

A JURISDIÇÃO NO CIBERESPAÇO*

Alexandre Atheniense

RESUMO

Afirma que a internet deixa hoje de apresentar apenas *sites* institucionais e passa a dispor muito mais de *sites* comerciais e prestadores de serviços, o que acarreta o aparecimento de novas lides, abrangendo o Direito da Informática por meio do seu intercâmbio com outros ramos do Direito.

Reúne diversos conceitos de jurisdição, descreve suas características e liga-os ao conceito de competência. Examina a jurisdição também no ciberespaço e o conseqüente aparecimento dos meios alternativos de solução de conflitos pela internet, o qual decorre da utilização de novas técnicas como a arbitragem, a mediação e a negociação e tem crescido consideravelmente.

Comenta, por fim, a respeito do foro de eleição no contrato epistolar, bem como define jurisdição nos âmbitos consumerista, penal, civil, trabalhista e tributário.

PALAVRAS-CHAVE

Jurisdição; ciberespaço; internet; arbitragem; mediação; negociação; Direito da Informática.

* Conferência proferida no "Congresso Internacional de Direito e Tecnologias da Informação", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 3 e 4 de outubro de 2002, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, Brasília-DF.

Já no limiar do novo século, a internet no Brasil atingiu uma nova etapa com a entrada no mercado de provedores gratuitos e o conseqüente aumento de usuários. Com esse alavancamento do público consumidor, várias empresas passaram a vislumbrar a possibilidade de prestar serviços ou vender produtos através da grande rede.

Tal mudança de cenário trouxe grandes conseqüências para o Direito. O Direito da Informática, até então, envolvia-se apenas com problemas relacionados à propriedade intelectual e ao Direito Autoral. Isso porque os computadores funcionavam isoladamente ou em redes corporativas. À exceção das empresas de atuação no comércio exterior que já vinham praticando transações eletrônicas, valendo-se da criptografia simétrica ou da rede de compensação *Swift*, raros eram os casos em que o comércio eletrônico pudesse causar algum litígio que nos despertasse o interesse pelo estudo da jurisdição no ciberespaço.

No momento em que a internet deixou de caracterizar-se apenas por *sites* de conteúdo meramente institucional e passou a dispor de *sites* que comercializavam produtos, tangíveis ou não, e prestavam serviços, por uma conseqüência lógica e tradicional inerente às relações humanas, vários problemas e conflitos de interesses se afluíram. Essas lides interfaceiam o Direito da Informática atual com os diversos ramos tradicionais do Direito.

Prova disso é, atualmente, ser comum tomarmos ciência pela mídia da prática de difamação em *sites*, da contratação de empregados no estrangeiro para suporte e desenvolvimento de sistemas por meio do teletrabalho, de consumidores insatisfeitos com a aquisição de produtos adquiridos em *sites* de comércio eletrônico, além de empresas que tenham sido usurpadas de refletir a sua marca registrada mediante registro antecipado de terceiros dos seus domínios na internet.

Outros inúmeros exemplos nos levam à reflexão sobre a necessidade de uma releitura de nossos textos legais visando a interpretá-los à luz dos fatos ocorridos no meio eletrônico. Tal estudo conseqüentemente poderá levar à reavaliação de alguns conceitos tradicionais do Direito, em razão desse novo espectro que se cria através da internet.

Justifica-se, portanto, a necessidade e a temporalidade deste es-

tudo, uma vez que a aplicação correta dos preceitos legais inerentes à jurisdição, diante das transações eletrônicas no mundo eletrônico sem fronteiras, tem sido uma das maiores dificuldades enfrentadas pelos operadores do Direito.

O CONCEITO TRADICIONAL DE JURISDIÇÃO

Nessa linha de raciocínio, impende examinar o conceito de "jurisdição" sob a ótica dos tradicionais juristas que estudaram a matéria.

Etimologicamente, a palavra "jurisdição" é derivada do latim. Segundo De Plácido e Silva, a palavra *jurisdictio* (ação de administrar a Justiça) oriunda-se das expressões *ius dicere, iuris dictio*¹.

É todo poder ou autoridade conferida à pessoa, em virtude da qual pode conhecer de certos negócios públicos e os resolver. É o poder de julgar que, decorrente do imperium (poder que decorre da autoridade suprema ou do poder soberano), pertence ao Estado. E, este, por delegação, o confere às autoridades judiciais e às autoridades administrativas.

Na interpretação de Maria Helena Diniz, *é o poder de dizer o direito*².

Depreende-se da lição da ilustre jurisconsulto a necessária identificação do aspecto geográfico, bem como a atribuição exclusiva do seu exercício pelo Poder Judiciário, vejamos: *É a administração da Justiça pelo Poder Judiciário. Consiste no poder-dever de aplicação do direito objetivo conferido ao magistrado. É atividade exercida pelo Estado para aplicação das normas jurídicas ao caso concreto. Área territorial onde a autoridade judiciária exerce seu poder de julgar; compreende o poder de decisão, o de ordenar notificação das partes ou testemunhas, o de documentação (que advém da necessidade de representação por escrito dos atos processuais e rege-se pelo princípio da investidura, da indelegabilidade e da aderência ao território).*

O exercício do *ius imperium* estatal também figura como pré-requisito essencial no entendimento de renomados juristas como Ronaldo Cunha Campos, para quem *é o elemento do processo pelo qual os órgãos do Estado exercem a coação*³.

José Frederico Marques, por sua vez, afirma que: *A jurisdição é a força operativa, o processo, o modus operandi e o complexo instrumental*

*em que o poder do Estado atua com finalidade compositiva de dar solução a conflitos de interesses, impondo a regra de direito objetivo adequada*⁴.

Chiovenda⁵ entende que: *A jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade alheia pela atividade de órgãos públicos, afirmando a existência de uma vontade da lei e colocando-a, posteriormente, em prática.*

E Carnelutti, citado por Antônio Carlos Marcato⁶, leciona que: *A jurisdição é um meio de que o Estado se vale para a justa composição da lide, ou seja, a atividade jurisdicional por ele exercida através do processo visa à composição, nos termos da lei, do conflito de interesses submetido à sua apreciação.*

O Prof. José Afonso da Silva perfila o mesmo entendimento⁷: *De passagem, já dissemos que os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesse em cada caso concreto. Isso é o que se chama função jurisdicional ou simplesmente jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.*

Respalhado na síntese de renomados juristas, podemos concluir, portanto, que jurisdição é poder, função e atividade, inerentes ao Estado, devendo este aplicar o Direito ao fato concreto, buscando solucionar os conflitos existentes.

A manifestação do *ius imperium* estatal expressa-se mediante sua capacidade de decidir e impor suas decisões perante a população obediente à sua soberania consubstanciada a um determinado território geográfico, promovendo a harmonização de conflitos mediante a realização do Direito justo. O poder estatal é delegado às autoridades judiciais e às autoridades administrativas que se incumbem de legitimar seus atos de forma transparente por meio do devido processo legal.

A idéia de conflitos de interesse traz em si a de contenda, contestação, litígio. Por conseguinte, de ordinário, a jurisdição é exercida em face de pretensões contestadas, que caracterizam a verdadeira e legítima jurisdição.

Portanto, é de se admitir que existem dois tipos de jurisdição: a contenciosa, destinada a compor os conflitos de interesses entre os particulares ou entre estes e o próprio Estado, garantidos os direitos ao contraditório e à ampla defesa, conforme

A manifestação do *jus imperium* estatal expressa-se mediante sua capacidade de decidir e impor suas decisões perante a população obediente à sua soberania consubstanciada a um determinado território geográfico, promovendo a harmonização de conflitos mediante a realização do Direito justo. O poder estatal é delegado às autoridades judiciais e às autoridades administrativas que se incumbem de legitimar seus atos de forma transparente por meio do devido processo legal.

dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV e LV, e a jurisdição convencional, que alcança a solução da disputa mediante opção das partes em meios alternativos para dirimir conflitos.

Cumpramos esclarecer, pois, antes de adentrarmos o estudo da jurisdição, o conceito de competência que seria, segundo Paulo Henrique dos Santos Lucon⁸, citando Liebman, a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão. Portanto, podemos entender que o conceito de competência diz respeito, necessariamente, às atribuições dos órgãos estatais que exercem o poder jurisdicional.

CARACTERÍSTICAS INERENTES À JURISDIÇÃO

Dentre de suas próprias características, a legislação nacional consagra que a jurisdição só poderá ser praticada diante de uma lide por iniciativa das partes, conforme preceitua o art. 2º do CPC, bem como que as decisões dos agentes jurisdicionais poderão, num determinado momento, tornar-se imutáveis pela coisa julgada ou trânsito em julgado da decisão (art. 5º, XXXVI, CF).

Some-se ainda a indelegabilidade da jurisdição: onde o juiz exerce a função jurisdicional por delegação do Estado e não poderá delegá-la a outrem. Nesse sentido, o CPC, no art. 1º, atribui o dever de exercício da jurisdição civil a juízes. Vejamos: Art. 1º. *A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.*

Segundo Hélio Tornaghi⁹: (...) o juiz junta-se ao legislador na tarefa de assegurar a ordem jurídica (de todos) e o direito (de cada um). O le-

gislador o faz de maneira geral e abstrata, isto é, arquetizando a norma seguível em cada gênero de casos e sem consideração das particularidades de um por um; o juiz declara o que é correto em cada caso e tem em conta as respectivas circunstâncias. Em relação ao administrador, a posição do juiz é um pouco diversa. Ele não completa a obra administrativa, mas, ao contrário, afasta o administrador sempre que surge controvérsia. Se entre dois particulares ou entre um particular e um órgão público aparece uma discrepância, a decisão já não é deixada a funcionários administrativos, mas deferida aos juízes. Várias razões aconselham a substituição, para a garantia das partes e acerto do julgamento. Convém que o órgão encarregado de resolver os litígios: 1º – esteja vinculado à lei. Isto é, exatamente o inverso do que acontece ao administrador, cuja atividade é discricionária, guiada por critérios de oportunidade; 2º – fique livre da influência e das injunções do Poder (maiormente concentrado no Executivo e no Legislativo).

Daí advêm as garantias dos juízes; 3º – seja sempre um terceiro, imparcial, o que não ocorreria com a Administração nos casos em que ela é parte.

Na Carta Magna, não há confundir o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), com o direito à tutela jurisdicional preceituado no art. 5º, XXXV: o direito de petição, de iniciativa de uma pessoa apenas ou de um grupo, consiste atributo de competência do cidadão em formular seus pedidos a órgãos públicos não-jurisdicionais, ao passo que o direito de ação é inerente ao Poder Judiciário.

A tutela jurisdicional é obrigação do Estado, tarefa competente aos juízes, que, portanto, não podem esquivar-se de tal ônus, como se ob-

serva no item XXXV do art. 5º da CF, e também no art. 126 do CPC.

Todavia, observemos o que adverte o art. 2º do estatuto processual. Não pode o juiz, então, agir por iniciativa própria, *Ne procedat judex ex officio*, como um Dom Quixote a reparar malefícios, na pitoresca imagem criada por Calamandrei.

O ALCANCE DA JURISDIÇÃO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O capítulo segundo do Título IV do capítulo sobre o processo de conhecimento de nossa lei adjetiva estabelece o limite entre aplicação da jurisdição nacional e a competência internacional.

Nesse sentido, o art. 88 do CPC dispõe que a autoridade brasileira será competente nos casos em que, independente de sua nacionalidade, o réu estiver domiciliado no Brasil; a obrigação tiver sido cumprida no Brasil; e a ação se originar de fato ocorrido ou praticado no Brasil. Estende-se o conceito de domicílio à pessoa jurídica estrangeira que tiver aqui agência filial ou sucursal.

Neste particular, sobreleva mencionar decisão recente do STJ no REsp n. 63.981/SP, que, por maioria, entendeu que uma empresa notoriamente estabelecida em diversos países pode prestar serviços em todos os lugares. O caso em questão tratou-se de um problema de Direito do Consumidor em que um advogado adquiriu uma câmera filmadora no estrangeiro e requereu que a assistência técnica fosse prestada no Brasil.

Segundo o entedimento do STJ:

I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País.

II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisi-

ção de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca.

III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

Já o art. 89 do CPC veda a possibilidade de jurisdição estrangeira ser aplicável nos casos de ações relativas a imóveis situados no Brasil ou inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Se for o caso de apreciação pelo Tribunal Pátrio de ação intentada perante tribunal estrangeiro não se configurará litispendência ou mesmo impedirá que a autoridade brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.

REAVALIANDO O CONCEITO DE JURISDIÇÃO NO CIBERESPAÇO

Contudo, alguns observadores ingleses e norte-americanos, estudiosos do tema *Law of the Cyberspace*, acreditam que a internet poderia ou deveria ser auto-regulamentada, sob o argumento de que a legislação aplicável à solução dos conflitos inevitavelmente seria inerente a uma instituição específica de uma determinada nação, e isso seria menos efetivo e apropriado do que se buscar construir centros de arbitragem ou mediação para apreciar os problemas oriundos do federalismo eletrônico.

Demais disso, a observância do princípio de que a jurisdição pressupõe a existência de um território em que será exercida merecerá uma reavaliação diante das múltiplas relações que os indivíduos instauram através da internet das independentes de aspectos geográficos.

Nessa perspectiva, autores como o inglês Cliff Dilloway¹⁰ e o prof. norte-americano David Post¹¹ vislumbram a perspectiva que a internet deveria, ao menos potencialmente possuir sua própria jurisdição sem ser atrelada a padrões de territórios geo-

gráficos ou a qualquer outro meio físico e virtualmente sem soberania de países. Tratando-se de internet, o conceito tradicional de soberania, que preceitua que o Estado deverá exercer sua autoridade plena e governo próprio, dentro do território nacional e em suas relações com outros Estados¹², deverá ser reavaliado. Isso porque uma das características principais da grande rede é o fato de o indivíduo instaurar múltiplas relações por meio eletrônico, sem que o Estado possa efetivamente controlá-lo. Exemplificando: como o Estado poderia exercer a sua autoridade soberana e controlar todos os atos de seus cidadãos praticados pelo meio eletrônico. Se um cidadão brasileiro apostar por meio do seu computador pessoal em páginas de cassinos virtuais na internet, o Estado está muitas vezes incapacitado soberanamente de controlar a prática desta contravenção penal.

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA INTERNET

Tem sido crescente o lançamento na internet de entidades cuja finalidade vise à solução alternativa de conflitos, também conhecida no Direito norte-americano por ADR (*Alternative Dispute Resolutions*).

Esses foros compreendem diversas técnicas para dirimir disputas de interesse como a arbitragem, a mediação e a negociação. Em alguns casos concretos, essas soluções têm-se mostrado mais eficientes, principalmente, pela flexibilidade concedida às partes para a argumentação técnico-jurídica de suas defesas, bem como pela maior afinidade da compreensão do objeto da lide por parte de árbitros reconhecidamente *experts* nas questões envolvendo inovações tecnológicas.

Essas organizações têm-se estruturado e oferecido seus serviços pela internet para solucionar litígios típicos ou não do mundo eletrônico.

Veja abaixo alguns exemplos de ADR's norte-americanas:

<<http://www.clicknsettle.com/>>,
<<http://www.ilevel.com/>>,
<<http://www.internetneutral.com/>>,
<<http://www.onlineombuds.com/>>,
<<http://www.wecansettle.com/>>,
<<http://www.mediate-net.org/>>;
<<http://www.vmag.com/>>
<<http://www.disputes.org/>>,
<<http://www.eresolution.ca/>>,
<<http://www.i-courthouse.com/>>,
<<http://www.cyberarbitration.com/>>,
<<http://www.cybersettle.com/>>,

Outros países também vêm seguindo tal exemplo:

Cibertribunal Peruano (Peru),
CPR Institute for Dispute Resolution,
Dispute Manager (Singapura),
ePolicy Institute,
eResolution (Canadá),
Med-Arb.net (Espanha),
National Arbitration Forum (EUA),
URDPInfo,
URDP Law,
WIPO Arbitration and Mediation e Center (Suíça).

JURISDIÇÃO – PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA

O art. 1º da nossa lei adjetiva assegura que o Estado exercerá a sua jurisdição, contenciosa ou voluntária, por seus órgãos jurisdicionais compostos de juízes e auxiliares. Somente estes possuem tal poder e, por isso, a jurisdição não se confunde com a circunscrição, peculiar a certos órgãos, como as autoridades policiais.

A jurisdição contenciosa, cujo objetivo é dirimir litígios, não se confunde com a jurisdição voluntária, a qual, como a própria denominação faz ver, restringe-se à homologação de pedidos que não impliquem litígio.

Por seu turno, o art. 2º respaldou-se no princípio do *nec procedat judex ex officio*, ou seja, a jurisdição é inerte se não for provocada pelas partes. Segundo Couture¹³, não é recomendável ao juiz proceder por iniciativa própria, mas apenas a requerimento da parte. É o chamado princípio da demanda, ou da ação, nos termos do qual a jurisdição deve ser provocada.

Quanto ao alcance de sua aplicação, a lei nacional deverá ser cumprida no território e nas águas territoriais brasileiras e pode, em alguns casos, proteger indivíduos vinculados ao país e também no estrangeiro. Algumas vezes, no entanto, a lei estrangeira pode predominar no território brasileiro.

Na nossa legislação a noção de território aceita pelo legislador não se restringe à porção de terra contida nos limites geográficos do país. Abrange, igualmente, as ilhas situadas próximo à costa, os arquipélagos, os rios, as baías, os portos, os navios de guerra e os mercantes, se em alto mar, e nacionais.

Vejamos, pois, o escopo da jurisdição em temas específicos regulados pela lei nacional.

O art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil é claro ao estabelecer os limites a serem observados antes que uma expressão normativa estrangeira suscite efeitos dentro do território nacional:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

A JURISDIÇÃO CIVIL

O art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil é claro ao estabelecer os limites a serem observados antes que uma expressão normativa estrangeira suscite efeitos dentro do território nacional:

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Clarificando as disposições da referida norma, Maria Helena Diniz afirma que¹⁴:

(...) o órgão julgante deverá averiguar se sua aplicabilidade da sentença estrangeira, não ofenderá os princípios de nossa organização política, jurídica e social, ou seja, a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes. Tudo que vier a contrariar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes será contrário à ordem social. Assim sendo, a ofensa à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes constituirão uma restrição à aplicação de lei estrangeira regularmente aplicável a certo caso, cuja competência normal será então afastada.

Volvendo-nos ao escopo do presente estudo, inicialmente cabe distinguirmos se o contrato em questão foi celebrado por meio eletrônico, sendo este apenas meio de transmissão do acordo de vontade entre as partes, embora o original esteja em papel ou se a íntegra do instrumento que firmou o ajuste entre os contratantes encontra-se originariamente em formato digital.

Considerando esta última hipótese, há de se invocar a regra do art. 1.087 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 435 do novo Código Civil, que firma o entendimento:

reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto. E o que significa isso? O verbo residir tem dois sentidos: estabelecer morada ordinária, morar, ter sede, mas significa também achar-se, ser, estar, e com este sentido interpreta-se o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 1.087 do Código anterior. Lugar em que residir o proponente quer dizer lugar onde estiver o proponente.

Conclui-se, portanto, que embora a empresa seja estrangeira, tenha sua sede fora do território nacional, esta se faz presente em nosso território, ainda que temporariamente, no momento da propositura por um meio de comunicação, aqui se considerará constituída a obrigação, a qual deverá ser regida pelo Direito brasileiro.

A hipótese narrada no parágrafo anterior, que constitui a celebração de um contrato mediante a utilização de um meio de comunicação qual seja, o telefone, poderá ser estendida também para o microcomputador, muito embora cabendo a ressalva das questões consumeristas.

O FORO DE ELEIÇÃO NO CONTRATO EPISTOLAR

Alternativamente às regras elencadas nos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil brasileiro, a nossa lei adjetiva assegurou às partes a livre convenção de eleição de foro. O art. 111 do CPC preceitua que *a competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.*

Na lição de Edson Prata¹⁵, o foro de eleição expressamente admi-

tido pelo legislador processual, torna-se possível unicamente quando frente à competência relativa, ou seja, na competência em razão do valor e do território (...).

A cláusula de eleição de foro visa à mudança da competência territorial para um local previamente definido no contrato, configurando uma exceção à regra instituída pelo CPC. Essa norma deve ser apreciada sem se perder de vista o verbete sumular n. 335 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe ser *válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato.* Portanto, *a priori*, ainda de acordo com o art. 111 do CPC, nada impede a convenção de foro entre as partes.

A JURISDIÇÃO CONSUMERISTA

Diferenciando-se do Direito americano, no Brasil os direitos do consumidor têm caráter indisponível, visando a sempre estabelecer um equilíbrio de forças no aperfeiçoamento e cumprimento do contrato. Existem exceções às regras previstas pelo CPC. Como o art. 111 do CPC pressupõe um acordo bilateral na escolha do foro competente, contrasta-se a unilateralidade característica dos contratos de adesão, fato que muitas vezes deixa o consumidor em situação de submissão ao poder econômico do ofertante.

Na verdade, a cláusula de eleição de foro no contrato de adesão eletrônico deve ser qualificada como abusiva se dificultar sensivelmente o acesso à Justiça ou o direito de defesa. Esse é o aspecto principal que deve ser considerado decisivo para afastar a cláusula abusiva imposta por meio de contrato de adesão eletrônico.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 47 determina que *as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.* Nos casos que envolvem contrato de adesão podemos notar a existência de uma clara sujeição entre as partes. Não se dá ao consumidor a chance de discutir ou modificar cláusulas contratuais que, por sua vez, já vêm insculpidas no instrumento contratual.

Neste sentido afirma Aramy Dornelles da Luz¹⁶: *(...) fugindo da sistemática do Código Civil, do espírito do art. 85, que atenta mais para a intenção nas declarações de vontade, antes que para a literalidade da linguagem, o Código de Defesa do Consumidor estipula que as disposi-*

*ções contratuais conflitantes serão interpretadas favoravelmente ao consumidor, que não teve voz para declarar sua verdadeira vontade, deixando-se seduzir pelo atrativo mágico do consumo, simplesmente aderindo às predisposições do ofertante*¹⁷.

Portanto, apesar das grandes peculiaridades desta modalidade contratual, o consumidor deve ser sempre privilegiado na discussão judicial das cláusulas que aderiu. Mesmo porque, o art. 51, IV, do referido diploma legal ainda consagrou que:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabelecem obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

O que se traduz, nas palavras de Cláudia Lima Marques¹⁸, **norma geral proibitória** a toda e qualquer cláusula que seja considerada abusiva, ou seja, coloque o consumidor em desvantagem exagerada em relação ao fornecedor de produtos ou serviços. A nulidade da cláusula não atinge, em regra, o contrato como um todo. Como está caracterizada a manifestação de vontade das partes no momento da celebração do pacto, desde que a eliminação do referido dispositivo não desfigure a vontade ou cause prejuízos a uma das partes, a nulidade de uma das cláusulas contratuais não afetará seu conteúdo.

As normas e dispositivos que se aplicam aos contratos de adesão sujeitam, igualmente, os chamados *shrink-wrap licences*. As cláusulas que colocuem o consumidor em posição desfavorável em relação ao fornecedor, seja por dificultar sua defesa, seja por afrontar a boa-fé e a equidade, são passíveis de nulidade total, preservando-se, na medida do possível, o conteúdo da negociação.

Dessa maneira, uma cláusula contratual que dificulte a defesa do consumidor, como aquela que elege foro estrangeiro ou diverso daquele de residência do consumidor para a solução de eventual lide, caracteriza-se por manifesta ilicitude frente à ordem legal brasileira, uma vez que a lei veda tal prática contratual. Caso de fácil constatação dessa prática vexatória é o *site* que realiza comércio através da rede, tendo seu foco

dirigido ao mercado brasileiro, com textos e propagandas em língua portuguesa e que, no entanto, por estar hospedado em servidor estrangeiro, estabelece cláusula contratual dispondo que o foro competente para dirimir a lide não seria o brasileiro, mas outro qualquer. O fornecedor de produtos ou serviços não pode se valer do meio eletrônico como uma forma de elidir a prestação jurisdicional e o direito do consumidor consagrado nas leis nacionais.

A JURISDIÇÃO PENAL

Dispõe o art. 5º do Código Penal brasileiro: *aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.*

Tal artigo traduz-se na admissibilidade, sob a égide criminal brasileira, do princípio da territorialidade, limitando-se, o aludido Código, a incidir em crimes ocorridos no solo, subsolo, espaço aéreo, mar territorial, águas internacionais e na plataforma continental. Enfim, aplicar-se-á a lei brasileira quando o crime for cometido no que a lei considerar **território** brasileiro.

Ademais, o Código Penal adotou a **teoria da ubiquidade** para a determinação do **lugar do crime**. Tal princípio encontra-se esculpido no art. 6º do mencionado diploma legal, *in verbis*:

Art. 6º. Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.

Segundo Paulo José da Costa Júnior¹⁹, basta a realização de um só fragmento da conduta punível em território nacional para que a ela se aplique a lei brasileira, ainda que se verifique o restante da conduta e mesmo o evento no exterior.

No que concerne aos chamados crimes “praticados à distância”, Julio Fabbrini Mirabete²⁰ explica que *a lei adotou como regra a teoria da ubiquidade, segundo a qual o lugar do crime é tanto o lugar onde foi praticada a ação ou omissão, no todo ou em parte, como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.*

Portanto, nessa linha exegética, o **lugar do crime** seria aquele em que o crime deveria consumir-se não fosse a ingerência de circunstâncias alheias à vontade do agente. O que incorpora, necessariamente, a hipótese de crime tentado.

A JURISDIÇÃO TRABALHISTA

Conforme preceitua a Constituição Federal em seu art. 114, compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores ou quaisquer outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

A Justiça do Trabalho, de acordo com o art. 643 da Consolidação das Leis Trabalhistas, será competente para compor as lides oriundas da relação empregatícia, não-eventual, entre os interessados individualmente ou entre uma categoria profissional, a categoria econômica e a respectiva empresa.

Com essa linha de raciocínio, encontramos o art. 650 do referido diploma legal:

Art. 650 A jurisdição de cada vara do trabalho abrange todo o território da comarca em que tem sede, só podendo ser estendida ou restringida por lei federal.

Eduardo Gabriel Saad²¹ nos ensina:

Como determina o art. 650, CLT, o critério para fixação da competência da Justiça do Trabalho em razão do lugar é o da localidade onde o empregado – como reclamante ou reclamado – presta serviços ao empregador, embora sua contratação haja ocorrido em outro local ou mesmo no estrangeiro. Duas são as exceções que a Consolidação abre a essa regra: a primeira refere-se ao caso do empregador que realiza atividades em lugar distinto do da celebração do contrato. Na espécie, é lícito ao empregado ajuizar sua reclamatória no local da prestação de serviços ou da celebração do contrato. A segunda exceção é relativa ao empregado agente ou viajante, para declarar ser competente a Junta de Conciliação e Julgamento do local do domicílio do empregador.

Busca-se aqui, pois, revelando-se o caráter da Justiça Trabalhista brasileira em resguardar certos direitos aos empregados, proporcionar ao empregado a possibilidade de propositura de uma reclamatória trabalhista no lugar onde haja melhores condições para se fazer prova dos fatos.

Tais interpretações nos levam diretamente ao Enunciado n. 207 do Tribunal Superior do Trabalho que ordena a relação jurídica trabalhista ser regida pela lei vigente no país da prestação do serviço e não por aquela do local da contratação.

Isso quer dizer que, na hipótese em que trabalhador brasileiro pres-

Diferenciando-se do Direito americano, no Brasil os direitos do consumidor têm caráter indisponível, visando a sempre estabelecer um equilíbrio de forças no aperfeiçoamento e cumprimento do contrato. Existem exceções às regras previstas pelo CPC. Como o art. 111 do CPC pressupõe um acordo bilateral na escolha do foro competente, contrasta-se a unilateralidade característica dos contratos de adesão (...)

te serviços no estrangeiro, havendo agência, filial ou sucursal da empresa contratante em território brasileiro, a Justiça do Trabalho seja competente para compor a lide. No entanto, os direitos trabalhistas envolvidos deverão ser analisados de acordo com a lei estrangeira aplicável.

JURISDIÇÃO TRIBUTÁRIA

A possibilidade de tributação em transações realizadas eletronicamente tem despertado tanto o interesse de particulares como o dos entes públicos. Cumpre, dessa maneira, analisarmos os tributos passíveis de incidência nas transações realizadas mediante comércio eletrônico.

No entanto, para a determinação do tributo aplicável, cabe distinguir duas formas de transações eletrônicas possíveis:

Aldemário Araújo Castro²² define “comércio eletrônico indireto” como as *transações com conteúdo econômico realizadas por intermédio de meios digitais*, e como “comércio eletrônico direto” a comercialização de bens intangíveis ou de serviços realizados eletronicamente, ou seja, aquele que se aperfeiçoa com a transferência eletrônica do bem adquirido.

Quanto à primeira hipótese, a tributação incidente não sofrerá alteração quanto à sua forma tradicional. Senão vejamos:

Encontramos na Constituição da República o fundamento do ICMS: Art. 155. *Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

(...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Vejamos, então, o que diz o seu § 2º, XII, d, da Carta Magna:

§ 2º O imposto previsto no inc. II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar: d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços.

Portanto, nas transações aperfeiçoadas com o envio de um bem tangível, material, ao solicitante, a tributação será devida será o ICMS, por estar caracterizado, o **fato gerador** na respectiva localidade do município do estabelecimento empresarial, nos termos do art. 12, I, da LC n. 87/96, o qual determina: *considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (I) de saída de mercadoria do estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.*

No que concerne a transações realizadas por comércio eletrônico direto, encontramos um complicador maior na determinação da incidência de tributação via ICMS. Dessa maneira, devemos analisar o conceito clássico de “estabelecimento comercial” a fim de determinar seu acoimento ou não a um *site* de comércio eletrônico.

Segundo Pedro Malta da Silveira²³, *a doutrina está relativamente estabilizada em torno da concepção do estabelecimento como conjunto de meios para prossecução da actividade empresarial.*

Clarifica ainda mais o ilustre jurista Fran Martins²⁴ ao lecionar que:

Compõe-se o estabelecimento comercial de elementos corpóreos e incorpóreos, que o empresário comercial une para o exercício de sua atividade. (...). Sendo “objeto de direito” constitui propriedade do em-

presário, que é o seu dono, sujeito do direito.

Notamos, pois, a atualidade dos conceitos que, *a priori*, poderiam abranger o *site* como uma de suas modalidades. No entanto, para fins de determinação do ICMS, existe conceitualização legal a ser observada. Vejamos, pois, o que nos diz o art. 11, § 3º, da Lei Complementar n. 87/96:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

(...)

§ 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias:

(...)

Dessa maneira, o conceito esculpido na referida Lei Complementar exclui o *site* para efeitos de incidência do ICMS, o que nos leva a inferir não haver incidência desse tributo nas transações realizadas por meio de comércio eletrônico direto.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 3 e 4. p. 27.
- 2 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3. p. 24.
- 3 CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1. t. 1. p. 225.
- 4 MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2. p. 70.
- 5 CHIOVENDA. *Derecho Procesual Civil*. Mexico: Cardenas, 1989. v.1. t. 1. p. 369.
- 6 *Breves Considerações sobre Jurisdição e Competência*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2923>>. Acesso em: 2 jan. 2003.
- 7 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 480.
- 8 LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords). *Direito & internet – aspectos jurídicos relevantes*. Bauru: Edipro, 2001. p.352.
- 9 TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 1. p. 72.
- 10 DILLOWAY, Cliff. *Internet Self-Regulation*. Disponível em: <<http://www.endispute.com.uk/cliff/israem.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2003.
- 11 POST, David. *How Shall the Net be Governed?* Disponível em: <<http://www.temple.edu/lawschool/dpost/governance.html>>. Acesso em: 2 jan. 2003.

- 12 DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- 13 COUTURE, Eduardo. *Vocabulário Jurídico*. Buenos Aires: [s.n.], 1976. p.417.
- 14 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 345.
- 15 PRATA, Edson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1. t 1. p. 375.
- 16 LUZ, Aramy Dornelles da. *Código do Consumidor anotado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 87.
- 17 O art. 85 do Código Civil de 1916 corresponde ao art. 50 do Código Civil de 2002.
- 18 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 796.
- 19 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 12.
- 20 MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 117.
- 21 SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT Comentada*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 445.
- 22 CASTRO, Aldemário Araújo. *Os meios eletrônicos e a tributação*. Disponível em: <<http://www.cbeji.com.br/artigos/artaldema01.htm>>. Acesso em 4 jan. 2003.
- 23 SILVEIRA, Pedro Malta da. *A empresa nos centros comerciais e a pluralidade de estabelecimentos*. Coimbra, Portugal: Almedina, 1999, p. 35
- 24 MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 23. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1. p. 244.

ABSTRACT

The author states that the internet, nowadays, besides presenting institutional sites, displays a much larger amount of commercial sites and others that provide services, which brings about the arising from new judicial proceedings, including the Informatics Law by means of its interchange with other subdivisions of Law.

He gathers several concepts of jurisdiction, describes their characteristics and joins them with the competency concept. He also checks the jurisdiction in the cyberspace and the consequent arising out of the alternative ways for the solution of the conflicts through the internet, which results from the use of new techniques such as the arbitration, the mediation and the negotiation and it has been increasing considerably.

At last, he draws comments regarding the jurisdiction of election in the contract by the internet, as well as he defines jurisdiction in the consumer, criminal, civil, labor and tax scopes.

KEYWORDS – Jurisdiction; cyberspace; internet; arbitration; mediation; negotiation; Informatics Law.

Alexandre Atheniense é Advogado em Belo Horizonte - MG.