

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ACESSO À JUSTIÇA II

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

CAMILA SILVA NICÁCIO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A174

Acesso à justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann, José Querino Tavares Neto, Camila Silva Nicácio – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-076-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ACESSO À JUSTIÇA II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (Artigo 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica).

O acesso à justiça foi inserido no texto constitucional de 1946, através do art. 141, 4º, o, nestes termos: "A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário, qualquer lesão de direito individual. Trata-se do princípio da ubiquidade da justiça ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, também denominado direito de ação, ou princípio do livre acesso ao judiciário. Previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, de 1988 nos seguintes termos: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. , cuida-se de um direito fundamental.

Os juristas em geral e processualistas de modo particular são concordes que o acesso à justiça pode ser arrostado como condição fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que almeje garantir, e não somente proclamar, os direitos das pessoas humanas. No entanto, contraditoriamente, historicamente não se tem percebido por parte, seja do ensino jurídico, das práticas judiciais, da práxis profissional, da pesquisa e teorias jurídicas, e mesmo na prestação de serviços legais uma efetiva preocupação com a temática "acesso à justiça" em sua necessária amplitude. Muitas vezes o "acesso à justiça" é confundido com o acesso ao Judiciário.

Ora, se essa afirmação sobre o acesso à justiça, na tipologia tradicional, é confundida com acesso aos tribunais, o que deve ser entendido, como acesso à justiça? A resposta para tal questão passa necessariamente por uma reflexão a respeito do entendimento que se tem consagrado a respeito do que objetivamente significa o acesso à Justiça e de como nossos tribunais vêm encarando esse direito que está incorporado ao rol dos direitos fundamentais do cidadão.

Cuida-se aqui de uma questão de garantia de direito, não simplesmente na tipologia tradicional de peticionar. Se assim fosse, a norma constitucional seria inócua. Bastaria tão somente peticionar e a garantia, preconizada no artigo 5º, XXXV, estaria atingida; teria, a norma, obtido seu propósito.

Não parece ser esse o melhor entendimento. Interpretando o direito em sua inteireza, o que se pretende refletir à luz dos trabalhos apresentados no GT de ACESSO À JUSTIÇA II, nesse XXIV CONGRESSO NACIONAL do CONPEDI é que a garantia constitucional somente se realizará se, além de não haver exclusão legal da apreciação judicial, isto é, se além da garantia objetiva ao Judiciário não ser excluído da apreciação de lesão a direito ou de ameaça a direito, vincular e garantir a real reparação do direito lesionado, ou impedir, preventivamente, que a ameaça a direito se concretize - isto é, haja eficácia não somente formal, mas também social da decisão judicial.

É nesse campo de questões que hoje é próprio da área de acesso ao direito no Brasil - como ramos do saber em fase de consolidação - que os textos que compõem a presente obra devem ser analisados.

Utilizando diversas metodologias - algumas mais críticas, outras não - os artigos que compõem o presente livro podem fomentar, ainda mais, o debate sobre a urgente e necessária reflexão sobre o direito fundamental ao acesso à justiça.

Discutindo os mecanismos de acesso à justiça pelos cidadãos, nos estados democráticos, Lademir José Cremonini e Patrícia de Lima Felix abrem essa obra com o título: A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA E DO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O acesso à justiça como um direito fundamental e humano, seus instrumentos processuais e humanos de realização são abordados por Edinildon Donisete Machado e Sílvia Leiko Nomizo no artigo A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA, por Simone Pereira de Oliveira e Mônica Bonetti Couto em O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL: O REDIMENSIONAMENTO DO FATOR TEMPO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS, por Ursula Spisso Monteiro em O ACESSO À JUSTIÇA E O PROGRAMAM NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, por Leandro Finelli Horta Vianna e Pedro Donizete Biazotto em O DIREITO DO IDOSO DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PRIORIDADE NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL E A

DURAÇÃO RAZOÁVEL E EFETIVA COMO GARANTIA DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS E HUMANOS, por Carlos Augusto Alcântara Machado e Gustavo Dantas Carvalho em O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS e por Simone Pereira de Oliveira e Mônica Bonetti Couto em O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA, A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A CELERIDADE PROCESSUAL: O REDIMENSIONAMENTO DO FATOR TEMPO NA TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS.

A questão das formas adequadas de acesso à justiça para a solução dos conflitos foi objeto de análise de Deilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins, no artigo intitulado POTENCIALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS, como também de Leonardo Sette Abrantes Fioravante, em A ARBITRAGEM COMO MEIO ADEQUADO E EFETIVO DE ACESSO À JUSTIÇA, bem como foi abordado por Janaina Franco de Andrade em A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DOS NOVOS CONFLITOS: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO DIGITAL E A RELAÇÃO DE CONSUMO; assim também Gabriela Gomes Costa e Melissa Ourives Veiga, no artigo intitulado UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Nesse mesmo tom, mas no campo dos conflitos laborais, Marcelino Meleu e Alessandro Langlois Massaro apresentaram o trabalho intitulado AS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA TRABALHISTAS COMO LOCUS PRIVILEGIADO PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO E EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Os aspectos processuais pertinentes à questão do acesso à justiça, inclusive a partir de uma leitura do novo Diploma Processual Civil, foram alvo das reflexões de Natan Franciella de Oliveira e Luciano Souto Dias em A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DE UM PROCESSO JUSTO: ANÁLISE DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL FACE À NECESSIDADE DE UM RÁPIDO PRONUNCIAMENTO DECISÓRIO, por Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior e Thais Estevão Saconato em A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: SEGURANÇA JURÍDICA E ACESSO À JUSTIÇA, por Alex Maia Esmeraldo de Oliveira e Fátia Moreira Guimarães Pessoa em ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E SUAS IMPLICAÇÕES COM O PROCESSO COLETIVO: SEU REDIMENSIONAMENTO COMO FORMA DE RESGATAR A EFETIVIDADE, por Marcos Vinicius Lipiensi em O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PROCESSO COLETIVO e por Ana Paula Duarte Ferreira em PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE

ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA À LUS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Questões referentes à legitimação da defensoria pública quanto à tutela do meio ambiente foram abordadas por Nayara de Lima Moreita e Stéfano Guimarães no artigo intitulado TUTELA DO MEIO AMBIENTE E DEFENSORIA PÚBLICA: LEGITIMIDADE PARA ATUAÇÃO COLETIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL.

A especificidade dos problemas envolvendo o acesso à justiça em decorrência de legislação estadual foi o tema do artigo OS IMPACTOS DA LEI ESTADUAL 15.838 DE 2015, NA EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO CEARÁ, ATRAVÉS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO, da autoria de José Diego de Oliveira e Silva e Mariana Luz Zonari.

O direito comparado também se faz presente nessa obra, com um cotejo entre a legislação brasileira e a italiana, em matéria tributária, no que diz respeito à organização judiciária, através do trabalho de Frederico Menezes Beyner intitulado ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: COMPARAÇÃO ENTRE ITÁLIA E BRASIL.

Esperamos que essa obra contribua para superação da reducionista concepção de acesso à justiça à realidade formal judicante, e, sobretudo, como reflexo extensivo do espaço acadêmico inquieto e dialético, típico de eventos da natureza do CONPEDI, cumpra-se o papel de dizer não apenas o que é de direito, por que isso já se faz por demais, mas, o que é o direito.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto UFG/PUC-PR

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann UNESA/RJ

Profa. Dra. Camila Silva Nicácio UFMG/MG

A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DOS NOVOS CONFLITOS: UM ESTUDO SOBRE O DIREITO DIGITAL E A RELAÇÃO DE CONSUMO

ARBITRATION USING THE SOLUTION OF NEW CONFLICTS: A STUDY ON THE RIGHT AND THE DIGITAL CONSUMER RELATIONSHIP

Janaina Franco de Andrade

Resumo

A arbitragem possibilita aos litigantes agilidade na solução de um conflito. No entanto, esse instituto somente pode ser utilizado quando se tratar de direitos disponíveis, visto que são aqueles direitos que podem ser negociados, que o homem pode abrir mão sem afligir a sua dignidade. Neste trabalho, fala-se nas expectativas que se espera da arbitragem para este século. Cita-se, de forma objetiva, que a presente pesquisa busca analisar a possibilidade da utilização do instituto da arbitragem nos conflitos envolvendo o ambiente digital - Direito Digital - e a Relação de Consumo. Como metodologia, utilizou-se do método dedutivo para guiar o pesquisador a um denominador comum, e, posteriormente, avançar no estado da técnica. Como breves resultados, salienta-se a grande aplicabilidade da arbitragem nos conflitos envolvendo o Direito Digital, pois este é cheio de especificidades e bastante atual, e o Poder Judiciário não conseguiu se adequar às novas necessidades sociais, dentre elas, a existência da internet. Muitos crimes são cometidos no ambiente virtual e o Judiciário não tem como investigá-los, pois não dispõe dos mecanismos necessários, portanto, como exigir um julgamento equânime se o Magistrado não detém a expertise necessária para o caso? Nesse aspecto, isso difere da arbitragem, pois os árbitros são escolhidos conforme a necessidade do caso. O outro ponto, é a solução dos conflitos na relação de consumo, pois são casos nos quais, o consumidor - o hipossuficiente da relação -, pode dispor do seu direito sem diminuir a sua própria existência e resolver a controvérsia de maneira mais célere e equânime.

Palavras-chave: Arbitragem, Direito digital, Relação de consumo

Abstract/Resumen/Résumé

Arbitration enables litigants agility in solving a conflict. However, this institute can only be used in the case of rights available, as are those rights that can be traded, that man can give without grieving his dignity. In this work, there is talk in expectations expected of arbitration for this century. It read, objectively, that the present study seeks to analyze the possibility of using the Arbitration Institute in conflicts involving the digital environment - Digital law - and the consumption ratio. The methodology was used deductive method to guide the search engine to a common denominator, and subsequently moving in the art. As brief results highlight the great applicability of arbitration in disputes involving the Digital Law, as this is full of specific and very current, and the judiciary failed to adapt to new social needs, among

them the existence of the internet. Many crimes are committed in the virtual environment and the judiciary has no way to investigate them, because they do not have the mechanisms necessary therefore to demand a fair trial if the magistrate does not hold the necessary expertise to the case? In this respect, it differs from arbitration because the referees are chosen according to the needs of the case. The other point is the solution of conflicts in relation to consumption, as are cases in which the consumer - the hipossuficiente the relationship - can dispose of their rights without diminishing its own existence and resolve the dispute faster and equitable way.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Digital rights, Consumption ratio

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um instituto relativamente novo e é uma maneira de resolução de conflitos bastante ágil, ganhando vantagem frente à morosidade do Poder Judiciário. As perspectivas para este novo milênio são enormes, e para este século, é bem visível o quão esse instituto estará em voga para suprir a lacuna deixada pelo Poder Judiciário. Portanto, a presente pesquisa objetiva estudar a possibilidade da utilização do instituto da arbitragem nos conflitos envolvendo o ambiente digital – Direito Digital - e a Relação de Consumo.

Neste trabalho, primeiramente, é feita uma conceituação do conflito entre os pares e, logo em seguida, apresenta as maneiras alternativas para a solução dos conflitos, sendo estas: a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Em um segundo momento, conceitua-se o instituto da arbitragem e os requisitos para a sua aplicação que, apresentando-os para fins de contextualização do leitor ao texto, são os seguintes: a capacidade de ser parte na arbitragem, qual matéria pode ser tratada pela arbitragem e a pessoa do árbitro. Em seguida, adentra-se na discussão a respeito de qual lei será aplicada ao litígio, apresentando a autonomia da vontade, a equidade, a LINDB, o uso e os bons costumes, a ordem pública e a *Lex Mercatoria* como formas de resolução do conflito.

Posteriormente, discute-se as perspectivas da arbitragem para este novo milênio, constatando que o instituto da arbitragem tem grandes expectativas de crescimento, tendo em vista a globalização das tecnologias. Por causa da facilidade de acesso aos meios digitais, é criado uma projeção do ambiente real/físico no ambiente virtual, e, com isso, os conflitos da vida real são levados para o meio digital, necessitando-se de um meio para solucionar esses conflitos, e a arbitragem tem se mostrado como uma excelente maneira de resolvê-los.

Outra possibilidade de aplicação da arbitragem em ascensão é a relação consumerista, pois os consumidores têm percebido que é mais rentável e rápido o uso da arbitragem para a solução dos seus pequenos conflitos, além de acentuar a possibilidade da arbitragem na solução dos conflitos no comércio eletrônico.

Em último plano, apresenta-se a metodologia utilizada, pois dessa forma, o leitor poderá compreender o caminho traçado pelo pesquisador. E para a presente pesquisa, fez-se uso do método dedutivo, pois a criação de axiomas direciona ao estado da técnica, possibilitando uma análise do conteúdo de maneira mais crítica, tendo em vista a utilização do conhecimento já compartilhado, para que se possa avançar tal estágio.

1. O CONFLITO

A sociedade busca a Justiça Estatal para solucionar os problemas advindos das relações sociais. No entanto, o Poder Judiciário está cheio de processos a serem julgados, e, portanto, não consegue apreciar as minúcias de cada caso apresentado, o que seria o mínimo a ser feito, pois o processo corresponde ao ato do cidadão entregar e confiar os seus problemas ao Estado, esperando uma solução. Para suprir-se essa lacuna, esse tem possibilitado outros meios para a solução de litígios, além do processo judicial.

“Alguns conflitos encontram solução perante os juízes; outros se resolvem pelo triunfo da força ou perspicácia do mais poderoso; e ainda há os que são resolvidos em consenso, por obra das próprias partes, algumas vezes auxiliados por terceiros” (CALMON, 2008, p. 29).

Os meios utilizados para a solução dos conflitos são possibilidades encontradas pela “Justiça Estatal, sendo, portanto, objeto do direito processual, mas as técnicas utilizadas nos diversos mecanismos são elaboradas por ciências diversas, voltadas para o conhecimento das emoções, da persuasão e do relacionamento humano e empresarial, dentre outras” (CALMON, 2008, p. 83). Como meios alternativos de solução de conflito, o Estado possibilitou a criação da negociação, da mediação, da conciliação e da arbitragem.

2.1 DIFERENÇA ENTRE NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A negociação é uma forma de solução de conflito utilizada pelos privados e os entes públicos, no qual buscam alcançar os seus objetivos sem utilizar terceiros como mediadores, e sem fazer uso da força. Utilizam essa técnica sempre que têm interesse em algo que pertence ao outro, utilizando-se do diálogo como técnica (CALMON, 2008, p. 113).

A negociação está intrinsicamente relacionada ao ser humano, em razão deste ter “por hábito apresentar-se diante da outra pessoa envolvida sempre que possui interesse a ela ligado. Ao apresentar-se para demonstrar seu interesse (pretensão), é sempre possível que seja atendido, não se caracterizando a resistência, não havendo o que falar em conflito” (CALMON, 2008, p. 113).

Havendo relutância, é comum que se dê início, de imediato, ao diálogo, caracterizando, desde então, a existência de um conflito e objetivando a resolução do mesmo. É uma prática que faz parte do convívio social. Esse ato pode ser formal ou informal, pessoal ou impessoal (CALMON, 2008, p. 113).

Quanto à mediação, esta trata da intervenção de um terceiro para a solução de um conflito, necessitando ser imparcial e neutra. O mediador não deve impor uma solução para o conflito, esse, deve deixar as partes encontrá-la. “A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado” (CALMON, 2008, p. 119).

Para que haja mediação as partes devem negociar. Portanto, ou a mediação interfere em uma negociação sem perspectiva de resultado positivo, ou interfere em uma disputa sem diálogo com vistas a proporcionar o início de uma negociação profícua. A mediação é essencialmente a negociação em que se insere um terceiro, que conhece os procedimentos eficazes de negociação e pode ajudar os envolvidos a coordenar suas atividades e ser mais eficaz em seu desiderato. Sem negociação não pode haver mediação (CALMON, 2008, p. 120).

A conciliação exige do terceiro que intervém no conflito uma posição mais ativa, induzindo os litigantes a uma solução. Caso estes não a alcancem, aquele tem a obrigação de apresentá-la. Pode ser conciliador o Magistrado, ou qualquer pessoa orientada ou velada pelo Poder Judiciário. A conciliação é instrumento do Poder Público para a solução de conflitos, e tem, por objetivo, somente a “solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes” (CALMON, 2008, p. 144).

Para Petrônio Calmon, a maior diferença entre a conciliação e a mediação não é por quem lhes dirige,

mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos de acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo (2008, p. 144).

Apresenta-se, também, a diferença entre mediação e arbitragem, e tal distinção é feita a seguir:

“À simples interferência para auxiliar, facilitar e/ou incentivar a auto composição, denomina-se mediação. Ultrapassando esses limites, o terceiro imparcial deixa de ser um mediador, passando a agir como árbitro” (CALMON, 2008, p. 120).

Para efeito explicativo, continua a explicitação quanto à distinção entre os institutos alternativos de solução de conflitos. A arbitragem é feita por meio da participação de um

terceiro imparcial, no entanto, ativo, no sentido de decidir o desfecho do conflito. A mediação e a conciliação não são impositivas pelo terceiro e buscam por meio da negociação chegar a um ponto de equilíbrio entre a vontade das partes. (CARMONA, 2009, p. 34).

A arbitragem é um meio alternado permitido pelo Estado para a solução dos conflitos, “caracterizados por dois aspectos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem vai decidi-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para proferir tal decisão” (CÂMARA, 2009, p. 8).

2. A ARBITRAGEM

“A arbitragem é um meio de heterocomposição de conflitos, ou seja, um meio de composição do litígio em que este é solucionado por um terceiro, estranho ao conflito, isto é, a solução do conflito é obra de alguém que não é titular de nenhum dos interesses conflitantes” (CÂMARA, 2009, p. 7).

A arbitragem fundamenta-se na existência de um conflito, e este é levado ao conhecimento de um árbitro, uma pessoa imparcial que tem por função encontrar um ponto de equilíbrio entre a vontade dos litigantes. A decisão arbitral tem força de sentença judicial, e só pode dizer respeito à questões de direitos disponíveis, ou seja, patrimoniais. As partes conflituosas da arbitragem podem ser qualquer pessoa, desde que dotado de capacidade civil de fato (CARMONA, 2009, p. 31).

A arbitragem é um meio de solucionar “litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário” (ROCHA, 2008, p. 23).

Apresenta-se a seguir os elementos basilares da arbitragem:

- a) A arbitragem é forma de exercício da função jurisdicional do Estado por árbitros privados. Em outras palavras, a arbitragem é um sistema privado de resolução de litígios com o mesmo valor do Judiciário, que é o sistema estatal de resolução de conflitos.
- b) A escolha do árbitro ou árbitros é feita pelas partes, sendo esse o seu traço mais saliente, pois serve para distingui-la do sistema judiciário, em que o juiz é imposto às partes pelo Estado;
- c) O tipo de conflito que pode ser decidido pela arbitragem, isto é, os conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis; e

- d) Os efeitos jurídicos produzidos pelas decisões dos árbitros, iguais aos das sentenças dos órgãos do Poder Judiciário, o que significa dizer que os efeitos da sentença arbitral são protegidos pela coisa julgada, que os torna definitivos (ROCHA, 2002, p. 114).

A arbitragem é um meio encontrado entre os particulares para substituir a presença jurisdicional do Estado na solução de litígios entre privados. A arbitragem apenas assemelha-se à Jurisdição Estatal, seguindo o devido processo legal, o princípio da imparcialidade do juiz que, nesse caso, será a imparcialidade do árbitro (CARMONA, 2009, p. 32).

A arbitragem é uma maneira privada de solução de conflitos. É o meio pelo qual o terceiro é escolhido pelas partes e interfere na relação. Diferente do mediador, o árbitro tem total liberdade de impor sua decisão. Na verdade, se as partes voluntariamente não chegarem à pacificação do conflito, o árbitro tem por direito impor sua decisão e as partes terão que aceitá-la, pois a decisão do árbitro tem força vinculante entre as partes envolvidas na arbitragem (CARMONA, 2009, p. 32).

“A arbitragem é mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, de tal sorte que a intervenção do Poder Judiciário ou não existirá, ou então será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros” (CARMONA, 2009, p. 33).

Caracteriza-se como terceiros a “condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução de provimentos antecipatórios ou execução de sentença arbitral” (CARMONA, 2009, p. 33).

O instituto da arbitragem vem ganhando bastante notoriedade e, em razão disso, criou-se algumas possibilidades no seio da arbitragem como forma de solucionar os conflitos, apresentando “variações que devem ser levadas em consideração no momento de escolher o mecanismo que mais convenha aos litigantes para a solução de conflitos” (CARMONA, 2009, p. 34).

Assim, especificamente quanto à arbitragem, três variações vêm sendo empregadas com sucesso: a primeira, denominada **med/arb**, leva os litigantes a estabelecer as premissas para uma mediação que, não produzindo resultados, autoriza o mediador a agir como árbitro e proferir uma decisão vinculante; a segunda, conhecida como **high-lowarbitration**, procura reduzir os riscos de um laudo inaceitável, estabelecendo as partes, previamente, limites mínimo e máximo para a autoridade do árbitro; a terceira variação leva as partes a optarem por uma **arbitragem não vinculante**, ou seja, a decisão é aceitável para os litigantes, eles a cumprirão; em caso contrário, poderão utilizar o laudo em suas negociações futuras (CARMONA, 2009, p. 34).

Por fim, diante do exposto, assevera-se que a arbitragem é um novo mecanismo utilizado para a solução de controvérsias entre as partes, ademais, esse instituto está sobre a égide do Poder Estatal. E para se entender um pouco mais sobre o instituto da arbitragem, será explanado de forma sucinta sobre a capacidade para ser árbitro.

2.1.1 CAPACIDADE DE SER PARTE NA ARBITRAGEM

Segundo o art. 1º da lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996, as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis.

Pode ser parte legítima na resolução de conflitos por meio da arbitragem, pessoas capazes e relativamente capazes estão expostos no art. 3º do Código Civil. Os relativamente capazes poderão participar da convenção de arbitragem, desde que assistidos por seus tutores. São considerados relativamente capazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

Podem fazer uso da arbitragem para solução dos seus conflitos, tanto as pessoas físicas capazes ou relativamente capazes como as pessoas jurídicas (CÂMARA, 2009, p.13).

A instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos). Isto significa que o inventariante do espólio e o síndico do condomínio não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral; havendo, porém, autorização (judicial, no caso do inventariante e do síndico da falência, ou da assembleia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio), poderá ser celebrada a convenção arbitral. Sem a autorização, será nula a cláusula ou o compromisso arbitral (CARMONA, 2009, p. 37).

Também podem ser parte legítima na arbitragem os entes despersonalizados – os espólios, condomínios em edifícios, massas falidas e outros – desde que devidamente autorizados por aqueles que detêm esse direito. Ou seja, desde que detenham autorização, até mesmo os entes despersonalizados podem figurar como um dos polos na arbitragem (CARMONA, 2009, p. 38).

2.1.2 MATÉRIA QUE PODE SER LEVADA A ARBITRAGEM

Na convenção de arbitragem, é necessário estar envolvido no litígio um direito patrimonial disponível. Direito disponível é aquele que pode ser usado sem ressalvas pelos seus portadores, sem haver alguma restrição legal quanto à utilização desse direito. Caso exista alguma restrição, corre o risco da sentença da arbitragem ser considerada nula ou anulável (CARMONA, 2009, p. 38).

“Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto” (CARMONA, 2009, p. 38).

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao Direito de Família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes (CARMONA, 2009, p. 38).

Conforme foi exposto, pode-se asseverar que os direitos disponíveis são aqueles atinentes à mera liberalidade do agente, que não dependem de normas ou da participação do Estado para a sua ocorrência. Têm-se, por exemplo de direito disponível, as negociações realizadas entre as empresas e as próprias pessoas físicas (CARMONA, 2009, p. 38)

São considerados direitos indisponíveis os atinentes ao Direito de Família, o Direito Penal e as obrigações morais (obrigações naturais), pois estes obstam a autonomia do agente, necessitando de legalização para a sua vigência e eficácia (CARMONA, 2009, p. 38).

2.1.3 A PESSOA DO ÁRBITRO

O árbitro é uma pessoa indiferente ao conflito, a quem é confiado a posição de intermediário. O árbitro exerce função semelhante a do juiz, pois ocupa o lugar de observador dos fatos e, por meio dessa análise, toma a sua decisão, tendo como base o devido processo legal. Cabe ao árbitro a responsabilidade de decisão pautada na justiça. Tal tomada de decisão somente é feita por haver autorização do Estado para essa atividade de pacificação social alternativa (CÂMARA, 2009, p. 41).

Pode-se definir o árbitro como “toda pessoa natural que, sem estar investida da judicatura pública, é eleita por duas ou mais pessoas para solucionar conflito entre elas

surgido, prolatando decisão de mérito” (FIUZA apud CÂMARA, 2009, p. 41). “A nomeação e fixação do número de árbitros é atribuição das partes com as modalidades constantes da lei” (ROCHA, 2008, p. 54).

O artigo 13 da Lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996, dispõe que pode ser parte qualquer pessoa capaz e que tenha confiança das partes. José de Albuquerque Rocha alude que existem dois requisitos objetivos para ser árbitro: o primeiro é ser pessoa física e o segundo é ser capaz, destarte. Há de ser expresso que o agente deve gozar de capacidade de exercício (ROCHA, 2008, p. 51).

A primeira condição para ser árbitro, é ser pessoa física, sem fazer distinção de nacionalidade. “Pela própria natureza das coisas, só as pessoas físicas, dotadas de entendimento e vontade, podem proferir julgamentos, pelo menos, até o momento” (ROCHA, 2008, p. 51).

A capacidade é a segunda condição para ser árbitro. A capacidade exigida é a de exercício e não a de direito, pois necessita que sejam praticados atos, e, para terem validade, é necessário que não tenham sido praticados por algum incapaz absoluto ou relativamente incapaz sem a assistência do seu tutor (ROCHA, 2008, p. 51-52).

A lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996, não faz exigência quanto à formação do árbitro em Bacharelado em Direito. A exigência é que seja pessoa física e tenha capacidade de direito. Então, nada obsta que um engenheiro seja árbitro, o que, de fato, muitas vezes acontece, quando se trata de técnica que esses não detenham (ROCHA, 2008, p. 51-52).

Já para Alexandre Câmara (2009, p. 44), um analfabeto não pode ser árbitro, tendo em vista o mesmo obstáculo que foi colocado aos estrangeiros: a necessidade do domínio da Língua Portuguesa, pois esse não teria como redigir a sentença, que deve ter forma escrita. Mesmo que o analfabeto tenha conhecimento técnico – suponha-se que de agricultura –, nesse caso, ele poderia ser árbitro devido as suas qualificações técnicas, mas esbarraria no empecilho da falta de conhecimento da língua. Quanto a essa temática, a Lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996, não menciona nada.

“Vale dizer, o árbitro deve ser capaz no momento em que aceita a proposta das partes, pois só com a aceitação o contrato entre as partes e ele se considera formado” (ROCHA, 2008, p. 52).

Não podem ser árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes (artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil), aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil (ROCHA, 2008, p. 52-53).

“Cabe ao árbitro, nos termos do art. 13, parágrafo 6º, da Lei de Arbitragem, atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” (CÂMARA, 2009, p.44). Destarte, na arbitragem brasileira, a grande maioria dos árbitros são ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal ou professores das matérias em discussão na arbitragem, em grandes universidades. Dessa forma, acredita-se que esses são conhecedores das normas aplicáveis à arbitragem e, por isso, conhecem as causas suspensivas ou impeditivas aplicadas ao árbitro (<http://www.conjur.com.br/2013-fev-11/sucesso-arbitragem-meio-solucao-conflitos-brasil>).

2.1.4 A LEI QUE RESOLVERÁ O LITÍGIO

A arbitragem no Brasil é regulamentada pela Lei n. 307, de 23 de Setembro de 1996. No entanto, na existência de um litígio, o caso concreto será resolvido com base na convenção da vontade das partes e da imposição do árbitro, caso as partes não cheguem voluntariamente à resolução do conflito (CARMONA, 2009, p. 64).

O art. 2º da Lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996, aduz que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. No § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública; no § 2º Poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Dessa feita, entendendo-se que não existe uma vinculação da arbitragem com uma legislação específica, tendo em vista que a arbitragem depende da aquiescência das partes, mesmo antes de iniciado o procedimento arbitral, pois faz-se necessário que as partes concordem com quais normas serão aplicadas no julgamento da causa, ou até mesmo se terão por base o uso dos costumes e da cultura.

2.1.5 AUTONOMIA DA VONTADE

A liberdade de escolher a legislação a ser aplicada é uma das características fundamentais da Arbitragem, pois os contratantes têm a possibilidade de negociarem e decidirem qual a legislação que melhor atende aos anseios de ambas as partes. Essa liberdade refere-se ao direito material e à forma procedimental que serão aplicados na resolução do conflito (CARMONA, 2009, p. 64). De sorte que o dispositivo legal comentado – art. 2º da Lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996 –, ao referir-se no parágrafo primeiro às “regras de direito, está-se reportando às regras de forma e de fundo, nos limites que serão mais adiante esclarecidos” (CARMONA, 2009, p. 64).

Mesmo sendo contrário à Lei de Introdução às Normas Brasileiras, o legisferante, por meio da nova Lei de Arbitragem, possibilitou a autonomia da vontade. Deixou a escolha da lei ao alvedrio das partes, desde que não contrariada a ordem pública ou as leis imperativas, ou seja, as partes podem optar por não aplicar as normas da LINDB, mesmo que o conflito ocorra em solo brasileiro e as partes sejam brasileiras, optando pela aplicação da lei de outro país, desde que se trate de direitos disponíveis (CARMONA, 2009, p. 64)

Resta claro que as partes podem escolher a via arbitral não apenas para evitar a solução judicial dos conflitos, mas especialmente para poderem selecionar a lei material aplicável na eventualidade de litígio, o que é especialmente importante no campo do comércio internacional. Alguns sistemas jurídicos [...] são bastante refratários à possibilidade de as partes elegerem a lei material que deverá reger a obrigação, de modo que cláusulas contratuais neste sentido (eleição de lei) podem ser afastadas pelo Poder Judiciário em homenagem à posturas exacerbadamente nacionalistas ou por conta de entendimento expandido (e mal compreendido!) do conceito de ordem pública interna (conceito que a doutrina ainda não conseguiu definir de modo firme). Avulta assim a importância da concessão feita pela Lei de Arbitragem, que aumenta consideravelmente o campo de incidência da vontade das partes e permite maior segurança nas contratações, já que a escolha prévia da lei aplicável não submeterá os litigantes aos azares dos mais diversos mecanismos decorrentes de sistemas de conflitos de leis (CARMONA, 2009, p. 65).

Percebe-se que, mesmo que a autonomia da vontade seja um princípio da arbitragem, essa pode ser sobreposta pela lei nacional, tendo em vista que ela não pode tratar dos direitos em geral, apenas dos disponíveis, desde que não afronte direitos indisponíveis. Exemplo de matéria que a arbitragem não pode tratar é sobre a venda de imóveis em solo brasileiro, pois a lei que deve ser aplicada quanto a isso, é a do Brasil (CARMONA, 2009, p. 65).

2.1.6 EQUIDADE

“Sendo a norma abstrata, criada para reger fatos-tipos, pode acontecer que em dado caso concreto ocorra circunstância que o legislador não havia previsto, tornando a incidência da norma injusta e inadequada” (CARMONA, 2009, p. 65).

É nesses casos que a lei deve ser aplicada com equidade, ou seja, deve-se entender que o legislador não quis agir com injustiça contra nenhum dos seus cidadãos. Com isso, faz-se uma leitura extensiva sobre a lei, interpretando-a com base nos princípios constitucionais e seguindo a interpretação de Aristóteles sobre igualdade, isto é, igualando os iguais e desigualando os desiguais (CARMONA, 2009, p. 65).

Assim sendo, quando houver autorização para analisar os fatos, tendo por base a equidade, deve o julgador “com largueza eleger as situações em que a norma não merece mais aplicação, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma envelheceu e não acompanhou a realidade, ou porque a aplicação da norma causará injusto desequilíbrio entre as partes” (CARMONA, 2009, p. 65).

2.1.7 A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO BRASILEIRO

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) –, discrimina a lei nacional para a solução de conflito no meio internacional. No entanto, essa é a norma geral, mas sabe-se que é possível a aplicação da autonomia da vontade, por meio da arbitragem, confrontando, de certa maneira, as leis nacionais. Desde que não atinja a ordem pública e os bons costumes, o ato é permitido (CARMONA, 2009, p. 67).

Enquanto o juiz togado estará atado pelos preceitos do Decreto-lei 4.657/42, o árbitro poderá ter outros parâmetros para julgar. E é conveniente que assim seja, pois não são poucos os contratos celebrados entre brasileiros no exterior (ou entre brasileiro e estrangeiro, no exterior) para execução no Brasil, de modo que a aplicação da Lei de Introdução apontaria a incidência de lei estrangeira para reger o contrato, o que talvez (*rectus*, muito **provavelmente!**) contrarie a vontade dos contratantes. De outra parte, o dispositivo constante da Lei de Arbitragem servirá para tranquilizar os estrangeiros que vierem a contratar no Brasil: poderão, eles também, evitar a aplicação da lei brasileira, apontando desde logo a lei material que será empregada para qualificar e reger as obrigações que assumirem (e que talvez nem digam respeito a prestações que devam ser aqui executadas) (CARMONA, 2009, p. 67-68).

É oportuno ressaltar-se que “tudo isso, é claro, está limitado pelos princípios da ordem pública e dos bons costumes, de sorte a evitar que a escolha da lei a ser aplicada pelo árbitro

possa dar ensejo a fraudes e falcatruas, como temem os mais conservadores” (CARMONA, 2009, p. 67-68).

2.1.8 O USO E OS BONS COSTUMES

“O primeiro freio que a Lei de Arbitragem estabelece para a liberdade outorgada às partes quanto à escolha das regras que querem ver aplicadas pelo julgador repousa nos bons costumes” (CARMONA, 2009, p. 68). No que se refere à Lei de Arbitragem, esta “conformou-se neste dispositivo com a orientação geral preconizada pelo artigo 17 da LICC, que nega eficácia, no Brasil, a qualquer declaração de vontade que ofender os bons costumes” (CARMONA, 2009, p. 68).

Entende-se, por bons costumes, aqueles tidos como morais pela sociedade, que pregue o respeito, a decência. É um conjunto de regras, seguido por pessoas honestas que agem com boa-fé. “Neste sentido, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes se envolver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pela sociedade” (TARANTA, 2008, p. 7).

O árbitro pode utilizar dos costumes nacionais ou do comércio internacional para fundamentar a sua decisão, mesmo que esta conflite com as normas internas, pois o artigo 4º da LINDB possibilita ao juiz fazer uso dos costumes quando não houver lei, e o mesmo se estende de forma analógica ao árbitro (CARMONA, 2009, p. 73).

2.1.9 ORDEM PÚBLICA

“Trata-se assim de um conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidios e nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinada sociedade em determinada época” (CARMONA, 2009, p. 69).

“Percebe-se, desde logo, que o conceito de ordem pública é sempre localizado e temporal: refere-se a um determinado país (ou uma determinada comunidade) e a certa época (eis que as situações que se quer ver preservadas mudam com o passar do tempo)” (CARMONA, 2009, p. 69).

Sendo considerada inadmissível a escolha das partes relativamente às regras de direito a serem aplicadas pelo árbitro, por violação à ordem pública, considerará este ineficaz a escolha, procedendo ao julgamento com a aplicação das normas que entender adequadas, sem que a ineficácia da escolha da lei afete a validade do pacto arbitral. Se tocar ao juiz resolver a questão, este limita-se a recusar eficácia à escolha das partes (negando-se a aplicar ou efetivar as consequências decorrentes da aplicação da lei estrangeira). Por fim, se a sentença arbitral for proferida com violação à ordem pública, será caso de anulá-la nos termos e na forma da Lei de Arbitragem (CARMONA, 2009, p. 71).

Mesmo com a possibilidade da escolha das partes com base no princípio da autonomia das vontades, percebe-se que a sentença arbitral que fira a ordem pública será considerada nula ou anulável, pois essa desrespeita as regras e princípios da sociedade em que foi julgada, e no cenário internacional, preza-se muito pelo respeito ao outro Estado (CARMONA, 2009, p. 71).

2.1.10 LEX MERCATORIA

A *Lex Mercatoria* é a lei do mercado, de aplicação no comércio internacional, e o árbitro também pode fazer uso dessas regras para a fundamentação de suas decisões. Na verdade, essa é uma das principais regras utilizadas pela arbitragem, por se tratar das normas de negociação entre países (CARMONA, 2009, p. 3).

Correta a visão de J. E. Carreira Alvim ao prever que o surgimento de mercados comuns fará dessas regras (usos e costumes) o principal instrumento de resolução arbitral dos litígios internacionais, concluindo que “como as normas de direito interno nem sempre unem os interesses do comércio internacional, encontrarão os interessados, nas regras internacionais de comércio, uma forma de prevenir-se quanto a eventuais conflitos (ALVIM apud CARMONA, 2009, p. 3).

Por fim, nas palavras de Thaís Cárnio (2009, p. 150-151), reitera-se que a *Lex Mercatoria* é a utilização “de regras oriundas de práticas comerciais ou emanadas por organismos internacionais, entidades relacionadas à atividade comercial, ao invés de normas decorrentes de sistemas legais específicos”, pois essa é criada e utilizada pelos componentes do Sistema Internacional, e esses são os próprios interessados na solução dos conflitos a nível internacional por meio da arbitragem.

3. A ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO DIGITAL E NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Acredita-se estar havendo uma mudança cultural bastante perceptível neste século e isso tem impulsionado o Estado a uma mudança quanto aos meios utilizados para solucionar

os conflitos, pois a sociedade exige que o Direito e as formas de satisfazê-lo acompanhem as mudanças sociais e, por isso, esse novo cenário é propício para a arbitragem.

Dessa maneira, está havendo uma adequação dos métodos pacificadores aos conflitos, substituindo o processo jurisdicional pela conciliação, a mediação e a arbitragem. Essa mudança já tem sido percebida, tendo em vista que a arbitragem vem sendo explorada nas resoluções dos conflitos entre empresas no cenário digital e até mesmo na Relação de Consumo. (CÂMARA, 2009, p. 151-154).

4. ARBITRAGEM NO DIREITO ELETRÔNICO/DIGITAL

“Por muitos motivos, a cultura brasileira de judicialização das contendas começa a dar sinais de fragilidade, abrindo caminho para a expansão da utilização das formas extrajudiciais de solução de conflitos” (BLUM, 2013, p. 126).

O momento em que a sociedade se encontra é propício para a mudança do Judiciário, pois muitas lides estão surgindo no meio digital ou eletrônico e o poder estatal precisa se adequar a essa nova realidade, tendo em vista que “a sociedade – incentivada pelo uso crescente das novas tecnologias, acesso facilitado às informações e pela globalização – exige respostas mais rápidas para os dissabores do dia a dia” (BLUM, 2013, p. 126).

Esse palco, fundado no desenvolvimento tecnológico, é exatamente a oportunidade para o uso da arbitragem, pois sabe-se que “boa parte das questões envolvendo Direito Eletrônico é protagonizada por pessoas usuárias de tecnologia, as características positivas do instituto se tornam mais destacadas, seja pela celeridade dos procedimentos ou pela especialização dos profissionais envolvidos” (BLUM, 2013, p. 126-127).

A maneira mais adequada de solução de conflitos para os meios digitais é a arbitragem, pois “as vantagens do juízo arbitral vêm ao encontro das necessidades geradas pelas novas formas de relacionamento na sociedade digital, principalmente no tocante à celeridade dos processos e ao conhecimento específico envolvido em cada caso” (PINHEIRO, 2012, p. 451).

Nesta seara, inúmeras são as situações, sempre envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, propícias à resolução via arbitragem: contratos eletrônicos, aquisições, negociações, gerenciamento de dados, conflitos de marcas, domínios, problemas oriundos do comércio eletrônico, entre vários outros. Todas essas questões

certamente merecerão definições sem delongas para que os modelos de negócio se perpetuem (BLUM, 2013, p. 126-127).

Em primazia, a “própria lógica do juízo arbitral é de dar a menor sanção possível e a máxima recomposição dos prejuízos, de modo que a sentença arbitral não costuma trazer surpresa às partes com indenizações desproporcionais” (PINHEIRO, 2012, p. 451).

Pode ser acrescentada, também, a celeridade do procedimento arbitral que não se estende a mais de seis meses, salvo se as partes combinaram outro prazo. Essa possibilidade é explicitada no art. 23 da Lei n. 9.307/96; no cenário digital/eletrônico, a morosidade no julgamento da lide pode sair mais oneroso que o próprio valor da causa (PINHEIRO, 2012, p. 451).

“Destarte, como a tecnologia encurta distâncias e acelera processos, a arbitragem pode ser a estratégia de resiliência mais eficaz quando os velhos defeitos da humanidade resolvem aparecer no ambiente eletrônico” (BLUM, 2013, p. 128).

Ademais, também há aspecto importante dos casos envolvendo tecnologia propícia de análise via arbitragem: o alto viés técnico e objetivo. Se nos conflitos tradicionais há elevado nível de subjetividade e emoções tangenciando os fatos, nas questões atinentes à tecnologia, em regra, as resoluções tomam por base quesitos e esclarecimentos mais técnicos, diretos e sem rodeios. As definições dependem, portanto, muito mais da qualidade técnica das provas do que das opiniões pessoais do julgador (BLUM, 2013, p. 128).

Entretanto, essa inquietude é suprimida no campo da arbitragem, pois os árbitros são escolhidos conforme o seu conhecimento técnico, afastando a possibilidade de escolher um técnico que não detenha conhecimento próprio para a análise do caso concreto. E, caso os árbitros se sintam incapacitados para a apreciação da causa, este pode não aceitar o convite, bem diferente do juiz, que não pode afastar-se do julgamento da lide sem justa razão (BLUM, 2013, p. 128).

É bom lembrar “que a escolha do árbitro pode ser fundamental para o resultado justo da arbitragem, pois viabiliza a seleção de pessoas com notório conhecimento na área, que muitas vezes requer saber técnico alheio aos que se podem, razoavelmente, esperar de um juiz togado” (PINHEIRO, 2012, p. 451-452).

“Há, desse modo, conforto para o julgador e a fixação de limites mais claros da controvérsia a ser resolvida. Resultado esperado: diminuição das subjetividades, com riscos reduzidos de surpresas no decorrer do procedimento” (BLUM, 2013, p. 128).

A previsibilidade dos procedimentos é uma das nuances mais destacáveis dos modos alternativos de solução de conflitos, principalmente quando a agilidade na resolução do problema é fator que implica a continuidade de uma operação. Isso é bem comum, por exemplo, nos casos envolvendo disputas de domínios na internet ou sobre a titularidade de um software (BLUM, 2013, p. 129).

Faz-se uso de um arquétipo, com bastante importância no cenário tecnológico, “principalmente quando relacionado à propriedade intelectual e a contratos internacionais, é o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), organismo da Organização das Nações Unidas (ONU) com sede na Suíça” (BLUM, 2013, p. 129).

Além de se propor a ser um fórum permanente de debates e harmonização de interesses para os países-membros, a organização possui comitês nas áreas de marcas e patentes, direitos autorais, tecnologias de informação, entre algumas outras. O intercâmbio de experiências de diversos países na solução extrajudicial de conflitos é seu grande ponto forte e a especialização permite o aprofundamento maior dos temas discutidos (BLUM, 2013, p. 129).

Além disso, outro ponto que não se pode perder de vista ao se referir aos métodos alternativos de solução de conflitos na seara da tecnologia, é a questão dos sigilos das informações e do segredo de todos os procedimentos realizados na arbitragem (BLUM, 2013, p. 130).

“Como se pode imaginar, muitos casos envolvendo Direito Eletrônico, versam sobre temas sensíveis, como a vulnerabilidade de sistemas, fórmulas de propriedade industrial e outros assuntos cuja publicidade é absolutamente prejudicial às empresas” (BLUM, 2013, p. 130).

Aliás, a publicidade de tais problemas, para empresas de renome do ramo tecnológico é prejuízo financeiro na certa. Por isso, sugere-se que empresas interessadas na confidencialidade das disputas verifiquem o regulamento da entidade de arbitragem escolhida para, por precaução, confirmar a aplicação automática do sigilo a todos os casos. Na ausência de definição sobre o assunto, é importante solicitar a consignação expressa de sua aplicação ao caso concreto, evitando dissabores (BLUM, 2013, p. 130).

A área que mais precisa da aplicação da arbitragem no Direito Digital/Eletrônico é, provavelmente, a dos contratos digitais ou *e-commerce*, ou seja, as transações comerciais são as que mais precisam de pessoas qualificadas para solucionar os conflitos por meio da arbitragem sem precisar recorrer ao Poder Público (PINHEIRO, 2012, p. 452).

A arbitragem permite não somente a definição da lei que será aplicada na solução do conflito, “uma vez que a arbitragem pode ser também internacional, mas também a legislação aplicável ao caso, à inclusão de uma cláusula arbitral nos contratos eletrônicos seria a melhor maneira de resolver eventuais litígios” (PINHEIRO, 2012, p. 452).

Diante do exposto, percebe-se que o Direito Eletrônico ou Digital, está em voga, e a crescente busca por tecnologia acaba aumentando a demanda judicial. Entretanto, nota-se que a arbitragem, por ter seu corpo de árbitros formado por pessoas de notável conhecimento técnico sobre a área, provavelmente terá uma decisão mais acertada, pois caso esses não se

sintam capazes de julgar o caso, podem negar o convite para participar do corpo de julgadores (BLUM, 2013, p. 131).

Acredita-se que a arbitragem “ainda irá evoluir muito e ser cada vez mais utilizada. É o processo contínuo de aprendizado que constrói uma sociedade sólida e um Direito eficaz” (PINHEIRO, 2012, p. 452).

5. ARBITRAGEM NA RELAÇÃO DE CONSUMO

A arbitragem e a Relação de Consumo não são áreas excludentes. A arbitragem tem grandes perspectivas para a solução de controvérsias consumeristas, tendo em vista que o próprio Código de Defesa do Consumidor alude, no artigo 6º, que o Poder Judiciário não é o único meio de solução de conflitos, ensejando assim, que se busque meios alternativos para a resolução de controvérsias nas relações de consumo (CARMONA, 2009).

Carlos Carmona aduz que

parece evidente a compatibilidade do sistema criado pelo Código de Defesa do Consumidor com a arbitragem: a efetiva prevenção ou reparação de danos (materiais e morais), garantida pelo art. 6º, VI, da Lei 8.078/90, não depende necessariamente do acesso ao Poder Judiciário, podendo ser alcançado tal direito básico do consumidor por outras vias, entre elas a arbitral (CARMONA, 2009, p. 52).

No entanto, surge a dúvida se a Relação de Consumo realmente pode ser objeto da arbitragem, pois o Código de Defesa do Consumidor, no art. 51, VII, estabelece que a determinação compulsória da arbitragem seja uma cláusula abusiva. “O dispositivo legal tem nítido caráter protetivo em relação ao consumidor, presumivelmente, a parte economicamente mais fraca na relação jurídica, evitando-se, com isso, que o fornecedor de bens e serviços possa impor solução arbitral nos contratos em geral” (CARMONA, 2009, p. 53).

O fato de a Lei 8.078/90 estabelecer princípios de incidência obrigatória não significa o afastamento da arbitragem como meio de solução de controvérsia entre fornecedor e consumidor: nada impedirá, por exemplo, que um contrato de prestação de serviços seja objeto de decisão arbitral no que toca a seu cumprimento, validade, aplicação de multa, interpretação da extensão das obrigações assumidas pelos contratantes, entre tantos outros temas pertinentes ao campo das obrigações (CARMONA, 2009, p. 52).

“Por outro lado, integra os princípios atinentes à Política Nacional das Relações de Consumo delineada no art. 4º do Estatuto Consumerista o incentivo à criação de 'mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo'” (CARMONA, 2009, p. 52-53). A arbitragem, na Relação de Consumo, terá grande visibilidade quando os consumidores perceberem que, por meio dela, seus conflitos serão solucionados de maneira mais célere e os

árbitros estarão melhor preparados para julgar cada caso, por terem um conhecimento técnico de cada área, diferente do magistrado.

Como se percebe, a arbitragem é um meio resolutivo de conflito bastante utilizado no meio comercial. Destarte, o campo da arbitragem tende a crescer, pois as pessoas têm tomado conhecimento da existência e da praticidade que a arbitragem apresenta, criando grandes perspectivas para este novo século. E o governo tem apoiado cada vez mais a arbitragem, pois é uma forma de desafogar o Poder Judiciário (BLUM, 2013, p. 130).

Conforme aludido no tópico anterior, quanto à presença da arbitragem na solução dos conflitos atinentes ao cenário digital, é válido mencionar a existência do *e-commerce* e a possibilidade de conflitos oriundos da Relação de Consumo realizados na internet. Cita-se, a título de exemplo, as compras coletivas *online*, provocando a análise crítica sobre o surgimento de um conflito nessa esfera. Sabe-se que a lei a ser aplicada será a do Domicílio do Consumidor, mas, quanto ao momento do dano e a efetivação da compra pela internet, seria o Poder Judiciário competente para julgar esses casos, analisando com base nas especificidades que lhe são particulares.

À GUIA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a arbitragem, nesse novo milênio, e mais precisamente nesse século, será um meio de resolução de conflitos bastante utilizado, pois os cidadãos têm percebido as vantagens que essa tem em relação ao poder judiciário. As vantagens são estas: a agilidade na resolução do conflito, a menor onerosidade em relação aos gastos processuais e a *expertise* do árbitro sobre o assunto ensejador da demanda.

Verificou-se que a qualificação técnica do árbitro para o caso concreto é bem diferente do juiz, pois ao árbitro, caso não se sinta competente, é cabível não aceitar o convite para atuar nessa convenção de arbitragem. Ao juiz, entretanto, que por vezes não tem um conhecimento sólido para julgar o caso e mesmo assim, é vetado afastar-se da causa sem justa fundamentação, tendo que solucioná-la.

A arbitragem é o procedimento mais adequado para a solução dos conflitos no meio virtual/eletrônico, justamente pela qualificação técnica do árbitro, o que diminui o tempo do procedimento e possibilita a diminuição do conflito entre as partes, pois será resolvido de

forma pacífica, sem desgastar ainda mais a relação entre os litigantes, o que seria bem diferente caso o Judiciário fosse acionado para a resolução desse tipo de conflito.

Por último, no que se refere ao uso da arbitragem na Relação de Consumo, assevera-se que a proibição dá-se à imposição dessa forma de julgamento ao consumidor e não à utilização dela, além de ser mais célere e objetivar a pacificação e a solução do conflito entre o consumidor e o fornecedor/fabricante, ficando evidente o ganho para ambas as partes.

REFERÊNCIAS

Arbitragem. Disponível em: <<http://www.taesp.com.br/arbitragem.htm>>. Acesso em: 10 maio 2014, horário: 01:22.

BLUM, Renato Opice. Arbitragem no Direito Eletrônico. Revista do Advogado. AASP, São Paulo, n.119, p. 126-131, abr. 2013.

CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos Internacionais**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem Lei nº 9.307/96. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

O crescimento e o sucesso da arbitragem no Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-11/sucesso-arbitragem-meio-solucao-conflitos-brasil>>. Acesso em: 20 Jul, horário 00:06.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Teoria Geral do Processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TARANTA, Ângela. Conceito de ordem pública e bons costumes e seus reflexos nos contratos. Verbo Jurídico, jun. 2008. Disponível em:
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/civil_ordempublicabonscostumes.pdf. Acesso em: 11 maio 2014, horário: 19:01.