

CLÁUSULAS CONTRATUAIS NULAS NO MARCO CIVIL DA INTERNET

CONTRACT TERMS NULL IN INTERNET CIVIL MARCO

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA*
MARCOS WACHOWICZ**

RESUMO

O presente artigo analisa as novas prescrições legais estabelecidas pelo Marco Civil da Internet (MCI) especificamente quanto às hipóteses de nulidade de cláusulas que violem a garantia do direito a privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações para o pleno direito de acesso à Internet. Neste particular se estudam hipóteses de violação em: contratos de adesão, cláusulas que excluam o foro brasileiro, e ainda, nos serviços prestados no país que serão alcançados pela nova legislação. Explorando quatro principais aspectos: sua relação com a privacidade e a liberdade de expressão; a restrição aos serviços prestados no Brasil; a arbitrabilidade e por último, a relação da regra com as normas de competência internacional do Código de Processo Civil brasileiro. O MCI é um instrumento que regulamenta interesses gerais sobre empresas de provisão de acesso de conteúdo na Internet, constituindo-se num marco legal para uma

ABSTRACT

This article analyzes the new legal requirements established by the “Marco Civil da Internet” (MCI) specifically about the hypothesis of nullity of clauses that violate the guarantee of the right to privacy and freedom of expression in communications for the plentitude of access to the Internet. This particular are studied hypothesis of violation in: subscription contract, clauses that exclude the Brazilian jurisdiction, and yet, the given services in the country that will be achieved by the new legislation. Exploring four main aspects: its relation to privacy and freedom of expression; the restriction on services provided in Brazil; the arbitrability and finally, the relationship of the rule with the rules of international jurisdiction of the Brazilian Code of Civil Procedure. The MCI is an instrument that regulates general concerns about content access provision in Internet companies,

* Professor de Direito da Universidade de São Paulo - USP e professor titular da Faculdade de Direito de Sorocaba. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.
E-mail: jafontouracosta@gmail.com

** Professor de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa – Portugal. Coordenador do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial – GEDAI/CNPq/UFPR.
E-mail: marcos.wachowicz@gmail.com

adequada e justa regulação estatal, capaz de resguardar e garantir liberdades fundamentais, inclusive mediante a restrição aos poderes de contratar.

PALAVRAS-CHAVE: Marco Civil da Internet. Privacidade. Liberdade de Expressão. Cláusulas Contratuais.

constituting a legal framework for a proper and fair state regulation, able to protect and guarantee fundamental freedoms, including by restricting the powers to hire.

KEYWORDS: *Marco Civil da Internet. Privacy. Freedom of Expression. Contract Terms.*

SUMÁRIO: 1 - Introdução. 2 - Compreensão Teleológica e Histórica. 3- Compreensão Gramatical e Sistemática da Disposição Legal. 4 - As Hipóteses da Lista Aberta. 4.1 - Nulidade da Cláusula Atentatória à Inviolabilidade e ao Sigilo. 4.2 - Nulidade da Cláusula de Eleição de Foro. A) - Controvérsias decorrentes de serviços informáticos. B) - Controvérsias entre serviços prestados e de meramente oferecidos. C) - Controvérsia sobre a eleição do foro. 5 - Crítica à Estrutura do Dispositivo. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Aos 23 de junho de 2014 entrou em vigor o Marco Civil da Internet brasileiro (MCI), mediante a lei ordinária 12.965. Trata-se de regulação legislativa setorial, contendo normas de diversas naturezas agrupadas em razão de sua cobertura material: a internet e seu uso.

O exercício dos direitos fundamentais de liberdade de expressão e de informação está proclamado no artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 5º da Constituição Federal brasileira. Atualmente, o MCI veio regular o uso da Internet no Brasil, por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

A aplicação do MCI impactará no Poder Judiciário em novas demandas da sociedade na utilização dos recursos tecnológicos

disponíveis na Internet, nas relações virtuais, mas principalmente no tocante a liberdade de expressão e de informação na construção da Sociedade Informacional¹. Decerto, há temas bastante mais polêmicos tratados nesse diploma, nomeadamente a neutralidade da rede, a obrigatoriedade do armazenamento de informações, a distribuição da responsabilidade sobre conteúdo publicado, o dever de cumprimento das leis brasileiras por sujeitos estrangeiros e o descarte do *notice and takedown*, exigindo-se ordem judicial com pressuposto da obrigatoriedade de retirada de conteúdo publicado (WACHOWICZ; KIST, 2014).

Não obstante, considerando que grande parte das operações referentes à rede têm natureza contratual e há dispositivo específico para a decretação da nulidade de cláusulas, seu Art. 8º, parágrafo único, é necessária sua análise para a compreensão de como o MCI lida com a livre vontade dos contratantes, particularmente para a proteção de partes sem poder ou fortemente afetadas por assimetrias de informação.

O presente artigo visa apresentar uma interpretação doutrinária detalhada desse dispositivo, referente à nulidade de cláusulas contratuais, delimitando seu sentido com a finalidade de facilitar leituras condizentes com seus aspectos históricos e teleológicos, sem reduzir a segurança jurídica. Além disso, faz-se uma discussão em termos mais gerais de quais instrumentos e compreensões podem ser, alternativa e cumulativamente, empregados para garantir a privacidade e a liberdade de expressão.

1 Gostaria de fazer uma distinção analítica entre as noções de Sociedade de Informação e Sociedade Informacional com consequências similares para economia da informação e economia informacional. “(...) Minha terminologia tenta estabelecer um paralelo com a distinção entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. Meu emprego dos termos sociedade informacional e economia informacional tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades. Porém, o conteúdo real de sociedade informacional tem de ser determinado pela observação e análise.” CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Vol. I. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 46.

Analisa-se inicialmente aspectos referentes à finalidade da lei e do dispositivo, passando-se, em seguida, ao estudo detalhado do texto e contexto normativos. Por fim, realiza-se discussão de avaliação da regra e delineamento da proteção legal aos direitos e interesses de usuários da internet.

Em termos metodológicos, o artigo se pauta pela análise jurídica e interpretativa de fonte normativa primária, com eventual apoio doutrinário e jurisprudencial. Busca-se revelar o sentido do texto legislativo específico, portanto, a partir de análise hermenêutica resultante da avaliação gramatical, teleológica e histórica do dispositivo.

2. COMPREENSÃO TELEOLÓGICA E HISTÓRICA

Para compreender as restrições postas à liberdade de contratar, mediante a nulidade de cláusulas, é importante compreender a formação do MCI e suas finalidades e objetivos, os quais informam a leitura do dispositivo específico. Para tanto, são necessárias algumas observações a respeito de seu conteúdo e do retrospecto de sua promulgação.

A lei 12.965 foi sancionada aos 23 de abril de 2014, durante a abertura do encontro NETMundial, pela Presidenta Dilma Rousseff, publicando-se no Diário Oficial da União do dia seguinte. O ato foi precedido por algo menos de um mês no Senado Federal, o que gerou críticas da oposição², e mais de três anos na Câmara dos Deputados, período no qual houve amplo debate com a sociedade civil e interessados.

O MCI surge para estabelecer princípios próprios e aptos a parametrar a regulação jurídica da internet. Sua promulgação e os amplos debates que a precederam foram marcados pela tensão entre opções normativas empenhadas em manter o caráter aberto, criativo e democrático da rede em contraste com aquelas capazes de possibilitar maior apropriação privada e limitação pública de seu uso e conteúdo.

2 Disponível em <<http://www.psd.org.br/pe/quer-saber-por-que-o-psdb-deu-seu-apoio-ao-marco-civil-da-internet/>>, consultado aos 19 de janeiro de 2015.

Terminou por prevalecer a primeira linha, consubstanciada em aspectos como:

- (1) a neutralidade de rede (circula primeiro a informação que chega primeiro, sem qualquer ordem de preferência derivada de seu formato ou conteúdo; provedores, portanto, não podem escolher aquilo que deve, preferencialmente, ser acessado pelos usuários),
- (2) uma estrutura de distribuição da responsabilidade pelos conteúdos publicados que desonera provedores de aplicação da responsabilidade objetiva por conteúdos disponibilizados por seus usuários,
- (3) a garantia da privacidade, regulando o uso dos históricos de navegação e os períodos de estocagem de informação, além da exigência de ordem judicial para obtenção de dados privados, e
- (4) a garantia da liberdade de expressão, vinculando a ordem judicial à obrigatoriedade de exclusão de conteúdo.

Para incrementar a eficiência das medidas adotadas, o MCI termina por estabelecer a aplicação das normas brasileiras de ordem pública não apenas ao que se situa fisicamente em território nacional, mas àquilo que pode ser acessado no Brasil.

Destarte, a principal finalidade do MCI é o da preservação da internet como espaço aberto e democrático. Para tanto, utiliza instrumentos capazes de garantir objetivos fundamentais, como a igualdade entre os conteúdos circulados, a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão, associados à exigência de medidas técnicas e práticas adequadas ao bom funcionamento da rede e à inclusão digital universal. Seus dispositivos, portanto, prioritariamente se direcionam a estas dimensões, embora existam regras voltadas a proteger o usuário em razão de uma pressuposta, mesmo que não declarada, hipossuficiência, entre as quais:

- Art. 2º, V: “defesa do consumidor”,
- Art. 7º, XIII: “aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet” e
- Art. 8º, II: nulidade de disposições contratuais que “em contrato de adesão” indiquem foro estrangeiro.

Não obstante, o centro valorativo orientador da lei e, por conseguinte, da interpretação de suas disposições é conformado pela finalidade de garantir o livre e amplo fluxo de informações na internet, evitando atividades restritivas de natureza pública e, sobretudo, privada. Mesmo a presença dispersa de regras protetivas do consumidor modificam o fato de que o MCI é instrumento de liberdade e democracia na rede, princípios que, evidentemente, devem ser sopesados em face da necessidade de proteção, tanto em virtude de referência no próprio instrumento, mas também estabelecido em leis próprias, com ênfase para o CDC.

Tais princípios, portanto, são importantes direcionadores da compreensão e interpretação de dispositivos específicos, pois orientam a delimitação de seu campo de significado e, particularmente, orientam a aplicação das normas em face de situações complexas, que exigem decisões adequadas à estrutura lógica e principiológica do sistema jurídico (COSTA, 2000; DWORKIN, 2010; GRAU, 1988). Por conseguinte, sua explicitação é necessária mesmo antes da realização de uma interpretação gramatical e sistemática do dispositivo legal.

3 COMPREENSÃO GRAMATICAL E SISTEMÁTICA DA DISPOSIÇÃO LEGAL

O MCI estabelece, em seu capítulo referente aos direitos e garantias dos usuários, hipóteses referentes à nulidade *ipso jure* de cláusulas contratuais. A discussão do texto, para sua melhor compreensão, se inicia com a análise gramatical, seguida da sistemática.

Reza a lei, *in verbis*:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no *caput*, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - 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.

Seu texto aponta para importantes características: (1) nulidade de pleno direito, (2) em decorrência da violação do *caput* e (3) estabelecida em gênero, com recurso a lista exemplificativa.

A expressão “nulas de pleno direito” se refere a serem alcançadas pela nulidade absoluta, não mera anulabilidade. É situação que se reveste, portanto, de *interesse público*, não produzindo quaisquer efeitos (sequer em caráter precário) independentemente de alegação, não podendo ser confirmada e devendo ser decretada de ofício a qualquer tempo (ASCENSÃO, 2010, p. 322). Trata-se, portanto, de modalidade grave, séria, capaz de implicar a fulminação integral da disposição contratual viciada.

No entanto, há um significativo limite material para tanto: o decorrente da incidência concorrente com a hipótese do *caput* do Artigo 8º. Ora, ali estão elencados o direito à privacidade e à liberdade de expressão e, em razão do parágrafo único, a nulidade alcança as disposições contratuais que as violem. Portanto, dada a excepcionalidade da atribuição do caráter de *nulas* e sua dependência da violação dos mencionados direitos, a restrição da vontade dos contratantes, neste sentido, não vai além desta proteção específica.

A curta lista dos incisos I e II tem caráter meramente exemplificativo. Outras hipóteses, portanto, podem ser construídas *ad hoc* e gerar a nulidade, desde que exista violação do direito à privacidade ou da liberdade de expressão.

Do ponto de vista sistemático, é importante situar o MCI no Direito Brasileiro e, em particular, a norma do Art. 8º na sua própria estrutura. Em termos formais, trata-se da Lei Ordinária Federal 12.965 de 23 de abril de 2014, a qual entrou em vigor decorridos 60 dias contados de sua publicação.

Por tratar de questões de natureza civil, comercial e processual, coloca-se sob a égide da CF, Art. 22, I, consistindo hipótese de competência legislativa privativa da União. Em consonância, já que cobre temas de informática e telecomunicações, coloca-se ao abrigo da CF, Art. 22, IV.

Como diploma a tratar matérias de natureza eclética (civil, comercial, administrativa, processual, internacional privada, i. a.), destina-se a cobrir âmbito material específico, definido em seu Art. 1º como o “uso da internet no Brasil”, sendo esta definida em seu Art. 5º como

o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes.

Consequentemente, suas disposições não se estendem para além de tal campo. Não cobrem, por exemplo, a relação de licença de uso de *software*, a despeito de sua aquisição haver sido celebrada por meio da rede mundial de computadores. Nesse âmbito estrito, portanto, as hipóteses de nulidade de disposições em negócio jurídico por ofensa a direito de privacidade e restrição da liberdade de expressão.

Não obstante, no que tange especificamente as hipóteses de nulidade de disposições contratuais, deve ser lido complementarmente ao disposto no Art. 166. Em particular, seu inciso VII deixa claro ser nulo o negócio jurídico sempre que “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”. Decerto, o Art. 8º, parágrafo único, do MCI tem este sentido específico. Não ocorre, porém, redundância normativa com o inciso VI, o qual declara ser nulo o negócio quando “tiver por objetivo fraudar lei imperativa”, pois a hipótese é mais abrangente e flexível, admitindo a nulidade dada ofensa aos bens jurídicos protegidos, mesmo sem específica violação de regra cogente.

Por fim, na estrutura interna do MCI o Art. 8º se localiza ao final do Capítulo II, o qual versa sobre os direitos e garantias dos usuários. Tal seção da Lei é composta pelos Arts. 7º e 8º. O primeiro deles estabelece um rol de treze direitos para os usuários da internet, os quais, *grosso modo*, abrangem várias garantias sobre o uso dos dados providos pelo usuário, a qualidade do provimento da rede e a proteção do usuário dada hipossuficiência - inclusive mediante proteção consumerista - e assimetria de informação. O Art. 8º, reproduzido acima, trata da proteção da privacidade e da liberdade de expressão.

Destarte, a análise gramatical e sistemática da norma em tela conduz à conclusão de que a nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais aparece como instrumento para (1) proteger direitos dos usuários, (2) em situações de violação da privacidade ou da liberdade de expressão, (3) em contratos referentes ao uso da internet.

4. AS HIPÓTESES DA LISTA ABERTA

O Legislador optou por levar adiante os objetivos do MCI mediante a determinação das hipóteses de nulidade das cláusulas contratuais mediante uma proibição geral - a violação do *caput* (Art. 8º, parágrafo único) - e uma lista exemplificativa composta por dois elementos: cláusulas que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas e cláusulas de eleição de foro que excluam o juiz brasileiro. Há, não obstante, algumas dificuldades a serem enfrentadas na clara e precisa compreensão destes elementos.

4.1. NULIDADE DA CLÁUSULA ATENTATÓRIA À INVIO- BILIDADE E AO SIGILO

O inciso I não identifica uma cláusula ou disposição específica, mas se refere àquelas que (1) impliquem ofensa (2) à inviolabilidade ou sigilo (3) de comunicações privadas.

Uma cláusula só pode, *per se*, implicar ofensa se seu próprio conteúdo atenta contra o direito legalmente protegido. Não se trata de escusar a responsabilidade por ofensa que derive da aplicação indevida de disposição contratual. Nesse sentido, aparentemente não é possível dispositivo contratual mediante o qual o usuário autorize o acesso ou uso do conteúdo de suas comunicações privadas.

Mas, cabe inquirir, seria razoável restringir a liberdade do usuário de transgir a respeito do acesso e da divulgação de suas comunicações e informações?

A noção de comunicações privadas é, aqui, fundamento dessa resposta. Decerto, a idéia de comunicar *privadamente* implica necessariamente a exclusão daqueles que não são destinatários da mensagem. Nada impede a comunicação pública, ou de amplíssimo

âmbito, ou mesmo em que a divulgação do conteúdo fique ao alvedrio do receptor. Transigir em tal direção é perfeitamente razoável e lícito. Abjeta e nauseante é a sorradeira atitude de quem se imiscui no sagrado âmbito da intimidade alheia; se conscientemente franqueada, perde tal caráter. Como nos *reality shows* televisivos, o que se encontra aí é qualquer coisa, menos a realidade do que venha a ser o agir privado de seus participantes.

Disso resulta a compatibilidade de direitos à intimidade e à privacidade indisponíveis com a disponibilidade de acesso e publicação de mensagens e informações, quando devidamente autorizada. O que *ofende* a lei ao *violar* a esfera pessoal dos agentes é o eventual caráter abusivo, excessivo, sub-reptício ou desinformado do acesso ou uso.

Ora, se é possível e lícito abrir mão da privacidade, ampliando o auditório ao qual se comunica, qual seria o conteúdo da hipótese do Art. 8º, parágrafo único, I, do MCI?

Em sua expressão mais evidente, a restrição legal parece ter em vista possíveis contratos de adesão que tenham por objeto o acesso à internet mediante, por exemplo, a contratação de servidor de rede ou conteúdo. Tais instrumentos poderiam exigir, indiscriminadamente, o pleno acesso a quaisquer comunicações originadas por ou endereçadas ao usuário como parte de seus deveres. Aí, porém, o que choca não é a possibilidade de dispor sobre direitos de privacidade, mas o caráter abusivo do dispositivo imposto pela parte mais forte.

Situações em que o uso do linguajar técnico e da assimetria da informação possam ser feitos para iludir o usuário, fazendo com que este autorize o acesso e o uso de suas informações sem saber que estas não mais estão estritamente limitadas à sua esfera privada, também se enquadrariam na hipótese do Art. 8º, parágrafo único, I.

Equivocado, não obstante, imaginar que qualquer cláusula contratual que regule o acesso pelo fornecedor de serviços de internet, ou mediante esta, a informações geradas e comunicadas pelo usuário sejam necessariamente irregulares. A hipótese, portanto, deve ser tida por exemplificativa de situações eventualmente abusivas, mas não como fundamento indiscriminado de restrição à vontade das partes.

4.2. NULIDADE DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO

O inciso II, parágrafo único, do Art. 8º do MCI proíbe (1) em contrato de adesão (2) cláusulas que excluam o foro brasileiro (3) para serviços prestados no Brasil.

Há, aqui, quatro principais aspectos a serem explorados: (1) sua relação com a privacidade e a liberdade de expressão, (2) a restrição aos serviços prestados no Brasil, (3) a arbitrabilidade e (4) a relação da regra com as normas de competência internacional do Código de Processo Civil.

É no mínimo curiosa a inclusão de tal hipótese exemplificativa em artigo referente à privacidade e à liberdade de expressão, pois não é clara a relação entre o foro de eleição e a defesa destes direitos. Relativamente a eles, nada há inerente à submissão de causa a juízo estrangeiro que seja necessariamente violatório. A relação com o *caput*, expressamente exigida no parágrafo único, não pode ser pressuposta em face de qualquer cláusula de eleição de foro, mas a eventual nulidade depende da efetiva comprovação de que em razão da submissão a juízo estrangeiro, torna-se possível a violação contra a privacidade ou a liberdade de expressão

Recorde-se que, como caracteristicamente fixados na esfera da ordem pública, sua proteção pode sempre ocorrer por ocasião da homologação de qualquer sentença, arbitral ou jurisdicional, estrangeira que venha a cobrar efeitos no Brasil.

Por conseguinte, o entendimento ora expresso é o de não haver presunção de nulidade, seja *juris tantum* ou *jure et de jure*, das cláusulas de escolha de foro. Todavia, a hipótese legislativa é importante para deixar clara a possibilidade de alcançar até mesmo esse tipo de cláusula.

A) CONTROVÉRSIAS DECORRENTES DE SERVIÇOS INFORMÁTICOS

Quanto aos serviços prestados no Brasil, o próprio âmbito material da lei e o *caput* do Art. 8º estabelecem limites bastante estritos: trata-se dos serviços de informática - provisão de acesso, provisão de conteúdo e outros serviços prestados mediante a rede,

os quais possam, porventura, erodir a privacidade ou a liberdade de expressão. A mercadoria comprada em rede, a passagem aérea reservada em site turístico ou a pizza pedida *online* não são cobertas. Não se trata de serviços contratados por meio da rede, mas daqueles que dão sustentáculo ao próprio uso da rede, independentemente do uso ou não de meios eletrônicos na oferta, negociação e aceitação da proposta.

Exige-se evidente cautela a respeito da compra, locação ou comodato de bens e da contratação de serviços de natureza diversa dos serviços de internet, mas que possam com eles guardar relação de acessoriedade. Seguramente a venda ou locação de um bem pela mesma empresa que fornece o acesso à internet e que seja necessário ou útil para tanto (como um modem ou, até mesmo, um roteador para uso doméstico) deverá ser considerado como coberto pelo MCI e, portanto, pela regra do ART. 8º. Casos menos evidentes existirão na zona cinzenta que a linguagem e a realidade insistem em projetar sobre as hipóteses jurídicas (CARRIÓ, 1994).

B) CONTROVÉRSIAS ENTRE SERVIÇOS PRESTADOS E SERVIÇOS MERAMENTE OFERECIDOS

Além disso, observe-se que se trata de serviços *prestados*, não meramente *oferecidos* no Brasil. No que se refere ao provimento de acesso, a base territorial parece fazer bastante sentido, embora se deva ter em mente a oferta de serviços que possibilitem o *roaming*³ no exterior em provedores de parceiros da empresa contratante. Provedores de conteúdo, adaptados à estrutura de proteção e licenciamento autoral e delimitação territorial dos direitos, também autorizam acessos a partir de outras bases territoriais. Também, não se pode esquecer que, a tecnologia de *virtual private network* (VPN) possibilita ingressar na rede figurando-se como de um terminal no

3 *Roaming* ou itinerância é um termo empregado em telefonia móvel mas também aplicável a outras tecnologias de rede sem fio. Designa a capacidade de um usuário de uma rede para obter conectividade em áreas fora da localidade geográfica onde está registrado, ou seja, obtendo conectividade através de uma outra rede onde é visitante. A rede que está sendo visitada pode ou não pertencer a mesma operadora.

exterior. Em face de tais circunstâncias, embora o MCI não seja explícito a esse respeito, entende-se que (1) a possível ou eventual utilização de serviço no exterior não elimina a ilicitude da violação da privacidade e (2) sempre que houver uso da rede a partir do Brasil, mesmo que mediante VPN, a liberdade de expressão fica garantida nos termos do Direito nacional.

No que se refere à arbitrabilidade, a norma em questão não parece exigir sua exclusão. Ao falar em “foro brasileiro” o objetivo é claramente o de identificar um sistema jurídico que não pode ser afastado mediante disposição das partes quando isto afetar a privacidade ou a liberdade de expressão. A arbitragem que possa ser realizada no Brasil satisfaz tal exigência, inclusive em face da limitação aos direitos patrimoniais disponíveis (Lei 9.307/96, Art. 1º).

C) CONTROVÉRSIA SOBRE A ELEIÇÃO DO FORO

Por fim, cabe discutir brevemente a exclusão da cláusula de eleição de foro em face do novo Código de Processo Civil (NCPC). Em breve síntese, a matéria tratada na lei anterior sob a designação “competência internacional”, nos Arts. 88, 89 e 90 do CPC, não esclarecia quais seriam os efeitos da eleição de foro, cabendo à jurisprudência um apoio sólido a sua validade, inclusive mediante a súmula 335 do STF⁴.

No que se refere aos países do Mercosul, tem-se o Protocolo de Buenos Aires de 1994, promulgado no Brasil mediante o Dec. 2.095/96. Em relações de consumo, no entanto, as cláusulas de eleição de foro apostas em contratos de adesão são passíveis de declaração de nulidade *ex officio* (Art. 112, parágrafo único, CPC⁵); regra, aliás, ausente do novo CPC.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº335: É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.

5 CPC de 1973 – Art. 112. Argui-se, por meio de exceção, a incompetência relativa. Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu (Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006).

Decerto, o legislador brasileiro do NCPC, conscientemente, passou a ser bastante mais flexível em matéria de jurisdição internacional, inclusive no sentido de dar protagonismo ao papel da vontade. Neste sentido, passou a admitir a competência para qualquer ação em que as partes se submetam à jurisdição brasileira, o que pode ser feito de maneira expressa ou tácita, antes (p. ex. mediante cláusula contratual) ou depois da propositura da ação (Art. 22, III⁶). No mesmo sentido, resolveu estabelecer claramente a incompetência do juiz brasileiro em face de cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, desde que esta seja arguida pelo réu em contestação (Art. 25⁷).

Resta, então, observar que as hipóteses do Art. 63, §§ 3º e 4º do NCPC⁸ não são aplicáveis à escolha de jurisdição estrangeira: tratam claramente da situação de eleição de foro *sob a jurisdição brasileira*, não da opção por juízo estrangeiro. Corroboram tal situação o fato de que, em ambos os casos, a regra é endereçada ao juiz do foro eleito, sendo o remédio do § 3º - remessa dos autos ao foro de domicílio do réu - evidentemente inaplicável às situações internacionais.

-
- 6 CPC de 2015 – Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I - de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.
 - 7 CPC de 2015 – Art. 25. 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. §1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo. §2º Aplica-se a hipótese do caput o art. 63, §§ 1º a 4º.
 - 8 CPC de 2015 – Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações. §1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico. §2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes. §3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu. §4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão.

Depara-se, portanto, com a questão de se houve, ou não, revogação do Art. 8º, II do MCI em consequência da promulgação do NCPC. É questão clássica: como resolver antinomia entre regras beneficiadas por critérios de solução diversos; a primeira pelo da *lex specialis* e a segunda pela *lex posterior* (COSTA, 2001). Embora seja possível pressupor alguma preponderância da regra especial, já que seu âmbito de aplicação já excluía aplicabilidade de norma geral anterior, a solução não é cabal, restando sempre espaço para discussão.

5. CRÍTICA À ESTRUTURA DO DISPOSITIVO

A análise e avaliação de um dispositivo legal podem tomar por critério a sua capacidade de instrumentalizar a atenção a suas finalidades. Cabe, portanto, compreender como e de que maneira a expressa determinação da nulidade de cláusulas contratuais atentatórias à privacidade e à liberdade de expressão ajuda a alcançar tais finalidades. Do mesmo modo, o contraste com instrumentos alternativos é importante para tal compreensão.

Em termos gerais, a nulidade dos negócios jurídicos se coloca sob a égide do Direito Civil como relacionada à desconformidade com circunstâncias em que ao Direito não interessa emprestar sua força, como na ausência de agente capaz, impossibilidade do objeto, ausência de forma mínima, desvio de motivação e fraude contra lei imperativa. A essa estrutura geral, segue-se a previsão em diversos instrumentos, como, por exemplo, os Arts. 9º (cláusula geral) e 117 (vencimento inferior ao mínimo) da CLT; Arts. 6º, 25, 51 e 53 do CDC e Arts. 37, 45 e 85 da Lei do Inquilinato.

Deve-se distinguir entre a nulidade integral do negócio jurídico da meramente parcial, que afeta apenas uma cláusula ou limita seus efeitos àquilo que pode ser legalmente avençado. Especificamente, quando se fala da nulidade do *negócio* no CC há cobertura tanto da decretação integral, quanto da parcial. A opção do MCI por indicar a nulidade *da cláusula* aponta para outra direção: se for o caso, identificam-se *cláusula* ou *cláusulas* contratuais que, em razão de seu conteúdo, devem ser decretadas nulas. Tudo ou nada.

Disso resulta uma técnica menos sutil que a do Art. 6º do CDC, V, que admite a “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais”. Ademais, embora não exista dispositivo a esse respeito no MCI, é preciso observar quais são os efeitos da decretação da nulidade sobre a integridade do contrato, sua validade e seus efeitos: caso exista erosão de elementos essenciais ou a alteração grave da base econômica da relação, é difícil sustentar a continuidade, inalterada, das obrigações aí enfeixadas.

Assim, seria melhor reafirmar o caráter cogente e de ordem pública da proteção constitucional e legal da privacidade e da liberdade de expressão, esclarecendo-se a consequente limitação da liberdade de contratar para a correta adequação das avenças entre as partes às finalidades e parâmetros da lei. A previsão de possíveis derrogações parciais das disposições contratuais, visando garantir os direitos do usuário e respeitar, na maior medida possível, o que tenha sido livremente contratado e o equilíbrio entre direitos e obrigações de cada parte, seria, possivelmente, mais eficiente.

Além disso, a hipótese do Art. 8º do MCI lança mão de lista exemplificativa, quando na maior parte dos demais exemplos apresentados acima, a nulidade se limita a situações em que a hipótese normativa tende a ser clara e taxativa.

Decerto, não contribui para a segurança jurídica e a previsibilidade tão necessária para o bom andamento das atividades humanas a atribuição de nulidade absoluta a uma lista aberta de disposições hipotéticas. Há, no caso, dificuldade de identificação imediata da eventual nulidade, pois qualquer cláusula pode ser enquadrada na hipótese do parágrafo único do Art. 8º.

No mesmo sentido, a relação genérica com os bens jurídicos protegidos - privacidade e liberdade de expressão - aponta para a possibilidade de decretar a nulidade de cláusula *independentemente de ofensa a preceito legal específico*, ao contrário do que figura nas determinações do CC, Art. 166, VI e VII⁹. Não obstante tal alcance

9 Código Civil 2002 - Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere

em hipótese, há robusta resistência da técnica jurídica à nulificação de dispositivos voluntários por razões principiológicas e difíceis de alcançar clara definição. Entende-se, portanto, ser factível a fulminação da cláusula por violação de regra de ordem pública, mas inadequada se baseada apenas em fumos principiológicos.

Por fim, cabe a advertência de, sendo aberta e exemplificativa a lista de hipóteses de nulidade, a *causa* da nulidade é a violação do caput e, portanto, as características elencadas nas hipóteses não são exigências necessárias. Por exemplo: embora o inciso II fale de “contrato de adesão”, verificada a existência de cláusula de eleição de foro estrangeiro que fulmine a privacidade, sua nulidade deverá ser decretada *mesmo que aposta em contrato com termos negociados entre as partes*.

Passando-se à análise dos exemplos apresentados na curta lista, faz-se necessário iniciar pela constatação de que cada um deles tem estrutura diversa, o que dificulta a construção de uma generalização a partir dos casos dispostos.

O inciso I se refere ao *efeito* de eventuais cláusulas nulas: a *ofensa* à inviolabilidade e ao sigilo. Embora até possa se defender a noção de uma cláusula *per se* ofensiva à privacidade, parece evidente a limitação da relevância de tal preceito nas situações em que dispositivos contratuais terminam por atentar contra ela, quando deve haver, verificada a potencial ocorrência do efeito jurídico, decretar nulidade, operando, portanto, *ex tunc*. Não identifica, portanto, uma espécie de cláusula ou um conteúdo imediatamente vedado. Embora exista o destaque, portanto, a regra é de pouca utilidade, se alguma, pois se resume a evidente descrição de elemento do *caput*, sem nada acrescentar ou esclarecer.

Tal técnica é empregada no inciso II, destinado especificamente a nulificar cláusulas de eleição de foro que afastem a jurisdição brasileira. Mesmo aqui, porém, não chega a haver um impedimento imediato, pois, em razão do parágrafo único, a eventual cláusula só será viciada se ofender os direitos arrolados no *caput*, ou seja,

essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

aqui também a análise deve ter em vista os efetivos efeitos, embora a leitura pura e simples do texto do inciso leve a alguma confusão.

Esta regra, aliás, destoa do artigo em que se encontra: como já se destacou, não é óbvia a harmonização da temática do foro com as ofensas à privacidade ou à liberdade de expressão, até porque Direitos estrangeiros são, frequentemente, consonantes com estes direitos. O fato de não se apresentar como uma nulidade imediatamente caracterizada pela natureza da cláusula, mas dependente de seus possíveis efeitos, também parece resultar de sua dissonância com o lugar onde se encontra. Fica a impressão de ser nota tocada junto ao acorde errado. Soaria bem melhor no tom do Direito processual, em disposição a respeito do caráter exclusivo da jurisdição brasileira quando, em relação jurídica envolvendo a provisão de internet, esteja em causa a privacidade do usuário ou o exercício da liberdade de expressão. Não foi, sem embargo, essa a opção do legislador, a qual seria mais fácil de concertar com as melodias do NCPC.

6. CONCLUSÃO

O MCI é instrumento de primeira grandeza para a regulação da internet no Brasil. Marca a vitória da sociedade civil e dos interesses gerais sobre interesses de empresas de provisão de acesso e conteúdo, para as quais outros arranjos a respeito das preferências na rede e da própria distribuição da responsabilidade seriam melhores.

Especificamente a respeito da opção pela decretação da nulidade de cláusulas contratuais para a proteção da privacidade e da liberdade de expressão, entende-se que poderia haver melhor proteção mediante a pura e simples vedação de disposições contratuais contrárias às normas de ordem pública do MCI e quaisquer leis brasileiras sobre a internet. Não obstante, mesmo que em decorrência de algum esforço interpretativo, observa-se que as disposições são compatíveis com as finalidades e objetivos da lei.

Porém, as opções do legislador (1) por uma lista aberta e exemplificativa e (2) pela inclusão, aí, de regra (inciso II) voltada a proteger o hipossuficiente na celebração de contratos de adesão

- e não de preservar a privacidade e a liberdade de expressão - são particularmente deletérias. Ganhariam a segurança jurídica e a proteção dos princípios e direitos consagrados no MCI com uma revisão que (1) substituísse a sistemática de decretação de nulidade de cláusula pela da vedação de inclusão de conteúdos contratuais contrários aos princípios e regras do MCI e (2) reservasse à jurisdição exclusiva brasileira os casos atentatórios à privacidade e à liberdade de expressão na rede. Entende-se, aliás, em face da base legal e constitucional - e não meramente contratual - de pleitos a respeito de tais aspectos, que dificilmente se poderia excluir a jurisdição brasileira, mesmo que tal dispositivo legal jamais chegasse a existir.

No que toca à interpretação do Art. 8º do MCI, detalhada no texto, pode-se destacar em conclusão a estrita vinculação dessas hipóteses de nulidade àquilo que viole o *caput* do artigo e, portanto, dependa, em face das circunstâncias concretas, de uma avaliação a respeito dos possíveis efeitos das disposições contratuais.

Não se encontra aí, por conseguinte, normativa redutora da liberdade de contratar ou imiscuída na vontade das partes, mas adequada à justa regulação estatal, capaz de resguardar e garantir as liberdades fundamentais, inclusive mediante a restrição aos poderes de contratar.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*, T. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRÍO, Genaro R. *Notas sobre el Derecho y lenguaje*, 4ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. vol. I*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COSTA, José Augusto Fontoura. Normas jurídicas: aplicação e casos difíceis. In: *Cadernos Posgrad*. Santos: Leopoldianum, 2000.

_____. Antinomias Jurídicas. *Revista Universidade Guarulhos*, Guarulhos, v. 1, n.2. 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GRAU, Eros R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1988.

WACHOWICZ, Marcos; KIST, Vitor Augusto Wagner. Marco Civil da Internet e direito autoral: uma breve análise crítica. *Boletim do Gedai*, 10 de julho de 2014. Disponível em <<http://www.gedai.com.br/?q=pt-br/boletins/boletim-gedai-setembro-2014/marco-civil-da-internet-e-direito-autoral-uma-breve-an%C3%A1lise>>, consultado em 18 de janeiro de 2015.

Recebido em 09/07/2015.

Aprovado em 01/09/2015.