dados. De acordo com seu artigo 1º, Estados Membros deveriam assegurar, em suas legislações domésticas e seguindo os parâmetros da Diretiva, a proteção de direitos e liberdades fundamentais, especialmente a privacidade de dados pessoais. Para fins de contextualização, a Diretiva 94/49 resultou de uma ofensiva pelas Comunidades Europeias nos anos 1990 para regular, de forma agressiva, a proteção de dados pessoais¹⁵, o que difere da estratégia legislativa nos Estados Unidos, devido ao aparente absenteísmo nesse setor. O instrumento europeu inspirou-se em uma racionalidade liberal acerca da segurança jurídica para o tratamento e processamento de dados por companhias e associações, caracterizada pela autorregulação, sem interferência do governo. Além disso, a Diretiva previa um regime de segurança contratual suscetível a negociações entre agentes econômicos e usuários¹⁶.

Em seu artigo 4º, a Diretiva 94/46 já oferecia uma solução para o “Direito Nacional Aplicável”, prevendo, basicamente, que aqueles responsáveis pelo tratamento de dados pessoais dentro dos limites da União Europeia, mesmo que estrangeiros, deveriam se adequar à legislação dos Membros do bloco¹⁷.

O próprio Marco Civil, seguindo essa racionalidade e o debate contemporâneo existente na Europa, introduziu uma regra muito semelhante no direito brasileiro, mantendo certo paralelismo com a fórmula empregada pela Diretiva Europeia. Isso porque, segundo a regra do artigo 11 do Marco Civil, empresas – nacionais ou estrangeiras – fornecedoras de serviço envolvendo coleta e tratamento de dados no Brasil devem respeitar a legislação local, em exata medida de observância (“*enforcement*”).

13 Para comentários críticos sobre a Diretiva 95/46, em distintas perspectivas, cf. FROMHOLZ, Julia “The European Union data privacy directive”, in *Berkeley technology law journal* vol.15, 2000, p. 461-484; WESTIN, Alan F. “Social and political dimensions of privacy.” *Journal of social issues* vol 59, n.2, 2003, p. 431-453 e BIRNHACK, Michael D. “The EU data protection directive: an engine of a global regime”, in: *Computer Law & Security Review*, vol. 24, n.6, 2008, p.508-520.

14 A esse respeito, Julia FROMHOLZ, Op.cit., p. 461-484, pp.462, observa: “*In the European Union, governments have moved aggressively to regulate the use of personal data. In the United States, on the other hand, the government has largely refrained from such regulation, instead allowing companies and associations to regulate themselves, save for a small number of narrowly drawn regulations targeting specific industries.*”

15 Para uma análise crítica sobre a Directive 95/46, com a contraposição de diferentes perspectivas, veja FROMHOLZ, Julia “The European Union data privacy directive”, in *Berkeley technology law journal* vol.15, 2000, p. 461-484; WESTIN, Alan F. “Social and political dimensions of privacy.” *Journal of social issues* vol 59, n.2, 2003, p. 431-453 e BIRNHACK, Michael D. “The EU data protection directive: an engine of a global regime”, in: *Computer Law & Security Review*, vol. 24, n.6, 2008, p.508-520.

16 A esse respeito, Julia FROMHOLZ, Op.cit., p. 461-484, p.462.

17 Importante destacar que, no sistema da União Europeia, as diretivas, ao contrário dos regulamentos que são diretamente aplicáveis, são destinadas para a aproximação e harmonização das leis nacionais. Da Diretiva da EU resultou um movimento de ajustamento das leis dos Membros criando regimes de proteção de dados, os quais variavam em certos aspectos. Apenas com a entrada em vigor do Regulamento 649 de 2016, um movimento de atualização a normativa europeia se completa.

Entre 2008 e 2015, a União Europeia dedicou-se a atualizar a normativa comunitária, com o que o Parlamento e o Conselho chegaram ao importante **Regulamento nº 2016/679, de 27 de abril de 2016**, relativo à proteção de dados pessoais (“Regulamento da União Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais”), e diretamente aplicável aos sistemas jurídicos dos Membros a partir de 25 de maio de 2018¹⁸. Além de dispositivos sobre direitos de usuários aos seus dados pessoais, o Regulamento recém-promulgado prevê um bloco de regras sobre transferência de dados para “países terceiros” e organizações internacionais, estabelecendo mandato para a Comissão Europeia para monitorar o grau de proteção dado por determinado estado, território ou setor de processamento no estrangeiro para dados pessoais de usuários sediados em países da União Europeia. A medida de apreciação desse grau de proteção pode ser estabelecida, inclusive, segundo critérios objetivos, como salvaguardas (condições gerais de contratação, cláusulas de proteção de dados e regras empresariais vinculantes).

Nas justificativas de adoção do Regulamento, encontram-se expressas as preocupações e expectativas das instituições da UE quanto ao regime da transferência de dados, e que são muito significativos para o contexto brasileiro:

“(101) A circulação de dados pessoais, com origem e destino quer a países não pertencentes à União quer a organizações internacionais, é necessária ao desenvolvimento do comércio e da cooperação internacionais. O aumento dessa circulação criou novos desafios e novas preocupações em relação à proteção dos dados pessoais. Todavia, quando os dados pessoais são transferidos da União para controladores, processadores, ou para outros destinatários em países terceiros ou para organizações internacionais, o nível de proteção das pessoas singulares assegurado na União pelo presente regulamento deverá continuar a ser garantido, inclusive nos casos de posterior transferência de dados pessoais do país terceiro ou da organização internacional em causa para responsáveis pelo tratamento, subcontratantes desse país terceiro ou de outro, ou para uma organização internacional. Em todo o caso, as transferências para países terceiros e organizações internacionais só podem ser efetuadas mediante plena observação deste regulamento. Só poderão ser realizadas transferências se, sob reserva das demais disposições do presente regulamento, as condições constantes das disposições do presente regulamento relativas a transferências de dados pessoais para países terceiros e organizações internacionais forem cumpridas pelo responsável pelo tratamento ou subcontratante.

(102) O presente regulamento não prejudica os acordos internacionais celebrados entre a União Europeia e países terceiros que regulem a transferência de dados pessoais, incluindo as garantias adequadas em benefício dos titulares dos dados. Os Estados-Membros poderão celebrar acordos internacionais que impliquem a transferência de dados pessoais para países terceiros ou organizações internacionais, desde que tais acordos não afetem o presente regulamento ou quaisquer outras disposições do direito da União e prevejam um nível adequado de proteção dos direitos fundamentais dos titulares dos dados.

(103) A Comissão pode decidir, com efeitos no conjunto da União, que um país terceiro, um território ou um setor determinado de um país terceiro, ou uma organização internacional, oferece um nível adequado de proteção de dados adequado, garantindo assim a segurança jurídica e a uniformidade ao nível da União relativamente ao país terceiro ou à organização internacional que seja considerado apto a assegurar tal nível de proteção. Nestes casos, podem realizar-se transferências de dados pessoais para esse país ou organização internacional sem que para tal seja necessária mais nenhuma autorização. A Comissão pode igualmente decidir, após enviar ao país terceiro ou organização internacional uma notificação e uma declaração completa dos motivos, revogar essa decisão”¹⁹.

Com relação à disciplina das condutas de empresas – nacionais e estrangeiras – com atividades relacionadas à coleta de dados dos clientes, o Marco Civil da Internet foi, em seu artigo 11, § 3º, fortemente inspirado pela revogada Diretiva nº 94/46, tendo ambos aderido aos preceitos do direito de informação, pois pressupõem garantias aos

18 REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em:

19 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>>. Último acesso em 24.08.2016.

usuários/clientes em relação ao acesso a seus próprios dados pessoais.

A Diretiva 94/46 estabelece, em seus artigos 10, 11 e 12, que aqueles que de- têm dados pessoais, independente da forma como os tenham colhido, devem dispor de mecanismos para que os indivíduos tenham acesso a tais dados, além de base para identificação do responsável pelo tratamento e finalidade da coleta de dados. É impor- tante ressaltar, ainda, que a Diretiva 94/46/EC não estabelece como se processará a informação, deixando essa matéria a cargo da discricionariedade legal e administrativa dos Membros.

O surgimento de legislações estrangeiras para proteção de dados pessoais é recente, ainda que a preocupação provocada pelo tema remonte à década de 1970 nas Comunidades Europeias e OCDE. No plano do direito internacional, especificamente, ainda não existem tratados e convenções multilaterais sobre o tema.

A Organização dos Estados Americanos, de que o Brasil é Membro, tem se ded- icado a explorar as questões normativas relativa à proteção de dados desde 1996, com mandato que prevê a elaboração de “estudo comparativo sobre os distintos regimes jurídicos, políticas e mecanismos de aplicação da proteção dos dados pessoais, inclu- indo legislação doméstica e autorregulação, com vistas a explorar a possibilidade de um quadro normativo regional”²⁰. Nesse mesmo sentido, o Departamento de Direito Inter- nacional da OEA preparou o “Projeto de Princípios e Recomendações Preliminares sobre Proteção de Dados Pessoais”, em que fica evidente a preocupação da organização de proteção do fluxo de informações e dados pessoais nas Américas²¹.

No contexto latino-americano, a Argentina definiu normas de proteção de da- dos pessoais na Lei 25.326, de 2000²². Em seu artigo 44, a referida lei estabelece que, na hipótese de dados pessoais localizados em território argentino, os princípios gerais relativos à proteção, os direitos dos titulares dos dados, usuários e responsáveis por arquivos, registros e bancos de dados, bem como as sanções aplicadas, observarão ex- clusivamente o direito argentino. Nesse sentido, a fórmula empregada pela Lei 25.236 aproxima-se do Marco Civil, pois ela se baseia na aplicação imediata das normas argen- tinas para a proteção de dados pessoais que estiverem armazenados ou gerenciados em território argentino. Sob a perspectiva da técnica do direito internacional privado, ambas as soluções, aparentemente, estão baseadas na regra do conflito unilateral, se- gundo a qual o único direito aplicável, em termos de **respeito e observância da lei para todos os tipos de transações envolvendo dados**, é a **lei do foro** (*lex fori*).

A diferença, contudo, parece estar na aplicação extraterritorial das leis domésti- cas. O Marco Civil, em seu artigo 11, caput, expressamente autoriza a aplicação das leis brasileiras para regular atos de “*coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de inter- net*”, quando pelo menos um elemento de conexão com o ordenamento brasileiro seja identificado, em contato com o “território nacional”.

20 Cf. Resolução da Assembleia Geral nº 2661 da OEA (AG/RES. 2661, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y PRO- TECCIÓN DE DATOS PERSONALES (Aprobada en la cuarta sesión plenaria , celebrada el 7 de junio de 2011), Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2661_XLI-O-11_esp.pdf>. Acesso em 15/07/16.

21 CP/CAJP-2921/10, *Proyecto de Principios y Recomendaciones Preliminares sobre la Protección de Datos Personales*, 17 octubre de 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2921-10_rev1_corr1_esp.pdf>. Acesso em 15/07/16.

22 ARGENTINA. *Lei n. 25.326*, de 30 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>>. Acesso em 30 de maio de 2016.

Ainda no direito argentino, as formas pelas quais empresas estrangeiras realizam transferência internacional de dados é disciplinada pelo artigo 12 da Lei 25.326, que guarda semelhança com a revogada Diretiva 95/46/EC da União Europeia, uma vez que proíbe a transferência de dados pessoais de qualquer tipo com países ou órgão internacionais que não apresentam níveis de proteção adequados. Além disso, o dispositivo, assim como a Diretiva Europeia, também apresenta exceções em casos de cooperação jurídica internacional (administrativa e judicial), intercâmbio de dados médicos, transações bancárias, transferências que respeitem tratados do qual a Argentina faz parte, além de transferências de dados cujo objetivo é auxiliar na luta contra o crime organizado, o terrorismo e o narcotráfico.

Essa abordagem sobre a transferência internacional de dados, no direito argentino, parece consistente com os Princípios da OEA de 2011 sobre Proteção de Dados Pessoais, e se mostra elucidativa quanto à experiência brasileira de regulamentação por meio de lei específica. O Princípio 8º da OEA oferece **guia para elaboração e interpretação de normas relativas à proteção de dados** no contexto da transferência internacional. Para o propósito de análise do PL, ora em tramitação no Congresso Nacional, e seu confronto com a Constituição de 1988 e os princípios consagrados pelo Marco Civil sobre o uso da Internet no Brasil, é importante compreender o escopo e o alcance do Princípio 8º da OEA, bem como suas diretrizes aos legisladores e tribunais nacionais:

- a) natureza subsidiária das transferências internacionais de dados pessoais:** segundo o Princípio, elas devem apenas ser realizadas nas hipóteses de o exportador de dados assumir a responsabilidade subjetiva e objetiva pela proteção dos dados, ou quando o Estado da localização ou destino dos dados transferidos fornecer, minimamente, o mesmo padrão de proteção dos dados pessoais conferido pelos Princípios da OEA;
- b) obrigatoriedade de proteção material e procedimental dos dados pessoais,** nos termos do item anterior, deve ser atendida pelo país de origem e país destino dos dados: países de trânsito dos dados (países pelos quais os dados passam, trafegam) não são obrigados a conferir proteção nesses moldes;
- c) a “proteção mínima” dos dados** é verificada a partir dos seguintes fatores: (i) a natureza dos dados; (ii) o país de origem; (iii) o país de recepção ou destino dos dados; (iv) finalidade do processamento dos dados transferidos; (v) existência e vigência das medidas de segurança para a transferência e tratamento de dados pessoais.

O Princípio 8º da OEA ressalva a possibilidade de realização de transferência internacional de dados ainda nos casos de o país de recepção ou destino não oferecer o mesmo nível de proteção que aquele assegurado pela normativa de seu país de origem. No entanto, essa transferência está sujeita a certas condições de processamento legal e justo, como forma de salvaguardar:

- a) obrigações de prestação de contas (“accountability”) sobre os dados transferidos e armazenados:** incidentes na hipótese de as leis locais não preverem proteção aos dados importados e como imposição ao exportador – empresa responsável pela transferência - de assegurar a proteção de dados independentemente de sua localização geográfica (sede, domicílio) e possibilidade de oferecer provas suficientes da proteção quando lhe for requerido.

b) garantia de proteção materializada por relação contratual entre partes: essa condição sugere que os dados pessoais podem ser transferidos para um país receptor que não outorgue, minimamente, o mesmo padrão de proteção dos dados pessoais que aquele oferecido pelos Princípios, desde que exista cláusula contratual obrigando o exportador a conferir o mesmo nível de proteção dos dados.

c) existência de leis permitindo a transferência internacional: uma lei nacional pode permitir a transferência de dados pessoais a um terceiro Estado que não outorgue o mesmo padrão de proteção que aquele dos Princípios, se: i) a transferência de dados é necessária e em benefício da pessoa (titular dos dados) em uma relação contratual; ii) a transferência é necessária para proteção de interesses vitais, como o de evitar um dano substancial ou morte da pessoa ou de terceiros; ou iv) o exportador dos dados se responsabilizar pela proteção dos mesmos²³;

d) consentimento: pode-se admitir a transferência de dados pessoais a um país receptor que não outorgue o mesmo padrão de proteção, na hipótese de a pessoa afetada consentir inequivocamente quanto à transferência;

e) inovação tecnológica: as normas que regem a transferências de dados e informação entre países devem refletir a realidade manifesta no uso da Internet, além do dever de tomar em conta o fato de que as restrições à transferência de dados possa limitar a inovação tecnológica e o desenvolvimento econômica.

Há certo dissenso, entre os Membros da OEA, sobre os métodos de regulação de transferências internacionais, especificamente quanto à determinação de um conceito tão aberto como o da **proteção equivalente no país beneficiário**. Parecem existir dificuldades técnicas e normativas de implementação na prática e elas também foram objeto dos trabalhos de revisão da normativa europeia sobre proteção de dados, os quais resultaram no Regulamento UE n. 679 de 2016²⁴. Por outro lado, os Princípios da OEA reconhecem que dados pessoais devam ser objeto de proteção no quadro das transferências internacionais, mas os Membros devem contar com certo grau de flexibilidade quanto às formas de proteção de alcançá-la²⁵. Esse seria o caso das escolhas legislativas feitas em relação ao projeto de lei em discussão no Brasil.

Feito o exame preliminar sobre a situação da transferência internacional de dados e a proteção dos dados pessoais nos plano internacional e regional, é possível estabelecer uma **primeira conclusão de análise**:

Qualquer opção feita pelo legislador brasileiro deve ser, necessariamente, testada à luz de um princípio de conformidade do direito brasileiro às normas e diretrizes internacionais regulando o tema (a exemplo do Princípio 8º da OEA de 2011), além de experiências nacionais comparadas e regionais (como o caso da União Europeia).

Por que essa conclusão é relevante para o contexto em comento? Para os autores deste estudo, qualquer solução para regular os regimes legais envolvidos na transferência internacional de dados, desde uma perspectiva nacional/doméstica, não poderia prejudicar o entendimento sobre os padrões atualmente adotados sobre o tratamen-

²³ O Princípio 8º admite o caráter alternativo das condições para o caso de existência de leis permitindo transferência para um país (destino) que não outorgue mesmos padrões de proteção que aquele da normativa interamericana.

²⁴ Processo que culminou na aprovação da *General Data Protection Regulation 2016/679*.

²⁵ Cf. Artigo 8º dos Princípios de 2011.

to dos dados pessoais. Ainda que os países não tenham, multilateralmente, alcançado consenso sobre as formas de proteção dos dados pessoais, por meio de tratados e convenções, ou sobre os mecanismos para assegurar, legal e contratualmente, padrões mínimos de segurança e privacidade no fluxo transfronteiriço de dados, os signatários da presente opinião entendem que os patamares mínimos já delineados devem ser respeitados e rediscutidos, sempre em favor de um princípio que endosse um direito de acesso, pelos usuários, aos seus dados pessoais.

É justamente na interpretação favorável desse direito de acesso, também estampado no Marco Civil da Internet, que deve o legislador simular ou projetar os reflexos ou impactos sociais da futura lei objetivada, em benefício de uma harmonização que se projete globalmente.

b. Projeto de Lei Nº 5.276 - Capítulo V: “Transferência Internacional de Dados”

Art. 33. A transferência internacional de dados pessoais somente é permitida nos seguintes casos:

I - para países que proporcionem nível de proteção de dados pessoais ao menos equiparável ao desta Lei;

II - quando a transferência for necessária para a cooperação judicial internacional entre órgãos públicos de inteligência e de investigação, de acordo com os instrumentos de direito internacional;

III - quando a transferência for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

IV - quando o órgão competente autorizar a transferência;

V - quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional;

VI - quando a transferência for necessária para execução de política pública ou atribuição legal do serviço público, sendo dada publicidade nos termos do art. 24.

VII - quando o titular tiver fornecido o seu consentimento para a transferência, com informação prévia e específica sobre o caráter internacional da operação, com alerta quanto aos riscos envolvidos.

Parágrafo único. O nível de proteção de dados do país será avaliado pelo órgão competente, que levará em conta:

I - normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino;

II - natureza dos dados;

III - observância dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;

IV - adoção de medidas de segurança previstas em regulamento; e

V - outras circunstâncias específicas relativas à transferência.

O artigo 33 do PL 5276 define as hipóteses em que a transferência internacional será permitida no Brasil. A seguir, apresenta-se a análise dos incisos que, caso sejam assim aprovados, representarão as possibilidades para a transmissão internacional de dados envolvendo partes relacionadas ao território brasileiro e a outros fatores de conexão:

I - para países que proporcionem nível de proteção de dados pessoais ao menos equiparável ao desta Lei;

O inciso I do artigo 33 inspira-se no critério geográfico definido na agora revogada Diretiva Europeia 95/46, de 1995²⁶, para a autorização à transferência internacional

26 O artigo 25 (1) da Diretiva Europeia 95/49 dispõe que: “Os Estados-membros estabelecerão que a transferência para um país terceiro de dados pessoais objeto de tratamento, ou que se destinem a ser objeto de tratamento após a sua transferência, só pode

de dados. O modelo da antiga Diretiva leva em consideração os riscos potenciais a que os dados estarão submetidos nos países para os quais serão transferidos e, por isso, baseia-se na comparação entre os padrões domésticos de proteção²⁷.

A equiparação deve considerar o sistema de proteção de dados pessoais de cada país, conforme os parâmetros delineados no parágrafo único do artigo 33. De modo geral, o modelo geográfico concentra os critérios de equivalência e adequação que autorizam a transferência internacional no nível de proteção que cada país, em sua legislação doméstica e compromissos internacionais que assume, define para dados pessoais coletados, tratados e armazenados em seu território.

O modelo geográfico adotado em 1995 aplica-se ao sistema comunitário europeu, pois promove a harmonização das legislações nacionais a fim de garantir padrões de proteção equivalentes e, por consequência, viabilizar a transferência internacional de dados entre países do bloco e incentivá-la em detrimento de transferência a terceiros. O contexto de aplicação da Diretiva 95/46 não equivale à realidade brasileira e, portanto, a regra do inciso I do artigo 33 não deve ser automaticamente implantada no ordenamento doméstico, mas adaptada a uma conjuntura que não corresponde a de um direito comunitário.

A Diretiva Europeia, apesar de ter sido pioneira na definição das regras que disciplinam a transferência transnacional de dados pessoais, não está livre de críticas. O critério geográfico adotado – e que é reproduzido pelo artigo 33, I do PL 5276 – gera, como se verificou ao longo do tempo, diferentes níveis de “adequação de proteção” entre os países e, a despeito das outras hipóteses previstas pelo próprio sistema, tem por efeito a limitação dos processos de transferência internacional de dados²⁸. Isso porque a comparação é estática e analisa apenas os padrões estatais de proteção, sem considerar, por exemplo, as providências da iniciativa privada para a proteção dos dados transferidos em nível internacional.

A exigência de proteção equivalente tem, ainda, como reflexo de sua rigidez, dúvidas acerca de sua eficácia²⁹. Nesse sentido, a dificuldade de harmonização legislativa entre países diferentes, que não necessariamente pertençam à mesma comunidade, como os europeus, e a burocracia que caracteriza o procedimento de autorização de transferência transnacional podem gerar transferências ilegais, cujo controle, pelo volume, procedimento e destinação dos dados, podem não ser fiscalizadas ou coibidas pelos Estados que adotam o modelo geográfico. Observa-se, na União Europeia, autorizações às transferências em números significativamente inferiores e não correspondentes às transações econômicas e tecnológicas que os países europeus estabelecem com outros ao redor do mundo.³⁰

realizar-se se, sob reserva da observância das disposições nacionais adotadas nos termos das outras disposições da presente diretiva, o país terceiro em questão assegurar um *nível de proteção adequado*.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&qid=1465326802683&from=en>>. Acesso em 07/06/2016.

27 WEBER observa que a comparação estabelecida no modelo geográfico manifesta-se pela qualificação dos níveis de proteção do país destinatário como “adequado”, “similar” ou “igual”. Cf.: WEBER, Op. cit., p.122. O PL utiliza a expressão “equiparável”, que também revela a opção pelo modelo geográfico.

28 A recomendação, no plano internacional, é a de que a transferência seja a menos restrita possível, ainda que sejam definidos parâmetros de segurança e proteção de dados em cada país. Nesse sentido, manifesta-se a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, na Recomendação sobre Proteção da Privacidade e Transferência Internacional de Dados Pessoais, de 1980. O texto da Recomendação pode ser acessado em: <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesonthe protectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm#part3>>. Acesso em 31 de maio de 2016.

29 KUNER, Christopher. Regulation of transborder data flows under data protection and privacy law: past, present, and future. *TILT Law & Technology Working Paper*, n. 016, 2010. p.28.

30 Nesse sentido, KUNER, Op. cit., p. 28: “O fato de algumas das maiores economias no mundo (como China e Japão) não terem

A opção do legislador pela regra do artigo 33, I, baseada no artigo 25 (I) da Diretiva também deve considerar que o critério é custoso, tanto para o Estado, que deve manter estrutura de autorizações de transferência e fiscalização das operações transnacionais para garantir sua eficácia, quanto para os agentes econômicos que deverão requerer a permissão para transferir os dados. Assim, a experiência europeia revela que um sistema baseado na proteção equivalente e em autorizações recebidas, analisadas e proferidas por autoridade estatal implica em custos e dispêndio de tempo incompatível com a celeridade que caracteriza as operações da rede mundial de computadores.

II - quando a transferência for necessária para a cooperação judicial internacional entre órgãos públicos de inteligência e de investigação, de acordo com os instrumentos de direito internacional;

O artigo 33, inciso II rege a transferência internacional de informações para fins de investigações sendo conduzidas em outros Estados. O tópico é de grande relevância na atualidade e tem ensejado grande discussão nos fóruns internacionais. Por exemplo, durante o XII Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, realizado em Salvador, em abril de 2010, adotou-se a *Declaração de Salvador sobre as Estratégias Abrangentes para os Desafios Globais: Prevenção de Crime e Sistemas de Justiça Criminal e seu Desenvolvimento num Mundo em Mudança*³¹.

O parágrafo 15 dessa Declaração afirma que “[o]s Estados-Membros [da ONU] são incentivados a reforçar a cooperação internacional [no combate à fraude econômica e aos crimes de falsidade ideológica], incluindo por meio do intercâmbio de informações e práticas relevantes, bem como através de assistência técnica e jurídica”.

Debates e avanços quanto à transferência de dados no contexto de investigações criminais também têm ocorrido entre a União Europeia (UE) e os Estados Unidos. Nesse sentido, essas duas entidades assinaram, em 2015, um *Umbrella Agreement*³² a fim de estabelecer um conjunto unificado e abrangente de regras de proteção de dados a serem aplicadas às transferências transatlânticas de informações no âmbito da cooperação em assuntos criminais. A segurança dos dados é questão tão relevante aos europeus que a UE condicionou a sua assinatura ao Acordo de 2015 à adoção do *Judicial Redress Act*³³, pelo Congresso norte americano. De forma pioneira, essa lei estabelece um tratamento igualitário entre cidadãos dos Estados Unidos e da UE diante do *1974 U.S. Privacy Act*. O

Judicial Redress Act foi promulgado pelo Congresso Congresso norte americano em 10 de fevereiro de 2016 e foi sancionado pelo Presidente Barack Obama em 24 de fevereiro desse ano³⁴.

sido protagonistas de uma decisão formal da UE acerca de adequação significa que deve haver substancial desobediência, pelo menos no que tange à transferência de dados da EU para esses países.” Tradução livre de: “The fact that some of the largest economies in the world (such as China and Japan) have not been the subject of a formal EU adequacy decision means that there must be substantial non-compliance at least with regard to data flows from the EU to those countries.”

31 ONU, *Declaração de Salvador sobre as Estratégias Abrangentes para os Desafios Globais: Prevenção de Crime e Sistemas de Justiça Criminal e seu Desenvolvimento num Mundo em Mudança*. 2010. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/In-session/ACONE.213L6_Rev.2/V10529061A_CONF213_L6_REV2_S.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2016.

32 EUA-UE, *Umbrella Agreement*. 2015. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5612_en.htm>. Acesso em 15 de junho de 2016.

33 EUA, *Judicial Redress Act*, 2015. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/1428>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

34 COMISSÃO EUROPEIA, *Transatlantic Data Flows: Restoring Trust through Strong Safeguards*, 117 final, Brussels, 29 February 2016, Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-433_en.htm>. Acesso em 15 de junho de 2016. p.11.

Em relatório elaborado em Fevereiro pela Comissão Europeia³⁵, atestou-se que o *Umbrella Agreement* de 2015 é muito importante, porque estabelece padrões de processamento de dados, limitações ao uso das informações transferidas e o respeito aos direitos individuais. Um dos direitos garantidos é o acesso à justiça, de forma a permitir que os indivíduos contestem, perante autoridades judiciais, as decisões negando-lhes o acesso aos dados ou o direito de retificar informações incorretas. O direito ao recurso judicial também lhes permitirá exigir reparação por qualquer divulgação ilícita de informações³⁶.

Nesse contexto, o inciso II do artigo 33 encontra-se em harmonia com a tendência internacional de favorecer a cooperação jurídica entre diferentes países, garantindo a autorização para a transferência internacional de dados quando ela se dedique a esse propósito. Tendo em vista potenciais conflitos com as provisões existentes no Marco Civil da Internet e no Código de Processo Civil de 2015 (em particular o artigo 26, sobre os princípios acerca da cooperação internacional em litígios cíveis³⁷). Seria recomendável que legisladores brasileiros incluíssem uma cláusula de salvaguarda no Projeto de Lei para garantias procedimentais e o devido processo legal, no que diz respeito à cooperação internacional na transferência de dados.

III - quando a transferência for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

O inciso III autoriza o envio de dados para o exterior, a fim de proteger a vida ou a incolumidade física do titular ou de terceiros, ainda que o nível de proteção de dados do local de destino seja inferior ao brasileiro. Trata-se de dispositivo que visa tutelar diretamente a pessoa humana. Um exemplo que ilustra a importância desse inciso seria a transferência dos registros médicos, por autoridade de saúde brasileira, para um país onde um indivíduo sofreu um acidente ou adoeceu e seu histórico médico se faz necessário para decidir o tratamento clínico adequado. Sem esses dados, a vida do indivíduo estaria em sério risco. São dois os propósitos dessa provisão: primeiramente, ela atende a situações urgentes que demandam o tratamento excepcional do trânsito de dados pessoais; além disso, ela se refere a procedimentos expeditados e espontâneos de cooperação envolvendo a transferência de dados, particularmente em que pessoas físicas e jurídicas estão envolvidas em intensa mobilidade internacional.

A previsão do artigo 33, inciso III, também se encontra presente na Diretiva da União Europeia no. 2016/680, adotada em 27 de abril de 2016³⁸. Nos termos do seu artigo 38, §1º, alínea "a", é possível transferir dados pessoais para um Estado que não assegure um nível de proteção adequado quando essa transferência for necessária "[p]

35 Idem.

36 Ibidem. p.12.

37 Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; IV - a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; V - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras".

38 PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, *Diretiva 2016/680*, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

ara proteger os interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa”. A Diretiva da União Europeia no. 95/46/CE possui regime jurídico similar, pois em seu artigo 26º, §1º, alínea “e” autoriza a transferência internacional de dados quando “[...] necessária para proteger os interesses vitais da pessoa em causa”.

Nota-se que as diretivas da União Europeia não especificam o que seriam os interesses vitais que justificam as transferências de dados. Em sentido contrário, o legislador brasileiro já determina, no próprio texto legal, que as transferências só podem ocorrer, com fulcro no artigo 33, inciso III, para proteger a vida e a integridade física do titular ou de terceiro. Segundo interpretação dada pela Unidade de Proteção de Dados do Diretório Geral da União Europeia para Justiça, Liberdade e Segurança, a expressão “interesses vitais”, presente nas duas diretivas da União Europeia acima, diz respeito a emergências médicas sérias.³⁹ Assim, não parece haver divergência considerável entre o regime legal europeu e o brasileiro, no que diz respeito à regra sobre a transferência de dados para o propósito de proteção da vida e da integridade física de seu titular, ou de um terceiro.

A Irlanda, por sua vez, pelo Ato de Proteção de Dados de 2003 (*Data Protection Act 2003*)⁴⁰ expressamente autoriza a transferência internacional de dados para proteger não apenas a vida, mas também o patrimônio. Segundo o artigo 11, §4º, alínea “a” do referido Ato, transferências de dados para Estados sem um nível de proteção apropriado poderão ocorrer, desde que elas sejam necessárias “[...] para evitar ferimentos ou outros danos à saúde da pessoa interessada ou grave perda ou dano à sua propriedade ou para proteger os seus interesses vitais, e informar a pessoa interessada ou buscar o seu consentimento para a realização da transferência de dados seja susceptível de prejudicar os seus interesses vitais⁴¹”.

A França, por outro lado, possui regime legal similar àquele que o Brasil pretende implementar. O artigo 6º, §2º, alínea “e” da Lei Federal de Proteção de Dados (*Loi Fédérale sur la Protection des Données*)⁴² indica que as transferências de dados podem ocorrer quando “[...] necessári[as] para proteger a vida ou a integridade física da pessoa em causa”.⁴³ Percebe-se que o texto legal desse dispositivo se assemelha muito ao inciso III do artigo 33.

Assim, o artigo 33, inciso III deve ser compreendido como um dispositivo necessário, cuja finalidade é proteger a vida e a integridade de brasileiros que se encontram em situação de perigo no exterior. Além disso, ele se alinha com instrumentos normativos estrangeiros e internacionais, em especial com as diretivas da União Europeia.

IV - quando o órgão competente autorizar a transferência;

39 Directorate-General for Justice, Freedom and Security/Data Protection Unit. “Frequently asked questions relating to transfers of personal data from the EU/EEA to third countries”, p.53. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/international_transfers_faq/international_transfers_faq.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2016.

40 IRLANDA. *Data Protection Act*, 2003. Disponível em: <<https://dataprotection.ie/viewdoc.asp?DocID=1467&ad=1>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

41 O texto original em inglês é: “The transfer is necessary in order to prevent injury or other damage to the health of the data subject or serious loss or damage to property of the data subject or otherwise to protect his or her vital interests, and informing the data subject of, or seeking his or her consent to, the transfer is likely to damage his or her vital interests”.

42 FRANÇA. *Loi Fédérale sur la Protection des Données*. 1992. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/201401010000/235.1.pdf>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

43 O texto original em francês é: “la communication est, en l’espèce, nécessaire pour protéger la vie ou l’intégrité corporelle de la personne concernée”.

Os casos de transferência internacional de dados que terão necessidade de uma autorização prévia do órgão competente estão elencados no artigo 34 do PL nº 5.276. No mesmo dispositivo, encontram-se descritos os critérios para a autorização pelo ente competente.

V - quando a transferência resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional;

O inciso V do artigo 33 afirma que o Brasil deverá transferir dados para outro Estado quando uma obrigação nesse sentido for contraída via tratado de cooperação internacional. Relevante destacar que, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), tratados possuem, como regra geral, o valor de lei ordinária no ordenamento jurídico pátrio. Apenas tratados sobre direitos humanos gozam de um regime jurídico específico⁴⁴. Diante disso, os tratados de cooperação internacional ratificados pelo Brasil, em linhas gerais, possuem o valor de lei ordinária.

No cenário internacional referente às obrigações assumidas pelo Brasil, dois relevantes tratados impõem ao país o dever de transferir dados a outros Estados. O primeiro deles é a *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*⁴⁵. O seu artigo 18, que regula a assistência judiciária recíproca, determina que “[o]s Estados Partes prestarão reciprocamente toda a assistência judiciária possível nas investigações, nos processos e em outros atos judiciais relativos às infrações previstas pela presente Convenção [...]”. O artigo 18, § 3º expressamente menciona que essa cooperação judiciária recíproca pode ser solicitada para fornecer informações, elementos de prova e originais ou cópias autenticadas de documentos, incluindo documentos administrativos, bancários, financeiros ou comerciais e documentos de empresas.

Além disso, o artigo 18, § 2º aponta que a transferência de dados também deverá ocorrer quando o investigado ou processado for uma pessoa jurídica. Contudo, esse dispositivo determina que o envio de informações de pessoas coletivas só terá lugar na medida do que for permitido pelas “[...] leis, tratados, acordos e protocolos pertinentes do Estado Parte requerido [...]”. Assim, a *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional* expressamente permitiu que os Estados partes limitem a obrigação de fornecer dados de pessoas jurídicas, seja por meio de outro tratado ou por meio da promulgação de leis internas.

Por fim, o artigo 18, § 4º da Convenção apresenta a prerrogativa (não uma obrigação) aos Estados partes de transferir informações não solicitadas quando acreditarem que esses dados ajudarão na condução de investigações e processos penais em outros países. Segundo o dispositivo, sem prejuízo do seu direito interno, as autoridades competentes de um Estado Parte poderão, sem pedido prévio, comunicar informações relativas a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado Parte, se con-

44 Nos termos do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988, tratados relativos a direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Além disso, em 3 de dezembro de 2008, no julgamento do RE 466.343-SP e do HC 87.585-TO, o STF, adotando a tese proposta pelo Ministro Gilmar Mendes, determinou que tratados sobre direitos humanos que não foram aprovados com o quorum qualificado do artigo 5º, 3º, da Constituição terão status supralegal, ou seja, estarão hierarquicamente abaixo das normas constitucionais e acima das outras normas infraconstitucionais.

45 ONU. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*, 2000. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

A Convenção foi assinada pelo Brasil em 12 de dezembro de 2000, ratificada em 29 de janeiro de 2004 e incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto n. 5.015, de 2004, ano em que passou a vigorar para o país. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 15 de junho de 2016.

siderarem que estas informações poderão ajudar a empreender ou concluir com êxito investigações e processos penais ou conduzir este último Estado Parte a formular um pedido ao abrigo da presente Convenção.

Outro tratado importante é a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*⁴⁶. Nos termos do seu artigo 46, § 1º, “[o]s Estados Partes prestar-se-ão a mais ampla assistência judicial recíproca relativa a investigações, processos e ações judiciais relacionados com os delitos compreendidos na presente Convenção”.

De forma análoga à *Convenção contra o Crime Organizado Transnacional*, a *Convenção contra a Corrupção* também apresenta uma lista ilustrativa de possíveis pedidos de assistência judicial. Entre os tópicos da lista, estão a apresentação de documentos judiciais, informações e elementos de prova e a entrega de documentos originais ou cópias certificadas, incluindo documentação pública, bancária e financeira, assim como a documentação social ou comercial de sociedades mercantis.

Outra semelhança com a *Convenção contra o Crime Organizado Transnacional* diz respeito à prerrogativa de encaminhar informações não requeridas por outros Estados, quando se entender que tais dados são relevantes às investigações ou ações judiciais no exterior⁴⁷. Também se afirma que a transferência de informações de pessoas jurídicas ocorrerá “[...] no maior grau possível conforme as leis, tratados, acordos e declarações pertinentes do Estado Parte requerido”⁴⁸.

Os tratados existentes dos quais o Brasil é parte signatária, seja no nível bilateral ou multilateral, serão, igualmente, de grande importância para determinar o escopo preciso da aplicação das provisões do artigo 33, inciso V, do Projeto de Lei. Em resumo, qualquer relação entre transferência de dados, conforme entendimento estrito pelo Direito de Internet, e a cooperação jurídica internacional por meio de tratados e convenções específicas demandará uma abordagem equilibrada para a interpretação e aplicação dessa provisão legal nos tribunais brasileiros.

VI - quando a transferência for necessária para execução de política pública ou atribuição legal do serviço público, sendo dada publicidade nos termos do art. 24.

O presente dispositivo autoriza a transferência internacional de dados no âmbito das atividades e funções do poder público, desde que a devida publicidade seja dada à transferência de dados pessoais em questão. Trata-se de previsão que busca definir margem de liberdade ao agente público, que pode decidir pela necessidade da transferência de dados, em consonância com os dois determinantes estipulados pela regra - o contexto de implementação de uma política pública e o cumprimento de obrigações legais.

46 ONU. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, 2000. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/convencao.html>>. Acesso em 16 de junho de 2016.

O tratado foi assinado pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e ratificado em 15 de janeiro de 2005. Só entrou em força face ao Brasil em 14 de dezembro de 2005, sendo incorporado em nosso ordenamento pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em 16 de junho de 2016.

47 *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, artigo 46(4): “Sem menosprezo à legislação interna, as autoridades competentes de um Estado Parte poderão, sem que se lhes solicite previamente, transmitir informação relativa a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado Parte se crêem que essa informação poderia ajudar a autoridade a empreender ou concluir com êxito indagações e processos penais ou poderia dar lugar a uma petição formulada por este último Estado Parte de acordo com a presente Convenção”.

48 *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, artigo 46(2).

Numa perspectiva jurídica comparada, percebe-se que a autorização para a realização de transferências internacionais de dados à luz do interesse público é cautelosa e restritiva. Na Suíça, o envio de dados para países que não oferecem o mínimo de garantias poderá ocorrer apenas quando for “indispensável para a proteção de um interesse público preponderante”⁴⁹.

Já a Diretiva da União Europeia no. 2016/680 afirma que essas transferências serão possíveis “a fim de evitar uma imediata e séria ameaça à segurança pública de um Estado Membro [da União Europeia] ou país terceiro”⁵⁰. Esses dois instrumentos assentam que as transferências de dados para locais não seguros, a fim de proteger o interesse público, são medidas excepcionais.

Os Estados da América Latina também adotaram instrumentos legais restritivos nesse aspecto. A lei uruguaia permite a transferência quando “[...] seja necessária ou legalmente exigida para a proteção de um interesse público importante”⁵¹. A Colômbia autoriza as transferências quando sejam “[...] legalmente exigidas para a proteção do interesse público”⁵². A Argentina, por sua vez, não possui uma exceção referente à salvaguarda do interesse público prevista em sua Lei de Proteção dos Dados Pessoais⁵³.

O regime do artigo 33, VI, por outro lado, torna as transferências de dados para locais não seguros uma parte integrante do funcionalismo público. Na conjuntura desse dispositivo legal, essas transferências poderão ser executadas sempre que a atribuição legal de serviço público ou a execução de política pública assim demandar, observada a publicidade da transferência.

Na verdade, esse dispositivo deveria prever, de forma expressa, que a sua aplicabilidade estaria limitada a interesses públicos relevantes e para assegurar o direito de indivíduos a opô-los diante da Administração Pública e de tribunais domésticos. Do contrário, as autoridades públicas poderiam realizar envios em massa de dados pessoais para locais não seguros, ameaçando a própria efetividade do artigo 33, inciso I. A intenção do artigo 33, inciso VI, não poderia ser uma “carta branca”, nem uma forma de favorecer de forma desigual órgãos governamentais brasileiros. Ele parece representar mais uma obsessão pelo empoderamento do serviço público no Brasil, com várias preocupações relacionadas à coleta, ao gerenciamento e à transferência de dados.

VII - quando o titular tiver fornecido o seu consentimento para a transferência, com informação prévia e específica sobre o caráter internacional da operação, com alerta quanto aos riscos envolvidos.

O inciso VII do artigo 33 do PL 5.276 trata do *consentimento*, que deve ser con-

49 SUIÇA. *Loi fédérale sur la protection des données*, 1992. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/201401010000/235.1.pdf>>. Acesso em 16 de junho de 2016. Artigo 6(2)(f). O texto original em francês é: “indispensable soit à la sauvegarde d’un intérêt public prépondérant”.

50 Diretiva no. 2016/680 artigo 38(1)(c). O texto original em inglês é: “for the prevention of an immediate and serious threat to public security of a Member State or a third country”.

51 URUGUAI. *Ley 18.331 (Protección de datos personales y acción de ‘habeas data’)*, 2008. Disponível em: <<http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/v/302/1/agesic/ley-n%C2%B0-18331-de-11-de-agosto-de-2008.html>>. Acesso em 16 de junho de 2016. Artigo 23(5)(d). O texto original em espanhol é: “la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguardia de un interés público importante”.

52 COLOMBIA. *Ley Estatutaria no. 1581*, 2012. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=49981>>. Acesso em 15 de junho de 2016. Artigo 26(f). O texto original em espanhol é: “legalmente exigidas para la salvaguardia del interés público”.

53 ARGENTINA. *Lei n. 25.326*, de 30 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.html>>. Acesso em 30 de maio de 2016. Artigo 12.

siderado de modo coerente com outros dispositivos do Projeto que versam sobre a necessidade do consentimento para coleta e tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, o artigo 7º, define entre as condições para o tratamento dos dados, no inciso I, o consentimento “livre, informado e inequívoco”. As três características são reafirmadas no artigo 9º, segundo o qual o consentimento deve ser disponibilizado por escrito ou por qualquer outro meio que o certifique. Finalmente, existe a exigência de consentimento com o tratamento de dados pessoais sensíveis, que segundo o artigo 11, inciso I, fica vedado caso ele não seja “livre, inequívoco, informado, expresso e específico pelo titular”.

Ao observar os adjetivos vinculados ao termo, com destaque a “inequívoco” e “informado”, afirma-se a preocupação do PL com as características necessárias aos termos do consentimento de uso de dados. A premissa básica é que, contanto que todas as circunstâncias de uso e tratamento dos dados sejam bem explicadas, o usuário possuirá condições suficientes para autorizar ou não a cessão de suas informações pessoais.

Nesse sentido, é possível relacionar as disposições do PL com o consentimento segundo o modelo nomeado como “*transparency and choice*” (também chamado de *notice and consent* ou *informed consent*). Nesse sistema, a transparência pela parte que procura os dados daria condições para uma escolha clara e válida pela outra que os cede. Desse modo, admite-se que, conquanto todas as informações concernentes ao destino dos dados sejam fornecidas de forma transparente ao usuário, ele poderá tomar decisões conscientes de engajamento na concessão de suas informações. Esse processo informativo conferiria maior controle ao indivíduo e, por isso, garantiria sua proteção contra o mal-uso dos dados. Cabe destacar, também, que o modelo opta, na maioria das vezes, por uma adesão “tudo ou nada” (“*take it or leave it*”) do usuário - ou ele concorda com a transferência de dados com todas as ressalvas postuladas, ou rejeita o serviço completamente⁵⁴.

Apesar da aparência de adequação, o modelo do *transparency and choice*, na prática, apresenta algumas falhas. Isso porque as informações sobre o tratamento de dados são entregues ao usuário da rede por meio de documentos como os “Termos e Condições de Uso” e “Políticas de Privacidade”. Tratam-se de textos volumosos e detalhados, com disposição em termos técnicos e que circulam na oferta da maioria de serviços *online*, a exemplo das redes sociais. Por essa razão, não se pode aceitar que o usuário apreenda todas as condições às quais seus dados serão submetidos. Aqui, o requisito não poderia ser satisfeito por meios operacionais, devido à falta ou à insuficiência de informações a respeito do tratamento de dados.

Faticamente, os “termos de uso”, “termos de prestação de serviços” e “política de privacidade” são ignorados por usuários, criando o que é chamado de “paradoxo da transparência”. Nesse sentido, o usuário, apesar de ter acesso às informações, em razão da complexidade, extensão e detalhamento dos termos, opta por ignorar as condições a que seus dados estarão submetidos⁵⁵, de modo que aceitar o termo não significa necessária consentimento livre, informado e manifesto, como exigem os dispositivos do PL n. 5276.

O sistema de transparência adotado no Projeto de Lei replica-se no que tange

54 NISSENBAUM, Helen. A Contextual Approach to Privacy Online. *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, v. 140, n. 4, p. 32, 2011. p. 34-35.

55 GEPI - Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, FGV São Paulo. Contribuição ao Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo, p. 4-15, 2015. p. 5-6.

à transferência internacional de dados. Além dos critérios genéricos do consentimento, devem ser explicitados o caráter internacional do fluxo de informações, bem como seus riscos. A Diretiva Europeia 95/46, da mesma forma, adota o modelo do *transparency and choice*, pois, conforme dispõe o artigo 2º, h), o consentimento fica entendido como “qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, pela qual a pessoa em causa aceita quais dados pessoais que lhe dizem respeito serão objeto de tratamento.”. A Diretiva, ainda, em seu artigo 26, admite transferências entre países que não possuem o mesmo nível de proteção adequada, desde que se verifique consentimento inequívoco⁵⁶.

Finalmente, ressalta-se que o tratamento dispensado pelo Projeto de Lei às formas de consentimento deve ser compreendido de acordo com os parâmetros definidos pelo Marco Civil da Internet. O Direito brasileiro segue o princípio pelo qual a lei especial derroga a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*). Sob essa hierarquia, as normas do Marco Civil prevaleceriam em todos os casos envolvendo consentimento na internet, mesmo que haja casos em que o modelo proposto pela Lei de Proteção de Dados seria mais adequado (i.e., temas envolvendo a proteção de dados e o consentimento online).

O parâmetro que embasa o conceito de consentimento dos artigos 7 e 9 e que envolve o controle dos dados pelo usuário por meio da informação, visa reduzir a assimetria de informação e poder econômico entre o consumidor e a entidade que coleta, trata e transfere os dados. O regime estabelecido pelo PL n. 5276 deve ser aplicado também à Transferência Internacional de Dados, especificamente na hipótese do inciso VII, que a autoriza quando com ela o usuário concordar.

Parágrafo único. O nível de proteção de dados do país será avaliado pelo órgão competente, que levará em conta:

I - normas gerais e setoriais da legislação em vigor no país de destino;

II - natureza dos dados;

III - observância dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei;

IV - adoção de medidas de segurança previstas em regulamento; e

V - outras circunstâncias específicas relativas à transferência.

O parágrafo único do artigo 33 também se assemelha com os critérios utilizados na Diretiva 95/46 para avaliação do nível de proteção de um país externo à Área Econômica Europeia. O critério de verificação das normas gerais e setoriais, de natureza dos dados e de adoção medidas de segurança, estão expressos, nos mesmos termos, também no artigo 25, nº 2 da Diretiva.⁵⁷

A nova regulação, GDPR 2016/679, expande o número de critérios para certificação de adequação. Primeiramente, os atores sujeitos à verificação de adequação podem ser países terceiros, seus territórios ou regiões específicas e organizações in-

56 PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, *Diretiva 95/46/CE*, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em 30 de maio de 2016.

57 Diretiva 95/46/EU, artigo 25, nº 2: “A adequação do nível de protecção oferecido por um país terceiro será apreciada em função de todas as circunstâncias que rodeiem a transferência ou o conjunto de transferências de dados; em especial, serão tidas em consideração a natureza dos dados, a finalidade e a duração do tratamento ou tratamentos projectados, os países de origem e de destino final, as regras de direito, gerais ou sectoriais, em vigor no país terceiro em causa, bem como as regras profissionais e as medidas de segurança que são respeitadas nesse país.” Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&qid=1466131624407&from=EN>>. Acessado em: 20/06/2016

ternacionais, conforme o artigo 45, nº1, GDPR. A análise do artigo 45, nº 2, GDPR⁵⁸ é expandida para um conceito que considera qual o real Estado de Direito da localidade para onde se transferem os dados, bem como o grau de respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Além disso, a Comissão Europeia buscará verificar qual a efetiva aplicação das normas protetivas, por meio da análise dos mecanismos judiciários e administrativos disponíveis ao titular dos dados e da análise jurisprudencial local.

As normas relacionadas à segurança pública e defesa nacional, em consonância com o grau de acesso das autoridades públicas a dados pessoais, passam a figurar como critério importante de verificação. Essa recente preocupação provavelmente foi influenciada pelos vazamentos de Edward Snowden sobre a vigilância realizada por diversos órgãos estatais do EUA, principalmente a *National Security Agency*, e de alguns países da Europa⁵⁹. Outra inovação foi a preocupação com que o país terceiro tenha autoridades de fiscalização independentes com meios aptos a efetivar a proteção dos dados pessoais dos titulares e que possam cooperar com as autoridades de controle europeias.

Por fim, serão considerados os compromissos internacionais assumidos pelo país terceiro ou organização internacional, bem como sua participação em sistemas multilaterais e regionais (participação do Brasil na OEA, por exemplo), os quais estão relacionados à proteção de dados pessoais.

A expansão dos critérios de avaliação da União Europeia para um decisão de adequação sobre o nível de proteção de dados pessoais demonstra o quão complexa é tal análise. A magnitude da mudança evidencia como restarão insuficientes os critérios da Diretiva 95/46, na qual se inspira fortemente o parágrafo único do artigo 33 do PL nº 5276.

Art. 34. A autorização referida no inciso IV do caput do art. 33 será concedida quando o responsável pelo tratamento apresentar garantias suficientes de observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular, apresentadas em cláusulas contratuais aprovadas pelo órgão competente para uma transferência específica, em cláusulas contratuais padrão ou em normas corporativas globais, nos termos do regulamento.

§ 1º O órgão competente poderá elaborar cláusulas contratuais padrão ou homologar dispositivos constantes em documentos que fundamentem a transferência internacional de dados, que deverão observar os princípios gerais de proteção de dados e os direitos do titular, garantida a responsabilidade solidária do cedente e do cessionário, independentemente de culpa.

§ 2º Os responsáveis pelo tratamento que fizerem parte de um mesmo grupo econômico ou conglomerado multinacional poderão submeter normas corporativas globais à aprovação do órgão competente, obrigatórias para todas as empresas integrantes do grupo ou conglomerado, a fim de obter permissão para transferências internacionais de dados dentro do grupo ou conglomerado sem necessidade de autorizações específicas, observados os princípios gerais de proteção e os direitos do titular.

§ 3º Na análise de cláusulas contratuais, documentos ou de normas corporativas globais submetidas à aprovação do órgão competente, poderão ser requeridas informações suplementares ou realizadas diligências de verificação quanto às operações de tratamento.

§ 4º As garantias suficientes de observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular referidas no caput serão, também, analisadas de acordo com as medidas técnicas e organizacionais adotadas pelo operador, de acordo com o previsto nos §1º e §2º do artigo 45.

O caput do artigo 34 do PL n.5276 define as hipóteses que necessitam da autor-

58 General Data Protection Regulation 2016/679, artigo 45. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>. Acessado em: 20/06/2016

59 GREENWALD, Glenn. Sem Lugar para se Esconder: Edward Snowden, A Nsa e A Espionagem do Governo Americano. 1ª Edição. Editora Sextante, 28/04/2014. 288 páginas.

ização prévia a que se refere o artigo 33, IV. O critério geral para autorização da transferência internacional de dados pessoais, pelos responsáveis do tratamento, dar-se-á pela conformidade com os “princípios gerais de proteção e os direitos do titular”, expressa por meio de (1) cláusulas contratuais ou (2) normas corporativas globais.

O modelo de autorização prévia do Projeto de Lei assemelha-se com as exceções ao critério da “proteção equivalente” para as transferências internacionais de dados pessoais a terceiros fora da Área Econômica Europeia (*European Economic Area*), estabelecidas no artigo 26, parágrafo 2, da antiga Diretiva 95/46/EU. No modelo europeu, o Estado membro pode autorizar a transferência para um país que não possui um nível equivalente ao de proteção europeia quando o “controlador” garantir a “privacidade, os direitos fundamentais e as liberdades individuais” dos cidadãos objeto de tratamento, enfatizando, no texto legal, como um dos meios para a proteção, as “cláusulas contratuais”.⁶⁰

Ao longo dos anos 2000, a Comissão Europeia adotou adicionalmente o modelo de cláusulas contratuais padrão⁶¹ e regras corporativas vinculantes (*binding corporate rules*)⁶², as quais não estavam previstas no texto da Diretiva 95/46. Em 2016, o *General Data Protection Regulation* (GDPR) 2016/67 foi aprovado pelo Parlamento Europeu, com caráter uniformizador e manteve o mesmo modelo geral do critério da “proteção equivalente” da Diretiva 95/46. Caso o país terceiro, território específico, ou organização internacional, não se adeque ao mesmo nível de proteção europeu, ou ainda não tenha sido analisado sua adequação⁶³, a transferência pode ser realizada com base em outros parâmetros. O recurso às cláusulas contratuais padrão, às cláusulas específicas aprovadas pelos órgãos competentes e às normas corporativas vinculantes (*binding rules*)⁶⁴ foi mantido.

A nova regulação europeia, no artigo 46, chegou a expandir o número de exceções que permitem as transferências internacionais, como nos casos de (1) haver instrumentos juridicamente vinculantes entre as autoridades ou organismos públicos da Europa e o terceiro envolvido na transferência; (2) o responsável pelo tratamento ou pelos subcontratantes no país terceiro adote um código de conduta de caráter vinculativo juridicamente, previamente aprovado; e (3) criação de um procedimento de certificação a ser conferido aos responsáveis pelo tratamento ou pelos subcontratantes que se adequem a determinados critérios. Essa política legislativa parece recorrer a um modelo parcialmente baseado na autonomia das partes, mas sujeito a algumas regras de ordem pública, sempre que autoridades ou organizações têm o poder de interferir com o conteúdo de cláusulas contratuais ou códigos corporativos (e.g. anteriormente à

60 Diretiva 95/46/EU, artigo 26, nº 2: “ 2.Sem prejuízo do nº 1, um Estado-membro pode autorizar uma transferência ou um conjunto de transferências de dados pessoais para um país terceiro que não assegura um nível de protecção adequado na acepção do nº 2 do artigo 25º, desde que o responsável pelo tratamento apresente garantias suficientes de protecção da vida privada e dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas, assim como do exercício dos respectivos direitos; essas garantias podem, designadamente, resultar de cláusulas contratuais adequadas. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&qid=1466131624407&from=EN>>. Acessado em: 17/06/2016

61 Decision 2001/497/EC; Decision 2004/915/EC; e Decision 2010/87/EU.

62 Overview on Binding Corporate Rules. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/binding-corporate-rules/index_en.html>. Acessado em 17/06/2016

63 GDPR 2016/679/EP, artigo 45, nº 1: “Não tendo sido tomada qualquer decisão nos termos do artigo 45º, nº 3, os responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes só podem transferir dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional se tiverem apresentado garantias adequadas, e na condição de os titulares dos dados gozarem de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes.” Disponível em:

<<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>>. Acessado em: 17/06/2016

64 GDPR 2016/679/EP, artigos 46 e 47.

aprovação).

O artigo 34 do PL e seus parágrafos fazem referência a **um órgão competente pela supervisão de dados**, no entanto, **falta ao Projeto qualquer definição a respeito das premissas de sua estrutura e operações, o que pode resultar em incertezas e em menores graus de transparência para grandes stakeholders e, acima de tudo, para usuários de internet**. Também a Corte de Justiça Europeia discutiu, no caso *European Commission v. Austria*⁶⁵, a constituição de órgão independente como componente necessário ao sistema de proteção de dados. Segundo a Corte, para que operem de forma objetiva e imparcial, os órgãos necessitam de orçamento próprio, ainda que se vinculem à estrutura do Estado⁶⁶.

Apesar da importância da atuação independente do órgão, o objetivo não é a sua separação total do Estado, mas sua autonomia, a fim de que sirva ao propósito de uma efetiva proteção aos dados a serem transferidos, resguardados os princípios gerais de proteção, que são delineados no artigo 6º do Projeto de Lei n. 5276. **Se a decisão do legislador brasileiro for a de prosseguir com esse modelo, deve ser feita previamente uma avaliação de oportunidade e de viabilidade. Essa decisão envolve, por exemplo, a opção de criar um órgão ou agência governamental independente com mandatos claros e definidos.**

Na prática contudo, o que se verificou na União Europeia foi que, em muitos casos, autoridades são incapazes de cumprir suas funções por falta de recursos humanos e financiamento⁶⁷. Somada à crescente complexidade de regulações de governança internacional sobre dados, tem-se uma preocupação quanto à efetividade desse sistema vinculado à uma autoridade estatal e ao correto entendimento de indivíduos quanto a normas ou termos. Isso porque, uma vez que muitas transferências de dados requerem o consentimento dos titulares, a falta de clareza e transparência pode dificultar uma efetiva autorização⁶⁸.

§ 1º O órgão competente poderá elaborar cláusulas contratuais padrão ou homologar dispositivos constantes em documentos que fundamentem a transferência internacional de dados, que deverão observar os princípios gerais de proteção de dados e os direitos do titular, garantida a responsabilidade solidária do cedente e do cessionário, independentemente de culpa.

O *caput* do artigo 34 torna evidente a influência do PL n. 5276 pelo modelo europeu. O § 1º delega ao órgão competente a elaboração de cláusulas contratuais padrão, com o intuito de diminuir os custos burocráticos para o setor privado. No mesmo parágrafo incube ao órgão competente a aprovação prévia de cláusulas contratuais específicas para transferências internacionais não abarcadas pelos outros casos da lei.

A afirmação de responsabilidade solidária entre o cedente dos dados e o cessionário, independente de culpa, denota uma salvaguarda contra eventuais tentativas

65 Tribunal de Justiça Europeu, Caso C614/10, *European Commission v. Republic of Austria*, julgamento em 16/10/2012, disponível em: <<https://tinyurl.com/kvt388s>>.

66 BALTHASAR, Alexander. 'Complete Independence' of National Data Protection Supervisory Authorities – Second Try: Comments on the Judgment of the CJEU of 16 October 2012, C-614/10 (*European Commission v. Austria*), with Due Regard to its Previous Judgment of 9 March 2010, C-518/07 (*European Commission v. Germany*).

67 European Union Agency for Fundamental Rights, 'Data Protection in the European Union: the Role of National Data Protection Authorities' (2010), <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Dataprotection_en.pdf>, p. 46

68 KUNER, Christopher. Regulation of transborder data flows under data protection and privacy law: past, present, and future. *TILT Law & Technology Working Paper*, n. 016, 2010.

de se contornar as proteções estabelecidas na legislação brasileira por meio da cessão dos dados a terceiro. Nesse sentido a GDPR 2016/679 apresenta preocupação semelhante e vai além, afirmando no seu artigo 44 que as proteções europeias se estendem a qualquer camada de transferência (*onwards transfers*). Por exemplo, se a empresa A transfere os dados para B em outro país (X), e esta transfere para C situado em país (Y), as proteções europeias seguem responsabilizando A, B e C.

§ 2º Os responsáveis pelo tratamento que fizerem parte de um mesmo grupo econômico ou conglomerado multinacional poderão submeter normas corporativas globais à aprovação do órgão competente, obrigatórias para todas as empresas integrantes do grupo ou conglomerado, a fim de obter permissão para transferências internacionais de dados dentro do grupo ou conglomerado sem necessidade de autorizações específicas, observados os princípios gerais de proteção e os direitos do titular.

O § 2º cria a possibilidade de grupos econômicos e conglomerados submeterem à aprovação **normas corporativas globais**, o que em parte é uma tentativa de se garantir a proteção dos dados pessoais dos indivíduos ao mesmo tempo em que se diminui os custos burocráticos. Isso porque, uma vez aprovadas, as transferências dentro do grupo ocorrem sem necessidade de autorização para cada operação específica.

§ 3º Na análise de cláusulas contratuais, documentos ou de normas corporativas globais submetidas à aprovação do órgão competente, poderão ser requeridas informações suplementares ou realizadas diligências de verificação quanto às operações de tratamento.

O § 3º pode gerar resistência de certos setores econômicos por receio de a fiscalização do órgão competente exigir acesso a dados sensíveis do ente privado, como nos casos de segredo de negócio. O artigo 10, § 4º, da Lei 12.965/2014, pode ser apontado como exemplo de equilíbrio, pois lida com a necessidade de transparência em medidas de segurança adotadas por provedores de serviço de internet, ao mesmo tempo em que exige observância aos direitos de confidencialidade relacionados aos segredos de indústria. Qualquer decisão no âmbito do processo legislativo deve levar em consideração a necessidade de atingir um equilíbrio entre as metas de proteção de dados e a transparência nas medidas de segurança, em especial para evitar qualquer retenção indevida de dados, ou a publicização de segredos de indústria não previstos pela lei estatutária existente.

§ 4º As garantias suficientes de observância dos princípios gerais de proteção e dos direitos do titular referidas no caput serão, também, analisadas de acordo com as medidas técnicas e organizacionais adotadas pelo operador, de acordo com o previsto nos §1º e §2º do artigo 45.

O § 4º afirma que, na análise para autorização de transferência internacional, serão consideradas como critério relevante as medidas técnicas e organizacionais adotadas pelo operador. Como exemplo de medida técnica é possível citar a verificação da existência ou não de determinado tipo de criptografia para os dados. Já como exemplo de medida organizacional aponta-se o modo como o responsável estabelece quais órgãos ou funcionários da empresa têm acesso aos dados.

Art. 35. O cedente e o cessionário respondem solidária e objetivamente pelo tratamento de dados, independentemente do local onde estes se localizem, em qualquer hipótese.

Muito embora não tenha o Projeto de Lei nº 5276/2016 adotado expressamente um princípio geral de responsabilidade (*accountability*), o artigo 35 do texto sob análise do Congresso Nacional brasileiro aparenta ser - juntamente a outros dispositivos e instrumentos previstos - expressão da ideia de "*accountability*" como princípio de proteção dos dados pessoais. Esse princípio recebeu acolhida na recente regulamentação geral europeia referente ao direito de proteção de dados pessoais, o Regulamento 2016/679.

Uma leitura atenta da redação do artigo 35, na verdade, pode gerar certa confusão se considerada a tradição romano-germânica do direito brasileiro, haja vista que as noções de *responsabilidade solidária* e *responsabilidade objetiva* são distintas e tipicamente relativas ao Direito Civil, mais especificamente ao Direito das Obrigações, que tratam dos respectivos institutos jurídicos.

O dispositivo em comento abrange duas abordagens quanto à transmissão de dados pessoais a países estrangeiros: a que se pauta na noção de *accountability* a reger a relação entre os agentes de tratamento de dados pessoais e o titular dos dados; e a que se baseia na responsabilidade civil e na obrigação de ressarcir danos causados.

c. Transferência internacional de dados e o princípio da responsabilidade (*accountability*)

Um dos principais critérios de disciplina da transferência internacional de dados inscritos no Projeto de Lei nº 5276/2016 segue parâmetro geográfico (artigo 33, I). Esse modelo, não obstante fomentar a elevação do nível de proteção legal da privacidade nos países destinatários de informações de caráter pessoal, tem limitações sérias para assegurar efetiva proteção dos dados pessoais por meio do respeito às normas gerais e do cumprimento dos procedimentos previstos. Esses desafios já foram, inclusive, reconhecidos pelo Grupo de Trabalho do Artigo 29 no âmbito do direito comunitário europeu à época em que era orientado pela Diretiva 95/46/CE⁶⁹.

Ao estabelecer que o agente de tratamento de informações pessoais emissor, bem como o receptor, respondem à pessoa titular pelo tratamento de seus dados "*independentemente do local onde estes se localizem, em qualquer hipótese*", formula-se no artigo 35 do projeto de lei critério não geograficamente baseado. Desse modo, não importa onde se encontra a base de dados em que as informações de natureza pessoal estão armazenadas, ou o território em que se desenvolvem as operações de tratamento dos dados pessoais a partir de sua transmissão internacional, ou sequer o marco regulatório ali existente.

Em razão da aplicação do *princípio da responsabilidade (accountability)*, cedente e cessionário respondem pelas operações realizadas com dados pessoais. Por isso, devem adotar as medidas de gerenciamento necessárias para conferir efetividade e aplicação prática às normas de proteção da privacidade, seja internamente em sua estrutura organizacional, seja externamente perante terceiros.

Nesta medida, além de normas que impõem a verificação de *equiparável* nível de proteção de informações pessoais, fundadas num modelo geográfico de regulamen-

69 ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *The future of privacy*: Joint contribution to the Consultation of the European Commission on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data. Bruxelas: [s. n.], 2009. p. 7-8.

tação do fluxo de dados entre fronteiras nacionais, o projeto de lei conjuga regra lastreada no que Christopher Kuner denomina *modelo organizacional*⁷⁰ de transferência internacional de dados pessoais. Nesse contexto, busca-se promover uma responsabilidade organizacional (*organizational accountability*) que é obtida pela criação - pelas entidades que manejam volume de informações cada vez maior - de abrangentes programas de gerenciamento de privacidade. Esses programas devem, de fato, implementar regras de boas práticas⁷¹, códigos de conduta, normas corporativas etc., orientações internas e/ou externas aplicáveis por todo o ciclo de vida da informação objeto de tratamento⁷², independentemente do local ou jurisdição em que esteja.

Por fim, ressalta-se que o instituto da responsabilidade solidária entre cedente e cessionário de transmissão transfronteiriça de dados pessoais torna-se dispensável na medida em que o princípio da responsabilidade que inspira o texto do PL nº 5.276 visa a tornar qualquer agente de tratamento de dados pessoais responsável (*accountable*) pela segurança e proteção para as informações coletadas e utilizadas, independente de que elas se localizam ou não em território brasileiro ou não. Assim, basta a enfática prescrição de que ambos são responsáveis pelo tratamento de dados independente do ponto geográfico em que se encontrem.

d. Ressarcimento de danos no contexto da transmissão transnacional de dados

Desde a década de 1980, notadamente com as *OECD Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* e a Convenção 108 do Conselho da Europa, a transmissão internacional de informações pessoais insere-se em quadro normativo que busca o equilíbrio entre a proteção do direito fundamental à privacidade e o livre tráfego de dados pessoais.

Atualmente, e como se buscou ressaltar no presente *policy paper*, a transferência é compreendida como essencial, intermitente e ubíqua na *digital economy*. Nesta medida, as leis de proteção de dados pessoais, com âmbito nacional ou regional, vigentes mundo afora, não têm por inspiração o propósito de impedir o tratamento de informações – incluindo a transmissão transfronteiriça – relativas a pessoas identificadas ou identificáveis. Na verdade, buscam conferir à pessoa titular o efetivo controle sobre seus próprios dados pessoais ainda que colocados em circulação, tanto em contexto *offline* quanto naquele *online*.

O Projeto de Lei nº 5276/2016 segue essa orientação, de maneira que reconhece e conforma seus parâmetros normativos ao **perfil procedimental do direito à proteção de dados pessoais**, que se expressa no sentido de assegurar ao indivíduo progressivas e pontuais formas de um “controle *in itinere*”⁷³ sobre todo o circuito informativo do dado pessoal. É o que se vê, por exemplo, quando o consentimento livre e inequívoco do titular é exigido como requisito para o legítimo tratamento de dado pessoal

70 KUNER, Christopher. Regulation of transborder data flows under data protection and privacy law: past, present and future. *OECD Digital Economy Papers*, n. 187, OECD Publishing, 2011, passim.

71 Vide o que dispõe o artigo 50 do PL nº 5276/2016.

72 CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP. *Protecting privacy in a world of Big Data: the role of enhanced accountability in creating a sustainable data-driven economy and information society*, 2015. p. 2.

73 MESSINA, Mara. I diritti dell'interessato. In: CARDARELLI, Francesco; SICA, Salvatore; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *Il codice dei dati personali: temi e problemi*. Milão: Giuffrè, 2004. p. 75-76.

(artigo 7º, I), principalmente se considerado informação sensível (artigo 11, I), podendo este ato de vontade também ser, como já visto, hipótese permissiva de transmissão internacional de dados (artigo 33, VII).

Essa moldura revela claramente a prevalência da tutela jurídica *preventiva*⁷⁴ que se pretende atribuir aos titulares das informações divulgadas, coletadas, armazenadas, compartilhadas e transferidas. Isto é, por meio de normas sobre tratamento de dados pessoais e sua transferência internacional, o projeto de lei visa promover a realização de direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana prioritariamente (artigo 1º), ao evitar a ocorrência de danos decorrentes do tratamento de informações⁷⁵. Daí, portanto, se dizer que a tutela *ressarcitória* assume nesta seara papel secundário ou de segunda ordem: a responsabilidade civil só terá lugar quando o instrumental posto à disposição dos titulares não puder obstar o dano causado pelo tratamento de dados pessoais.

É já reconhecido, deve-se salientar, que a transferência internacional de informações de natureza pessoal, em suporte digital ou não, pode ensejar obstáculos à concretização do direito à proteção dos dados pessoais do indivíduo e risco de sua ilícita utilização.⁷⁶ Por isso, apesar do viés preventivo, a responsabilidade civil deve ser considerada um importante instituto para garantir proteção mínima à pessoa humana vítima de danos decorrentes do indevido tratamento de informação.

De acordo com o PL, serão indenizados os danos que eventualmente recaírem sobre o titular dos dados pessoais objeto de transmissão por sujeito exportador localizado no território brasileiro a ente importador situado em outro país⁷⁷. Além disso, é possível que a lesão seja de natureza *patrimonial* ou *extrapatrimonial*, *individual* ou *coletiva*, conforme, aliás, prescreve o artigo 42 do projeto de lei ao disciplinar a responsabilidade civil dos agentes do tratamento de dados pessoais.

Nestes termos, se a transferência internacional de dados for ato que se liga por nexo de causalidade a prejuízos que repercutem no patrimônio da pessoa, serão passíveis de ressarcimento tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes verificados⁷⁸. O mesmo se aplica quando o tratamento efetuado por cedente ou cessionário de informações pessoais for causa de dano moral a titular de dado. Nesse sentido, haverá obrigação de indenizar quando, da transmissão de dados, a pessoa em causa (identificada ou identificável) sofrer violação a alguma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (*e.g.*, direito de imagem, direito à honra, direito à identidade pessoal, direito

74 Essa observação doutrinária foi feita também na Itália após a promulgação das leis gerais de proteção de dados pessoais, tanto a Lei nº 675/1996 como o posterior Dec. Legislativo nº 196/2003 hoje em vigor, que transpuseram a Diretiva 95/46/CE para o direito interno italiano (DI MAJO, Adolfo. Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela. In: CUFFARO, Vincenzo; RICCIUTO, Vincenzo; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (Coords.). *Trattamento dei dati e tutela della persona*. Milão: Giuffrè, 1998, p. 244-245; RESTA, Giorgio. Il diritto alla protezione dei dati personali. In: CARDARELLI, Francesco; SICA, Salvatore; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *Il codice dei dati personali: temi e problemi*. Milão: Giuffrè, 2004, p. 25-26).

75 O artigo 6º, VIII, do PL nº 5276/2016 dispõe sobre o *princípio da prevenção*, “pelo qual devem ser adotadas medidas capazes de prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais”.

76 O Regulamento (EU) 2016/679, no considerando nº 116 ressalta justamente esse ponto: “*When personal data moves across borders outside the Union it may put at increased risk the ability of natural persons to exercise data protection rights in particular to protect themselves from the unlawful use or disclosure of that information [...]*”.

77 Uma transmissão internacional de dados pessoais envolve pelo menos três operações de tratamento: i) a que tornou disponível as informações pessoais ao agente responsável (cedente) – *v. g.*, coleta dos dados; ii) a transmissão dessas informações a país estrangeiro pelo cedente; e iii) o tratamento (*v. g.*, armazenamento em banco de dados) que o receptor dos dados pessoais efetua em seu estabelecimento situado em país estrangeiro (GIMÉNEZ, Alfonso Ortega. *La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita*. Madri: Agencia Española de Protección de Datos, 2015. p. 61).

78 Sobre os danos patrimoniais ou materiais dispõe o artigo 402 do Código Civil brasileiro: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (grifou-se).

à não discriminação)⁷⁹.

Destaca-se que provavelmente os danos extrapatrimoniais serão de maior incidência prática como consequência do tratamento de dados pessoais do que os prejuízos de natureza patrimonial. A razão da afirmação encontra-se não apenas na expansão dos novos danos à pessoa⁸⁰, mas especialmente no fato de que **o direito à proteção dos dados pessoais tem caráter complexo**. Isso significa que a tutela da privacidade se presta a proteger um plexo de interesses jurídicos e não apenas, como outrora, a intimidade. Assim, mais do que assegurar o segredo, a exclusão de certas informações do conhecimento comum (sentido *negativo*), busca-se atribuir à pessoa maior poder para controlar os dados que lhe dizem respeito – principalmente aqueles sobre as convicções políticas e filosóficas, credo religioso, vida sexual, estado de saúde, entre outros – a fim de que suas liberdades não sejam tolhidas pelo fomento ao conformismo e pela discriminação social (sentido *positivo*)⁸¹. Em resumo, os indivíduos têm um papel a desempenhar na escolha se algum tipo específico de dados ainda está sujeito tanto à uma decisão autônoma, quanto à discricionariedade privada.

Por tais razões, uma ineficaz proteção de dados pessoais abre portas para (i) a violação a outros direitos e liberdades fundamentais (PL nº 5276/2016, artigo 1º), como, por exemplo, o direito à identidade pessoal, a liberdade de opinião e expressão e o direito à honra; e (ii) a danos morais provocados devido a lesão à pessoa humana.

Ainda no que tange aos danos ressarcíveis, o artigo 42 do Projeto de Lei brasileiro não ignora os danos de espectro coletivo ou difuso que podem advir da atividade desenvolvida pelos agentes de tratamento de dados pessoais. É importante considerar o massivo e perene fluxo de informações de caráter pessoal via *Web* e as operações realizadas por entes públicos e privados que utilizam avançadas técnicas do *Big Data*. Nesse contexto, se de tratamento(s) realizado(s) por cedente ou cessionário em transferência internacional de informações pessoais sobrevier lesão a interesses individuais homogêneos ou interesses metaindividuais, haverá a possibilidade de judicialização do conflito por meio de ações coletivas, disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) e pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985^{82,83}.

Aspecto de grande relevância sobre a tutela reparatória é a natureza do critério

79 Esta noção de dano moral segue conceituação elaborada pela Prof^a. Maria Celina B. de Moraes. Sobre o assunto v. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 182-192.

80 Cf. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 87-89.

81 RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bolonha: Il Mulino, 1995, p. 101-102; DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141-147.

82 O artigo 22 do PL nº 5276/2016 assim determina: “A defesa dos interesses e direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo individual ou coletivamente, na forma do disposto na Lei no 9.507, de 12 de novembro de 1997, nos arts. 81 e 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e nos demais instrumentos de tutela individual e coletiva”.

83 Encontra-se em tramitação na 23ª Vara Cível e na 9ª Vara Cível da Circunscrição Especial de Brasília/DF ações civis públicas propostas pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito de Informática – IBDI em face do Google, em que se pedem a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em razão de coleta “indiscriminada” de dados dos cidadãos brasileiros, feita pela empresa mediante o Google Street View e o extinto Google Buzz. TJDF, Google/Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática - IBDI, Nº 2015.01.1.000575-6 - Ação Civil Coletiva, decisão de 02/05/2017, disponível em: <<http://bit.ly/2qBGIT8>>; e TJDF, Google/Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática - IBDI, Nº 2013.01.1.096604-4 - Ação Cautelar Preparatória, decisão de 11/04/2013, disponível em: <<http://bit.ly/2oV64iP>>. Em tese, é possível que numa situação como essa tenha ocorrido transferência internacional de dados. Já nos Estados Unidos da América, no recente caso *Mark Siegal v. Snapchat Inc.* uma *class action* foi proposta em face da sociedade empresária titular do aplicativo para celulares *Snapchat*, haja vista que, ao sentir do demandante, a empresa tem coletado ilegalmente dados biométricos de milhões de usuários por meio da tecnologia de reconhecimento facial aplicada às fotos dos usuários, criando e armazenando “modelos de face” (*face templates*), o que seria feito sem observar o *Biometric Information Privacy Act* do Estado de Illinois (TASSIN, Paul. *Snapchat Class Action Says Facial Recognition Technology Illegal*. Disponível em <<https://goo.gl/O4JCG0>>. Acesso em 03.06.2016).

de imputação de responsabilidade por danos dos agentes exportador e importador de informações. Verifica-se que o critério pode ser *subjetivo* ou *objetivo* e fundado na *culpa* ou no *risco*.

O artigo 35 do PL nº 5276/2016, em consonância ao que dispõe no seu artigo 42, faz opção pelo regime de *responsabilidade civil objetiva*, significando isso que a imputação de danos ao agente de tratamento de dados pessoais não é determinada pela falta de diligência, ou desconformidade a um *standard* de conduta, ao realizar operação com informação pessoal. Semelhante escolha fez o legislador espanhol na *Ley Orgánica 15/1999*, que no artigo 19.⁸⁴ prescreveu a responsabilidade independente de culpa dos agentes pela indenização dos danos causados aos titulares dos dados pessoais⁸⁵. Essa opção feita no direito espanhol não reflete de forma direta orientação da Diretiva 95/46/CE, porquanto esta não seguiu direção clara⁸⁶ ao prever no artigo 23:

1. Os Estados-membros estabelecerão que qualquer pessoa que tiver sofrido um prejuízo devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro acto incompatível com as disposições nacionais de execução da presente directiva tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a reparação pelo prejuízo sofrido. 2. O responsável pelo tratamento poderá ser parcial ou totalmente exonerado desta responsabilidade se provar que o facto que causou o dano lhe não é imputável.

A confirmar essa falta de posicionamento indubitável, na transposição da citada Diretiva para o direito interno da Itália – primeiro com a Lei nº 675/1996⁸⁷, depois com o Decreto Legislativo nº 196/2003⁸⁸ – afirmou-se que o sistema ali adotado foi o da *responsabilidade pressuposta*⁸⁹ ou *responsabilidade semi-objetiva*⁹⁰, que muito se aproxima da ideia de responsabilidade por culpa presumida. Essa modalidade inverte o ônus probatório e admite a exclusão da responsabilidade se o agente demonstrar a adoção de todas as medidas idôneas a fim de evitar o dano.

A nova regulamentação geral europeia da proteção de dados de caráter pessoal, que toma lugar com o Regulamento 2016/679, não parece ter se afastado da anterior Diretiva de 1995, eis que o texto normativo adotou redação praticamente idêntica conforme se vê a partir da leitura do artigo 82, que trata do *right to compensation and liability*⁹¹.

84 ESPANHA, *Ley Orgánica 15/1999*, 1999. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>>. Acesso em 20 de junho de 2016. “Artículo 19. Derecho a indemnización. 1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados. [...]”.

85 GIMÉNEZ, Alfonso Ortega. *La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, 2015. p. 61-62. Muito embora seja do parecer de que o regime é de responsabilidade objetiva, o autor ressalta que trata-se de responsabilidade civil extracontratual.

86 Id., *ibid.*, p. 62.

87 ITÁLIA. *Legge 675/1996*, 1996. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>>. Acesso em 20 de junho de 2016. O regime de responsabilidade civil era delineado pelos arts. 18, 9º e 29.

88 ITÁLIA. Decreto Legislativo n. 196, de 2003. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03196dl.html>>. Acesso em 20 de junho de 2016. Consolida-se no artigo 15, com remissão feita ao artigo 2050 do *Codice Civile*, norma sobre a tutela reparatória.

89 DI CIOMMO, Francesco. Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali. In: PONZANELLI, Giulio (Coord.). *Il “nuovo” danno non patrimoniale*. Pádua: CEDAM, 2004. p. 261-263.

90 SICA, Salvatore. Le tutele civili. In: CARDARELLI, Francesco; SICA, Salvatore; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *Il codice dei dati personali: temi e problemi*. Milão: Giuffrè, 2004. p. 553.

91 “Article 82. Right to compensation and liability. 1. Any person who has suffered material or non-material damage as a result of an infringement of this Regulation shall have the right to receive compensation from the controller or processor for the damage suffered. 2. Any controller involved in processing shall be liable for the damage caused by processing which infringes this Regulation. A processor shall be liable for the damage caused by processing only where it has not complied with obligations of this Regulation specifically directed to processors or where it has acted outside or contrary to lawful instructions of the controller. 3. A controller or processor shall be exempt from liability under paragraph 2 if it proves that it is not in any way responsible for the event giving rise to the damage.

Sendo, porém, confirmada no Brasil a opção pelo regime de responsabilidade objetiva no terreno da atividade de tratamento de dados pessoais, como atualmente se apresenta no PL nº 5276/2016, a responsabilização por danos decorrentes de ilícita transferência internacional de informações pessoais haverá de ser, em grande medida, uma discussão sobre causalidade, é dizer, se o indevido tratamento de dados é necessária causa dos danos sofridos pela pessoa.

Se o debate for travado judicialmente, será possível exigir do agente de tratamento de dados pessoais a inequívoca comprovação de excludente de responsabilidade: só assim se afastará o reconhecimento da obrigação de indenizar, porquanto admissível é a distribuição dinâmica do ônus da prova a fim de evitar que o titular de dados tenha que se desincumbir de prova diabólica, ou seja, impossível (Código de Processo Civil, artigo 373, § 1º⁹²; PL nº 5276/2016, artigo 42, parágrafo único).

As excludentes de responsabilidade alegáveis pelo cedente ou cessionário das informações são, nomeadamente, *fato exclusivo da vítima ou de terceiro*, e *caso fortuito ou de força maior*. Quanto ao fato de terceiro deve-se ter em conta que terceiro é alguém que não possui vínculos com os agentes de tratamento de dados pessoais⁹³. Nesse sentido, se a transmissão de informações de natureza pessoal para país estrangeiro tiver ensejo com ato de sujeito integrante do quadro organizacional de determinado ente, fato de terceiro não existe, ainda que o ato praticado não seja da atribuição ou competência do autor da ilícita transferência. Por sua vez, caso fortuito ou de força maior como hipótese interruptiva do nexo de causalidade têm as marcas da *imprevisibilidade* e da *inevitabilidade*. Se o fato não tiver essas características, a excludente de responsabilidade não se configura.

Se, de toda sorte, houver dano ressarcível imputado ao emissor e/ou ao receptor de dados pessoais em fluxo transnacional, o adimplemento da obrigação de indenizar que então surge pode ser exigida de um e/ou outros agente de tratamento de dados pessoais, em razão *responsabilidade solidária*. Nesses casos, aplica-se o regime das obrigações solidárias positivado nos arts. 275 a 285 do Código Civil brasileiro. A dicção do artigo 44 do projeto de lei é expressa neste sentido⁹⁴.

3. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

A análise do Capítulo V do Projeto de Lei nº 5.276/2016 permite verificar a influência do modelo europeu de proteção de dados sobre a futura disciplina normativa da transferência internacional de dados no Brasil. A esse sistema modelo geográfico de proteção, contudo, opõem-se algumas críticas, que podem ser superadas, alternativamente, pelo chamado **modelo organizacional**.

Diferentemente do modelo europeu, que adota critérios geográficos centrados na figura do Estado como garantidor de proteção, a alternativa do modelo organizacio-

[...]

92 BRASIL. Lei nº 13.105, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 de junho de 2016.

93 Cf. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014, p. 157.

94 BRASIL. Lei 10.406, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 20 de junho de 2016. “Art. 44. Nos casos que envolvem a transferência de dados pessoais, o cessionário ficará sujeito às mesmas obrigações legais e regulamentares do cedente, com quem terá responsabilidade solidária pelos danos eventualmente causados”.

nal coloca os deveres de diligência para com os dados nas mãos das empresas que os coletam, transferem e tratam. Existem diversas razões, elencadas a seguir, para que este modelo seja preferível ao geográfico; ou para que haja uma hibridização dos dois, resultando em um modelo *sui generis*.

O modelo europeu adota um critério essencialmente geográfico para definir as situações em que a transferência internacional de dados é permitida ou não. Em um mundo cada vez mais globalizado, regulações baseadas em critérios territoriais se revelam problemáticas e obsoletas, na medida em que a geografia passa a importar cada vez menos no âmbito da tecnologia e dos negócios. O modelo organizacional é capaz de transcender as fronteiras dos Estados, fazendo com que o nível de proteção dos dados os acompanhe por onde forem, uma vez que os deveres de diligência são atribuídos à entidade que os coleta e não ao Estado para onde serão transferidos os dados.

O **modelo organizacional** seria compatível com o disposto no artigo 11 do Marco Civil da Internet que demanda a aplicação da lei brasileira aos dados coletados no Brasil, e não resultaria em problemas jurisdicionais pelo fato de os dados terem sido transferidos para outras jurisdições.

Um dos problemas de se atribuir o dever de diligência da proteção de dados transferidos aos Estados é a baixa eficácia das normas de proteção. A experiência europeia demonstrou que as autoridades responsáveis por fiscalizar a proteção de dados em cada país europeu sofrem com falta de recursos. Isso resulta em lentidão e ineficácia na proteção dos dados até mesmo de seus nacionais, com diversas atividades de tratamento de dados alheias às autoridades fiscalizadoras.

As Autoridades de Proteção de Dados (DPAs) europeias são consideradas, em geral, onerosas e ineficientes. Desse modo, resta impactada sua capacidade de fazer cumprir as regras de proteção de dados nacionais. Assim, a ideia de que os dados pessoais de usuários brasileiros estariam apropriadamente protegidos apenas por terem sido transferidos para países onde a legislação lhes confere satisfatório grau de proteção é equivocada. Além disso, seus benefícios pretendidos não compensam, na prática, os custos econômicos advindos da burocracia envolvida.

O legislador deve levar em consideração, ainda, a estrutura do Estado brasileiro, já significativamente burocrática e ineficiente, e sua capacidade para atender as demandas de autorização de transferência internacional de modo a não significarem um entrave às atividades econômicas envolvidas.

O modelo organizacional que recomendamos tenta contornar esses problemas obrigando as entidades exportadoras a manterem uma proteção contínua de dados pessoais transferidos para outras organizações independentemente de sua localização geográfica. Essa proteção realizar-se-ia por meio da obrigatoriedade de cláusulas contratuais entre exportador e importador de dados, bem como da responsabilidade solidária entre eles. Atualmente, o projeto de Lei encaminhado ao Congresso abarca essa possibilidade em seus artigos 34 e 35. Entretanto, ainda mantém o centro do modelo de proteção em torno de autorizações prévias por parte da autoridade competente. Entendemos que esse ponto é problemático e burocrático, e que um modelo híbrido, que propicie maior liberdade e signifique menores entraves, deve ser adotado para alcançar o equilíbrio entre eficiência e proteção.

Por essas razões, propomos que as transferências internacionais de dados para

países cujo grau de proteção de dados ainda não tenha sido avaliado ou não seja considerado equivalente ao brasileiro devam ser liberadas *a priori*, observadas as seguintes condições:

- As entidades exportadoras se comprometam a adotar medidas de proteção adequadas tanto em suas próprias operações de transferência internacional quanto naquelas envolvendo outras entidades estrangeiras;
- Os contratos de transferência internacional com importadores localizados em jurisdições sem nível de proteção equivalente ao brasileiro contenham cláusulas de diligência na proteção dos dados pessoais que atendam às exigências da lei brasileira;
- Que os contratos de transferência internacional com importadores localizados em jurisdições sem nível equivalente ao brasileiro contenham cláusulas que permitam à entidade exportadora, eventualmente responsabilizada por uma violação cometida pela importadora, dela cobrar regresso.

A partir desse arranjo, seria obrigação das autoridades brasileiras de proteção de dados a fiscalização contínua e posterior dos contratos das entidades exportadoras como forma de garantir que cumprem as exigências da lei brasileira. Esse modelo *ex post* de fiscalização já é operacionalizado no Brasil no que tange à cobrança de tributos. Por exemplo, um município deve fiscalizar prestações de serviço para conferir se recolheram o ISS (Imposto sobre Serviços), mas não tem capacidade de verificar a integridade de todos os possíveis contribuintes. Essa limitação não se torna, entretanto, entrave para a realização de novos negócios.

4. REFERÊNCIAS

a. Livros e Artigos

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. *The future of privacy: Joint contribution to the Consultation of the European Commission on the legal framework for the fundamental right to protection of personal data*. Bruxelas: [s. n.], 2009. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2009/wp168_en.pdf>. Acesso em 16/06/2016.

_____. *Opinion 3/2010 on the principle of accountability*. Bruxelas: [s. n.], 2009, p. 7. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp173_en.pdf>. Acesso em 10/06/2016.

BLAS, Frédéric. Transferencias internacionales de datos, perspectiva española de la necesaria búsqueda de estándares globales. *Rev. Derecho del Estado*, v. 23, p. 37, 2009.

CARDARELLI, Francesco; SICA, Salvatore; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *"Il codice dei dati personali: temi e problemi"*. Milão: Giuffrè, 2004.

CENTRE FOR INFORMATION POLICY LEADERSHIP. *Protecting privacy in a world of Big Data: the role of enhanced accountability in creating a sustainable data-driven economy and information society*, 2015. Disponível em <https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/protecting_privacy_in_a_world_of_big_data_paper_1>

[the_role_of_enhanced_accountability_21_october_2015.pdf](#)>. Acesso em 11/06/2016.

CERDA SILVA, Alberto. "El 'nivel adecuado de protección' para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea." *Revista de derecho (Valparaíso)*, n. 36, p. 327-356, 2011.

COMISSÃO EUROPEIA, *Transatlantic Data Flows: Restoring Trust through Strong Safeguards*, 117 final, Brussels, 29 February 2016, Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-433_en.htm>. Acesso em 15 de junho de 2016.

CUFFARO, Vincenzo; RICCIUTO, Vincenzo; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo (Coords.). *Trattamento dei dati e tutela della persona*. Milão: Giuffrè, 1998.

DI CIOMMO, Francesco. "Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali." In: PONZANELLI, Giulio (Coord.). *Il "nuovo" danno non patrimoniale*. Pádua: CEDAM, 2004. p. 255-281.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Data Protection in the European Union: the Role of National Data Protection Authorities* (2010), <http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Dataprotection_en.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2016.

GEPI - Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação, FGV São Paulo. *Contribuição ao Anteprojeto de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo, p. 4-15, 2015.

GIMÉNEZ, Alfonso Ortega. *La (des)protección del titular del derecho a la protección de datos derivada de una transferencia internacional ilícita*. Madri: Agencia Española de Protección de Datos, 2015.

KUNER, Christopher. "Data protection law and international jurisdiction on the Internet (part 1)". *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 18. n. 2, p. 176 - 193, 2010.

_____. "Data protection law and international jurisdiction on the Internet (part 2)". *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 18. n. 3, p. 227 - 247, 2010.

_____. "Extraterritoriality and regulation of international data transfers in EU data protection law." *International Data Privacy Law*, v. 5, n. 4, p. 235-245, 2015.

_____. "Regulation of transborder data flows under data protection and privacy law: past, present and future." *OECD Digital Economy Papers*, n. 187, OECD Publishing, 2011. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/5kg0s2fk315f-en>>. Acesso em 20/05/2016.

_____. "The European Union and the Search for an International Data Protection Framework", in *Groningen Journal of International Law* vol. 2, n. 2, 2014, p. 55-71.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORGADO, Laerte Ferreira. *O cenário internacional de proteção de dados pessoais*. Ne-

cessitamos de um Código Brasileiro? Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6336>. Acesso em 30 de maio de 2016.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SVANTESSON, Dan Jerker B. "The regulation of cross-border data flows." *International Data Privacy Law*, p. 180 - 198, 2011.

WEBER, Rolf H. "Transborder data transfers: concepts, regulatory approaches and new legislative initiatives." *International Data Privacy Law*, p. 117 - 130, 2013.

NISSENBAUM, Helen. "A Contextual Approach to Privacy Online." *Daedalus, the Journal of the American Academy of Arts & Sciences*, v. 140, n. 4, p. 32 - 27, 2011.

REINALDO FILHO, Demócrito. *A Diretiva Europeia sobre Proteção de Dados Pessoais - uma Análise de seus Aspectos Gerais*. Disponível: <http://www.lex.com.br/doutrina_24316822_A_DIRETIVA_EUROPEIA_SOBRE_PROTECAO_DE_DADOS_PESSOAIS_UMA_ANALISE_DE_SEUS_ASPECTOS_GERAIS.aspx>. Acesso em 30 de maio de 2016.

b. Documentos e casos

ALEMANHA. Federal Data Protection Act, de 14 de janeiro de 2003. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsrg/federal_data_protection_act.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2016.

ARGENTINA, *Decreto n. 1558/2001*, de 29 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/70368/norma.htm>>. Acesso em 30 de maio de 2016.

_____. *Lei n. 25.326*, de 30 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>>. Acesso em 30 de maio de 2016.

BRASIL, *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 de junho de 2016.

_____, *Lei n. 12965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 21 de maio de 2016.

_____. *Decreto n. 5.015*, de 12 de março de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em 15 de junho de 2015.

_____. *Decreto n. 5.687*, de 31 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em 16 de junho de 2016.

_____. *Lei n. 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 20 de junho de 2016.

_____. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 de junho de 2016.

CHILE, *Lei n. 19.496*, de 28 de janeiro de 1997. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>>. Acesso em 30 de maio de 2016.

COLOMBIA. *Ley Estatutaria n. 1.581*, de 17 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=49981>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

DECISÃO DA COMISSÃO de 30 de Junho de 2003 nos termos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais na Argentina. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003D0490&from=PT>>. Acesso em 30 de maio de 2016.

ESPAÑA, *Ley Orgánica 15/1999*, de 14 de dezembro de 1999. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-23750>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

EUA, *Judicial Redress Act*, de 18 de março de 2015. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/1428>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

EUA-UE, *Umbrella Agreement*, de 08 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5612_en.htm>. Acesso em 15 de junho de 2016.

FRANÇA. *Loi Fédérale sur la Protection des Données*, de 19 de junho de 1992. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/201401010000/235.1.pdf>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

IRLANDA. *Data Protection Act*, 2003. Disponível em: <<https://dataprotection.ie/viewdoc.asp?DocID=1467&ad=1>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

ITÁLIA. *Decreto Legislativo n. 196*, de 29 de julho de 2003. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03196dl.htm>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

_____. *Legge 675/1996*, de 31 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>>. Acesso em 20 de junho de 2016.

ONU, *Declaração de Salvador sobre as Estratégias Abrangentes para os Desafios Globais: Prevenção de Crime e Sistemas de Justiça Criminal e seu Desenvolvimento num Mundo em Mudança*. 2010. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/crime-congress/12th-Crime-Congress/Documents/In-session/ACONF.213L6_Rev.2/V10529061A_CONF213_L6_REV2_S.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2016.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, 2000. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>>. Acesso em 16 de junho de 2016.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*, 2000. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/marco-legal.html>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO, *Diretiva 2016/680*, de 27 de abril de 2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pes-

soais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, e à livre circulação desses dados, e que revoga a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

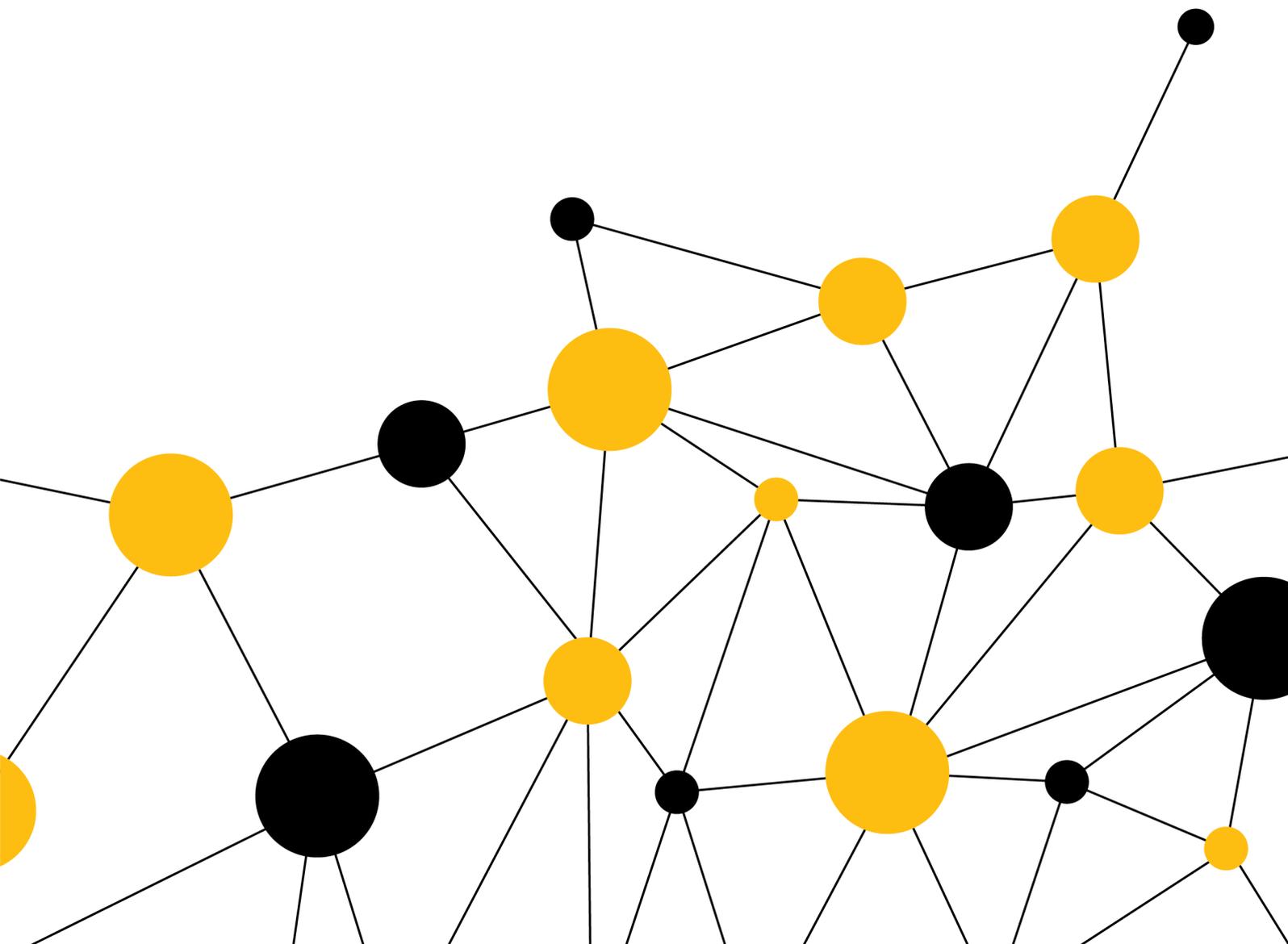
_____, *Diretiva 95/46/CE*, de 24 de Outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em 30 de maio de 2016.

SUIÇA. *Loi fédérale sur la protection des données*, de 19 de junho de 1992. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920153/201401010000/235.1.pdf>>. Acesso em 16 de junho de 2016.

URUGUAI. *Ley 18.331 (Protección de datos personales y acción de 'habeas data')*, de 11 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.agesic.gub.uy/innovaportal/v/302/1/agesic/ley-n%C2%B0-18331-de-11-de-agosto-de-2008.html>>. Acesso em 16 de junho de 2016.

JURISDIÇÃO E CONFLITOS DE LEI NA ERA DIGITAL

QUADRO POLÍTICO-NORMATIVO DE REGULAÇÃO
NA INTERNET



JURISDIÇÃO E CONFLITOS DE LEI NA ERA DIGITAL

QUADRO POLÍTICO-NORMATIVO DE REGULAÇÃO NA INTERNET

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS¹

Em 2016, mais de 3 bilhões de pessoas, isto é, quase metade da população mundial, já possuem acesso à internet, que se tornou um mecanismo indispensável na vida cotidiana.² Com o rápido desenvolvimento em poucas décadas, as conexões online continuam a aumentar conforme mais pessoas são integradas às tecnologias 2G/3G/4G e banda larga, que integram suas vidas pessoais e profissionais.

A tecnologia transpõe-se também para as relações jurídicas em escala transnacional. Observa-se um aumento de litígios transfronteiriços envolvendo a internet e de novos desafios ao Direito, em especial ao Direito Internacional Privado, área dedicada a questões relativas à determinação da lei aplicável, jurisdição e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Em uma realidade interconectada, esses desafios não podem ser ignorados.

Este artigo objetiva identificar os quadros políticos-normativos existentes em matéria de jurisdição e lei aplicável a litígios privados, tendo como ênfase especificamente as relações jurídicas emergentes da internet, caracterizadas por elementos de internacionalidade e multiterritorialidade. Como contraponto de análise, os autores consideram universos normativos de maior importância, por evolução temática e posição geográfica: Europa e Américas. Do ponto de vista de uma metodologia analítica, são examinados os contornos do marco jurídico incluindo legislação material e processual, aplicado ao ambiente de litigiosidade na internet. Especificamente em relação a questões do **direito internacional privado**, a análise concentra-se nas questões referentes à **jurisdição** (quais tribunais acionar?) e **direito aplicável** (que lei aplicar às relações jurídicas pluriconectadas?), deixando reconhecimento e execução de decisões judiciais estrangeiras, para outro número de estudo.

Quais podem ser os resultados aplicativos da presente análise? Primeiramente, explorar os sistemas jurídicos existentes, em suas distintas tradições e condicionantes, para verificar de que forma normas de direito internacional privado se relacionam a eventos e fatos sociais da internet com repercussão transnacional. Em segundo lugar, no sentido de identificar regras existentes e promover sugestões de conciliação entre soluções apresentadas pelo Direito Internacional Privado e novos contextos da internet, particularmente no que diz respeito às formas de *digital due process* em litígios privados transfronteiriços. Para fins deste trabalho, '**digital due process**' compreende uma con-

1 Trabalho de pesquisa elaborado sob a coordenação de Fabrício B. Pasquot Polido e Lucas Costa dos Anjos, do Instituto de Referência em Internet e Sociedade-IRIS e do Grupo de Estudos Internacionais de Internet, Inovação e Propriedade Intelectual-GNET, da Universidade Federal de Minas Gerais. Contribuíram como assistentes de pesquisa os membros Laila Damascena Antunes, Matheus Rosa, Bruno de Oliveira Biazatti, Pedro Vilela e Odélio Porto.

2 INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. ITU ICT Facts and Figures 2016. p. 4. Disponível em: <<https://goo.gl/qLnYAe>>. Acesso em: 11/01/2017.

stelação de transformações das regras jurídicas para garantia de devido processo legal na adjudicação de conflitos originados por meio da comunicação eletrônica e sistemas de informação.³

Outro conceito central ao desenvolvimento deste artigo é o fenômeno da **transnacionalidade de litígios**. A Internet se revela como plataforma de transações não delimitadas pelas fronteiras estatais. A junção desses temas está ainda em franco desenvolvimento e encontra escasso suporte na literatura, mas é notável que os estudos sobre o “devido processo transnacional” são essenciais ao avanço dos estudos jurídicos sobre a internet.

A pesquisa aqui desenvolvida também lança a discussão sobre o potencial desenvolvimento de um **Índice de Transnacionalidade de Litígios de internet**, que facilitaria a identificação dos perfis contenciosos, da incidência das disputas nas redes e das principais características das relações jurídicas subjacentes a litígios submetidos a tribunais judiciais estatais, especializados ou não.⁴ No caso brasileiro, essa preocupação deve ser levada em consideração. Destaca-se que todo o tema presentemente abordado está em profusão e rápido desenvolvimento, motivo pelo qual existem poucos trabalhos dedicados a sua compreensão. No entanto, compreende-se que a análise dos dados de litígios transnacionais pode levar a melhor entendimento sua natureza, efeitos sociais e econômicos e desafios regulatórios setoriais.

2. INTERNET: NOVOS DESAFIOS PARA O DIREITO

Durante a década de 1960, o governo dos Estados Unidos da América, com o objetivo de descentralizar o armazenamento de informações militares, a fim de protegê-las de possíveis ataques soviéticos, desenvolveu um sistema conhecido como ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*).⁵ No Reino Unido, cientistas britânicos desenvolveram uma rede comercial virtual, conhecida com NPL (*National Physical Laboratory Network*), que tinha o objetivo de comutar pacotes de dados, para que os mesmos fossem transportados com maior rapidez. Já na França, engenheiros desenvolveram uma rede científica chamada CYCLADES, que tinha como função estabelecer conexões diretas dentro do país.⁶

ARPANET, CYCLADES e NPL são consideradas redes virtuais precursoras da internet. Na década de 1970, estas começaram a ser desenvolvidas, seja pelo exércitos do país em que foram criadas, seja por cientistas em universidades de todo o mundo, dando origem, em aproximadamente duas décadas, à rede virtual atual.

A partir da década de 1990, a internet começou a fazer parte da realidade de milhares de pessoas e empresas em todo o mundo. Inicialmente utilizada como meio

3 Ressalta-se que não se trata de conceito formado e pacificado, mas em ampla discussão e desenvolvimento, motivo pelo qual ainda pode ser melhor delineado em um artigo formativo.

4 O estudo não se concentra na análise de produtos e serviços associados a mecanismos extrajudiciais de solução de litígios de internet a partir do recurso à arbitragem, mediação ou conciliação e comitê de peritos, como poderiam sugerir, por exemplo, as atividades do Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.- OMPI-. Contudo, para fins de determinação de possíveis variáveis analíticas de um Índice de Transnacionalidade de Litígios de Internet, eles devem ser considerados.

5 GUZMAN, Julio Cesar Lopez. Jurisdicción Personal en la Internet: Aplicación de la teoría de los contactos mínimos a la Internet. *Revista de Derecho Puertorriqueno*, v. 37, p. 483, 1998. Disponível em: <<https://goo.gl/JbmM6L>>. Acesso em: 12/01/2017.

6 Kurzgesagt – In a Nutshell. Who Invented the Internet? And Why? Youtube. Disponível em: <<https://goo.gl/FbpX9Z>>. Acesso em: 19/01/2017.

de comunicação entre professores universitários, internet hoje apresenta inúmeras aplicações, como acesso à informação, comércio, educação, entretenimento e meios de trabalho. Responsável também por gerar empregos e fomentar o crescimento de países e regiões, a internet também apresenta inúmeros desafios para diversos ramos do Direito, como por exemplo o direito empresarial o direito tributário, o direito civil e o direito do trabalho. As relações jurídicas travadas pela internet entre indivíduos, empresas, organizações e estados tendem a suscitar questões que escapam às noções formais de soberania e território. Bens, serviços, tecnologias e informações cruzam fronteiras pela simples articulação entre conexão, transmissão e recepção de dados - atos ou condutas que hoje fazem parte da rotina, da vida internacional da pessoa na era digital.

Um provedor de aplicação, como uma rede de relacionamento social, pode ter sua sede ou estabelecimento comercial na Califórnia, armazenar arquivos em *data centers* na Finlândia e contar com uma base de usuários em todo o mundo. Todavia, caso um usuário brasileiro, por exemplo, sinta-se prejudicado por atos praticados ou ocorridos dentro dessa rede social, poderá ele recorrer aos tribunais de seu país para ajuizar uma ação de reparação de danos? Terá que recorrer ao poder judiciário do país onde está sediada a empresa provedora/ofertante da aplicação da rede social? Ou ainda aos tribunais do país em que estão os *datas centers*? Definir a jurisdição competente para resolver litígios na internet representa um dos principais desafios para estudiosos de uma área de interface entre o Direito Internacional Privado e o Direito de Internet.⁷

A tradição jurídica para delimitação de regras de jurisdição - como componente do direito processual internacional - tem marcada conexão geográfica. A jurisdição continua sendo, afinal, um aspecto central da soberania do Estado, pois ela consiste no exercício do poder de modificar, criar ou extinguir relações e obrigações jurídicas entre as pessoas que de alguma forma se encontram sujeitas a esse Estado.⁸ Com o advento da internet, dúvidas surgiram se essas características clássicas da jurisdição estatal podem ser conciliadas com as peculiaridades do espaço digital. Para decidir em qual país e em qual tribunal julgar determinado caso, atenta-se para fatores determinados pela localização física do autor, do réu, dos bens, da prestação do serviço, etc.

Historicamente, duas vertentes tomaram o debate sobre as novas (ou a ausência de) fronteiras estabelecidas pela internet. De um lado, juristas argumentam que a simples transposição das regras legais tradicionais para os conflitos online bastaria para a resolução de conflitos. De outro, aqueles que acreditavam no fim de fronteiras e na revolução de todos os pilares da sociedade defendiam que os litígios advindos da internet demandariam normas jurídicas inéditas e exclusivas.⁹

7 Nas palavras de Alexandre Libório Dias Pereira, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: “O problema da jurisdição na internet é certamente um dos mais complexos e delicados temas do chamado direito cibernético. Com efeito, a natureza ubiqüitária da internet dificulta a determinação prática dos critérios de conexão em matéria de competência internacional dos tribunais. Em virtude da dimensão internacional do comércio electrónico fala-se, com propriedade, da natureza “multi-jurisdiccional” da Internet, que estaria associada a uma ideia de “Fórum Shopping” ou de jurisdição virtual no ciberespaço.” Cf. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A jurisdição na internet segundo o regulamento 442001. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 639-640, 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/0eTAwi>>. Acesso em: 13/12/2016.

8 MENTHE, Darrel. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces, Michigan Telecommunications and Technology Law Review, vol.4, no.1, 1998, 69-103, p.71; SHAW, Malcolm. International Law, 6 ed., New York: Cambridge University Press, 2008, p.645.

9 Ver, por exemplo, EASTERBROOK, Frank H. Cyberspace and the Law of the Horse. University of Chicago Legal Forum, v. 1996, p. 207-216, 1996. Disponível em: <<https://goo.gl/r0CtSI>>. Acesso em: 18/01/2017; LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach. Harvard Law Review, v. 113, n. 2, p. 501-549, 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342331>>. Acesso em: 19/01/2017; e JOHNSON, David R. e POST, David G. Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace. Stanford Law Review, v. 48, p. 1367-1402, 1996. Disponível em: <<https://goo.gl/7l4Zl9>>. Acesso em: 19/01/2017.

Posteriormente, formou-se ainda uma terceira vertente, mais radical que as duas anteriores.¹⁰ Segundo essa vertente, o Direito e o Estado não teriam papel ou influência no ciberespaço, sendo que este seria regulado pelo código por meio do qual foi programado. Para os que defendem ou acreditam nessa vertente, as mudanças do mundo digital são demasiado rápidas para o Direito, devendo este ficar alheio ao espaço virtual.

É comum se referir à internet como uma rede descentralizada e anônima, o que tornaria a identificação de usuários muitas vezes impossível, dado que são representados, por exemplo, por endereços de IP (*internet protocol*) ou e-mail. Essas características lógicas do funcionamento da internet contrastam com métodos de identificação e de localização tradicionais, como domicílio, residência habitual ou mesmo nacionalidade. Ao contrário das formas tradicionais de contratos, em que as partes se encontram em determinado local, ou se comunicam por correio físico, nas transações online frequentemente não se conhece a identidade ou a localização dos envolvidos. Tecnologias de geolocalização, no entanto, diminuem a influência dessa variação de identificação. Com a sofisticação de ferramentas eletrônicas e também em decorrência de obrigações estabelecidas pela lei do foro (*lex fori*) legais locais, é possível determinar a localização de um computador ou servidor, e, muitas vezes, até do próprio responsável pela conexão com a internet. Esse processo, contudo, é muito mais sofisticado do que aquele acessível ao usuário comum.

Mais ainda, com a difusão da internet, expandem-se o volume de dados disponíveis e as questões sobre a segurança de armazenamento, envio e retenção desses dados. Popularmente conhecido como *big data*, o enorme conjunto de dados disponíveis (livres, armazenados ou exploráveis por meio de ordens judiciais) pode estar submetido ao tratamento probatório no curso do processo civil transnacional. E sobre ele incide também o devido processo legal à medida que apresenta novas formas de prova ao Direito. Isto é, com a tecnologia, torna-se possível extrair informações de e-mails, de torres de sinal de telefonia celular, de câmeras de segurança, entre outros. A acessibilidade dessas informações e sua validade perante uma ação judicial são alvo de grande discussão, visto que a atividade online integra os padrões sociais e altera as regras jurídicas, que devem se atualizar para garantir a proteção dos direitos individuais e coletivos.¹¹

Não há, pelo que se sabe, pesquisas que reúnem dados e apontem a incidência dessas novas tecnologias em litígios transfronteiriços de internet. Tampouco se verifica a existência de uma base de dados que elenque as regras aplicáveis aos conflitos digitais ao redor do mundo. O que se percebe, afinal, é a criação dispersa - e muitas vezes não criteriosa - de novas regras aplicáveis aos conflitos online. Todavia, é possível também averiguar a manutenção das regras tradicionais ou "offline", adaptadas ao novo cenário.

10 "À semelhança do big-bang, a internet formou-se caoticamente. Perante um estado de aparente anarquia em linha, os tecnólogos reivindicaram para si a soberania do ciberespaço com promessas de uma teia comunicativa livre de direito. A internet seria um verdadeiro "woodstock electrónico", no qual tudo seria livremente partilhável. Os eventuais problemas seriam resolvidos segundo a máxima clarkiana "a resposta para a máquina está na máquina", tendo em conta a segurança oferecida pelas tecnologias criptográficas. Os juristas não teriam lugar num tal mundo, desde logo por lhes faltar a competência: a internet não seria regida pela lei dos Estados mas antes pelos códigos dos informáticos. Na internet não existiria Estado com poder normalizador capaz de impor aos seus súbditos as suas leis através dos seus órgãos judiciários." PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A jurisdição na internet segundo o regulamento 44/2001. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2001, p: 643. Disponível em: <<https://goo.gl/K5JbPM>>. Acesso em: 13/12/2016.

11 Ver BAGBY, John W e RUHNKA, John C. Electronic Data Discovery: Integrating Due Process into Cyber Forensic Practice. Journal of Digital Forensics, Security and Law, v. 1, n. 1, p. 5-23, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/CtVID8>>. Acesso em: 22/01/2017; FAIRFIELD, Joshua e LUNA, Erik. Digital Innocence. Cornell Law Review, v. 99, p. 981-1076, Jul 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/V39Sk1>>. Acesso em: 22/01/2017; GARRETT, Brandon L. Big Data and Due Process. Cornell Law Review Online, v. 99, p. 101-110, Ago 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/ZReMNS>>. Acesso em: 22/01/2017.

Quando se trata de jurisdição, as legislações nacionais e internacionais encontram em seus preceitos fundamentais e regras gerais os caminhos para a adjudicação da internet. Afinal, a questão de jurisdição não é nova para o Direito, sendo caracteristicamente primeira nos ordenamentos jurídicos, vez que estabelece e delimita poderes.

Além da jurisdição competente, definir qual a lei aplicável ao caso concreto também representa um desafio para o Direito. No exemplo citado da rede social, deve-se considerar as leis norte-americanas, finlandesas, ou dos países dos usuários que integram a rede social? Assim como o problema da jurisdição competente, definir a lei aplicável não é tarefa simples, devendo-se sempre analisar o caso concreto para encontrar uma resposta, a partir de regras e princípios do Direito Internacional Privado.

Definidas a jurisdição competente e a lei aplicável, o tribunal acionado pode passar à resolução do conflito. Com o proferimento da sentença por um juiz competente, é necessário fazer com que esta seja reconhecida por tribunais estrangeiros, o que se mostra como mais um desafio para o Direito.¹²

Os conflitos de jurisdição e lei aplicável se apresentam de diferentes formas para os juristas de cada país. O Direito Internacional Privado não tem o papel de apresentar soluções para cada caso concreto, mas o de guiar tribunais e juizes nacionais, por meio de seus principais instrumentos, dentre eles as leis, os tratados, a doutrina, a jurisprudência e os instrumentos de soft law, como códigos de conduta, diretrizes e recomendações.

3. EUROPA

Na Europa há importante e rico regramento jurídico desenvolvido especialmente com a finalidade de pacificar os conflitos advindos das interações digitais. Esta tarefa foi recentemente reconhecida pela Comissão Europeia como essencial para a continuação e expansão da integração comercial e econômica, dando origem à estratégia conhecida como "*Digital Single Market*".¹³

Para entender o cenário europeu, antes é necessário analisar o papel da União Europeia. A União Europeia apresenta características que fazem a mesma ser responsável por integrar o continente no sentido físico, político e jurídico. Segundo o site da entidade:

A União Europeia é uma união econômica e política de características únicas, constituída por 28 países europeus que, em conjunto, abarcam grande parte do continente europeu. A UE foi criada logo após a Segunda Guerra Mundial. A intenção inicial era incentivar a cooperação econômica, partindo do pressuposto de que se os países tivessem relações comerciais entre si, se tornariam economicamente dependentes uns dos outros, reduzindo, assim, os riscos de conflitos.¹⁴

Para cumprir seu principal objetivo, que é unir os países do continente, a União Europeia se estrutura a partir de uma série de instrumentos normativos. Primeiramente, há uma base legal fundada em diversos tratados, como o Tratado de Roma,¹⁵ de 1957,

12 Este trabalho não abordará o tema de reconhecimento de sentenças, mas apenas as questões de jurisdição e conflito de leis.

13 EUROPEAN COMMISSION. Digital Single Market. Disponível em: <<https://goo.gl/GX1HpK>>. Acesso em: 22/01/2017.

14 UNIÃO EUROPEIA. A União Europeia. Disponível em: <<https://goo.gl/fz7U3z>>. Acesso em: 13/12/2016.

15 O Tratado CEE, assinado em 1957 em Roma, congrega a França, a Alemanha, a Itália e os países do Benelux numa Comu-

que institui a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica, e o Tratado de Maastricht,¹⁶ de 1992, que implantou o que hoje se entende por Tratado da União Europeia (TUE). O TUE, que adquiriu esse nome e status após as modificações trazidas pelo Tratado de Lisboa, de 2007, tem como principais objetivos a criação de uma moeda única, o Euro, além do desenvolvimento de ferramentas para estabelecimento de uma união política entre os Estados do continente.

Além dos objetivos citados, o Tratado de Maastricht também possui grande importância jurídica: estabelecer quais são as principais espécies normativas de que dispõe a União Europeia, quando as mesmas devem ser aplicadas e qual a força normativa de cada uma.

O artigo 189 do Tratado de Maastricht é bastante elucidativo ao estabelecer as cinco principais espécies normativas do regime legal da União Europeia: regulamento, diretiva, decisão, recomendação e parecer.¹⁷ Para o presente estudo, é necessária a análise do Regulamento 1215 de 2012 (Regulamento “Bruxelas I Recast”), aprovado pelo Conselho da União Europeia e pelo Parlamento Europeu, e que é essencial para o entendimento do “*digital due process*” no continente.

O Regulamento 1215/2012 foi aprovado com o intuito de modernizar as disposições do Regulamento 44/2001 (Bruxelas I). Este era considerado de aplicação satisfatória, porém a União Europeia entendeu que seria desejável revisá-lo para esclarecer o regime normativo de jurisdição e reconhecimento de decisões e, promover a livre circulação de decisões e continuar a reforçar o acesso à justiça. O Regulamento foi importante, pois estabeleceu bases sólidas para a evolução do Direito Internacional Privado na Europa.

O Regulamento 1215 de 2012, sobre competência judiciária, reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, reformou as disposições do Regulamento 44/2001, para atualizar seus dispositivos e tornar o contencioso internacional privado na Europa mais estável e confiável no que concerne aos litígios transfronteiriços. É importante ressaltar que, de acordo com o Artigo 1º desse Regulamento,¹⁸ ele

nidade que tem por objectivo a integração através das trocas comerciais, tendo em vista a expansão económica. Após o Tratado de Maastricht, a CEE passa a constituir a Comunidade Europeia, exprimindo a vontade dos Estados-Membros de alargar as competências comunitárias a domínios não económicos. UNIÃO EUROPEIA, Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia ou Tratado CEE - texto original (versão não consolidada). Disponível em: <<https://goo.gl/z0pGOG>>. Acesso em: 16/01/2017.

16 O Tratado da União Europeia (TUE) constituiu uma nova etapa na integração europeia, dado ter permitido o lançamento da integração política. Este Tratado criou uma União Europeia assente em três pilares: as Comunidades Europeias, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a cooperação policial e judiciária em matéria penal (JAI). Instituiu igualmente a cidadania europeia, reforçou os poderes do Parlamento Europeu e criou a União Económica e Monetária (UEM). Além disso, a CEE passou a constituir a Comunidade Europeia (CE). UNIÃO EUROPEIA, Tratado de Maastricht sobre a União Europeia. Disponível em: <<https://goo.gl/Oi-AzGZ>>. Acesso em 16/01/2017.

17 “Article 189: In order to carry out their task and in accordance with the provisions of this Treaty, the European Parliament acting jointly with the Council, the Council and the Commission shall make regulations and issue directives, take decisions, make recommendations or deliver opinions. A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States. A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods. A decision shall be binding in its entirety upon those to whom it is addressed. Recommendations and opinions shall have no binding force.” Tradução livre: “Artigo 189: Para o desempenho das suas funções e de acordo com as disposições do presente Tratado, o Parlamento Europeu, agindo em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão, faz regulamentos e adota diretivas, toma decisões, formula recomendações, ou emite pareceres. Um regulamento deve ter aplicação geral. O regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-membros. A diretiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a atingir, mas deixa às autoridades nacionais a escolha da forma e dos métodos. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários. As recomendações e pareceres não têm força vinculativa.” Treaty on European Union. p. 75-76. Disponível em: <<https://goo.gl/amyDIJ>>. Acesso em 20/12/2.

18 “O presente regulamento aplica-se em matéria civil e comercial, independentemente da natureza da jurisdição. Não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, nem a responsabilidade do Estado por atos ou omissões no exercício da autoridade do Estado”. Cf. Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia

não se aplica a questões fiscais, aduaneiras e administrativas. O Regulamento apenas será aplicado para estabelecer a jurisdição aplicável em conflitos que envolvem matéria civil e comercial.

a. Conflitos de jurisdição

O artigo 4º do Regulamento nº 1215 de 2012 estabelece, em caráter geral, que a jurisdição competente para dirimir conflitos envolvendo matérias civil e comercial será a do Estado-Membro em que o réu tenha domicílio.¹⁹

Assim:

[...] as regras de competência assentam no princípio do *forum defensoris*. Isto é, o Regulamento Europeu atribui, como regra geral, competência judiciária aos tribunais do Estado de domicílio do réu, independentemente da sua nacionalidade (art. 2.º).²⁰

No que concerne ao tratamento de litígios da internet, deverá ser estabelecido qual é o domicílio de uma provedora de serviços digitais para que ela possa ser demandada judicialmente. Nem sempre é fácil determinar seu domicílio. Imagine uma empresa atuante no segmento vendas online, com sede na França e servidor na Espanha, mas que enfrenta reclamações de um cliente alemão sobre tempo de remessa e conformidade de mercadorias transacionadas. Onde essa empresa está domiciliada?

É preciso lembrar da Diretiva Europeia sobre Comércio Eletrônico (2000/31/CE), que determina o local de estabelecimento de uma sociedade prestadora de serviços na internet como sendo aquele em que ela desenvolve sua atividade econômica.²¹ Se a atividade econômica for prestada a partir de locais diferentes, deve-se definir qual é o centro de prestação de serviços. No entanto, a Diretiva apenas estabelece fins a serem alcançados, deixando a cargo de cada Estado-membro escolher os melhores meios. Dessa forma, cada membro da União Europeia pode definir internamente como irá aplicar a diretiva.

Em geral, a determinação de foro competente obedece o princípio do *forum defensoris*. Porém, existem exceções a essa regra, estabelecidas nos artigos 7º ao 25 do

nº L 351/1 de 20/12/2012, p. 6. Disponível em: <<https://goo.gl/9bIPfS>>. Acesso em 25/01/2017.

19 “Artigo 4º: 1. Sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado. 2. As pessoas que não possuam a nacionalidade do Estado-Membro em que estão domiciliadas ficam sujeitas nesse Estado-Membro às regras de competência aplicáveis aos nacionais.” Cf. Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia nº L 351/1 de 20/12/2012, p. 6. Disponível em: <<https://goo.gl/9bIPfS>>. Acesso em 25/01/2017.

20 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A jurisdição na internet segundo o Regulamento 44/2001. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 644, 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/0eTAWi>>. Acesso em: 13/12/2016.

21 Cf. Considerando 19: “A determinação do local de estabelecimento do prestador deve fazer-se de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual do conceito de estabelecimento é indissociável a prossecução efectiva de uma actividade económica, através de um estabelecimento fixo por um período indefinido. Este requisito encontra-se igualmente preenchido no caso de uma sociedade constituída por um período determinado. O local de estabelecimento, quando se trate de uma sociedade prestadora de serviços através de um sítio internet, não é o local onde se encontra a tecnologia de apoio a esse sítio ou o local em que este é acessível, mas sim o local em que essa sociedade desenvolve a sua actividade económica. Quando um prestador está estabelecido em vários locais, é importante determinar de que local de estabelecimento é prestado o serviço em questão. Em caso de dificuldade especial para determinar a partir de qual dos vários locais de estabelecimento é prestado o serviço em questão, considera-se que esse local é aquele em que o prestador tem o centro das suas actividades relacionadas com esse serviço específico.” Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (Directiva sobre comércio electrónico). Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº. L 178/1 de 17 de julho de 2000. p. 4. Disponível em: <<https://goo.gl/Yfo2nw>>. Acesso em 16/01/2017.

Regulamento Bruxelas I. São elas: competências especiais, competência em matéria de seguros, competência em matérias de contratos celebrados por consumidores, competência em matéria de contratos individuais de trabalho, competências exclusivas e extensão de competência.

Para fins de análise desta temática, serão abordadas apenas as **competências de caráter especial**, já que elas apresentam essencial conexão com os litígios de internet. As outras competências, apesar de notável importância, não são pertinentes para este estudo.

Além do princípio do *forum defensoris*, o Regulamento nº 1215/2012 estabelece, no seu artigo 7(1), que o réu pode ser demandado no local onde foi ou deverá ser cumprida determinada obrigação.²² Para que seja demandado em um Estado diferente daquele em que se encontra, é necessário que o contrato estabeleça que eventuais litígios serão resolvidos no país onde eles tenha sido concluído. É importante ressaltar que essa competência especial vale para contratos de vendas de bens e prestação de serviços.

Além disso, o Regulamento estabelece, no Art. 7(2) que em disputas de caráter extracontratual, a demanda deve ser resolvida no lugar onde se der o fato danoso.²³ Situações de vendas de bens ou prestação de serviços são corriqueiras na internet, fazendo com que essas regras sejam essenciais na resolução de questões jurisdicionais.

b. Lei aplicável

Uma vez definida qual a jurisdição competente para dirimir um conflito, torna-se necessário estabelecer a lei aplicável para a solução do caso concreto. Para tanto, são relevantes os Regulamentos 593 de 2008²⁴ e 864 de 2007²⁵, conhecidos, respectivamente, por Regulamentos Roma I e Roma II,. Assim como o Regulamento Bruxelas I, os Regulamentos Roma I e Roma II tratam apenas de matérias civis e comerciais, não sendo aplicados às: matérias fiscais, aduaneiras e administrativas, ou outra matéria de caráter público.

O Regulamento 593 de 2008 trata das obrigações de caráter contratual e garante o princípio da liberdade de eleição da lei aplicável. O seu artigo 3(1) determina que o contrato será regido pela lei escolhida pelas partes.²⁶ Já no Art. 3(2), estipula-se que,

22 “Artigo 7º: As pessoas domiciliadas num Estado-Membro podem ser demandadas noutro Estado-Membro: 1. a) Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão; b) Para efeitos da presente disposição e salvo convenção em contrário, o lugar de cumprimento da obrigação em questão será: — no caso da venda de bens, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues, — no caso da prestação de serviços, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os serviços foram ou devam ser prestados; c) Se não se aplicar a alínea b), será aplicável a alínea a).” C.f Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia nº L 351/1 de 20/12/2012, p. 7. Disponível em: <<https://goo.gl/9bIPfS>>. Acesso em 25/01/2017.

23 “Artigo 7º - As pessoas domiciliadas num Estado-Membro podem ser demandadas noutro Estado-Membro: [...] 2) Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso.” Cf. Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia nº L 351/1 de 20/12/2012, p. 7. Disponível em: <<https://goo.gl/9bIPfS>>. Acesso em 25/01/2017.

24 Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/07/2008. Disponível em: <<https://goo.gl/QGFZqy>>. Acesso em: 09/01/2017.

25 Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 31/07/2007. Disponível em: <<https://goo.gl/fW4wkd>>. Acesso em: 09/01/2017.

26 “Artigo 3 - Liberdade de escolha - 1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. A escolha deve ser expressa ou resultar

a qualquer momento, as partes poderão alterar a lei elegida para o contrato, bastando que exista comum acordo.²⁷

Caso não haja eleição de foro no contrato, o artigo 4(1), alíneas “a” e “b” estabelece que, em contratos de vendas de bens e/ou prestação de serviços, a lei aplicada deverá ser a do país onde normalmente reside o vendedor e/ou o prestador do serviço.²⁸

O Regulamento Roma II trata das obrigações de carácter extracontratual e estabelece que a lei aplicável para obrigações extracontratuais será a do país onde ocorrer o dano.²⁹ Entretanto, como estabelece o Art.4(2), caso as partes possuam domicílio no mesmo país, a lei aplicável será a do local onde residirem.³⁰

Seguindo esse entendimento, o jurista português Alexandre Libório Pereira argumenta pela interpretação dos Regulamentos Roma I e II aos conflitos de internet. O autor, discorrendo acerca da relação entre o direito material e ambos os regulamentos, entende que Roma I e Roma II devem ser aplicados em conformidade com ordenamento jurídico português.

Quando o conflito no âmbito digital versar sobre as matérias presentes no Regulamento Roma I e II, deve o Tribunal Português seguir as normas destes. Entretanto, podem existir conflitos no espaço virtual que não apresentam ligação direta com os referidos regulamentos. Nessas situações, não pode o juiz interpretar a lei baseado em Roma I ou Roma II.

Com relação ao local do dano, Alexandre Libório Pereira argumenta que ocorrerá “a aplicação da lei do país onde o dano ocorre (*lex loci damni*)”, referindo-se tanto ao evento causal como ao dano”³¹.

de forma clara das disposições do contrato, ou das circunstâncias do caso. Mediante a sua escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a parte do contrato.” Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/07/2008. P. 5. Disponível em: <<https://goo.gl/QGFZqy>>. Acesso em: 09/01/2017.

27 “2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em subordinar o contrato a uma lei diferente da que precedentemente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições do presente regulamento. Qualquer modificação quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afecta a validade formal do contrato, nos termos do artigo 11.o, nem prejudica os direitos de terceiros.” Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/07/2008. p. 5. Disponível em: <<https://goo.gl/QGFZqy>>. Acesso em: 09/01/2017.

28 “Artigo 4º - Lei aplicável na falta de escolha: 1. Na falta de escolha nos termos do artigo 3º e sem prejuízo dos artigos 5º a 8º, a lei aplicável aos contratos é determinada do seguinte modo: a) O contrato de compra e venda de mercadorias é regulado pela lei do país em que o vendedor tem a sua residência habitual; b) O contrato de prestação de serviços é regulado pela lei do país em que o prestador de serviços tem a sua residência habitual.” Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 04/07/2008, p. 6. Disponível em: <<https://goo.gl/QGFZqy>>. Acesso em: 09/01/2017.

29 “Artigo 4º - Regra geral: 1. Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da responsabilidade fundada em acto lícito, ilícito ou no risco é a lei do país onde ocorre o dano, independentemente do país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano e independentemente do país ou países onde ocorram as consequências indirectas desse facto.” Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 31/07/2007, p. 5. Disponível em: <<https://goo.gl/fW4wkd>>. Acesso em: 09/01/2017.

30 “2. Todavia, sempre que a pessoa cuja responsabilidade é invocada e o lesado tenha a sua residência habitual no mesmo país no momento em que ocorre o dano, é aplicável a lei desse país.” Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II). Jornal Oficial da União Europeia, Estrasburgo, 31/07/2007, p. 5. Disponível em: <<https://goo.gl/fW4wkd>>. Acesso em: 09/01/2017.

31 PEREIRA, Alexandre Libório Dias. O tribunal competente em casos da internet segundo o acórdão “edate advertising” do Tribunal de Justiça da União Europeia. Revista Jurídica Portuguesa. Nº.: 16. 2014. p: 18. Disponível em: <<https://goo.gl/PHH7uS>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

4. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos da América observa-se não existir iniciativa central a respeito dos conflitos online, estando a matéria dispersa em decisões judiciais no conjunto dos precedentes. Devido a sua forma federalista, nos Estados Unidos, cada estado tem independência para organizar seus tribunais e legislar em determinadas matérias, especialmente em matéria civil e comercial.

Com maior nível de independência do que o verificado no Brasil, os estados federados nos Estados Unidos tem competência para ditar suas próprias leis de organização interna. Cada estado, portanto, conta com suas regras de foro e estabelece regras gerais de jurisdição, abarcando também regras especiais de jurisdição sobre não-residentes (denominados “*long-arm statutes*”). Porém, algumas regras gerais permanecem no âmbito federal e devem ser respeitadas pelos estados. Notadamente, a Constituição dos Estados Unidos da América institui alguns mandamentos, entre eles a 14ª Emenda, que estabelece o princípio do devido processo legal e a proteção da lei àqueles sob a jurisdição dos Estados Unidos, também entendido como direito de não ser julgado por autoridades ilegítimas.³²

a. Conflitos de jurisdição

Com o sistema de *common law*, o Direito estadunidense se desenvolve principalmente por meio da jurisprudência. Ou seja, decisões judiciais formam precedentes e guiam a aplicação e interpretação da lei para casos semelhantes no futuro. Um princípio formulado em sede jurisprudencial que é mais comumente empregado nos sistemas jurídicos de tradição angloamericana, comparativamente ao Brasil, é o do denominado *forum non conveniens*, que estabelece que um tribunal pode deixar de exercer jurisdição sobre uma ação conforme uma análise discricionária, de forma a evitar uma solução ineficiente ou injusta ao litígio, em detrimento do julgamento por outro tribunal que seria considerado mais conveniente para a resolução da disputa.³³

Recorrentemente, apresenta-se no debate jurídico norte-americano a referência à jurisdição em razão da pessoa (*in personam jurisdiction*), que se opõe como regra de jurisdição às questões regidas pelo lugar onde se encontra a coisa/propriedade (*in rem jurisdiction*).³⁴ A partir do estabelecimento de causa regida em razão da pessoa, os tribunais aplicam o teste dos “contatos mínimos”, desenvolvido pela Suprema Corte no caso *International Shoe Co v State of Washington*, de 1945.³⁵

A regra se presta a garantir que uma demanda não seja ajuizada em local no qual o réu não tenha nenhum vínculo ou contato, sendo, portanto, essencial para a garantia do devido processo legal. Verificado que há contato, passa-se, então, à etapa de

32 Fourteenth Amendment (Amendment XIV), 1868. Ver STEIN, Allan R. Personal Jurisdiction and the Internet: Seeing Due Process through the Lens of Regulatory Precision. *Northwestern University Law Review*, v. 98, p. 413-415, 2004. Disponível em: <<https://goo.gl/2L97Aq>>. Acesso em: 19/01/2017.

33 No Brasil, vigora um entendimento mais ativo do Judiciário, que encontra fundamento no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ver ARAUJO, Nadia De. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6ª ed. atual. e amp. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, p. 118-119.

34 JIMÉNEZ, William Guillermo. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction: Global Overview and Colombian cases. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 26, p. 21-22. Disponível em: <<https://goo.gl/HaXD-jH>>. Acesso em: 20/12/2016.

35 Suprema Corte dos Estados Unidos. *International Shoe Company v. State of Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Disponível em: <<https://goo.gl/QbXpyB>>. Acesso em: 20/12/2016.

análise subsequente, de averiguar qual seu tipo, seguindo a gradação definida no caso *Hanson v Denckla*, de 1958. Segundo o julgado, deve ser observado se houve ou não o direcionamento intencional das atividades (*purposefully direct*) a um certo local de foro, por propositalmente aproveitar dos benefícios (*purposefully avail*) de negociar em determinado local, até a entrega comercial de produtos (*stream of commerce*) ao local.³⁶

Atentando ao surgimento de casos relativos às interações no ciberespaço, dois novos importantes precedentes foram construídos nos EUA. Em *Calder v Jones*, a Suprema Corte firmou outro entendimento para a definição de critério pessoal para jurisdição (*personal jurisdiction*), determinando regra distinta dos “contatos mínimos”.³⁷ Nesse caso, observou-se o local onde os efeitos de um artigo de jornal tiveram repercussão, já que ele havia sido publicado no estado da Flórida, mas se referia a uma residente da Califórnia, estado no qual o jornal havia sido distribuído e em cujos tribunais a ação foi ajuizada.³⁸ Apesar de anteceder disputas online, datando de 1984, esse julgado é aplicado pelos tribunais dos Estados Unidos para dirimir conflitos de internet, aplicando o teste de onde os efeitos foram definitivamente sentidos (“*effects test*”).

Já no caso *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, discutiam-se os direitos sobre uma marca registrada.³⁹ O caso se tornou referência por inaugurar um modelo para definir jurisdição quanto a litígios emergentes na internet, que é conhecido como ‘*sliding scale*’. Nele, identifica-se um espectro de interatividade comercial e de troca de informações, sendo a fixação de jurisdição pelos tribunais domésticos diretamente proporcional à natureza e qualidade da atividade comercial conduzida via internet pela parte demandada. Em uma ponta da escala, encontra-se elemento de comportamento negocial ativo, segundo o qual a parte que entra em contato e realiza negócios em determinado local por meio de um website (“contatos sistemáticos com foro”). No outro extremo, encontra-se comportamento mais passivo, caracterizado quando somente há a informação postada de forma acessível em um endereço eletrônico.

Não obstante, alguns trabalhos apontam a insuficiência das regras concebidas como precedentes nos casos *Zippo* e *Calder* para resolução de litígios transfronteiriços de internet. Isso porque, analisando a jurisprudência dos tribunais, percebe-se que a regra de *Zippo* é aplicada com maior frequência, vez que a regra de efeitos assentada em *Calder* é entendida como mais subjetiva.⁴⁰ É possível observar, ainda, nota-se que os tribunais também resistem à adoção da orientação sobre o espectro de interatividade (postura ativa-passiva). Esse cenário sugere que as regras criadas para os casos envolvendo tecnologias podem não ser mais efetivas do que as antigas regras dos casos “offline”; ou que haveria necessidade de elaboração de novas regras de conexão, mais consistentes e efetivas.⁴¹

Para além do desenvolvimento jurisprudencial, o tema é endereçado pela autorregulação privada nos Estados Unidos, do resultam práticas setorializadas e a criação de verdadeiros micro-sistemas regulatórios. Uma das principais iniciativas é a coalizão

36 Suprema Corte. *Hanson v. Denckla*, 357 U.S. 235 (1958). Disponível em: <<https://goo.gl/dbkgBV>>. Acesso em: 03/01/2017.

37 Suprema Corte. *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984). Disponível em: <<https://goo.gl/xeV5l7>>. Acesso em: 03/01/2017.

38 Idem.

39 Suprema Corte. *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Disponível em: <<https://goo.gl/CjccVJ>>. Acesso em: 18/12/2016.

40 JIMÉNEZ, William Guillermo. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction: Global Overview and Colombian cases. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 26, p. 31.. Disponível em: <<https://goo.gl/HaXDjH>>. Acesso em: 20/12/2016.

41 GEIST, Michael. Is There a There There: Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. In: *Berkeley Technology Law Journal*, v. 16, n. 3, p. 60, 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/ExeEby>>. Acesso em 20/12/2016.

Digital Due Process,⁴² que agrega think tanks, especialistas e grandes empresas em busca da reforma da “*Electronic Communications Privacy Act*” (ECPA), a principal lei regulando aspectos da privacidade eletrônica do país, em vigor desde 1986, e que contém regras sobre interceptação de comunicações.⁴³ A iniciativa conta com empresas como Apple, Facebook e Google, e almeja influenciar, por meio de lobby regulamentado, o congresso estadunidense para atualizar a ECPA, que julgam estar desatualizada em face das novas tecnologias.

Atualmente, está em discussão no Congresso dos Estados Unidos a proposta do “*Email Privacy Act*”, demandado por organizações da sociedade civil e especialistas como um importante avanço para garantir a segurança das comunicações eletrônicas.⁴⁴

No entanto, a proposta não encontra ambiente político propício para aprovação e os legisladores têm tratado o tema com morosidade.

b. Lei aplicável

Das transações online podem decorrer litígios de diversas naturezas, como os que envolvem difamação, direito do consumidor, propriedade intelectual e direito empresarial. Frente à recorrente realidade de que as partes envolvidas estejam localizadas em diferentes jurisdições, surge a questão de como dirimir conflitos cujas relações jurídicas subjacentes tenham sido originadas na internet ou com ela mantenham relação intrínseca. Nesse sentido, após admitida a jurisdição do tribunal acionado, e sendo ele competente para solucionar o litígio, deve-se determinar a lei aplicável ao caso.

Nos Estados Unidos, similarmente ao que se verifica na Europa, duas principais doutrinas prevalecem: a da livre escolha e a da ausência de escolha de lei aplicável.⁴⁵ Especificamente em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais, a autonomia da vontade é o princípio pelo qual às partes é facultada a liberdade de escolha do direito aplicável.

Diferentemente do Regulamento Roma I, da União Europeia, que conta com regra expressa sobre a escolha de lei aplicável, nos Estados Unidos o tema é mais disperso. Para os estadunidenses não existe codificação uniforme para reger a matéria em todo o país, a qual é relegada aos precedentes dos distintos tribunais dos estados federados e ao *Restatement Second of Conflict of Laws*, documento sem força vinculante, ou que é aplicado com força de lei em apenas alguns estados federados.⁴⁶ O *Restatement Second of Conflict of Laws* estabelece que a lei escolhida pelas partes é a lei que disciplina contrato. Contudo, a liberdade de escolha pode ser limitada se ela não guardar uma relação de vínculos mais estreitos com a relação jurídica ou contrariar uma norma fundamental

42 Mais informações disponíveis em About The Issue – Digital Due Process. Disponível em: <<https://goo.gl/VmwqHk>>. Acesso em 14/01/2017.

43 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Electronic Communications Privacy Act*, Pub. L. No. 99-508, 100 Stat. 1848 (Oct. 21, 1986).

44 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Email Privacy Act*. Disponível em: <<https://goo.gl/EZh1Gy>>. Acesso em 13/01/2017.

45 WANG, Faye Fangfei. *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 123-124.

46 Os Restaments são compilações de regras produzidas por organização não-governamental, The American Law Institute, com objetivo preciso de ser aplicado pelos tribunais ou orientá-los sobre a matéria em consideração: “Restatements are primarily addressed to courts. They aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might appropriately be stated by a court”. AMERICAN LAW INSTITUTE. Frequently Asked Questions. Disponível em: <<https://goo.gl/OfBpyj>>. Acessado em: 19/01/2017.

do estado.⁴⁷ Vê-se, dessa forma, que existe um elemento condicionante de relação do contrato com a lei aplicável.⁴⁸

Dispositivo similar é também encontrado no *Uniform Commercial Code* (UCC), uma sistematização de normas comerciais adotada pelos estados federados,⁴⁹ e que prevê o poder das partes para escolha da lei aplicável ao contrato - de maneira geral, vez que não há regra específica para as transações eletrônicas.⁵⁰

Verifica-se, igualmente, que existem regras especiais para transações na internet como contratos de compra e venda e de licença de software, contidas no *Uniform Information Transaction Act* (UCITA).⁵¹ Ainda que adotado por apenas dois estados norte-americanos, o UCITA prevê a eleição de lei aplicável a essas modalidades de contratos, contempladas as ressalvas da matéria de proteção ao consumidor.⁵²

No silêncio das partes, alguns dispositivos normativos suprem a ausência de escolha da lei aplicável. No caso do UCC, escolhe-se a relação mais significativa ao contrato. O *Restatement Second of Conflict of Laws*, por sua vez, instrui que, na ausência de determinação, será aplicada a lei local do estado, quando o local de celebração e o do cumprimento do contrato encontram-se no mesmo estado.⁵³

5. AMÉRICA LATINA

A América Latina tem sua tradição jurídica marcada, principalmente, pela inspiração europeia. Logo, a eleição de foro e as regras de conexão que permeiam os códigos dos países latino-americanos apresentam semelhança com aquelas dos países europeus, distanciando-se da tradição norte-americana. No entanto, em geral não se verifica tamanha codificação quanto a percebida na União Europeia, estando a matéria em pleno desenvolvimento e em muitos casos havendo lacunas ou necessidade de atualizações.

5.1. Brasil

O Brasil passa por importante processo de atualização da legislação para reconhecer os desafios trazidos pelas novas tecnologias e pelas interações digitais. Com o

47 “(a) The chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties choice, or (b) Application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties.”, em tradução livre: (a) O estado escolhido não tem relação substancial com as partes ou a transação e não há outra base razoável para a escolha das partes, ou (b) A aplicação da lei do estado escolhido seria contrária a uma política fundamental de um estado que tem um interesse materialmente maior do que o estado escolhido na determinação da questão específica e que, sob a regra do § 188, seria o estado da lei aplicável na ausência de uma escolha efetiva de lei pelas partes. AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. 1971, § 187 (1) (2). Disponível em: <<https://goo.gl/iKAZCE>>. Acesso em 15/01/2017.

48 ZIEGLER, Tamas D. Choice-of-Law in the Internet Age – US and European Rules. *Acta Juridica Hungarica - Hungarian Journal of Legal Studies*, v. 53, n. 3, p. 196, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/ogbk16>>. Acesso em 13/01/2017.

49 Elaborado pelo National Conference of Commissioners on Uniform State Laws e pela American Law Institute, o UCC não tem status de lei, porém foi recepcionado por estados e territórios e incorporado amplamente na jurisprudência.

50 AMERICAN LAW INSTITUTE; NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. *Uniform Commercial Code*, 2011, § 1–301. Disponível em: <<https://goo.gl/3eoQRB>>. Acesso em 15/01/2017.

51 NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. *Uniform Information Transaction Act*, 1999. Disponível em: <<https://goo.gl/V87LCI>>. Acesso em 15/01/2017.

52 NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. *Uniform Information Transaction Act*, 1999, § 109. Disponível em: <<https://goo.gl/V87LCI>>. Acesso em 15/01/2017.

53 Conforme indicam os comentários ao texto original, ver AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. 1971, § 187 (1) (2). Disponível em: <<https://goo.gl/iKAZCE>>. Acesso em 15/01/2017.

poder concentrado na União Federal, os estados federados detêm diminuída competência legislativa e as regras centrais são aplicadas em todo o território nacional. De tal maneira, a União e o Congresso Nacional podem ser considerados os principais atores na aplicação e nas mudanças nas regras de Direito Internacional Privado.

a. Conflitos de jurisdição

O Novo Código de Processo Civil de 2015 dispõe, em seus artigos 21 a 23, sobre a jurisdição do Estado brasileiro para para conhecer de litígios em matéria civil (amplamente considerada). No Título II, “Dos limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional”, são estabelecidas regras de competência concorrente (arts. 21 e 22) e exclusiva (art. 23).⁵⁴ Ou seja, nas hipóteses dos dois primeiros artigos, reconhece-se no Brasil a eficácia de decisões obtidas em outro país. O mesmo não se admite para as hipóteses de competência exclusiva, em que somente é competente para reconhecer da ação a justiça brasileira. Em seguida, o tema da cooperação internacional é tratado pelo código, prática que pode ser entendida como:

[...] um modo formal de solicitar a outro país alguma medida judicial, investigativa ou administrativa necessária para um caso concreto em andamento. A efetividade da justiça, dentro de um cenário de intensificação das relações entre as nações e seus povos, seja no âmbito comercial, migratório ou informacional, demanda cada vez mais um Estado proativo e colaborativo.⁵⁵

São elencados como princípios norteadores da cooperação jurídica internacional: o respeito ao devido processo legal, a igualdade de tratamento de nacionais e estrangeiros, o estabelecimento de autoridade central para transmissão de informações, e a “espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras”.⁵⁶ O avanço da tecnologia facilita a operacionalização dos trâmites internacionais. Todavia, apesar da implementação do processo eletrônico no Superior Tribunal de Justiça (STJ), percebe-se que os meios tradicionais (comunicações por ofícios enviados por correio físico) continuam a ser empregados, haja vista que cópias em papel devem ser entregues ao tribunal, com a tradução juramentada, no que tange os procedimentos de carta rogatória a ser enviada para o estrangeiro. Ainda assim, existe a facilitação de pedido de cooperação por meio de formulário eletrônico no website do Ministério da Justiça, que permite a elaboração de pedido de cooperação direto para o ministério.⁵⁷

No contexto de cooperação em matéria penal, a Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradução,⁵⁸ criada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), conta com um:

[...] mecanismo de correio eletrônico seguro, baseado no software Groove Virtual Office, que possibilita a troca de documentos e o compartilhamento de espaços de trabalho destinados ao desenvolvimento conjunto

54 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. D.O.U. de 17/03/2015.

55 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Cooperação Jurídica Internacional. Disponível em: <<https://goo.gl/J9adu6>>. Acesso em: 18/01/2017.

56 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. D.O.U. de 17/03/2015, art. 26, I-V.

57 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Formulários Online. Disponível em: <<https://goo.gl/8f45id>>. Acesso em: 18/01/2017.

58 Integram a rede: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, São Cristóvão e Nevis, Santa Lucia, Suriname, São Vicente e Granadinas, Trinidad e Tobago, Uruguai, e Venezuela.

O software *Groove* também integra Argentina, Bahamas, Brasil, Canadá, Colômbia, El Salvador, Espanha, México e República Dominicana no programa piloto da Rede de Cooperação Jurídica Hemisférica em Matéria de Família e Infância.⁶⁰ Uma plataforma segura para troca de informações também foi constituída pela Rede de Recuperação de Ativos do GAFISUD (Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo).⁶¹ Diversas outras redes de cooperação das quais o Brasil é membro detêm sistemas de informações com bases de dados sobre os sistemas jurídicos, com o objetivo de estabelecer a colaboração mútua e facilitar o auxílio entre as autoridades competentes.⁶² Algumas dessas redes também atuam em matéria civil, como a Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica Internacional (IberRede). Quanto aos acordos multilaterais, destaca-se o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, conhecido como *Protocolo de Las Leñas*,⁶³ no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), que harmoniza os procedimentos burocráticos no bloco quanto à “Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile”.⁶⁴

No Brasil não vigora, conforme ressaltado anteriormente, a doutrina do *forum non conveniens*, visto que a justiça brasileira não se debruçou aprofundadamente sobre a questão da discricionariedade de recusar a causa, encontrando-se ancorada no direito ao acesso à justiça encerrado na Constituição Federal.⁶⁵

Trazendo mais clareza e segurança jurídica, o Novo CPC contém previsão de eleição de foro. De tal forma, dita o art. 25 que “não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação”.⁶⁶

Com o Marco Civil, inaugurou-se a regra de que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem a garantia do direito à privacidade e liberdade de ex-

59 BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 72. Disponível em: <<https://goo.gl/zVHW12>>. Acesso em 17/01/2017.

60 BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 72. Disponível em: <<https://goo.gl/JoNvpm>>. Acesso em 17/01/2017. p. 73.

61 São membros do GAFISUD: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai. BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 72. Disponível em: <<https://goo.gl/JoNvpm>>. Acesso em 17/01/2017 p. 74.

62 Cita-se, a fim de exemplo, a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa, a Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica, e a Plataforma Pontos Focais de Recuperação de Ativos STAR-INTERPOL. BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 71-75. Disponível em: <<https://goo.gl/JoNvpm>>. Acesso em 17/01/2017.

63 Incorporado ao ordenamento pátrio, ver BRASIL. Decreto nº 6.891/2009. Promulga o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. D.O.U. de 03/07/2009, p. 1.

64 Ver BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/XAsTlW>>. Acesso em 17/01/2017; e MOREIRA, Nilton Shenon Zibetti. A cooperação jurídica internacional no protocolo de Las Leñas: a jurisdição no Mercosul. 2014. 38 f. Curso de especialização em Direito Internacional, Ambiental e Consumidor. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/drE8AJ>>. Acesso em: 18/01/2017.

65 ARAUJO, Nadia De. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, p. 118-119.

66 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. D.O.U. de 17/03/2015.

pressão, bem como aquelas que, “em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil”⁶⁷. Essa norma vai ao encontro da doutrina e jurisprudência desenvolvida no país, que entende pela proteção do usuário em face da falta de opção.⁶⁸

Outra disposição relevante contida no Marco Civil é a inscrita no art. 11, segundo o qual:

[...] em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.⁶⁹

Dessa forma, os provedores de conexão e de aplicações de internet ficam sujeitos à jurisdição brasileira caso colem, armazenem ou guardem dados, aplicando-se “[...] mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro [...]” (art. 11, § 2).⁷⁰

b. Lei aplicável

Quanto às regras de conexão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) apresenta algumas normas, caracterizadas “(...) pelas noções clássicas do século XIX, com base no sistema de regras de conexão bilaterais rígidas”.⁷¹ Anteriormente o único país na América Latina a adotar o critério da nacionalidade como regra de conexão para reger o estatuto pessoal, a LINDB (então denominada Lei de Introdução ao Código Civil de 1942), aproximou o Brasil da tradição latina ao adotar o critério domiciliar.⁷² Há de se ressaltar que:

Enquanto a legislação permanece inalterada, o processo de mudança está ocorrendo de fora para dentro. Nos últimos anos, o país ratificou inúmeras convenções interamericanas e, recentemente, tem sido mais ativo com relação às convenções oriundas da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.⁷³

Além das convenções internacionais, grande avanço pode ser percebido pela doutrina nacional, que estimula o desenvolvimento de normas protetivas dos consumidores no comércio eletrônico internacional. Em parte, essa proposta já pode ser observada no Marco Civil, como aludido anteriormente.⁷⁴

67 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. D.O.U. de 24/04/2014, p. 1.

68 Ver RESENDE, Tatiana Carneiro; DOS SANTOS, Yuri Alexandre; MIRANDA, Valéria de Oliveira. Internet Dispute: Forum-Selection clause and denial of justice in web-signed contracts. IRIS. Disponível em: <<https://goo.gl/Mdxcyl>>. Acesso em: 16/01/2017.

69 Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. D.O.U. de 24/04/2014, p. 1, art. 11.

70 Ressalta-se que esta regra, a princípio, escapa do método conflitual tradicional, por se ocupar do alcance espacial e, de certo modo, por buscar a proteção mais adequada pelos vínculos mais estreitos - visto que o serviço é ofertado ao público brasileiro. Sobre a natureza das normas jurídicas de Direito Internacional Privado, ver ARAUJO, Nadia De. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, p. 33-41.

71 ARAUJO, Nadia De. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, p. 61.

72 idem, p. 61.

73 idem, p. 62.

74 Mais detalhes acerca do debate sobre lei aplicável na internet no Brasil podem ser obtidos na obra Internet e Lei Aplicável: Regras de conexão e determinação de lei aplicável em interações em rede, publicada em breve pelo IRIS.

Em tramitação no congresso brasileiro tem-se ainda as propostas de regulação da proteção de dados pessoais, reunidas atualmente no Projeto de Lei nº 5.276/2016.⁷⁵ Tal proposta legislativa é fruto de ampla participação popular, aos moldes da realizada no Marco Civil da Internet, por meio da plataforma online “Pensando o Direito”, do Ministério da Justiça.⁷⁶ Com notável inspiração na tradição europeia, o projeto enseja várias normas disciplinadoras dos princípios contidos no Marco Civil e trariam mais segurança jurídica ao ambiente virtual brasileiro, garantindo maior confiança por parte da sociedade e dos empresários quanto a seus direitos e deveres no que se refere à coleta, armazenamento e uso de dados pessoais.

5.2. Colômbia

A Colômbia não possui normas específicas de determinação de jurisdição para casos com elementos internacionais, havendo certa resistência de parte da doutrina e dos tribunais quanto à sua atualização. Quanto às regras de conexão, o país possui normas que tratam do tema, contudo encontrou-se fortes críticas feitas pela doutrina em relação à sua desatualização. Sobre a jurisprudência conclui-se que ainda não há casos paradigmáticos envolvendo direito internacional privado e internet, sendo escassos os casos correlatos ao tema.

a. Conflitos de jurisdição

As regras de jurisdição colombianas estão presentes em sua Constituição⁷⁷ e em legislações específicas,⁷⁸ como o *Código General del Proceso* (GCP)⁷⁹ A primeira estabelece, em seu artigo 29, o princípio do devido processo legal como direito fundamental. Já o código geral de processo não possui normas específicas sobre jurisdição internacional, possuindo somente normas sobre competência territorial nacional, artigo 28, que são aplicadas na determinação da competência internacional.⁸⁰ Para determinação da jurisdição em matéria cível, de família, comercial e de imóveis Jiménez resume os critérios da seguinte forma:

Nos processos contenciosos, o tribunal declara a sua competência no domicílio do réu; Se o réu tem vários domicílios, o autor pode escolher o fórum. Se o réu não tiver domicílio, o tribunal declara sua jurisdição na residência do réu; Se o requerido não tiver domicílio ou residência no país, no tribunal do domicílio do requerente. Nos contratos, o autor pode escolher entre o local de execução ou o domicílio do requerido. Em caso de dano, onde ocorreu o incidente. Nos casos relacionados com bens e propriedade, onde estão situados.⁸¹

75 Projeto de Lei nº 5.276 de 2016 (do Poder Executivo). Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Disponível em: <<https://goo.gl/g5Pvmt>>. Acesso em: 22/12/2016.

76 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA. Anteprojeto de Lei para a Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <<https://goo.gl/bjmp4k>>. Acesso em: 22/01/2017.

77 COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia. 1991. Disponível em: <<https://goo.gl/shrptN>>. Acessado em 21/01/2017.

78 JIMÉNEZ, William Guilherme. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction - Global Overview and Colombian Cases. Revista Colombiana de Derecho Internacional, nº 15, 2015, p. 27. Disponível em: <<https://goo.gl/XTxANn>>. Acessado em: 21/01/2017.

79 COLÔMBIA. Código General del Proceso. Lei 1564. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/yGTbHA>>. Acessado em 21/01/2017.

80 DE LOS MOZOS, Patricia Orejudo Prieto. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. Anuario Español de Derecho internacional privado. XIII. 2013. p. 682. Disponível em: <<https://goo.gl/fX22un>>. Acessado em: 21/01/2017

81 Tradução livre de “In contentious proceedings, the court asserts jurisdiction in the defendant’s domicile; if the defendant has several domiciles, the plaintiff may choose the forum. If the defendant does not have a domicile, the court asserts jurisdiction in the defendant’s residence; if the defendant does not have a domicile or residence in the country, in the court of the plaintiff’s domicile. In

Se as regras de competência interna atribuem competência a um juiz colombiano, o mesmo vale para um relação jurídica com elementos internacionais, desde que haja um ponto de contato material com a Colômbia.⁸² O direito colombiano, por consequência, não possui normas sobre a aplicação das regras de competência internacional, como por exemplo para casos de controle de competência internacional, litispendência e conexão internacional, e cláusulas de derrogação de foro.⁸³ A ausência dessas cláusulas, juntamente com estabelecido no artigo 28.3 do CGP⁸⁴, têm levado o *Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá* a negar, em diversos casos, cláusulas contratuais que estabelecem eleição de foro para tribunais estrangeiros.⁸⁵ Há também diferentes normas de jurisdição para as matérias de direito penal, trabalhista e administrativo.⁸⁶

Quanto aos instrumentos internacionais⁸⁷ de que a Colômbia faz parte, e que possuem dispositivos sobre jurisdição internacional, eles se caracterizam por se aplicar somente *inter-partes* e estão circunscritos a um número limitado de situações jurídicas, impedindo assim uma possível atualização geral das regras de jurisdição territorial colombianas⁸⁸.

À semelhança do Brasil, a Colômbia não se destaca por ter uma vasta jurisprudência de casos envolvendo Direito Internacional Privado e Internet.⁸⁹ Jiménez pesquisou nos bancos de jurisprudência online de 3 cortes superiores (*Corte Constitucional; Corte Suprema de Justicia*, e do *Consejo de Estado*) e 2 cortes distritais (*Tribunal Administrativo de Cundinamarca* e do *Tribunal Superior de Bogotá*) usando palavras-chave como “internet”, “Facebook”, “websites”, “redes sociais”, entre outras.⁹⁰ Contudo, só encontrou dois casos

contracts, the plaintiff may choose between the place of performance or the defendant's domicile. In tort, where the incident occurred. In cases relating to goods and property, where they are situated.” JIMÉNEZ, William Guillermo. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction - Global Overview and Colombian Cases. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 15. 2015. p. 28. Disponível em: <<https://goo.gl/XTxANn>>. Acessado em: 21/01/2017.

82 LONDOÑO, Alberto Zuleta. Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano. *Revista de Derecho Privado*. Nº 44. Universidad de Los Andes, Colombia. 2010. p. 22.

83 DE LOS MOZOS, Patricia Orejudo Prieto. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. *Anuario Español de Derecho internacional privado*. XIII. 2013. p. 683. Disponível em: <<https://goo.gl/fX22un>> . Acessado em: 21/01/2017.

84 “ARTÍCULO 28. COMPETENCIA TERRITORIAL. La competencia territorial se sujeta a las siguientes reglas: [...] 3. En los procesos originados en un negocio jurídico o que involucren títulos ejecutivos es también competente el juez del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones. La estipulación de domicilio contractual para efectos judiciales se tendrá por no escrita.” COLÔMBIA. Código General del Proceso. Lei 1564. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/yGTbHA>>. Acessado em 21/01/2017.

85 DE LOS MOZOS, Patricia Orejudo Prieto. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. *Anuario Español de Derecho internacional privado*. XIII. 2013. p. 683. Disponível em: <<https://goo.gl/fX22un>> . Acessado em: 21/01/2017.

86 JIMÉNEZ, William Guillermo. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction - Global Overview and Colombian Cases. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 15. 2015. p. 28. Disponível em: <<https://goo.gl/XTxANn>>. Acessado em: 21/01/2017.

87 “In accordance with international treaties and national laws, Colombian courts may have jurisdiction over foreign persons in specific cases, when they apply the “extraterritoriality of the law” principle in civil, labor, and criminal law.” JIMÉNEZ, William Guillermo. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction - Global Overview and Colombian Cases. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 15. 2015. p. 29. Disponível em: <<https://goo.gl/XTxANn>>. Acesso em: 21/01/2017.

88 “En efecto, sólo caso de que la cuestión litigiosa esté vinculada con al menos dos Estados contratantes, resultará de aplicación el correspondiente Tratado de Montevideo de 1889: el de Derecho civil internacional o el de Derecho comercial internacional; sólo si se trata de una situación vinculada a Colombia y Ecuador, se aplicará el Tratado sobre Derecho internacional privado entre Colombia y Ecuador, hecho en Quito el 18 de junio de 19038; y, en materia de alimentos, la competencia vendrá determinada por la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias de 1989 [...]” DE LOS MOZOS, Patricia Orejudo Prieto. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. *Anuario Español de Derecho internacional privado*. XIII. 2013. p. 683. Disponível em: <<https://goo.gl/fX22un>> . Acesso em: 21/01/2017.

89 Marín Fuentes contabilizou 50 decisões na Corte Suprema de Justicia da Colômbia envolvendo Direito Internacional Privado, entre 1995 e 2008, sendo a maioria sobre reconhecimento de decisões estrangeiras. FUENTES, José Luis Marín. Estado del Derecho Internacional Privado en Colombia y su Enseñanza. Universidad de Antioquia. 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/FQcHc7>>. Acesso em: 22/01/2017.

90 JIMÉNEZ, William Guillermo. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction: Global Overview and Colombian cases. *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 26, 2015, p. 50-52. Disponível em: <<https://goo.gl/>>

de direito penal que apresentaram dificuldades de determinação da jurisdição devido à internet, nos quais houve conflito de jurisdição interna entre tribunais, internet e jurisdição.

No caso *Jerónimo A. Uribe*, o filho do presidente da República Álvaro Uribe-Vélez denunciou um grupo na rede social Facebook que se comprometia a matá-lo, sendo o processo penal instaurado em Bogotá.⁹¹ Em seguida, um suspeito de ter criado o grupo foi preso na cidade de Chía, localizado em outra jurisdição interna. Assim a defesa questionou a competência do tribunal de Bogotá alegando que a suposta conduta ilícita teria se originado em Chía, desse modo atraindo para si a jurisdição do caso. A *Corte Suprema de Justicia* afirmou que o fato de o Facebook ter uma cobertura global dificultava a determinação do local do ato ilícito. No fim recorreu-se à regras “offlines” de competência estabelecidas no código de processo penal colombiano, no qual a jurisdição estabelece-se onde a acusação iniciou o processo, no caso Bogotá. Jiménez destaca que tal caso expõe as dificuldades que a determinação do local de um ato realizado pela internet impõe para o ciberdireito.⁹²

No caso *Centro Comercial Campanario*, a questão julgada pela *Corte Suprema de Justicia* foi a de decidir a competência jurisdicional entre 2 tribunais da Colômbia em caso de direito penal sobre uma transação bancária ilegal.⁹³ O primeiro tribunal, *Corte de Barranquilla*, alegava ter competência devido ao crime ter sido cometido em sua jurisdição. E o segundo tribunal, *Corte Distrital de Popayan*, alegava ter competência pelo fato de o domicílio da vítima estar em sua jurisdição. A CSJ decidiu pela competência da Corte Distrital de Popayan, privilegiando o local onde o dano foi sentido. Para Jiménez, o princípio do local onde o dano foi sentido (*effect principle*) pode ser útil para determinação de jurisdição em casos de responsabilidade civil por danos cometidos na internet, pois o local onde se sentem seus efeitos é de estabelecimento mais fácil do que o do local onde o ato foi cometido.⁹⁴

b. Lei aplicável

As regras de conexão determinadoras da lei aplicável se encontram no *Código Civil (Cc)* de 1873 e no *Código de Comercio* de 1973. No geral essas regras se caracterizam por uma técnica legislativa que privilegia a lei colombiana. No Código Civil as regras de conexão se concentram nos arts. 18 ao 21. O artigo 18 afirma o princípio de territorialidade da lei colombiana enunciando que “a lei é obrigatória tanto os nacionais e estrangeiros residentes na Colômbia”⁹⁵. Assim, a princípio, prevalece a aplicação da lei colombiana por suas autoridades estatais nas relações privadas internacionais, ao não ser que tratados ou convenções internacionais suprimam as normas internas.⁹⁶ Por fim, os arts. 19, 20 e 21 estabelecem a extraterritorialidade da lei colombiana para determinados casos, como os direitos e obrigações civis de colombianos domiciliados

[lsp9vy](#)>. Acesso em: 20 /12/2016.

91 Idem, p. 50.

92 Idem, p. 51.

93 Idem, p. 51.

94 Idem, p. 52.

95 Tradução livre de “la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia”. COLÔMBIA. Código Civil. 1873. Disponível em: <<https://goo.gl/EEv0mA>>. Acesso em 21/01/2017.

96 CASTILLA, J.J. Caicedo. Derecho internacional privado. Bogotá: 6ª edição. 1967. p.64. In: DE LOS MOZOS, Patricia Orejudo Prieto. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. Anuario Español de Derecho internacional privado. XIII. 2013. p. 686. Disponível em: <<https://goo.gl/fX22un>> . Acessado em: 21/01/2017.

ou residentes no estrangeiro (estatuto pessoal), direito real e regulação da forma de instrumentos públicos.

Já no *Código de Comercio*, pode-se destacar o art. 869, que confirma o princípio da territorialidade do art.18 do Cc, como destacado acima, afirmando que os contratos celebrados no exterior e que devam ser cumpridos na Colômbia são submetidos à lei colombiana.⁹⁷

Assim há pesquisadores do direito colombiano que afirmam serem as regras de conexão estatais insuficientes, principalmente quanto ao direito dos contratos.⁹⁸ Por exemplo, apesar de não estar claro se o ordenamento jurídico colombiano permite ou não a escolha da lei aplicável no casos de foro arbitral, a jurisprudência tem validado essa possibilidade com a aceitação da utilização dos Princípios Unidroit, atualizando assim o ordenamento legal.⁹⁹

Os instrumentos internacionais que dispõem sobre as regras de conexão, apesar de atualizarem em alguns pontos o direito nacional, são insuficientes na promoção de uma reforma sistêmica,¹⁰⁰ à semelhança do exposto acima quanto às regras de jurisdição. Sendo também limitados devido a seu caráter *inter-partes*.¹⁰¹

As Convenções de Montevideu de 1889 (de Direito Civil Internacional e de Direito Comercial Internacional)¹⁰² estabelecem normas de conexão nos arts. 32 a 39, para o casos de direito contratual a lei aplicável é a do local de execução (*lex loci executionis*).¹⁰³ A Colômbia também é signatária da Convenção de Viena de 1980 sobre Contratos de Compra e Venda Internacionais de Mercadoria,¹⁰⁴ e da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, de 1979.¹⁰⁵

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mapeamento dos quadros político e normativo existentes na Europa, Estados Unidos da América e América Latina, em matéria de jurisdição e de lei aplicável, regulando litígios privados emergentes de relações jurídicas na internet, não é uma tarefa considerada simples. Legislações esparsas ou inexistentes e conceitos confusos permeiam o Direito Internacional Privado em diversos sistemas jurídicos domésticos. A tarefa do pesquisador, nessa situação, é reunir toda a matéria existente em único material, com o objetivo de facilitar o trabalho dos profissionais do Direito, sejam eles legisladores, juízes, advogados, professores ou alunos.

97 “ARTÍCULO 869. <EJECUCIÓN DE CONTRATOS CELEBRADOS EN EL EXTERIOR CON CUMPLIMIENTO EN COLOMBIA>. La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.” COLÔMBIA. Código de Comercio. 1971. Disponível em: <<https://goo.gl/EyyHWN>>. Acessado em 21/01/2017.

98 DE LOS MOZOS, Patricia Orejudo Prieto. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. Anuario Español de Derecho internacional privado. XIII. 2013. p. 687. Disponível em: <<https://goo.gl/fX22un>> . Acessado em: 21/01/2017.

99 Idem, p. 687.

100 Idem, p. 688.

101 Idem, p. 688.

102 TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL. Montevideu. 1889. Disponível em <<https://goo.gl/2I8xKR>>. Acessado em: 22/01/2017.

103 DE LOS MOZOS, Patricia Orejudo Prieto. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. Anuario Español de Derecho internacional privado. XIII. 2013. p. 688.

104 UNCITRAL. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Viena. 1980. Disponível em: <<https://goo.gl/7ZmHkh>>. Acesso em: 22/01/2017.

105 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.1979. Disponível em <<https://goo.gl/9bm3dH>>. Acesso em: 22/01/2017.

A Europa, devido à centralização proporcionada pela União Europeia e seu pioneirismo, pode ser considerada um sistema avançado no que tange à resolução de conflitos na internet. O Regulamento 1215/2012 - “Bruxelas I” é responsável por oferecer mais segurança às relações de natureza civil e comercial, principalmente aquelas que se travam na internet. Igualmente, as atuações dos órgãos políticos e jurídicos da União Europeia faz com que o continente esteja sempre em constante atualização de suas leis, tratados e convenções. No ambiente virtual, em que mudanças ocorrem mais rapidamente, a atuação regular dos Poderes Legislativos e Judiciário é essencial.

Entre os países dos sistemas de *common law*, os Estados Unidos da América apresentam notória diferença com relação à Europa na forma pela qual solucionam os conflitos jurídicos na internet. No país não há legislação focada para resolução de conflitos digitais, sendo o caso concreto solucionado com base em precedentes que corriqueiramente não tem ligação com a internet. Devido a isso, a elaboração de leis mais adequadas para os conflitos do ciberespaço mostram-se necessárias nos Estados Unidos, para facilitar e tornar mais segura o trabalho dos operadores do Direito.

O quadro normativo na América Latina se mostra particularmente complexo, em que apenas Brasil e Colômbia apresentam legislação acessível em base pública online. Países como Uruguai, Chile e Argentina não apresentam códigos ou leis especiais para regulação de conflitos jurídicos na internet, mas contam com amplo repertório geral em direito internacional privado que não foi analisado no presente estudo. A pouca jurisprudência disponível costuma não apresentar casos que envolvam disputas no ciberespaço, o que faz com que seja mais difícil estabelecer como ocorre a resolução de litígios da internet com elementos de internacionalidade.

Além do estudo legislativo e jurisprudencial, a elaboração de um índice de litígios torna-se necessário para a compreensão dos conflitos no ciberespaço. Através de um possível índice de litígios, com informações sobre disputas judiciais envolvendo disputas na internet, a tarefa do legislador torna-se mais simples. Ele poderá consultar quais são as principais causas dos conflitos no espaço virtual, e assim desenvolver leis para evitá-los.

Este trabalho demonstra que os países alvo de análise tratam a internet como uma expansão do mundo real, não uma nova realidade que necessite de leis especiais, ou a ausência total destas. Embora a criação de leis especiais com caráter exclusivo para internet seja uma alternativa viável para a segurança jurídica na internet, a utilização de leis existentes para regular conflitos virtuais mostra-se factível. Para que as leis existentes possam regular as relações no ciberespaço, no entanto, é necessário que os operadores do Direito entendam e respeitem as características exclusivas existentes na internet, a fim de que não se prejudique seu ambiente de bom funcionamento e pioneirismo.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a. Livros, artigos e teses

ARAUJO, Nadia De. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

DE LOS MOZOS, Patricia Orejudo Prieto. El Derecho Internacional Privado Colombiano ante la Ley Modelo OHADAC de DIPr. Anuario Español de Derecho internacional privado. XIII. 2013. pp. 681-697. Disponível em: <<https://goo.gl/fX22un>> . Acessado em: 21/01/2017.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado (parte geral). 4ª ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 498p.

GEIST, Michael. Is There a There There - Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction. Berkeley Technology Law Journal, v. 16, n. 3, p. 1345, Set 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/Y1qKFb>>. Acesso em: 20/12/2016.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006.

GUZMAN, Julio Cesar Lopez. Jurisdiccion Personal en la Internet: Aplicacion de la Teoria de los Contactos Mínimos a la Internet. Revista de Derecho Puertorriqueno, v. 37, p. 483, 1998. Disponível em: <<https://goo.gl/W3lYtP>>. Acesso em: 12/01/2017.

JIMÉNEZ, William Guillermo. Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction: Global Overview and Colombian cases. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, n. 26, p. 13-62, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/R98oVj>>. Acesso em: 20 /12/2016.

LONDOÑO, Alberto Zuleta. Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el derecho internacional privado colombiano. Revista de Derecho Privado. Nº 44. Universidad de Los Andes, Colombia. 2010. pp. 1-35

MOREIRA, Nilton Shenon Zibetti. A cooperação jurídica internacional no protocolo de Las Leñas: a jurisdição no Mercosul. 2014. 38 f. Curso de especialização em Direito Internacional, Ambiental e Consumidor. Universidade Federal do Rio Grande do Sul., 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/IGb02y>>. Acesso em: 18/01/2017.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A jurisdição na internet segundo o regulamento 44/2001. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXVII, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 633-687, 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/TOVzZ6>>. Acesso em: 12/01/ 2017.

_____, Alexandre Libório Dias. O tribunal competente em casos da internet segundo o acórdão “edate advertising” do Tribunal de Justiça da União Europeia. Revista Jurídica Portucalense. Nº.: 16. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/PHH7uS>>. Acesso em 11 de junho de 2016.

RESENDE, Tatiana Carneiro; DOS SANTOS, Yuri Alexandre; MIRANDA, Valéria de Oliveira. Internet Dispute: Forum-Selection clause and denial of justice in web-signed contracts. IRIS. Disponível em: <<https://goo.gl/drVRvz>>. Acesso em: 16/01/2017.

WANG, Faye Fangfei. Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US

and China. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

ZIEGLER, Tamas Dezso. Choice-of-Law in the Internet Age – US and European Rules. *Acta Juridica Hungarica - Hungarian Journal of Legal Studies*, v. 53, n. 3, p. 193–203, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/hj4nVy>>. Acesso em: 13/01/2017.

b. Legislação e outros materiais de referência

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/0loQQg>>. Acesso em 17/01/2017.

_____. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/lx9n3Q>>. Acesso em 17/01/2017.

COLÔMBIA. Código Civil. 1873. Disponível em: <<https://goo.gl/EEv0mA>>. Acessado em 21/01/2017.

_____. Código de Comercio. 1971. Disponível em: <<https://goo.gl/EyyHWN>>. Acessado em 21/01/2017.

_____. Código General del Proceso. Lei 1564. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/yGT-bHA>>. Acessado em 21/01/2017.

_____. Constitución Política de Colombia. 1991. Disponível em: <<https://goo.gl/shrptN>>. Acessado em 21/01/2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. 1979. Disponível em <<https://goo.gl/9bm-3dH>>. Acessado em: 22/01/2017.

UNCITRAL. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Viena. 1980. Disponível em: <<https://goo.gl/7ZmHkh>>. Acessado em: 22/01/2017.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»). *Jornal Oficial da União Europeia*, Estrasburgo, 31/07/2007. Disponível em: <<https://goo.gl/fW4wkd>>. Acesso em: 09/01/2017.

_____. Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). *Jornal Oficial da União Europeia*, Estrasburgo, 04/07/2008. Disponível em: <<https://goo.gl/QGFZqy>>. Acesso em: 09/01/2017.

_____. Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. *Jornal Oficial* nº. L 12 de 16.1.2001. Disponível em: <<https://goo.gl/nkqNOo>>. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

_____. Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de

dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial da União Europeia nº L 351/1 de 20/12. Disponível em: <<https://goo.gl/9bIPfS>>. Acesso em 25/01/2017.

_____, Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia ou Tratado CEE - texto original (versão não consolidada). Disponível em: <<https://goo.gl/ZgnckL>>. Acesso em: 16/01/2017.

_____. Tratado de Maastricht sobre a União Europeia. Disponível em: <<https://goo.gl/6zaOgz>>. Acesso em 16 de janeiro de 2017.

_____. Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em matéria civil e comercial. Jornal Oficial nº L 299 de 31/12/1972, p. 0032-0042. Disponível em: <<https://goo.gl/YgB9EK>>. Acesso em: 15/01/2017.

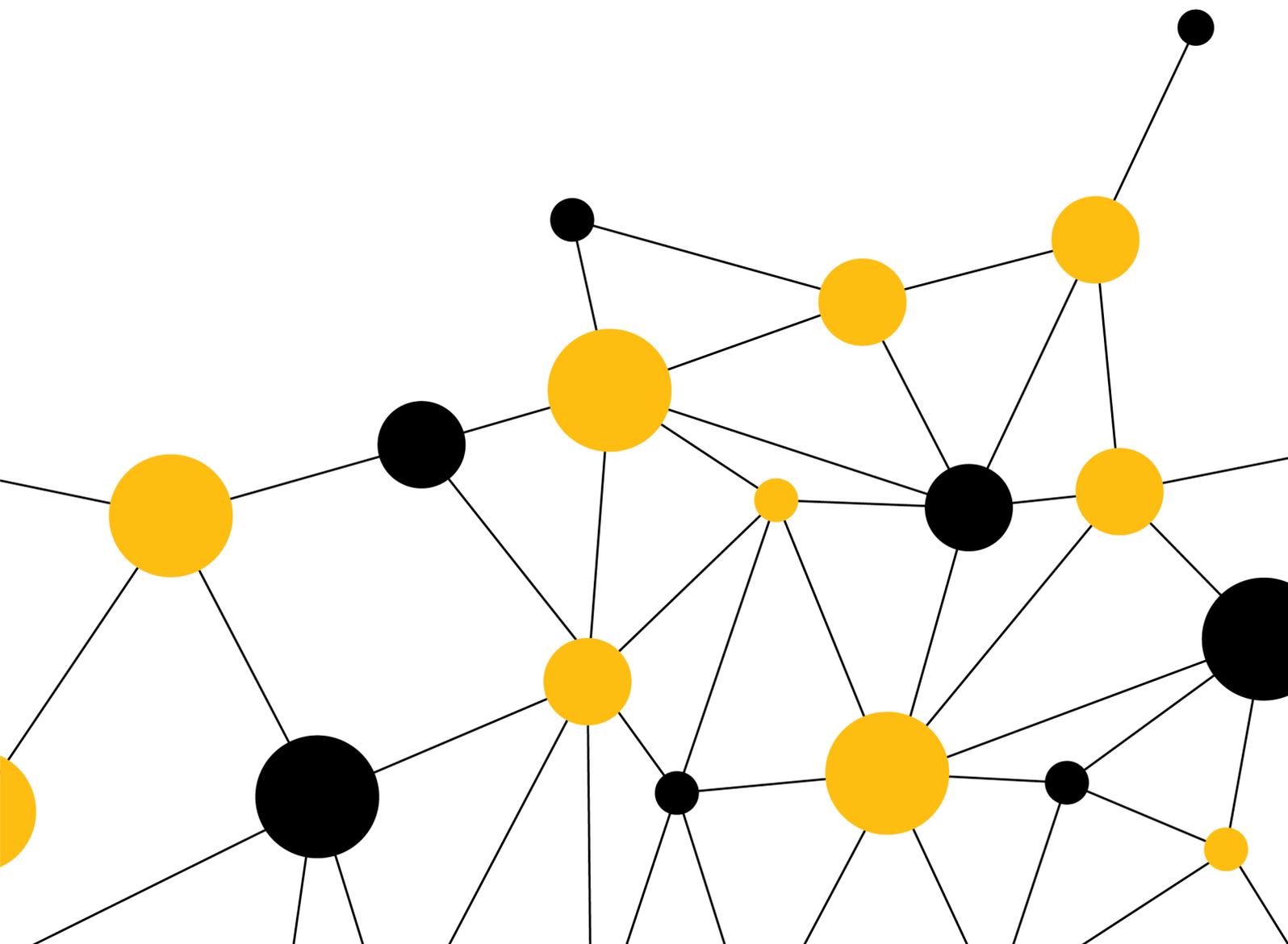
_____. DIRECTIVA 2000/31/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno («Directiva sobre comércio electrónico»). Jornal Oficial das Comunidades Europeias nº. L 178/1 de 17 de julho de 2000. Disponível em: <<https://goo.gl/BJT792>>. Acesso em 16/01/2017.

INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION. ITU ICT Facts and Figures 2016. p. 4. Disponível em: <<https://goo.gl/l82oYz>>. Acesso em: 11/01/2017.

TRATADO DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL. Montevideu. 1889. Disponível em <<https://goo.gl/2l8xKR>>. Acessado em: 22/01/2017.

JURISDIÇÃO E INTERNET

ESTUDO SOBRE MECANISMOS DE BLOQUEIO E
FRAGMENTAÇÃO DA REDE



JURISDIÇÃO E INTERNET

ESTUDO SOBRE MECANISMOS DE BLOQUEIO E FRAGMENTAÇÃO DA REDE

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS¹

O modelo westfaliano de Estado-nação, baseado na soberania territorial, contrasta com o modelo da internet, fundamentado na descentralização, na abertura, na colaboração e nos movimentos transfronteiriços - ou que ocorrem no ciberespaço. Por terem naturezas e pressupostos tão diversos, a conexão entre Estado e internet é complexa. A internet é estruturada especialmente por linguagem computacional (código) e infraestrutura física (computadores, cabos e satélites, entre outros). O Estado, por sua vez, organiza e controla seu território e uma população por meio de uma constituição, leis, instituições e costumes. Conectar geografia e ciberespaço, então, é uma tarefa complexa, em plena construção e mudança nos tempos atuais². Um dos primeiros visionários e entusiastas da internet proferiu em seu manifesto de independência do ciberespaço:

Governos do Mundo Industrial, vocês gigantes cansados de carne e aço, eu venho do Ciberespaço, o novo lar da Mente. Em nome do futuro, peço-lhes do passado para nos deixar em paz. Vocês não são bem-vindos entre nós. Vocês não têm soberania onde nos reunimos.³

Os poderes soberanos, contudo, adentram a internet e vão mais além de suas fronteiras informacionais. Existem diversas razões pelas quais um Estado, uma entidade pública ou privada podem querer relativizar a natureza transfronteiriça e universal da internet, especialmente pelo recurso a mecanismos técnicos e desenvolvimento de tecnologias e saberes com essa finalidade. Como tecnologia originalmente criada para ignorar a existência de fronteiras nacionais, a internet foi responsável por uma revolução na comunicação transnacional, mas também acarretou uma série de consequências jurídicas e riscos diversos para usuários, governos e empresas.

A dificuldade em se adjudicar conflitos transnacionais originados na internet fez com que governos e empresas buscassem prevenir o surgimento desses litígios. Ao longo dos anos, novas tecnologias possibilitaram mecanismos que simulassem e adulterassem fronteiras geográficas, identificando ou reposicionando a origem de usuários no espaço global, para então restringir seu pleno acesso a sites, conteúdos ou serviços e reproduzir no ambiente da internet as divisões políticas do mundo offline.

Cada vez mais, o fenômeno, conhecido como 'balcanização da internet', preocupa acadêmicos e ativistas da sociedade civil que temem que a fragmentação da rede

1 Trabalho de pesquisa elaborado sob a coordenação de Fabrício B. Pasquot Polido e Lucas Costa dos Anjos, no âmbito do Instituto de Referência em Internet e Sociedade - IRIS e do Grupo de Estudos Internacionais de Internet, Inovação e Propriedade Intelectual - GNet, da Universidade Federal de Minas Gerais. Contribuíram como autores para este trabalho os pesquisadores Laila Damascena Antunes, Matheus Rosa e Pedro Vilela.

2 Ver LESSIG, Lawrence. Code: Version 2.0. Nova Iorque: Basic Books, 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/kUcPRA>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2017.

3 Tradução livre de: "Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather". BARLOW, John Perry. A Declaration of the Independence of Cyberspace. 1996. Disponível em: <<https://goo.gl/kocx-IM>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2017.

acabe com seu potencial democrático, colaborativo, catalisador da inovação e do acesso à informação.

Este estudo analisa casos em que a natureza transnacional originária da internet foi alterada para atender a demandas políticas, culturais, econômicas e/ou jurídicas. Em seguida, explicam-se brevemente os mecanismos técnicos utilizados por governos e empresas para efetuar essa fragmentação. Por fim, discutir-se-ão teorias e princípios sobre a natureza transnacional da rede, seu impacto sobre a sociedade contemporânea e as possíveis consequências de sua distorção. Ressalta-se que a fragmentação aqui discutida é a de natureza técnica, não sendo do escopo deste trabalho as discussões sobre fragmentação social e/ou cultural causadas pela internet.

2. POR QUE FALAR-SE EM BALCANIZAÇÃO DA INTERNET?

O processo de fragmentação da internet por mecanismos técnicos e jurídicos tem sido chamado de “balcanização” da internet. O termo faz referência à fragmentação política dos Estados do Sul da Europa, em razão de diferenças étnicas, religiosas e culturais, após o fim do domínio estrangeiro sobre a região⁴. O fenômeno se caracteriza quando programas governamentais de censura, interesses comerciais, preocupações com cibersegurança e outras mudanças dinâmicas no ecossistema da internet acabam por retalhar a rede global em diversas versões regionais. Essa retaliação ameaça a comunicação universal, a inovação e a prosperidade econômica trazida pela internet como inicialmente estruturada.⁵

A fragmentação da rede é considerada uma das maiores ameaças à internet como a conhecemos, e a importância de seu caráter universal é reconhecida por diversos estudiosos do tema^{6 7}. Todavia, parece fadada a se concretizar, já que governos e agentes de elevado poder econômico implementam medidas técnicas que favorecem seus interesses. Diferenças de lei aplicável também são citadas entre as principais razões pelas quais governos adotam mecanismos de fragmentação da internet. Analisaremos alguns casos e contextos onde diferentes meios técnicos foram utilizados para fragmentar a internet, criando versões idiossincráticas da rede em diferentes jurisdições.

a. Grande Muralha de Fogo da China

O termo “Great Firewall of China” tem origem na década de 1990 e foi cunhado para se referir a uma série de práticas e regulações restritivas por parte do governo chinês sobre a internet⁸. Com o intuito de controlar conteúdo, comunicação e até mesmo de favorecer empreendimentos locais, o governo chinês buscou, por meio de uma combinação de diferentes métodos, policiar provedores de conteúdo e conexão, con-

4 ALVES, Sergio, Jr. The Internet Balkanization Discourse Backfires, *SSRN Electronic Journal*. Disponível em: <<https://goo.gl/pQpLF6>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017. p. 1-2.

5 HILL, Jonah Force. A Balkanized Internet?: The Uncertain Future of Global Internet Standards. *Georgetown Journal of International Affairs*. 2012 p. 49-58.

6 CLARK, Liat, BERNERS-LEE, Tim. Wired. We need to re-decentralise the web. Disponível em: <<https://goo.gl/txGONw>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

7 MARKOFF, John. New York Times. Viewing Where the Internet Goes. Disponível em: <<https://goo.gl/js8Gp4>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

8 BARME, Jeremie e YE, Sange. Wired. *The Great Firewall of China*. Disponível em: <<https://goo.gl/P5zF0l>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2017.

sumidores individuais, sites e aplicativos estrangeiros.⁹

O sistema chinês de filtragem baseia-se, principalmente, na filtragem de uma enorme lista de endereços de IP considerados inapropriados ou sensíveis pelo governo. A lista é fornecida aos provedores de backbone^{10 11}, especificamente à China Telecom, que são responsáveis pela espinha dorsal da infraestrutura da rede ('backbone') e pelas conexões internacionais da internet no país. Esses provedores são obrigados a instalar aparatos específicos que identificam a origem de pacotes de dados e os descartam quando originários de um endereço vetado¹².

A lista de conteúdos vetados varia enormemente, contudo há certa predominância de assuntos de natureza política entre os selecionados. São frequentemente bloqueados sites que hospedam informações associadas à independência de Taiwan e Tibet, aos direitos humanos, ao movimento Falung Gong e outras ameaças ao Partido Comunista¹³. São bloqueados sites como The New York Times, the Economist, Anistia Internacional, BBC entre outros^{14 15}. O caso de gigantes da tecnologia da informação, como Google e Facebook, também é amplamente estudado. Devido às dificuldades por parte do governo chinês em regular essas empresas e à resistência delas de agir conforme os interesses do Estado chinês, o Partido Comunista optou por restringir completamente seu acesso¹⁶.

Durante sua curta estadia na China, por exemplo, a Google foi obrigada a remover resultados de busca relacionados aos conteúdo supracitados, como o massacre de Tiananmen e o movimento de independência do Tibet. Pressões políticas, tanto do governo chinês, quanto americano, e a própria política da empresa fizeram com que a empresa se retirasse do país e passasse a ser permanentemente bloqueada¹⁷.

O resultado é uma internet na China considerada fundamentalmente diferente da internet do resto do mundo: ela é comparada, com frequência, ao ecossistema de uma laguna isolada do resto do oceano, em que versões chinesas análogas substituem aplicativos acessados por usuários do resto do mundo¹⁸.

9 LEE, Jyh-An e LIU, Ching-Yi, Forbidden City Enclosed by the Great Firewall: The Law and Power of Internet Filtering in China (March 7, 2012). *Minnesota Journal of Law, Science, and Technology*, Vol. 13, No. 1, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/R6ZJ6Z>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2017. p. 127.

10 Segundo a *Nota conjunta do Ministério da Ciência e Tecnologia e Ministério das Comunicações*, de maio de 1995: "A Internet é organizada na forma de espinhas dorsais [ou, no termo original,] backbones, que são estruturas de rede capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas basicamente por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade". COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. *Nota conjunta do Ministério da Ciência e Tecnologia e Ministério das Comunicações* (maio de 1995). Disponível em: <<https://goo.gl/xlHXDB>>. Acesso em 03 de março de 2017.

11 De acordo com Marcel Leonardi: "O backbone, ou "espinha dorsal", representa o nível máximo de hierarquia de uma rede de computadores. Consiste nas estruturas físicas pelas quais trafega a quase totalidade dos dados transmitidos através da Internet, e é usualmente composto de múltiplos cabos de fibra ótica de alta velocidade". LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. Op.cit.

12 FARIS, Robert, VILLENEUVE, Nart, Measuring Global Internet Filtering. In: Ronald Deibert, John Palfrey, Rafal Rohozinski, Jonathan Zittrain (eds.), *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge: MIT Press, 2008. p. 5-27

13 LEE e LIU, Forbidden City Enclosed by the Great Firewall, *Op. cit.*, p. 127

14 *Idem.* p. 131

15 Para uma lista completa, acessar: <<https://goo.gl/oYFhjc>>.

16 LEE, Jyh-An, LIU, Ching-Yi, LI, Weiping, Searching for Internet Freedom in China: A Case Study on Google's China Experience. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 31, No. 2, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/oRGuKB>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017, p. 409.

17 *Idem.* p. 416

18 MOZUR, Paul. Chinese Tech Firms Forced to Choose Market: Home or Everywhere Else, *New York Times*. Disponível em: <<https://goo.gl/UMoEn8>>. Acesso 10 de fevereiro de 2017.

b. Localização de dados, data centers brasileiros e a 'Euro Cloud'

Em oposição à tendência de livre fluxo de dados transfronteiriços, estão os regramentos sobre a localização de dados, que podem ser entendidos como “esforços a nível nacional ou regional para regular o fluxo de dados transfronteiriços ou criar incentivos para localizar o processamento e o armazenamento de dados”.¹⁹ Assim como a utilização de mecanismos de filtragem pelo governo chinês, a localização forçada de dados tem sido apontada como uma ameaça à integridade da internet que contribui para sua balcanização. Restrições quanto à localização de dados já foram propostas por diversos países, dentre os quais se destacam Alemanha, Rússia e Brasil, particularmente motivados por pressões públicas de combate à vigilância cibernética transfronteiriça e à espionagem de dados praticada por governos estrangeiros e empresas transnacionais.

Essas restrições ocorrem no âmbito territorial e podem ser caracterizadas em cinco grandes modalidades: i. restrição do processamento de dados por entidades dentro de determinada jurisdição; ii. requerimento de que dados sejam armazenados “localmente” (dentro de determinado território); iii. mudanças na arquitetura da rede e uso de roteamento de dados para mantê-los dentro de um espaço territorial, como espécie de ‘confinamento informacional’; iv. políticas discriminatórias que permitem a implementação dessas restrições apenas por certas organizações, com o critério de origem/nacionalidade; e v. restrições ao movimento transfronteiriço de algumas categorias de dados²⁰.

Notadamente, o tipo (ii), armazenamento local de dados, foi amplamente debatido durante a elaboração do Marco Civil da Internet no Brasil. Por fim, as previsões de implantação de data centers em território nacional não avançaram para o texto final²¹. No entanto, essa prática, a título de exemplo, pode ser observada atualmente em uso na Rússia, sendo o recente caso de bloqueio do site LinkedIn o exemplo mais significativo das consequências das regras russas de localização²².

Percebe-se, ademais, que o tipo (v), restrições de movimento transfronteiriço, também é aplicado no âmbito da União Europeia, a partir dos modelos estabelecidos pela antiga Diretiva 95/46/CE²³ e atualmente no Regulamento 2016/679, denominado Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados²⁴. Ele se refere à limitação da transmissão

19 Tradução livre de: “[...] efforts at the national or regional level to regulate the flow of data across borders or to create incentives to localize data processing and storage”. KUNER, Christopher. Data Nationalism and its Discontents. *Emory Law Journal Online*, v. 64, p. 2089, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/VxMkfp>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

20 Sobre isso, ver DRAKE, William J. e CERF, Vinton G. e KLEINWÄCHTER, Wolfgang. Internet Fragmentation: An Overview. *Future of the Internet Initiative White Paper*. World Economic Forum, p. 41, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/wTIV1e>>. Acesso em 27 de janeiro de 2017.

21 BRAGA, Juliana. Governo não vai insistir em data center no país, diz Dilma no Facebook. *G1 Globo.com*, 24 Abr 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/PRMG69>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

22 Rússia inicia bloqueio ao LinkedIn após decisão judicial. *Folha de S. Paulo*, 17 Nov 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/SDKPZX>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2017. Em junho de 2016, o parlamento russo aprovou as mudanças da Lei Federal sobre Informação, Tecnologias de Informação e Proteção da Informação de 2006 (Federal Law On Information, Informational Technologies and the Protection of Information of 2006), atingindo justamente os provedores de acesso de provedores de conteúdos, considerados “communications service providers (“CSP”) e “facilitators of information dissemination on the Internet” (“FIDI”), nos termos da lei. Em novembro de 2017 entra em vigor os bloqueios a ferramentas de navegação anônima e VPNs (virtual private networks). Ver LEXOLOGY, New Russian Legislation on Massive Telecoms Surveillance, 12 de julho de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/fHNZuV>>, acesso em 18 de setembro de 2017.

23 UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Diário Oficial da União Europeia*, L 281, de 23 de Novembro de 1995, p. 31–50. Disponível em: <<https://goo.gl/GKm9dD>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

24 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a

de dados de cidadãos europeus a países não-membros da União, exceto àqueles que oferecem um reconhecido nível de proteção adequada ao tratamento de dados pessoais. Exemplo notório de acordo julgado insuficiente ocorreu no caso Safe Harbour, em decisão da Corte de Justiça da União Europeia de 2015, que invalidou o acordo que permitia a transmissão de dados por/para empresas dos Estados Unidos.²⁵

Analisaremos dois casos distintos, em que a localização de dados foi discutida: a proposta alemã para um serviço de nuvem europeu e a tentativa de inclusão de obrigação de localização de data centers em território nacional no Marco Civil da Internet brasileiro.

Os casos alemão e brasileiro surgiram como reação às revelações de Edward Snowden acerca dos programas de vigilância em massa por parte do governo americano, que incluíam provas de que a Agência de Segurança Nacional espionava diretamente as comunicações da Chanceler Angela Merkel e da Presidente Dilma Rousseff.²⁶ Em resposta, o governo alemão promoveu em parceria com o governo brasileiro a conferência NETMundial, uma nova plataforma de debates para a governança da internet. O maior esforço, entretanto, diz respeito às diretrizes para desenvolvimento de infraestrutura da internet para a União Europeia propostas por Angela Merkel, além da inclusão de uma cláusula no Marco Civil da Internet que obrigasse empresas de internet que tratassem dados no Brasil a armazená-los em data centers no solo brasileiro. A criação de uma nova conexão de cabos submarinos entre Brasil e Europa, de forma que o tráfego entre as regiões não precisasse passar pelos Estados Unidos, também foi proposta e se encontra em fase de construção.²⁷

A proposta legislativa acerca da instalação de data centers no Brasil foi abandonada após reações negativas de especialistas, que afirmaram ser a medida ineficaz e possivelmente prejudicial à internet no Brasil.²⁸ A presença da norma no projeto de lei do Marco Civil da Internet também era um dos maiores entraves a sua aprovação.

A proposta alemã envolvia o desenvolvimento de infraestrutura informacional que permitisse aos cidadãos europeus optar por serviços que armazenassem seus dados dentro da União Europeia e, portanto, estivessem sujeitos à legislação de privacidade do continente. Legisladores alemães enxergavam a proeminência de empresas americanas na coleta e tratamento de dados como uma ameaça à proteção da privacidade dos cidadãos europeus.²⁹ A proposta foi coloquialmente chamada de 'Euro Cloud' e não recebeu muita atenção posterior e, até a data de publicação deste trabalho, não alcançou nenhum avanço significativo.³⁰

Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). *Diário Oficial da União Europeia*, L 119, de 04 de maio de 2016, p. 1–88. Disponível em: <<https://goo.gl/tzzWf8>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

25 CORTE DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Schrems v Data Protection Commissioner (C-362/14) (Request for a preliminary ruling from the High Court (Ireland)). Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 Out 2015. *Digital reports (Court Reports - general)*. Disponível em: <<https://goo.gl/bYDdaS>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

26 MACASKILL, Ewan, DANCE, Gabriel. The Guardian. NSA Files: Decoded. 1 Nov 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/YoVhDI>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

27 RT News. *Brazil-Europe undersea cable to hide web traffic from US Snooping*. 26 Feb 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/05oopm>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

28 BARABAS, Emily. CDT. Brazil's "Internet Bill of Rights" regains momentum in Congress. 27 Mar 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/ZwbjDI>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

29 The Register. *'European IT Airbus could lead to competition concerns'*. Disponível em: <<https://goo.gl/3bKEqa>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

30 BRANDON, Jonathan. Merkel, Kroes' proposition for EU Cloud "aren't contradictory", says EC. Telecoms.com. 17 Feb 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/En5gVO>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

c. A 'internet halal' e outros casos de 'intranets nacionais'

Esforços por parte de governos para criar barreiras rígidas ao tráfego de informações vindas do estrangeiro têm se tornado comuns. Um dos casos mais notáveis é a iniciativa por parte do governo teocrático do Irã para criar a "internet halal". *Halal* é uma palavra árabe que significa 'permissível'³¹ e é geralmente usada para se referir à dieta permitida pelo Corão. O termo foi adotado então para se referir à *intranet* composta apenas por conteúdo considerado legítimo pelo governo da República Islâmica.³²

A proposta funciona mais como uma intranet do que como a internet: uma rede privada controlada por uma organização. Intranets são comuns em ambientes de trabalho como corporações ou universidades. Por meio de mecanismos diversos, seus gerenciadores podem escolher que tipo de conteúdo estará disponível. É válido ressaltar que a intranet tem apenas uma conexão limitada com a internet ou, em alguns casos, não possui qualquer contato com a rede mundial de computadores.

O caso iraniano é notável, pois sua justificativa não se baseia em questões puramente jurídicas: o governo iraniano teme infiltração da cultura ocidental por meio da internet. Desde a Revolução Islâmica, em 1979, o país tem se posicionado de forma antagônica ao Ocidente e suas instituições. A experiência iraniana pode servir de inspiração para iniciativas por parte de outros Estados que frequentemente vivenciam choques culturais catalisados pela internet. Diferenças culturais, principalmente em relação a questões de discurso, estão entre as principais forças motrizes da fragmentação da internet³³.

Outros países que desenvolveram intranets nacionais, cujo conteúdo é limitado e o acesso à internet, restrito, incluem Cuba,³⁴ Myanmar³⁵ e Coréia do Norte. Neste último Estado, o número de websites acessíveis se limita a 28,³⁶ a maioria dos quais se restringe a conteúdo favorável ao governo.

3. MECANISMOS DE BLOQUEIO

Para entender a possibilidade de implementação de mecanismos de compartilhamento do espaço da internet de acordo com fronteiras territoriais, primeiro é fundamental compreender o funcionamento básico da camada lógica sobre a qual a internet se sustenta.

A internet, como a conhecemos hoje, utiliza do protocolo TCP/IP³⁷ para encamin-

31 'What is Halal'. Disponível em: <<https://goo.gl/9cvdeR>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

32 BEITER, Katie. 'Iran introduces Halal Internet'. *The Medialine*. Disponível em: <<https://goo.gl/obxtVs>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

33 CHANDER, Anupam, LE, Uyen, 'Data Nationalism'. *Emory Law Journal*, Vol. 64, No. 3, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/vdZ5nC>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017, p. 678-679.

34 PRESS, Larry, 'The state of the Internet in Cuba, 2011'. Disponível em: <<https://goo.gl/fQzQJj>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

35 RHOADS, Christopher, FASSIHI, Farnaz. 'Iran vows to unplug Internet'. *Wall Street Journal*. 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/Za6UIq>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

36 ASHER, Sara. 'What the North Korean Internet Really Look Like', *BBC News*. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/ptc0c9>>. Acesso em 17 de fevereiro de 2017.

37 Do inglês "Transmission Control Protocol/Internet Protocol" ou "Protocolo de Controle de Transmissão/Protocolo de Internet"

har pacotes de dados de ponta a ponta. Toda a comunicação feita pela internet utiliza esses pacotes, seja para visualizar uma página de texto, para trocar mensagens instantâneas ou para realizar uma videoconferência.

Na infraestrutura da rede, há um tipo específico de computador chamado roteador, cujo trabalho é servir de ponto de encontro, ou “nó”, de diferentes conexões (sejam elas cabos de fibra ótica, redes wireless ou antenas de rádio), para então direcionar corretamente os pacotes que por ele passam. A escolha de encapsular todos os pacotes sob um mesmo protocolo (IP) é um dos maiores trunfos da internet, pois permite que diferentes redes, em diferentes estruturas, possam se comunicar livremente.

Os roteadores identificam os computadores destinatários e remetentes a partir de seus endereços IP, que são “estampados” nos pacotes de dados. A partir daí, podem conduzir apropriadamente o tráfego de dados pela rede. Uma analogia comum é a que compara os roteadores de uma rede aos correios e carteiros e os pacotes de dados, às cartas e pacotes. Os correios recebem uma carta ou pacote de um remetente e seus carteiros utilizam da infraestrutura física da cidade para se locomover e entregar a carta.

a. Filtragem de conteúdo e acesso

A filtragem de conteúdo e acesso é um dos principais mecanismos adotados por provedores de acesso e conteúdo, por exigência governamental, ou por opção própria.

O objetivo do uso de mecanismos de filtragem varia enormemente de acordo com a natureza da organização envolvida. Governos geralmente exigem a implementação de mecanismos de filtragem como forma de prevenir atos ilícitos ou de punição desses atos. Empresas o fazem como forma de observar normas de Direito nacional ou como forma de evitar serem chamadas para responder em jurisdições inesperadas. Até mesmo usuários podem optar por usar mecanismos de filtragem com a finalidade de escapar de conteúdos indesejados ou de proteger sua privacidade.

Os mecanismos utilizados também variam muito de acordo com a capacidade técnica ou coercitiva de quem os executa, bem como a eficácia mínima deles exigida. Quaisquer que sejam os meios para filtragem escolhidos, dificilmente terão plena eficiência e uma certa taxa de erros estará sempre presente, podendo até mesmo acarretar efeitos colaterais inesperados ou indesejados. A filtragem pode ser encoberta ou evidente para terceiros.

É importante considerar também que qualquer filtragem deve vir acompanhada de uma base de dados precisa a respeito da informação, destino, origem ou conteúdo que deve ser filtrado. Construir e manter essa base de dados atualizada já exige, por si só, um esforço significativo, na medida em que o volume de informações que permitirão a filtragem pode ser vasto (conforme a amplitude do que se deseja filtrar) e em constante mudança. Os métodos de filtragem aqui abordados levarão em conta um recorte definido dos recursos necessários para a filtragem. Utilizando-se da analogia do carteiro, para que este possa impedir o envio ou recebimento de uma carta, precisará primeiro saber quais endereços estão vetados ou que tipo de pacote não deve ser entregue.

A seguir, são explorados os principais mecanismos de filtragem ou bloqueio uti-

lizados na atualidade³⁸.

b. Filtragem por localização geográfica

Os filtros de localização geográfica (geolocation filtering) são utilizados por provedores de conteúdo que desejam restringir seu site a uma determinada região. Normalmente, a filtragem ocorre por país, podendo, em situações mais complexas, filtrar por cidades ou áreas internas de seu território. Atualmente, há diferentes tecnologias de geolocalização, como geoidentificação - geralmente para adicionar locais a fotos e vídeos - e geobloqueio - empregado usualmente para bloquear conteúdo em diferentes locais. Este estudo não busca analisar a fundo as nuances de cada uma dessas tecnologias, mas sim entender o funcionamento de tecnologias de localização e seu impacto na fragmentação da rede.

A escolha pela localização encontra fundamento, frequentemente, na melhor experiência do usuário, sendo o serviço ou produto projetado para sua localização. Em consequência, altera-se, por exemplo, o idioma em que o site é mostrado, muitas vezes com o redirecionamento a um site local (e.g., os sites www.google.com e www.google.com.br).

Devido aos filtros de localização geográfica, sites como o de streaming Netflix, por exemplo, disponibilizam catálogos de filmes e séries diferentes para cada país. É devido aos filtros que Spotify, Apple Music e Google Play Music podem disponibilizar músicas específicas para os usuários de diferentes países. Os aplicativos disponíveis na App Store e na Play Store também variam de acordo com o país onde se faz a conexão de internet.

Dessa forma, a melhor experiência do usuário é regularmente empregada como prática que permite também a filtragem do conteúdo acessível ao usuário em razão de sua posição geográfica, até porque alguns dos direitos de exibição e reprodução audiovisual dessas obras variam territorialmente, de acordo com as leis de cada país. A filtragem de conteúdo pode ter diversos fundamentos legais: propriedade intelectual, proteção ao consumidor, difamação, censura atrelada a políticas especiais contra discursos de ódio, como divulgação do nazismo, entre outras.

Estando em amplo desenvolvimento no Direito, é importante ressaltar que:

[...] é difícil saber se as normas fortalecerão ou enfraquecerão a influência regulatória das tecnologias de geolocalização. A sociedade ainda não tomou suficientemente partido para que existam normas claras em relação à sua utilização. No entanto, talvez se possa presumir que a maioria dos usuários irá reagir negativamente à discriminação baseada na localização.³⁹

Todavia, iniciativas já podem ser observadas, notadamente a proposta de regulamento acerca do “geobloqueio e outras formas de discriminação baseadas na nacionalidade dos clientes, no local de residência ou no local de estabelecimento no mercado interno”⁴⁰, cujo projeto foi aprovado pela Comissão Europeia e pelo Conselho da União

38 Os termos filtragem e bloqueio são empregados intercambiavelmente neste trabalho, já que assim também são usados na literatura.

39 Tradução livre de “[...] it is difficult to know whether norms will strengthen or weaken the regulatory influence of geo-location technologies. Society has not yet sufficiently clearly taken sides for there to be any clear norms in relation to their use. Nevertheless, it can perhaps be assumed that the majority of users will react negatively to discrimination based on location.” SVANTESSON, Dan Jerker B. *Private International Law and the Internet*. 3. ed. Holanda: Kluwer Law International, p. 543, 2016.

40 Tradução livre de “(...) geo-blocking and other forms of discrimination based on customers’ nationality, place of residence or

Europeia, ao final de novembro de 2016, seguindo para discussão no Parlamento Europeu.⁴¹

Quanto às tecnologias em si, existem técnicas de geolocalização denominadas sofisticadas e não-sofisticadas. As sofisticadas podem ser classificadas como do cliente ou do servidor. Uma tecnologia de geolocalização do lado do cliente é localizada em seu computador ou dispositivo wireless, geralmente empregando o Sistema de Posicionamento Global (GPS, na sigla em inglês) ou pela triangulação das torres de rede próximas. Pelo lado do servidor, traduz-se o número IP por uma localização geográfica.⁴² Essas tecnologias alcançam alto grau de precisão.⁴³

As tecnologias não-sofisticadas, por outro lado, não proporcionam alta precisão, sendo geralmente compostas por informações trocadas entre um computador e um website ou um servidor que hospeda o website. São exemplos dessas informações as configurações de linguagem, de hora/fuso horário, e de localização, que podem ser requeridas por certos sistemas.⁴⁴

Por depender da aplicação de outros mecanismos de bloqueio, a filtragem por localização geográfica não é em si uma ferramenta de bloqueio, mas um facilitador para o bloqueio, usualmente de conteúdo, em diferentes locais.

c. Filtragem por cabeçalho TCP/IP

Um pacote sob o protocolo TCP/IP consiste de um cabeçalho seguido pelos dados que carrega. Esse cabeçalho contém o IP dos computadores de origem e de destino daquele pacote, i.e., quem o enviou e para quem o enviou.

Para impedir que determinado conteúdo seja acessado, ou que dados de qualquer natureza trafeguem entre duas pontas, o roteador pode ser programado para descartar quaisquer pacotes vindos de ou destinados a um determinado endereço IP. Um bloqueio baseado apenas no IP fará com que qualquer serviço hospedado naquele endereço se torne indisponível para a rede.⁴⁵

Note-se que um site pode ter vários nomes de domínio, mas geralmente estará sediado em apenas um endereço de IP. A filtragem por cabeçalho bloqueará o acesso de usuários a todos os nomes de domínio atribuídos àquele IP.

Uma filtragem mais precisa pode ser feita por meio da filtragem das portas, que também estão no cabeçalho. As portas diferenciam serviços em um mesmo IP e é comum que diferentes tipos de aplicações usem portas específicas. Para bloquear apenas tráfego na web, por exemplo, pode-se bloquear a porta 80, enquanto a porta 25 é geralmente utilizada para serviços de e-mail SMTP.

place of establishment within the internal market". UNIÃO EUROPEIA. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC. Disponível em: <<https://goo.gl/u9oh0a>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.

41 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Geo-blocking: Council agrees to remove barriers to e-commerce. Disponível em: <<https://goo.gl/FGv0jV>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2017.

42 Discute-se mais sobre a filtragem pelo endereço IP nos tópicos abaixo.

43 SVANTESSON, Dan Jerker B. *Op.cit.*, p. 523-526.

44 *Idem*, p. 541-542.

45 MURDOCH, Steven, ANDERSON, Ross, Tools and Technology for Internet Filtering.. In: Ronald Deibert, John Palfrey, Rafal Rohozinski, Jonathan Zittrain, eds., *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge: MIT Press, 2008. p. 59

Embora não tenhamos acesso às decisões que ordenaram o bloqueio do WhatsApp no Brasil, por correrem em sigilo, é provável que o método utilizado pelos provedores de acesso e de backbone para impedir o uso do aplicativo por usuários brasileiros tenha envolvido algum nível de filtragem por cabeçalho de TCP/IP.

A filtragem por TCP/IP deve ser conduzida por meio de um provedor de acesso, o que pode resultar em efeitos colaterais indesejados. Constantemente, um provedor de backbone atua internacionalmente e uma decisão que obrigue-o a filtrar pacotes de dados de e/ou para um certo número de IP pode ter consequências sobre outras jurisdições. Esse também foi o caso do bloqueio do WhatsApp no Brasil, que, em 2015, foi sentido em diversos outros países da América Latina, também servidos por um provedor em comum.⁴⁶

Novamente utilizando da analogia dos correios, a filtragem por cabeçalho é como se ao carteiro fosse entregue uma “lista negra” de endereços impedidos e, no momento da entrega, descartasse apenas cartas e pacotes cujo endereço de origem ou destino estivessem nessa lista negra, sem lhe interessar o que está dentro de um pacote ou o que está escrito na carta.

A filtragem por endereço de IP pode ser contornada por usuários com algum conhecimento técnico por meio de Redes Virtuais Privadas (VPNs), que direta ou indiretamente funcionam como um intermediário adicional na comunicação entre usuário e site ou aplicação bloqueado. No uso da VPN, um usuário primeiro se conecta a outra rede, geralmente estrangeira, para então se conectar ao site ou aplicação desejada. O provedor encarregado de conduzir a filtragem receberá pacotes endereçados para ou originários do endereço de IP da VPN e não do site/aplicação que deveria bloquear, sendo incapaz, portanto, de saber se o pacote veio ou vai para um dos endereços que deve filtrar. A quantidade de VPNs disponível para o usuário comum é enorme e seu uso não é ilícito, fazendo com que a simples adição do IP da VPN ao rol de endereços vetados seja desproporcional ou mesmo inviável.

d. Filtragem por conteúdo de pacotes

A filtragem cega de qualquer pacote vindo de ou destinado a um determinado endereço é geralmente considerada uma medida excessiva. São raras as situações em que bloquear completamente o tráfego de um site ou aplicação é ideal ou proporcional no combate ao ato ilícito que se deseja sancionar.⁴⁷

Uma espécie de filtragem mais precisa é a filtragem por conteúdo dos pacotes. Além de examinar o cabeçalho para descobrir de onde veio e para onde vai o pacote, um nóculo da rede pode também inspecionar o conteúdo do pacote e a partir de uma configuração pré-definida de conteúdos indesejados, impedir seu trânsito. A filtragem por conteúdo exige infraestrutura mais sofisticada, uma vez que roteadores convencionais não são originalmente programados para fazer essa inspeção.

Uma das formas de filtragem por conteúdo é conhecida como Deep Packet Inspection e é utilizada principalmente por governos para vigilância e/ou censura das

46 TUDO CELULAR. *Argentina, Chile e outros países são afetados pelo bloqueio do WhatsApp*. 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/XuFrgw>>. Acesso 17 de fevereiro de 2017.

47 MURDOCH, Steven, ANDERSON, Ross, *Tools and Technology for Internet Filtering*, *Op. cit.* p. 59

atividades de seus cidadãos, por meio de sua própria infraestrutura, ou fazendo uso de empresas de segurança. A Agência Nacional de Segurança (NSA, na sigla em inglês) dos Estados Unidos, que se tornou notória após as revelações de Edward Snowden, em 2013, faz uso de Deep Packet Inspection para analisar o conteúdo de todo tipo de pacotes que trafegam por aplicações e provedores nos Estados Unidos⁴⁸. Outros governos, como o chinês, também deliberadamente bloqueiam certos pacotes baseados em seu conteúdo por razões políticas e econômicas: a conhecida ‘Grande Muralha de Fogo da China’, que impede que provedores de conteúdo comuns no Ocidente, como Google e Facebook, sejam normalmente inacessíveis em seu território⁴⁹.

A filtragem por conteúdo é alvo de críticas duríssimas e é considerada uma violação do direito à privacidade e ao princípio da neutralidade da rede, e que o sigilo dos pacotes de dados que trafegam pela internet não devem ser violados.⁵⁰ O Marco Civil da internet proíbe o Deep Packet Inspection com a finalidade de filtragem de conteúdo sem ordem judicial prévia em seu artigo 7º, incisos III e IV.⁵¹ A inspeção de pacotes para filtragem de conteúdo também contraria princípios do decálogo do Comitê Gestor da internet no Brasil, que, em seus princípios I e VI, prima pela privacidade do usuário e pela manutenção da neutralidade da rede.⁵² A Declaração de Princípios de Genebra da Cúpula Mundial para a Sociedade da Informação também reitera a privacidade nas comunicações privadas como um princípio importante para a governança da internet, contribuindo assim para a rejeição da inspeção de pacotes na maioria dos casos.

Deep Packet Inspection e outros tipos de filtragem de conteúdo nem sempre são utilizados a fim de vigilância ou censura. Em alguns casos, podem ser utilizados de forma mais ou menos anonimizada para gerenciamento de tráfego legítimo e Quality of Service⁵³.

e. Rejeição de DNS

Grande parte das comunicações na internet faz uso do Sistema de Nomes de Domínio (DNS, na sigla em inglês) em vez de apenas endereços de IP, especialmente a navegação comum por websites. Por isso, uma forma de se bloquear o acesso a determinados sites ou conteúdos é intervindo no sistema de DNS dos provedores de acesso.⁵⁴

Simplificadamente, quando um usuário digita em seu navegador o endereço URL de um site (e.g. www.google.com), seu computador primeiro envia uma pergunta ao servidor de DNS de seu provedor de acesso (ou outro que o próprio usuário tenha configurado manualmente). O servidor de DNS então verifica qual o número de IP associado àquele URL e o retorna para o usuário, que pode se comunicar diretamente com o

48 DPACKET.ORG. *Deep Security: DISA Beefs up security with Deep Packet Inspection of IP Transmissions*. 30 Out 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/WjoHYy>>. Acesso 05 de fevereiro 2017.

49 EIGN, Ben e EINHORN, Bruce. *The Great Firewall of China*. Business Week. 12 Jan 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/uoD194>>. Acesso 05 de fevereiro 2017.

50 FUCHS, Cristian. Implications of Deep Packet Inspection (DPI) Internet Surveillance for Society. *The Privacy & Security Research Paper Series*, Issue # 1 Uppsala, Centre for Science, Society & Citizenship. 2013.

51 BRASIL. *Lei nº 12965, 23 de Abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/t93wcy>>. Acesso em 05 de Fevereiro de 2017.

52 O decálogo do CGI estabelece em seu princípio primeiro: “O uso da Internet deve guiar-se pelos princípios de liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática.”, em seu princípio sexto ‘Filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento”.

53 O quality of service será explicado posteriormente no tópico 4.

54 MURDOCH, Steven, ANDERSON, Ross, *Tools and Technology for Internet Filtering*, Op. cit. p. 61

site ou aplicação por meio do número de IP.

Assim, é possível que o provedor de acesso filtre a navegação do usuário nesta fase de resolução, retornando ao usuário um número de IP inválido toda vez que certos URLs sejam solicitados. Essa forma de filtragem é relativamente fácil de ser burlada, pois basta que o usuário configure seu computador para acessar um servidor de DNS diferente do padrão utilizado pelo provedor para que volte a navegar normalmente. O servidor DNS da Google, por exemplo, é amplamente utilizado.

Um dos julgados de maior repercussão mundial no que diz respeito a mecanismo de filtragem por DNS é, sem dúvida, o proveniente do caso *LICRA v. Yahoo!*, de 2000⁵⁵. Com a decisão de um tribunal francês, o Yahoo! foi proibido de anunciar leilões de produtos de memorabilia nazista, vez que tal prática é proibida por lei na França, apesar da alegação de que esses leilões ocorreriam em jurisdição dos Estados Unidos da América, já que os servidores se encontravam em território norte-americano. Todavia, os leilões eram abertos a participantes de qualquer país.

Outra alegação mantida pelo Yahoo! argumentou pela incapacidade técnica de cumprimento do bloqueio, ao que a corte francesa respondeu com a convocação de experts, para que opinassem sobre os mecanismos mais adequados. O método apontado foi o de bloqueio por DNS, que permitiria identificar os usuários franceses. Em vez de protocolar recurso na França, o Yahoo! Inc. ajuizou uma ação nos Estados Unidos, alegando que a decisão da justiça francesa não era válida no território norte-americano por violar a Primeira Emenda da Constituição, que garante o direito à liberdade de expressão. Em decisão da corte superior não revertida pela Suprema Corte, a justiça dos Estados Unidos não firmou jurisdição sobre as partes francesas, e o caso teve forte repercussão contra o Yahoo!.

Outro caso de significativa importância ocorreu em outubro de 2016, quando um ataque distribuído de negação de serviço (Distributed Denial of Service - DDoS, na sigla em inglês) atingiu a empresa norte-americana Dyn, impactando o sistema de DNS. Como resultado, milhões de pessoas não obtiveram acesso a vários websites como Twitter, Spotify, Netflix e PayPal, já que o sistema da empresa foi sobrecarregado por pedidos de acesso.⁵⁶ Nota-se, por último, que não se sabe ao certo quem e o que motivou o ataque, mas resta o ataque efetuado sobre um serviço basilar da internet pelo provedor de DNS.

4. NEUTRALIDADE DE REDE

Quando se fala em governança da internet, um importante tópico está sempre presente nas discussões: a neutralidade da rede. Trata-se de um princípio que surgiu no início do século XXI, e tem como um de seus principais teóricos o acadêmico norte-americano Tim Wu, professor da Columbia Law School. Segundo o *The Net Neutrality Compendium*:

55 FRANÇA. Tribunal de grande instance. *Ligue contre le racisme et l'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France (LICRA v. Yahoo!)*.

56 Esse caso demonstrou ademais as falhas de segurança atualmente exploráveis no chamado “internet of things” ou internet das coisas, que integra objetos como portas, relógios, máquinas de café, etc., à rede. Ver HILTON, Scott. *Dyn Analysis Summary Of Friday October 21 Attack*. Disponível em: <<https://goo.gl/jpUjKS>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2017.

A Neutralidade da Rede prescreve que o tráfego de dados na Internet deve ser tratado de maneira não discriminatória, para que os usuários da mesma possam escolher livremente o conteúdo, os aplicativos, os serviços e os dispositivos utilizados, sem ser influenciados por uma disponibilização discriminatória do tráfego de dados na Rede⁵⁷.

Segundo os defensores da neutralidade da rede, esse princípio é responsável por fazer com que a internet continue sendo uma rede com arquitetura aberta, em que usuários podem consumir, produzir e compartilhar todo tipo de conteúdo entre eles. A neutralidade da rede preserva, desse modo, a integridade da internet.

Há pelo menos três formas de discriminar um conteúdo ou aplicação na internet: bloqueando, reduzindo sua velocidade ou cobrando preços diferentes de acesso. Para ilustrar essa situação, imagine um país que não protege a neutralidade da rede. Nele, empresas provedoras de acesso têm permissão para fornecer planos de internet com acesso a sites específicos, semelhante ao que ocorre nos canais fechados de televisão, em que usuários compram pacotes com acesso apenas à canais de esportes, de filmes, de culinária ou de notícias, por exemplo. Uma provedora de acesso poderia oferecer um pacote de internet mais barato com acesso aos principais sites do mundo. Porém, sites de empresas nascentes na internet, as startups, ou conteúdos relacionados à disseminação de cultura poderiam ficar em um pacote mais caro, o que prejudicaria as jovens empresas, além de impedir o acesso à educação. Além disso, nesse país, o governo teria autoridade para bloquear qualquer tipo de conteúdo que julgasse indesejável para o acesso de sua população.

Existem aqueles que defendem que a neutralidade é prejudicial ao consumidor e à internet. Eles alegam que a neutralidade da rede impede que consumidores escolham e comprem acesso apenas aos sites que de fato desejam, sendo obrigados a pagar por acesso a tipos de conteúdo que raramente, senão nunca, consomem. Somado a isso, os que são contrários à neutralidade da rede alegam que esse princípio prejudica a internet, pois a rede mundial de computadores não possui estrutura para fornecer acesso ilimitado aos seus 3 bilhões de usuários. Caso não exista discriminação de conteúdo, a mesma poderá, em um futuro próximo, entrar em colapso.

Devido às polêmicas intrínsecas ao tema, a neutralidade da rede é alvo de frequente debates nos países que buscam legalizá-la. Países latino-americanos são considerados referência em matéria de governança da internet e proteção ao princípio da neutralidade da rede. Brasil (Marco Civil da Internet - Lei 12.965)⁵⁸, Chile (Lei Geral de

57 Tradução livre de: “*Network neutrality prescribes that Internet traffic shall be treated in a non-discriminatory fashion so that Internet users can freely choose online content, applications, services and devices without being influenced by discriminatory delivery of Internet traffic*”. BELLI, Luca; FILIPPI, Primavera De. *The Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*. P. 3. 1ª ed. Suíça: Springer, 2016.

58 “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: [...] IV - preservação e garantia da neutralidade de rede”. BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/C7K19>>. Acesso em 6 de fevereiro de 2017.

Telecomunicações - Lei 18.168)⁵⁹ e Argentina (Lei Argentina Digital - Ley 27.078)⁶⁰ foram pioneiros na proteção desse princípio.

Nos Estados Unidos, a neutralidade da rede é alvo de frequentes debates entre as grandes corporações associadas à internet e setores da sociedade civil. A Comissão Federal de Comunicação Norte Americana (FCC) se posiciona a favor da neutralidade da rede, tendo aprovado, em fevereiro de 2015, *The FCC's Open Internet Rules*, isto é, As Regras da FCC para Internet Aberta. Esse regulamento apresenta importantes disposições, impedindo o bloqueio, a discriminação e a priorização de conteúdos.

De acordo com *The FCC's Open Internet Rules*, os provedores de acesso não podem bloquear o acesso a conteúdo legal, a aplicativos, a serviços ou a dispositivos que não sejam considerados prejudiciais. Os provedores de acesso não podem prejudicar ou degradar o tráfego legal da internet com base em conteúdo, aplicativos, serviços ou dispositivos não prejudiciais. E os provedores de banda larga não podem favorecer algum tráfego lícito da internet em detrimento de outros tráfegos legais em troca de qualquer tipo de consideração. Entretanto, o Congresso Norte-Americano ainda não legislou acerca do tema, fazendo com que o *The FCC's Open Internet Rules* não tenha eficácia de lei.⁶¹

Na Europa, em 2015, o Parlamento Europeu aprovou o Regulamento (UE) 2015/2120, que estabelece medidas respeitantes ao acesso à internet aberta⁶². Em seu ponto (1):

O presente regulamento tem por objetivo estabelecer regras comuns para garantir o tratamento equitativo e não discriminatório do tráfego na prestação de serviços de acesso à Internet e os direitos dos utilizadores finais relacionados com essa prestação. O presente regulamento visa proteger os utilizadores finais e garantir, simultaneamente, o funcionamento contínuo do ecossistema da Internet como motor de inovação. As reformas introduzidas no domínio da itinerância deverão inculcar nos utilizadores finais a confiança necessária para permanecerem conectados quando viajarem na União e, com o tempo, deverão impulsionar a convergência dos preços e de outras condições na União⁶³.

59 “Artigo 24 I.- Para a proteção dos direitos dos usuários da internet, o Ministério, por meio da Subsecretaria, sancionará as infrações às obrigações legais ou regulamentos associados à implantação, operação e funcionamento da neutralidade da rede que impeçam, dificultem ou, de qualquer forma, ameacem o desenvolvimento ou o legítimo exercício dos direitos que dela derivam, em que incorram tanto os concessionários de serviço público de telecomunicações que prestam serviço a provedores de acesso a internet, como também estes últimos, em conformidade com o disposto no procedimento contemplado no artigo 28 bis da Lei N° 18.168, *General de Telecomunicaciones*.” Tradução livre de: “*Artículo 24 I.- Para la protección de los derechos de los usuarios de Internet, el Ministerio, por medio de la Subsecretaria, sancionará las infracciones a las obligaciones legales o reglamentarias asociadas a la implementación, operación y funcionamiento de la neutralidad de red que impidan, dificulten o de cualquier forma amenacen su desarrollo o el legítimo ejercicio de los derechos que de ella derivan, en que incurran tanto los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a proveedores de acceso a Internet como también éstos últimos, de conformidad a lo dispuesto en el procedimiento contemplado en el artículo 28 bis de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones.*” CHILE. *Ley 18.168. Ley General de Telecomunicaciones*. Disponível em: <<https://goo.gl/ZaDRFY>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

60 “ARTIGO 56. – Neutralidade da rede. É garantido para cada usuário o direito de acessar, utilizar, enviar, receber ou oferecer qualquer conteúdo, aplicação, serviço ou protocolo através da Internet, sem qualquer restrição, discriminação, distinção, bloqueio, interferência, entorpecimento ou degradação.” Tradução livre de: “*ARTÍCULO 56. — Neutralidad de red. Se garantiza a cada usuario el derecho a acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de Internet sin ningún tipo de restricción, discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación.*” ARGENTINA. *Ley 27.078. Ley Argentina Digital*. Disponível em: <<https://goo.gl/qGzigf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

61 FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION. *Open Internet*. Disponível em: <<https://goo.gl/sRH0NZ>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

62 Parlamento Europeu aprova neutralidade da rede e extingue roaming entre países do bloco. *O Globo*, Amsterdã, 03 de abril de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/KZOSQD>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

63 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015 que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) n° 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União. P. 1. *Jornal Oficial da União Europeia L 310/1*, de 26 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/xloHrF>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

Já em 30 de agosto de 2016, o Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas (BEREC)⁶⁴ publicou as Linhas de Orientação às Autoridades Reguladoras Nacionais (ARN)⁶⁵, uma diretiva⁶⁶ que estabelece regras a serem seguidas para implementação da neutralidade da rede no continente. A Diretiva impõem limitação rígidas à prática do zero-rating, além de proibir o gerenciamento de tráfego, exceto quando há necessidade do Quality of Service.⁶⁷

Sendo contra ou a favor desse conceito, é inegável a importância da neutralidade de rede como ferramenta na luta pela manutenção da integridade da internet. Caso esse princípio seja respeitado, Estado e empresas provedoras de acesso não poderão discriminar conteúdo com base em critérios políticos e/ou econômicos.

Para entender o impacto de programas e aplicativos no contexto do fracionamento ou fragmentação do espaço da internet, levando em consideração o princípio da neutralidade da rede, as análises do aplicativo Free Basics e das práticas conhecidas como zero-rating e quality of service são fundamentais.

a. Free Basics

O Free Basics, inicialmente denominado de Internet.org, é um projeto desenvolvido pela rede social Facebook em parceria com as empresas Samsung, Ericsson, MediaTek, Opera Software, Nokia and Qualcomm, que surgiu no ano de 2013. Segundo o site:

O Free Basics by Facebook fornece às pessoas acesso a serviços úteis em seus celulares, em mercados nos quais o acesso à Internet pode ser mais caro. Os sites estão disponíveis gratuitamente sem cobranças de dados e incluem conteúdo como notícias, empregos, saúde, educação e informações locais. Ao apresentar às pessoas os benefícios da Internet por meio desses sites, esperamos incluir mais pessoas online e ajudar a melhorar suas vidas.⁶⁸

Esse projeto foi desenvolvido com o objetivo de fornecer acesso gratuito à internet para as populações mais carentes do planeta. Para isso, além da infraestrutura usual necessária para acessar a rede mundial de computadores (por exemplo, a fibra ótica), drones também estão sendo utilizados para alcançar as regiões mais inacessíveis.⁶⁹ Para utilizar a internet por meio do programa, é fundamental que os usuários possuam um aparelho com wi-fi para baixar o aplicativo Free Basics. Esse aplicativo possui um navegador de internet, com acesso a sites selecionados pelo Facebook e por empresas parceiras.

64 O BEREC é uma agência da União Europeia (UE) que presta serviços de apoio administrativo e profissional ao Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas. O BEREC vela pela aplicação uniforme da legislação relevante da UE, a fim de garantir o correto funcionamento mercado único das comunicações eletrônicas da UE. UNIÃO EUROPEIA. *Gabinete do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas*. Disponível em: <<https://goo.gl/KHwM0p>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

65 BEREC. *Comunicado de imprensa: O BEREC publica Linhas de Orientação sobre neutralidade de rede (net neutrality)*, de 30 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/gPL2bb>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

66 Uma «diretiva» é um ato legislativo que fixa um objetivo geral que todos os países da UE devem alcançar. Contudo, cabe a cada país elaborar a sua própria legislação para dar cumprimento a esse objetivo. UNIÃO EUROPEIA. *Regulamentos, diretivas e outros atos legislativos*. Disponível em: <<https://goo.gl/WEfbXI>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

67 BEREC. *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. Disponível em: <<https://goo.gl/jwjwhI>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

68 *Free Basics by Facebook*. Disponível em: <<https://goo.gl/bcPVMz>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

69 Mark Zuckerberg anuncia drones para Free Basics. *Soluciones Telcel*, 26 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/QOJ08j>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

O modo como o Free Basics funciona polarizou as discussões entre acadêmicos, setores da sociedade civil e governos. Os que discordam do programa alegam que ele fere gravemente o princípio da neutralidade da rede, já que, ao fornecer acesso apenas a sites previamente selecionados, está fragmentando o espaço virtual. Além disso, o Free Basics poderia tanto alienar os novos usuários, já que os mesmos teriam uma visão “parcial” da internet, quanto utilizar os dados dos usuários de forma ilimitada. Entretanto, os que concordam com o programa argumentam que ele evidencia preocupação com setores marginalizados da sociedade, já que pessoas em situação de miséria só poderiam acessar a internet por meio do Free Basics. Somado a isso, seus defensores alegam que o programa funciona como um incentivo, demonstrando os benefícios da internet para aqueles que não estão inclusos no meio virtual.

Até o presente momento, o Free Basics está presente em mais de cinquenta e três países, divididos entre África, América Latina (o Facebook planeja trazer para o Brasil em um futuro próximo⁷⁰), Ásia e Oriente Médio. Entretanto, governos da Índia⁷¹ e do Egito,⁷² que inicialmente permitiram o aplicativo em seus territórios, proibiram a utilização do mesmo no ano de 2016.

b. Zero-rating

A prática do zero-rating também pode ser considerada uma ameaça à integridade da internet. Segundo o BEREC:

Zero-rating é quando um ISP [provedor de acesso à internet] aplica um preço zero ao tráfego de dados associado a um aplicativo ou classe particular de aplicativos (e os dados não contam para qualquer limite de dados no serviço de acesso à Internet)⁷³.

Para exemplificar essa prática, imagine uma empresa provedora de acesso à internet, que fornece, por exemplo, acesso grátis ao aplicativo de mensagens WhatsApp, mas cobra pelo acesso aos aplicativos semelhantes concorrentes, como Telegram ou WeChat. Essa situação, além de representar concorrência desleal, também fragmenta a internet, ao induzir o usuário a utilizar determinado aplicativo somente por este não cobrar da franquia de internet.

Na América Latina, Brasil, Argentina e Chile destacam-se na luta para coibir o zero-rating. No Brasil, o Decreto nº 8.771, em seus artigos 9º e 10, apresenta disposições

70 Facebook está preparando lançamento do Free Basics no Brasil. *Canaltech*, 14 de abril de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/vRT9ff>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

71 GARATTONI, B. Índia proíbe novo serviço do Facebook; veja por que. *Super Interessante*, 22 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/glwDKY>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

72 Programa de internet gratuito é proibido no Egito. *O Globo*, Cairo, 30 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/xSBTrB>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

73 Tradução livre de: “‘Zero-rating’ is when an ISP applies a price of zero to the data traffic associated with a particular application or class of applications (and the data does not count towards any data cap in place on the internet access service).” BEREC. *What is zero-rating?* Disponível em: <<https://goo.gl/4MAvqd>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

que proíbem expressamente essa prática⁷⁴. Já a Argentina (Lei Argentina Digital)⁷⁵ e o Chile (Lei Geral de Telecomunicações)⁷⁶ proíbem, de forma indireta o zero-rating.

Além dos países latino-americanos, Índia e Europa têm trabalhado para proibir o zero-rating. O país asiático proibiu, por meio de sua agência de telecomunicações (Telecom Regulatory Authority of India), a discriminação tarifária com base em conteúdos acessados pelos usuários⁷⁷. No continente europeu, o BEREC apresentou, em suas Linhas de Orientação publicadas no ano de 2016, diretivas que restringem a prática do zero-rating⁷⁸. Entretanto, o documento permite interpretações diversas ao argumentar que há diferentes tipos de zero-rating, devendo as autoridades nacionais avaliar se ele mesmo prejudica o consumidor e o ecossistema de inovação da internet.⁷⁹

É importante salientar, por fim, que o zero-rating não se confunde com o quality of service. O primeiro diz respeito a uma discriminação tarifária entre aplicativos semelhantes, ao passo que o segundo diz respeito a uma discriminação de dados entre aplicativos de classes distintas.

74 “Art. 9º Ficam vedadas condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que: I - comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País; II - priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais; ou III - privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico. Art. 10. As ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória.” BRASIL. *Decreto Nº 8.771, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: <<https://goo.gl/5Dikve>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

75 “ARTIGO 57. - *Neutralidade da rede. Proibições.* Os prestadores de Serviços de TIC [Tecnologia da informação e conteúdo] não poderão: a) Bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar ou restringir a utilização, envio, recebimento, oferecimento ou acesso a qualquer conteúdo, aplicação, serviço ou protocolo, salvo ordem judicial ou expressa solicitação do usuário”. Tradução livre de: “ARTÍCULO 57. - *Neutralidad de red. Prohibiciones.* Los prestadores de Servicios de TIC no podrán: a) Bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar o restringir la utilización, envío, recepción, ofrecimiento o acceso a cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo salvo orden judicial o expresa solicitud del usuario.” ARGENTINA. *Ley 27.078. Ley Argentina Digital*. Disponível em: <<https://goo.gl/qGzif>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

76 “Artigo 24 H.- Às concessionárias de serviços público de telecomunicações que prestam serviço aos provedores de acesso a Internet e também estes últimos; entendida como tal, toda pessoa natural ou jurídica que preste serviços comerciais de conectividade entre os usuários ou as suas redes e da Internet: a) Não podem arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, impedir ou restringir o direito de qualquer usuário da Internet para utilizar, enviar, receber ou oferecer qualquer conteúdo, aplicação ou serviço legal através da Internet, assim como qualquer outro tipo de atividade ou uso legal realizado através da rede. A este respeito, deverão oferecer a cada usuário um serviço de acesso a Internet ou de conectividade ao provedor de acesso à Internet, segundo corresponda, que não distinga arbitrariamente conteúdos, aplicações ou serviços, baseados na fonte de origem ou propriedade destes, havendo em conta as distintas configurações de conexão a Internet segundo o contrato vigente com os usuários.” Tradução livre de: “*Artículo 24 H.- Las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet y también estos últimos; entendiéndose por tales, toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet: a) No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios.*” CHILE. *Ley 18.168. Ley General de Telecomunicaciones*. Disponível em: <<https://goo.gl/ZaDRFY>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

77 SANTOS, Vinicius W.O. Como a Índia banuiu o zero rating. *Observatório da Internet no Brasil*, 11 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Go1wBE>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

78 “Uma oferta de zero rating onde todas as aplicações são bloqueadas (ou têm velocidade reduzida) quando atingido o limite de dados com exceção da aplicação em zero rating infringe o Artigo 3(3) primeiro (e terceiro) sub parágrafos (ver parágrafo 55)”. Tradução livre de: “41. A zero-rating offer where all applications are blocked (or slowed down) once the data cap is reached except for the zero-rated application(s) would infringe Article 3(3) first (and third) subparagraph (see paragraph 55)”. BEREC. BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules. P. 11. Disponível em: <<https://goo.gl/jwvwHl>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

79 BEREC. BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules. p. 11-12. Disponível em: <<https://goo.gl/jwvwHl>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

c. Quality of service

O *quality of service*, ou *qualidade de serviço*, é uma forma de discriminação de dados utilizada por provedores de acesso. O *qualidade de serviço* discrimina dados de pacotes com conteúdos diferentes, em benefício do melhor funcionamento da internet para o usuário.

Imagine a hipótese em que um usuário está assistindo um filme na Netflix em sua Smart TV e outro usuário, da mesma residência (portanto, mesmo IP), está enviando e-mail utilizando seu celular. Considerando essa situação, o filme deve ter uma prioridade sobre o e-mail, pois um atraso de dez ou doze segundos no recebimento deste não é algo ruim para o usuário, já que um e-mail não é uma mensagem com caráter de urgência. Entretanto, um atraso de dez ou doze segundos na reprodução do filme é algo que certamente irá frustrar o usuário.

Provedores de acesso priorizam os dados do filme em benefício dos dados do e-mail, para que haja um serviço com maior qualidade. Essa prática não é considerada ruim, já que mantém o bom funcionamento da internet.

No Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei 12.965)⁸⁰ e o Decreto Nº 8.771⁸¹ preocuparam-se em não proibir o *quality of service*. É importante salientar que a lei brasileira entende o *quality of service* como uma prática de exceção, ou seja, para situações excepcionais, em que exista tráfego intenso na rede. Entretanto, a tendência, para o futuro, é que esta prática seja utilizada com maior frequência, pois 50% das residências brasileiras já possuem acesso à internet⁸². Com maior número de usuários com integrados à rede mundial de computadores no país, faz-se essenciais práticas que otimizem a navegação, além de necessárias melhorias na estrutura física da internet.

5. INTERNET E ESTADOS

Assim como não há governo global, também não existe um tribunal internacional para a internet, dedicado a resolver controvérsias advindas da rede, ou uma convenção a respeito da governança da internet. A resolução pacífica de controvérsias que têm natureza nas relações da internet apresenta, pois, grandes desafios aos Estados. Em busca de soluções, muitas vezes são empregados métodos alternativos de resolução de conflitos, ou mecanismos extrajudiciais.⁸³ Quando acionado o Poder Judiciário, perce-

80 Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação. § 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no [inciso IV do art. 84 da Constituição Federal](#), para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de: I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações. BRASIL. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/C7K19J>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

81 Art. 4º A discriminação ou a degradação de tráfego são medidas excepcionais, na medida em que somente poderão decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações ou da priorização de serviços de emergência, sendo necessário o cumprimento de todos os requisitos dispostos no [art. 9º, § 2º, da Lei nº 12.965, de 2014](#). BRASIL. *Decreto Nº 8.771, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: <<https://goo.gl/5Dikve>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

82 GOMES, Helton Simões. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. *G1*, São Paulo, 06 de abril de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/SZZpcj>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

83 BYGRAVE, Lee A. e MICHAELSEN, Terje. *Governors of internet*. In: BYGRAVE, L. A.; BING, J. (eds.). *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 92–93.

be-se que novas regras são criadas, especiais ao contexto online. Ainda assim, também é comum a reformulação de normas que, ainda que precedentes às novas tecnologias, podem ser transplantadas, caso averiguado que são adequadas - geralmente, essas normas tratam de situações jurídicas que existem tanto no mundo offline quanto no online, como e.g. um contrato de compra e venda.

Para mais, uma das principais características da internet é a sua interoperabilidade, nomeadamente as funções estruturais que permitem a conectividade e operabilidade de redes e aparelhos distintos. Essa característica, porém, não pode ser considerada resultante dos esforços de Estados. Ainda que os países de fato estabeleçam regras e princípios para a regulação da internet, a interoperatividade é aspecto estrutural e fundamental para a funcionalidade na internet. Em qualquer lugar do mundo, protocolos como TCP/IP ou padrões como HTML, por exemplo, funcionam da mesma forma, garantindo interconectividade e padronização aos usuários e mantenedores da rede. A ausência de interoperatividade, portanto, leva à ausência de interconectividade, que, em seu turno, afeta a capacidade de criar conexões de variados tipos - conexões que são responsáveis por fazer a internet funcionar como tal.

A noção de interoperabilidade jurídica desponta como um possível meio para solucionar conflitos da rede e harmonizar os regimes jurídicos em diferentes territórios nacionais, evitando assim maior fragmentação da internet. O termo tem origem recente em face da expansão da internet e dos desafios que esta impõe aos ordenamentos jurídicos. Representa, contudo, uma ideia antiga: a da cooperação entre diferentes jurisdições, tornando as regras jurídicas mais harmônicas a fim de facilitar a comunicação a nível global, estimular inovação e reduzir custos em operações transfronteiriças.⁸⁴

No âmbito procedimental, interoperabilidade jurídica pode ser desenvolvida com o emprego de participação multissetorial (*multi-stakeholder participation*) e aumento da transparência pública. Outro modo de alcançar a interoperabilidade se dá por meio do Direito Internacional Privado, que estipula regras sobre conflitos de leis - ou seja, qual a lei aplicável ao caso concreto. Todavia, as regras providas pelo Direito Internacional Privado não indicam a resposta ao caso - a solução almejada pelas partes - mas apenas apontam a lei aplicável, consistindo, então, de influência indireta na interoperabilidade jurídica.⁸⁵

Quanto ao âmbito material, pode-se citar a Diretiva 2000/31/EC, que trata sobre o comércio eletrônico no mercado único digital europeu.⁸⁶ Outro exemplo de documento que harmoniza regras materiais é a Convenção sobre o Cibercrime, também conhecida como Convenção de Budapeste, do Conselho da Europa.⁸⁷ No resto do mundo, a interoperabilidade jurídica ainda se apresenta incipiente em matéria de internet, mas é possível mencionar a União Internacional de Telecomunicações (UIT), a *Internet Engineering Task Force* e a *World Wide Web Consortium* como importantes centros de harmonização e padronização de regras.⁸⁸

84 WEBER, Rolf H. Legal Interoperability as a Tool for Combatting Fragmentation. *Global Commission on Internet Governance*, Paper Series: No. 4, Dez 2014, p. 5-6. Disponível em: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no4.pdf>. Acesso em: 27/01/2017.

85 WEBER, Rolf H. Legal Interoperability as a Tool for Combatting Fragmentation. *Op.cit.*, p. 6.

86 UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000* relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (Directiva sobre o comércio eletrônico). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 178, 17 de Julho de 2000, p. 1-16. Disponível em: <<https://goo.gl/4NWod4>>. Acesso em: 11/02/2017.

87 CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o Cibercrime*. Budapeste, Nov 2001.

88 WEBER, Rolf H. Legal Interoperability as a Tool for Combatting Fragmentation. *Op.cit.*, p. 7-8.

De maneira geral, Estados podem agir causando fragmentação da internet de diversas maneiras, que foram exploradas ao longo deste estudo. Seus motivos são ainda mais diversos e podem até mesmo estar fundamentados em segurança e interesse nacional, que frequentemente representam razões pelas quais Estados podem agir sem transparência pública. Sendo assim, a implantação de mecanismos de bloqueio pode passar despercebida à população em geral - mesmo em face do direito fundamental à liberdade de expressão, assentado em diversos tratados internacionais e constituições nacionais, mais notadamente o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁸⁹

De resto, percebe-se que a criação de “fronteiras” na internet surgiu primeiro de forma *bottom-up*,⁹⁰ já que partiu da iniciativa de usuários em busca de melhor experiência, baseada na localização geográfica. No entanto, os países passaram a exercer, de maneira *top-down*,⁹¹ influência sobre o controle das comunicações com o exterior.⁹² Assim, a tendência recente tem sido o aumento de limites territoriais na internet, o que importa no perigo de fragmentação da rede.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle da internet ganhou importância proporcional a sua expansão e adquiriu novos contextos no mundo globalizado. Neste trabalho, abordamos as principais formas de bloqueio empregadas na atualidade, que são colocadas em prática por autoridades governamentais, entidades privadas ou pessoas físicas com distintas finalidades. Para entender essas formas de bloqueio e o crescente ciberativismo contrários a elas, a análise do conceito de neutralidade da rede, assim como feita neste trabalho, é fundamental. Além disso, procuramos entender o uso de tecnologias de geolocalização, que cresce abruptamente, seja em razão da melhor personalização da experiência do usuário, tornando o conteúdo mais adaptado ao seu local de acesso, seja em decorrência de tentativas de controlar o conteúdo presente na internet.

Paralelamente ao desenvolvimento da internet, os ordenamentos jurídicos esforçam-se para regular o uso das novas tecnologias. A adoção de mecanismos razoáveis e proporcionais, que respeitam os direitos humanos e as características essenciais da rede, particularmente no que tange aos riscos de sua fragmentação, é imperativa para o funcionamento regular e a expansão da internet no mundo. Afinal, o Direito busca proteger contra casos excepcionais, mas o deve fazer sem generalizar as soluções para além da incidência que o justifique. Isto é, não se deve trivializar práticas abusivas.

Além do ciberativismo contra a fragmentação da internet e do desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos de cada Estado, surgem os grupos que desejam moldar a internet à sua vontade. Esses grupos, normalmente ligados a multinacionais provedoras de acesso e conteúdo, procuram, por meio da fragmentação da internet, maximizar seus

89 “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.” ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://goo.gl/ooOzZR>>. Acesso em: 19/02/2017.

90 De maneira geral, entende-se por *bottom-up* os processos ou mecanismos que partem dos níveis inferiores para atingir os mais superiores, por exemplo, como em uma iniciativa de determinada população que apresenta proposta aos governantes.

91 Simplificadamente, *top-down* detém o sentido inverso de *bottom-up*, ou seja, diz respeito a práticas que partem dos níveis mais altos e sofisticados, como governos e organizações internacionais.

92 GOLDSMITH, Jack e WU, Tim. *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 49-50.

lucros e influência junto a cada usuário. Comumente, essa maximização do lucro está associada a serviços deficientes. Portanto, é necessário que todos os setores que integram a internet entendam minimamente sobre seu funcionamento, para que possam defender seus próprios interesses e lutar pelos seus direitos.

7. REFERÊNCIAS

a. Livros, artigos e teses

BELLI, Luca; DE FILIPPI, Primavera De. *The Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*. 1ª ed. Suíça: Springer, 2016.

BYGRAVE, Lee A. e MICHAELSEN, Terje. Governors of internet. In: BYGRAVE, L. A.; BING, J. (eds.). *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

GOLDSMITH, Jack e WU, Tim. *Who Controls the Internet?: Illusions of a Borderless World*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

LESSIG, Lawrence. *Code v2.0*. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

SVANTESSON, Dan Jerker B. *Private International Law and the Internet*. 3ª ed. Holanda: Kluwer Law International, 2016.

ALVES, Sergio, Jr., The Internet Balkanization Discourse Backfires, SSRN Electronic Journal. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2498753>> Acesso em 17/02/2017.

FARIS, Robert, VILLENEUVE, Nart, Measuring Global Internet Filtering. In: Ronald Deibert, John Palfrey, Rafal Rohozinski, Jonathan Zittrain, eds., *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge: MIT Press, 2008

HILL, Jonah Force. A Balkanized Internet?: The Uncertain Future of Global Internet Standards. *Georgetown Journal of International Affairs*. 2012

LEE, Jyh-An e LIU, Ching-Yi, Forbidden City Enclosed by the Great Firewall: The Law and Power of Internet Filtering in China. *Minnesota Journal of Law, Science, and Technology*, Vol. 13, No. 1, 2012.

LEE, Jyh-An, LIU, Ching-Yi, LI, Weiping, Searching for Internet Freedom in China: A Case Study on Google's China Experience. *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 31, No. 2, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2243205>> Acesso em 07/02/2017.

LEONARDI, Marcel. Controle de conteúdos na Internet: filtros, censura, bloqueio e tutela. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <<https://goo.gl/rndS2V>>. Acesso em 30 de janeiro 2017.

MURDOCH, Steven, ANDERSON, Ross, Tools and Technology for Internet Filtering.. In: Ronald Deibert, John Palfrey, Rafal Rohozinski, Jonathan Zittrain, eds., *Access Denied: The Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge: MIT Press, 2008.

WEBER, Rolf H. Legal Interoperability as a Tool for Combatting Fragmentation. *Global Commission on Internet Governance*, Paper Series: No. 4, Dez 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/QAT6RT>>. Acesso em: 27/01/2017.

b. Legislação e outros materiais de referência

ARGENTINA. *Ley 27.078. Ley Argentina Digital*. Disponível em: <<https://goo.gl/qGzigf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

BEREC. *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. Disponível em: <<https://goo.gl/jwjwhl>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

_____. *Comunicado de imprensa: O BEREC publica Linhas de Orientação sobre neutralidade de rede (net neutrality)*, de 30 de agosto de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/gPL2bb>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

_____. *What is zero-rating?* Disponível em: <<https://goo.gl/4MAvqd>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

_____. *Decreto Nº 8.771, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: <<https://goo.gl/5Dikve>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

_____. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <<https://goo.gl/C7Kl9j>>. Acesso em 6 de fevereiro de 2017.

CHILE. *Ley 18.168. Ley General de Telecomunicaciones*. Disponível em: <<https://goo.gl/ZaDRFY>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção sobre o Cibercrime*. Budapeste, Nov 2001.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Geo-blocking: Council agrees to remove barriers to e-commerce*. Disponível em: <<https://goo.gl/FGv0jv>>. Acesso em: 12/02/2017.

Facebook está preparando lançamento do Free Basics no Brasil. *Canaltech*, 14 de abril de 2016. Disponível: <<https://goo.gl/vRT9ff>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

Federal Communications Commission. *Open Internet*. Disponível em: <<https://goo.gl/sRHoNZ>>. Acesso em 06 de fevereiro de 2017.

Free Basics by Facebook. Disponível em: <<https://goo.gl/bcPVMz>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

GARATTONI, B. Índia proíbe novo serviço do Facebook; veja por que. *Super Interessante*, 22 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/gjwDKY>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

GOMES, Helton Simões. Internet chega pela 1ª vez a mais de 50% das casas no Brasil, mostra IBGE. *G1*, São Paulo, 06 de abril de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/SZZpcj>>. Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

Mark Zuckerberg anuncia drones para Free Basics. *Soluciones Telcel*, 26 de fevereiro de

2016. Disponível em: <<https://goo.gl/QOJ08j>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://goo.gl/ooOzZR>>. Acesso em: 19/02/2017.

Parlamento Europeu aprova neutralidade da rede e extingue roaming entre países do bloco. *O Globo*, Amsterdã, 03 de abril de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/KZOSQD>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

Programa de internet gratuito é proibido no Egito. *O Globo*, Cairo, 30 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/xSBTrB>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

SANTOS, Vinicius W.O. Como a Índia banuiu o zero rating. *Observatório da Internet no Brasil*, 11 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Go1wBE>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000 relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno (Directiva sobre o comércio eletrônico). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, L 178, 17 de Julho de 2000, p. 1-16. Disponível em: <<https://goo.gl/4NWod4>>. Acesso em: 11/02/2017.

_____. Gabinete do Organismo de Reguladores Europeus das Comunicações Eletrónicas. Disponível em: <<https://goo.gl/KHwM0p>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

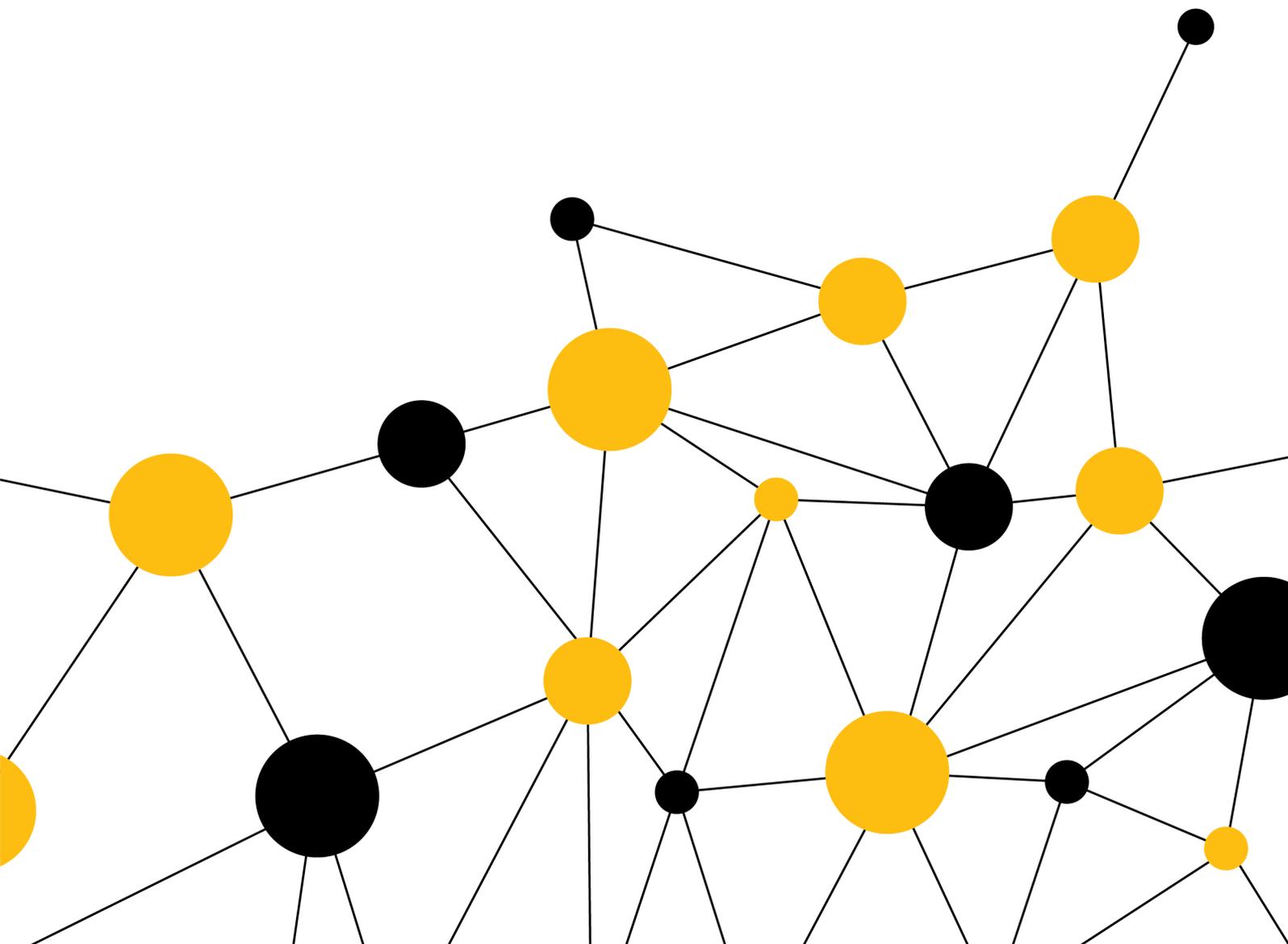
_____. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on addressing geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC. Disponível em: <<https://goo.gl/u9oh0a>>. Acesso em 12/02/2017.

_____. *Regulamentos, diretivas e outros atos legislativos*. Disponível em: <<https://goo.gl/WEfbXI>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

_____. Regulamento (UE) 2015/2120 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de novembro de 2015 que estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta e que altera a Diretiva 2002/22/CE relativa ao serviço universal e aos direitos dos utilizadores em matéria de redes e serviços de comunicações eletrónicas e o Regulamento (UE) nº 531/2012 relativo à itinerância nas redes de comunicações móveis públicas da União. *Jornal Oficial da União Europeia L 310/1*, de 26 de novembro de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/xloHrF>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.

JURISDIÇÃO E INTERNET

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DE TRIBUNAIS
ESTATAIS E LITÍGIOS DE INTERNET



JURISDIÇÃO E INTERNET

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DE TRIBUNAIS ESTATAIS E LITÍGIOS DE INTERNET

1. INTRODUÇÃO¹

Apesar das dificuldades de definir *internet*, ela pode ser compreendida, em termos técnicos, como uma rede de comunicações descentralizada e automantida², capaz de facilitar a interação entre seus usuários de forma nunca vista na história da humanidade. Por meio da internet, milhões de pessoas são capazes de se comunicar sem saírem de suas residências ou estações de trabalho. Diante disso, “[o] ciberespaço é uma característica definidora da vida moderna,”³ vez que a sociedade de nossos dias depende de forma inafastável dos recursos digitais diariamente⁴. A internet “[...] se tornou parte de cada aspecto de nossas vidas.”⁵

Naturalmente, a intensa interatividade humana que a internet possibilita e facilita produz certos conflitos entre aqueles que fazem uso desse recurso. De forma ainda mais complexa, esses conflitos, muitas vezes, produzem efeitos numa escala global, precisamente porque qualquer pessoa, independentemente de fronteiras estatais físicas, pode ter acesso ao conteúdo online objeto do conflito. Portanto, a internet traz elementos peculiares que precisam ser sopesados pelo adjudicador ao decidir se possui jurisdição para decidir a querela diante de si.

Primeiramente, devemos lembrar que a jurisdição, segundo uma concepção tradicional, é um conceito que se relaciona com o poder de todo Estado de legislar, administrar e julgar, afetando diretamente as pessoas, bens e fatos sob sua influência, sendo um corolário dos princípios internacionais da soberania, da igualdade e da não interferência em assuntos internos⁶. A jurisdição é um aspecto central da soberania do Estado, pois ela consiste no exercício de autoridade estatal que pode modificar, criar ou terminar relações e obrigações jurídicas entre as pessoas que de alguma se encontram sujeitas a esse Estado⁷. Com o advento da internet, dúvidas surgiram se essas características clássicas da jurisdição estatal podem ser conciliadas com as peculiaridades do espaço digital.

O presente trabalho visa analisar as regras de competência internacional do poder judiciário interno dos Estados face os litígios de internet. Para tanto, um extenso inventário de decisões internas e internacionais será apresentado, permitindo observar-

1 Trabalho de pesquisa elaborado sob a coordenação de Fabrício B. Pasquot Polido e Lucas Costa dos Anjos, no âmbito do Instituto de Referência em Internet e Sociedade - IRIS e do Grupo de Estudos Internacionais de Internet, Inovação e Propriedade Intelectual - GNet, da Universidade Federal de Minas Gerais. Contribuíram como autores para este trabalho os pesquisadores Bruno Biazatti e Pedro Vilela.

2 AUSTRÁLIA. *Dow Jones & Company, Inc v Gutnick* [2002] HCA 56, para.80. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/2002/56.html>. Acesso em: 23/12/2016.

3 ESTADOS UNIDOS. US Strategy for Operating in Cyberspace, US Department of Defense, 2011, p.1.

4 ESTADOS UNIDOS. *Remarks by President Barack Obama on Securing our Nation's Cyber Infrastructure*, The White House, Office of the Press Secretary, Washington D.C., 29 de maio de 2009.

5 *Ibidem*.

6 SHAW, Malcolm. *International Law*, 6 ed., New York: Cambridge University Press, 2008, p.645.

7 MENTHE, Darrel. “Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces”, *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol.4, no.1, 1998, 69-103, p.71.

mos as tendências e práticas identificáveis na jurisprudência estrangeira e internacional. Além disso, o artigo também descreverá os impactos que a própria globalização teve nos princípios regendo a jurisdição e a competência internacional dos tribunais internos, bem como os desafios que esses impactos trouxeram ou intensificaram no âmbito dos conflitos na internet, tais como o *forum shopping*, os paraísos jurisdicionais e o mercado de sentenças.

2. OS PRINCÍPIOS CLÁSSICOS DA JURISDIÇÃO ESTATAL

Antes de adentrarmos na análise dos impactos da internet nas normas referentes à competência internacional do juiz, devemos descrever os princípios clássicos que regem essa competência específica. Os cinco principais serão abordados aqui, sendo eles: os princípios da territorialidade, da nacionalidade, da personalidade passiva, da proteção e o da jurisdição universal.

a. O princípio da territorialidade

Em decorrência da soberania, os Estados têm direito a exercer suas competências com independência, isto é, com exclusão de qualquer outro Estado.⁸ Diante disso, os Estados possuem, como regra geral, a prerrogativa de legislar e jurisdicionar as atividades que ocorrem seu território. É sobre essa arquitetura normativa particular que a operacionalidade do princípio da territorialidade se assenta, de forma que as cortes internas de um Estado podem conhecer de qualquer ato que tenha ocorrido nos limites do seu território⁹. Em sentido inverso, o princípio da territorialidade determina que, em regra geral, os fatos ocorridos no território de um Estado não podem ser adjudicados pelo poder judiciário de outro¹⁰.

b. O princípio da nacionalidade

Sabendo que o Estado é uma entidade que tem como um de seus elementos constituintes uma população permanente¹¹, é essencial que uma conexão seja legalmente estabelecida entre o Estado e um certo grupo de indivíduos. Essa conexão para fins jurídicos é a nacionalidade¹². Segundo o princípio da nacionalidade, apenas o Estado que possui o vínculo de nacionalidade é competente para julgar as ações de seus nacionais, independentemente do local onde esses atos ocorreram¹³.

8 CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Ilha de Palmas*, Países Baixos v. Estados Unidos, 4 de abril de 1928, Recueil des Sentences Arbitrales, Vol.II, p.838; REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p.194.

9 SHAW, Malcolm. *International Law*, cit., p.653.

10 ÁFRICA DO SUL. *Kaunda v. President of South Africa* (CCT 23/04) [2004] ZACC 5, 4 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/5.html>>. Acesso em 12/12/2016.

11 CONVENÇÃO de Montevideu sobre os Direitos e Deveres do Estado, 26 de dezembro de 1933, art.1; CRAWFORD, James. "The Criteria for Statehood in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol.48, 1976, 93-182, p.114.

12 A nacionalidade é tão relevante que ela é considerada um direito humano. Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948, art.15; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 999 UNTS 171, 19 de dezembro de 1966, art.24(3); Convenção sobre os Direitos da Criança, 1577 UNTS 3, 20 de novembro de 1989, art.7; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969, art.20.

13 SHAW, Malcolm. *International Law*, cit., p.663.

c. O princípio da personalidade passiva

O princípio da personalidade passiva determina que um Estado pode adjudicar os fatos cometidos no exterior e que afetaram ou afetarão seus nacionais¹⁴. Um exemplo de aplicação desse princípio é caso Estados Unidos v. Yunis, julgado pela Corte Distrital de Columbia, em 1991¹⁵. O réu, Fawaz Yunis, e outros quatro homens embarcaram em um avião no aeroporto de Beirute, no Líbano, portando rifles e granadas de mão. Os sequestradores desejavam que a aeronave fosse até Túnis, onde uma conferência da Liga Árabe estava acontecendo. A única conexão entre Yunis e os Estados Unidos é o fato de que vários nacionais norte-americanos estavam a bordo do avião sequestrado. Assim, a Corte Distrital concluiu que os tribunais dos Estados Unidos, à luz dos danos cometidos pelo réu contra os nacionais desse país, tinham jurisdição no caso¹⁶.

d. O princípio da proteção

O princípio da proteção ou protetivo determina que um Estado soberano pode adjudicar a conduta de uma pessoa que foi cometida fora de seus limites territoriais e que ameaça a segurança deste Estado ou interfere no adequado funcionamento das suas funções soberanas. Esse princípio se justifica na vontade dos Estados de protegerem seus interesses públicos essenciais¹⁷.

e. O princípio da jurisdição universal

À luz do princípio da jurisdição universal, todo Estado é considerado competente para julgar e punir os indivíduos que cometeram crimes considerados particularmente ofensivos por toda a comunidade internacional. Assim, aqueles que foram acusados desses crimes de máxima gravidade podem ser julgados por qualquer Estado, independentemente do local de cometimento do crime ou de qualquer vínculo de nacionalidade. São exemplos desses crimes, a pirataria, o genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade¹⁸.

3. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS REFERENTES À JURISDIÇÃO NO ÂMBITO DE CONFLITOS NA INTERNET

A fim de identificar os métodos normativos e os princípios adotados pelos tribunais internos e internacionais para resolver conflitos de jurisdição referentes à competência internacional do juiz nacional, o presente trabalho passa a estruturar um inventário de decisões judiciais relevantes sobre essa temática. Serão analisados casos dos Estados Unidos, do Tribunal de Justiça da União Europeia, dos Países Baixos, da França, da Austrália e da América Latina.

14 SHAW, Malcolm. *International Law*, cit., p.665-666.

15 ESTADOS UNIDOS. *United States of America v. Fawaz Yunis, A/k/a Nazeeh*, Appellant, 924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/924/1086/224419/>>. Acesso em: 12/12/2016.

16 *Ibidem*.

17 SHAW, Malcolm. *International Law*, cit., p.667.

18 O'KEEFE, Roger. "Universal Jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice*, No.2, 2004, p.735-760; PHILIPPE, Xavier. "The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?", *International Review of the Red Cross*, Vol.88, No.62, 2006, 375-398, p.377-380.

a. Estados Unidos

O corpo jurisprudencial norte-americano revela que dois testes principais são empregados para determinar a jurisdição de um juiz no âmbito de litígios na internet: a doutrina da interatividade (estabelecida no caso Zippo) e a doutrina dos efeitos (estabelecida no caso Calder). Passemos a analisar cada uma delas.

A doutrina da interatividade foi adotada no caso *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com.*,¹⁹ julgado pela Corte Distrital Ocidental da Pensilvânia, em 16 de janeiro de 1997²⁰. A companhia Manufacturing tem sede na Pensilvânia e fabrica o famoso isqueiro “Zippo”. Por sua vez, a Dot Com é uma empresa da Califórnia, que opera um site e uma página de notícias online. Ela obteve os direitos exclusivos de uso dos domínios “zippo.com”, “zippo.net” e “zipponews.com”²¹. Os funcionários e servidores da Dot Com se localizam na Califórnia, e a empresa não mantém nenhum escritório ou representante na Pensilvânia. Apesar disso, os residentes desse Estado naturalmente possuem acesso ao conteúdo e aos serviços disponibilizados e divulgados online pela companhia²².

A Manufacturing iniciou a ação contra a Dot Com, na Pensilvânia, alegando diluição de marca (trademark dilution), já que a palavra “zippo” era empregada nos domínios dessa empresa, em vários locais de seu site e no cabeçalho das mensagens de grupos de notícias que eram postadas pelos assinantes da DotCom. Esse intenso uso da palavra “zippo” estava diminuindo a singularidade da marca de isqueiros, constituindo um ilícito empresarial²³. Por sua vez, a DotCom alegou que a ação deveria ser arquivada, pois as cortes da Pensilvânia não possuíam jurisdição sobre o caso²⁴.

A Corte Distrital Ocidental da Pensilvânia decidiu a favor da Manufacturing.²⁵ Ela atestou que a decisão se um juiz terá ou não jurisdição para conhecer de um caso referente a conflitos na internet depende do nível de interatividade entre o site e o público, e também da natureza e da qualidade da atividade comercial online. Por exemplo, a competência do juiz será incontroversa quando o réu firma contratos com os residentes de um país estrangeiro envolvendo a transmissão repetida de dados através da internet²⁶. Por outro lado, segundo a Corte, a competência do juiz local se revela mais incerta se o réu apenas postou certo conteúdo num site que é acessível pelos usuários de jurisdições estrangeiras. Nesses casos, a competência será determinada através da análise do nível de interatividade e da natureza comercial da troca de informações que ocorre digitalmente²⁷.

Em sentido adverso, temos o caso *Calder v. Jones*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 20 de março de 1984²⁸. Para a doutrina dos efeitos, adotada nesse caso, o aspecto mais importante para decidir quanto à jurisdição são os efeitos intencionalmente provocados pelo réu, e não o nível de interatividade, como definido no caso Zippo. O caso se refere a uma ação iniciada pela atriz Shirley Jones contra a revista

19 ESTADOS UNIDOS. *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Disponível em: <<https://goo.gl/LpT5T2>>. Acesso em: 18/12/2016.

20 *Ibidem.*

21 *Ibidem.*

22 *Ibidem.*

23 *Ibidem.*

24 *Ibidem.*

25 *Ibidem.*

26 *Ibidem.*

27 *Ibidem.*

28 ESTADOS UNIDOS. *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984). Disponível em: <<https://goo.gl/FOWUmT>>. Acesso em: 03/01/2017.

National Enquirer, devido a um artigo publicado em 1979, no qual se afirmou que Jones era uma alcoólatra. Apesar da revista ter sido editada na Flórida, a ação foi iniciada em uma corte estadual da Califórnia, sendo que o fundamento para a competência foi a grande circulação da National Enquirer entre a população californiana²⁹.

A Suprema Corte norte-americana, ao analisar a competência no caso, decidiu que as cortes da Califórnia possuem jurisdição para conhecer da causa, pois os efeitos danosos da publicação repercutiram, em grande medida, neste estado³⁰. A decisão observou que os réus deliberadamente focaram no público californiano, pois eles sabiam que a revista tinha uma circulação significativa na Califórnia, que Shirley Jones residia lá e que as alegações feitas no artigo poderiam prejudicar a carreira da atriz na Califórnia³¹.

Apesar do caso Calder se referir a uma publicação impressa, ele possui relevantes implicações para a jurisdição dos conflitos de internet. Por exemplo, uma corte pode determinar a sua competência sob o fundamento de que certo conteúdo digital, independentemente do local onde foi inserido na internet, produziu danos a um indivíduo que se encontra sujeito à jurisdição desta corte. Também pode-se alegar que certo website com conteúdo ilegal teve como alvo ou foco certo grupo de pessoas que se encontra sob a jurisdição do foro em questão. Em outras palavras, o website foi intencionalmente projetado para atingir aquele grupo, garantindo competência ao juiz correspondente.

b. União Europeia

O Tribunal de Justiça da União Europeia também possui decisões relevantes. Os processos *eDate Advertising GmbH v. X* e *Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited*, julgados em 25 de outubro de 2011, são exemplos³². Os fatos do primeiro caso remetem à 1993, quando X, um nacional da Alemanha cuja identidade foi mantida em sigilo, foi condenado à prisão perpétua pelo homicídio de um notório ator alemão. Em janeiro de 2008, o seu regime penal foi modificado para liberdade condicional. Já em liberdade, X iniciou uma ação na Alemanha contra a companhia eDate Advertising, sediada na Áustria, porque aquela postou, em seu site, uma notícia afirmando que X provaria que as principais testemunhas da acusação não tinham dito a verdade no processo criminal. A eDate Advertising foi intimada a retirar essa informação de seu site³³.

Por sua vez, no caso *Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited*, o ator francês Olivier Martinez e seu pai, Robert Martinez, alegam que a vida privada desse e o direito à imagem de Olivier foram lesados por uma postagem no site do jornal britânico Sunday Mirror. A notícia, redigida em língua inglesa, afirmava que Olivier Martinez teve um encontro amoroso com Kylie Minogue, descrevendo inclusive os detalhes desse encontro. A ação foi iniciada na França contra a MGN, a empresa com sede no Reino Unido que administra o site do Sunday Mirror³⁴.

Em ambos os processos, alegou-se que o poder judiciário dos países onde as duas ações estavam correndo não tinham jurisdição para adjudicar os casos. Assim, os

29 *Ibidem*.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*.

32 UNIÃO EUROPEIA. *eDate Advertising GmbH v. X e Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Quarta Seção, ECLI:EU:C:2011:685, 3 de outubro de 2013. Disponível em: <goo.gl/AFMWtp>. Acesso em: 08/01/2017.

33 *Idem*, paras.15-24.

34 *Idem*, paras.25-26.

dois processos foram submetidos ao Tribunal de Justiça da União Europeia para que a competência fosse definida. O Tribunal lembrou que, nos termos do artigo 5º do Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho da União Europeia, relativo à competência judiciária quanto ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, a ação judicial deve ser iniciada no foro do lugar onde ocorreu o fato danoso. Destacou-se que a expressão “foro do lugar onde ocorreu o fato danoso” se refere simultaneamente ao local do evento causal e ao local da materialização do dano³⁵.

O Tribunal indicou que conteúdos disponibilizados na internet se diferem daqueles publicados de forma impressa, já que o conteúdo de um site pode ser consultado instantaneamente por um número indefinido de pessoas em todo o mundo, independentemente da intenção da pessoa que os publicou. Isso revela que, no âmbito da internet, o escopo de difusão de certa informação é nada menos do que universal³⁶. Assim, a aplicação do critério da materialização do dano no contexto da internet contrasta com a gravidade do dano que a eventual vítima pode sofrer, já que o conteúdo digital se encontra disponível para qualquer pessoa, em qualquer local do globo³⁷.

Concluiu-se que é necessário adaptar os critérios de conexão, de forma que a vítima do ato online contrário a um de seus direitos da personalidade possa iniciar a ação judicial no local onde o ato alegadamente danoso seja melhor apreciado pelo órgão jurisdicional, ou seja, no local em que a integralidade desse dano possa ser adequadamente averiguada. Segundo o Tribunal, esse foro é o lugar onde a pretensa vítima tem o centro de seus interesses³⁸. O local onde uma pessoa tem o centro de seus interesses é normalmente o lugar de sua residência habitual, mas isso não ocorre sempre. Por exemplo, pode haver situações em que o local do centro de interesses da vítima também seja o lugar de exercício das suas atividades profissionais³⁹.

O Tribunal defendeu o local do centro dos interesses da vítima, como elemento de fixação da competência, alegando que esse critério não viola o princípio da previsibilidade das regras de competência. Isso porque, a pessoa que publica o conteúdo danoso na internet possui, no momento da postagem, condições de determinar os centros de interesses das pessoas às quais o conteúdo postado se refere. Portanto, tanto eventuais demandados, quanto eventuais demandantes podem identificar facilmente o órgão jurisdicional em que podem ser processados e processar, respectivamente⁴⁰.

Nos casos de alegada violação dos direitos da personalidade por meio de conteúdos disponibilizados na internet, a pessoa lesada tem a faculdade de iniciar a ação judicial pela totalidade dos danos causados, quer nos órgãos jurisdicionais do local do estabelecimento da pessoa que emitiu esses conteúdos quer nos órgãos jurisdicionais do Estado onde se encontra o centro dos seus interesses. Da mesma forma, a vítima pode iniciar a ação em cada Estado onde o conteúdo esteja ou esteve acessível digitalmente. Nessa última hipótese, o poder judiciário local é competente para conhecer apenas do dano causado em sua circunscrição territorial⁴¹.

35 *Idem*, para.41.

36 *Idem*, paras.45-46.

37 *Idem*, para.47.

38 *Idem*, para.48.

39 *Idem*, para.49.

40 *Idem*, para.50.

41 *Idem*, para.52.

c. Países Baixos

Nos Países Baixos, uma decisão de destaque foi aquela proferida no caso *H&M v. G-Star*⁴². A Hennis & Mauritz, notoriamente conhecida como H&M, é uma companhia multinacional sueca de venda de roupas no varejo. Ela possui lojas em diversos Estados, incluindo os Países Baixos, e um website próprio (www.hm.com), para divulgar seus produtos e realizar vendas online. Em agosto de 2009, a Corte de Dordrecht, nos Países Baixos, emitiu um julgamento condenando a H&M por violações da marca e direitos autorais da empresa holandesa G-Star, já que aquela estava vendendo o jeans “Elwood”, de propriedade da G-Star, sem a devida autorização⁴³. Contudo, em setembro de 2009, um relatório concluiu que o referido jeans era vendido em 23 cidades holandesas, mas Dordrecht não era uma delas. Com isso, a H&M contestou a jurisdição da Corte de Dordrecht para condená-la judicialmente⁴⁴.

A Suprema Corte dos Países Baixos decidiu que a Corte de Dordrecht tinha jurisdição para julgar e condenar a H&M, pois o jeans “Elwood” estava disponível para venda em todo o território dos Países Baixos por meio do site “www.hm.com”. Fazendo referência expressa à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o julgamento destacou que é competente o juiz do local onde o dano ocorreu. A Suprema Corte indicou ainda que, nos litígios relativos à uma infração de marca em um website, tem jurisdição o Estado onde a marca está registrada ou o Estado onde o anunciante tem estabelecimento⁴⁵. Voltando aos fatos do presente litígio, ela apontou que

todas as roupas da H&M também estavam disponíveis através de seu website, e o website também atendia ao mercado neerlandês [...]. Tudo isso indica que o jeans “Elwood” era oferecido para venda em Dordrecht, de forma que a corte no distrito de Dordrecht tinha jurisdição internacional, nos termos do art.5, parágrafo 3 da Regulação de Bruxelas, para conhecer das alegações contra a H&M.⁴⁶

Outro caso relevante nos Países Baixos é o *Dimensione v. Cassina*, decidido pela Corte de Amsterdã, em 12 de fevereiro de 2009⁴⁷. A particularidade desse litígio refere-se ao fato dele não lidar com nenhuma companhia registrada nos Países Baixos. Ele diz respeito à ação movida pelas pessoas jurídicas Cassina S.P.A., com sede na cidade italiana de Meda, e La Fondation Le Corbusier, com sede em Paris, na França, contra Dimensione Direct Sales SRL, registrada em Bolonha, na Itália. Os autores afirmaram que a ré violou os direitos de marca e de imagem de Cassina ao realizar vendas online não autorizadas de modelos de imóveis desta. Sabendo que o site da Dimensione é direcionado ao público holandês, Cassina argumentou que o fato de a sede da ré ser na Itália é um aspecto incapaz de prejudicar a jurisdição do poder judiciário dos Países Baixos⁴⁸.

A Corte de Amsterdã acolheu os argumentos de Cassina⁴⁹. Ela destacou que a internet é acessível a todos em uma escala global, sendo irrelevante, portanto, o local da sede da empresa que gerencia o site. Desde que o sítio de vendas online divulgue imagens de produtos sem autorização e ofereça esses produtos para venda e entrega

42 PAÍSES BAIXOS. *H&M vs. G-Star*, Suprema Corte dos Países Baixos, ECLI:NL:HR:2012:BX9018, 7 de dezembro de 2012.

Disponível em: <goo.gl/gF2bgL> Acesso em: 23/12/2016.

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 PAÍSES BAIXOS. *Dimensione v. Cassina*, Corte de Amsterdã, LJN BH6546, 12 de fevereiro de 2009.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

com foco nos Países Baixos, as cortes holandesas possuem jurisdição para conhecer das alegações referentes a esses atos⁵⁰. Além disso, para identificar se certo site foca em um país, deve-se analisar, entre outros aspectos, o nome de domínio, o idioma do conteúdo do site, as opções de idiomas oferecidas e as referências a um país específico⁵¹.

Neste julgamento, os Países Baixos aplicaram o precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Calder*, já que o aspecto mais relevante para definir a jurisdição foi o local e a população que o site tinha como alvo.

d. França

Na França, uma decisão relevante é aquela proferida no notório caso Yahoo!. Em abril de 2000, a Liga contra o Racismo e o Antissemitismo (*Ligue Contre Le Racisme et l'Antisemitisme* – “LICRA”), uma organização sem fins lucrativos francesa, enviou uma carta de repúdio à sede do Yahoo!, nos Estados Unidos, informando que a venda de itens nazistas por meio dos serviços de leilão online da companhia violava a lei francesa e exigindo que a venda destes produtos fosse interrompida. A LICRA indicou também que medidas judiciais seriam tomadas a menos que suas demandas fossem cumpridas. Embora o Yahoo! tenha bloqueado a venda de itens do Terceiro Reich no site “*www.yahoo.fr*”, certos itens continuaram disponíveis em seu site principal (*www.yahoo.com*). Sabendo que o site principal também era acessível por nacionais franceses, a LICRA iniciou uma ação na França demandando o fim dos leilões online de itens nazistas. Posteriormente, a União dos Estudantes Judeus da França (*Union des Etudiants Juifs de France* – “UEJF”) apresentou o mesmo pedido no âmbito deste processo. A ação foi iniciada perante a Corte Superior de Paris e a análise da jurisdição coube ao juiz singular Jean-Jacques Gomez⁵².

O juiz Gomez concluiu que o poder judiciário francês tinha jurisdição sobre o caso⁵³. Para fundamentar a sua decisão, ele adotou a doutrina dos efeitos em *Calder*. Segundo ele, a lei francesa proíbe a exibição de objetos nazistas para fins comerciais, de forma que o mero fato dos cidadãos da França poderem ver esses itens à venda no site principal do Yahoo! e terem a possibilidade de participar do comércio de tais bens já configura um ato ilícito na França⁵⁴. Apesar de a sede do Yahoo! ser nos Estados Unidos, a conduta dessa companhia está produzindo efeitos no território e na população da França, tornando este Estado competente para adjudicar lides contra o Yahoo!⁵⁵. Tendo determinado a sua jurisdição, a Corte Superior de Paris condenou o Yahoo! a proibir o acesso, de todos os usuários franceses, a páginas contendo bens nazistas disponíveis para venda⁵⁶.

Em resposta, o Yahoo! iniciou uma ação na Califórnia contra a UEJF e a LICRA, contestando a execução da decisão francesa em solo norte-americano⁵⁷. A UEJF e a LI-

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*.

52 FRANÇA. *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, Ordonnance de Référé* 00/05308, Corte Superior de Paris, 20 de novembro de 2000. Disponível em: <goo.gl/XzkgyZ>. Acesso em: 15/01/2017.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*.

56 *Ibidem*.

57 ESTADOS UNIDOS. *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et l'antisemitisme (LICRA)*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, No. 01-17424, 23 de agosto de 2004. Disponível em: <goo.gl/4irWPU>. Acesso em: 15/01/2017.

CRA apresentaram um pedido de arquivamento, com fundamento na falta de jurisdição das cortes californianas, já que ambos os réus não possuíam sede, funcionários ou bens nos Estados Unidos. A decisão quanto à jurisdição foi emitida pela Corte de Apelações do Nono Circuito, na qual se concluiu que o poder judiciário dos Estados Unidos tinha jurisdição sobre a UEJF e a LICRA⁵⁸. De forma similar ao que foi feito pelo juiz Jean-Jacques Gomez, a Corte de Apelações aplicou a doutrina dos efeitos para fundamentar a jurisdição⁵⁹. O teste desenvolvido na sentença se divide em três elementos: (i) o réu não residente deve cometer algum ato ou consumir alguma transação no local do foro, gozando, assim, dos seus benefícios e da proteção de suas leis; (ii) o pedido do autor deve decorrer ou resultar das atividades cometidas pelo réu no foro em questão; e (iii) o exercício da jurisdição da corte deve ser razoável, cabendo ao réu provar o contrário⁶⁰.

A Corte de Apelações do Nono Circuito decidiu que todos esses três elementos se encontram satisfeitos no presente caso⁶¹. Primeiramente, a UEJF e a LICRA fizeram uso dos recursos dos Estados Unidos, pois submeteram a carta de repúdio para a sede do Yahoo!, em Santa Clara, na Califórnia. Além disso, a decisão emitida pela Corte Superior de Paris determinava que os servidores do Yahoo! em Santa Clara deveriam conter os softwares que impediriam o acesso dos franceses ao comércio online de itens do Terceiro Reich. Um último fator relevante foi o fato da UEJF e da LICRA terem utilizado o Serviço de Delegados dos Estados Unidos (United States Marshals Service) no âmbito do processo contra o Yahoo!. Com isso, concluiu-se que as medidas tomadas pelos réus tiveram como alvo a Califórnia⁶².

Quanto ao segundo elemento, a sentença indicou que o pedido do Yahoo! diz respeito à executoriedade da decisão emitida em favor dos réus na França. As medidas tomadas pela UEJF e LICRA, por meio das quais gozaram dos benefícios assegurados pela lei da Califórnia, estão diretamente relacionadas com essa decisão. Portanto, o segundo critério também se encontra presente⁶³. Por fim, em relação ao terceiro elemento, a Corte de Apelações do Nono Circuito atestou que os réus não apresentaram qualquer motivo para indicar que a competência das cortes californianas não seria razoável⁶⁴. Pelo exposto, o pedido de arquivamento por falta de jurisdição foi indeferido⁶⁵.

Tanto na decisão francesa, quanto na decisão norte-americana, o aspecto mais importante para fundamentar a jurisdição foram os efeitos das medidas realizadas pelas partes. Assim, em ambos os litígios, o precedente adotado no caso Calder foi empregado.

e. Austrália

O caso mais notório quanto à jurisdição e litígios da internet na Austrália é o Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick, decidido em 2002, pela Corte Superior da Austrália⁶⁶.

58 *Ibidem.*

59 *Ibidem.*

60 *Ibidem.*

61 *Ibidem.*

62 *Ibidem.*

63 *Ibidem.*

64 *Ibidem.*

65 *Ibidem.*

66 AUSTRÁLIA. *Dow Jones & Company, Inc v Gutnick* [2002] HCA 56. Disponível em: <<https://goo.gl/FqNuqpl>>. Acesso em: 23/12/2016.

A Dow Jones & Company, uma empresa de Delaware com sede em Nova York, publicou uma notícia supostamentedifamatória sobre Joseph Gutnick, empresário australiano, no seu website Baron's Online. A Dow Jones não realiza atividades, nem possui bens na Austrália, e os servidores utilizados para operar o Baron's Online estão todos localizados em Nova Jersey. Além disso, a notícia era acessível apenas para assinantes do site, que, na Austrália, totalizariam cerca de trezentos⁶⁷.

Joseph Gutnick iniciou uma ação, na província de Vitória, reclamando reparação pelos danos a sua imagem. A Dow Jones alegou não haver base para jurisdição do poder judiciário australiano. Segundo a empresa, a internet é um meio particularmente singular de comunicação humana, de forma que as leis regulando a difamação deveriam ser necessariamente reavaliadas para se adequar às especificidades do espaço digital⁶⁸. O material supostamente difamatório deveria, então, ser considerado como publicado no local onde foi colocado na internet, e não no local a partir do qual foi acessado e lido. A jurisdição competente seria apenas dos tribunais dos Estados Unidos, e não da Austrália ou de qualquer outro Estado a partir do qual o artigo foi baixado⁶⁹.

A Corte Superior da Austrália rejeitou os argumentos da Dow Jones. Segundo a decisão, a Corte concluiu que o conteúdo publicado e circulado na internet deve ser tratado da mesma forma que qualquer outra forma de comunicação⁷⁰. Todo material difamatório disponibilizado na internet será considerado como publicado em todos os locais em que esse mesmo material seja visto ou lido⁷¹. A Corte indicou que “[...] aqueles que publicam na internet, o fazem sabendo que as informações ali disponibilizadas estão disponíveis a todos, sem qualquer restrição geográfica”⁷².

f. América Latina

Os tribunais dos países da América Latina poucas decisões quanto à jurisdição em de internet. Essa limitação restringiu o escopo da análise jurisprudencial na região, se limitando a apenas dois Estados: a Colômbia e o Brasil.

Na Colômbia, podemos destacar dois casos. O primeiro é o caso Jerónimo A. Uribe, julgado em 10 de fevereiro de 2010, pela Corte Suprema de Justiça⁷³. A disputa teve início depois que a seguinte postagem foi publicada em um grupo do Facebook: “Me comprometo a matar Jerónimo Alberto Uribe, filho de Álvaro Uribe”. Essa publicação é considerada um crime na Colômbia, por constituir incitação à conduta delituosa. As autoridades policiais localizaram e prenderam a pessoa que criou o grupo, um residente de Chía, uma cidade próxima de Bogotá⁷⁴. Sabendo que o processo criminal se iniciou em Bogotá, os advogados de defesa questionaram o foro escolhido pelo promotor. Segundo a defesa, a conduta relevante se originou na cidade de Chía, de forma que o juiz competente não seria o de Bogotá, mas o de Cundinamarca (a comarca que abrange

67 *Ibidem.*

68 *Ibidem*

69 *Ibidem.*

70 *Ibidem.*

71 *Ibidem.*

72 *Ibidem.*

73 COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, *Jerónimo A. Uribe* case, Auto rad. 33.474/2010, 10 de fevereiro de 2010.

74 *Ibidem.*

Chía)⁷⁵.

Em sua decisão quanto à jurisdição, a Corte Suprema de Justiça colombiana destacou que a rede de relacionamento social Facebook tem um alcance global e transnacional, o que impossibilita afirmar que a conduta em questão ocorreu apenas em Chía. Assim, o critério territorial não seria aplicável às condutas praticadas na internet, de forma que o foro competente é aquele escolhido pela promotoria⁷⁶.

Outra decisão relevante na Colômbia é aquela proferida no caso do Centro Comercial Campanario,⁷⁷ que diz respeito à conduta de cinco pessoas que realizaram uma operação bancária eletrônica na cidade de Barranquilla, com o propósito de sacar ilicitamente dinheiro da conta bancária do Centro Comercial Campanario, na cidade de Popayán⁷⁸. A ação criminal se iniciou em Barranquilla, mas os autos foram remetidos para Popayán, local do domicílio da vítima. Por sua vez, o juiz de Popayán submeteu os autos para a Corte Suprema de Justiça, para que a competência fosse definida. A Corte decidiu que o dano ao patrimônio do Centro Comercial Campanario ocorreu em Popayan, pois foi nessa cidade que o dinheiro foi subtraído, independentemente do local onde a conduta que resultou essa subtração ocorreu. Com isso, o aspecto mais relevante para determinar a jurisdição não é o local onde a conduta ocorreu, mas o lugar onde a vítima sofreu o dano⁷⁹.

Ao analisar este caso, William Jiménez-Benítez afirma que a Corte Suprema decidiu de forma acertada, pois, quanto a conflitos na internet, identificar o local do dano (isto é, o local dos efeitos da conduta) é muito mais fácil e objetivo do que indicar o local onde a conduta efetivamente tenha ocorrido⁸⁰.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também reúne algumas decisões que merecem destaque. No Conflito de Competência no. 66981, ao analisar aspectos da jurisdição para processar parte acusada de veicular imagens pornográficas de crianças e adolescentes na internet, o Tribunal decidiu que é competente o foro do local onde ocorreu o lançamento, na internet, das fotografias de conteúdo pornográfico⁸¹. Indicou-se também que é irrelevante, para fins de fixação da competência pelo tribunal, o local da sede da empresa provedora de acesso à internet⁸². Nesse mesmo sentido, temos o Conflito de Competência no. 107938, no qual o STJ decidiu que

a competência para processar e julgar os crimes praticados pela internet, dentre os quais se incluem aqueles provenientes de publicação de textos de cunho racista em sites de relacionamento, é do local de onde são enviadas as mensagens discriminatórias⁸³.

O Agravo de Instrumento no. 1.375.009 - MG, julgado pelo STJ em 15 de março

75 *Ibidem.*

76 *Ibidem.*

77 *Ibidem.*

78 *Ibidem.*

79 *Ibidem.*

80 JIMÉNEZ-BENÍTEZ, William Guillermo. "Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction. Global Overview and Colombian Cases", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 26, 2015, p.13-62, p.52.

81 BRASIL. STJ - CC: 66981 RJ 2006/0161102-7, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 16/02/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901832642&dt_publicacao=08/11/2010>. Acesso em: 05/01/2017.

82 *Ibidem.*

83 BRASIL. STJ - CC: 107938 RS 2009/0183264-2, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 27/10/2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200601611027&dt_publicacao=05/03/2009>. Acesso em: 05/01/2017.

de 2011, refere-se a uma ação de indenização por danos morais causados pela veiculação de matéria jornalística supostamente caluniosa. Decidiu-se que, em se tratando de matérias jornalísticas veiculadas por meio da internet, a fixação da competência será similar às hipóteses de publicação em jornais ou revistas de circulação nacional. Assim, será competente o foro do local onde a vítima reside e trabalha, já que é no lugar onde ela vive que os efeitos danosos do conteúdo calunioso terão maior repercussão⁸⁴.

Nessa decisão, o STJ adotou o mesmo entendimento que foi empregado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos *eDate Advertising GmbH v. X e Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited*. Ambos os tribunais defenderam que o foro do local onde o ato delitual online teve maior impacto - o local do centro dos interesses da vítima - será o competente para adjudicar o litígio.

4. CRISE DOS PRINCÍPIOS EM UM E MUNDO GLOBALIZADO

Em sua arquitetura técnica original, a internet foi criada indiferente à distância ou às fronteiras nacionais entre os diversos pontos por ela conectados.⁸⁵ Além de um grande impacto positivo em todas as atividades humanas relacionadas ou dependentes de comunicações a distância, essa rede descentralizada global permitiu um aumento sem precedentes de interações transfronteiriças entre usuários, empresas e governos.

A natureza transfronteiriça e global da internet é geralmente considerada um de seus pontos fortes, razão pela qual tem se buscado preservá-la ao máximo ao longo dos anos. Entretanto, uma internet verdadeiramente transnacional esbarra nas pretensões jurisdicionais dos Estados, cujos princípios da soberania e da territorialidade se tornam cada vez menos relevantes e aplicáveis às situações fáticas atuais.

Embora as interações transfronteiriças privadas não sejam novidade nas relações entre Estados, graças à internet, cada vez mais indivíduos são involuntariamente afetados por atos originados em territórios estrangeiros, mas cujos efeitos são sentidos dentro da circunscrição jurisdicional do Estado, ainda que tais atos sejam realizados por entidades sem qualquer presença local⁸⁶.

Elementos tradicionais de jurisdição, como território e soberania territorial, parecem tornar-se significativamente inadequados para a orientação de tribunais na tarefa de definição do foro competente e da lei aplicável. O princípio da territorialidade da jurisdição e as regras que dele derivam foram concebidos em um contexto histórico e tecnológico no qual a geografia física era muito mais relevante do que é hoje. Nesse período histórico, os conceitos de Estado e Nação estavam sendo unidas para criar o chamado sistema vestifaliano.⁸⁷

Todo esse sistema de alocação de competências regulatórias e adjudicatórias baseado em limites territoriais está profundamente arraigado à concepção de Esta-

84 BRASIL. STJ - Ag: 1375009 - MG, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, DJ Data de Julgamento: 15/03/2011. Disponível em: <<https://goo.gl/KLQNCu>>. Acesso em: 05/01/2017.

85 LEINER, Barry *et al.* "Brief History of the Internet", *ACM SIGCOMM Computer Communication Review*, vol.39, no.5, 22-31, 2009, p.23-25. Disponível em: <<http://www.cs.ucsb.edu/~almeroth/classes/F10.176A/papers/internet-history-09.pdf>>. Acesso em: 05/01/2017.

86 BERMAN, Paul Schiff. "The Globalization of Jurisdiction: Cyberspace, Nation-States, and Community Definition", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.151, 311-529, 2002 p.318.

87 Tratado de Westphalia. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp>. Acesso em: 31/12/2016.

do-Nação. Controle e competência para adjudicar litígios dentro de dado território não é apenas consequência da soberania estatal, mas também um de seus atributos essenciais.⁸⁸

O sistema vestifaliano e sua sujeição à noção de soberania vem sendo mitigado nos últimos trinta anos, com o avanço da globalização e das tecnologias de informação e comunicação, em favor de processos transnacionais centrados em atores outros que não o Estado.⁸⁹ Especialmente na internet, o princípio territorial como critério de definição da jurisdição se revela falho, uma vez que a localização geográfica de um ato jurídico realizado pela internet é de difícil precisão. O ato pode ser cometido por uma pessoa em um país X, por meio de uma plataforma cujos servidores estão localizados no país Y, e afetar outro indivíduo no país Z, resultando em uma concorrência entre diversos Estados com reivindicações igualmente legítimas no que diz respeito a critérios de conexão territoriais.⁹⁰ Identificar a localização ideal de uma atividade online que resulte em fato jurídico relevante é, portanto, uma questão difícil e complexa.

No que concerne ao alcance do princípio da territorialidade, o conceito de fronteira é central. Múltiplos regimes normativos ainda estabelecem a fronteira como um instituto central para a sua operacionalidade⁹¹. Esses regimes gravitam em torno da autoridade unilateral do Estado para definir e fazer cumprir suas regulações e da obrigação do Estado de respeitar e observar as normas do sistema jurídico internacional.⁹² O processo de desmantelamento desse aparato clássico vem sendo implementado por diversas plataformas, entre elas a internet, dando origem ao que Saskia Sassen define como “processo de desnacionalização”: o empoderamento de geradores de normas privados, fruto, em larga escala, dos sucessivos processos de globalização do fim do século XX e do início do século XXI.⁹³

Quando atividades como as realizadas por meio da internet transcendem o conceito de fronteira, são frequentes situações em que um mesmo princípio pode levar à afirmação de jurisdição exclusiva por ambas as partes envolvidas. A título de exemplo, temos o recente caso *Microsoft v. Estados Unidos*.⁹⁴ Nele, os Estados Unidos, sob o argumento de que a justiça irlandesa estaria intervindo nas atividades de uma empresa situada em território americano, podem alegar a violação do princípio da territorialidade (bem como da soberania), tanto quanto a Irlanda pode afirmar que a extração de dados localizados em solo irlandês viola o mesmo princípio.⁹⁵

Dan Svantesson explica que a única forma de satisfatoriamente progredirmos é reconhecer que princípios clássicos, como o da territorialidade e o conceito de soberania territorial, não mais servem como pontos de partida para a resolução de conflitos de jurisdição. Da mesma forma, o autor argumenta que esses princípios sempre foram, na realidade, extensões de princípios nucleares, ou seja, construções jurisprudenciais

88 [KOHL, Uta. *Jurisdiction and the Internet: Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007](#), p.8.

89 [SASSEN, Saskia. “When national territory is home to the global: Old borders to novel borderings”, *New Political Economy*, v. 10, n. 4, p. 523–541, 2005](#), p.524.

90 [KOHL, Uta. *Jurisdiction and the Internet: Regulatory Competence over Online Activity*, cit.](#), p.24.

91 Um exemplo é o regime internacional da proibição do uso da força, cujo elemento central é a proteção das fronteiras internacionais dos Estados.

92 [SASSEN, Saskia. “When national territory is home to the global: Old borders to novel borderings”, cit.](#), p. 524.

93 *Idem*, p. 527.

94 ESTADOS UNIDOS. *Microsoft Corporation v. United States of America*, No. 14-2985, 2d Cir. 2016. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/14-2985/14-2985-2016-07-14.html>. Acesso em: 19/01/2017.

95 SVANTESSON, Dan. “A New Jurisprudential Framework for Jurisdiction: Beyond the Harvard Draft”, *American Journal of International Law*, Vol.109, 2015, p.70.

baseadas na prática de seu tempo, e que por isso nunca deveriam ter sido considerados como princípios nucleares em si mesmos.⁹⁶

O princípio da soberania é, linhas gerais, indissociável da ideia de território e de fronteira. De fato, estas ideias decorrem diretamente da soberania. Entretanto, assim como o critério da territorialidade, a soberania estatal sobre determinado território ainda se revela como orientação robusta para determinar qual Estado possui jurisdição sobre certo litígio. Apesar disso, o exercício da soberania sobre um território, como parâmetro para a autoridade exclusiva do Estado, entrou em nova fase. Embora o princípio da soberania territorial permaneça como propriedade sistêmica e os regimes fronteiriços continuem sendo elementos fundamentais da geopolítica mundial, ambos passam a co-existir com grande e complexa diversidade de outras dinâmicas e interações supra e transfronteiriças.⁹⁷

A crise dos princípios da soberania e da territorialidade reside no âmago dos conceitos de território, comunidade e espaço, e na sua vinculação a noções parcialmente obsoletas, desenvolvidas em contextos históricos distintos. Segundo Paul Berman, é impossível avançar relativamente ao problema da jurisdição na internet sem uma reavaliação dos próprios conceitos de território e jurisdição, suas significações sociais e políticas e suas respectivas origens⁹⁸. É necessário inquirir como a jurisdição se relaciona com os conceitos de espaço geográfico, pertencimento a comunidades, cidadania, fronteiras e autodefinições.

Em linha com as observações de Sassen e Svantesson, Berman considera que critérios baseados em território e soberania, bem como os próprios conceitos de território e soberania são construções específicas de um determinado período e que foram cristalizados e dados como centrais pelas gerações que seguiram.⁹⁹ Assim como o dilema da privacidade na era digital tem sido alvo de significativos avanços após uma releitura do conceito de privacidade como controle do indivíduo, em sua autonomia, sobre seus dados pessoais, para além de noções de esferas pública e privada ou do “direito de ser deixado só”,¹⁰⁰ também os questionamentos sobre jurisdição devem passar por renovação e reavaliação similares.

a. A internet exige novas e específicas regras de jurisdição?

A erosão dos princípios e regras clássicos em virtude de processos da globalização e da informatização da comunicação levanta questionamentos quanto à própria viabilidade e adequação da aplicação dessas normas nesse novo cenário. Questiona-se se a internet possibilita que seus usuários realizem atividades novas, ou se ela apenas permite que pessoas façam atividades tradicionais de novas formas e em quantidades maiores. Essa distinção é crucial, pois a resposta a essa pergunta afeta diretamente o modo como a internet deve ser regulamentada.

Ao se debruçar sobre este questionamento, Jack Goldsmith, afirma que as ativ-

96 *Ibidem.*

97 SASSEN, Saskia. “When national territory is home to the global: Old borders to novel borderings”, *cit.*, p. 535

98 BERMAN, Paul Schiff. “The Globalization of Jurisdiction: Cyberspace, Nation-States, and Community Definition”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.151, 311-529, 2002 p.318.

99 *Ibidem*; SASSEN, Saskia. “When national territory is home to the global: Old borders to novel borderings”, *cit.*, p.524.

100 LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.78.

idades conduzidas na internet não são diferentes daquelas realizadas no mundo não digital. Segundo ele, transações online utilizam a internet como meio, mas não deixam de ser transações entre duas ou mais pessoas reais, localizadas em jurisdições diferentes¹⁰¹. Transações digitais são funcionalmente idênticas às atividades transfronteiriças realizadas por outros meios, como por correio ou telefone¹⁰². Trata-se de um argumento que emprega analogias entre meios de comunicação, muito recorrentes para explicar questões da regulação da internet.

Contrariando Goldsmith, David G. Post afirma que a internet é essencialmente excepcional¹⁰³. Conforme defendido por ele, as questões advindas das relações travadas na internet são diferentes e mais intrincadas do que aquelas que surgem a partir das interações no mundo real¹⁰⁴. Assim, os conflitos de jurisdição nos litígios de internet não podem ser adequadamente resolvidos por meio da aplicação de princípios e regras tradicionais, que foram desenvolvidos para lidar com conflitos jurisdicionais referentes ao mundo real¹⁰⁵. Um dos argumentos apresentados por Post se assenta na grande quantidade de produtos que são comercializados mundialmente online¹⁰⁶. Ele alega que, apesar de o comércio transnacional ter existido antes da internet, ele não ocorria com a escala de hoje. As circunstâncias mudaram que tal forma que aplicar regras clássicas de jurisdição aos litígios online prejudicaria a prestação jurisdicional às partes interessadas¹⁰⁷.

Naturalmente, não seria possível negar que a internet trouxe elementos novos para a compreensão dos conflitos de jurisdição. Um site pode permitir que qualquer pessoa do globo com acesso à internet adquira produtos nele disponíveis. Precisamente porque ele é acessado em escala global, o seu proprietário também pode ser eventualmente processado por um consumidor em qualquer local do planeta. O risco de possíveis ações e a conformidade (o compliance) com a lei local têm consequências sobre a viabilidade do negócio.

Da mesma forma, um jornal de notícias online pode sofrer uma ação em seu desfavor em qualquer jurisdição, ainda que, segundo a lei interna do local da sede da companhia que administra este site, o conteúdo das notícias não possui qualquer irregularidade. Essa variedade identificada nos ordenamentos jurídicos dos Estados enseja uma multiplicidade de prioridades dos Estados ao estabelecer ou negar a sua jurisdição. Certos países podem considerar a proteção dos consumidores como mais importante do que a promoção do comércio eletrônico, de forma a adotar uma política agressiva de afirmação da sua jurisdição para proteger os consumidores locais (foro do domicílio do autor/consumidor). Outros Estados podem enfatizar a promoção da intimidade de seus nacionais, afirmando a sua jurisdição para resolução de litígios envolvendo violação da privacidade¹⁰⁸.

Além disso, a aplicação de regras tradicionais no espaço digital pode resultar em denegação de justiça. Se, por exemplo, o foro do domicílio do autor do ato lesivo é admitido como critério absoluto para a fixação da competência de um tribunal estatal,

101 GOLDSMITH, Jack. "Against Cyberanarchy", *Chicago Law Review*, Vol.65, 1998, p.1239-1240.

102 *Ibidem*.

103 POST, David. "Against 'Against Cyberanarchy'", *Berkeley Technology Law Journal* vol.17, 2002, 1371, p.1390.

104 *Ibidem*.

105 *Ibidem*.

106 *Idem*, p.1386.

107 *Ibidem*.

108 LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*, Nova York: Basic Books, 1999, p.55.

muitas pessoas ficarão, inevitavelmente, fadadas a não receber qualquer prestação jurisdicional, pois o juiz competente para processar e julgar a demanda pode estar localizado, muitas vezes, em outro continente. Em termos práticos, o acesso à justiça restaria negado em sua essência. Portanto, a autoridade julgadora deve refletir sobre as regras e princípios clássicos, com o objetivo de redefini-los para lidar com os conflitos transnacionais de jurisdição no espaço digital¹⁰⁹.

5. QUESTÕES DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE REGRAS DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA INTERNACIONAL DOS TRIBUNAIS DOMÉSTICOS

A inadequação das regras tradicionais de jurisdição para lidar com os dilemas envolvendo a internet também oferece uma série de consequências não tão previsíveis. Essas consequências práticas prejudicam ainda mais a eficácia dessas regras ao adicionarem efeitos colaterais negativos à aplicação de princípios comuns de jurisdição, ou mesmo complexidades adicionais não previstas. Algumas dessas implicações práticas são a seguir analisadas.

a. Forum Shopping, Jurisdição e Internet

Forum Shopping é a prática de direta ou indiretamente escolher o tribunal ou jurisdição que lhe parece mais favorável para dirimir um eventual litígio. Essa escolha é geralmente feita após análise de uma série de fatores que, sopesados, indicam ao demandante uma maior probabilidade de sucesso em sua reivindicação. Esses fatores podem variar de menores custos de litígio a normas processuais, substantivas ou jurisprudenciais mais favoráveis ao pedido. A expressão forum shopping é, frequentemente, utilizada de forma pejorativa, mas ela inegavelmente expressa uma estratégia de ação no contencioso internacional privado.

Essa escolha de jurisdição geralmente ocorre mediante cláusulas de eleição de foro, que são instrumentos contratuais comuns e quase universalmente aceitos, apesar de certas restrições. Entretanto, uma parte pode indiretamente se engajar em forum shopping de outras formas, como, por exemplo, por meio da constituição da empresa em um país de legislação favorável ou da alocação de suas atividades econômicas principais no território da jurisdição desejável. No domínio da internet, essas práticas são comuns, embora as cláusulas de eleição de foro sejam frequentemente limitadas pelas normas do ordenamento jurídico do Estado de destino, evitando, assim, abusividades.

Mais preocupante e relevante para as questões de jurisdição e internet são as hipóteses em que um determinado serviço ou conteúdo sediado em um país de legislação menos restritiva seja acessível em todo o mundo, por indivíduos em países distintos. A viabilidade da prática de forum shopping em litígios envolvendo internet requer que as regras de escolha de jurisdição estejam exclusivamente concentradas no país de origem das atividades online em questão. A abordagem do país de origem é uma das

109 BASSO, Maristela e POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. "Jurisdição e lei aplicável na Internet: Adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social". In: LUCCA, Newton de e SIMÃO FILHO, Adalberto (eds.). *Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, v.02, p. 442-490, p.443.

várias propostas para a resolução de conflitos de jurisdição, e é favorecida principalmente por provedores de conteúdo online, que apontam a previsibilidade e a segurança jurídicas para todos os atores envolvidos como as principais vantagens do método.

No caso paradigmático *Dow Jones & Co vs. Gutnick*, discutiu-se a aplicação do direito do país de origem da conduta supostamente ilícita embasando o litígio. Como demonstrado anteriormente, o caso se refere a uma publicação de uma revista semanal norte-americana com versão online. Essa publicação digital foi considerada difamatória por um cidadão australiano, que iniciou uma ação no poder judiciária da Austrália por reparação. Embora fortes argumentos a favor da aplicação apenas da legislação do Estado de Nova Jersey tenham sido apresentados pela Dow Jones & Co, a corte australiana foi unânime em afirmar a jurisdição da Austrália sobre o litígio, muito embora todas as atividades da empresa estivessem localizadas em Nova Jersey.

A Dow Jones & Co também argumentou que a publicação online deveria receber tratamento diferenciado em relação às publicações físicas, pois sua disponibilidade em servidores em um local resulta inevitavelmente em sua disponibilidade em quaisquer outras jurisdições, sem que fosse possível, a priori, que o responsável pela publicação tivesse controle sobre os locais em que estaria acessível. Embora ao final a Suprema Corte Australiana tenha decidido que as regras de jurisdição de seu país permitiam ao demandante ajuizar a ação em seu local de domicílio, o caso é ilustrativo, pois demonstra que nenhum dos dois argumentos oferecidos pelas partes é plenamente satisfatório.

Também é ilustrativa a preocupação dos juízes australianos com a utilização da abordagem do país de origem da atividade como um incentivo para forum shopping. Empregando mecanismos técnicos diversos, um provedor de conteúdo poderia, com facilidade não encontrada no mundo offline, realocar suas atividades para a jurisdição que lhe seja mais favorável ou leniente. Um indivíduo afetado por qualquer uma dessas atividades não teria meios eficientes para litigar seus direitos, salvo ajuizando uma ação na jurisdição em questão, o que muitas vezes pode se revelar custoso ou inviável.

Sabendo que a prática de forum shopping pode provocar uma corrida para o Estado mais leniente e favorável aos provedores de conteúdo, muitas vezes esses atores migram para jurisdições com ordenamentos menos equilibrados e justos. Esse cenário acarreta insegurança e inconsistência jurídica, que culminam na erosão da confiança do cidadão em seu ordenamento jurídico de origem, além de ineficiências econômicas, na medida em que obriga as partes a debaterem a competência ou a se locomoverem grandes distâncias para litigarem.

b. Paraísos Jurisdicionais e 'mercado de sentenças'

A prática de forum shopping também pode levar à criação de autênticos "paraísos jurisdicionais". Trata-se de uma alegoria para designar plataformas seguras do ponto de vista legislativo e institucional, nas quais uma regulação mais leniente atrairia empresas destinadas a oferecer determinados produtos e serviços online. A indústria de jogos de azar via internet é o caso mais concreto do surgimento desses paraísos, com exemplos muito claros de países, territórios ou regiões, que reduziram padrões normativos e regulatórios, em seus respectivos sistemas jurídicos domésticos, para atrair empreendimentos dessa natureza. Destacam-se, nesse sentido, a Ilha de Man, a cidade de Gibraltar, ambos territórios do Reino Unido. De forma análoga aos chamados "paraísos

fiscais”, os paraísos jurisdicionais favorecem, de maneira desequilibrada, as empresas ou indivíduos que buscam realocar seus bens, ativos, negócios, para outros países, diferentemente daqueles de sua nacionalidade, sede ou residência habitual, como forma de evasão regulatória ou de minimizar efeitos de políticas regulatórias de outros Estados. Com essa estratégia, as partes incorrem em ações de law shopping, que se difere de forum shopping, pois o objetivo daquele é o de buscar sistemas legais que sejam mais favoráveis do ponto de vista regulatório, e não necessariamente tribunais mais eficientes ou especializados para adjudicação de litígios privados.

Fator adicional que contribui para o surgimento e fortalecimento desses paraísos é a dificuldade de execução de decisões proferidas na jurisdição do domicílio ou residência habitual de um possível demandante. Em diversos casos, tribunais locais afirmaram sua jurisdição sobre atos e condutas originados no estrangeiro, mas encontraram sérias dificuldades para fazer cumprir suas decisões. Em certos litígios privados transfronteiriços, foram utilizados mecanismos que permitiram a devida execução de sentenças por meio da responsabilização de subsidiários ou outros tipos de ativos na jurisdição do tribunal em questão.

Todavia, casos que configuram uma situação de paraíso jurisdicional não oferecem opções semelhantes. Eles geralmente são aqueles que envolvem apostas online ou oferta de conteúdos possivelmente ilícitos ou infrativos. Em 2007, o site de trackers de torrent, The Pirate Bay, iniciou uma campanha de arrecadação, com o intuito de adquirir uma ilha situada fora de qualquer jurisdição estatal, na qual alocaria seus servidores; seria também uma estratégia para escapar das inúmeras ações judiciais contra o site por facilitação de compartilhamento de conteúdo protegido por direitos autorais em múltiplos sistemas jurídicos nacionais. Embora os operadores do Pirate Bay não tenham logrado sucesso, o caso demonstra o quão fácil pode ser escapar de uma jurisdição estatal por meio da realocação de atividades para paraísos jurisdicionais.

A preocupação com o forum shopping e os paraísos jurisdicionais vai muito além das dificuldades geradas para casos individuais. A complexidade envolvida em se definir a jurisdição competente para julgar e executar decisões judiciais em qualquer situação também pode se revelar um grande entrave para qualquer tentativa de criação de mecanismos normativos internacionais para solução de conflitos de jurisdição. Mesmo que, por exemplo, algum nível de harmonização legislativa procedimental fosse convencionalizada por um grande número de Estados, como nas iniciativas levadas a cabo pela Conferência da Haia de Direito INternacional Privado, ou Organização Mundial da Propriedade Intelectual, bastariam alguns poucos Estados discordantes para que todo o propósito de um tratado daquela natureza fosse severamente prejudicado. Diferentemente de outros tipos de iniciativas de harmonização normativa envolvendo o mundo físico comum, nas quais a adesão por um número maior de Estados seria diretamente proporcional à eficácia no combate do problema em questão, na internet essa regra não existe sem que sejam usados mecanismos de filtragem e fragmentação da rede.

c. Um Direito Internacional para a Internet?

Com tantas complexidades e dificuldades envolvendo a aplicação de regras e princípios tradicionais na resolução de conflitos de jurisdição na internet, é natural que alternativas comesçassem a ser propostas para superá-las. A maioria dessas soluções reconheceram a difícil aplicação dos princípios tradicionais ou também consideram in-

desejável a adaptação das novas tecnologias a estes princípios. Nesse trabalho, será analisada uma dessas propostas de forma mais aprofundada, veiculada pela literatura e especialistas como: o Direito Internacional da Internet.

A ideia de um Direito Internacional da Internet existe desde o princípio da própria internet, quando David Johnson e David Post argumentaram que o ciberespaço seria um local radicalmente diferente do mundo offline e que, por isto, deveria ser regido pelo seu próprio Direito, como se possuísse sua própria soberania. A ideia foi considerada ingênua e simplista e já na época em que os primeiros trabalhos a respeito foram lançados, mas foi de importância seminal para que teorias mais consistentes fossem desenvolvidas na década seguinte.

Em sua obra “International Internet Law”, Joanna Kulesza discute a viabilidade, os desafios e as possíveis fontes de um Direito Internacional da internet. A autora argumenta que, assim como o Direito Ambiental Internacional surgiu como um ramo do Direito Internacional Público, na década de 1970, por meio da adoção de tratados e princípios escritos, e assim como aquela disciplina possui natureza inerentemente transnacional, pois seu objeto de estudo é compartilhado por diversos Estados, também deve a regulação da internet se desenvolver a partir de acordos multilaterais ou multissetoriais.

Kulesza ainda explica que grande parte da regulação da internet já é feita por meio de conhecidos mecanismos multissetoriais, mas que as medidas de sucesso têm se limitado às camadas física e lógica da internet. Entidades como a Internet Engineering Taskforce (IETF), a Internet Society (ISOC) e a Internet Corporation for Assigned Numbers and Names (ICANN) vêm se dedicando, desde a década de 1990, ao desenvolvimento de regulações técnicas, padrões e boas práticas e à promoção de políticas públicas favoráveis ao bom uso da internet. Em sua grande maioria, essas entidades se dedicaram a criar normas que se limitam ao funcionamento técnico e lógico da rede.

Com a popularização e expansão do acesso à internet, questões envolvendo direitos humanos, propriedade intelectual, comércio eletrônico e outros tópicos até então não trabalhados por essas organizações, passaram a exigir uma atenção maior dos atores interessados, na medida em que cresceram em sua relevância para a sociedade moderna.

O modelo multissetorial para governança da internet, já adotado por essas organizações, passou a ser também utilizado para reger questões da chamada “camada de conteúdo”. O modelo propõe uma igualdade de posição entre governos, atores do setor privado e a sociedade civil na discussão e na elaboração de políticas públicas. Segundo Kulesza, essa igualdade deve ser um princípio nuclear de qualquer pretensão de desenvolvimento de um Direito Internacional da Internet. O multissetorialismo na governança da internet já produziu uma série de instrumentos de soft law, como os documentos da World Summit for the Information Society (WSIS), que influenciaram até mesmo legislações nacionais (como o Marco Civil da Internet, no Brasil) e que podem ser utilizados para definir o escopo de um possível Direito Internacional para a internet. Além disso, tratados sobre crimes cibernéticos, comércio eletrônico, propriedade intelectual e cooperação no combate a spam também podem ser considerados algumas das primeiras fontes de hard law para este novo do Direito Internacional.

Kulesza também ressalta que, além de um desenvolvimento multissetorial, o Direito Internacional da Internet deve adotar alguns dos princípios fundamentais estabele-

cidos pela Declaração de Princípios de Genebra, na primeira WSIS. Esses princípios são o da diversidade cultural, da liberdade de acesso e da adoção de padrões abertos.

Entretanto, a própria autora admite que o desenvolvimento de um marco regulatório internacional para a internet depende, em grande medida, do consenso e cooperação entre diversos Estados. Nos atuais fóruns de debate multissetorial, já se reconheceu a dificuldade de alcançar um consenso entre países com valores culturais e interesses soberanos tão distintos, como aqueles que possuem os maiores números de usuários de internet. Os próprios instrumentos legislativos de *hard law* são esparsamente ratificados pelos Estados, não tendo signatários influentes, como Brasil e Rússia. Sequer há consenso a respeito de um ponto tão crucial como o modelo multissetorial: tradicionalmente, países como China e Rússia favoreceram o modelo multilateral e intergovernamental, que se baseia na primazia de organizações internacionais (como as Nações Unidas, a União Internacional de Telecomunicações, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual e Organização Mundial do Comércio) na regulação transnacional da rede, sem intervenção de outros setores. Existem, ainda, os já citados problemas relacionados a paraísos jurisdicionais.

O desenvolvimento de um Direito Internacional da Internet ainda tem, portanto, diversos e complexos desafios a enfrentar antes de atingir um patamar de aceitação universalmente satisfatória.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independentemente de quão rápido é o avanço das tecnologias ou de quão irrelevantes as fronteiras nacionais se tornem, o mundo continuará a ser dividido entre nações geograficamente delimitadas. Apesar de seu caráter atualmente relativo, a soberania ainda permanece como um atributo irrenunciável - apesar de limitável - dos Estados. Esse arcabouço clássico gera um antagonismo com as próprias características da internet, que é marcada pela sua transnacionalidade. Uma rede de comunicação que ignora fronteiras é algo, muitas vezes, alarmante aos Estados. Em decorrência disso, medidas são tomadas para tentar estabelecer “fronteiras” para a internet, impedindo a livre circulação da informação e de novas tecnologias.

As normas para determinação da competência internacional dos tribunais domésticos também refletem esse antagonismo. Também as decisões judiciais internas e internacionais exploradas na pesquisa revelam tendência dos juízes de aplicar conceitos e regras sobre jurisdição já estabelecidas, realizando apenas adaptações para a Internet. Um exemplo desse exercício adaptativo das regras ocorreu quanto à doutrina dos efeitos, adotada no caso *Calder v. Jones*. A aplicação dessa doutrina ao ambiente da Internet indica que a autoridade judicial de certa localidade terá competência para adjudicar uma lide se o site que gerou o conflito de interesses em questão teve como alvo essa mesma localidade. Assim, empresas de comércio eletrônico, mídias entretenimento podem limitar as jurisdições que serão atendidas pelos seus serviços online, exercendo certo controle sobre os locais onde poderão sofrer ações judiciais. Apesar da maior segurança jurídica aos agentes envolvidos, essa regra jurisdicional provoca a delimitação e a fragmentação da internet.

Enfrentar questões relativas à jurisdição na internet envolverá uma ressignificação de conceitos antes pacíficos, como os de comunidade, território, soberania, fron-

teira e estatalidade. Embora esses elementos continuem existindo na sociedade da informação, eles sofrem mitigações. O Direito deve renunciar a uma posição de negligência e acompanhar essas mudanças; com isso, tem condições de compreender os conceitos e narrativas de forma social e politicamente contextualizadas.

7. REFERÊNCIAS

a. Livros

ARAÚJO Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, 1ª ed., Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven: Yale University Press, 2006.

KOHL, Uta. *Jurisdiction and the Internet: Regulatory Competence over Online Activity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KULESZA, Joanna. *International Internet Law*, 1ª ed. New York: Routledge, 2012.

KURBALIJA, Jovan. *An Introduction to Internet Governance*, Genebra: DiploFoundation, 2016.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*, São Paulo: Saraiva, 2012.

LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*, Nova York: Basic Books, 1999, p.55.

MONDRÉ, Aletta. *Forum Shopping in International Disputes*, Londres: Palgrave Macmillan, 2015.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SHAW, Malcolm. *International Law*, 6ª ed., New York: Cambridge University Press, 2008.

b. Artigos científicos e capítulos de livro

ANASTÁCIO, Kimberly. "Transnacionalidade na Rede: Introdução à Governança da Internet e ao NETMundial". *Marco Civil da Internet: Diálogos entre o Doméstico e o Global*, p. 226-244, Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet & Sociedade, 2016.

BASSO, Maristela e POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. "Jurisdição e lei aplicável na Internet: Adjudicando litígios de violação de direitos da personalidade e as redes de relacionamento social". In: LUCCA, Newton de e FILHO, Adalberto Simão (eds.). *Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008, v.02, p. 442-490.

BERMAN, Paul Schiff. "The Globalization of Jurisdiction: Cyberspace, Nation-States, and Community Definition", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.151, 311-529, 2002.

CRAWFORD, James. "The Criteria for Statehood in International Law", *British Yearbook of International Law*, vol.48, 1976, 93-182.

GOLDSMITH, Jack. "Against Cyberanarchy", *Chicago Law Review*, Vol.65, 1998, p.1239-1240.

JIMÉNEZ-BENÍTEZ, William Guillermo. "Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction. Global Overview and Colombian Cases", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 26, 2015, p.13-62.

JOHNSON, David R. and POST, David G., "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace". *Stanford Law Review*, Vol. 48, p. 1367, 1996.

LEINER, Barry et al. "Brief History of the Internet", *ACM SIGCOMM Computer Communication Review*, vol.39, no.5, 22-31, 2009. Disponível em: <<http://www.cs.ucsb.edu/~almeroth/classes/F10.176A/papers/internet-history-09.pdf>>. Acesso em: 05/01/2017.

MENTHE, Darrel. "Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces", *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol.4, no.1, 1998, 69-103.

MOORE, Kimberly A. e PARISI, Francesco. "Rethinking Forum Shopping in Cyberspace", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 77, No. 3, 2002, pp.1325-1358. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.297100>> Acesso em: 08/01/2017.

O'KEEFE, Roger. "Universal Jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice*, No.2, 2004, p.735-760.

PHILIPPE, Xavier."The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?", *International Review of the Red Cross*, Vol.88, No.62, 2006, 375-398.

POST, David. "Against 'Against Cyberanarchy'", *Berkeley Technology Law Journal* vol.17, 2002, 1371, p.1390.

SAADAT, Michael. "Jurisdiction and the Internet after Gutnick and Yahoo!", *Journal of Information Law and Technology*, 2005, no.1. Disponível em: <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2005_1/saadat/>. Acesso em: 05/01/2017.

SASSEN, Saskia. "When national territory is home to the global: Old borders to novel borderings", *New Political Economy*, Vol. 10, No. 4, 2005.

SVANTESSON, Dan Jerker. "Geo-location technologies and other means of placing borders on the 'borderless' Internet", *Journal of Computer & Information Law*, Vol.XXIII, 2004, 101-139. Disponível em: <http://epublications.bond.edu.au/law_pubs/63> Acesso em: 10/01/2017.

SVANTESSON, Dan Jerker. "A New Jurisprudential Framework for Jurisdiction: Beyond the Harvard Draft", *American Journal of International Law*, Vol.109, 2015.

WHYTOCK, Christopher. "The Evolving Forum Shopping System". *Cornell Law Review*, Vol. 96, p. 481-534, 2010-2011.

c. Tratados

CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969.

CONVENÇÃO de Budapeste para Crimes Cibernéticos. 23 de novembro de 2001. Disponível em: <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185>>

Acesso em: 15/01/2017.

CONVENÇÃO de Montevideu sobre os Direitos e Deveres do Estado, 26 de dezembro de 1933.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança, 1577 UNTS 3, 20 de novembro de 1989.

LEI MODELO da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico. 12 de junho de 1996. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html> Acesso em: 15/01/2017.

PACTO Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 999 UNTS 171, 19 de dezembro de 1966.

TRATADO de Direitos Autorais da Ordem Mundial da Propriedade Intelectual. 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12740>> Acesso em: 15/01/2017.

TRATADO de Westphalia. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp>. Acesso em: 31/12/2016.

d. Decisões internas e internacionais

ÁFRICA DO SUL. *Kaunda v. President of South Africa* (CCT 23/04) [2004] ZACC 5, 4 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/5.html>>. Acesso em: 12/12/2016.

AUSTRÁLIA. *Dow Jones & Company, Inc v Gutnick* [2002] HCA 56. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/high_ct/2002/56.html>. Acesso em: 23/12/2016.

BRASIL. STJ - Ag: 1375009 - MG, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, DJ Data de Julgamento: 15/03/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=14360028&num_registro=201002240765&-data=20110315>. Acesso em: 05/01/2017.

_____. STJ - CC: 107938 RS 2009/0183264-2, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 27/10/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28107938+%29+E+%28%22JORGE+MUSSI%22%29.min.&processo=107938+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 05/01/2017.

_____. STJ - CC: 66981 RJ 2006/0161102-7, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 16/02/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22OG+FERNANDES%22%29.min.&processo=66981&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 05/01/2017.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, *Centro Comercial Campanario*, Auto rad. 34.564/2010, 25 de agosto de 2010.

_____. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casacion Penal, *Jerónimo A. Uribe* case, Auto rad. 33.474/2010, 10 de fevereiro de 2010.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAGEM. *Ilha de Palmas*, Países Baixos v. Estados Unidos, 4 de abril de 1928, Recueil des Sentences Arbitrales, Vol.II.

ESTADOS UNIDOS. *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/783/>>. Acesso em: 03/01/2017.

_____. *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et l'antisemitisme (LICRA)*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, No. 01-17424, 23 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1308396.html>>. Acesso em: 15/01/2017.

_____. *Microsoft Corporation v. United States of America*, No. 14-2985, 2d Cir. 2016. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/14-2985/14-2985-2016-07-14.html>>. Acesso em: 19/01/2017.

_____. *United States of America v. Fawaz Yunis, A/k/a Nazeeh*, Appellant, 924 F.2d 1086 (D.C. Cir. 1991). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/924/1086/224419/>>. Acesso em: 12/12/2016.

_____. *US v. American Sports Ltd*, 286 F 3d 641 (2002). Disponível em: <<http://openjurist.org/286/f3d/641/united-states-v-73457882-in-united-states-currency>>. Acesso em: 19/01/2017.

_____. *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). Disponível em: <<http://www.internetlibrary.com/pdf/Zippo-Manufacturing-Zip-Dot-Com-WD-Pa.pdf>>. Acesso em: 18/12/2016.

FRANÇA. *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, Ordonnance de Référé*, Corte Superior de Paris, 22 de maio de 2000. Disponível em: <<http://juriscom.net/2000/05/tgi-paris-refere-22-mai-2000-uejf-et-licra-c-yahoo-inc-et-yahoo-france/>>. Acesso em: 15/01/2017.

_____. *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France, Ordonnance de Référé 00/05308*, Corte Superior de Paris, 20 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://juriscom.net/wp-content/documents/tgiparis20001120.pdf>>. Acesso em: 15/01/2017.

PAÍSES BAIXOS. *Dimensione v. Cassina*, Corte de Amsterdã, LJN BH6546, 12 de fevereiro de 2009.

_____. *H&M vs. G-Star*, Suprema Corte dos Países Baixos, ECLI:NL:HR:2012:BX9018, 7 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2012:BX9018>> Acesso em: 23/12/2016.

UNIÃO EUROPEIA. *eDate Advertising GmbH v. X e Olivier Martinez e Robert Martinez v. MGN Limited*, Acórdão do Tribunal de Justiça, Quarta Seção, ECLI:EU:C:2011:685, 3 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5dd3da335fe934fdc99ee9ad18072f79.e34KaxiLc3qMb40Rch-0SaxyKbNv0?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=335284>>. Acesso em: 08/01/2017.

e. Outras referências

“Cleaning Up”, *The Economist*, 03 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.economist.com/news/britain/21670042-reformed-tax-haven-looks-online-economy-cleaning-up?zid=291&ah=906e69ad01d2ee51960100b7fa502595>>. Acesso em: 08/01/2017.

"Gibraltar's Online Gambling Boom Has Made It a Haven for British Expats", *Vice*, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <https://www.vice.com/en_us/article/the-battle-for-the-rock-224>. Acesso em: 08/01/2017.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948.

ESTADOS UNIDOS. *Remarks by President Barack Obama on Securing our Nation's Cyber Infrastructure*, The White House, Office of the Press Secretary, Washington D.C., 29 May 2009.

_____. *US Strategy for Operating in Cyberspace*, US Department of Defense, 2011.

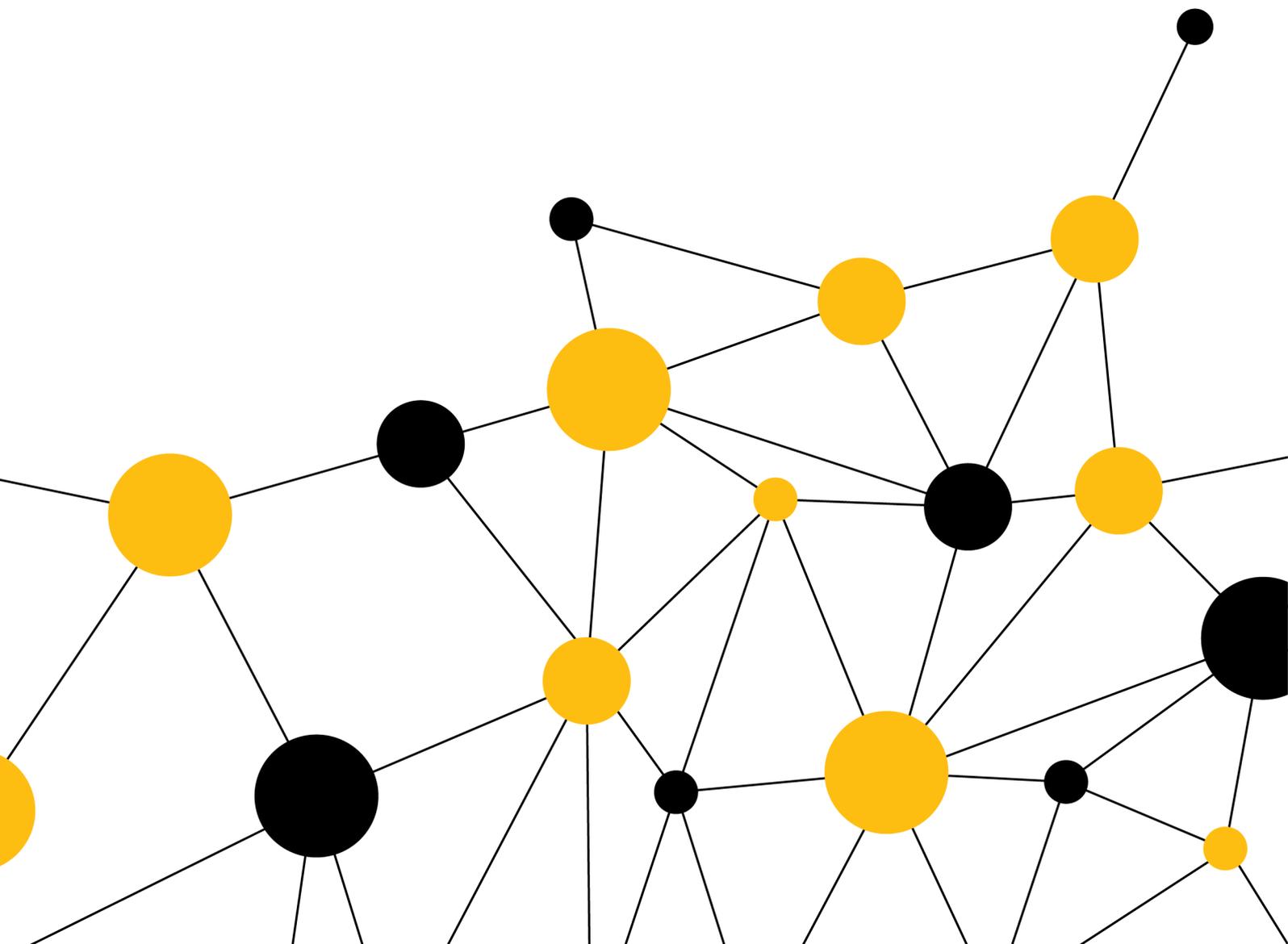
HOLZMEISTER E CASTRO, Joana. Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais: O que Muda Com o Novo Código de Processo Civil, Trabalho de Conclusão de Curso, Orientadora: Nádya de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2015.

PLANO DE AÇÃO DE LONDRES para Cooperação Internacional no Combate ao Spam. 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/international-antitrust-and-consumer-protection-cooperation-agreements/041012londonactionplan.pdf>> Acesso em: 15/01/2017.

SAVAGE, James. "The Pirate Bay plans to buy island", *The Local*, 12 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.thelocal.se/20070112/6076>>. Acesso em: 10/01/2017.

ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS ONLINE

RISCOS DE DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E BOAS
PRÁTICAS COMERCIAIS



ELEIÇÃO DE FORO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS ONLINE

RISCOS DE DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA E BOAS PRÁTICAS COMERCIAIS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS¹

Atualmente, as interfaces existentes entre contratos internacionais, o caráter transnacional das relações comerciais e direitos de usuários têm sido cada vez mais significativas. O direito do consumidor e o direito internacional privado, como áreas de acentuada especificidade e dotadas de linguagens próprias, gradualmente se aproximam, em pontos de convergência material e funcional. Deixam de ser admitidos como disciplinas meramente estanques no universo do Direito Internacional ou “regimes normativos concorrentes”, para justificar objetivos mais amplos de regulação compartilhados no espaço transnacional. Entre eles, exatamente, encontra-se o de proteção do acesso à prestação jurisdicional a consumidores que celebram contratos internacionais por meio da internet.

Na discussão corrente e literatura especializada, o direito internacional privado apresenta uma racionalidade descritiva fundada nas fontes normativas - primordialmente -, como as leis internas, tratados e convenções, princípios, doutrina e jurisprudência, com escopo de determinação de lei aplicável aos casos com conexão internacional, jurisdição e reconhecimento e execução de decisões estrangeiras. Questões relativas à eleição de foro e cláusulas de eleição de foro também tem sido destacadas amplamente no contexto das contratações internacionais. O direito do consumidor, por seu turno, concentra-se, em larga medida, na ideia de uma ordem pública voltada para a regulação jurídica da proteção de partes vulneráveis em uma relação contratual. Ambos regimes pareciam muito distantes entre si, sem diálogo sistêmico até há poucos anos. Uma mudança nesse padrão, contudo, é hoje sentida com muita intensidade devido à expansão das redes e plataformas de comércio de bens e de serviços online.

Nas últimas décadas, o que se observou no direito internacional privado foi a crescente emergência de interfaces com direito do consumidor, bem como a associação entre instrumentos de tutela das relações de consumo como temáticas relevantes no campo dos contratos internacionais e autonomia da vontade. A partir dessas interfaces, também se destacou a relevância dos pactos atributivos de jurisdição em contratos internacionais de consumo, como validade e eficácia de cláusulas de eleição de foro.

Diálogos entre regimes normativos e diferentes políticas regulatórias em nível

¹ Trabalho de pesquisa elaborado sob coordenação de Fabrício B. Pasquot Polido e Lucas Costa dos Anjos, Membros do Conselho Científico do Instituto de Referência em Internet e Sociedade - IRIS, em parceria com o Grupo de Estudos Internacionais de Internet, Inovação e Propriedade Intelectual - GNET, da Universidade Federal de Minas Gerais. Contribuíram como autores para este trabalho os pesquisadores Bruno de Oliveira Biazatti, Diego Carvalho Machado, Lucas Costa dos Anjos, Luíza Couto Chaves Brandão, Matheus Rosa, Odélio Porto Júnior, Pedro Vilela e Tatiana Carneiro Resende.

doméstico e internacional promovem consequências do ponto de vista da harmonização substantiva e procedimental sobre eleição de foro e contratos internacionais de consumo. Entre elas, observam-se riscos associados a uma espécie de mudança de foro (forum shifting²) relativamente à jurisdição a ser acionada pelo consumidor, como para tribunais de países sediando os principais conglomerados da internet.

Finalmente, a convergência dos mais diversos regimes corrobora a criação de instâncias jurisdicionais complementares de solução de litígios privados transnacionais envolvendo direitos do consumidor e relações contratuais, como o recurso das partes a arbitragem e mediação comercial internacional e a escolha de direito estrangeiro aplicável em tribunais nacionais.

Nesse primeiro truncado cenário, quais seriam as consequências para as partes de contratos internacionais? Especificamente em países com leis e códigos mais protetivos em matéria de relações de consumo, existem significativas preocupações em torno de abusividade de eleição de foro e potencial denegação de justiça para usuários-consumidores em relações contratuais suportando a oferta de serviços e produtos online. À primeira vista, essa tendência poderia resultar em contradições com os padrões mínimos de proteção inicialmente pretendida por leis domésticas, como o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

O artigo visa a explorar justamente as intersecções entre contratos internacionais, cláusulas de eleição de foro e direito do consumidor, tendo como referencial as relações contratuais intermediadas pela e na Internet.

a. Contratos Internacionais: perspectivas do Direito Internacional Privado

Contratos internacionais são negócios jurídicos celebrados por partes que, individualmente, se encontram domiciliados, residentes ou sediados em país diverso da outra parte, ou que o objeto do contrato implique a circulação de bens, serviços, capitais e tecnologias, em escala transfronteiriça, envolvendo múltiplos sistemas jurídicos em contato³.

Diversos fatores, portanto, podem determinar os contatos entre os diversos sistemas jurídicos em que as relações contratuais são examinadas. Apesar de privadas, essas relações possuem uma dimensão internacional em razão de elementos estrangeiros

2 “Forum shifting pode se referir a diversas dinâmicas distintas, todas destinadas a proporcionar resultados preferenciais por meio de mudanças no “jogo”. As partes podem se mover de uma agenda para outra, sair completamente de uma agenda (como os Estados Unidos saindo da UNESCO nos anos 1980), ou atuar em agendas simultâneas em múltiplos fóruns. [...] Países fortes como os Estados Unidos mudam de fóruns para otimizar seu poder e suas vantagens, bem como minimizar a oposição. A agenda de execução de Direitos de Propriedade Intelectual é apenas a mais recente em uma série de mudanças estratégicas de fórum. No entanto, partes mais “fracas”, como países em desenvolvimento e a advocacia pública não-governamental (ONGs) também emprega estratégias de forum shifting em seus esforços para remodelar as regras.” (Tradução livre). SELL, Susan K. Cat and Mouse: Industries', States' and NGOs' Forum - Shifting in the Battle Over Intellectual Property Enforcement. September 1, 2009. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1466156> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1466156>>. Acesso em 11 de Janeiro de 2017.

3 Sobre o tema, em geral, ver definição sistematizada por GALGANO, Francesco, e MARELLA, Fabrizio. *Diritto del Commercio Internazionale*. 3.ed. Padova: CEDAM, p.304, segundo a qual, os contratos internacionais são caracterizados, do ponto de vista formal, pela coexistência de um ou mais elementos de estraneidade/internacionalidade em relação ao sistema jurídico em cujo referencial normativo se examina sua estrutura. Os elementos podem ser os seguintes: 1. a nacionalidade das partes; 2. O local de negócios de cada uma das partes; 3. O local da sede ou de constituição de uma das partes, em sendo pessoa jurídica; 4. o local de conclusão do contrato; 5. o local de execução do contrato; 6.o local da situação do objeto do contrato; 7. a moeda de pagamento; 8. o local de pagamento das obrigações contratuais.

ou de internacionalidade, que tornam a relação mista (pluriconectada); por isso, não apenas podem existir distintas competências legislativas em torno da regulação material dos contratos, na ausência de harmonização e uniformização, como também a possibilidade de que distintos tribunais sejam acionados para adjudicar disputas entre as partes decorrentes desses contratos.

Em regra, as leis substantivas e processuais de um Estado aplicam-se nos limites de seu território, respeitando-se sua soberania e independência. Quando se fala em relações jurídicas obrigacionais contratuais com dimensão internacional, no direito internacional privado, as principais questões dizem respeito à lei aplicável (que lei aplicar para regular?) e jurisdição (qual tribunal é acionado em caso de litígio entre partes?).

Especificamente em matéria de jurisdição e contratos internacionais, não existem regras uniformes universais estabelecendo critérios de competência dos tribunais nacionais para casos com conexão internacional. Alguns tratados e convenções multilaterais e regionais, como adotados pela Membros da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado⁴ e do Mercosul⁵, e instrumentos normativos comunitários, como Regulamento Bruxelas I – Recast (Regulamento 1215/2012)⁶, apresentam âmbito limitado de aplicação (material e espacial), sem endereçar soluções globais em torno de jurisdição. Na insuficiência deles, cada país tem definido suas normas processuais internas relativas à jurisdição para solução de litígios pluriconectados.

Naturalmente, essa diversidade de soluções processuais leva a situações de incerteza e falta de previsibilidade, uma vez que vários tribunais domésticos poderiam fixar sua competência para solução dos casos. Em via oposta, pode haver situações em que nenhum tribunal estatal se considera competente para julgar uma demanda, resultando no fenômeno do *'forum non conveniens'*⁷.

Em razão disso, é comum que partes em um litígio recorram a tribunais de países distintos, conforme melhor lhe convenham, dentro de estratégias processuais de contencioso internacional privado – civil e comercial. A escolha pode decorrer em função de vários fatores: i) maior facilidade de acesso ao Poder Judiciário de um determinado país; ii) menores custos ao demandar; iii) clareza e previsibilidade quanto ao sistema de precedentes mais favoráveis (em sede substantiva e processual); e iv) especialidade dos tribunais locais, de seus juízes e advogados. A prática seletiva de busca de jurisdição, sem passar por acordo ou consenso entre as partes, é conhecida como *forum shopping*; ela pode ser considerada como prejudicial à ordem e segurança jurídicas, e elevar custos associados a contratações internacionais, além daqueles envolvendo as fases de litígio/contencioso judicial perante os tribunais domésticos.

Nos sistemas jurídicos nacionais, é comum a criação de leis para regular expressamente as “categorias de situações e relações jurídicas conectadas a mais de um sistema jurídico; em tema de lei aplicável, são regras de conexão que apontam para o

4 BRASIL. Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001. Promulga o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3832.htm>

5 MERCOSUL. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, em 5 de agosto de 1994. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm>

6 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>>

7 O poder discricionário de um tribunal de se recusar a exercer sua jurisdição onde outro tribunal pode mais convenientemente ouvir um caso.

sistema jurídico a regular o caso”⁸. As regras de conexão não resolvem questões substantivas/materiais envolvendo o litígio, mas indicam o direito (nacional ou estrangeiro) a ser aplicado nas relações jurídicas multiconectadas⁹.

No caso do Brasil, muitas das regras de conexão são descritas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰, mais especificamente entre os artigos 7º e 12. A partir desse conjunto de regras, o juiz determinará a lei aplicável, que poderá ser lei nacional ou estrangeira.

No entanto, tais regras advêm da perspectiva clássica do DIP, cujo método conflitual se propõe a resolver o conflito de leis no espaço de forma neutra, sem opções valorativas¹¹. O método em questão, para obrigações, é inspirado em contratos internacionais paritários, isto é, estruturalmente equilibrados quanto às forças e interesses dos empresários e agentes envolvidos¹². Parte da literatura tem sustentado, todavia, que essas regras não são “adequadas à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana e, especialmente, aos novos desafios e problemas suscitados pela internet e as interações sociais por ela mantidas em escala transfronteiriça”¹³. Este é o caso das relações consumeristas, por exemplo, já que o consumidor não se encontra em pé de igualdade relativamente aos fornecedores nacionais e estrangeiros.

Nesse caso, a aplicação das regras de conexão pode ser limitada por normas gerais de ordem pública¹⁴. Segundo Jacob Dolinger, a ordem pública constitui um dos princípios pivotais do Direito Internacional Privado, já que “impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países”¹⁵. No entanto, sua principal característica é justamente sua indefinição, já que possui natureza filosófica, moral, relativa, alterável e, portanto, indefinível¹⁶.

A ordem pública é, segundo Dolinger, como uma válvula de segurança¹⁷, que afasta a aplicação, no âmbito interno, do direito estrangeiro que levar a uma manifesta incompatibilidade com os princípios essenciais do direito do foro, principalmente aque-

8 ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6ª ed. atual. e amp. De acordo com o Novo CPC. Porto Alegre, Revolução eBook, 2016, p.33.

9 É o chamado método conflitual tradicional, como dispõe Nádia de Araújo: “O método conflitual tradicional, ainda utilizado pelo Direito Internacional Privado dos países da Europa e da América Latina [...] tem como particularidade a existência de uma regra de DIPr — a regra de conflito, que dá a solução de uma questão de direito contendo um conflito de leis através da designação da lei aplicável pela utilização da norma indireta. Não compete ao DIPr fornecer a norma material aplicável ao caso concreto, mas unicamente designar o ordenamento jurídico ao qual a norma aplicável deverá ser buscada. Para a concepção clássica do DIPr, é através de normas de conflitos que o DIPr cumpre a sua missão de prover a regulamentação da vida jurídica internacional” Ibid, p.36.

10 BRASIL. Decreto-Lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 21 de dezembro de 2016.

11 ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6ª ed. atual. e amp. Porto Alegre, Revolução eBook, 2016, p. 36.

12 MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo, 2007, p. 12-13. Disponível em: <<https://goo.gl/OB0McM>>.

13 Idib, p. 19.

14 ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6ª ed. atual. e amp. De acordo com o Novo CPC. Porto Alegre, Revolução eBook, 2016, p.65.

15 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 349.

16 Ibid, p. 349 a 351: Diríamos que o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação que atende às necessidades econômicas de cada Estado. O ordem pública encerra, assim, os planos político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído. Mas em nenhum diploma encontraremos formulado o que vem a ser básico na filosofia, na política, na moral e na economia de um país. [...] A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época. [...] No Brasil, o artigo 17 da Lei de Introdução exclui a aplicação de leis estrangeiras, bem como de atos e sentenças estrangeiros, sempre que estes ofenderem a soberania nacional - plano político - a ordem pública - plano jurídico e econômico - e os bons costumes - plano moral

17 Ibid, p. 380.

les envolvendo direitos fundamentais¹⁸.

Outro ponto tratado pelo Direito Internacional Privado é o reconhecimento e execução das decisões judiciais estrangeiras. O acesso à justiça compreende não somente o ato de julgar, mas também o de tornar efetivo, já que a prestação jurisdicional tem por fim último garantir materialmente o direito. Para isso, são também necessárias medidas de cooperação jurídica internacional, como no tocante ao cumprimento extraterritorial de medidas processuais provenientes do Judiciário de um Estado estrangeiro¹⁹. Essa cooperação pode se dar por meio de homologação de decisões estrangeiras (artigo 960 a 965 do Novo Código de Processo Civil), 'exequatur' e cumprimento de cartas rogatórias, por exemplo (Art. 27, CPC).

No plano multilateral, com o objetivo de minimizar a insegurança jurídica e promover maior uniformização de entendimentos e soluções entre os sistemas jurídicos dos países signatários, foi elaborada a Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro em 2005, com o objetivo de estabelecer a validade e reconhecimento dos efeitos de cláusulas de eleição de foro em matéria civil ou comercial²⁰.

Esta Convenção propõe, em seu artigo 5º, o respeito à autonomia da vontade das partes, garantindo a escolha de um foro exclusivo sem privilegiar a jurisdição nacional²¹. No entanto, a Convenção exclui de seu âmbito de aplicação os acordos exclusivos "de que seja parte uma pessoa singular que intervém principalmente para fins pessoais, familiares ou domésticos (um consumidor)" e os "relativos a contratos de trabalho"²².

18 "Na literatura jurídica brasileira, Cláudia Lima Marques e Daniela Jacques sustentam que a proteção do consumidor no comércio eletrônico internacional deve seguir o método alternativo das normas de aplicação imediata, porquanto consiste o Código de Defesa do Consumidor (CDC) em lei que prevê "normas de ordem pública e interesse social" (CDC, artigo 1º), destinadas a proteger os direitos fundamentais do consumidor (Constituição da República de 1988, artigo 5º, XXXII), sua dignidade, saúde e segurança (CDC, artigo 4º, caput) - no âmbito da internet inclusive (Lei 12.965/2014, artigo 7º, XIII#) - em face de fornecedores nacionais e estrangeiros (CDC, artigo 3º). A regra de conexão do artigo 9º da LINDB seria rechaçada a fim de se aplicar a legislação consumerista nacional". Internet e Lei Aplicável: Regras de conexão e determinação de lei aplicável em interações em rede. Trabalho de Pesquisa elaborado sob coordenação de Fabrício B. Pasquot Polido e Lucas Costa dos Anjos, do Instituto de Referência em Internet e Sociedade - IRIS e do Grupo de Estudos Internacionais de Internet, Inovação e Propriedade Intelectual - GNET, da Universidade Federal de Minas Gerais. Contribuíram como autores para este trabalho os pesquisadores Diego Machado e Odélio Porto Jr. p.12.

19 ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. 6ª ed. atual. e amp. De acordo com o Novo CPC. Porto Alegre, Revolução eBook, 2016, p.150.

20 Artigo 1º - Âmbito de aplicação: 1. A presente Convenção é aplicável, em processos de natureza internacional, aos acordos exclusivos de eleição do foro concluídos em matéria civil ou comercial [...]. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

21 Artigo 5º - Competência do tribunal eleito: 1. O tribunal ou os tribunais de um Estado Contratante designados por um acordo exclusivo de eleição do foro têm competência para decidir qualquer litígio a que o acordo se aplica, salvo se este for considerado nulo nos termos do direito desse Estado. 2. Um tribunal competente ao abrigo do n.º 1 não pode recusar exercer a sua competência com fundamento em que o litígio deve ser decidido por um tribunal de outro Estado. 3. O disposto nos números anteriores não prejudica as normas sobre: a) competência relacionada com a matéria ou o valor da causa; b) repartição interna das competências entre os tribunais de um Estado Contratante. Contudo, sempre que o tribunal eleito disponha de poderes discricionários para transferir um processo, deve ser tida em devida consideração a escolha das partes. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>. Acesso em 13 de Dezembro de 2016.

22 Artigo 2º - Exclções do âmbito de aplicação: 1. A presente Convenção não se aplica aos acordos exclusivos de eleição do foro: a) de que seja parte uma pessoa singular que intervém principalmente para fins pessoais, familiares ou domésticos (um consumidor); b) relativos a contratos de trabalho, incluindo as convenções colectivas. 2. A presente Convenção não se aplica às seguintes matérias: a) estado e capacidade de pessoas singulares; b) obrigações de alimentos; c) outras matérias de direito da família, incluindo os regimes matrimoniais e outros direitos ou obrigações derivados do casamento ou de relações similares; d) testamentos e sucessões; e) insolvência, concordatas ou acordos de credores e matérias semelhantes; f) transporte de passageiros e de mercadorias; g) poluição marinha, limitação da responsabilidade em sinistros marítimos, avarias comuns, reboque e salvamento de emergência; h) concorrência; i) responsabilidade por danos nucleares; j) pedidos de indemnização por danos corporais apresentados por pessoas singulares ou em seu nome; k) pedidos de indemnização por danos provocados em bens corpóreos por facto ilícito que não tenha origem num contrato; l) direitos reais imobiliários e contratos de arrendamento de imóveis; m) validade, nulidade ou dissolução de pessoas colectivas e validade das decisões dos seus órgãos; n) validade de direitos de propriedade intelectual que não sejam direitos de autor e direitos conexos; o) violação de direitos de propriedade intelectual distintos dos direitos de autor e direitos conexos, excepto se o processo é ou podia ter sido intentado por incumprimento de um contrato entre as partes relativamente a esses direitos; p) validade das inscrições em registos públicos. 3. Não obstante o disposto no n.º 2, não são excluídos do âmbito de aplicação da presente Convenção os processos cuja matéria, excluída ao abrigo desse número, constitua uma mera questão prejudicial e não o objecto do processo. Em especial, o facto de uma

A exclusão se justifica pelo fato de essas categorias suscitarem a incidência da ordem pública, indisponibilidade de certos direitos, além da vulnerabilidade das partes envolvidas.

A Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005 ainda não foi assinada pelo Brasil. Entretanto, em linha com as observações de Nádia de Araújo e Daniela Vargas²³, o instrumento influenciou, de forma decisiva, as discussões no âmbito interno, culminando com o acréscimo de um dispositivo no Novo Código de Processo Civil sobre a cláusula de eleição de foro em contratos internacionais (Art.25). Para as autoras²⁴, a adoção de medidas consistentes com a Convenção melhoram as condições de brasileiros e estrangeiros envolvidos em procedimentos transnacionais, além de diminuir o alegado “custo Brasil” nas relações empresariais internacionais²⁵.

No que diz respeito à submissão de litígios ao juízo arbitral, essa orientação já tem sido reconhecida no Brasil desde 1996. A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) determina, em seu artigo 3º, que podem as partes interessadas “submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem”²⁶.

Da mesma forma, a Convenção de Nova Iorque de 1958, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 4.311, determina, em seu artigo 2ª que o Estado reconheça o acordo escrito entre as partes que submeterem suas controvérsias à arbitragem, devendo os tribunais brasileiros se abster de julgar a causa²⁷. Tanto a Lei brasileira de Arbitragem (artigo 4º § 1º e artigo 9º § 1º e 2º da Lei nº 9.307/96) como a Convenção de Nova Iorque (Art.II.2) exigem que a convenção de arbitragem entre as partes seja escrita.

2. TERMOS DE USO

Há pouco tempo, uma pequena empresa desenvolvedora de software chamada PC Pitstop estabeleceu uma recompensa para usuários que lessem o Acordo de Contrato do Usuário Final (EULA, em inglês) para o seu produto²⁸. A empresa fez constar uma

matéria excluída ao abrigo do n.º 2 ser suscitada a título de exceção não exclui o processo do âmbito de aplicação da Convenção desde que tal matéria não constitua o objecto do processo. 4. A presente Convenção não se aplica à arbitragem e procedimentos conexos. 5. O facto de um Estado, incluindo um governo, um organismo governamental ou qualquer pessoa que actue em nome de um Estado, ser parte num processo não exclui este último do âmbito de aplicação da Convenção. 6. A presente Convenção não prejudica os privilégios e as imunidades aplicáveis aos Estados ou às organizações internacionais e aos seus bens. Disponível em <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

23 ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais, p 2. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/A-CONFERENCIA-DA-HAIA-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO-REAPROXIMA-C3%87-C3%83O-DO-BRASIL-E-AN-C3%81LISE-DAS-CONVEN-C3%87-C3%95ES-PROCESSUAIS.pdf>>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

24 Ibid, p. 14.

25 BANCO MUNDIAL. Doing Business in Brazil, 2018. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/brazil>>

26 Art. 3º: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em 14 de dezembro de 2016.

27 Artigo II. 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. 2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas. 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexequível. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em 13 de Dezembro de 2016.

28 MAGID, Larry. It pays to read license agreements. In: PC Pitstop. Informações disponíveis em: <<http://www.pcpitstop.com/>>

cláusula em seus próprios EULAs que prometia a recompensa a qualquer pessoa que enviasse uma mensagem para o endereço de e-mail incluso.

A empresa pretendia provar que raramente, ou nunca, as pessoas leem os dispositivos contratuais de licenças de softwares que adquirem. E eles estavam certos. Somente quatro meses e 3000 downloads depois da oferta da recompensa, um usuário atento finalmente escreveu para o e-mail reclamando o prêmio de US\$ 1.000,00.

Essa história, que envolve usuários de um programa utilizado para análise e otimização de computadores pessoais, mostra a realidade da grande maioria daqueles que utilizam produtos do meio virtual: usuários costumam não ler os termos de uso ou de adesão.

Segundo a Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FECOMERCIO SP), em pesquisa realizada no ano de 2014 com 1009 pessoas residentes na capital paulista²⁹, o número de usuários que leem os termos de uso está longe do ideal. Segundo a pesquisa, 66,6% dos entrevistados não leem os contratos das redes sociais que utilizam.

Esse número não varia muito em razão do nível de escolaridade dos entrevistados: entre usuários com ensino médio incompleto, o índice de não leitores é 72,3%, enquanto entre usuários com Ensino Superior esse índice é 66,8%. Tais dados parecem demonstrar que o problema não reside exclusivamente em déficit educacional público/privado brasileiro. O alto índice de desinteresse nos contratos virtuais apresenta raízes mais complexas.

a. A falácia do “Li e aceito os termos do contrato”

“Li e aceito os termos do contrato” é frase presente em boa parte das atividades realizadas pelos usuários da internet, seja na aquisição de licenças, na instalação de softwares, programas, aplicativos, ou mesmo na inscrição para os mais variados tipos de provedores de aplicação (e-commerce, redes sociais, streaming, etc.) e de conteúdo. Aceitam-se a todo momento termos de uso que compõem verdadeiras relações contratuais estabelecidas entre empresas e usuários, clientes e consumidores (B2C – *business-to-consumer*).

Os termos de uso representam a forma de como a empresa provedora de determinado serviço se relaciona com seus usuários. É o contrato que disciplina a relação entre eles, como por exemplo, as formas de registro e validação de cadastros, a políticas de privacidade e de compartilhamento de informações e de conteúdo, de segurança da conta, das formas de pagamento (se for o caso), a política de propagandas e de outros conteúdos comerciais fornecidos, as disposições especiais aplicáveis, além de cláusula de eleição de foro, que estabelece o local de resolução de possíveis disputas envolvendo a empresa e o usuário.

Segundo Luiz Fernando Moncau, há desinteresse dos usuários em relação aos termos de uso³⁰. Mesmo que saibam de sua importância, usuários não os leem porque

spycheck/eula.asp>. Acesso em 2 de Dezembro de 2016.

29 FECOMERCIOSP. Comportamento dos usuários na internet e crimes digitais. Pesquisa - Ano: 2014. Disponível em: requisição por e-mail.

30 O pesquisador tratou da relação dos usuários com os termos de uso, durante o I Seminário sobre Governança das Redes e o

acreditam que isso tomará muito tempo, além de ser algo desagradável. Moncau também destacou a complexa linguagem jurídica presente em muitos termos de uso, que afasta os usuários.

Buscando demonstrar a grande quantidade de tempo necessária para a leitura dos termos de uso, um grupo norueguês de defensores dos direitos do consumidor fez uma maratona de leitura das cláusulas dos 33 aplicativos mais utilizados pelos noruegueses³¹, entre os quais figuravam o Netflix, o YouTube, o Facebook, o Skype, o Instagram e o jogo Angry Birds. O grupo, formado por 10 pessoas, gastou aproximadamente 32 horas para concluir a leitura de todos os termos de uso. Com isso, o grupo pretendeu demonstrar como a extensão e a complexidade dos termos de uso acarretam sua impossibilidade de leitura, o que resulta em falta de informação do usuário a respeito das diretrizes que regem sua relação com a empresa.

É importante destacar que os termos de uso são contratos de adesão compulsória, o que por si só poderia gerar desigualdade entre as partes contratantes. Isso porque eles são formulados pelas próprias empresas, que procuram se resguardar perante os seus usuários e acabam por prever condições que lhe são extremamente favoráveis.

Dessa forma, mesmo que o usuário tenha consciência das condições da contratação e as entenda como prejudiciais a alguns de seus interesses, dificilmente ele teria condições de negociar com a empresa e se encontra em um impasse: ou aceita os termos da forma como estão descritos, ou fica impossibilitado de utilizar o serviço que gostaria de contratar.

Essa limitação está presente nos contratos de adesão, inclusive naqueles realizados fora do ambiente da internet. A resolução dos conflitos envolvendo cláusulas e condições descritas nos contratos é geralmente discutida sob a perspectiva do equilíbrio entre as partes, ou do acesso à justiça, caso a caso, como se pretende demonstrar adiante nesta pesquisa. Se considerada abusiva, a cláusula é declarada nula pelo Judiciário, permanecendo as demais condições contratuais.

b. O que fazer para facilitar sua compreensão?

Sabendo das dificuldades encontradas com relação aos termos de uso, o site norte americano Terms of Service: Didn't Read representa um auxílio para usuários³². O site, desenvolvido por Hugo Roy, um hacker ativista e estudante de Direito, tem o objetivo de auxiliar os usuários, tendo em vista o bombardeamento diário de textos veiculando termos de uso.

O site Terms of Service instala um plug-in no navegador do usuário e lhe oferece um mecanismo de classificação para cada um dos sites navegados. Essa classificação varia de A a E: se o site visitado apresentar termos de uso e política de privacidade que

Marco Civil da Internet, que ocorreu na Faculdade de Direito da UFMG nos dias 28 e 29 de maio de 2015. POLIDO, Fabrício; ROSINA, Mônica. Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: Liberdades, Privacidade e Democracia. Páginas: 107-111. Disponível em: <<http://irisbh.com.br/i-seminario-sobre-governanca-das-redes-e-o-marco-civil-da-internet-liberdades-privacidade-e-democracia/>>. Acesso em 13 de Julho de 2016.

31 BBC News. Norway consumer body stages live app terms reading, 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-36378215>>. Acesso em 10 de Julho de 2016.

32 Disponível em: <<https://tosdr.org/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

também levem em conta os interesses dos usuários, recebe classificação A. Se, contudo, forem totalmente prejudiciais aos usuários, o site recebe classificação E. Sites que apresentem pontos positivos e negativos podem receber classificação B, C ou D. Além disso, clicando na classificação, o usuário pode ter acesso aos pontos positivos e negativos dos termos de uso e da política de privacidade do site, de forma mais resumida.

O YouTube, plataforma de compartilhamento de vídeos por serviço de streaming, mundialmente conhecida, por exemplo, possui classificação D. Segundo o Terms of Service: Didn't Read³³, o YouTube apresenta diversos pontos negativos, tais como: os termos podem ser modificados unilateralmente a qualquer hora e sem a notificação ao usuário; pode haver remoção de conteúdo do usuário a qualquer momento e sem notificação prévia; a licença de direitos autorais é mais ampla que o necessário; a exclusão de vídeos pelos usuários pode não resultar na exclusão efetiva pela plataforma.

Já o Kolab Now - um site que tem como objetivo facilitar a comunicação entre empresas, para que as mesmas dividam experiências, tem classificação A. Segundo o Terms of Service: Didn't Read³⁴, os termos de uso e a política de privacidade do site apresentam diversos pontos positivos: guarda de informações somente em caso de necessidade; disponibilização dos recursos desenvolvidos pelo site sob a licença de Software Livre; rigor em relação a pedidos de interceptação legal e impossibilidade de que terceiros tenham acesso aos seus dados sem devido mandado judicial suíço.

O site brasileiro Parceiro Legal³⁵, especializado em consultoria para startups, apresenta algumas medidas que podem ser tomadas pelas empresas para facilitar e, de certa forma, pressionar os usuários para que façam a leitura dos seus termos de uso. As medidas incluem: necessidade de rolagem completa do texto dos termos de uso ou política de privacidade para expressar o aceite; possibilidade de download desses termos ou envio por e-mail após a conclusão do cadastro; mensagens com textos grandes e destacados, ou a criação de pop-ups com mensagens salientando pontos importantes dos termos; utilização de sumários com links diretos para facilitar as buscas e a leitura pelo usuário e informá-lo quando houver atualização/alteração dos documentos.

Como se pode perceber, tanto as informações oferecidas pelo site Terms of Service: Didn't Read, quanto as soluções apresentadas pelo site Parceiro Legal, são ferramentas de auxílio e demonstram preocupação com o tema. Porém, são medidas paliativas, que buscam minimizar certos riscos de responsabilidade envolvendo contratos telemáticos e que não se mostram suficientes para provocar mudanças efetivas no comportamento de usuários. A realidade é bem clara. Os atuais modelos de termos de uso estabelecidos pelas empresas não funcionam. Eles apresentam linguagem jurídica complexa, truncada e que afastam usuários não versados no conhecimento de expressões jurídicas, além de exigirem muito tempo para sua leitura integral.

O ideal é que sejam adotadas medidas para reformulação dos textos dos termos de uso pelas empresas; em geral, são medidas que não se restringem somente à substituição da linguagem utilizada.

Exemplo de inovação nessa área é o apresentado pela empresa Nubank, impor-

33 Informações disponíveis em: <<https://tosdr.org/#youtube>>. Acesso em 28 de julho de 2016.

34 Informações disponíveis em: <<https://tosdr.org/#kolabnow>>. Acesso em 28 de julho de 2016.

35 PARCEIRO LEGAL. (Infográfico) Termos de uso e política de privacidade: Como garantir transparência no aceite? 2015.

Disponível em: <<http://www.parceirolegal.com/blog/termos-de-uso-e-politica-de-privacidade-como-garantir-mais-tran>>. Acesso em 18 de julho de 2016.

tante fintech³⁶ brasileira que fornece serviços de cartão de crédito em escala comercial. O contrato do cartão Nubank³⁷ é precedido de um resumo com os principais pontos sobre o serviço, redigido de forma clara e resumida, em uma única página, facilitando o acesso à informação por seu usuário. No entanto, a empresa afirma que o resumo não dispensa a leitura integral do contrato.

Outra medida possível, em longo prazo, é a sensibilização para esses temas ainda na formação escolar de estudantes, ensinando desde cedo usuários a utilizar a internet de forma mais segura e adequada. Alertar jovens sobre a importância dos termos estabelecidos nas relações online, bem como suas principais ferramentas, permitirá que usuários estejam mais conscientes, com olhares distintos e mais aguçados sobre termos de uso no futuro.

Um projeto nesse sentido começou a ser desenvolvido em 2007, no Uruguai: o Plano Ceibal (Conectividade Educativa de Informática Básica para a Aprendizagem em Linha), inspirado nas ideias do professor do Instituto de Tecnologia de Massachusetts (MIT), o norte americano Nicholas Negroponte, idealizador do projeto “One Laptop per Child”. O Plano Ceibal tem como objetivo não somente levar o acesso à internet para crianças e adolescentes de escolas públicas, como também ensiná-las a utilizar a rede mundial de computadores de forma segura e adequada³⁸.

Nesse projeto, estudantes recebem um laptop ou um tablet (de acordo a idade) com acesso gratuito a sites, programas e jogos educativos, que irão ajudá-los nas aulas, nas tarefas de casa e nas atividades familiares. O Plano Ceibal também tem como objetivo desenvolver o pensamento crítico dos estudantes, buscando formar cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, o que é fundamental para este tema. É importante que usuários entendam o significado e as consequências do ato de clicar em “Li e aceito os termos do contrato”, para que esse seja um ato efetivamente consciente.

c. Cláusulas de eleição de foro

Partes envolvidas em um negócio jurídico podem acordar entre si a eleição de foro para solucionar eventuais controvérsias que surgirem em razão do contrato. No contexto da internet, é comum que esses contratos envolvam elementos internacionais e, por isso, é importante que as partes tenham condições de escolher o direito a ser aplicado, como forma de garantir maior segurança jurídica à relação. Isso é geralmente feito por meio de uma cláusula de escolha de lei aplicável, que determina qual legislação será considerada para resolução de eventuais disputas.

Analisando diferentes tipos de termos de uso das principais empresas de internet, encontram-se três maneiras para resolução de conflitos: i) empresas que consideram como aplicável o Direito do país do usuário e escolhem os tribunais nacionais deste país para solução de litígios; ii) empresas que elegem lei aplicável e foro de um

36 Fintech é um “segmento das startups que criam inovações na área de serviços financeiros, com processos baseados em tecnologia. Normalmente, estas startups criam novos modelos de negócio, em áreas como conta corrente, cartão de crédito e débito, empréstimos pessoais e corporativos, pagamentos, investimentos, seguros, etc”. FINNOVATION. O que é fintech. Disponível em: <<http://finnovation.com.br/o/-que-e-fintech/>>. Acesso em 2 de Dezembro 2016.

37 Disponível em: <<https://www.nubank.com.br/contrato/contrato-2017-fev-25/>>. Acesso em 2 de Dezembro de 2016.

38 GUIA DAS CIDADES DIGITAIS. Plano Ceibal, do Uruguai, chega a todos os alunos e professores. Disponível em <<http://www.guiadascidadesdigitais.com.br/site/pagina/plano-ceibal-do-uruguai-chega-a-todos-os-alunos-e-professores>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2016.

país, diferentemente do país de sua sede e/ou da residência ou domicílio do usuário; iii) e, por fim, empresas que recorrem à arbitragem, escolhendo o Direito de um país específico como lei aplicável ao mérito da disputa.

A primeira maneira é ilustrada pelos termos de uso dos provedores de streaming Netflix e Spotify. O primeiro estabelece em seus termos de uso que “Estes Termos de uso devem ser regidos por e interpretados de acordo com a legislação do Brasil”³⁹.

O trecho determina que disputas entre Netflix e usuários brasileiros serão resolvidas de acordo com as informações expressas nos termos de uso, sempre respeitando e considerando a lei vigente no Brasil. O serviço de streaming de músicas Spotify apresenta, em seus termos de uso, solução semelhante para os países citados a seguir⁴⁰:

24 Escolha da lei, arbitragem obrigatória e local; 24.1 Lei vigente / Jurisdição: A menos que seja exigido por uma lei obrigatória de um estado-membro da União Europeia ou qualquer outra jurisdição, os Acordos (e quaisquer disputas/reivindicações não contratuais surgidas em virtude de, ou em relação a eles) estão sujeitos às leis do estado ou do país listado abaixo, independentemente da escolha ou dos conflitos dos princípios legais. Além disso, você e o Spotify concordam com a jurisdição dos tribunais listados abaixo para solucionar qualquer disputa, reivindicação ou controvérsia que surja em relação aos Acordos (e quaisquer disputas/reivindicações não contratuais que surjam em virtude de, ou em relação a eles). (Em alguns casos, essa jurisdição será “exclusiva”, o que significa que os tribunais de nenhum outro país poderão presidir a matéria; ter jurisdição; em outros casos, a jurisdição é “não exclusiva”, o que significa que os tribunais de outros países também poderão ter jurisdição. Isso está indicado na tabela abaixo.)

PAÍS	ESCOLHA DA LEI	SITUAÇÃO
Canadá	Leis da Província de Ontário	Exclusiva; tribunais de Ontário, Canadá
Estados Unidos	Leis do Brasil	Exclusiva; tribunais estaduais e federais de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil
Brasil	Estado da Califórnia, Estados Unidos	Exclusiva; tribunais estaduais e federais do Condado de São Francisco, Califórnia ou Nova York, Nova York
Espanha	Leis da Espanha	Exclusiva; tribunais do domicílio atual do consumidor na Espanha

A segunda fórmula pode ser encontrada nos termos de uso das principais redes sociais utilizadas no mundo. Eles estabelecem que quaisquer litígios entre usuários e a

39 NETFLIX. Termos de uso da Netflix. Disponível em: <<https://help.netflix.com/legal/termsofuse?locale=pt&docType=termsofuse>>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

40 SPOTIFY. Termos e condições de uso do Spotify. Disponível em <<https://www.spotify.com/br/legal/end-user-agreement/#s24>>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

empresa provedora do serviço deverão ser resolvidos pelos tribunais do Estado da Califórnia, considerando como lei aplicável o direito ali vigente. O Facebook prevê, em seus termos de uso, a seguinte disposição:

15. Disputas: 1. Você resolverá qualquer reivindicação, causa de ação ou disputa (reivindicação) decorrente de ou relacionada exclusivamente à esta Declaração ou ao Facebook no tribunal para o distrito do Norte da Califórnia, ou um tribunal estadual localizado no condado de San Mateo, e você concorda em submeter-se à jurisdição pessoal de tais tribunais com o propósito de pleitear todas essas reivindicações. As leis do estado da Califórnia regem esta Declaração, bem como as alegações que surjam entre você e nós, independentemente de conflitos nas disposições legais⁴¹.

A terceira fórmula pode ser observada em sites de compras como o Amazon e o eBay. As condições de uso do Amazon estabelecem que:

Direito Aplicável: Usando qualquer Serviço Amazon, você concorda com a Lei Federal de Arbitragem, lei federal aplicada, e as leis do Estado de Washington, sem recorrer aos princípios de conflito de leis, que irão disciplinar estas Condições de Uso e qualquer tipo de disputa que possa surgir entre você e Amazon⁴².

Os termos de uso do eBay determinam:

A. Direito aplicável: Você concorda que, excluindo a inconsistência de extensão com ou preterida pela lei federal, as leis do Estado de Utah, sem recorrer aos princípios de conflitos de leis, que irão disciplinar o Acordo de Usuário e qualquer reivindicação ou disputa que surgiu ou possa surgir entre você e eBay, exceto quando indicado de outra forma no Acordo do Usuário.

B. Acordo para Arbitragem: Você e eBay aceitam que toda e qualquer disputa ou conflitos que surjam ou possam surgir entre você e eBay, relativos a qualquer modo ou surgidos fora dessa ou anteriores versões do Acordo do Usuário, você use de ou acesse os Serviços do eBay, ou qualquer produto ou serviço vendido, oferecido ou comprado através dos Serviços do eBay, será resolvida exclusivamente por arbitragem final e vinculativa, em vez de um tribunal⁴³.

Como observado, ambos elegem arbitragem como mecanismo para resolução de seus conflitos, decidindo não somente qual direito será utilizado (no caso de Amazon e eBay, o direito dos estados federados nos Estados Unidos – Washington e Utah).

Esses dispositivos contratuais são estabelecidos unilateralmente como forma de proteção de interesses das empresas em futuras disputas com usuários. Os usuários devem saber qual forma de resolução de litígios consta nos termos de uso, para que estejam plenamente informados sobre eventuais benefícios ou prejuízos em caso de disputas, além dos custos implicados no do processo. Para que ponderem sobre esses aspectos, contudo, é necessário que seja feita uma leitura atenciosa e minuciosa dos termos de uso.

41 FACEBOOK. Declaração de Direitos e Responsabilidades. Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

42 AMAZON. Conditions of Use. Disponível em: <<http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=508088>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

43 EBAY. EBay User Agreement. Disponível em: <<http://pages.ebay.com/help/policies/user-agreement.html>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

3. CONTRATOS ELETRÔNICOS NO BRASIL

Termos de uso são geralmente tratados como contratos no Brasil. É necessário analisar se os termos de uso possuem, de fato, validade contratual segundo o ordenamento jurídico brasileiro. No campo do Direito Civil, os contratos estão inclusos na categoria de negócios jurídicos, que segundo Caio Mário da Silva Pereira, são “declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente.”⁴⁴

Essa definição é essencial para que os termos de uso sejam considerados negócios jurídicos, já que o usuário deve assentir (declarar sua vontade), para que possa utilizar um serviço de internet, que produz efeitos previstos no contrato pelo agente (usuário).

Definidos os termos de uso como negócios jurídicos, eles apresentam alguns requisitos para que sejam considerados válidos. De acordo com Código Civil Brasileiro de 2002, negócios jurídicos apresentam requisitos de validade de ordem subjetiva (capacidade) e objetiva (objeto e forma): capacidade dos agentes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei (Art. 104)

O requisito de ordem subjetiva diz respeito à capacidade do agente. Segundo o Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 3º, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos⁴⁵. Com o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência⁴⁶, porém, tornaram-se absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos. Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

A incapacidade absoluta acarreta a proibição total, do exercício e, por si só, do direito. O ato somente poderá ser praticado pelo representante legal do absolutamente incapaz. A inobservância dessa regra provoca a nulidade do ato, nos termos do art. 166,1, do Código Civil⁴⁷.

Ainda segundo Gonçalves⁴⁸:

A incapacidade relativa permite que o incapaz pratique atos da vida civil, desde que assistido por seu representante legal, sob pena de anulabilidade (CC, art. 171,1). Certos atos, porém, pode praticar sem a assistência de seu representante legal, como ser testemunha (art. 228,1), aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único), exercer empregos, exercer empregos públicos para os quais não for exigida a maioria (art. 5º, parágrafo único, III), casar (art. 1.517), ser eleitor, celebrar contrato de trabalho etc.

Assim, segundo o Código Civil Brasileiro, somente os absolutamente incapazes não satisfazem o requisito subjetivo de validade dos negócios jurídicos, como por exemplo, para assinar um contrato de prestação de serviços de internet ou aderir a termos de uso. Assim, segundo o requisito de validade de ordem subjetiva, para que os termos de uso apresentem eficácia jurídica, é necessário que o usuário seja plenamente capaz ou relativamente incapaz.

44 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Páginas: 399 – 400. 29. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

45 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 de julho de 2016.

46 Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 10 de Janeiro de 2016.

47 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1 – parte geral. Página: 111. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

48 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1 – parte geral. Páginas: 120-121. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Antes da análise dos requisitos de validade de ordem objetiva, deve-se esclarecer o que é um objeto do negócio jurídico. No caso em análise, por objeto deve-se entender o serviço prestado pela empresa, o qual, em geral, está definido previamente nos termos de uso. Desde que o serviço (objeto) seja lícito, possível, determinado ou determinável (Art. 104, inciso II, Código Civil de 2002), o termo de uso apresentado pela empresa deve ser considerado válido.

No que diz respeito ao requisito da licitude, Pablo Stolze⁴⁹ observa que: “a licitude traduz a ideia de estar o objeto dentro do campo de permissibilidade normativa, o que significa dizer não ser proibido pelo direito e pela moral”. Da mesma forma, o objeto deve ser determinado ou determinável, ou seja: na conclusão de um negócio, deve ser determinado o objeto sobre o qual será tratado, não sendo possível um negócio jurídico sem objeto ou de objeto indeterminável. Por fim, o objeto deve ter forma, o que, segundo Caio Mário, “é o meio técnico que o direito institui para a exteriorização da vontade”⁵⁰.

Como esclarecem as próprias empresas quanto à utilização de um serviço de internet, os termos de uso devem ser entendidos como documentos, o que lhes dá validade de acordo com Código Civil brasileiro. Portanto, analisando-se exclusivamente os requisitos de validade de um negócio jurídico de acordo com o direito civil brasileiro, os termos de uso devem ser considerados válidos. Outro poderia ser o resultado se os termos de uso são analisados segundo o direito estrangeiro indicado aplicável (e.g. os termos de uso adotados pela Amazon e Ebay, cf. item 2 *supra*).

Por fim, é possível estabelecer a análise do negócio jurídico do ponto de vista da efetiva declaração de vontade do agente, pressuposto fundamental para a constituição de um negócio jurídico. Algumas questões podem ser levantadas em relação à declaração de vontade defeituosa⁵¹.

Defeitos do negócio jurídico podem ser divididos em duas modalidades: os vícios de consentimento e os vícios sociais. Segundo Pablo Stolze⁵²:

Trata-se dos defeitos dos negócios jurídicos, que se classificam em vícios de consentimento — aqueles em que a vontade não é expressada de maneira absolutamente livre — e vícios sociais — em que a vontade manifestada não tem, na realidade, a intenção pura e de boa-fé que enuncia.

Segundo essa linha de análise, é possível avaliar os termos de uso desde a perspectiva dos ‘vícios de consentimento’, que atuam justamente sobre a concordância do usuário; eles exploram as múltiplas facetas comportamentais, sociais e informacionais envolvendo a prática dos negócios jurídicos.

Os vícios de consentimento podem ser divididos em erro, dolo e coação, mas, para a presente análise, apenas o enfoque sobre o erro⁵³ será considerada. O Código

49 GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. Página: 338. — 14. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2012.

50 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Página: 409. 29. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

51 Segundo Caio Mário da Silva Pereira: “O pressuposto do negócio jurídico é a declaração de vontade do agente, em conformidade com a norma legal, e visando a uma produção de efeitos jurídicos. Elemento específico é, então, a emissão de vontade. Se falta, ele não se constitui. Ao revés, se existe, origina o negócio jurídico” (Instituições de Direito Civil. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Página: 431. 29. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016).

52 GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. Página: 343. — 14. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2012.

53 Segundo Caio Mário: “O mais elementar dos vícios do consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento ou

Civil de 2002, capítulo IV (dos defeitos do negócio jurídico), seção I, trata das situações envolvendo erro ou ignorância, estabelecendo, em seu artigo 138:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Ou seja, caso o usuário alegue não leitura dos termos de uso, seja por não entendimento da linguagem utilizada ou outro motivo referente às circunstâncias do negócio, é possível a anulação do contrato celebrado, por não haver efetiva declaração de vontade no momento de estabelecimento do negócio jurídico. Caio Mário da Silva Pereira alerta sobre a confusão entre os termos “erro” e “ignorância”:

O Código de 2002, reproduzindo o anterior (1916), cogita, sob a mesma epígrafe do erro e da ignorância. Ontologicamente não se confundem. No erro existe uma deformação do conhecimento relativamente às circunstâncias que revestem a manifestação de vontade. A ignorância importa no desconhecimento do que determina a declaração de vontade. Juridicamente, entretanto, não há cogitar distinção⁵⁴.

O erro ou ignorância abarcam as situações relacionadas aos termos de uso: não entendimento daqueles que leem, devido à linguagem jurídica complexa, e ignorância para aqueles que não leem.

Em vista dos dispositivos do Código Civil vigente no Brasil, quando aplicáveis à relação jurídica entre o usuário e a empresa provedora de serviços, os termos de uso podem ter sua validade jurídica questionada, sobretudo naqueles casos em que são anuídos por meio de declaração de vontade defeituosa.

a. Qualificação das relações jurídicas entre o usuário e empresas de tecnologia

Relação de consumo ou prestação de serviços?

No direito brasileiro, a relação jurídica de consumo é estabelecida pela composição de fornecedor e consumidor em lados opostos, e tendo como objeto produto ou serviço, conforme se depreende da análise dos artigos 2º e 3º do CDC⁵⁵.

Por fornecedor, são considerados todos quantos propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de maneira a atender às necessidades dos consumidores, sendo despiciendo indagar-se a que título⁵⁶.

A categoria de consumidor, por sua vez, tem seu conceito ligado à ideia de vul-

falso conhecimento das circunstâncias fáticas, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Página: 434. 29. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

54 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Página: 434. 29. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

55 SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O Direito do Consumidor nas relações de consumo virtuais. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.15, n. 30, jul./dez. 2012, p. 124.

56 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 47.

nerabilidade, expresso no artigo 4º, caput, I, do CDC⁵⁷. Segundo Leonardo de Medeiros Garcia⁵⁸, a vulnerabilidade do consumidor pode ser entendida pelo desequilíbrio existente entre as partes em vários aspectos, como nos campos técnico, jurídico e fático, por exemplo. Para Cláudia Lima Marques⁵⁹ existe, ainda, a vulnerabilidade informacional, ainda mais acentuada na realidade do consumo virtual, em razão da ampliação da oferta, da informação e do desequilíbrio técnico⁶⁰.

A categoria de produto ou serviço é desenvolvida no artigo 3º, parágrafos 1º e 2º do CDC⁶¹ com ampla abrangência, considerando todo bem ou atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

Cláudia Lima Marques defende a proteção do consumidor enquanto direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro⁶², nos termos do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Essa proteção se materializa por intervenção do Estado, no sentido de garantir o equilíbrio entre as partes no contrato. Como exemplo, a legislação consumerista adotou a responsabilidade objetiva do fornecedor, conforme preceitua o artigo 12, caput, do CDC⁶³; nela, cabe ao consumidor provar apenas o dano e o nexo causal para que a responsabilidade seja imputada ao fornecedor.

Uma das formas de intervenção do Estado com o objetivo de garantir o equilíbrio contratual é a limitação da autonomia da vontade por meio de norma imperativa⁶⁴ e de ordem pública⁶⁵, como o Código de Defesa do Consumidor.

Como defendem alguns autores, a consequência dessa abordagem é de que a legislação consumerista compõe-se de normas de aplicação imediata, como espécie de

57 Art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 12 de Janeiro de 2017.

58 GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008, p. 17.

59 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

60 “O parceiro-consumidor é atraído ou por métodos agressivos de marketing [...] ou por preços reduzidos (descontos, redução nos tributos, envio gratuito etc.), pelo senso de aventura (por jogos, apostas, prêmios), ou por sua própria ignorância quanto às dificuldades nas transações transnacionais (parco conhecimento da língua para entender a oferta ou a publicidade, mito da qualidade superior dos produtos importados, produtos-novidade, desconhecidos em países emergentes, pela falta de conselhos jurídicos ou de um departamento jurídico para a negociação, confiança que a marca terá serviços pós-venda em seu país etc.)” MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo, 2007, p. 6. Disponível em: <<https://goo.gl/0B0McM>>.

61 Art. 3º § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 12 de Janeiro de 2017.

62 MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade Pós-Moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. Revista de Direito do Consumidor nº35, São Paulo, p.74 e 75.

63 Art 12: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 12 de Janeiro de 2017.

64 As normas do CDC são de caráter imperativo. Esse caráter mostra-se mais presente no campo das nulidades do seu artigo 51º. É que a celebração de qualquer contrato, onde se revele a desobediência a um direito assegurado ao consumidor, a sanção é a nulidade absoluta e não a simples nulidade relativa. Sobre isso, cf. KHOURI, Paulo R. Roque A. A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos internacionais. In: Revista de informação legislativa, vol. 41, n. 164, 2004, p. 65-86. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1008>>. Acesso em 12 de Dezembro de 2017.

65 Ora, se a proteção do consumidor, além de configurar um direito fundamental, atua como um elemento informador da própria ordem econômica, limitando a própria liberdade de mercado, seria, no caso brasileiro, praticamente impossível concluir no sentido contrário: ou seja, que a defesa do consumidor não integra a ordem pública brasileira. Neste sentido, pode-se também anteciper, desde já, a conclusão, que a defesa do consumidor integra também a ordem pública internacional, conforme adiante se verá. Idib.

privilégio da lei do foro (*lex fori*)⁶⁶. Impede que o consumidor, enquanto parte de comunidade econômica, sofra qualquer diminuição de seus direitos por parte do contratante economicamente mais forte⁶⁷, quando a aplicação da lei estrangeira for manifestamente incompatível:

Não é uma simples diferença de tratamento da lei brasileira de defesa do consumidor em relação à *lex causae* que autoriza o acionamento da dita reserva. Esta só será acionada, excepcionalmente, de forma a garantir uma proteção mínima ao consumidor brasileiro, quando o resultado obtido com o método conflitual se mostrar intolerável no foro brasileiro, diante da reserva da ordem pública internacional. Entretanto, este controle de solução material frente ao recurso da reserva da ordem pública internacional é feito à *posteriori*, sem prejuízo inicial do método conflitual.⁶⁸

No entanto, a qualificação das relações enquanto consumeristas é ainda mais questionável no âmbito dos contratos eletrônicos, principalmente no que diz respeito ao objeto ser ou não considerado bem ou serviço.

Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques, ao tratar sobre economia de compartilhamento, defendem que a caracterização da relação de consumo nesse contexto exige organização profissional ou o exercício habitual da atividade para a obtenção de lucro⁶⁹. Nestes casos, deverá haver a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o que, por si só representa uma garantia aos consumidores.

Há que se dizer, porém, que a obtenção de lucro por parte da empresa de tecnologia nem sempre está associado ao pagamento de forma direta e monetária pelo usuário. No caso das redes sociais por exemplo, os usuários não realizam pagamentos para a utilização de suas contas, Isso não significa, contudo, que as plataformas não possuam fins lucrativos. Empresas provedoras de aplicações e de conteúdo recebem remuneração de outras formas, inclusive mediante de campanhas publicitárias realizadas para seus usuários, sem que estes escolhessem tê-las ou não⁷⁰.

O Supremo Tribunal de Justiça brasileiro já decidiu no sentido de que a remuneração, de que trata o artigo 3º, § 2º do CDC, não precisa necessariamente ser econômica, bastando que algum benefício seja adquirido por aquele que figura enquanto fornecedor, como é o caso das remunerações indiretas auferidas pelas redes sociais⁷¹.

66 Idib, p. 27.

67 Idib, p. 31.

68 Idib, p. 82.

69 O critério para a exata distinção destas situações reside no próprio conteúdo do serviço oferecido pelo site ou aplicativo de internet, ao qual, como regra, uma vez viabilizando a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor e caracteriza aquele que o explora como fornecedor de serviços (artigo 3º). [...] A nosso ver, contudo, o reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à oferta de aplicações de internet em geral (artigo 7º, XIII, da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet), é, por si, uma garantia aos consumidores de produtos e serviços, inclusive nos modelos de consumo colaborativo em que aquele que promove a intermediação atua profissionalmente.” MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>>. Acesso em 12 de Janeiro de 2017.

70 AMARAL. Ana Carolina Resstel do. A aplicação do CDC nas redes sociais. Disponível em: <<http://www.tecnologiaedireito.com.br/?p=7134>>. Acesso em 14 de Janeiro de 2017.

71 CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor’ (...) (STJ – REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireoteor/?num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012>. Acesso em 14 de Janeiro de 2017.

Nesse mesmo sentido, um caso envolvendo o Facebook e um professor francês⁷², em 2011, tornou-se mundialmente conhecido. O Professor teve sua conta no site Facebook suspensa por cinco anos, sem notificação prévia, após publicar uma fotografia da tela “A origem do mundo” (1866), de Gustave Coubert. Isso porque o site considerou o conteúdo publicado como infração aos termos gerais de uso, desconsiderando a natureza artística da obra.

Os Tribunais franceses consideraram a relação jurídica entre o usuário e o Facebook submetida às normas francesas de proteção do consumidor. Aplicando-se a lei francesa, consideraram abusiva e, portanto, nula, a cláusula de eleição de foro prevista nos termos de uso do site; isso porque os termos de uso do Facebook, por meio de cláusula de eleição de foro, definiam a competência exclusiva dos tribunais norte-americanos para dirimir eventuais disputas com usuários.

Assim, com fundamento no equilíbrio contratual entre as partes e na necessidade de garantir o acesso à justiça aos usuários franceses, o Tribunal de Paris reconheceu-se competente para processar e julgar a matéria, mantendo a jurisdição do Estado francês para o caso.

b. Defesa do consumidor e o Marco Civil da Internet

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, também conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil⁷³. Em razão desse caráter principiológico, o Marco Civil não estabelece regras específicas sobre os termos de uso ou cláusulas de eleição de foro, assim como não qualifica a relação jurídica existente entre usuários e as empresas de tecnologia.

No entanto, é importante destacar que o Marco Civil estabelece fundamentos, direitos e garantias aplicáveis a esses assuntos.

O artigo 2º, inciso V, da lei prevê, como um dos fundamentos da disciplina da internet no Brasil, a **defesa do consumidor**. Além disso, determina, no artigo 7º, inciso XIII, como direito do usuário, a “aplicação de normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet”, reconhecendo a existência de relação consumerista em contratos firmados pela internet e a aplicação, a eles, da legislação de defesa do consumidor. Em seu artigo 7º, inciso VI, o Marco Civil estabelece como direito e garantia do usuário:

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

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade.⁷⁴

A exigência de clareza de informações ao usuário vai ao encontro do que de-

72 Processo nº 15/08624, Tribunal de Apelação de Paris, decisão de 12 de fevereiro de 2016.

73 Artigo 1º, caput, do Marco Civil da Internet. BRASIL. Lei nº 12.965/14. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 28 de Julho de 2016.

74 BRASIL. Lei nº 12.965/14. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 28 de Julho de 2016.

termina o inciso XI do mesmo artigo⁷⁵, que estabelece aos provedores de conexão e de aplicações de internet o dever de publicidade e de clareza de eventuais políticas de uso.

O Marco Civil prevê a forma como empresas devem se relacionar com os usuários por meio da internet, dispondo sobre a política de privacidade e proteção de dados:

Art.7º, inciso VIII: determina a necessidade de informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de dados pessoais, além de limitar a utilização destes dados pela empresa;

Art.7º, inciso IX: expressa a necessidade de consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

Art.7º, inciso X: estabelece o direito dos usuários de obter a exclusão definitiva dos seus dados pessoais pelas empresas e provedores.

A partir desse núcleo normativo, predominantemente centrado em diretrizes positivas e obrigações derivadas, o Marco Civil não apenas reconhece a legitimidade dos termos de uso, como também estabelece um regramento mínimo determinando obrigações legais para empresas e provedores. A partir de seu artigo 7º, principalmente, fica clara a obrigação de fornecer informações claras e completas a seus usuários, além de proteção de sua privacidade e intimidade, já que normalmente existe a transferência de dados pessoais na prestação dos serviços.

c. O que prevê o Novo Código de Processo Civil

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trata dos limites da jurisdição nacional nos artigos 21 a 25. Comparativamente ao Código anterior, o Novo CPC ampliou as hipóteses de competência exclusiva e concorrente, prevendo novas possibilidades de atuação do Poder Judiciário brasileiro em questões que envolvem elementos estrangeiros, com isso ampliando o acesso à justiça, princípio previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira.

Os artigos 21 e 22 do Novo CPC levantam hipóteses de competência internacional concorrente dos tribunais brasileiros⁷⁶. Entre as circunstâncias que atraem a competência brasileira não exclusiva, estão: o domicílio do réu no Brasil - considerando como domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal (artigo. 21 parágrafo único); a obrigação a ser cumprida no Brasil; ato ou fato praticado no Brasil; relação de consumo; quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; e quando as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional. Trata-se essa última hipótese de uma eleição de foro, quando o contrato internacional prevê que a causa deva ser julgada por tribunais brasileiros.

Na ocorrência de qualquer dessas circunstâncias, pode o juiz brasileiro conhecer e julgar a causa de forma não exclusiva, já que não há óbice para que tribunais es-

75 Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet. BRASIL. Lei nº 12.965/14. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 15 de Dezembro de 2016.

76 Segundo Fredie Didier, isso acarreta o seguinte: [...] podem essas causas também ser julgadas por tribunais estrangeiros. A sentença proferida no estrangeiro será eficaz no território brasileiro, desde que seja homologada pelo STJ, de acordo com critérios vários, tais como: não ofenda a soberania brasileira, tenha sido exarada por autoridade competente, seja eficaz no país em que foi proferida etc. (art. 963, CPC). DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed Jus Podvm, 2015, p.213.

trangeiros também o façam (competência não exclusiva). Nesse caso, a sentença proferida fora do território nacional pode ser homologada no Brasil.

No caso de eleição de foro estrangeiro, o Novo CPC estabelece, em seu artigo 25, que o juízo brasileiro não é competente para o processamento e o julgamento da ação que envolva contrato internacional com cláusula de eleição de foro exclusivamente estrangeiro, salvo em hipóteses de competência internacional exclusiva, conforme dispõe o parágrafo primeiro desse mesmo artigo⁷⁷.

As hipóteses de competência exclusiva estão especificadas no artigo 23 do Novo CPC, o que significa que qualquer “sentença estrangeira proferida nesses casos não produz qualquer efeito no território brasileiro; será ato sem qualquer importância. Sob essas circunstâncias, não há como homologá-la no Brasil”⁷⁸. As hipóteses dizem respeito a imóveis situados no Brasil, matéria de sucessão hereditária de bens situados no Brasil, ou partilha de bens situados em território nacional. Não se tratando de nenhuma dessas três hipóteses, o Novo CPC reconhece a possibilidade de o contrato internacional eleger foro estrangeiro para processamento da ação ou demanda, caso em que serão incompetentes os tribunais brasileiros.

Preserva-se, assim, a autonomia das partes, sem distinguir os fins dos contratos, como faz a Convenção de Haia de Eleição de Foro de 2005, que exclui sua aplicação aos negócios jurídicos com “fins pessoais, familiares ou domésticos (um consumidor)” e os “relativos a contratos de trabalho”⁷⁹.

A competência do foro estrangeiro eleito é, no entanto, relativa, uma vez que o próprio artigo afirma que a incompetência do Juízo brasileiro depende da arguição pelo réu, em contestação⁸⁰. Não alegada pelo réu a incompetência relativa, prorroga-se a competência do Juízo onde a causa tiver sido proposta, não podendo este fazê-lo de ofício.

A eleição de foro estrangeiro por contrato internacional também deve observar os requisitos dispostos no artigo 63 do CPC, que exige que ela ocorra por meio escrito e que remeta expressamente a determinado negócio jurídico⁸¹. Além disso, obriga os herdeiros e sucessores das partes (parágrafo segundo do mesmo artigo) e, se abusiva, pode ser reconhecida de ofício pelo Juízo antes da citação (parágrafo terceiro) ou alegada pelo réu, sob pena de preclusão (parágrafo quarto).

77 Artigo 25, § 1º: “Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo”. BRASIL. Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 de Dezembro de 2016.

78 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed Jus Podvm, 2015, p.213.

79 Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro. Artigo 2º. Disponível em <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

80 Depreende-se esta afirmação tem como base os ensinamentos de Fredie Didier a respeito da (in)competência relativa e absoluta: “A incompetência relativa somente pode ser arguida pelo réu, na contestação, sob pena de preclusão e prorrogação da competência do juízo, não podendo o magistrado reconhecê-la de ofício (enunciado n.33 da súmula da jurisprudência do STJ). O Ministério Público pode alegar incompetência relativa nas causas em que atuar (como fiscal da ordem jurídica, esclareça-se, a despeito do laconismo do texto legal - art. 65, par. ún., CPC). [...] As partes podem modificar voluntariamente a regra de competência relativa, quer pelo foro de eleição (art. 63, CPC), quer pela não alegação da incompetência relativa (art. 65, caput, CPC)”. DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed Jus Podvm, 2015, p.206.

81 Artigo 63, § 1º: “A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.” BRASIL. Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 de Dezembro de 2016.

d. A abusividade de uma cláusula de eleição de foro segundo os Tribunais brasileiros

Como regra geral, a incompetência relativa do juízo não pode ser declarada de ofício pelo tribunal, como dispõe a Súmula 33 do STJ⁸². O artigo 63 do Código de Processo Civil de 2015, contudo, excepciona essa regra: na hipótese de cláusula de eleição de foro considerada abusiva, o juiz poderá declarar sua ineficácia de ofício⁸³. Caso o juiz assim não determine, o réu poderá alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão⁸⁴.

Importante destacar que o Código de Processo Civil não exige que essa determinada cláusula esteja inserida em um contrato de adesão - apesar de ser este o caso mais frequente dos termos de uso. Basta que ela seja considerada abusiva para que resulte ineficaz e declarada como tal pelo juiz da causa.

A abusividade de cláusulas de eleição de foro demanda a análise de elementos fáticos. De acordo com uma série de julgados do STJ,⁸⁵ essa orientação pode ser observada :

COMPETÊNCIA. FORO. ELEIÇÃO. ABUSIVIDADE. A Turma decidiu que, na hipótese em que uma empresa com filiais em diversas localidades firma contrato com consumidores nelas domiciliados, com cláusulas prévias, elegendo sua sede como o foro para futuras e eventuais demandas, é possível avaliar, desde logo, a intenção do fornecedor de restringir a defesa do consumidor aderente. Daí que o **fundamento adotado pelas instâncias ordinárias, i.e., a existência de relação jurídica regida pelo CDC, por si só, não determina que seja abusiva a cláusula de eleição de foro**. Assim, provido em parte o recurso, para determinar que o tribunal de origem **analise o foro eleito pelas partes nos termos propostos, no sentido de melhor examinar se tal cláusula dificulta o acesso da parte hipossuficiente ao Poder Judiciário**. Ademais, é vedado, na via especial, aferir a abusividade da cláusula de eleição de foro nos termos propostos, **por demandar a análise de elementos fáticos**. Precedentes citados: REsp 56.711-SP, DJ 20/3/1995; CC 64.524-MT, DJ 9/10/2006; REsp 403.486-SP, DJ 12/8/2002, e CC 30.712-SP, DJ 30/9/2002. REsp 1.089.993-SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 18/2/2010 (**grifos nossos**).⁸⁶

Segundo o STJ, a aferição da abusividade da cláusula de eleição de foro de um contrato depende de uma análise casuística do juízo (com exame de elementos fáticos), no intuito de examinar se aquela implicaria diminuição do acesso ao Poder Judiciário para uma das partes, ainda que exista, entre elas, uma relação consumerista. É possível perceber esse mesmo posicionamento em outros julgados do Tribunal, que dispõem ser “nula a cláusula de eleição de foro pactuada, mesmo sem natureza consumerista, na hipótese em que configure obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário”⁸⁷; por outro lado,

82 “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

83 Artigo 63, §3º. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

84 Artigo 63, §4º. Idib.

85 STJ Informativo de Jurisprudência nº 0423. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cod=%27423%27&op=imprimir&t=JURIDICO&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em 7 de Dezembro de 2016.

86 A esse respeito, ver Informativo nº 0423 do STJ referente aos julgamentos da Terceira Turma no período de 15 a 19 de fevereiro de 2010.

87 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DO PRODUTO RURAL. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE. DIFICULDADE DE ACESSO À JUSTIÇA. 1. É nula a cláusula de eleição de foro pactuada, mesmo sem natureza consumerista, na hipótese em que configure obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário. 2. Verificar a validade da cláusula de eleição de foro no contrato firmado entre as partes depende da interpretação de cláusulas contratuais e de reexame probatório, o que atrai a aplicação das Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido.(STJ - AgRg no AREsp: 88089 MT 2011/0200009-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 03/02/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/02/2015).

será válida a cláusula de eleição de foro pactuada em contrato de representação comercial, desde que inexistente hipossuficiência entre as partes ou dificuldade de acesso à justiça⁸⁸.

4. DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça é um direito humano internacionalmente reconhecido por meio de tratados e convenções internacionais. O Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos de 1966, por exemplo, ratificado pelo Brasil e promulgado por meio do Decreto nº. 592/92, dispõe em seu artigo 2º sobre a obrigação do Estado de garantir o acesso a um recurso efetivo perante os tribunais a qualquer pessoa que tenha seus direitos e liberdades violados, assim como o cumprimento da decisão obtida⁸⁹.

No mesmo sentido está a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), promulgada no Brasil por meio do Decreto nº. 678/92⁹⁰. Segundo o artigo 25 da Convenção, toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou efetivo perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos violadores de seus direitos fundamentais⁹¹. Disposição semelhante é encontrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, em seu artigo 13⁹². Essas normas asseguram uma garantia fundamental no processo, e que embasa um direito de pleno acesso à jurisdição civil, criminal, administrativa, dentre outras áreas em que reclamações, ações e demandas podem ser formuladas,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já indicou, no julgamento do caso da Corte Constitucional vs. Peru⁹³, que acesso à justiça constitui não somente um dos pilares do sistema internacional de proteção da pessoa humana, mas também um dos mais básicos alicerces do Estado Democrático de Direito. Diante de sua relevância, o

88 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO COMERCIAL. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. FORO DE ELEIÇÃO. POSSIBILIDADE. RESSALVADA HIPOSSUFICIÊNCIA OU DIFICULDADE NO ACESSO À JUSTIÇA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. É válida a cláusula de eleição de foro pactuada em contrato de representação comercial, desde que inexistente hipossuficiência entre as partes ou dificuldade de acesso à justiça. Precedente da Segunda Seção do STJ. 2. É inviável, em sede de recurso especial, revisar a orientação perfilhada pelas instâncias ordinárias quando alicerçado o convencimento do julgador em elementos fático-probatórios presentes nos autos – inteligência da Súmula n. 7 do STJ. 3. Agravo regimental desprovido.(STJ - AgRg no REsp: 992528 RS 2007/0231218-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 04/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/05/2010).

89 Art. 2: 1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto. 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a: a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais; b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso. BRASIL. Decreto nº 592/92. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

90 BRASIL. Decreto nº678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

91 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

92 Art. 13º. Direito a um recurso efetivo: Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuam no exercício das suas funções oficiais. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em 15 de Dezembro de 2016.

93 Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_por.doc>. Acesso em 14 de Janeiro de 2017.

acesso a instâncias do Judiciário deve ser assegurado não apenas por meios formalmente estabelecidos, mas de forma verdadeiramente eficaz. De tal modo, recai sobre o Estado o ônus de oferecer possibilidades reais e concretas de recurso ao aparato jurisdicional, afastando qualquer instrumento legal ou medida injustificada que obstrua ou impeça as pessoas de utilizarem o Poder Judiciário⁹⁴.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) também corrobora esse entendimento. Segundo sua orientação, o direito de acesso à justiça não pode ser restringido de forma a deixar a vítima completamente desprovida dos meios judiciais para assegurar a proteção de seus direitos⁹⁵. Nas sentenças, o dos casos Beer e Regan v. Alemanha⁹⁶ e Waite e Kennedy v. Alemanha⁹⁷, por exemplo, a Corte destacou que sua decisão quanto ao arquivamento dos processos na Alemanha não deixaria as vítimas judicialmente desamparadas, já que elas ainda dispunham de trâmites processuais efetivamente acessíveis e capazes de garantir o direito de reparação; no caso, os autores desses processos ainda poderiam recorrer à Junta de Apelações da ESA (ESA Appeals Board)⁹⁸. Percebe-se, aqui, uma clara preocupação da CtEDH em relação à garantia do acesso à justiça, não deixando os indivíduos desprovidos do recurso ao Poder Judiciário.

À luz daqueles precedentes, pode-se concluir que eventuais cláusulas em contratos - ainda que privados - que deixam uma parte contratante sem amparo judicial ou recursal algum são ilegais e devem ser declaradas nulas pelos tribunais nacionais dos Estados com fundamento na sua obrigação de garantir o acesso à justiça.

Apesar disso, a CtEDH já afirmou reiteradamente que não é contrário ao direito internacional dos direitos humanos o ato pelo qual uma pessoa, no exercício do seu livre arbítrio, renuncia seus próprios direitos e garantias processuais num certo caso específico⁹⁹. Decisão paradigmática nesse prisma é o julgamento no caso Natsvlishvili e Togonidze v. Geórgia. Nele, dois nacionais georgianos moveram uma ação contra a Geórgia, alegando que o seu acordo de colaboração premiada ocorreu de forma abusiva e injusta, privando-lhes do direito de petição perante uma autoridade judicial competente. A CtEDH observou que os acordos de colaboração premiada resultam, em termos práticos, na renúncia de certas garantias procedimentais do indivíduo. Ainda assim, na visão da Corte, essa prática não seria, por si só, incompatível com o direito ao acesso à justiça, já que esse último não impede que uma pessoa, no exercício da autonomia da vontade, renuncie suas garantias de natureza processual¹⁰⁰.

Contudo, a CtEDH apresentou limites a essa liberalidade: qualquer renúncia a direitos processuais deve sempre ser estabelecida de forma inequívoca, com a presença de garantias mínimas compatíveis com sua importância¹⁰¹, e de modo a não contrariar

94 CtIADH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, Julgamento de 31 de agosto de 2001, p.63; CtIADH. Caso de Ivcher Bronstein v. Peru, Julgamento de 6 de fevereiro de 2001, pp.52-53; CtIADH. Caso de Cantos v. Argentina, Julgamento de 28 de novembro de 2002, p.27.

95 CtEDH. Caso Golder v. Reino Unido, Julgamento, Petição no. 4451/70, 21 de fevereiro de 1975 p.14.

96 CtEDH. Caso Beer e Regan v. Alemanha, Julgamento, Petição no. 28934/95, 18 de fevereiro de 1999, p.14;

97 CtEDH. Caso Waite e Kennedy v. Alemanha, Julgamento, Petição no. 26083/94, 18 de fevereiro de 1999, p.15.

98 CtEDH. Caso Beer e Regan v. Alemanha, Julgamento, Petição no. 28934/95, 18 de fevereiro de 1999, p.14; CtEDH. Caso Waite e Kennedy v. Alemanha, Julgamento, Petição no. 26083/94, 18 de fevereiro de 1999, p.15.

99 CtEDH. Caso Natsvlishvili e Togonidze v. Geórgia, Julgamento, Petição no. 9043/05, 29 de abril de 2014, para.90.

100 Ibid., para.92.

101 CtEDH. Poitrimol v. França, Julgamento, Petição no. 14032/88, 23 de novembro de 1993, para.31; CtEDH. Håkansson and Stureson v. Suécia, Julgamento, Petição no. 11855/85, 21 de fevereiro de 1990, para.66; CtEDH. Sejdovic v. Itália, Julgamento, Petição no. 56581/00, 1º de março de 2006, para.86; CtEDH. Le Compte, Van Leuven e De Meyere v. Bélgica, Julgamento, Petições nos. 6878/75 e 7238/75, 23 de junho de 1981, para.59; CtEDH. H. v. Bélgica, Julgamento, Petição no. 8950/80, 30 de novembro de 1987, para.54; CtEDH. Hermi v. Itália, Julgamento, Petição no. 18114/02, 18 de outubro de 2006, para.73.

interesse público:

[...] também é um princípio fundamental que qualquer renúncia a direitos processuais sempre deve ser [...] estabelecida de forma inequívoca e ocorrer respeitando as garantias mínimas proporcionais à sua importância. Além disso, essa renúncia não deve ser contrária a qualquer interesse público importante (tradução livre¹⁰²).

Diante disso, é possível concluir que uma cláusula de foro afetando o acesso à justiça de uma parte contratante somente será válida à luz do direito internacional dos direitos humanos se for aceita de forma genuinamente voluntária pela parte e em plena consciência dos fatos e das consequências jurídicas da sua aceitação. Igualmente, tanto o conteúdo da cláusula como a equidade das bases segundo a qual ela foi negociada e acordada entre as partes devem ser passíveis de controle jurisdicional, a fim de evitar abusos e arbitrariedades de uma parte em desfavor da outra.

No Brasil, a prestação jurisdicional pelo Estado é, segundo Fredie Didier Jr.¹⁰³, imperativa e inevitável, tendo em vista se tratar da manifestação de um poder previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹⁰⁴. O dispositivo prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É imperativa, porque o Estado não pode se esquivar da apreciação da lide quando provocado, mesmo quando a lei for omissa, como dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹⁰⁵ (LINDB). Assim, “todo problema que for submetido ao tribunal precisa ser resolvido, necessariamente [...] ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação”¹⁰⁶.

Como decorrência dos direitos fundamentais do processo, a prestação jurisdicional é inevitável, tendo em vista ser obrigatória e indeclinável a apreciação da lide pelo Estado, mesmo quando houver outros recursos administrativamente disponíveis. Tem, assim, “por característica marcante produzir a última decisão sobre a situação concreta deduzida em juízo [...] sem que se possa submeter essa decisão ao controle de nenhum outro poder”¹⁰⁷. Embora monopólio do Estado, ele próprio “pode autorizar o exercício da jurisdição por agentes privados, como no caso da arbitragem”¹⁰⁸, por exemplo.

Assim, tanto do ponto de vista internacional quanto do direito interno, é do Estado brasileiro o ônus de oferecer aos seus cidadãos o devido acesso a um recurso jurisdicional eficiente, que vai além do ponto de vista meramente formal, provendo meios jurídicos necessários para o acesso de todos ao Judiciário e assegurando a efetiva proteção de direitos.

102 Tradução livre do trecho: “[...] it is also a cornerstone principle that any waiver of procedural rights must always [...] be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate with its importance. In addition, it must not run counter to any important public interest”. CtEDH. Caso Natsvlishvili e Togonidze v. Geórgia, Julgamento, Petição no. 9043/05, 29 de abril de 2014, p.91.

103 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed Jus Podvm, 2015, p.156.

104 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 de Dezembro de 2016.

105 Artigo 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. BRASIL. Decreto-Lei nº4657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 20 de Dezembro de 2016.

106 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed Jus Podvm, 2015, p.160.

107 Ibid. p. 163.

108 Ibid. p.156.

O acesso à justiça é, assim, direito garantido na Constituição Federal, que deve ser garantido e não limitado pelas legislações infraconstitucionais. Com essa preocupação, durante as discussões para a elaboração do Novo Código de Processo Civil, entidades como as Secretarias de Reforma do Judiciário e de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) enviaram ao Senado Federal sugestões de mudança na redação do atual artigo 25, que dispõe sobre a possibilidade de eleição de foro em contratos internacionais.

Para as Secretarias de Reforma do Judiciário e de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, a redação do artigo (que à época correspondia ao artigo 24) ia de encontro com as garantias Constitucionais e a legislação consumerista¹⁰⁹. Para a Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), o artigo deveria prever a exclusão de sua aplicação a pessoas em situação de vulnerabilidade social ou econômica como forma de não ferir a disposição constitucional de acesso à justiça¹¹⁰. A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) sugeriu a rejeição dessa regra, tendo como base as palavras do Ministro Athos Gusmão Carneiro, segundo o qual ela “atenta profundamente contra o princípio constitucional que garante o efetivo acesso ao Poder Judiciário em qualquer caso de lesão de direito ou de ameaça de lesão”¹¹¹.

Tendo em vista essas sugestões, essa regra foi retirada do texto do Anteprojeto da Lei pelo Senado, retornando somente durante a discussão na Câmara dos Deputados, a partir da preocupação com a autonomia de vontade das partes e a segurança jurídica das relações comerciais internacionais, como afirma Joana Holzmeister e Castro¹¹². Para ela, a inclusão dessa regra no Novo Código de Processo Civil dá validade ao afastamento da competência brasileira, não mais cabendo análise casuística do julgador¹¹³. Essa impossibilidade de análise casuística pelo julgador sustentada por Joana de Castro, porém, não parece prosperar diante dos argumentos da ordem pública (consumeristas ou não) e da necessidade de garantia do acesso à justiça, como demonstrado anteriormente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arquitetura da internet, ao desafiar fronteiras artificialmente construídas e mantidas pelo Direito, tem criado diversas esferas autônomas de delimitação de jurisdição para a solução de litígios, especificamente, aqueles que envolvem contratos internacionais. Em sistemas de intercâmbios - social, econômico, cultural - cada vez mais pluriconectados, crescem também as preocupações relacionadas aos riscos de denegação de justiça nos mecanismos de resolução de litígios e incertezas que essa indefinição jurisdicional pode causar.

Ao permitir factualmente a contratação entre partes sujeitas a diferentes juris-

109 Sugestões ao PLS nº 166/2010, p. 1137. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83351&tp=1>>. Acesso em 15 de Dezembro de 2016.

110 Sugestões ao PLS nº 166/2010, p. 06. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550558>>. Acesso em 15 de Dezembro de 2016.

111 Sugestões ao PLS nº 166/2010, p. 16. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83497&tp=1>>. Acesso em 20 de Dezembro de 2016.

112 CASTRO, Joana Holzmeister e. Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais: o que muda com o novo Código de Processo Civil. 2015. Monografia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2015, p. 49.

113 Ibid. p. 52.

dições, inclusive por meio de cláusulas de eleição de foro e de escolha de lei aplicável, contratos firmados por meio da Internet podem dar ensejo a verdadeiras limitações de acesso à prestação jurisdicional por algumas das partes contratantes, especialmente usuários/consumidores.

A situação criada pela presença da relação consumerista e dos contratos de adesão na web, por exemplo, confrontam-se com os modelos clássicos de consentimento, liberdade contratual e eleição de foro. Desse modo, é preciso repensar os mecanismos de acesso à jurisdição nas interfaces entre direito internacional privado e redes digitais; eles podem levar à impossibilidade fática de efetivo acesso à justiça, sobretudo em razão de entraves fáticos encontrados em outras jurisdições, como os altos custos de litigância em outros países e as consideráveis distinções no tratamento da disciplina contratual em seus aspectos substantivos.

Existe a necessidade de melhor compreensão sobre a relação existente entre as partes contratantes e a efetiva proteção de suas vulnerabilidades, limitações e capacidade de concordar com termos e condições de uso de produtos e serviços comercializados online, é preciso compreender as implicações em matéria de leis imperativas e leis de aplicação necessária no direito interno de cada país (e.g. leis trabalhistas, ambientais, sanitárias, consumeiristas), além dos limites à aplicação do Direito estrangeiro quando ele se revelar incompatível com os princípios da ordem pública do foro. Evidentemente, regimes de proteção de direitos fundamentais em determinado sistema legal constituem e integram a ordem pública e não poderiam, como tais, ser ignorados pelas partes, advogados e tribunais locais.

Também é preciso levar em conta a questão do acesso à justiça e da extensão do conceito de prestação jurisdicional. Em termos de políticas legislativas e políticas públicas relacionadas à regulamentação de contratos online de consumo, termos e políticas de uso de aplicações de internet, é muito importante assegurar que o conteúdo da negociação e a equidade do acordo entre as partes sejam passíveis de controle jurisdicional.

Seja em decorrência dos interesses privados sobre a segurança de contratos realizados no ambiente digital, seja pela necessidade de estabelecer meios adequados de proteção de direitos fundamentais do processo na solução de litígios envolvendo esses novos modelos de negócio, observa-se a crescente necessidade de convergência das instâncias jurisdicionais que se dizem complementares na solução de litígios transfronteiriço da Internet.

Considerando que o Brasil não é signatário da Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro, o estudo dessa matéria deve recorrer ao direito interno. A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e o Novo Código de Processo Civil, por exemplo, contêm normas para garantir o reforço jurisdicional de medidas em favor das partes contratantes, sobre a validade de pactos atributivos de jurisdição concluídos segundo a autonomia da vontade, a avaliação da liberdade contratual e a relativização de cláusulas de eleição de foro consideradas abusivas.

A presença de vícios em quaisquer dos elementos do contrato devem ser objeto de escrutínio pelo controle judicial. O afastamento, pelo Poder Judiciário, da aplicação de termos de uso e cláusulas de eleição de foro consideradas abusivas sempre será exercício a demandar certa casuística dos contratos, bem como a capacidade de as partes determinarem suas vontades no momento da contratação. Não seria recomendável

que os tribunais formulassem interpretações ora sacralizando princípios como 'pacta sunt servanda' ou declarasse a mera hipossuficiência de uma das partes contratantes, sem uma averiguação sobre as bases negociais de formação e execução dos contratos online.

Considerando o fato de que há crescimento contínuo do número de casos envolvendo modelos de contratação online, é parece ser oportuno refletir sobre a real capacidade de consentimento dos usuários na rede, bem como os custos do aumento da litigiosidade dessa temática. Esses custos podem também refletir entraves para o estabelecimento de relações contratuais envolvendo partes sediadas, residentes e domiciliadas no Brasil, com repercussões variáveis nos domínios político, econômico e relacionais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a. Livros

ARAUJO, Nadia de. Direito Internacional Privado. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARAUJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. 6ª ed. atual. e amp. De acordo com o Novo CPC. Porto Alegre, Revolução eBook, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed Jus Podvm, 2015.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado (Parte Geral). 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. Página: 338. — 14. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência. 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1 – parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

JATAHY, Vera M. B. Do conflito de jurisdições. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Eduardo Weiss Martins de. Proteção do consumidor brasileiro no comércio eletrônico internacional. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 29. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

POLIDO, Fabrício B.P. Direito Processual Internacional e o Contencioso Internacional

Privado. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

POLIDO, Fabrício; ROSINA, Mônica. Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: Liberdades, Privacidade e Democracia. Páginas: 107-111. Disponível em: <<http://iris-bh.com.br/i-seminario-sobre-governanca-das-redes-e-o-marco-civil-da-internet-liberdades-privacidade-e-democracia/>>. Acesso em 13 de Julho de 2016.

b. Artigos

AMARAL. Ana Carolina Resstel do. A aplicação do CDC nas redes sociais. Disponível em: <<http://www.tecnologiaedireito.com.br/?p=7134>>. Acesso em 14 de janeiro de 2017.

ARAUJO, Nadia; e POLIDO, Fabrício B. P. "Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras: análise do projeto em andamento na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado", in *Revista de Direito Internacional*, vol. 11, 2014, p. 20-42.

ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela. A Conferência de Haia de Direito Internacional Privado: reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais. Disponível em: <<http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/A-CONFER%3%8ANCIA-DA-HAIA-DE-DIREITO-INTERNACIONAL-PRIVADO-REAPROXIMA%3%87%3%83O-DO-BRA-SIL-E-AN%3%81LISE-DAS-CONVEN%3%87%3%95ES-PROCESSUAIS.pdf>>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

BANCO MUNDIAL. Doing Business in Brazil, 2018. Disponível em: <<http://www.doing-business.org/data/exploreconomies/brazil>>

BBC. Norway consumer body stages live app terms reading, 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-europe-36378215>>. Acesso em 10 de Julho de 2016.

BRAND, Ronald. "The Hague Convention on Choice of Court Agreements of 2005", *International Legal Materials*. vol. 44. n. 6. 2005, p. 1291-303.

CASTRO, Joana Holzmeister e. Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais: o que muda com o novo Código de Processo Civil. 2015. Monografia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito, Rio de Janeiro, 2015.

FINNOVATION. O que é fintech. Disponível em: <<http://finnovation.com.br/o-que-e-fintech/>>. Acesso em 2 de Dezembro 2016.

GUIA DAS CIDADES DIGITAIS. Plano Ceibal, do Uruguai, chega a todos os alunos e professores. Disponível em <<http://www.guiadascidadesdigitais.com.br/site/pagina/plano-ceibal-do-uruguai-chega-a-todos-os-alunos-e-professores>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2016.

KHOURI, Paulo R. Roque A. A proteção do consumidor residente no Brasil nos contratos internacionais. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 164, p. 65-86, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/1008>>, acesso em 12 de dezembro de 2017.

LESTER, Timothy. "Globalized Automatic Choice of Forum: Where do Internet Consumers Sue? Proposed Article 7 of the Hague Convention on International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters and its Possible Effects on e-Commerce", *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 9, n. 2:2003, p. 431-489.

Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/newen-jic9&div=19&id=&page=>>. Acesso em 19 de Setembro de 2016.

MAGID, Larry. It pays to read license agreements. In: PC Pitstop. Informações disponíveis em: <<http://www.pcpitstop.com/spycheck/eula.asp>>. Acesso em 2 de dezembro de 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado: da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo, 2007, p. 6. Disponível em: <<https://goo.gl/0B0McM>>.

MARQUES, Cláudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade Pós-Moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. Revista de Direito do Consumidor nº 35, São Paulo.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima. Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>>. Acesso em 12 de janeiro de 2017.

MONCAU. Luiz Fernando Marrey. In: POLIDO, Fabrício; ROSINA, Mônica. Governança das Redes e o Marco Civil da Internet: Liberdades, Privacidade e Democracia. Páginas: 107-111. Disponível em: <<http://irisbh.com.br/i-seminario-sobre-governanca-das-redes-e-o-marco-civil-da-internet-liberdades-privacidade-e-democracia/>>. Acesso em 13 de Julho de 2016.

PARCEIRO LEGAL. (Infográfico) Termos de uso e política de privacidade: Como garantir transparência no aceite? 2015. Disponível em: <<http://www.parceirolegal.com/blog/termos-de-uso-e-politica-de-privacidade-como-garantir-mais-tran>>. Acesso em 18 de Julho de 2016.

SELL, Susan K. Cat and Mouse: Industries', States' and NGOs' Forum - Shifting in the Battle Over Intellectual Property Enforcement. September 1, 2009. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1466156>>. Acesso em 11 de Janeiro de 2017.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca dos. O Direito do Consumidor nas relações de consumo virtuais. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.15, n. 30, jul./dez. 2012.

TEITZ, Louise E. "The Hague Choice of Court Convention: validating party autonomy and providing an alternative to arbitration", in *American Journal of Comparative Law*. vol. 53. n. 3, 2005, p. 543-58.

TIBURCIO, Carmen. "A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro", in *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 6. n. 21. 2009, p. 84-113.

TIMM, Luciano B. "A cláusula de eleição de foro versus a cláusula arbitral em contratos internacionais", in *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 3. n. 10. 2006, p. 20-38.

c. Jurisprudência

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Acevedo buendía e outros vs. Peru. 1º de julho de 2009. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_por.doc>. Acesso em 14 de Janeiro de 2017.

CtEDH. Caso Beer e Regan v. Alemanha, Julgamento, Petição no. 28934/95, 18 de fevereiro de 1999

CtEDH. Caso Golder v. Reino Unido, Julgamento, Petição no. 4451/70, 21 de fevereiro de 1975

CtEDH. Caso Natsvlshvili e Togonidze v. Geórgia, Julgamento, Petição no. 9043/05, 29 de abril de 2014

CtEDH. Caso Waite e Kennedy v. Alemanha, Julgamento, Petição no. 26083/94, 18 de fevereiro de 1999

CtEDH. H. v. Bélgica, Julgamento, Petição no. 8950/80, 30 de novembro de 1987

CtEDH. Håkansson and Sturesson v. Suécia, Julgamento, Petição no. 11855/85, 21 de fevereiro de 1990

CtEDH. Hermi v. Itália, Julgamento, Petição no. 18114/02, 18 de outubro de 2006

CtEDH. Le Compte, Van Leuven e De Meyere v. Bélgica, Julgamento, Petições nos. 6878/75 e 7238/75, 23 de junho de 1981

CtEDH. Poitrimol v. França, Julgamento, Petição no. 14032/88, 23 de novembro de 1993

CtEDH. Sejdivic v. Itália, Julgamento, Petição no. 56581/00, 1º de março de 2006

CtIADH. Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, Julgamento de 31 de agosto de 2001

CtIADH. Caso de Cantos v. Argentina, Julgamento de 28 de novembro de 2002

CtIADH. Caso de Ivcher Bronstein v. Peru, Julgamento de 6 de fevereiro de 2001

FRANÇA. Processo nº 15/08624, Tribunal de Apelação de Paris, decisão de 12 de fevereiro de 2016.

STJ - AgRg no AREsp: 88089 MT 2011/0200009-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 03/02/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/02/2015

STJ - AgRg no REsp: 992528 RS 2007/0231218-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 04/05/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/05/2010

STJ Informativo de Jurisprudência nº 0423. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cod=%27423%27&op=imprimir&t=JURIDICO&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em 7 de Dezembro de 2016.

STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012).

Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201103079096&dt_publicacao=29/06/2012>. Acesso em 14 de Janeiro de 2017.

d. Legislação e outros materiais de referência

AMAZON. Conditions of Use. Disponível em: <<http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=508088>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

BRASIL, Decreto nº 4311 de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em 13 de Dezembro de 2016.

BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 12 de Janeiro de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 21 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001. Promulga o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3832.htm>

BRASIL. Decreto nº 592/92. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Decreto nº 678/92. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 9.307/96. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 de Julho de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.965/14. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 28 de Julho de 2016.

BRASIL. Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 13 de Dezembro de 2016.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 10 de Janeiro de 2016.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 11 de Janeiro de 2016.

EBAY. EBay User Agreement. Disponível em: <<http://pages.ebay.com/help/policies/user-agreement.html>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

FACEBOOK. Declaração de Direitos e Responsabilidades. Disponível em: <<https://www.facebook.com/legal/terms>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

FECOMERCIOSP. Comportamento dos usuários na internet e crimes digitais. Pesquisa - Ano: 2014. Disponível em: requisição por e-mail.

HAIA. Convenção sobre os acordos de eleição do foro. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=98>>. Acesso em 14 de Dezembro de 2016.

MERCOSUL. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, em 5 de agosto de 1994. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm>

NETFLIX. Termos de uso da Netflix. Disponível em: <<https://help.netflix.com/legal/terms-softuse?locale=pt&docType=termssoftuse>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

NUBANK. Contrato de adesão. Disponível em: <<https://www.nubank.com.br/contrato/contrato-2017-fev-25/>>. Acesso em 29 de abril de 2018.

SENADO. Sugestões ao PLS nº 166/2010. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sd-leg-getter/documento?dm=4550558>> . Acesso em 15 de Dezembro de 2016.

SPOTIFY. Termos e condições de uso do Spotify. Disponível em <<https://www.spotify.com/br/legal/end-user-agreement/#s24>>. Acesso em 10 de Janeiro de 2017.

Sugestões ao PLS nº 166/2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83497&tp=1>>. Acesso em 20 de Dezembro de 2016.

TOS;DR. Terms of Service; Didn't Read. Disponível em: <<https://tosdr.org/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia de Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf>. Acesso em 15 de Dezembro de 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em : <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32012R1215>>

A face do texto utilizada é Open Sans, corpo 12 pt. Open Sans é uma face tipográfica criada por Steve Matteson. Ela é otimizada para impressão, web e interfaces móveis, e possui excelente características de legibilidade.

Títulos e subtítulos utilizam a face tipográfica Futura Std, corpo 30 / 20 / 16 pt. Criada por Paul Renner em 1927, Futura é um exemplo clássico de tipografia geométrica sem serifa, baseada na filosofia de design Bauhaus.

Citações utilizam a face Minion Pro, tipografia desenhada por Robert Slimbach em 1990 para a Adobe Systems. Não imprima desnecessariamente este e-book; economize papel e ajude o meio ambiente.

