

COMPUTAÇÃO EM NUVEM, TERRITORIALIDADE E EFETIVIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS

CLOUD COMPUTING, TERRITORIALITY AND EFFECTIVENESS OF JUDICIAL DECISIONS

Alexandre Gazetta Simões¹

Celso Jefferson Messias Paganelli²

RESUMO: A tecnologia sempre traz inovações a cada dia, o que implica em verdadeiro desafio para os operadores do direito e também aos legisladores a busca para uma correta solução de litígios que eventualmente ocorrem. Dentre tais inovações há a computação em nuvem, modelo que transcende as barreiras físicas impostas pelos Estados e que normalmente exige a aplicação de conjunto de leis de mais de um país. O primeiro problema a surgir é o da territorialidade, ou seja, qual o lugar apropriado para a melhor defesa dos interesses do consumidor. Empresas que têm sede em um país, possuem equipamentos em outro, terceirizam parte de seu trabalho em outro diverso, mas oferecem seus serviços globalmente, sujeitando-se assim às normas dos países nos quais estão os consumidores, fazem levantar uma série de questões quando ocorre um litígio. O problema se agrava quando surgem problemas legais que envolvem a polícia e o judiciário ainda de outro país, como é o caso do Megaupload, que teve seus bens apreendidos, não possibilitando aos usuários o acesso aos seus dados. As normas nacionais possibilitam uma maneira de resolver tal imbróglio, mas nada garante que efetivamente se terá uma solução adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Computação em nuvem; Territorialidade; Efetividade de decisões judiciais.

ABSTRACT: The technology always brings innovations every day, which implies a real challenge for law enforcement officers as well as lawmakers search for a correct solution of disputes that may occur. Among these innovations is the cloud computing model that transcends the physical barriers imposed by the state and normally requires the application of all laws of more than one country. The first problem to arise is that of territoriality, that is, what is the appropriate place for the better protection of consumer interests. Companies that are headquartered in a country, have the equipment to another, outsource part of their work in another diverse, but offer their services globally, thus subjecting themselves to the standards of the countries where consumers are, they raise a number of issues when it occurs a dispute. The problem gets worse when there are legal issues involving the police and the judiciary remains of another country, such as Megaupload, who had their property seized, not allowing

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, Pós Graduado com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC), Direito Constitucional (UNISUL), Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON) e Direito Tributário (UNAMA), Graduado em Direito (ITE-BAURU), Analista Judiciário Federal – TRF3 e Professor de graduação em Direito (EDUVALE AVARÉ).

² Doutorado em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Professor de Direito. Advogado.

users to access their data. National standards allow a way to solve this mess, but nothing guarantees that it will effectively an appropriate solution.

Keywords: Cloud Computing; Territoriality; Effectiveness of judicial decisions.

COMPUTAÇÃO EM NUVEM E OS IMBRÓGLIOS JURÍDICOS

O mundo da informática, dos computadores, permitiu que as pessoas passassem a conviver com os acontecimentos do mundo em tempo real.

As informações, que no passado demoravam a chegar ao destino hoje são passadas sem qualquer barreira geográfica, sem levar em consideração a distância e a hora, o que certamente acabou por modificar o comportamento humano.

Só a título de exemplo, hoje qualquer pessoa pode ter consigo um pequeno telefone celular (não esquecendo os *smartphones*) e receber as notícias que estão acontecendo naquele momento em qualquer lugar do mundo.

Em tempos não muito distantes, as teorias jurídicas que eram desenvolvidas no velho continente só chegavam ao Brasil quando lá já estavam sendo reformuladas ou mesmo superadas, isto porque, há um oceano entre os dois continentes e que era de difícil transposição.

Sem tecer uma linha histórica mais precisa, pode-se dizer que a origem do computador, do latim *computadore*, aquele que faz cálculos, está com o ábaco, primeira máquina de computação que surgiu há mais de 2000 anos a.C., instrumento que ainda é utilizado em alguns países do oriente evoluindo, até a internet a rede de computadores (PEREIRA, 2001, p. 23).

Entretanto, o fato da internet, dos computadores fazerem parte cada vez mais do cotidiano das pessoas, pouco ou quase nada se tem feito no âmbito da legislação para tutela dos direitos em relação ao mundo virtual, pouco se tem dito em como lidar com questões jurídicas que decorrem do uso desenfreado da internet.

O Direito, como se sabe, procura sempre alcançar a evolução da sociedade para colocar um regramento em algo que antes não existia. Assim ocorre atualmente com a Internet, algo relativamente novo para o Direito, disponível aqui no Brasil há cerca de 20 anos, sendo que até hoje não há uma legislação específica para o tema, principalmente devido à dificuldade que isso representa, vez que as inovações acontecem em ritmo acelerado, para não se falar em exponencial, fazendo com que inúmeras propostas de leis fiquem obsoletas antes mesmo de sequer serem devidamente debatidas.

Nesse ínterim, a tecnologia mais uma vez dá um passo enorme em inovação, com a chamada “computação em nuvem”.

Para melhor compreensão do tema, necessário se faz uma brevíssima explicação do que se trata o termo.

Do inglês “cloud computing”, a computação em nuvem é a utilização de recursos, de hardware ou software, ou seja, pode ser de máquinas ou mesmo de programas, por meio da Internet, sem a necessidade de se ter algo fisicamente com o usuário. Para a pessoa que deseja utilizar-se do serviço basta ter um dispositivo que tenha capacidade de se conectar com a Internet.

A grande vantagem é o custo relativamente barato ou mesmo gratuito para o usuário, que não necessita adquirir equipamentos caros e também não tem a necessidade de comprar programas.

Outra característica importante é que a computação em nuvem possibilita que os dados sejam armazenados na Internet, permitindo que quaisquer arquivos do usuário estejam acessíveis em qualquer lugar, a qualquer hora.

O poder computacional também é muito maior, se necessário a rede de computadores interligada na nuvem pode ser usada para maximizar suas funções de modo que o resultado requerido seja obtido em um tempo muito menor do que se fosse realizado local e fisicamente no computador do usuário.

A computação em nuvem e consequentemente toda a sua estrutura não se constitui apenas de computadores e servidores interligados uns aos outros, como se fosse uma grande rede computacional. Certamente tal interligação é uma parte da estrutura, porém há a necessidade da existência de sistemas computacionais que façam o gerenciamento do fluxo e da grande quantidade de dados que são disponibilizados na nuvem. Por exemplo, pode-se falar em sistemas que façam o compartilhamento dos recursos disponibilizados, sendo que o gerenciamento desta função requer ainda o equilíbrio da distribuição dos acessos e de carga do sistema com o devido monitoramento da utilização dos recursos.

A nuvem, portanto, no sentido computacional, pode ser entendida como um sistema no qual os programas a serem utilizados pelos usuários bem como os dados gerados por estes ficam armazenados na Internet, não no computador local, fisicamente onde o usuário se encontra. Portanto, tais programas e dados estão acessíveis em qualquer lugar e momento, necessitando apenas o usuário ter uma conexão com a Internet.

De pronto já se pode vislumbrar um primeiro problema jurídico a ser enfrentado por tal modelo computacional, o relacionado à jurisdição, competência, já que é irrelevante o

local no qual se está realizando o acesso às informações ou programas de computador, haja vista a virtualização dos sistemas. É lançado um desafio às empresas e também ao judiciário para resolver questões eventuais, pois a territorialidade torna-se fator essencial em tais demandas, vez que não há mais barreiras físicas, que possam determinar o provável local onde se deve tramitar um processo judicial.

É certo que ao menos em um primeiro momento os Estados procurarão criar suas próprias legislações sobre o assunto, o que, como é sabido, resulta em leis fragmentadas com o problema sendo enfrentado de maneira desigual por cada nação, sendo que algumas tendem a ser mais rígidas, enquanto outras praticamente procuram não se envolver em casos que são eminentemente de direito privado interpartes.

A nuvem computacional, portanto, existe em um mundo sem barreiras, no entanto, mesmo levando em consideração a globalização, ainda pode ser considerada local em virtude da existência de legislação de cada país e também em consequência da soberania de cada Estado.

Outra questão de importância jurídica está relacionada ao que se pode apontar como a maior preocupação que é sobre como lidar com a segurança dos dados e a possibilidade de que estes fiquem indisponíveis, em ambas as situações há consequências jurídicas, inclusive com indenizações no plano dos danos materiais e morais.

Inúmeros problemas jurídicos podem surgir com este modelo, como por exemplo, com os dados espalhados pela Internet, o que na prática significa que estes podem estar armazenados em vários países. Também é prática comum que as grandes empresas, como Microsoft, Google, entre outras, terceirizem uma ampla gama de serviços, o que implica uma cadeia de empresas, dificultando ainda mais uma investigação ou mesmo a responsabilização daqueles que devem arcar com as consequências de problemas oriundos do sistema, por exemplo, mistura de dados de clientes diversos.

É possível imaginar uma situação na qual empresas concorrentes, porém em lados opostos do mundo, utilizem o mesmo serviço de computação em nuvem. Há que se levar em consideração que ambas podem armazenar informações confidenciais e sensíveis aos seus negócios. O que aconteceria se, por obra do acaso, tais dados acabassem vazando de uma empresa para outra e fossem usados para prejudicar ainda um terceiro? E se a empresa possui várias filiais espalhadas pelo mundo e todas elas fazem o envio regular de dados? Como ficam as questões de privacidade envolvendo múltiplas nações?

É esperado e normalmente está em contrato que as empresas que fazem o armazenamento de dados não podem sob nenhuma hipótese fazer qualquer tipo de verificação

no que foi enviado aos seus servidores, destarte, quais as implicações se o contratante estivesse cometendo ilícitos? Poderia a empresa fornecedora dos serviços responder por tais atos? E as questões de direitos autorais e propriedade intelectual? Os dados armazenados podem estar sujeitos às leis do país onde o dispositivo de armazenamento físico está localizado.

Para provedores da computação em nuvem com recursos localizados em todo o mundo, como é que a jurisdição sobre esses dados é determinada? Em qual país deveria ocorrer um eventual processo? Quais leis deveriam ser levadas em conta para a correta solução do problema? Existiria mais de uma jurisdição possível? E se uma determinada corte assumisse que o problema deveria ser resolvido exclusivamente por ela? Como fica a questão de soberania dos Estados nestas questões? Isso, claro, para ficar em apenas algumas questões que tal caso hipotético levanta.

CASO MEGAUPLOAD

Recentemente ocorreu um caso que envolve a computação em nuvem que sem dúvida começará a responder várias dessas questões. O Megaupload, um serviço de armazenamento online de dados, foi fechado pelas autoridades dos Estados Unidos acusado principalmente de infração de direitos autorais.

Os acusadores dizem que o serviço era usado para compartilhar irregularmente entre usuários milhões de músicas, filmes, livros, entre outros, sem o devido pagamento de direitos autorais e também sem o consentimento de seus proprietários.

Por outro lado, a empresa, apesar de ter a maior parte dos serviços oferecidos gratuitamente, também cobrava para oferecer vantagens aos seus usuários e mantinha um sistema de incentivo de transferência de arquivos que poderia gerar remuneração aos interessados se o arquivo fosse transferido várias vezes, o que foi argumentado pela acusação como obtenção ilegal de lucro.

Como consequência das ações das autoridades o site www.megaupload.com foi fechado e, portanto, o acesso aos seus dados por parte dos usuários foi interrompido.

Para o fundador, Kim Schmitz, que mudou seu nome para Kim Dotcom, houve consequências ainda mais graves, como sua prisão na Nova Zelândia e também o congelamento de seus bens e contas bancárias.

Atualmente Kim Dotcom encontra-se em liberdade condicional. Como complicador adicional, Dotcom é natural da Alemanha, sendo que há um tratado deste país com os EUA

para a extradição de pessoas, sendo que, inclusive, há uma cláusula que permite à Alemanha processar seus cidadãos em território alemão.

A despeito da sede do Megaupload estar em Hong Kong, seu proprietário mora atualmente na Nova Zelândia, os servidores estão espalhados em diversos países, inclusive nos Estados Unidos, país que deu origem às ações judiciais e também por parte do FBI.

Entre as várias linhas de defesa adotadas pelos advogados da empresa, está justamente a da territorialidade, vez que argumentam que o processo deve ser arquivado, pois o Megaupload tem sede em Hong Kong (China) e, mais, não recebeu nenhuma intimação formal a respeito do processo. Também foi alegado que as leis americanas não permitem o indiciamento e intimação de uma empresa que não tenha presença fisicamente dentro dos EUA.

O juiz que está à frente do processo na Nova Zelândia recentemente proferiu uma decisão para que os Estados Unidos forneçam toda a documentação que reuniram sobre o caso ao pedir a extradição de Kim Dotcom, não somente a que já está disponível dentro dos autos do processo e com a polícia local, mas tudo que foi reunido inclusive pelo FBI e outras agências.

Isso se deve ao fato, segundo a decisão do juiz David J. Harvey³, de que os Estados Unidos estão usando conceitos civis de direitos autorais para justificar a persecução penal. Em outras palavras, a justiça da Nova Zelândia quer saber quais as evidências que os americanos realmente têm para fazer acusações penais contra Kim Dotcom.

Sem dúvida essa é uma discussão fundamental dentro do processo, vez que a acusação de crimes contra direitos autorais sustenta também outras acusações subsidiárias, como lavagem de dinheiro, formação de quadrilha e fraude. Recentemente, inclusive, promotores americanos compararam o Megaupload e seu proprietário a ladrões de banco.

Por outro giro, há que se falar também no acesso aos dados por parte dos usuários do serviço. Mesmo considerando que possivelmente uma razoável parcela dos arquivos enviados ao serviço poderia de fato estar violando direitos autorais entre outros ilícitos, há que se levar em consideração que muitas pessoas, senão a grande maioria, usavam o serviço legitimamente, pagando por isso, sendo que não seria difícil encontrar casos nos quais há arquivos sensíveis e sigilosos ou mesmo coisas pessoais, como fotos de família e afins.

Apesar de não fazer parte do escopo do presente artigo, imprescindível lembrar que quem controla os domínios de primeiro nível, no caso, qualquer domínio .com, são os Estados

³ A decisão judicial, de 81 páginas, pode ser lida na íntegra em <http://pt.scribd.com/doc/95215045/Torrent-Freak-Mega-Extra>.

Unidos, o que facilitou o trabalho das autoridades para interromper os serviços prestados pela empresa e consequentemente impossibilitar o acesso aos dados por parte dos usuários.

Usuários do serviço estão espalhados pelo mundo todo, inclusive no Brasil. Como aquele que se sentir prejudicado faria para conseguir recuperar seus dados que estavam hospedados no serviço em questão? A justiça brasileira seria competente para ou não? Ou a competência é do país onde estão os servidores, contra as empresas terceirizadas responsáveis pelo armazenamento? Se este for o caso, como identificar qual ou quais os servidores que estão armazenados os dados que se quer recuperar, de modo que também se possa localizá-los fisicamente, possibilitando a identificação do país para o correto processamento da ação? Ou seria nos Estados Unidos contra as autoridades que fecharam o serviço? Caso o interessado opte por propor a demanda em território nacional e tenha êxito, como dar efetividade à decisão judicial em países estrangeiros que em regra poderão declinar a competência para o devido cumprimento? E se não existir nenhum tipo de tratado entre os países que contemple a solução para tal situação?

O repórter esportivo Kyle Goodwin foi um dos usuários prejudicados com o fechamento do serviço. Como tinha o disco rígido de seu computador danificado, ele utilizava os serviços de armazenamento do Megaupload para guardar seus arquivos pessoais, inclusive armazenamento de vídeos.

Para obter seus dados de volta, Goodwin ingressou um processo⁴ na corte do distrito da Virgínia, contra a Carpathia Hosting, Kim Dotcom e o governo dos Estados Unidos, com a finalidade de que lhe fosse permitido ter seus arquivos devolvidos.

A alegação principal de Goodwin é que não está claro quem detém os dados relativos aos seus arquivos, principalmente após o fechamento do serviço. O argumento para sustentar seu pedido é que não faz sentido que uma terceira parte, inocente, sofra as consequências não tendo acesso à sua propriedade por causa de um caso de direitos autorais.

As próprias leis americanas determinam que os bens a serem afetados são as propriedades constituídas ou derivadas de pessoa que obteve direta ou indiretamente de atividades criminosas, como mafiosos, dessa forma, ficam de fora quaisquer coisas que pertençam a terceiros que eventualmente estejam envolvidos pelas circunstâncias⁵.

A privação de bens é medida drástica que deve ser efetuada com extrema cautela e bom senso, evitando prejudicar aqueles que provavelmente nada têm de ligação com as

⁴ Processo número 1:12-cr-0003-LO

⁵ Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO), 18 U.S.C. § 1963(a)(3); veja também U.S. v. McHahn, 101 F.3d 1027, 1042 (4th Cir. 1996).

possíveis ilicitudes sendo cometidas pelos responsáveis. As autoridades, sejam quais forem, devem tomar cuidados extras quando se trata de assuntos relacionados à Internet vez que é praticamente certa que estarão afetando uma quantidade considerável de pessoas, principalmente quando se trata de serviços de computação em nuvem, como é o caso aqui analisado.

Há no caso em questão ainda mais uma consideração a ser realizada: a privação de propriedade à qual as autoridades americanas colocaram sobre o Megaupload e seu proprietário certamente não alcança os bens de terceiros, pois não há legalidade na extensão da abrangência desse tipo de ordem. De fato, deveria se ter tido a precaução de, mesmo que obedecendo ordens judicial, efetuar a apreensão apenas do que era ilegal e que pertencesse efetivamente àqueles contra os quais a ordem foi emitida, sendo deixado de lado quaisquer bens de terceiros que eventualmente pudessem estar envolvidos.

Goodwin ainda alega em seu processo que a atitude do governo americano na verdade impede que seu negócio, legítimo, possa funcionar corretamente e que está sendo punido sem que tenha feito absolutamente nada que merecesse tal punição.

O governo dos Estados Unidos se defende dizendo que não tem a posse dos servidores efetivamente, pois estes permanecem sob a guarda das empresas terceirizadas que já cuidavam do funcionamento de tais equipamentos, assim não haveria como terem acesso aos dados que estão sendo requeridos.

A priori, o governo americano concorda com o pedido de Goodwin, no entanto, não quer arcar com os custos envolvidos para a recuperação dos dados. Em sua petição Goodwin quer que o governo americano, o Megaupload ou a Carpathia (prestadora de serviço para o Megaupload) assumam os custos pela recuperação dos dados. A sugestão final do governo foi que caso Goodwin considerasse que alguma cláusula contratual do serviço que estivesse violada e que ele processasse o Megaupload ou mesmo a Carpathia. Até o momento não havia sido dada nenhuma decisão no processo a respeito dessa questão, porém, o esperado pela comunidade e especialistas em tecnologia é que o juiz do caso dê razão a Goodwin e permita que recupere seus dados.

O problema não é meramente uma questão de processar alguém ou mesmo ser ressarcido financeiramente sobre bens que não poderão mais ser recuperados.

O ponto é que quando uma pessoa faz uma cópia de segurança de seus dados utilizando o serviço de nuvem computacional imagina que estes estarão devidamente protegidos e que poderão ser acessados a qualquer momento e em qualquer lugar e, espera, que inclusive os governos dos países nos quais tais empresas operam respeitem os contratos

estabelecidos pelas partes e também que honre o direito à propriedade, não infligindo a terceiros a penalização desproporcional por ilícitos que sequer cometeram.

Destarte, como se vê com o caso de Goodwin, a questão não se resolverá mediante compensação financeira, vez que ele quer é os dados que armazenou no serviço.

Não parece razoável querer impingir a terceiros, como faz o governo americano, o dever de indenizar ou mesmo de custear a recuperação dos dados por um ato de inteira e exclusiva responsabilidade sua.

Note-se que efetivamente não há a transferência de propriedade do usuário para o provedor de serviços ou mesmo para o governo americano, que no caso está de posse dos dados. O governo, portanto, não pode ser beneficiário como terceira parte de um contrato, Megaupload e usuário, vez que não fez parte deste, e também por conta de que, a priori, não há ilícito ocorrendo pela empresa em si, pois operava dentro das normas de mercado e das leis.

Os Estados Unidos na verdade alegam a conivência por parte da empresa com os usuários que praticavam ilícitos como forma de justificar as medidas que levaram ao encerramento dos serviços e também a apreensão dos servidores que continham os dados dos usuários. No entanto, é interessante que não houve até o momento uma única ação contra qualquer usuário do serviço, tão pouco também se tem notícia de qualquer tipo de perícia a ser realizada nos servidores ou nos dados de forma que se possa identificar um único usuário que seja que possivelmente estivesse infringindo qualquer lei ou direito autoral.

Percebe-se com tais acontecimentos que o *lobby* das empresas americanas com direitos autorais está muito forte, pressionando o governo a tomar atitudes temerárias que podem colocar em risco o funcionamento de parte da Internet e até mesmo impedir a inovação tecnológica, pois ao responsabilizar empresas que não têm ferramentas adequadas e não podem por força contratual fazer leitura dos dados que estão sendo armazenados em seus servidores, desincentivam que serviços similares venham a existir e com isso privam a sociedade de um avanço que necessariamente é inevitável.

A computação em nuvem é algo que certamente veio para ficar, o que pode ser percebido por meio de alguns serviços que estão sendo lançados e mantidos por empresas gigantescas do setor, como o Skydrive da Microsoft, o Gdrive do Google, o iCloud da Apple, Dropbox, entre outros.

A indústria de entretenimento, principalmente, necessita rever como deve enfrentar os problemas que a Internet lhe impõe. A criação de leis para a proteção de direitos autorais além

das que já existem hoje em países como Brasil, Estados Unidos e alguns da Europa não parece ser a decisão mais acertada, pois as normas existentes atualmente já protegem o necessário.

O controle absoluto do Estado sobre tais questões impondo restrições não só a empresas que estejam explorando tal ramo de atividade, mas também aos seus usuários demonstra, na verdade, que não há um preparo razoável das autoridades para lidar com o problema de infração de direitos autorais.

Ainda que houvesse usuários cometendo ilícitos, armazenando arquivos que violassem direito autoral, não há como se justificar a atitude de generalizar todo o conteúdo armazenado, vez que o mesmo é separado e identificado por cada usuário, não permitindo que os usuários que não infringiram nenhuma lei e são legítimos proprietários de seus dados não possam retomar a posse de sua propriedade.

Na verdade, estima-se que o Megaupload tenha por volta de 150 milhões de usuários no mundo todo, tornando praticamente impossível identificar quem poderia, em tese, estar cometendo algum tipo de ilícito e fazendo trafegar por seus servidores e serviços arquivos com conteúdo irregular. De outra parte, também é difícil mensurar a quantidade de pessoas que utilizavam o serviço regularmente sem cometer nenhum tipo de ilícito e esperava o total cumprimento do contrato por parte da empresa e, com mais probabilidade ainda, esperava que o governo protegesse os seus interesses.

O fato é que atualmente os governos de uma forma geral estão inclinados a defenderem mais os interesses de grandes corporações do que os dos usuários, tentando a todo o momento regular o funcionamento da Internet, sendo que além de tentar aprova leis cada vez mais rígidas, também acionam o judiciário principalmente como forma de intimidação de empresas que buscam a inovação e dos usuários que utilizam os serviços, procurando, por meio do medo, frear o avanço da tecnologia.

A tecnologia de computação em nuvem já é oferecida por meio de inúmeros serviços por diversas empresas espalhadas por todo o mundo. Muitas pessoas já utilizam tais serviços sem nem mesmo se dar conta, como por exemplo, os oferecidos pelo Google, como o Gmail, GDrive, Agenda, entre outros, também a Microsoft com o Hotmail, Skydrive e demais serviços atrelados.

ELEIÇÃO DE FORO E EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

É inegável que a relação entre pessoas de Estados diferentes está cada vez mais comum, inclusive comercialmente, o que aproxima nações e também faz crescer as transações

internacionais, não permitindo assim que seja possível exprimir uma concepção estrita de territorialidade.

O caso citado do Megaupload e de suas várias ramificações poderia acontecer em qualquer lugar do mundo, inclusive no Brasil. Aliás, é muito provável que existam brasileiros que foram afetados pelo encerramento das atividades deste serviço, mas que talvez não saibam muito bem o que fazer para poder reaver os seus dados ou mesmo como defender seus interesses.

Para fins didáticos levante-se a suposição de que, tal qual Goodwin, o brasileiro “João Beltrano” foi afetado pelo encerramento das atividades do Megaupload e deseja recuperar os dados que lá armazenava, levando-se em consideração que todo o material é legal e não há nenhum tipo de infração de direitos autorais.

Ao entrar com a ação há a necessidade de se descobrir qual é a jurisdição aplicável bem como a competência, ou seja, deve ser feita uma verificação se o juiz brasileiro tem poder para julgar a lide e, em caso positivo da resolução da questão da jurisdição, deve-se proceder à análise de qual será a norma aplicada ao caso concreto, nacional ou estrangeira.

Se há conexão internacional é preciso elucidar qual o Estado que tem a devida competência para proceder à análise do caso concreto, antes mesmo de se proceder à análise da competência interna bem como o direito material que deverá se aplicado ao litígio.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu artigo 9º, §2º, diz que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”, o que certamente não ajuda no presente caso, pois o réu não está em território nacional, o que obrigaria a propositura de ação em território internacional.

O Código Civil em seu artigo 435 assim dispõe: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”, o que já possibilita que eventual ação possa ser proposta no judiciário brasileiro, já que a leitura do contrato e sua assinatura ocorreram no computador do usuário, em território nacional.

Há que se socorrer também de outra lei, no caso o Código de Defesa do Consumidor, conforme artigo 2º, já que se tratando de uma relação que evidentemente é de consumo, mesmo que não onerosa, está amoldada nas definições de consumidor deste código, o que determina então que será esta a lei a ser aplicada ao caso concreto.

Ademais, prevê o mesmo código em seu artigo 101, I:

Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:
I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

Como se vê há nítida proteção ao consumidor brasileiro que pode ser usada mesmo nos casos que envolvam a prestação de serviços por empresas internacionais, ainda que o façam de maneira gratuita.

Em regra deve-se buscar proteger aquele que foi lesado. Esse é o entendimento de Patrícia Peck (2010, p. 81):

No caso da parte a ser protegida, um consenso é a busca da proteção ao lesado. Se, por exemplo, um consumidor chileno é lesado por um *site* brasileiro, serão aplicadas as leis de consumidor daquele país. Se esse *site* não quer responsabilizar-se por problemas que gere no Chile, deve deixar claro, de alguma forma, seu limite de atuação: deve informar quais os usuários que terá condições de atender e a que legislação está submetido, já que não necessariamente um *site* chileno tem empresa constituída no Chile, como o fato de um *site* brasileiro ter terminação “.com” não significa que tem empresa constituída nos Estados Unidos. Ter presença virtual representa a responsabilidade de poder ser acessado por indivíduos de qualquer parte do mundo. Portanto, o princípio de proteção na sociedade da informação é justamente a informação.

O que se pode extrair, portanto, é que a empresa que pretende oferecer serviços em território nacional, ainda que não possua sequer filial, deve respeitar as normas e se adequar ao ordenamento jurídico aqui existente, principalmente porque no caso da computação em nuvem há a coleta de dados, o que significa que o usuário está entregando uma parte de sua propriedade à empresa para que permaneça sob sua posse e responsabilidade.

Por óbvio que a empresa também deverá obedecer as legislações aplicáveis nos países que tiver presença física e também onde seus servidores estiverem localizados, o que sem dúvida gera um arcabouço jurídico que muitas vezes pode ser intransponível. Apenas a título de exemplificação, na América do Sul, temos as seguintes leis que tratam do assunto: na Argentina a Lei 25.326/2000 e Decreto 1528/2001, no Uruguai com o Código Penal, Lei 17.838/2004 e Lei 17.930/2005, Diretivas de Governo e controle tributário, Lei 18.331/2008, Proteção de dados e também o Habeas Data.

Pode-se argumentar ainda que o contrato de prestação de serviços prevê a aplicação de determinado foro e conjunto de leis caso seja necessário a resolução de conflitos por meio do judiciário.

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 51, prevê:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

Facilmente perceptível que qualquer cláusula contratual que ofenda um direito líquido e certo do consumidor será anulada quando analisada pelo judiciário. Não pode o fornecedor

de serviços imaginar que apenas por estar com sua sede em um país distante, muitas vezes com normas questionáveis, não responderá por atos de sua responsabilidade.

Destarte, a empresa que oferece serviços no Brasil, mesmo que por meio da Internet, deve garantir a segurança do sistema e não pode se escusar de suas responsabilidades usando como escudo sua localização física em território internacional ou mesmo a legislação alienígena. Deveras, não pode ficar a encargo do consumidor o ônus de buscar em países estrangeiros e conseqüentemente em suas legislações a garantia esperada para os seus direitos, assim, deve a empresa que fornece serviço em território nacional arcar com todas as responsabilidades inerentes ao negócio.

Amilcar de Castro (2000, p. 228-229), traz ressalva sobre a jurisdição nacional sobre contratos internacionais:

É um vocábulo equívoco. Em direito internacional, é sinônimo de competência geral, em oposição à competência especial, ou competência interna, mas significa também o que se tem chamado “soberania territorial”, ou exercício pleno da soberania administrativa, legislativa ou judiciária, atinente a determinado povo, em determinada área territorial. Assim, por exemplo, quando se fala em jurisdição francesa, em oposição à jurisdição brasileira.

Segundo o autor há imprecisão em parte da doutrina sobre o conceito abordado. Dessa forma, cabe o estudo dos efeitos práticos da situação.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 88, prevê:

Art. 88 - É competente a autoridade judiciária brasileira quando:
I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
III - a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil.

A empresa de serviços ao enfrentar uma ação judicial em território nacional poderia alegar que por meio de cláusula contratual que foi eleito foro diverso, em outro país, para a solução do litígio em questão.

Seguindo essa linha de raciocínio poderia alegar também a aplicação da súmula 335 do STF, dizendo que "é válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato".

O artigo em comento prevê as possibilidades de competência concorrente do poder judiciário brasileiro com outros Estados. Destarte, qualquer situação prevista neste artigo pode ter a ação proposta em território nacional ou de outro país, desde que este seja competente para analisar a questão.

No entanto, mera disposição contratual não pode afastar a incidência deste dispositivo legal, mormente quando a execução contratual se dá em território brasileiro, não podendo ser afastado assim o reconhecimento da competência internacional brasileira.

Nesse sentido é o Informativo 364 do Superior Tribunal de Justiça:

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL CONCORRENTE. ELEIÇÃO. FORO. A Turma decidiu que, para fixação de competência internacional concorrente, não obstante as cláusulas de eleição de foro, o Judiciário brasileiro é competente quando a obrigação principal tiver de ser cumprida no Brasil (art. 88, II, do CPC), visto que é vedado às partes dispor sobre a competência concorrente de juiz brasileiro por força das normas fundadas na soberania nacional, não suscetíveis à vontade dos interessados. Precedentes citados: REsp 251.438-RJ, DJ 2/10/2000, e REsp 498.835-SP, DJ 9/5/2005. REsp 804.306-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/8/2008.

No mesmo entendimento, o REsp 804.306-SP:

Processo civil. Competência internacional. Contrato de distribuição no Brasil de produtos fabricados por empresa sediada no Reino Unido. Impropriedade do termo "leis do Reino Unido". Execução de sentença brasileira no exterior. Temas não prequestionados. Súmulas 282 e 356 do STF. Execução contratual essencialmente em território brasileiro. Competência concorrente da Justiça brasileira. Art. 88, inc. II, do CPC. Precedentes. - As alegações não enfrentadas e decididas pelo Tribunal local não podem ser apreciadas pelo STJ, pela ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. - A autoridade judiciária brasileira tem competência para apreciar ação proposta por representante brasileira de empresa estrangeira, com o objetivo de manutenção do contrato de representação e indenização por gastos efetuados com a distribuição dos produtos. - O cumprimento do contrato de representação deu-se, efetivamente, em território brasileiro; a alegação de que a contraprestação (pagamento) sempre foi feita no exterior não afasta a competência da Justiça brasileira. Recurso especial não conhecido. Relatora MINISTRA NANCY ANDRIGHI. 19 de agosto de 2008.

Ainda, pelo REsp 251.438, vê-se que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de não considerar a cláusula de eleição de foro com eficácia plena:

COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE CONVERSÃO DE NAVIO PETROLEIRO EM UNIDADE FLUTUANTE. GARANTIA REPRESENTADA POR "PERFORMANCE BOND" EMITIDO POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS. CARÁTER ACESSÓRIO DESTES ÚLTIMO. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL BRASILEIRO EM FACE DA DENOMINADA COMPETÊNCIA CONCORRENTE (ART. 88, INC. II, DO CPC).- O "Performance bond" emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás. - Caso em que empresas as garanties se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes. - A justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. Incidência na espécie do art. 90 do CPC. Recurso especial não conhecido, prejudicada a medida cautelar. (REsp 251438/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 08/08/2000, DJ 02/10/2000)

Em que pese a disposição da norma e os julgados sobre a questão, quando há competência concorrente é facultado ao autor a escolha entre a tutela jurisdicional nacional ou internacional, porém caso haja opção pela internacional, com o devido consentimento do réu, que pode ser feito por meio de acordo expresso ou mesmo com renúncia tácita à jurisdição pátria, a sentença estrangeira é homologável.

O fato é que não há na norma brasileira, especificamente no Código de Processo Civil, como deve se comportar os magistrados diante da eleição de foro estrangeiro, na verdade, as construções apresentadas tratam-se de pura hermenêutica dos operadores do direito.

Do ponto de vista internacional, principalmente na doutrina americana, a cláusula contratual de eleição de foro é considerada como parte do preço do contrato, que inclusive cobriria eventuais custos para a proposição de ações, considera-se então um desrespeito ao contrato se determinado país pretender julgar o litígio em detrimento do que as partes estabeleceram como foro privilegiado. Continuando essa linha de raciocínio, a determinar que tal cláusula é nula, estaria a justiça na verdade desequilibrando o acerto contratual efetuado entre os contratantes. Assim, a doutrina americana é explícita em afirmar que a cláusula de eleição de foro determina qual é o juízo competente⁶.

Por outro giro, é perceptível que o poder judiciário brasileiro é competente para julgar litígios que envolvam partes estrangeiras, sendo que estas não tem o poder de desconsiderar a jurisdição nacional por deliberalidade e, mesmo que a cláusula de eleição de foro não seja declarada nula, os magistrados não estão obrigados a seguir o que está determinado em contrato, possuindo aptidão para julgar qualquer litígio que o judiciário nacional tenha competência exclusiva ou concorrente.

Não há o que se discutir então sobre a possibilidade de ações que envolvam partes estrangeiras perante o judiciário brasileiro, se assim o autor quiser. Esse é o caso da computação em nuvem aqui em comento. Se o usuário assim o desejar, mesmo que o contrato preveja expressamente que o foro competente é de outro país, poderá defender seus interesses em território nacional.

O problema a ser enfrentado será o da eficácia de qualquer medida judicial, principalmente em relação aos serviços executados mediante computação em nuvem, que não necessariamente estarão disponíveis no país sede da empresa que foi contratada, como foi o caso, por exemplo, do Megaupload.

Destarte, caso um usuário brasileiro queira recuperar seus dados que estavam armazenados no serviço prestado por essa empresa, poderá mover ação respectiva no judiciário nacional, porém, é pouco provável que se tenha a eficácia esperada, principalmente em razão do tempo que demoraria em tramitar todos os trâmites judiciais e burocráticos dos países envolvidos.

⁶ “A forum selection clause is a provision in a contract that fixes in advance the jurisdiction in which any disputes will be arbitrated or litigated. It provides certainty because the parties know where and how a dispute will be resolved in the event of a breach”, SCHAFFER, Richard; AGUSTI, Filiberto; EARLE, Beverly. **International Business Law and Its Environment**. Cengage Learning: Estados Unidos da América, 2008, p.102

Como se pode notar pelos processos citados que estão ocorrendo nos Estados Unidos e na Nova Zelândia, já há uma discussão intensa sobre a legalidade dos atos de apreensão, a quem cabe a guarda dos dados nos computadores apreendidos e quem deve arcar com os custos caso seja possível a recuperação de qualquer informação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demandas que envolvem pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, sem dúvida são complicadores a mais para o judiciário resolver as questões suscitadas de forma incidental que sem dúvida surgirão.

A computação em nuvem é uma tecnologia que já faz parte do cotidiano dos usuários da Internet e que tende a crescer em utilização, já que as empresas estão investindo fortemente nesse modelo de negócios e pretendem reduzir custos operacionais e também dos serviços oferecidos aos usuários.

O problema fica justamente na entrega que os usuários fazem de seus dados a estas empresas, pois enfrentam arcabouços jurisdicionais, envolvendo questões legais que normalmente não se resumem a dois países, mas sim vários, em virtude da distribuição efetuada do acervo físico de tais corporações.

A dificuldade pode ser sentida justamente com o caso do Megaupload, já que a empresa tem sede em Hong Kong, seu proprietário é alemão, residente na Nova Zelândia, tendo seu acervo de computadores fisicamente espalhados pelo mundo, inclusive nos Estados Unidos, país que deflagrou a perseguição policial e judicial contra a empresa.

Como se já não bastasse todo esse nó jurídico, o usuário, que com alta probabilidade estará em país diverso aos citados, fica praticamente sem opção de como fazer valer seus direitos e recuperar sua propriedade.

No caso de usuários brasileiros, estes podem optar por mover ações judiciais em território nacional, porém, nada garante que uma ordem emanada de juiz brasileiro terá qualquer eficácia, pois com o *lobby* das grandes corporações e estúdios de entretenimento americanos contra empresas que prestam serviços pela Internet, é nítido que muitos empecilhos são colocados para que qualquer dado seja retornado ao seu proprietário.

Não bastasse tais percalços, ainda existe a demora que tal processo demandaria, não só com o aspecto judicial, mas também burocrático e diplomático, envolvendo o governo de vários países.

De fato, se o desejo do usuário não for o de ser ressarcido por eventuais prejuízos, mas sim ter seus dados de volta, que podem, por exemplo, ser fotos ou vídeos pessoais, que por uma eventualidade qualquer só estavam disponíveis no serviço de computação em nuvem, é pouco provável, como no caso aqui apresentado que se tenha êxito, ao menos em um curto espaço de tempo.

Feito o sopesamento dos interesses em questão, provavelmente a medida mais eficaz para o retorno dos dados talvez seja uma ação não contra a empresa que presta o serviço em nuvem, mas sim contra o terceiro envolvido, que na prática é quem faz o armazenamento físico dos arquivos. No caso específico do Megaupload talvez a saída jurídica mais eficaz seja realmente a adotada por Goodwin, que processou não só a empresa e os terceiros envolvidos como o governo americano que realizou a apreensão dos servidores que continham os dados.

O que fica demonstrado é que, à parte da legislação nacional e julgados de litígios já enfrentados pelos nossos tribunais, é visível que a computação em nuvem traz novos desafios ao mundo jurídico. O Brasil ainda não dispõe de legislação específica para assuntos relacionados ao mundo virtual, mais especificamente a Internet, o que faz imaginar que algo relacionado à computação em nuvem demorará ainda mais para ser legislado.

O ideal é que houvesse um tratado internacional que ditasse as regras de como devem se comportar as empresas em relação à guarda, manutenção e privacidade dos dados dos usuários que são armazenados pela computação em nuvem. Dessa forma haveria uma regra geral que tanto empresas quanto usuários poderiam seguir e ter a segurança necessária para evitar dissabores com o retorno de dados aos seus legítimos proprietários, independentes das circunstâncias envolvidas.

O fato é que hoje, se um usuário brasileiro precisar defender seus interesses contra empresas que prestam serviço de computação em nuvem, a chance de êxito na prática é muito pequena, e certamente os custos envolvidos serão enormes, pois sem dúvida haverá ramificações que exigirão medidas judiciais internacionais.

REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar 2006.

CASTRO, Amílcar. **Lições de Direito Processual Civil e Direito Internacional Privado**. São Paulo: Editora do Brasil, 2000, p. 228-229.

DE LUCCA, Newton. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DORNELES, Renato Moreira. **Tutela administrativa dos consumidores no Brasil como paradigma aos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.

JAEGER, Guilherme. **Lei Aplicável aos Contratos Internacionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

JATAHY, Vera Maria Barreira. **Do conflito de jurisdições: a competência internacional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Ricardo Alcântara. Breve introdução ao mundo digital. **Direito eletrônico**. Coord. Renato Opice Blum. São Paulo: Edipro. 2001.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHAFFER, Richard; AGUSTI, Filiberto; EARLE, Beverly. **International Business Law and Its Enviroment**. Cengage Learning: Estados Unidos da América, 2008.

TIBÚRCIO, Carmen. A eleição de foro estrangeiro e o judiciário brasileiro In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, n.º 12, 2008, out./dez.