

O Direito e os conflitos da Tecnologia da Informação

MARCELO BECHARA DE SOUZA HOBAIKA

A consolidação dos aspectos jurídicos e sua interação interdisciplinar com a Ciência da Informação são motivos de estudo e discussão que vem se aprofundando em nível e se elevando em quantidade nos últimos anos.

Com o avanço da Internet e demais expressões tecnológicas, o Direito tem sido constantemente chamado a responder e solucionar os novos conflitos, haja vista que a informática atingiu importantes setores da vida pública e privada, sendo diversos os exemplos de situações em que a Tecnologia da Informação está presente nas relações sociais e jurídicas.

Seja na busca pela informação ou como meio de comunicação, seja na prestação de serviços, no exercício da democracia, no consumo, na educação, na arte, na publicidade, na economia ou mesmo na informatização do aparelho judiciário, a verdade é que hoje a Internet é um grande negócio.

Neste contexto, o processo eletrônico é uma importante realidade que se materializa e tende a auxiliar e muito o funcionamento do Poder Judiciário, em todas as suas instâncias. Não apenas pela consulta aos andamentos e o acesso ao teor das decisões, mas principalmente a informatização dos atos processuais pode otimizar o já desgastado e arcaico sistema de papel. Entretanto, apesar de ser uma tendência bem-vinda para a desburocratização, o processo

eletrônico não é uma garantia efetiva de solução contra a morosidade e o acúmulo de litígios que sobrecarregam a Justiça.

A relevância desta abordagem surge, então, da necessidade do emprego de meios legais e eficazes para a solução dos conflitos que envolvam aspectos informáticos, levando-se em consideração suas peculiaridades técnicas e a rapidez (com eficiência) no deslinde das demandas.

Diante disso, serão abordados alguns métodos não adversariais para a solução dos conflitos, com total ênfase na arbitragem, instituto previsto na Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996¹, bem como a realização desse e outros métodos através da Internet, em procedimentos praticados *online*, sistema conhecido como ODR (*Online Dispute Resolution*) ou *e-resolution*.

2. O conflito e suas características, breve aspectos da competência jurisdicional no Direito de Informática e os principais métodos não adversariais de solução de controvérsias.

Compulsando-se o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa², o primeiro significado que encontramos para a palavra *conflito* é “*profunda falta de entendimento entre duas ou mais partes*”. O desentendimento, por óbvio, é o núcleo do conflito. Todavia, este não pode ser entendido como algo necessariamente negativo e pode conduzir os envolvidos a um aprendizado, a uma situação construtiva.

Para tanto, a capacidade de negociar ou de solucioná-los produtivamente deve superar as barreiras psicológicas que inibem o acordo e inviabilizam a negociação. Para JOSÉ MARIA

¹ A Lei de Arbitragem entrou em vigor sessenta dias após a data de sua publicação, ou seja, em 23 de novembro de 1996, tendo decorrido do Projeto de Lei do Senado n.º 78/1992 e n.º 4.018/93 da Câmara dos Deputados.

² HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ROSSINI GARCEZ “os mecanismos tradicionais como a força, o poder e a autoridade perderam, assim, espaço no mundo contemporâneo, cedendo lugar aos métodos negociais, em que cada vez mais se tem consciência da necessidade de se obter o consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e resolução de controvérsias³”.

A competência jurisdicional e a legislação aplicável no Direito de Informática levantam questões e suscitam dúvidas em relação à eficácia das normas legais para a solução dos dissídios vinculados à Tecnologia da Informação.

Neste implexo, partes que interagem, mas são domiciliadas em lugares ou mesmo países distintos; a urgência na solução das contendas em contraposição à morosidade da Justiça; as barreiras culturais dos assuntos de natureza tecnológica no Poder Judiciário e a lentidão do processo legislativo são alguns embaraços experimentados pelo Direito de Informática na sua materialização jurídica.

Em relação aos contratos, por exemplo, a Lei de Introdução ao Código Civil⁴ preceitua que a legislação aplicável é aquela do país em que as obrigações se constituírem, conforme disposição do art. 9º, § 2º, *in verbis*:

“Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem.

(...)

³ GARCEZ, José Maria Rossini. (Coord.) A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997; 2ª ed., 1999.

⁴ Decreto-lei n° 4.657, de 04 de setembro de 1942.

§ 2º - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

Apesar do art. 9º da LICC que determina a *lex loci contractus*, há uma crescente valorização da autonomia da vontade das partes para efeitos de escolha da lei de regência. Além do mais, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 335 pacificou a liberdade de escolha de foro, seja em contratos domésticos ou internacionais. Cumpre salientar, que a mesma LICC, através de seu art. 17, estabeleceu a eficácia das decisões estrangeiras no Brasil, senão vejamos:

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

Haja vista suas peculiaridades, as soluções dos conflitos no Direito de Informática podem concretizar-se de forma eficaz, se forem adotados, sempre que possível, procedimentos alternativos e privados para a construção de uma negociação que atenda aos anseios das partes e reflita uma resolução justa da questão jurídico-tecnológica.

Os principais métodos não adversariais para a solução de controvérsias ou ADR (*Alternative Dispute Resolution*) são a mediação, a conciliação e a arbitragem. Em relação às duas primeiras modalidades, cumpre fazer uma breve exposição, citando apenas suas características básicas, enquanto a última será analisada com minúcia, haja vista sua maior complexidade, além de estar prevista em legislação própria e atender com mais precisão às necessidades da Ciência da Informação.

A conciliação é uma forma de solução em que as próprias partes, com a ajuda de terceiro(s) buscam negociar uma maneira de por fim à controvérsia. O conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes, mas tenta induzi-las a um acordo.

A norma processual civil brasileira tem previsão legal para a conciliação no curso do processo judicial⁵, tendo a Lei n.º 9.099/95 sido fundamental para a consolidação deste método de autocomposição. A Justiça do Trabalho igualmente persegue as conciliações⁶ entre empregadores e trabalhadores a fim de por fim às reclamações. Há ainda a possibilidade, com previsão em lei, de conciliações prévias em comissões de composição paritária, com representantes das duas classes, nos termos da Lei n.º 9.958, de 12 de janeiro de 2000.

Na mediação, por sua vez, a figura do terceiro é mais destacada, na medida em que esse colaborador tem por objetivo encorajar as partes e expor as vantagens de uma solução negociada, sem, contudo, emitir qualquer juízo de valor. O mediador, além de neutro e imparcial, tem formação específica e conhecimentos práticos de mediação⁷.

No Direito Comparado, se observadas as legislações de alguns países, a mediação é prevista como uma forma necessária de tentativa de solução da controvérsia antes do ajuizamento da demanda. É a mediação incidental. No Brasil, existem anteprojetos de lei sobre o método, sendo que um deles prevê a mediação incidental no curso do processo civil, de modo que futuramente o instituto poderá se tornar consagrado processualmente em nosso ordenamento.

⁵ O art. 125 do CPC prevê a tentativa de conciliação das partes pelo juiz, a qualquer tempo. O art.331, por sua vez, determina que o juiz designará audiência de conciliação, quando a causa versar sobre direitos disponíveis. Já o art. 275 trata da figura do conciliador como auxiliador do juiz nos procedimentos sumários com causas de menor valor. Por fim, o art. 447 determina a tentativa de conciliação antes da instrução.

⁶ O art. 114 da CLT expressa que a função básica da Justiça do Trabalho é conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos.

⁷ A própria Lei de Arbitragem preceitua a possibilidade de conciliação, nos termos do art. 7º, § 2º.

Cumpra salientar, todavia, que existem outras formas e técnicas de solução de controvérsias, todas com o objetivo de conduzir as partes a uma composição extrajudicial, sendo a mais completa delas a arbitragem, em que o(s) terceiro(s) chamado(s) para a apreciação da causa emite(m) um julgamento fundado em conhecimentos específicos, conforme será demonstrado a seguir.

3. Arbitragem. Conceito, aspectos legais e vantagens.

Historicamente, a arbitragem está presente em nosso ordenamento jurídico desde o século XIX, com a Constituição Imperial de 1824 e o Código Comercial de 1850. Posteriormente, foi introduzida no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1973. Entretanto, foi com a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 que a arbitragem ganhou força.

A arbitragem é uma instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a terceiros (árbitros), o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis patrimoniais disponíveis, conforme previsão legal do art. 1º da Lei 9.307/96, senão vejamos:

“Art. 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Primeiramente, é preciso salientar que nem todas as questões são passíveis de serem submetidas à arbitragem. A arbitralidade passa apenas pelos direitos patrimoniais (que tenham valor econômico) e disponíveis, ou seja, aqueles em que as partes podem livremente ceder, alienar, onerar, transacionar e renunciar.

Conseqüentemente, são indisponíveis aqueles que façam parte de litígios que dependam exclusivamente de sentença judicial, como nos processos que haja interesse público, os de natureza criminal, falimentar, fiscal ou que tratem da capacidade ou estado das pessoas, por exemplo.

O uso da arbitragem decorre da vontade expressa pelas partes na convenção arbitral, que é gênero, da qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º). A primeira é introduzida na esfera contratual para submeter qualquer dissídio futuro ao método arbitral (art. 4º). Pode ser cheia ou vazia, dependendo do grau de completude das determinações procedimentais preliminares previstas em contrato. Já o compromisso arbitral (art. 9º) é um termo que detalha a arbitragem depois de surgido o conflito, definindo todos os aspectos que norteiam o procedimento. O compromisso pode ser assinado livremente pelas partes, ou perante o Juiz, quando uma delas se nega a cumprir a arbitragem pactuada (art. 7º).

Os efeitos da sentença arbitral são os mesmos da decisão monocrática judicial, podendo ser executada em caso de descumprimento, nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem, a saber:

“Art. 31 - A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Entretanto, a sentença arbitral não depende de homologação judicial, e nem comporta a interposição de recurso (art. 18). Se proferida no estrangeiro, pode ser reconhecida ou executada no Brasil (arts. 34 a 40).

A arbitragem já é bastante utilizada na comunidade internacional, seja nos contratos financeiros ou comerciais. A ampla utilização do método surge na medida em que, nos contratos internacionais, as partes não querem se submeter ao crivo do Judiciário do país do outro contratante, tampouco depender de procedimentos demorados.

Algumas instituições já são tradicionais na arbitragem internacional como a CCI – *Cour Internationale d'Arbitrage*⁸ de Paris, a LCIA – *London Court of International Arbitration*⁹ de Londres e a AAA – *American Arbitration Association*¹⁰ de Nova Iorque. A arbitragem também é utilizada para a solução de dissídios de Direito Público Internacional, entre Estados, como nos países que integram a União Européia.

As vantagens da arbitragem são visíveis quando promovemos uma análise comparativa em relação à forma judicial. Para o advogado comercialista JOSÉ ANCHIETA DA SILVA, “*em linhas gerais, e em análise extrínseca, a arbitragem apresenta tantas vantagens sobre o processo judicial tradicional que só mesmo por absoluta desinteligência entre os envolvidos no caso concreto, não seria esta a forma eleita para se obter solução para os litígios de natureza patrimonial*¹¹”.

Diante disso, algumas características atraentes e próprias da arbitragem devem ser destacadas em analogia ao processo tradicional, a saber:

- 1) Os custos são em regra menores do que no processo judicial;

⁸ http://www.iccwbo.org/index_cour.Asp

⁹ <http://www.lcia-arbitration.com/lcia/>

¹⁰ <http://www.adr.org>

¹¹ SILVA, José Anchieta da. *Arbitragem dos Contratos Comerciais no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

- 2) O prazo para emissão de sentença é mais curto (6 meses), podendo inclusive as partes estipulá-lo (art. 23);
- 3) A despeito da publicidade dos atos processuais, na arbitragem a confidencialidade e privacidade são garantidas por sigilo absoluto;
- 4) A informalidade ou desburocratização;
- 5) A flexibilidade das regras é imensa, podendo as partes interferir na metodologia que será empregada;
- 6) Há neutralidade decisória por parte do(s) árbitro(s) e
- 7) O impacto na continuidade do relacionamento entre as partes é baixo, ao contrário do litígio submetido à Justiça, que quase sempre leva ao desgaste e não preserva a relação das partes.

Entretanto, a maior vantagem deste sistema no que diz respeito aos aspectos informáticos, além da celeridade, é a especialização dos árbitros, ou seja, o conhecimento técnico do julgador em relação à contenda em análise.

Isto porque o árbitro responsável pelo procedimento é escolhido de acordo com o seu conhecimento, o que elimina, em princípio, o laudo pericial adotado pelo sistema judiciário, em que o experto nomeado é da “confiança” do juiz, e não necessariamente das partes interessadas, que podem no máximo indicar assistentes técnicos. Aliás, o art. 13 da Lei de Arbitragem expressa com clareza que “*pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes*”.

Ora, o magistrado não é obrigado a conhecer profundamente os aspectos técnicos que muitas vezes são essenciais para a solução da demanda, mais até do que a própria legislação. Nas

controvérsias que envolvem a Tecnologia da Informação, o conhecimento sobre conceitos e a operacionalização de aspectos informáticos ou telemáticos, específicos da causa, pode ser fundamental para uma decisão acertada.

Nos processos ajuizados em repressão à contrafação de programas de computador, por exemplo, na Ação Cautelar de Vistoria, Busca e Apreensão, segundo as determinações dos artigos 13 e 14 da Lei n.º 9.609/98, cumulados com os artigos 797, 798 e 842, § 3º, do Código de Processo Civil Brasileiro, o juiz deve nomear 02 (dois) peritos para fins de vistoria prévia, em caráter liminar, como forma de apuração dos programas irregulares, senão vejamos:

“Art. 13. A ação penal e as diligências preliminares de busca e apreensão, nos casos de violação de direito de autor de programa de computador, serão precedidas de vistoria, podendo o juiz ordenar a apreensão das cópias produzidas ou comercializadas com violação de direito de autor, suas versões e derivações, em poder do infrator ou de quem as esteja expondo, mantendo em depósito, reproduzindo ou comercializando”. (art. 13 da Lei n.º 9.609/98)

“Art. 842 (...)

§ 3º Tratando-se de direito autoral ou direito conexo do artista, intérprete ou executante, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão, o juiz designará, para acompanharem os oficiais de justiça, dois peritos aos quais incumbirá confirmar a ocorrência da violação antes de ser efetivada a apreensão”. (§ 3º do art. 842 do CPC)

O mesmo procedimento deve ser adotado na Produção Antecipada de Provas, instituto formal previsto no art. 846 do Código de Processo Civil Brasileiro, que dispõe que “a produção

antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial”.

Sem o laudo elaborado pelos peritos nomeados, a constatação da contrafação, bem como a apreciação da demanda ficam comprometidas, haja vista o necessário conhecimento na área de informática para a realização da prova e apuração dos fatos.

E é nesse aspecto que o método arbitral surge como uma extraordinária possibilidade de submeter a quem realmente entenda do assunto, o poder de conferir uma decisão justa, imparcial, fundada em conhecimentos específicos da área em discussão. Evidentemente, o procedimento arbitral também comporta a realização de provas periciais ou outras que se façam necessárias á apuração e demonstração dos fatos (art. 22), como complemento à formação da convicção arbitral.

4. A arbitralidade dos conflitos da Tecnologia da Informação.

A Tecnologia da Informação, pela sua própria natureza, envolve questões de caráter técnico e quase sempre patrimoniais, em que os direitos em sua maioria são disponíveis. A arbitralidade dos conflitos informáticos decorre justamente de questões que podem ser resolvidas a partir de conhecimentos específicos não só da área de informática, bem como do direito.

Isto porque a flexibilidade do procedimento arbitral permite um número coletivo de árbitros de áreas distintas, porém conexas em relação àquela controvérsia específica. Assim, além de um árbitro com conhecimentos informáticos, um profissional da área de direito poderia

integrar a equipe de árbitros a fim de auxiliar nos aspectos jurídicos pertinentes. Cumpre ressaltar, que o número de árbitros deve ser sempre ímpar (art. 13, §1º).

Desta forma, diversos são os aspectos abordados pelo Direito de Informática que poderiam ser passíveis de submissão ao método da arbitragem, dentre eles a celebração dos contratos de tecnologia, os praticados presencialmente ou *online* de qualquer espécie (B2B¹², B2C¹³, C2C¹⁴), as questões relativas ao nome de domínio e outras disputas autorais, o comércio eletrônico, as prestações de serviços e outras relações patrimoniais como o *e-banking*¹⁵, *e-marketing*¹⁶, *e-learning*¹⁷, *e-supply* ou *e-procurement*¹⁸, dentre outras.

No caso do *e-commerce*, a arbitralidade é tão evidente, que o Projeto de Lei nº 1.589/99 sobre Comércio Eletrônico, elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, expressamente prevê a possibilidade de solução dos conflitos pelo método arbitral, senão vejamos:

“Art. 51 - Para a solução de litígios de matérias objeto desta lei poderá ser empregado sistema de arbitragem, obedecidos os parâmetros da Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996, dispensada a obrigação decretada no §2º de seu art. 4º, devendo, entretanto, efetivar-se destacadamente a contratação eletrônica da cláusula compromissória”.

Assim sendo, da mesma forma em que a arbitragem se tornou um sucesso entre os contratantes internacionais, sobretudo no comércio, poderia ser aplicada vastamente nos

¹² B2B – *business-to-business*

¹³ B2C – *business-to-consumer*

¹⁴ C2C – *consumer-to-consumer*

¹⁵ Realização de operações bancárias, meio eletrônico, em sua maioria disponibilizadas pelos *sites* de bancos.

¹⁶ Exposição de produtos ou serviços prestados por empresas na Internet, em sua maioria através dos *banners*.

¹⁷ Educação à distância, sobretudo com a promoção de cursos e matérias isoladas pela Internet.

¹⁸ Cadeia de suprimentos das empresas, atendendo a demanda de estoque por meio eletrônico, facilitando a localização de produtos e reduzindo os custos operacionais, inclusive com a realização de leilões.

negócios que envolvam questões da Tecnologia da Informação, como forma de driblar não somente as barreiras impostas pelas distâncias geográficas e regulamentações distintas, mas também pela falta de legislação que atenda em sua plenitude as necessidades e urgências do setor. É importante repisar que a celeridade do procedimento arbitral vai de encontro à pressa do mundo informatizado, em que as decisões e as transformações acontecem e repercutem em tempo econômico.

5. Experiências do uso da arbitragem ou similar, nas soluções dos conflitos de nome de domínio. O ICANN, a WIPO e a UDRP.

O método de solução arbitral na apreciação de questões do Direito de Informática já vem sendo praticado com sucesso por instituições internacionais, principalmente em relação às controvérsias da propriedade intelectual, mais especificamente em relação às disputas pelos nomes de domínio¹⁹ ou *cybersquatting*²⁰.

O ICANN - *The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*²¹ é uma organização internacional privada, autorizada pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos, para alterar o mercado de registro de domínios de um modelo concentrado para um ambiente de livre concorrência, credenciando empresas privadas para se tornarem responsáveis pelos registros de domínios.

¹⁹ O nome de domínio tem natureza jurídica de signo distintivo, com proteção prevista nos termos do art. 5º, inciso XXIX da Constituição da República de 1988. Está previsto na Resolução n.º 01/98 do Comitê Gestor Internet do Brasil, sendo o registro de competência da FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, nos termos da Resolução n.º 02/98 do Comitê Gestor Internet do Brasil.

²⁰ De acordo com uma legislação federal norte-americana, a *Anti-Cybersquatting Consumer Protect Act*, o *cybersquatting* é o "registro, tráfego, ou uso de um nome de domínio com má-fé e intenção de obter lucro a partir da boa-fé de terceiro detentor de marca registrada" (tradução de Rodney de Castro Peixoto).

²¹ <http://www.icann.org>

Foi formado para assumir a responsabilidade por alocar o espaço de endereços IP (*internet protocol*), atribuir parâmetros de protocolo, gerenciar o sistema de nomes de domínio e desempenhar as funções de gerenciamento do sistema de servidores-raiz, anteriormente realizadas pela IANA²², bem como de outras entidades, segundo contratos com o governo dos Estados Unidos.

Para o desenvolvimento das políticas de coordenação, o ICANN possui três organizações de apoio, uma para cada sistema de identificadores na Internet: a [Organização de Apoio a Nomes de Domínio](#) - para o Sistema de Nomes de Domínio (DNS)²³; a [Organização de Apoio a Endereços](#) (ASO)²⁴ - para o sistema de Endereços IP e a [Organização de Apoio ao Protocolo](#) (PSO)²⁵ - para a atribuição de números de portas e parâmetros de protocolo.

Dito isso, o importante é mencionar que o ICANN possui um método próprio para a resolução de disputas de nomes de domínios de primeiro nível (gTLD)²⁶ que é conhecido como UDRP - *Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy*. Os titulares de domínios .com, .net e .org, por exemplo, estão sujeitos a esse procedimento por força de disposição contratual, existente no momento do registro.

Trata-se o UDRP de um Procedimento Administrativo Compulsório (*Mandatory Administrative Proceeding*) que pode ser interposto quando: (i) o domínio é idêntico ou suscetível de gerar confusão com marca de produto ou de serviço sobre a qual o reclamante tenha direitos; (ii) o proprietário do domínio não detém qualquer direito ou interesse legítimo sobre o domínio; e (iii) o domínio registrado está sendo utilizado de má fé. No procedimento administrativo, o reclamante deve provar que cada um destes três elementos estão presentes.

²² *Internet Assigned Number Authority* (<http://www.iana.org>)

²³ *Generic Names Supporting Organization* (<http://www.dnso.icann.org>)

²⁴ *The Address Supporting Organization* (<http://www.aso.icann.org>)

²⁵ *Protocol Supporting Organization* (<http://www.pso.icann.org>)

²⁶ *General Top Level Domain Name (gTLD)* (.com, .org e .net, por exemplo)

Aparentemente, o UDRP é um procedimento que se assemelha à arbitragem, todavia é de caráter obrigatório. Por mais contra sensu que isso possa parecer, em verdade, trata-se de uma “arbitragem forçada” e pode ser praticada pelo ICANN e pelos *providers*, instituições afiliadas para a solução de disputas. São elas a:

- 1) *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre - ADNDRC*²⁷, aprovada em 28 de fevereiro de 2002 e com dois escritórios, em Honk Kong e em Beijing, na China. A ANDRC é um empreendimento em conjunto entre a *China International Economic and Trade Arbitration Commission - CIETAC*²⁸ e o *Hong Kong International Arbitration Centre - HKIAC*²⁹.
- 2) *CPR Institute for Dispute Resolution - CPR*³⁰, aprovada em 22 de maio de 2000. A CPR ou *Center for Public Resources* foi fundada em 1979 e é composta por integrantes, sobretudo dos Estados Unidos e da Europa.
- 3) *The National Arbitration Forum - NAF*³¹, aprovada em 23 de dezembro de 1999. A NAF atua desde 1986 nos Estados Unidos.
- 4) *World Intellectual Property Organization - WIPO*³², aprovada em 01 de dezembro de 1999. A WIPO foi criada por Convenção assinada em Estocolmo no dia 14 de julho de 1967 e posteriormente emendada no dia 28 de setembro de 1979. Tem 179 (cento e setenta e nove) países como membros, inclusive o Brasil, e será tratada com mais detalhes a seguir.

A WIPO – *World Intellectual Property Organization*, conhecida em nosso país como OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, é uma organização

²⁷ <http://www.adndrc.org/adndrc/index.html>

²⁸ <http://www.cietac.org.cn>

²⁹ <http://www.hkiac.org>

³⁰ <http://www.cpradr.org>

³¹ <http://www.arbforum.com/domains>

³² <http://www.wipo.int>

intergovernamental, com sede em Genebra, na Suíça e é responsável pela solução de diversas controvérsias através de seu *Arbitration and Mediation Center*³³.

O Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI foi fundado em 1994 e oferece seus serviços para resolver disputas de comércio internacional entre partes privadas envolvendo a propriedade intelectual. Destaca-se pelas decisões sobre os nomes de domínio³⁴. O Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI é a principal instituição de resolução de disputas relacionadas aos registros abusivos e uso de nomes de domínio, proporcionando este serviço tanto para os domínios gTDL, como para os domínios com caracteres suplementares identificadores de países ou ccTDL³⁵. Os proprietários de marca podem promover as demandas usando os documentos de modelo que estão disponíveis no *site* da WIPO.

O procedimento inteiro é conduzido *online*, resultando em decisões executáveis dentro de dois meses. Assim, as disputas são resolvidas em cerca de 60 (sessenta) dias. O custo pode variar se o reclamante pede um árbitro ou se prefere um colegiado de três árbitros, sem contar, evidentemente, os honorários dos advogados normalmente contratados.

O Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI tem um quadro de mais de uma centena de árbitros espalhados em diversos países, inclusive no Brasil, todos com experiência em propriedade intelectual, arbitragem e mediação. Na OMPI é possível a inclusão de países para a solução de disputas acerca do ccTLD. O nosso país não é filiado à OMPI para a resolução de disputas de domínios .br, de modo que as decisões aqui têm sido proferidas pelo Judiciário.

³³ <http://arbiter.wipo.int/center>

³⁴ *Domain Name Dispute Resolution Service* (<http://arbiter.wipo.int/domains>). Em 2002, segundo informações da própria WIPO, o Centro de Arbitragem e Mediação recebeu 1.494 casos sob o método UDRP e procedimentos semelhantes, envolvendo partes de 89 países. Além do mais, 13.600 casos de nome de domínio foram decididos sob procedimentos especiais.

³⁵ *Country Code Top Level Domain*. Caracteres integrantes dos nomes de domínio que indicam o país como o .br (Brasil), .ar (Argentina) e .pt (Portugal), por exemplo.

Apenas em caráter complementar, cumpre mencionar ainda o *Infrastructure Domain*, representado pelo domínio .arpa (*Address and Routing Parameter Area*), designado em uso exclusivo para propósitos de infraestrutura da Internet. É administrado pelo IANA em cooperação com a comunidade técnica da Internet, sob a direção da *Internet Architecture Board*³⁶.

Para a realização do procedimento administrativo perante a OMPI, obviamente são necessários os mesmos 03 (três) requisitos estabelecidos pelo ICANN, já mencionados, lembrando que todos devem ser necessariamente demonstrados para que o reclamante tenha êxito na disputa.

Com efeito, quando a reclamação é recebida, o órgão de registro é notificado para que informe os dados do proprietário do domínio, bem como para que não haja alteração dos dados cadastrais ou transferência. Posteriormente, o proprietário do domínio é notificado para apresentação de defesa no prazo de 20 (vinte) dias.

Feito isso, a OMPI escolhe um ou mais julgadores a fim de apreciarem a questão. Após a análise, devem então apresentar a sua decisão por escrito. O órgão responsável pelo registro é comunicado do teor em um prazo de 10 (dez) dias úteis. Após, o órgão de registro informa a OMPI, as partes litigantes e o ICANN da data em que será executada a decisão proferida pelos árbitros, repetindo o procedimento depois de concluída a execução.

O proprietário do domínio, inconformado com a decisão prolatada, poderá manejar ação de natureza judicial a fim de modificar o resultado do UDRP, suspendendo os efeitos até a

³⁶ <http://www.iab.org>

conclusão da ação judicial. As regras do UDRP autorizam expressamente que as partes ingressem em Juízo antes, durante ou após o curso do procedimento administrativo.

Os julgadores podem decidir de 03 (três) formas: pela transferência do domínio para o titular da marca, pelo cancelamento do nome de domínio ou ainda pela manutenção do nome de domínio. Entretanto, não podem condenar ao pagamento de indenizações.

O processo administrativo compulsório e uniforme para a solução das controvérsias de nomes de domínio ou UDRP, implementado pelo ICANN e adotado pela OMPI e demais afiliadas, gera sérias dúvidas em relação à sua natureza como um procedimento arbitral.

Segundo o advogado RAFAEL FEDERICI, “*tendo em vista o entendimento da doutrina no sentido de que as decisões da ICANN e afiliadas não têm natureza arbitral, vale ressaltar que a possibilidade de ingressar na via judicial também é possível para resolver conflitos decorrentes dos nomes de domínio sob a competência da ICANN.*”³⁷,

Isto porque o UDRP não apresenta alguns elementos essenciais, típicos da arbitragem. Diante disso, destacam-se algumas características do procedimento administrativo que diferem do arbitral, tais como:

- 1) ser obrigatório;
- 2) não ser revestido de confidencialidade (sigilo);
- 3) não por fim à demanda, podendo ser contestado em juízo e

³⁷ FREDERCI, Rafael. A má-fé no registro de domínios da Internet. Há como reverter essa situação ou os piratas de domínio venceram? Disponível em <<http://www.vieiraceneviva.com.br/tribuna/artigos/mafe.html>>. Acesso em 09 de setembro de 2003.

- 4) não haver as duas partes envolvidas como integrantes da convenção arbitral, somente uma delas.

6. E-resolution ou Online Dispute Resolution (ODR). Conceito, bases normativas no Direito Comparado, projetos e experiências internacionais.

Os métodos não adversariais de solução de conflitos são instrumentos já consolidados em todo o mundo e uma forte tendência evolutiva em nosso ordenamento jurídico. Assim como em tudo, os métodos dos sistema ADR também vêm sendo influenciados pelos avanços tecnológicos, principalmente pela Internet

Diante disso, já é possível a realização de soluções de controvérsias por mediação e arbitragem, em tempo real (*online*), representando isso uma verdadeira revolução chamada de *E-resolution* ou *Online Dispute Resolution* (ODR), como é mais conhecida.

Alguns países já prevêm em suas legislações a resolução de conflitos originados de transações de comércio eletrônico. Algumas normas podem ser encontradas, por exemplo, no Código de Processo Civil Alemão³⁸ e na legislação italiana³⁹. Além do mais, o Código de Processo Civil Espanhol⁴⁰ permite a aplicação de meios eletrônicos ao procedimento civil.

³⁸ O artigo 1031 (V) do Código de Processo Civil Alemão permite a realização de cláusulas arbitrais por meio eletrônico.

³⁹ O Código de Processo Civil Italiano em art. 837 prevê a possibilidade da arbitragem por meio eletrônico.

⁴⁰ Artigo 162 sec. 1 e art. 135 sec. 5; art. 152 sec. 2 subsec. 2a. da LEC.

A Diretiva 2000/31/EC em comércio eletrônico, por sua vez, expressamente encoraja a criação de mecanismos de soluções extrajudiciais nos países integrantes da União Européia. A Comissão da Comunidade Européia, realizada em Bruxelas no dia 19/04/2002, através de Diretiva aos Estados Membros, estabeleceu prioridades para políticas de resolução no contexto da sociedade de informação, reconhecendo o papel dos novos procedimentos de resolução *online*, conforme se extrai do *Green Book on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law*, senão vejamos:

“40. ADRs relacionados às disputas de consumo foram o foco de discussão no campo do comércio eletrônico, em particular no e-Europe 2002 Action Plan. Isso engloba tanto os “tradicionais” métodos alternativos quanto o “ODR” ou “Online Dispute Resolution”, que, além disso, também pode ser utilizado para resolver disputas que não são vinculadas ao comércio eletrônico.”

Promovendo uma análise das posições adotadas pelos países, a tendência ideológica que vem sendo estudada na Europa é para impor aos *sites* que se associem a órgãos de resolução *online*, sob pena de submissão ao foro (privilegiado) do consumidor, no caso de uma ação judicial. Todavia, a submissão do litígio ao sistema de solução eletrônico não é obrigatório para o consumidor que poderá optar pela interpelação judicial.

O nosso Código de Defesa do Consumidor estabelece privilégios ao consumidor brasileiro, inclusive com preferência em relação ao seu domicílio, na interpretação conjunta dos artigos 6º, VII e VIII, 47, 51, IV e expressa do art. 101, I. De outro giro, a proteção consumerista em aspectos tecnológicos merece temperos do art. 4º, III, que expressamente prevê a

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico.

Insta ressaltar, que existem formas variadas de realização de métodos ODR como videoconferências⁴¹, *chats*, julgamentos *online*, bem como pela troca de informações pelos *sites* responsáveis pelos procedimentos. Atualmente, destacam-se quatro tipos de sistemas de ODR, a saber:

- 1) Sistema automatizado *online* de reivindicações financeiras, com a utilização de perícia para a solução;
- 2) Arbitragem *online*. Existem duas modalidades, quais sejam, a *binding* e a *non-binding*. A arbitragem *non-binding* implica resultados e decisões que não são de pronto exeqüíveis, como no procedimento UDRP do ICANN. Sendo assim, os resultados podem ser contestados em juízo. Aparentemente, pode parecer estranho um sistema não obrigatório, de eficácia duvidosa. Entretanto, esta espécie de arbitragem pode se fazer eficaz pela utilização de mecanismos de controle técnico como no registro dos domínios, o depósito prévio do dinheiro em disputa, *escrow accounts* e acordos com empresas de cartão de crédito, seguradoras e financeiras. Já a forma *binding* é plenamente exeqüível e não pode ser revista em procedimento judicial.
- 3) Serviços *online* de *Ombudsman*⁴² para reclamações de consumidores e
- 4) Mediação *online*. Existem duas formas. A automatizada e a assistida. Na primeira as partes submetem a um computador uma proposta de ajuste em valor monetário. O computador compara-os e soluciona o caso pelo cálculo aritmético proporcional das

⁴¹ A videoconferência já foi utilizada em caráter experimental no processo penal brasileiro, nos interrogatórios, em um procedimento já intitulado de “teleinterrogatório” e que trouxe muita discussão e polêmica em relação à sua credibilidade e constitucionalidade.

⁴² Exemplos: Euro-Ombudsman (<http://www.euro-ombudsman.eu.int>) e (http://www.ombudsman.at/index_e.html).

duas propostas. É um modalidade que sofre diversas críticas. Já a mediação assistida é promovida com o auxílio de um terceiro com conhecimentos técnicos e/ou legais.

O sistema ODR é geralmente aplicável em disputas originadas de atividades realizadas na própria Internet (disputas *online* ou *e-disputes*). Alguns métodos de ODR, entretanto, são também aplicáveis aos conflitos tradicionais (conflitos *offline*).

O termo ODR ou resolução eletrônica de disputa, entretanto, não se refere ao tipo de conflito, mas ao meio pelo qual o procedimento é executado. Além do mais, em alguns casos, nem todas as formas de resolução de disputa e nem todas etapas dos procedimentos são executados inteiramente *online*.

A solução para conflitos envolvendo nomes de domínio através do já tratado UDRP é um exemplo de *e-resolution*, mas de longe não é o único. Diversas são as instituições (*ODR providers*) que se propõem a promoverem soluções dos mais variados conflitos patrimoniais através da *World Wide Web*. Obviamente, como em qualquer mercado e principalmente na grande rede mundial de computadores, existem instituições mais sérias e outras nem tanto que prometem solucionar os litígios.

Dentre elas, podemos destacar algumas, apenas a título de amostragem, como a *Online Resolution*⁴³; *Virtual Magistrate*^{SM 44}; *Online Ombuds Office*⁴⁵; *ICouthouse*⁴⁶; *Internet Neutral - Online Mediation Specialists*⁴⁷; *Arbitraje y Mediación (ARyME)*⁴⁸; *Better Business Bureau*

⁴³ <http://www.onlineresolution.com>

⁴⁴ <http://www.vmag.org>

⁴⁵ <http://www.ombuds.org/center/ombuds.html>

⁴⁶ <http://www.i-courthouse.com>

⁴⁷ <http://www.internetneutral.com>

⁴⁸ <http://www.aryme.com>

*Online*⁴⁹; *Camera Arbitrale di Milano*⁵⁰; *Résolution électronique des disputes commerciales*⁵¹; *E-Arbitration-T*⁵²; *SquareTrade*⁵³ e a *Smart Settle Online Negotiation System*⁵⁴. Na América Latina, destaque apenas para o *Cibertribunal Peruano*⁵⁵, e na Ásia para o *Cyberarbitration.com*⁵⁶ da Índia e o *e@dr*⁵⁷ de Singapura.

A *Online Resolution* apresenta algumas possibilidades interessantes como a *evaluation*, uma espécie de avaliação especializada, bem como as tradicionais negociação, arbitragem e mediação. O procedimento é voluntário, confidencial e as partes podem a qualquer tempo, desistir, sem necessitar, contudo, expor qualquer razão para tanto. É dividido em cinco etapas:

1ª - O querelante preenche um formulário confidencial informando a controvérsia, o que é visualizado apenas pela parte declarante e posteriormente pelo árbitro responsável;

2ª - A instituição entra em contato com a outra parte, questionando seu interesse pela solução *online* da disputa, pelo método escolhido pelo querelante (avaliação especializada, negociação, mediação ou arbitragem). Se há a concordância, o querelado também preenche o formulário confidencial;

3ª - Após a adesão das partes, um terceiro neutro é designado e entra em contato com cada um dos interessados;

4ª - Se a decisão ou proposta de acordo são aceitas pelas partes, um termo é elaborado com o teor do que foi resolvido. Como parte integrante deste termo, as partes determinam como a decisão será legalmente exequível;

⁴⁹ <http://www.bbbonline.org>

⁵⁰ <http://www.camera-arbitrale.com>

⁵¹ <http://www.fundp.ac.be>

⁵² <http://www.e-arbitration-t.com>

⁵³ <http://www.squaretrade.com>

⁵⁴ <http://www.smartsettle.com>

⁵⁵ <http://www.cibertribunalperuano.org>

⁵⁶ <http://www.cyberarbitration.com>

⁵⁷ <http://www.e-adr.org.sg>

5ª - Depois que o processo é concluído, as partes são convidadas a preencher um formulário sobre o seu nível individual de satisfação, bem como promovem uma avaliação do terceiro (colaborador, mediador ou árbitro).

Já a *Virtual Magistrate*SM é um sistema ODR desenvolvido pela *Chicago-Kent College of Law*⁵⁸, em conjunto com o *Illinois Institute of Technology*⁵⁹, além da AAA – *American Arbitration Association*⁶⁰ de Nova Iorque.

O sistema eletrônico de arbitragem da *Virtual Magistrate*SM se propõe a receber e resolver reclamações dentro de 72 (setenta e duas) horas ou 03 (três) dias úteis da aceitação. O programa de arbitragem aceita como questões as disputas *online* sobre propriedade e conflitos contratuais. Os exemplos incluem queixas sobre mensagens indesejáveis (*spam*), infração a direitos autorais, direito marcário, apropriação ilícita de segredos comerciais, difamação, fraude, práticas enganosas de negócio, remoção de *sites*, dentre outras controvérsias por atividades *online*.

O procedimento inicia-se, obviamente, com a apresentação da reclamação à *Virtual Magistrate* que entra em contato com as partes a fim de verificar a concordância de ambas pela solução do conflito mediante o procedimento arbitral. Com a aceitação, a instituição nomeia um árbitro. O grupo original de árbitros são selecionados em conjunto pela AAA – *American Arbitration Association* e por um subcomitê do *Cyberspace Law Institute (CLI)*⁶¹ e a solução da disputa é promovida em um prazo de 72 (setenta e duas) horas.

⁵⁸ <http://www.kentlaw.edu>

⁵⁹ <http://www.iit.edu>

⁶⁰ <http://www.adr.org>

⁶¹ <http://www.cli.org>

Outro projeto que merece destaque é o *Ombuds Online Office*, do *Center for Information Technology and Dispute Resolution* da Universidade de Massachusetts que foi estabelecido em junho de 1996 e promove diversos estudos e debates sobre o ODR, sempre com profundidade.

Existem vários outros projetos em andamento disseminando a cultura do *e-resolution* pelo mundo, como o *International Competition for Online Dispute Resolution (ICODR)*⁶² que é uma competição entre escolas de Direito de várias partes do mundo envolvendo estudantes em aplicações de ODR, bem como o *E-Arbitration-T*⁶³, projeto de 1997 criado para implementar um sistema de resolução de disputa dentro da *Global Trade Point Network of United Nations Transaction Centre (UNTPDC - UNCTAD)*.

Como se percebe, no âmbito internacional, muitas iniciativas relacionadas ao ODR vêm sendo discutidas há alguns anos. A maioria das questões lida com a proteção do consumidor em comércio eletrônico, como o *Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*⁶⁴, adotado pelo *Organisation for Electronic Development and Co-operation (OECD)*⁶⁵; o *2000 Miami Recommendations for ADR*⁶⁶ e o *2001 Tokyo Recommendations for ADR*⁶⁷, adotados pelo *Global Business Dialogue on electronic Commerce*⁶⁸, bem como o *Stockholm European Council*⁶⁹.

De fato, as relações de consumo praticadas pela Internet tendem a passar por transformações significativas. Segundo CARLOS MOTTA, em artigo publicado na *Gazeta Mercantil* (09/08/2002 – página 02), “já existe um modelo de arbitragem que pode ser conduzida on-line e com baixo custo para as partes envolvidas. Na maioria dos casos, a empresa que

⁶² O ICODR 2003 foi apoiado tecnologicamente pelo *West Group* e pela *SquareTrade*. Os casos foram viabilizados pelo *Harvard Program on Negotiation* (<http://www.ombuds.org/cyberweek2003/ICODR2.html>).

⁶³ <http://www.e-arbitration-t.com> e <http://sunsite.icm.edu.pl/untpdc/welcome1.html>

⁶⁴ <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer/prod/CPGguidelines.Htm>

⁶⁵ <http://www.oecd.org>

⁶⁶ <http://consumerconfidence.gbde.org/adrmiami2000.pdf>.

⁶⁷ <http://consumerconfidence.gbde.org/adrtokyo2001.pdf>.

⁶⁸ <http://www.gbde.org>

⁶⁹ http://europa.eu.int/comm/stockholm_council/factsheets/fiche39a_en.htm.

*vendeu o produto ou o serviço coloca em seu site um link para o endereço de um centro de arbitragem especializado. Evidente que este serviço não significa que a empresa coordena ou detém algum controle sobre este centro de arbitragem, apenas indica umas das fontes de solução de conflitos, que são terceirizadas e independentes e apenas são indicadas para facilitar o processo de escolha do centro arbitral pelo consumidor”.*⁷⁰

Outro projeto bem sucedido que merece atenção é o da *SquareTrade*⁷¹. Segundo informações da própria instituição, já são resolvidas disputas em 120 (cento e vinte) países, num total de pouco mais de 200.000 (duzentas mil) resolvidas desde 1999. Na *SquareTrade* há uma primeira fase com tentativa de negociação e uma segunda fase de mediação. O seu sucesso está intimamente vinculado à sua parceria com o *eBay*⁷², um grande mercado eletrônico de compra e venda de bens. A promoção de demandas em razão do *eBay* é gratuita. Primeiramente, as partes são conduzidas a um ambiente seguro da *SquareTrade* a fim de tentarem uma negociação. O envolvimento de um mediador profissional é opcional e custa U\$ 15 (quinze dólares), sendo o resto do custo do trabalho deste profissional subsidiado pela própria *eBay*. O processo leva geralmente 10 (dez) dias para ser concluído.

7. Vantagens e desafios relacionados ao ODR e sua aplicabilidade no Brasil.

Promovendo uma análise reflexiva sobre os aspectos concernentes ao sistema ODR, algumas vantagens devem ser ressaltadas. A primeira é o acesso. Contrário aos mecanismos tradicionais de resolução de disputa, a submissão de um caso a um dos métodos ODR não exige

⁷⁰MOTTA, Carlos. A Arbitragem para solução de conflitos no E-Commerce. Disponível em <<http://www.cbeji.com.br/br/novidades/artigos/index.asp>>. Acesso em 03 de setembro de 2003.

⁷¹ O *World Economic Forum* elegeu a *SquareTrade* entre os “*Top 100 Technology Pioneers of 2001 and 2002*”, além do “*2002 Outstanding Practical Achievement Award*”, reconhecido pela *GPR Institute for Dispute Resolution*.

⁷² <http://www.ebay.com> e <http://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html>

muitos requisitos. O procedimento inteiro ou pelo menos suas partes essenciais são promovidas por meio eletrônico.

Outrossim, a disponibilidade de comunicação rápida pela Internet e a eliminação de audiências presenciais, contribuem para que os procedimentos de ODR possam ser concluídos dentro de um período curto. Como consequência, o custo do processo é significativamente reduzido e a eficácia concomitantemente aumentada.

Não há uma legislação específica que discipline os procedimentos de ODR. As instituições que adotam o *e-resolution* têm regras próprias. Isto permite as partes em disputa tomarem ciência do modo em que o procedimento é executado, bem como acompanharem todo o trâmite de sua disputa pelo *site* da instituição prestadora do serviço.

Por outro lado, algumas dúvidas podem inibir a adoção dessa alternativa. Dois aspectos essenciais para o sucesso dos métodos não adversariais para a solução de conflitos, seja em disputas surgidas de atividades tradicionais ou da Internet, são a credibilidade e a imparcialidade do procedimento. Neste diapasão, instituições tradicionais já consolidadas pela aplicação dos métodos ADR tendem a se destacar também no sistema eletrônico ODR.

Em uma atividade B2B (*business-to-business*), as formas alternativas para solução de disputas ou ADRs geralmente são promovidas por partes que já se conheciam antes do conflito e que mantêm uma costumeira relação negocial. Em caso de disputa, a meta comum das partes é alcançar uma solução aceitável a ambos para poupar suas relações e a manutenção dos negócios.

Já em uma relação B2C (*business-to-consumer*), quase sempre as partes não se conhecem e não mantêm um relacionamento comercial contínuo. Muitas vezes estão envolvidos em apenas uma única operação de comércio eletrônico e usualmente não estabelecem uma forma prévia de solução antes de surgir o desentendimento. Sendo assim, é muito mais difícil para estas partes se submeterem às possibilidades do ODR em que o contato é totalmente indireto.

Outros pontos que devem ser privilegiados são a segurança dos dados, a confidencialidade e a privacidade das informações, elementos essenciais para a legitimidade e eficácia do ODR. As partes devem estar cientes dos mecanismos de proteção de privacidade, assim como da política de uso e armazenagem dos dados pelo prestador de ODR. Ao mesmo tempo, o direito à privacidade dos negócios e do consumidor deve ser respeitado.

Um aspecto polêmico que envolve as instituições prestadoras de ODR é a autorização para a realização das atividades de solução das disputas. Há duas correntes que tratam da necessidade de autorização formal e aprovação para funcionamento de prestadoras de ODR por autoridades governamentais. Aqueles que defendem a autorização, argumentam que os prestadores de ODR devem ser regulados para assegurar padrões aceitáveis de qualidade e confiabilidade. Já os que são contra, entendem que processos formais de autorização impedirão o desenvolvimento rápido e autônomo dos processos *online* de resolução de disputas.

Em verdade, a necessidade para o desenvolvimento de normas regulamentares surge principalmente em razão das partes que não consideram ter recebido um nível aceitável de serviço e que recorrem posteriormente ao Judiciário, alegando aspectos irregulares no procedimento. Além do mais, a ploriferação indiscriminada de instituições pode não ser salutar,

gerando uma privatização desordenada da função estatal de julgar, bem como a desmoralização da atividade, em razão do descontrole sobre a conduta dos provedores.

Por outro lado, resta claro que o ODR está em plena fase de amadurecimento, apesar de sua rápida multiplicação. Muitos fornecedores tidos como pioneiros deste sistema, não funcionam mais e já venderam seus nomes de domínio. Conforme foi noticiado em abril de 2003, pela *Ontario Bar Association*⁷³, do Canadá, “em março de 2003, havia 57 fornecedores online de ADR para disputas B2C, sendo 43 nos EUA, 20 na Europa, 4 no Canadá, 4 na Austrália e 4 no resto do mundo. Aproximadamente 19 outros fornecedores de ODR, incluindo o *eResolution*, um pioneiro canadense, cessaram suas atividades⁷⁴.”

É sempre bom lembrar que as partes litigantes num processo alternativo de resolução de disputa são livres para escolher as regras aplicáveis a cada etapa do procedimento. Todavia, os princípios consagrados pelo ordenamento jurídico não podem ser violados. A Lei de Arbitragem assim prevê em seu art. 2º, § 1º, devendo tal determinação ser estendida a todos os procedimentos, realizados por qualquer meio.

O respeito aos preceitos constitucionais e legais são essenciais para a legitimidade de todos os métodos alternativos de resolução de disputa. Há certas diferenças estruturais entre os procedimentos em ADR e em ODR, mas a maioria dos aspectos procedimentais *offline* são também aplicáveis ao sistema eletrônico⁷⁵.

A livre escolha da lei aplicável em procedimentos de ADR/ODR é baseado no princípio de liberdade de contrato. Este princípio encontra aplicação em quase todas as disputas de negócios, modalidade B2B, onde a recomendação, nestes casos, é de se evitar legislações

⁷³ <http://www.oba.org>

⁷⁴ http://www.intlawyers.com/E-Commerce/odr_providers.htm

⁷⁵ Orientação expressa da União Européia, artigo III da *Commission Recommendation 2001/310/EC (Doc. C 2001/1016)* (http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just12_en.pdf)

nacionais muito detalhadas⁷⁶. Em conflitos de consumidor, entretanto, as legislações especiais de proteção do consumidor devem ser respeitadas e aplicadas em caso de lacunas. A escolha da lei aplicável perde sentido, contudo, se os regulamentos respectivos de ADR/ODR já apresentam elementos sólidos para resolução das disputas, como no já tratado UDRP do ICANN.

Agora, o ponto mais delicado do procedimento ODR é sem dúvida a exigibilidade das decisões, ou seja, a força executiva das determinações e das negociações resultantes da aplicação do método. Isto é devido ao fato de que os tratados internacionais e convenções não são aplicáveis à execução dos resultados do ODR.

Entre os métodos de ODR só o UDRP do ICANN proporciona, pelos seus próprios meios, uma certa exigibilidade de suas decisões. Repete-se que o procedimento é obrigatório. Dado o caráter e o assunto em disputa (nomes de domínio), as possíveis soluções do conflito podem ser impostas com mais facilidade pelas instituições de registro. Entretanto, a eficácia deste procedimento compulsório ainda pode ser contestado, haja a vista a decisão final do ICANN e afiliadas não impedir as partes de submeter o caso ao Poder Judiciário.

Para tornar exequível o resultado de um ODR, originado de um ambiente de comércio eletrônico, na modalidade B2B, é preciso que a imposição esteja de acordo com as práticas negociais estabelecidas pela comunidade daquele setor específico.

Em disputas que envolvam o consumidor, a prestação de ODR não deve privar o consumidor do direito de procurar previamente o Judiciário. Assim, os procedimentos ODR são considerados *non-binding* nas relações B2C, não sendo o fornecedor do bem ou prestador do serviço tratado da mesma forma privilegiada.

⁷⁶ Recomendações da *Global Action Plan Prepared by Business with Recommendations to Governments* p. 32, (<http://www.giic.org/focus/ecommerce/agbecplan.pdf>), bem como da *ICC Policy Statement* em seu “*Jurisdiction and Applicable Law in Electronic Commerce*”, p. 1.

No Brasil, ao contrário dos Estados Unidos e da Europa, as formas não adversariais de solução de conflitos ainda estão em processo de consolidação, inclusive em relação às disputas *offline*. A expectativa, contudo, é que as instituições nacionais promovam também os métodos por meio eletrônico, principalmente em relação às disputas que tratem do *e-commerce*.

Este caminho vai de encontro à nova ordem mundial e o Brasil deve estar preparado para se inserir nesta ótica, sob pena de exclusão. Evidentemente, qualquer importação de idéias deve ser precedida da promoção de debates e discussões a fim de adaptar as novas situações e possibilidades à realidade nacional.

8. Conclusão.

O ciberespaço é um ambiente fascinante formado por atividades e interações sociais diversificadas. Portanto, os conflitos inevitavelmente surgirão. Todavia, estas disputas devem ser resolvidas de uma maneira que corresponda aos anseios desta sociedade informatizada, ou seja, devem acontecer de forma rápida e com um custo reduzido.

Em relação à regulamentação do ciberespaço, não podemos nos esquecer da utilização dos meios de controle tecnológico e a possibilidade de uma normatização abrangente, porém flexível. A elaboração de leis rígidas, ao meu ver, não surtirão os efeitos desejados.

O renomado Professor LAWRENCE LESSIG, da Universidade de Stanford, nos ensina que nem todos os conflitos no ciberespaço poderão ser solucionados com a aplicação da legislação⁷⁷. Para ele, o mercado e as normas sociais também estabelecem formas de regulamentação. A isto se adicione a arquitetura dos códigos (*code*), onde os mecanismos de

⁷⁷ LESSIG, Lawrence. Code and Others Laws of Cyberspace. Basic Books, 2002.

programação e a tecnologia também contribuem para a regulamentação no ciberespaço. Para o Professor LESSIG, *code is law*⁷⁸.

O processo eletrônico, neste cenário, é um instrumento indispensável, mas que ainda depende de transformações estruturais nos órgãos judicantes, na sociedade jurídica como um todo, bem como na própria legislação pátria⁷⁹. A Lei n.º 9.800, de 26 de maio de 1999 já permite o peticionamento eletrônico, mas desde que os originais sejam necessariamente entregues em juízo, no prazo de 05 (cinco) dias. Segundo o especialista ALEXANDRE ATHENIENSE, “*infelizmente, a lei 9.800/99 ainda está no papel*⁸⁰”.

E é neste aspecto que as disputas não adversariais para a solução de controvérsias reúnem qualidades significativas, haja vista o seu caráter informal e a flexibilidade das normas. Assim, não há qualquer impedimento legal para a sua pronta utilização no Brasil, por meio eletrônico, nos moldes do sistema ODR já praticado em várias partes do mundo, ressalvados obviamente os fundamentos de nosso ordenamento.

O Professor ETHAN KATSH, da Universidade de Massachusetts, um dos maiores estudiosos sobre o assunto, em sua palestra ministrada no “*2nd Annual UNECE*⁸¹ *Forum on Online Dispute Resolution (ODR)*⁸²” realizado nos dias 30 de junho e 01 de julho de 2003, no *Palais des Nations*, em Genebra, apontou para o fato de que há 10 (dez) anos atrás não havia discussão sobre o ODR. Ele também ressaltou o crescimento constante da ADR nos EUA nos últimos 25 (vinte e cinco) anos. De acordo com o professor, “*o ODR/ADR não é a alternativa,*

⁷⁸ <http://code-is-law.org>

⁷⁹ Está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 71/2002 que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

⁸⁰ ATHENIENSE, Alexandre Rodrigues. Direito na Informática. Direito da Informática e Direito Processual. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2003.

⁸¹ *United Nations Economic Commission for Europe* (<http://www.unece.org>)

⁸² O *2nd Annual UNECE Forum on Online Dispute Resolution (ODR)* contou com a participação da WIPO, ITU, UNCTAD, ICC e 50 (cinquenta) juristas internacionais e especialistas (<http://www.ombuds.org/center/adr2003-9-Hornle.doc>) e (http://www.unece.org/press/pr2003/03ireedd_p11e.htm).

mas uma forma preliminar de resolução de disputa. O ODR/ADR ajudará a satisfazer uma necessidade de crescimento para resolução de disputas no mundo”.

Já para ERNEST THIESSEN, da prestadora *Smartsettle*, em palestra proferida no mesmo encontro anual, o “*ODR ainda é basicamente online, mas que isto mudará - o uso de celulares e wireless networking, em PCs portáteis estão chegando. Isto capacitará as partes negociar qualquer coisa, em qualquer lugar, a qualquer hora. A ODR móvel interagirá com a inteligência artificial e será um instrumento bem poderoso para negociação e resolução de disputas”.*

No Brasil, contudo, não é preciso que esperemos uma consolidação preliminar efetiva da cultura arbitral e demais métodos alternativos, realizados através de procedimentos *offline*, para somente após as práticas serem adaptadas e estendidas ao meio eletrônico no sistema ODR. A evolução de ambos os métodos, quais sejam, ADR e ODR, pode ocorrer em conjunto, inclusive como uma forma complementar de aprimoramento, atualização e interação imediata das duas modalidades.

Diante deste quadro, em que muito há o que ser explorado e estudado, a Era da Informação se mostra a cada dia mais sólida e a expressão “virtual” perde mais sentido, na medida em que as atividades, os negócios e os conflitos da Tecnologia da Informação se materializam bem reais, concretos, apesar do meio eletrônico.

Assim, fica claro que os conflitos da Ciência da Informação não podem esperar e suas inovações devem ser priorizadas, como aliadas do Direito, auxiliando na sua modernização e eficácia, para que cumpra a sua função de pacificação. E é nesse sentido que a utilização da tecnologia para solução dos conflitos da própria tecnologia se mostra mais do que lógico, mostra-se uma tendência inevitável.

9. Bibliografia.

ATHENIENSE, Alexandre. Direito na Informática. Direito na Informática e Direito Processual. Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2003.

ATHENIENSE, Alexandre. Jurisdição na Internet. Disponível em <http://www.atheniense.com.br/artigos/palestra%20ara%20%20problemas%20jurisdicionais%20no%20ciberespaco_arquivos/frame.htm>. Acesso em 07 de setembro.

CORREA, José Antônio Faria. O impacto da Internet sobre o regime de proteção das marcas. Disponível em <<http://www.mct.gov.br/sepim/Palestras/Seminario/JoseFariaCorrea.pdf>> Acesso em 17 de setembro de 2003.

FEDERICI, Rafael. A má-fé no registro de domínios da Internet Há como reverter essa situação ou os piratas de domínio venceram? Disponível em <<http://www.vieiraceneviva.com.br/tribuna/artigos/mafe.html>>. Acesso em 09 de setembro de 2003.

GARCEZ, José Maria Rossini. (Coord.) A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997; 2ª ed., 1999.

HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JÚNIOR, Nehemias Gueiros. Regras mundiais. Disponível em <<http://www.legaltech.com.br/ArtCrimeseIntrod.htm>>. Acesso em 09 de setembro de 2003.

KATSH, Ethan. Online Dispute Resolution: The Next Phase. Disponível em <<http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/katsh.htm>>. Acesso em 14 de setembro de 2003.

KATSH, Ethan. Palestra ministrada no “2nd Annual UNECE Forum on Online Dispute Resolution (ODR). Disponível em <<http://www.ombuds.org/center/adr2003-9-Hornle.doc>>. Acesso em 12 de setembro de 2003.

LESSIG, Lawrence. Code and Others Laws of Cyberspace. Basic Books, 2002.

MOTTA, Carlos. A Arbitragem para solução de conflitos no E-Commerce. Disponível em <<http://www.cbeji.com.br/br/novidades/artigos/index.asp>>. Acesso em 03 de setembro de 2003.

PEIXOTO, Rodney de Castro. Cybersquatting. Problema global pede soluções locais. Disponível em <<http://conjur.uol.com.br/textos/14786>>. Acesso em 08 de setembro de 2003.

SILVA, José Anchieta da. Arbitragem dos Contratos Comerciais no Brasil. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

THIESSEN, Ernest. Palestra ministrada no “2nd Annual UNECE Forum on Online Dispute Resolution (ODR). Disponível em <<http://www.ombuds.org/center/adr2003-9-Hornle.doc>>. Acesso em 12 de setembro de 2003.

FONTE: <http://www.cbeji.com.br/br/novidades/artigos/index.asp>