ARBITRAGEM BRASILEIRA

NA ERA DA INFORMÁTICA

Um Estudo das Principais Questões

Processuais

Dissertação de Mestrado

Aluno: *Gabriel Herscovici Junqueira*
Nº USP: 5697960

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto CARMONA

Área de Concentração: Direito Processual Civil

15 de janeiro de 2014

Arbitragem Brasileira na Era da Informática:
Um estudo das principais questões processuais

- Título:* Arbitragem Brasileira na Era da Informática
- Subtítulo* Um estudo das principais questões
- Title & Subtitle:* Brazilian Arbitration in the Digital Age: A study of the main procedural issues.
- Resumo:* Esta dissertação almeja contemporizar o estudo da arbitragem com as novidades tecnológicas advindas dos avanços constantes da informática. A dissertação é dividida em oito capítulos, sendo cada um – excetuados o introdutório e o conclusivo – dedicado a enfrentar uma questão relativa ao campo de estudo selecionado. Os temas abordados são: (i) Convenção arbitral eletrônica; (ii) Sede da arbitragem virtual; (iii) Questões jurídicas advindas de um procedimento informatizado; (iv) O documento eletrônico como fonte de prova; (v) O computador como perito ou *expert witness*; e (vi) A sentença arbitral eletrônica. Na conclusão final é salientada a compatibilidade das novas tecnologias com a arbitragem, recomendando-se, no entanto, uma adaptação cultural dos usuários da arbitragem e das normas que regem esse meio de solução de controvérsias.
- Abstract:* This dissertation seeks to bring the study of arbitration up to speed with the constant innovations that take place in the realm of computer technology. The dissertation is split into eight chapters with each chapter, short of the first and last, dedicated to handling a question related to the field of study. The topics analyzed herein are: (i) Electronic arbitral clause; (ii) Seat of the virtual arbitration; (iii) Judicial quandaries resulting from high-tech procedures; (iv) The e-document as a source of evidence; (v) The computer as a judicial assistant or expert witness; and (vi) The electronic arbitral award. In the final conclusion emphasis is given to the compatibility between these novel technologies and arbitration, despite an adaptation of both the cultural and legal background that permeate this method of dispute resolution being recommendable.
- Palavras Chave:* Arbitragem. Informática. Convenção Arbitral. Sede Arbitral. Procedimento Arbitral. Sentença Arbitral.
- Key-Words:* Arbitration. Information Technology. Arbitration Agreement. Seat of Arbitration. Arbitral Procedure. Arbitral Award.

*Ao meu orientador,
que confiou em mim e nas minhas ideias,
e cujos conselhos tudo possibilitaram;*

*À minha família, meus amigos e colegas,
por todo o apoio;*

e

À Esfinge, minha musa.

ÍNDICE

Tópico	Página
I. Introdução	7
1. Apresentação	7
2. Terminologia	16
3. Objetivos	18
4. Metodologia	19
5. Guia dos Capítulos	21
II. A Convenção Arbitral Eletrônica	26
1. Introdução	26
1.1. <i>Arbitrabilidade das Relações Consumeiristas</i>	29
2. Registro Eletrônico da Convenção Arbitral	33
2.1. <i>Estipulação 'Por Escrito'</i>	38
2.2. <i>Documento Apartado Referido</i>	50
2.3. <i>Contratos de Adesão</i>	54
2.4. <i>Compromisso por Termo nos Autos</i>	55
2.5. <i>Instrumento Público Eletrônico</i>	56
3. A Manifestação da Vontade Virtual	57
3.1. <i>A Manifestação da Vontade pela troca de E-mails</i>	59
3.2. <i>A Manifestação da Vontade por Aceitação de Termos Disponibilizados Online</i>	71
3.3. <i>Formação das Convenções Arbitrais Eletrônicas</i>	79
4. Conclusões	80
III. A Sede da Arbitragem Eletrônica	83
1. Introdução	83
2. Conceito de Sede	85
3. Importância da Sede	89
3.1. <i>Definição da Lei Aplicável à Disputa Arbitral</i>	89
3.2. <i>Definição do Juízo Estatal Competente para Auxiliar a Arbitragem</i>	93
3.3. <i>Definição da Validade da Sentença Arbitral</i>	96
3.4. <i>Conclusões</i>	99
4. Critérios Definidores da Sede	102
4.1. <i>Territorialidade</i>	102
4.2. <i>Deslocalização</i>	104
4.3. <i>Vontade das Partes</i>	106
4.4. <i>Conclusões</i>	108

5.	A Sede na Arbitragem Virtual	109
5.1.	<i>Territorialidade</i>	109
5.2.	<i>Vontade das Partes</i>	111
5.3.	<i>Deslocalização</i>	111
5.4.	<i>Sede Especial</i>	112
5.5.	<i>Conclusão</i>	114
6.	Conclusões	114
IV.	O Procedimento Informatizado	116
1.	Introdução	116
2.	Os Recursos Tecnológicos Disponíveis à Arbitragem	121
2.1.	<i>Programas e Sítios Eletrônicos de Gerenciamento de Casos</i>	122
2.2.	<i>A Videoconferência</i>	127
2.3.	<i>Digitalização, Transferência de Arquivos e Comunicação Eletrônica</i>	128
2.4.	<i>Salas e Fóruns de ‘bate-papo’</i>	129
2.5.	<i>Apresentações Informatizadas</i>	129
2.6.	<i>Programas para Pesquisa, Elaboração de Peças, Etc.</i>	130
2.7.	<i>Uso do Computador para Perícias</i>	130
3.	Licitude, Eficácia, Eficiência e Conveniência	131
3.1.	<i>Programas e Sítios Eletrônicos de Gerenciamento de Casos</i>	132
3.2.	<i>A Videoconferência</i>	135
3.3.	<i>Digitalização, Transferência de Arquivos e Comunicação Eletrônica</i>	142
3.4.	<i>Salas e Fóruns de ‘bate-papo’</i>	154
3.5.	<i>Apresentações Informatizadas</i>	156
3.6.	<i>Programas para Pesquisa, Elaboração de Peças, Etc.</i>	157
3.7.	<i>Conclusão</i>	158
4.	Confidencialidade e Segurança	159
5.	A Igualdade das Partes, o Contraditório e a Ampla Defesa	165
5.1.	<i>A Igualdade das Partes no Procedimento Arbitral Informatizado</i>	166
5.2.	<i>Contraditório e Ampla Defesa no Procedimento Arbitral Informatizado</i>	176
6.	Futurologia Imprevisível	180
7.	Conclusões	186
V.	O Documento Eletrônico Enquanto Fonte de Prova na Arbitragem	189
1.	Introdução	189

1.1.	<i>Vocabulário Jurídico</i>	191
2.	O Documento Eletrônico	193
2.1.	<i>Conceito e Funcionamento</i>	193
2.2.	<i>Natureza Jurídica</i>	196
3.	Admissibilidade	202
3.1.	<i>Prova Atípica</i>	203
3.2.	<i>Prova Ilícita</i>	204
3.3.	<i>Autonomia da Vontade</i>	206
3.4.	<i>Considerações Práticas para Admissão na Arbitragem</i>	208
3.5.	<i>Excesso de Admissibilidade?</i>	218
4.	Valoração – Autenticidade e Integridade	228
5.	Conclusões	240
VI.	O Computador como Perito ou <i>Expert Witness</i>?	242
1.	Introdução	242
2.	O Perito e o <i>Expert Witness</i>	245
2.1.	<i>O Perito</i>	245
2.2.	<i>O Expert Witness</i>	250
2.3.	<i>O Perito vs. O Expert Witness na Arbitragem</i>	252
3.	O Computador	254
4.	Admissibilidade	258
3.1.	<i>Prova Atípica</i>	258
3.2.	<i>Prova Ilícita</i>	259
3.3.	<i>Autonomia da Vontade das Partes</i>	260
3.4.	<i>Relevância da Prova</i>	260
3.5.	<i>Da Imparcialidade, Neutralidade e Independência dos Especialistas</i>	263
5.	Valoração	270
6.	Conclusões	276
VII.	A Sentença Arbitral Eletrônica	279
1.	Introdução	279
2.	A Sentença Arbitral Tradicional	281
3.	Licitude do Proferimento de Sentenças Arbitrais Eletrônicas	283
4.	Homologação da Sentença Arbitral Eletrônica	289
5.	Conclusões	297
VIII.	Conclusões	298
	Bibliografia	316

Capítulo I

Introdução

1. Apresentação; 2. Terminologia; 3. Objetivos; 4. Metodologia; 5. Guia dos Capítulos.

1.- Apresentação:

A presente dissertação serve de ponto de confluência para dois fenômenos de destacada importância no cenário moderno brasileiro e global: a arbitragem e a informática. *Prima facie*, soa estranho querer juntar duas coisas tão díspares em um único trabalho, pois, afinal, a arbitragem é um meio de solução de controvérsias, enquanto a informática diz respeito aos avanços tecnológicos ligados à computação. No entanto, uma breve¹ análise histórica revela a utilidade – ou até necessidade – de confrontar esses dois elementos conjuntamente.

Começando pela arbitragem, insta esclarecer que esse meio de solução de controvérsias possui uma história com raízes profundas, ao ponto de ser correto afirmar que a arbitragem chegou a preceder a jurisdição estatal como meio de solução de controvérsias, isto é, antes de existir o Estado, com seus magistrados, era comum solucionar-se os conflitos através de árbitros eleitos pelas partes.² Há, aliás, aqueles que ousam inclusive afirmar que a arbitragem seja tão antiga quanto a própria humanidade.³

Certo é que já no direito romano arcaico (origens do Direito romano até o século II a.C.), os cidadãos romanos resolviam seus conflitos celebrando a *litiscontestatio* perante o *pretor* na fase *in jure* para então escolherem o árbitro que dirimiria de fato sua controvérsia na

¹ Não cabe neste introito, ou quiçá neste trabalho, estender-se demasiadamente na história da arbitragem ou da informática. Sendo tão rica a história de ambos esses fenômenos, não se pode cultivar a pretensão, nessa introdução, de aprofundar-se no tema. Almeja-se aqui, tão somente, situar o leitor, ficando este, se desejar, convidado a dedicar-se mais ao estudo histórico nas obras citadas na bibliografia.

² CARMONA, C. A. Arbitragem e Jurisdição. In: *Revista de Processo*. Nº 58/ano 15. São Paulo: RT, Abril/Junho/1990, p. 33

³ F. J. CAHALI cita como exemplo disso trechos da *Ilíada* de Homero (especificamente o uso da arbitragem entre os deuses para definir qual seria a mais bela dentre as deusas) para mostrar que até a antiga mitologia grega já falava da arbitragem. Esclarece, todavia, que o recurso à arbitragem estava longe de ser prática exclusiva das divindades, existindo na Grécia antiga a figura dos *diaitetai* que funcionavam como árbitros públicos que solucionavam litígios privados (CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2011, p. 28).

fase *apud judicem*.⁴ Percebe-se, conseqüentemente, que nesse período o papel do Estado era pequeno, limitando-se este a celebrar o equivalente ao nosso compromisso arbitral moderno.

Com o tempo, todavia, os papéis foram se invertendo e a jurisdição estatal foi paulatinamente prevalecendo como meio principal de solução das controvérsias, relegando a arbitragem a método alternativo.

Assim, depois do período arcaico romano e durante o período clássico (século II a.C. ao século II A.D.) o poder do *pretor* aumentou, cabendo a este nomear o árbitro que julgaria a causa e as regras que deveriam pautar seu julgamento. Confirmando a tendência, no período conhecido como *cognitio extra ordinem*, o *pretor* passou a julgar o mérito por conta própria, deixando de nomear um árbitro às partes.⁵

Nas palavras de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “[completava-se] o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntário submissão destes, impõe-lhes autoritivamente a sua solução para os conflitos de interesses.”⁶

A arbitragem, todavia, não desapareceu por completo com o fortalecimento do Estado. Aliás, era comum os ordenamentos ainda permitirem a arbitragem. Esta permissão sempre foi aproveitada em épocas onde o Estado fraquejava. Na Europa Medieval, por exemplo, era bastante disseminado o uso da arbitragem diante do descrédito da estrutura do Estado.⁷

De fato, a arbitragem sempre se revelou uma alternativa atraente nas hipóteses em que havia uma falta de Estado hegemônico. No Direito Internacional Público, por exemplo, onde o princípio da soberania deixa os Estados (em tese) nivelados, a arbitragem sempre manteve uma posição de destaque.⁸

Focando apenas nos exemplos locais, vale lembrar que o Brasil já foi envolvido em várias arbitragens que ajudaram a definir os contornos atuais de suas fronteiras. Segundo F. J.

⁴ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 28

⁵ Idem, pp. 28-29

⁶ Idem, p. 29 (Grifos do Original)

⁷ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 29

⁸ Nesse diapasão, aproveita-se para chamar atenção à Corte Permanente de Arbitragem que desde sua fundação em 1899 pela Convenção de Solução Pacífica de Disputas Internacionais (ou seja, anos antes da Corte Permanente Internacional de Justiça (30/01/1922) e décadas antes da atual Corte Internacional de Justiça (06/02/1946)) até os dias de hoje dedicou-se a coordenar arbitragens visando dirimir as contendas entre as nações e seus entes. (Vide: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1044 e <http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=1> para mais informações (ambos acessados em 10/10/2013)).

CAHALI a arbitragem esteve presente na história da pátria desde o Tratado de Tordesilhas e ajudou a definir os limites territoriais brasileiros em relação à Argentina, Bolívia e Peru.⁹

Na esfera nacional, a arbitragem esteve presente em vários textos legais (inclusive constitucionais) da história normativa brasileira. É possível ilustrar com exemplos que vão desde as Ordenações do Reino,¹⁰ a Constituição do Império de 1824¹¹ e o Código Comercial de 1850¹² até os relativamente mais modernos Código Civil de 1916¹³ e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973.¹⁴

Incumbe registrar que apesar dessa positivação aparente da arbitragem, esta era pouco utilizada devido ao fato de a legislação complicar sua implementação. Exigia-se, por exemplo, a homologação dos laudos arbitrais e assinatura de compromisso arbitral em juízo, o que, na prática tornava a arbitragem pouco atrativa.¹⁵

Com a globalização e expansão do comércio transnacional, a demanda pela arbitragem cresceu, passando esta a ser figura comum nos contratos internacionais. Tamanha foi a popularidade da arbitragem que a comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) tentou criar uma lei modelo que refletisse a prática internacional na arbitragem. Seus esforços resultaram numa lei modelo concluída em 1985 (com as suas alterações de 2006), elaborada para inspirar países na hora de criarem suas próprias leis.

O Brasil, sensível a essa demanda internacional, finalmente dignou-se a editar uma lei de arbitragem moderna – a lei 9.307 de 1996. Esta lei, apelidada de Lei Marco Maciel em homenagem ao senador que a apadrinhou no Congresso, foi fruto da Operação Arbiter, projeto de Petrônio Muniz que organizou os esforços por trás do anteprojeto de autoria de Carlos Alberto CARMONA, Selma Maria Ferreira LEMES e Pedro Antônio Batista MARTINS.

A nova lei, todavia, não teve uma infância tranquila, sendo sua eficácia posta em dúvida através do questionamento de sua constitucionalidade (por meio do processo de homologação de sentença estrangeira nº 5.206-7 da Espanha). Esse ataque constitucionalista

⁹ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, pp. 29-30

¹⁰ Especificamente, vide o Livro III, Título 16, §1º e §7º das Ordenações Filipinas.

¹¹ Vide o artigo 160

¹² É interessante destacar que o artigo 20 do Título Único dessa Lei nº 556 de 25/06/1850 não só previa a arbitragem, como ainda a declarava obrigatória para as demandas comerciais. Tal obrigatoriedade, todavia, foi revogada posteriormente pelo Decreto nº 3.900 de 26/06/1867.

¹³ Vide o artigo 1.045

¹⁴ Vide, respectivamente, os artigos 1.031 e seguintes e 1.072 e seguintes.

¹⁵ Nesse sentido: CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 31

relegou a recém-lançada lei de arbitragem ao limbo da insegurança enquanto os ministros do Supremo Tribunal Federal debatiam a constitucionalidade desse meio alternativo.

Foi apenas em 2001 que o Supremo Tribunal Federal, com quatro votos contrários, finalmente decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, projetando a arbitragem seguramente para o campo da validade, onde tem ficado até então.

Chancelada no plano nacional, a arbitragem brasileira teve aberta a porta da frente para o plano da arbitragem internacional com a ratificação da Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras em 2002 (Decreto nº 4.311 de 23/07/2002), que facilitou o reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais brasileiras no exterior e estrangeiras no Brasil.

Com uma moderna lei, a ratificação da Convenção de Nova Iorque e livre de quaisquer dúvidas constitucionais, a arbitragem cresceu de forma quase exponencial no Brasil.¹⁶ Atualmente, é seguro afirmar que a arbitragem é um instituto relevante no cenário jurídico brasileiro (e internacional), sendo utilizada com cada vez mais frequência para solucionar as disputas que aparecem no cotidiano litigioso.¹⁷

Prova nesse sentido é que passados vários anos da edição da lei nº 9.307/96, discute-se no Senado, inclusive, a possibilidade de emendar-se ou editar-se uma nova lei de arbitragem para modernizar a regulamentação da matéria.¹⁸

Feita essa breve síntese sobre a história da arbitragem, passa-se agora a enfocar na informática. Nesse passo, e ao contrário da arbitragem, a informática possui uma história muito mais recente, sendo um fato quase onipresente da vida moderna.

¹⁶ É o que a mídia vem noticiando com constância, geralmente com apoio dos números fornecidos pelas principais câmaras arbitrais. Vide, a título meramente ilustrativo, alguns artigos rapidamente encontrados em 07/12/2012:

http://www.portaldoempresariocontabil.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=222:maciel-celebra-o-crescimento-da-arbitragem-judicial-no-pais&catid=71:mescs&Itemid=83,
http://www.ciesp.com.br/ciesp/WebForms/interna.aspx?campo=2098&secao_id=28,
<http://www.conjur.com.br/2010-abr-13/valores-envolvidos-arbitragem-crescem-185-acumulam-24-bilhoes> e
<http://www.caesp.org.br/site/arbitragem-cresce-10-ao-ano-e-ganha-espaco-nas-empresas/>.

¹⁷ Interessante acompanhar, neste sentido, as séries estatísticas publicadas pela CCI, disponibilizadas aqui: http://www.iccdri.com/CODE/LevelTwo.asp?page=Statistical%20Reports&tocxml=ltoc_StatReportsAll.xml&contentxml=insight.xml&contentxml=arbLandingPageStatisticalReports.xml&tocxml=DoubleToc.xml&Locator=8&AUTH=

¹⁸ Nesse sentido, uma comissão de juristas encarregados de estudar a questão (com autoridade do Requerimento nº 702 de 2012 do Senador Renan Calheiros) entregou um anteprojeto sobre a matéria ao Senado em 03/10/2013. O projeto de lei (SF PLS 00406/2013) já enfrentou análise (favorável) da Comissão de Constituição e Justiça.

Deve-se ter a década de 1940 como marco inicial para a narrativa do histórico da informática com o desenvolvimento do primeiro computador¹⁹ eletrônico e programável. Foi nessa época que a marinha dos EUA, em conjunto com a universidade de Harvard desenvolveu o Mark I, projetado pelo professor Howard Aiken. Nessa mesma época, o exército estadunidense também desenvolveu, sob a coordenação de dois engenheiros (J. Presper Eckert e John Mauchly), um computador: o ENIAC (*Electronic Numeric Integrator and Calculator*).

Em seguida, não se pode deixar de mencionar os avanços trazidos por John von Neumann, que, trabalhando em cima do ENIAC, tornou o computador apto a ter um programa armazenado graças ao uso do código binário e armazenamento de dados em sua memória.

Note-se que antes dos computadores mencionados acima, várias outras máquinas foram criadas por mentes brilhantes, as quais serviram de base e inspiração à geração eletrônica desenvolvida pelos militares norte-americanos,²⁰ mas foi com a tecnologia militar que se atingiu o patamar de programação e funcionamento que serviria de verdadeiro embrião para o computador pessoal que se usa hodiernamente. Por isso ser possível afirmar que a origem dos computadores atuais se deve, em grande parte, às forças armadas norte-americanas.

O restante da história da computação pode ser descrito com uma busca pela perfeição, com os computadores ficando mais e mais sofisticados e eficientes com a incorporação de novas tecnologias como transistores, circuitos integrados e microprocessadores que permitiram o computador deixar de ser algo que ocupava uma sala inteira e consumia

¹⁹ Note-se que a expressão ‘computador’ é usada neste trabalho em sua acepção moderna, isto é, de máquina que é utilizada para complexos cálculos. Anteriormente à popularização dessas máquinas, o termo ‘computador’ referia-se também a indivíduos que computavam números.

²⁰ Flexibilizando a história da computação para incluir dispositivos mais primitivos, mas que serviram como precursores de máquinas de cálculos, chega-se à conclusão que os primeiros ‘computadores’ foram os ábacos, que existiam desde aproximadamente 2.500 a.C.. Máquinas mais sofisticadas, porém ainda mecânicas, seriam desenvolvidas a partir do século XVII, sendo dignas de nota as invenções de Wilhelm Schickard, Blaise Pascal (esta aprimorada por Gottfried Wilhelm Leibniz), Herman Hollerith e, principalmente Joseph Marie Jacquard, Charles Babbage e Ada Lovelace que levaram a computação mecânica ao seu ápice. Esses inventores e cientistas trabalharam em máquinas calculadoras movidas a manivelas, recheadas de engrenagens e alimentadas, nos modelos mais sofisticados, por papéis perfurados. Essas versões mecânicas foram cedendo espaço para modelos eletrônicos que cada vez mais aproximavam a humanidade do computador moderno. Vale registrar, nessa esteira de raciocínio, a ‘Turing machine’ de Alan Turing (1936), o ‘Atanasoff-Berry Computer’ ou ‘ABC’ de John Atanasoff e Clifford Berry (1937), o ‘Model K’ de George Stibitz (1937), o ‘Z3’ de Konrad Zuse (1941) e o ‘Colossus’ britânico de Tommy Flowers (1943). Esses modelos estavam mais próximos do Mark I e do EINAC abrindo espaço para máquinas eletrônicas e programáveis como as que temos hoje.

quantidades enormes de energia (sendo, portanto, exclusivo dos governos e grandes centros de pesquisa) e tornar-se uma ferramenta essencial e comum do cotidiano civilizado.

A informática, contudo, não se resume, atualmente, tão somente aos computadores, mas cabe mencionar, igualmente, outra faceta tão importante desse mundo moderno: a internet.

A história do desenvolvimento da internet é similar ao do computador. Nesse sentido, a internet também tem origens militares, sendo um projeto do exército norte-americano para proteger os dados coletados em seus computadores de um ataque nuclear russo. A forma proposta para evitar a perda dos dados foi descentralizar a informação e espalhá-la com facilidade, ou seja, integrar vários computadores ao mesmo tempo. Foi com isso em mente que surgiu o ARPANET (*Advanced Research Projects Agency*) em 1969 que ligou os vários laboratórios de pesquisa e tecnologia norte-americanos. Este programa foi encabeçado por figuras visionárias como Lawrence Roberts, Robert Taylor e, principalmente, Joseph Carl Robnett Licklider.

A primeira conexão e comunicação *online* foi entre duas universidades (a UCLA de Los Angeles, Califórnia, e o Stanford Research Institute) e se deu em 29 de outubro de 1969, sendo que os cientistas conseguiram transmitir duas letras (L e O) antes do sistema falhar. Apesar disso, a tecnologia estava estabelecida e a rota de ascensão da internet traçada.

O passo seguinte de desenvolvimento foi unificar os outros sistemas de rede que haviam surgido paralelamente ao ARPANET como o NPL, CYCLADES, UUCP, Usenet, X.25 e o Merit Network. Isso se deu na década de 1970, através da utilização do protocolo TCP/IP que permitia a fácil integração de variados sistemas não obstante as diferenças existentes na formulação de cada um.

Estabelecidas essas bases flexíveis, foi uma questão de tempo para a internet acompanhar a popularização dos computadores e também migrar dos grandes centros governamentais e universidades para escritórios e domicílios a partir, principalmente, da década de 1980.

Desde então, a internet e o computador tem se espalhado ao redor do mundo de forma pandêmica, profundamente afetando o mundo atual e a forma como os cidadãos deste século

se comunicam, trabalham e até se divertem.²¹ Tamanha foi a revolução provocada pela informatização que para S. R. C. S. LEAL, é justo sustentar que a humanidade vive atualmente na Era da Informação.²²

A partir da narrativa acima, pode-se extrair algumas características comuns da informática e da arbitragem. De maior relevo é que ambos os fenômenos, ao longo de sua história, mudaram e se adaptaram, exibindo grande flexibilidade na busca da larga aceitação que têm atualmente: computadores gigantes e movidos a manivelas, por exemplo, transformaram-se em pequenos *smartphones* integrados à rede mundial; procedimentos complicados e custosos, sem respaldo estatal, viraram alternativa célere, eficaz e acobertada por instrumentos internacionais (ex. Convenção de Nova Iorque) com aceitação quase global.

Ou seja, graças à flexibilidade de adaptação desses institutos, cada qual conseguiu expandir sua esfera de atuação e influência de forma dramática nessas últimas décadas. Era inevitável, portanto, que tanto arbitragem quanto informática passassem a afetar (e serem afetados por) outras áreas.

Pense-se, por exemplo, no comércio internacional. No que tange a arbitragem, na medida em que esta passou a ser considerada via favorita para solução desses tipos de litígios,²³ é razoável supor que a forma como os contratos comerciais são negociados passa a ser influenciada por esta nova realidade.²⁴ Similarmente, aproveita-se as palavras de S. R. C. S. LEAL no que diz respeito à informática:

*“A utilização da Internet para fins comerciais propiciou o desaparecimento das distâncias e das fronteiras, a redução das barreiras alfandegárias e a progressiva abertura dos mercados, levando ao crescimento vertiginoso do comércio interno e internacional.”*²⁵

²¹ GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 8, Ano 2, Curitiba: Síntese-CBar, out-nov-dez/2005, p. 43

²² LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6

²³ BIUKOVIC, L.. International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. In: *Northwestern Journal of International Law & Business*. Vol. 22, nº 3, Chicago: Northwestern University, verão de 2002, p. 319

²⁴ Exemplo: a arbitragem, ao oferecer um foro neutro, e solução eficaz e célere, diminui os custos de transação, sendo desnecessário computar nos preços de negociação riscos por falta de segurança jurídica ou contingenciamento de recursos para fazer frente a uma longa disputa judicial.

²⁵ LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 8

Inclusive, da perfeita junção do comércio com a internet que nasceu o comércio eletrônico ou ‘*e-commerce*’, descrito como a transação jurídica onerosa por meio da internet visando o fornecimento de produtos e serviços.²⁶ Não é difícil antever, ademais, que se o *e-commerce* continuar crescendo, é provável que o número de disputas ligadas a essas transações, também tenderá a crescer, aflorando a necessidade de meios adequados para resolver essas controvérsias.²⁷

Diante desse quadro de expansão das esferas de atuação da arbitragem e da internet, era esperado que esses fenômenos se encontrassem mais cedo ou mais tarde e, sendo dois fenômenos cuja história atesta às suas capacidades de adaptação, se influenciassem mutuamente. Dito com outras palavras, o encontro entre arbitragem (assim como as demais áreas do Direito²⁸) e informática é inevitável e, muito certamente, desse encontro ambos sofrerão mudanças.

Do lado da internet, por exemplo, nota-se que a arbitragem já começa a se inserir como ferramenta predileta para soluções das disputas virtuais, especialmente aquelas surgidas no âmbito do comércio eletrônico *online*.²⁹ Essa predileção é compreensível na medida que a arbitragem pode servir de foro neutro e eficiente (especialmente se *online*), não deixando as partes de diferentes jurisdições inseguras sobre foro e custas se firmarem um contrato no ciberespaço.³⁰ Imagine-se, por exemplo, encomendar um produto pela Internet e em caso de defeito ter que litigar na Tailândia onde tal produto foi manufaturado...

Por isso, é fácil de entender a posição de T. SCHULTZ, por exemplo, quando aponta a arbitragem como caminho natural para o escoamento das disputas nascidas no comércio eletrônico. Toma-se a liberdade de transcrever aqui suas palavras:

²⁶ Idem, p. 32

²⁷ ALFORD, R. P.. The virtual world and the arbitration world. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 18, nº 4, Alphen aan den Rijn: Kluwer, dez. de 2001, p. 453; e BLUM, R. O.. Arbitragem no Direito eletrônico. In: *Revista do Advogado*, nº 119, ano XXXIII, São Paulo: AASP, Abril de 2013, p. 127

²⁸ LUCCA, N.. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas consequências para a pesquisa jurídica. In: *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 44

²⁹ CACHARD, O.. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. United Nations Conference on Trade and Development, 2003., p. 04

³⁰ ALFORD, R. P.. The virtual world and the arbitration world. Cit. *supra* nº 27, p. 454; e SCHNEIDER, M. E.; e KUNER, C.. Dispute resolution in International electronic commerce. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, nº 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer, set. de 1997, p. 6.

“Outside cyberspace, ordinary consumers do not usually enter international agreements. In cyberspace, they engage in small or medium transactions, which they would usually not have done in the offline world. In these cases, courts are too expensive – mainly because of costs of filing, travel and legal counsel – and they are too slow. Courts are often an economically unreasonable medium to solve disputes arising out of cyberspace. The parties to such small or medium-sized disputes in cyberspace will often have strong economic incentives not to go to court, leaving the dishonest party with the victory. Courts, for such parties with disputes of this kind, generate plainly prohibitive costs.

Second, alternative dispute resolution methods except arbitration are often not effective enough, because they produce case outcomes that are not legally binding enough.”³¹

Mencione-se, a título ilustrativo suplementar, que as disputas de nomes e domínios das páginas pela internet são resolvidas por arbitragem.³² Tais exemplos respaldam a conclusão de P. PECK que a solução por arbitragem é, inclusive, uma das características notáveis do Direito Digital.³³

Em outras palavras, a arbitragem já está transformando as relações jurídicas na internet.

Cumpra ao estudioso, todavia, pesquisar o outro lado da moeda, isto é, como a informática anda impactando a arbitragem? A arbitragem deveria mudar para enfrentar essa nova realidade informatizada? Se sim, como? E, mais importante, a arbitragem brasileira, na sua rota atual, sairá engrandecida desse encontro com a informática, ou cairá em desuso por não conseguir acompanhar essas tendências modernas? Essas e outras perguntas serão objeto

³¹ SCHULTZ, T. *Online arbitration: binding or non-binding?*, Introduction. No mesmo sentido: M. E. FINKELSTEIN que doutrina: “Sabe-se que a arbitragem é fundada em sigilo, rapidez e eficiência, princípios esses totalmente compatíveis com o objetivo de celebração de contratos eletrônicos. Saliente-se que um dos motivos que levam as partes contratuais a celebrarem eletronicamente seus contratos é justamente a rapidez e praticidade desta forma de contratar. Desta feita, o fato de que conflitos oriundos de contratos eletrônicos sejam rapidamente dirimidos parece estar em conjunção com o primário objetivo das partes.” (Arbitragem e contratos eletrônicos internacionais. In: *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 156-157)

³² É o caso do UDRP do ICANN. (Vide: <http://www.icann.org/en/about/welcome> - acessado em 11/12/2012).

³³ PECK, P.. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30

desta dissertação, para que se possa entender o quadro atual da arbitragem informatizada e julgar se há necessidade em aprimorar a arbitragem, e seu arcabouço normativo – para melhor se adaptar à informática.

2.- Terminologia:

É de rigor estabelecer nesse capítulo introdutório alguns conceitos e distinções que serão mantidos ao longo dessa dissertação.

Nesse passo, cumpre distinguir entre os adjetivos ‘informatizado’, ‘virtual’, ‘eletrônico’, ‘digital’ e ‘*online*’ que podem ser empregados para descrever desde a arbitragem como um todo até componentes da arbitragem como a cláusula compromissória ou a sentença arbitral. Em que pese no cotidiano essas expressões serem toleradas como se sinônimos fossem, é preferível, para os propósitos dessa obra, atribuir a cada vocábulo um significado próprio e distinto.

Sendo assim, nesta dissertação, observar-se-á, os seguintes significados:

I.) Informatizado – é o gênero que abarca todas as espécies, isto é, é informatizado aquilo que exhibe algum grau de uso de ferramentas da informática (seja o computador, a internet, os vários programas ligados a eles, etc.). Consequentemente, ao se referir, por exemplo, a uma arbitragem informatizada, quer se dizer que tal arbitragem conta com o uso de recursos tecnológicos, seja em grau simples ou até completo, conforme se dá com alguns dos outros termos abaixo;

II.) Virtual – se refere a um grau de informatização completo, ou seja, algo que se passa inteiramente no ambiente eletrônico. A arbitragem virtual, portanto, é aquela que possui quase nenhuma ligação com o mundo concreto, passando-se inteiramente no ciberespaço;

III.) Eletrônico e Digital – trata-se de expressões que serão usadas para significar componentes que se dão na tela do computador. Reporta-se, principalmente, à forma como a informação é registrada na memória do computador ou seus repositórios externos (*flash-drives*, CDs, *Skydrive*, etc.); e

IV.) *Online* – importa na qualidade de determinada coisa estar conectado à rede mundial de computadores. Não se confunde com virtual, pois nem tudo que é virtual necessariamente está ligado à internet, podendo funcionar num circuito interno e fechado.

Outra expressão que urge ser enfrentada aqui é de *Online Dispute Resolution*. Dado o sucesso do acrônimo ADR (de *Alternative* (ou *Adequate*) *Dispute Resolution*) para os sistemas de soluções de controvérsias – com destaque para a arbitragem – não causa surpresa descobrir que os juristas estrangeiros já tenham achado um acrônimo para a arbitragem informatizada: ODR (ou, em alguns textos, até OADR – *Online Alternative dispute Resolution*). Segundo a doutrina estrangeira ODR “[...] refers to the use of Internet technology, wholly or partially, as a medium by which to conduct the ADR proceedings, in order to resolve commercial disputes which arise from the use of the Internet.”³⁴

Muito se discute, porém, se há justificativa para a adoção de uma terminologia específica para a arbitragem informatizada.³⁵ Isto é: a arbitragem informatizada é tão diferente assim da arbitragem ‘tradicional’ que mereça ser classificada numa categoria distinta? A resposta deve ser negativa.³⁶ Ficará claro ao longo dessa dissertação que a arbitragem, quando informatizada, sofre alteração principalmente em aspectos formais, dificilmente mudando de natureza. Ademais, como a informatização pode variar de grau (indo de quase nenhuma para a arbitragem virtual e *online*), a criação de uma nova categoria em ODR parece apenas gerar o problema de tentar descobrir qual o grau de informatização necessário para conquistar esse título. Por tais razões, a expressão ODR não será aqui adotada.

³⁴ HALOUSH, H. A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 25, nº 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer, junho de 2008, p. 355

³⁵ Vide: YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 20, nº 5, Alphen aan den Rijn: Kluwer, out. de 2003, pp. 456-457

³⁶ Nesse sentido: HALOUSH, H. A.; e MALKAWI, B. H. Internet characteristics and online alternative dispute resolution. In: *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 13, nº 2, Cambridge: Harvard, verão de 2008, p. 332; e KALLEL, S.. Online Arbitration. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 25, nº 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer, junho de 2008, p. 345. Em aparente sentido contrário: GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* nº 21, p. 49

3.- Objetivos:

O objetivo mor desta dissertação, conforme aludido acima, é estudar a interação da arbitragem com a informática. Note-se que o estudo é sobre a influência da informática na arbitragem e não o contrário (impacto da arbitragem na informática), quer se dizer com isso que com o trabalho voltado para o campo jurídico, a arbitragem assumirá aqui o papel de protagonista, ou centro de análise, com a informática sendo apreciada na medida em que influenciar a arbitragem.

Traduzindo em termos concretos, não será objeto de análise nesta dissertação questões ligadas à forma como a arbitragem pode transformar o mundo da informática. Serão deixadas de lado, portanto, pontos que poderiam ser considerados como *circa meritum causae* das arbitragens, tais como disputas envolvendo contratos de servidores, conflito de posse de domínios e nomes, compras *online*, etc.³⁷

Questão constantemente presente na análise que se seguirá é em que medida a arbitragem, tal como atualmente regrada, suporta as inovações tecnológicas? Isto é, seria lícito e válido empregar na arbitragem todos os recursos informáticos ou há restrições por falta de previsão legal (ou até mesmo expressa proibição legal)? E, dependendo da resposta obtida, cumpre lançar outras indagações: incompatível a tecnologia com o ordenamento atual, é o caso de modificar-se a legislação? Se sim, como?

O principal enfoque desta dissertação, conseqüentemente, é não só verificar a compatibilidade da arbitragem com a tecnologia da informação, mas, por meio da provocação do debate, tentar ajudar a arbitragem a, onde necessário, adequar-se a esse novo mundo.

Por fim, vale sopesar que ao longo desse trabalho haverá uma pequena confusão de meios e fins no sentido de que para atingir o fim mestre de verificar a validade das novas formas, se fará uma detida análise de vários aspectos da arbitragem e da informática. Assim, essa dissertação também cumpre a função de explicar e esclarecer importantes questões e pontos da arbitragem, tais como o conceito de sede arbitral, documento eletrônico, arbitralidade de certas matérias, requisitos para homologação, etc.

³⁷ Vide neste sentido: BLUM, R. O.. Arbitragem no Direito eletrônico. Cit. *supra* n° 27

4.- Metodologia:

No que tange a metodologia a ser empregada, é de rigor salientar algumas questões.

Adianta-se, primeiramente, que o enfoque da dissertação será a arbitragem brasileira, isto é, deseja-se conferir uma abordagem nacional à pesquisa, meditando sobre a arbitragem regida pela lei 9.307/96 e/ou com outros elementos de conexão relevantes com o Brasil. Isso não significa, todavia, que o Direito Comparado e o uso de fontes estrangeiras serão descartados desse estudo. Muito pelo contrário, como esta matéria já recebeu mais atenção no exterior (em grande parte por conta de tanto a arbitragem quanto a informática lá se desenvolverem antes), frequentemente serão utilizadas obras e lições estrangeiras. Quer-se, portanto, afirmar que o centro gravitacional da obra será o Brasil, sem olvidar os importantes ensinamentos forasteiros.

Enfatize-se, outrossim, que são poucas as fontes nacionais a tratar do assunto. Tanto na doutrina como na jurisprudência há escassez de literatura adequada para o tema. Tal escassez se deve, seguramente, não só ao fato de o tema a ser investigado dizer respeito a um nicho do direito processual (a arbitragem), mas também (e principalmente) por tratar-se de matéria bastante novel, tendo transcorrido pouco tempo para que os juristas estudassem essas novidades.

Sob esse último motivo, vale lembrar que o mundo da informática está em perpétua e acelerada evolução. Constantes como a regra de Moore resultam em uma realidade onde a tecnologia lançada hoje será tida como ultrapassada na próxima semana. Consequentemente, existe uma dificuldade inerente em estudar uma matéria cujo alicerce está em eterno e veloz movimento.

Como se não bastasse, a própria lei de arbitragem está numa possível época de grandes mudanças, decidindo o Senado estudar a adoção de novo projeto de lei que pode, por sua vez, afetar as conclusões aqui traçadas.

Em síntese, a matéria aqui tratada é instável.

A segunda explicação por trás da escassez de fontes é que se está diante de uma área muito específica e peculiar do direito. A arbitragem já foi agraciada com várias obras bem conceituadas e conta hoje com periódicos ilustres. Tais tomos serão usados aqui para traçar as linhas mestres e fundamentar conceitos básicos em preparo à exploração do assunto específico

que aqui interessa. O Direito da Informática, similarmente, vem recebendo bastante atenção já faz alguns anos. Sob uma perspectiva mais ampla e menos focada na arbitragem, é permitido salientar, por exemplo, a obra de I. TENÓRIO (*Direito e Cibernética*. Brasília: Ebrasa) cuja data de publicação é de 1972, provando que há décadas que alguns modernos juristas brasileiros estão de olho na informática e suas consequências jurídicas. No entanto, se por um lado a visão macroscópica de ‘Direito e Informática’ e da Arbitragem já receberam atenção da doutrina, por outro lado, o microcosmo arbitral não foi tão felizado.

Ademais, é lícito afirmar que o estudioso da arbitragem sempre terá mais dificuldade em apoiar-se em um estudo da jurisprudência do que o estudioso de outras áreas do direito processual, por duas razões. Primeiramente, insta lembrar que a confidencialidade é comum à arbitragem, diminuindo significativamente o acesso às sentenças arbitrais.³⁸ Em segundo lugar, não existem na arbitragem instâncias recursais ou outros mecanismos estruturais para padronização da jurisprudência, dificultando a identificação de uma jurisprudência predominante ou pacificada – problema, possivelmente exacerbado pela questão de as partes normalmente indicarem um dos árbitros que, presume-se, foram escolhidos por ideologia que favorece a causa da parte nomeadora.

Segue do disposto acima que existe uma escassez de fontes jurídicas ideais para embasar essa dissertação, fato que realça a importância da produção desta obra, na medida em que espera-se que esta dissertação ajude a suprir essa lacuna infeliz.

Assim, em não havendo tratados dedicados exclusivamente ao tema, foi preciso utilizar, principalmente, artigos de revistas especializadas e, frequentemente, propor novas ideias e sugestões, visto que por vezes explora-se aqui verdadeira *terra incógnita*.

Por fim, um aviso: ao dissertar sobre a influência da informática na arbitragem, é obrigatório tratar de assuntos e conceitos que fazem parte de uma realidade distinta daquela com a qual grande parte dos juristas estão acostumados. Isto é, haverá uma necessidade de diálogo entre dois sistemas cuja linguagem de comunicação frequentemente não coincide, criando a necessidade de explicações para assegurar que um leitor jurista, porém leigo em informática, compreenda o assunto tratado. Optou-se, portanto, pela presunção de que o leitor

³⁸ Como bem expõe T. SCHULTZ em artigo dedicado a esse assunto: “*Comprehensive statistics on online arbitration, however, are not available yet, which is probably due to the fact that the parties to arbitration and the institutions providing it consider such procedures private and confidential.*” (*Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* n° 31, Item I)

é, em alguma medida, leigo nos assuntos tecnológicos, justificando explicações simplificadas e superficiais de assuntos de tecnologia da informática.

5.- Guia dos Capítulos:

Esta dissertação é dividida em oito capítulos e com exceção dos dois extremos (introdução e conclusão) segue a estrutura normal de uma arbitragem indo desde a convenção arbitral, progredindo pelo procedimento e instrução da arbitragem até chegar na sentença arbitral. Abaixo um sintético resumo do conteúdo de cada capítulo.

O primeiro capítulo introdutório, que ora se finda, dispensa explicações.

O segundo capítulo terá como protagonista a convenção arbitral tanto na modalidade de cláusula compromissória como de compromisso arbitral, mas sob a vertente eletrônica. Ou seja, pesquisar-se-á, se a convenção arbitral eletrônica é admissível e quais fatores dessa novidade merecem atenção.

A análise para resposta dessas questões se iniciará por uma explicação do funcionamento das convenções arbitrais, seguido de uma breve análise do potencial das mesmas para regular relações agasalhadas pelo Código de Defesa do Consumidor dada a popularidade da arbitragem para reger compras *online*.

Posteriormente será pesquisado se a forma eletrônica é válida para as convenções arbitrais face à legislação existente. Merece destaque nesse tópico duas matérias: a da possibilidade do registro eletrônico satisfazer a exigência de forma ‘por escrito’ e a adaptação das exigências especiais dos contratos de adesão ao mundo informatizado.

A última parte da análise concentrará seus esforços na idoneidade do *e-mail* ou adesão *online* – meios mais tradicionais de manifestação virtual – para registrar a aquiescência com a arbitragem.

Por fim, será oferecida uma conclusão sobre o tema.

O tema central do terceiro capítulo é a sede da arbitragem e, naturalmente, como este instituto é afetado pela informatização.

Para explorar esta matéria o terceiro capítulo adotará uma estrutura de ampla introdução para preparar a abordagem, propriamente dita, do tema central (sede arbitral na arbitragem informatizada). Uma extensa apresentação é necessária para primeiramente fixar

no que consiste a expressão sede da arbitragem e, de suma importância, se a precisão da sede da arbitragem tem alguma relevância no ordenamento brasileiro, sob pena de gastar um pequeno rio de tinta sem qualquer proveito além do campo teórico.

Firmado o valor da sede da arbitragem, urge compreender como esse *locus* é definido na arbitragem tradicional (desprovida de informatização) para apenas então trazer o problema para o campo que interessa a essa dissertação: a arbitragem informatizada ou até virtual.

Nessa segunda parte do capítulo, portanto, serão expostas as diferentes sugestões doutrinárias para resolver a questão de como localizar a sede da arbitragem no ciberespaço, emitindo-se, ao final, juízos de valor para cada alternativa.

A conclusão que fecha o capítulo resume os pontos principais e avalia a necessidade de uma modernização da lei de arbitragem neste quesito.

O quarto capítulo marca o centro da obra e, portanto, reflete fase essencial da arbitragem: a do procedimento arbitral quando o tribunal arbitral está constituído e a causa passa a ser apreciada em contraditório.

O cotejo da informatização com o procedimento arbitral é realizado no referido capítulo de forma segmentada. Primeiro, são dedicados alguns parágrafos para listar e explicar de que forma a tecnologia pode influenciar o procedimento, isto é, que novidades a informática pode trazer à arbitragem?

Identificadas as tecnologias, estas são dissecadas por três lentes diferentes: (i) a eficiência, eficácia e licitude trazida pelo possível uso dessa tecnologia; (ii) o grau de confiança que pode ser depositado nessa tecnologia – lembrando a importância que a confidencialidade costuma assumir na arbitragem; e (iii) se o emprego dessas ferramentas não desrespeita princípios inafastáveis da arbitragem como a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa.

Na conclusão, um resumo das percepções obtidas ao longo do capítulo, inclusive oferecendo uma lista de pontos importantes para os arbitralistas que desejam enveredar por este território.

No que tange o quinto capítulo, este visa analisar o documento eletrônico enquanto fonte de prova para a arbitragem. Não se quer com isso afastar de plano o direito processual estatal – apenas ter-se-á por foco principal a arbitragem, que é a área de maior interesse nesta dissertação. Pondera-se, todavia, que há suficiente similitude entre as duas áreas para que haja

proveito de várias das conclusões tecidas neste estudo, malgrado destinadas originalmente ao mundo arbitral. Nesse passo, recorda-se a importante lição de P. A. B. MARTINS sobre o assunto:

*“Ressalvadas as regras específicas constantes dos regulamentos de instituições arbitrais, as disposições legais do Código de Processo Civil, no que é pertinente às provas, traçam um caminho seguro ao árbitro no desenvolvimento da fase probatória.”*³⁹

Não obstante este esclarecimento, ressalve-se que não serão feitas grandes divagações sobre a força probante dos documentos eletrônicos segundo os postulados do Código de Processo Civil, inclusive porque nada garante que as partes elegerão o Código de Processo Civil como regra aplicável ao procedimento. Similarmente, apesar de concluir-se adiante que certos documentos eletrônicos possuem natureza jurídica de documentos físicos (vide *infra* V.2.2.), não se aproveitará as regras de valoração da prova do Código de Processo Civil ou do Código Civil, visto que tanto um como o outro podem ser substituídos por outros diplomas ou regras criadas na arbitragem.

Adicionalmente, o leitor notará que o capítulo quinto não se prende exclusivamente nos aspectos jurídicos da matéria. Relevante espaço é dedicado para considerações de cunho pragmático sobre os documentos eletrônicos, pois se acredita que o funcionamento e natureza peculiar desse objeto de estudo acabam repercutindo diretamente no campo jurídico. Ou, dito de outra forma, para que seja possível elaborar teses jurídicas sobre os documentos eletrônicos é preciso entender a realidade dos mesmos, que difere em muitos aspectos das outras fontes de prova.

Feitas essas elucidações, antecipa-se que a análise será dividida em quatro partes. Na primeira, o objetivo será providenciar um entendimento mais avançado – tanto do ponto de vista prático como jurídico – sobre a natureza e funcionamento do documento eletrônico. Na segunda parte, pesquisar-se-á a admissibilidade dessa fonte de prova, dando um enfoque especial para problemas práticos que podem gerar questionamentos jurídicos, como a possibilidade de limitar o tamanho ou formato de documentos em nome da autonomia da

³⁹ MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 243

vontade. Também será objeto de análise dessa segunda parte um comentário sobre um problema ainda pouco estudado na doutrina brasileira: o do excesso de documentos eletrônicos. Em seguida, a terceira parte, tendo em vista a conclusão pela admissibilidade dos documentos eletrônicos, concentrará sua atenção sobre os fatores que podem nortear a valoração dessa fonte de prova, especialmente a integridade e autenticidade dos documentos eletrônicos.⁴⁰ Finalmente, a conclusão retomará as lições colhidas nas partes anteriores e visará dar ao leitor alguns conselhos úteis.

Tendo analisado a principal fonte de prova da informática, o sexto capítulo prossegue com o estudo da instrução probatória na arbitragem, mas desviando a atenção das fontes para os meios de prova e elegendo como paradigma um meio de prova inusitado: o uso do computador como possível *expert witness* ou perito. Trata-se de pesquisa dedicada a estudar a viabilidade de programas de computador auxiliarem os árbitros a responder dúvidas sobre os elementos fáticos das provas e assim formarem suas convicções sobre as provas nos autos.

Para melhor explorar essa novel matéria, primeiro são dedicados alguns tópicos a explicar a função do perito e do *expert witness* para então descrever como o computador pode tentar encaixar-se nessa posição.

Não basta, todavia, que o computador sirva de perito ou *expert witness*, é necessário que esse meio de prova seja admissível e aproveitável na arbitragem, sob pena dessa nova tecnologia ter zero proveito concreto jurídico. Assim, a análise da questão no sexto capítulo continua investigando a questão do ponto de vista jurídico, visando, ao fim, afirmar a licitude e utilidade do computador na elucidação dos fatos.

Sendo que toda a arbitragem deságua e se encerra com a sentença arbitral, urge, em nome da coerência, dedicar o último capítulo de análise ao estudo da sentença arbitral eletrônica, checando se a forma eletrônica interfere na validade da sentença arbitral eletrônica proferida aqui ou no estrangeiro.

Desta forma, o sétimo capítulo é aberto com uma breve narrativa sobre a sentença arbitral para, após a devida explicação desse instituto, analisar se a forma eletrônica é compatível com as exigências legais atuais. Esta investigação se dá tanto no plano interno

⁴⁰ Esclarece-se que não será objeto principal dessa parte uma análise de até que ponto uma parte pode manifestar sua vontade por vias eletrônicas. Este tema está mais relacionado com a formação da cláusula compromissória válida e existente na arbitragem, do que com o documento eletrônico como fonte de prova sendo objeto de análise do Capítulo II.

como externo, isto é, pesquisa-se se a sentença arbitral eletrônica é válida para aqui ser executada e/ou homologada.

Como de praxe, o sétimo capítulo é encerrado com uma sintética retomada das principais conclusões para avaliar se a legislação deve ou não ser alterada e, em caso positivo, de que forma?

O oitavo e último capítulo contém a conclusão da dissertação como um todo. Aqui é feito um resumo do que foi descoberto e afirmado ao longo das páginas que antecedem este ponto para tentar avaliar se a arbitragem informatizada está apta a funcionar diante do quadro legal hodiernamente existente.

*

*

*

Capítulo II

A Convenção Arbitral Eletrônica

1. Introdução; 1.1. Arbitrabilidade das Relações Consumeiristas; 2. Registro Eletrônico da Convenção Arbitral; 2.1. Estipulação ‘Por Escrito’; 2.2. Documento Apartado Referido; 2.3. Contratos de Adesão; 2.4. Compromisso por Termo nos Autos; 2.5. Instrumento Público Eletrônico; 3. A Manifestação da Vontade Eletrônica; 3.1. A Manifestação da Vontade pela Troca de *E-mails*; 3.2. A Manifestação da Vontade por Aceitação de Termos Disponibilizados *Online*; 3.3. Formação das Convenções Arbitrais Eletrônicas; 4. Conclusões.

1.- Introdução:

A convenção arbitral pode ser enquadrada como o ponto de partida de qualquer arbitragem, sendo através dela (seja na modalidade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral) que as partes expressam seu desejo de direcionar sua disputa à jurisdição arbitral, em detrimento da jurisdição estatal (art. 3º da Lei nº 9.307/96).

Esta figura representa, portanto, peça absolutamente fundamental⁴¹ para qualquer arbitragem, posto que é a semente da qual germinará todo o processo arbitral. Sendo pressuposto lógico da arbitragem, qualquer arbitragem conduzida sem a presença de uma convenção arbitral válida pode ser tida como processo natimorto.

Assim, incumbe ao autor que pretende recorrer à arbitragem provar a existência de uma válida convenção arbitral,⁴² com tal decisão sendo revista, num primeiro momento, pelos árbitros (art. 8º, § único da Lei nº 9.307/96) e, eventualmente, também pelo juiz togado em um segundo momento (art. 32, I da Lei nº 9.307/96).

⁴¹ Útil aproveitar as categóricas palavras, nesse sentido, de REDFERN & HUNTER: “*The agreement to arbitrate is the foundation stone of international arbitration. It records the consent of the parties to submit to arbitration – a consent which is indispensable to any process of dispute resolution outside national courts.*” (BLACKABY, N.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5. ed. Nova Iorque: Oxford, 2009, p. 85). No mesmo sentido: MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* nº 39, p. 77

⁴² FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Editado por SAVAGE, J.. Haia: Kluwer, 1999, p. 360

A mera existência da convenção arbitral, todavia, não garante o bom êxito do processo arbitral.⁴³ Tendo em vista que lá podem (e muitas vezes devem) ser disciplinadas as regras referentes ao procedimento arbitral, como, por exemplo, se será adotado o regulamento de determinada instituição, se a arbitragem será sigilosa, se será julgada por árbitro único ou um painel tríplice, etc., problemas com as cláusulas podem complicar ou até comprometer⁴⁴ o deslinde da arbitragem.

Com efeito, é imperioso que a elaboração das convenções arbitrais seja feita com cuidado, sob pena das partes criarem de próprio punho um possível campo minado de preliminares ligadas à convenção arbitral que atrasarão a discussão do mérito da demanda em juízo.⁴⁵

Adicionalmente, é preciso ter em mente que uma convenção arbitral válida terá o condão de afastar o acesso das partes (salvo consentimento delas em sentido contrário) de acesso à jurisdição estatal na fase cognitiva. Trata-se dos chamados efeitos *positivo* e *negativo* da convenção arbitral, posto que essa, ao mesmo tempo em que firma a vinculante competência da jurisdição arbitral (efeito positivo), paralelamente (e por consequência lógica) afasta a competência do juiz togado (efeito negativo).⁴⁶

A convenção arbitral, portanto, representa uma escolha que se por um lado amplia o leque de opções, por outro fecha a porta para outros. Essa escolha é ainda mais impactante na cláusula compromissória do que no compromisso arbitral por haver uma espécie de renúncia

⁴³ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. supra n° 03, p. 107: “Bem delineada a convenção, há expectativa de uma caminhar tranquilo para a solução do conflito. Porém, se vícios ou falhas vierem a existir nesta fase, compromete-se a saúde da arbitragem, exigindo um tratamento de menor ou maior complexidade, podendo até mesmo obstar sua utilização.”

⁴⁴ Exemplo bem conhecido do disposto acima são as cláusulas *vazias*, *incompletas* e portanto patológicas, que por não conterem dados suficientes para o início da arbitragem, obrigam a parte autora a se socorrer do Judiciário para vencer a resistência do réu na instituição da arbitragem. Sobre o assunto vide: CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. supra n° 03, pp. 120-121; CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 112 e 156; FOUCARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. supra n° 42, pp. 262-268

⁴⁵ Aproveita-se aqui as palavras de P. A. B. MARTINS: “Daí a cautela a se empregar no momento de se redigir o pacto de arbitragem. Deve-se evitar as cláusulas patológicas, de efeito desestabilizador. Essa preocupação se faz mais presente, ainda, quando sabemos que esse dispositivo contratual, normalmente, é uma das últimas condições a ser acordada pelos contratantes. Por essa razão, a cláusula compromissória é denominada, sarcasticamente, de *midnight clause*. Praticamente o pacto arbitral é redigido quando as condições do negócio já se encontram amadurecidas e as partes prontas para sua formalização. Esse fato, sem dúvida, agrava a possibilidade de equívocos e redundância em fator de muitas das preliminares, fundamentadas ou não, que se põem ante o pedido de instituição de arbitragem.” (Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Cit. supra n° 39, p. 77)

⁴⁶ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. supra n° 03, p. 136; CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. supra n° 44, p. 102; GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 121 e 125; e MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. supra n° 39, p. 77.

prévia, abdicando de antemão litígios futuros e desconhecidos. Ou seja, cumpre notar que a convenção arbitral traduz uma espécie de limitação para as partes e é sempre recomendável tratar com maior rigor e cuidado as obrigações restritivas de direito. Como bem nota REDFERN & HUNTER:

*“A valid agreement to arbitrate excludes the jurisdiction of the national courts and means that any dispute between the parties must be resolved by a private method of dispute resolution, namely arbitration. This is a serious step to take, albeit one that has increasingly become commonplace. Good reasons exist, therefore, for ensuring that the existence of such an agreement be clearly established.”*⁴⁷

Consequentemente, certificar-se de que a convenção arbitral está em ordem e é válida é tarefa importante, para assegurar que as partes validamente renunciaram ao Judiciário e que a arbitragem será exitosa.

Simultaneamente, é bom recordar que conforme o comércio mundial se expande através da internet, aumenta o número de contratos eletrônicos que celebram obrigações e deveres *online*. Similarmente, modos de comunicação eletrônicos também vêm se popularizando, sendo comum as pessoas se manifestarem, hodiernamente, por vias eletrônicas, seja por *e-mail*, SMS, etc. Essa mudança de hábitos repercute na arbitragem na medida em que

⁴⁷ REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* nº 41, pp. 89-90. Igualmente, como bem nota O. CACHARD: “[...] in an arbitral clause, the parties undertake in advance to submit any dispute that arises to an arbitral tribunal. In so doing, they renounce the right to refer the dispute to State courts. The commitment should therefore not be taken lightly” (*Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 15. No mesmo sentido: MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Nov. de 2005., item II.1.1.1. Em sentido contrário: A. WALD, sustentando ser presumível que certos tipos de litígio comerciais sejam solucionados ordinariamente pela via arbitral e excepcionalmente pelo juízo estatal, invertendo os padrões. (Os aspectos formais da convenção de arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro). In: *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105)

Adotando posição mais intermediária existe a doutrina de FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN que combatem tanto uma interpretação restrita como ampliada da convenção arbitral argumentando que sendo a arbitragem uma via normal para solução de litígios, a convenção arbitral não deve ter presunção nem a favor nem contra sua validade. (*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, pp. 260-262)

crecem as chances de convenções arbitrais serem firmadas por vias eletrônicas, levantando a dúvida de até que ponto é lícita e válida uma convenção arbitral eletrônica?^{48 e 49}

O. CACHARD bem delimita os contornos da questão, notando que para avaliar até que ponto a cláusula eletrônica é válida é necessário analisar duas questões bem colocadas pelo referido autor. Primeiro: A cláusula compromissória pode ser tida como validamente registrada em formato eletrônico, ou exige forma cartácea? Ou seja, a cláusula compromissória que integra um documento eletrônico é válida? Segundo: É válida a manifestação da vontade feita pelas vias eletrônicas?⁵⁰

Desta forma, este capítulo buscará responder a *vexata quaestio* da validade da convenção arbitral eletrônica encarando-a sob essas duas óticas.

1.1. – Arbitrabilidade das Relações Consumeristas

Antes de analisar a validade da convenção arbitral eletrônica, é recomendável analisar outra importante questão: a validade das convenções arbitrais nas relações entre consumidores e fornecedores.

A priori pode parecer que uma análise da arbitrabilidade das relações consumeristas não caiba neste capítulo. Afinal, o enfoque do capítulo é na forma de celebração e registro da convenção arbitral, o que dificilmente muda por conta da matéria tratada, desaconselhando adentrar neste intrincado debate. Por outro lado, o enfrentamento deste ponto, nem que sucintamente, justifica-se tendo em vista que a arbitragem *online*, por sua peculiar natureza (vide *supra* I.1.), provavelmente envolverá muitas contendas nascidas das relações entre fornecedores e consumidores (ou B2C no jargão dos negócios *online*). Dito de outra forma, a

⁴⁸ GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* n° 46, pp. 59-60

⁴⁹ Cumpre destacar que por escolha será empregada nesta dissertação a expressão “Convenção Arbitral Eletrônica” (ou Cláusula compromissória/Compromisso arbitral eletrônico) por ser o objeto de estudo neste capítulo a convenção arbitral firmada por vias eletrônicas e/ou registrada em formato eletrônico. Quer dizer, afasta-se o uso de expressões como Convenção arbitral *online* ou Convenção arbitral virtual por tais denominações encerrarem em si um grau de ambigüidade. Como bem notam YU, H. e NASIR, M., é incerto se ao falar de Convenção Arbitral *Online*, por exemplo, refere-se a uma convenção arbitral firmada *online* ou que dirá respeito a uma arbitragem que ocorrerá *online* (Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* n° 35, p. 458). Isto é, confunde-se o conteúdo da convenção com sua forma, sendo que neste segundo capítulo nos interessa a forma.

⁵⁰ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 15

maior demanda, nesse primeiro momento, para a arbitragem informatizada ou até virtual abrangerá causas ligadas ao Código de Defesa do Consumidor (ou CDC).⁵¹

Consequentemente, neste capítulo, que abordará a convenção arbitral eletrônica, aproveita-se a oportunidade para esclarecer esta dúvida, lembrando que é razoável esperar que as convenções arbitrais eletrônicas apareçam, inicialmente, com maior frequência em negócios jurídicos celebrados *online*, onde, não raro, temos uma relação entre consumidores e fornecedores agasalhada pelo CDC. Não se pode, portanto, ignorar essa incerteza sobre arbitrabilidade, sob pena de fazer-se todo um estudo sobre a forma, para descobrir-se, ao final, que a maior demanda pelo formato eletrônico é em bolsão inalcançável para a arbitragem.

Feito este esclarecimento metodológico, ressalta-se que a dúvida sobre arbitrabilidade nasce não tanto da lei, mas do laconismo da lei. Explica-se:

Por um lado, parece bastante clara a redação do artigo 51, VII do CDC que determina:

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

[...]

VII – Determinem a utilização compulsória da arbitragem.

Por outro lado, o artigo 1º da Lei Marco Maciel adotou fórmula que, apesar de elegante, não deixa de ser bastante sucinta e simplista, consignando que “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*” Ofereceu a lei, assim, duas balizas, uma subjetiva (capacidade de contratar) e outra objetiva (direitos patrimoniais disponíveis).

Um simples cotejo desses dois dispositivos, consequentemente, leva à impressão de que não pretendia o legislador excepcionar as relações de consumo, pois nada disse expressamente quando pôde no artigo introdutória da lei de arbitragem.

Essa visão, todavia, encontra forte resistência na doutrina especializada no assunto, cabendo aqui fazer uma breve síntese dos vários argumentos trazidos por alguns arbitralistas para sustentarem o uso da arbitragem inclusive em relações envolvendo consumidores.

⁵¹ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration* – 5.9. *Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 15; e T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* nº 31, item III.

C. A. CARMONA,⁵² por exemplo, defende uma interpretação simultaneamente sistemática e literal do CDC.

No que tange a exegese sistemática, ressalta o corredor da lei de arbitragem que se por um lado o art. 51, VII do CDC veda a cláusula compromissória, por outro o artigo 4º, V do mesmo diploma legal⁵³ incentiva vias alternativas de soluções de conflito, sendo que arbitragem configura via alternativa exemplar.

Ademais, repara C. A. CARMONA que o inciso VII veda tão somente uma ‘cláusula contratual’ que determine o uso obrigatório da arbitragem. Ora, tendo em mente a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, percebe-se que o segundo tipo de convenção arbitral não está agasalhado pela proibição, sendo, portanto, permitido, posto que consumidores são capazes de contratar e os contratos do consumo envolvem direitos patrimoniais e disponíveis.⁵⁴

Uma leitura ainda mais cuidadosa do art. 51, VII revela mais espaço para manobra, posto que a vedação, além de não abranger o compromisso arbitral, proíbe somente as cláusulas compromissórias que vinculem o consumidor (“*utilização compulsória da arbitragem*”). Essa ressalva (da compulsoriedade) abre margem para uma outra alternativa: a adoção de cláusula compromissórias unilaterais, isto é, que vinculem apenas os fornecedores, deixando aos consumidores a livre escolha entre a via estatal ou judicial.⁵⁵

Pode parecer contraditório falar em cláusula compromissória que não seja plenamente vinculante (afinal, uma das grandes conquistas da nova lei foi assegurar que a cláusula compromissória vinculasse as partes à arbitragem sem a necessidade de nova manifestação de vontade), mas uma cláusula compromissória que seja facultativa para o consumidor e

⁵² CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, pp. 52-53

⁵³ Art. 4º, V do CDC: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

⁵⁴ Cabe aqui a alerta feita por P. A. B. MARTINS de que “A indisponibilidade e a incapacidade são exceções no mundo jurídico e assim devem ser tratadas. Encara-se estritamente as exceções.” (*Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* nº 39, p. 3)

⁵⁵ Recomendada por T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* nº 31, item III; e CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 27

obrigatória ao fornecedor efetivamente elimina o risco de abuso de poder decorrente de desequilíbrio das partes contratantes – só haverá arbitragem, se o consumidor assim quiser.

Essa possibilidade, aliás, já conta com confortável precedente no artigo 4º, §2º da lei de arbitragem que autoriza nos contratos de adesão a validade de cláusulas compromissórias unilaterais.⁵⁶ Similarmente, o Superior Tribunal de Justiça tem recentemente esboçado conclusão nesse mesmo sentido, autorizando a arbitragem nas relações regidas pelo CDC, desde que a cláusula compromissória não vincule o aderente.⁵⁷

Outro defensor da arbitrabilidade das relações de consumo é L. F. GUERRERO, que em sua obra dedicada à convenção de arbitragem⁵⁸ enfoca a questão principalmente sob o ângulo da arbitrabilidade subjetiva. Dentre os motivos levantados pelo mencionado autor está curioso estudo de direito comparado. Citando exemplos da península ibérica e dos EUA, conclui L. F. GUERRERO que não só é permitido o compromisso arbitral, como a arbitragem nas relações de consumo pode representar um considerável avanço.

Curiosamente, do ponto de vista internacional, T. SCHULTZ caminha em sentido contrário, aparentemente contradizendo L. F. GUERRERO e revelando-se pessimista nesse âmbito, discorrendo que é comum as leis locais, especialmente as da UE,⁵⁹ afastarem a via arbitral quando estiverem presentes relações desequilibradas entre consumidores e fornecedores.

De olho no futuro, é provável, contudo, que prevaleça aqui a posição favorável à arbitrabilidade das relações consumeiristas. O anteprojeto de lei apresentada ao Senado pela comissão de arbitralistas em 02.10.2013 defende expressamente a arbitragem nas relações envolvendo direitos dos consumidores, desde que haja a concordância expressa ou iniciativa do consumidor. Pelo anteprojeto, o artigo 4º da Lei de Arbitragem ganharia um parágrafo terceiro, assim redigido:

⁵⁶ Na explicação de P. A. B. MARTINS: “Fica apenas suspensa a eficácia no que toca ao aderente. Para este, trata-se de verdadeira condição suspensiva a depender, para sua concretude, de evento oriundo de sua vontade unilateral.” (Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Cit. *supra* nº 39, p. 80)

⁵⁷ Vide o REsp 1169841-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 06/11/2012.

⁵⁸ GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* nº 46, pp. 79-98

⁵⁹ Vide nesse sentido a Diretiva 93/13/EEC sobre termos abusivos em contratos com consumidores (Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML> – acessado em: 10/10/2013), bem como o art. 91 do UK Arbitration Act (1996).

Art. 4º, §3º: Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concordar, expressamente, com a sua instituição.

Assim, a despeito das possíveis tendências europeias em sentido contrário, e tendo em vista que interessa a este estudo a solução brasileira (por ser este o centro gravitacional desta obra), conclui-se pela arbitrabilidade das relações consumeiristas, desde que a via arbitral seja acessada por meio de compromisso arbitral, ou através de cláusula compromissória que vincule apenas o fornecedor.

2.- Registro Eletrônico da Convenção Arbitral:

Confirmado que a arbitragem é via aceitável inclusive nas relações B2C *online*, onde há boas probabilidades de existirem convenções arbitrais eletrônicas, insta certificar-se de que a convenção arbitral em formato eletrônico, isto é, enquanto documento eletrônico seja aceitável para o ordenamento pátrio.

Para tanto, revela-se útil, primeiramente, precisar melhor no que consiste a convenção arbitral.

Sustenta C. A. CARMONA que a convenção arbitral, seja na modalidade de cláusula compromissória⁶⁰, seja de compromisso arbitral,⁶¹ constitui um negócio jurídico processual, posto que com a edição da lei nº 9.307/96 ambos os tipos possuem força suficiente para, por si só, conduzirem as partes ao processo arbitral.

Tal tese é apoiada e desenvolvida por L. F. GUERRERO⁶², que afasta a possibilidade de confundir-se a convenção arbitral com uma transação ou acordo, posto que a convenção arbitral não visa solucionar a contenda, mas sim disciplinar como se solucionará o conflito. Ademais, explica o doutrinador que é admissível uma especificação maior da matéria no que tange os efeitos desse negócio jurídico processual. Isto é, dependendo de se a convenção arbitral for cheia (pronta para instaurar a arbitragem) ou vazia (incompleta), pode falar-se em

⁶⁰ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 102

⁶¹ Idem, p. 189. Em sentido similar: MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* nº 39, p. 165

⁶² GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* nº 46, pp. 10-15

um negócio jurídico processual com eficácia *plena* ou *limitada*, respectivamente, tendo em vista a necessidade de completar ou não a convenção arbitral.

Não se deve, ademais, pensar que a convenção arbitral se confunde com o negócio jurídico com o qual possa estar ligado. Assim, a cláusula compromissória, embora tachada de cláusula, é enfocada como negócio jurídico próprio, isto é, distinto do contrato do qual faz parte,⁶³ como bem enfatizado pelo artigo 8º da Lei de Arbitragem.

Nota-se, conseqüentemente, que ao tratar da convenção arbitral se está diante de um negócio jurídico processual próprio.

Indaga-se, no entanto, se o negócio jurídico, *latu sensu* e a convenção arbitral, especificamente, admitem o formato eletrônico?

No que tange os negócios jurídicos em geral, o Código Civil exige deles, no seu artigo 104, três requisitos de validade: (i) agente capaz; (ii) objeto lícito possível ou determinável; e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei.

Chamando a atenção para o último critério, temos que a forma adotada é quesito importante. Os negócios jurídicos devem seguir a forma ordenada pela lei, ou, ausente tal imposição, evitar a forma que lhe é proibida, sob pena de nulidade. É importante lembrar, ademais, que o artigo 166, IV e V, sanciona com a pena de nulidade os negócios jurídicos que não se revestirem da forma determinada ou ignorarem uma solenidade prevista em lei.

Nas palavras de L. F. GUERRERO (alicerçadas na doutrina de ORLANDO GOMES): “A forma, neste caso, é espécie de documentação do ato, requisito essencial para a validade deste. Nessa hipótese de interpretação do vocábulo forma, pode se dizer que existem formas vinculadas e necessárias que são exigidas para resguardar a declaração de vontade das partes e, no caso de ausência desta forma vinculada, o negócio jurídico não vale se não a revestir, sendo requisito essencial.”⁶⁴

Será, entretanto, que o formato eletrônico é incompatível com os negócios jurídicos?

A resposta é negativa, e a prova cabal nesse sentido é a validade (e popularização) dos contratos eletrônicos. Os contratos eletrônicos, enfatize-se, são lícitos e devem ser acolhidos pelo ordenamento em razão do princípio da liberdade da forma para os atos e negócios

⁶³ BULOS, U. L.; FURTADO, P.. *Lei de Arbitragem comentada: Breves comentários à lei n. 9.307/96*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 44

⁶⁴ GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* nº 46, p. 53

jurídicos, conforme conclusão de S. R. C. S. LEAL em sua obra dedicada exclusivamente a esmiuçar tal questão.⁶⁵

Apesar da animadora conclusão esposada acima, urge tomar o cuidado de não tratar a convenção arbitral como negócio jurídico ordinário. Como bem alerta P. A. B. MARTINS: *“Trata-se de uma modalidade peculiar de contrato e que foge à tradicional normatividade a que se sujeitam os contratos em geral.”*⁶⁶ Virtualmente idêntica é a lição de F. J. CAHALI (mas voltada ao compromisso ao invés da cláusula arbitral): *“O compromisso, judicial ou extrajudicial, representa negócio jurídico processual com forma prescrita em lei, e, pois, com requisitos próprios.”*⁶⁷

De fato, a convenção arbitral é negócio jurídico, mas é negócio jurídico especial regido por leis próprias destinadas a esse instituto. Cabe analisar, desta maneira, se há forma prevista (ou vedada) nas leis que tratam da matéria.

Quais são as leis que cuidam do assunto? Primeiramente, a Lei nº 9.307/96, especialmente nos artigos 4º e 9º. Em segundo lugar, deve-se aplicar também o Decreto 4.311/02, que, internalizando a Convenção de Nova Iorque de 1958, disciplina o tópico em seu artigo II.

Far-se-á, portanto, uma leitura de cada um desses dispositivos, buscando, especificamente, a presença de comandos voltados para a forma da convenção arbitral, visando analisar se tais exigências são incompatíveis com o formato em registro eletrônico.

O artigo 4º da Lei de Arbitragem é dirigido às cláusulas compromissórias e assim redigido:

Art. 4º: A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º - A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

⁶⁵ LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 147

⁶⁶ MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* nº 39, p. 62

⁶⁷ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 128.

§ 2º - Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Grifaram-se acima os comandos relacionados à forma. Resumidamente, tem-se que todas as cláusulas compromissórias, exigem seu registro “por escrito”, mas há flexibilidade no que diz respeito à localização da cláusula compromissória, admitindo a lei que esteja posicionada não só no corpo do contrato do qual faz parte, mas igualmente em documento apartado, desde que haja um liame entre os documentos por meio de referência.

Já no que concernem as cláusulas compromissórias inseridas em contratos de adesão onde não se espera que a parte aderente inicie a arbitragem, exige-se a forma destacada por meio de documento apartado ou negrito, com assinatura do aderente na cláusula.

As normas referentes ao compromisso arbitral, por sua vez, além de elencarem requisitos ligados ao conteúdo do compromisso (arts. 10 e 11), também disciplinam certas solenidades concernentes ao formato. Vejam-se:

Art. 9º: O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º - O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º - O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Da simples glosa dos trechos grifados, destaca-se que tanto as modalidades de compromisso arbitral judicial como o extrajudicial exigem a forma escrita, sendo que, no primeiro caso, deve haver registro nos autos do processo, enquanto o compromisso extrajudicial permite a escrita particular (com duas testemunhas) ou a pública.

O artigo II.1. da Convenção de Nova Iorque, por sua vez, impõe um único requisito – a forma escrita:

Artigo II – 1: Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

Diante dessa discrepância de formalidades, com o instrumento internacional apresentando menos requisitos do que a legislação interna, surge a dúvida de se deve prevalecer as exigências da Lei de Arbitragem ou do Decreto 4.311/02?

Em tese, não há necessidade de adentrar em complexas discussões de primazia entre normas internas e externas,⁶⁸ decretos e leis, etc., posto que a própria Convenção de Nova Iorque adota louvável mecanismo de soluções de antinomias em seu artigo VII.1..⁶⁹ Trata-se do princípio da máxima eficiência que atua como regra de solução de conflitos que coloca a legislação mais favorável à homologação da sentença arbitral, mesmo que nacional, em primeiro lugar.

Prima facie, conseqüentemente, deve prevalecer a Convenção de Nova Iorque, que contém apenas a exigência de forma escrita, sem nada falar de termo nos autos, instrumento público ou trechos negritados.⁷⁰ Isto é, a Convenção revela-se a norma mais favorável.⁷¹

Ocorre que é recomendável aplicar a Convenção de Nova Iorque de 1958 aos casos de homologações de sentenças estrangeiras (art. I.1.)⁷² o que representa apenas parcela do objeto

⁶⁸ Vide nesse sentido: CASELLA, P. B.. Ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – Internacionalização do Direito e relações entre Direito Internacional e Direito Interno. In: *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 25-43

⁶⁹ *In verbis*: Art. VII.1. - As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

⁷⁰ Vide nesse sentido: BRAGHETTA, A.; e LEMES, S. F.. O artigo VII da Convenção de Nova Iorque. In: *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 332

⁷¹ FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, pp. 374-375

⁷² *Idem*, p. 376

de estudo deste capítulo. Consequentemente, a melhor técnica envolve o estudo de todos os requisitos listados acima.

2.1. – Estipulação “Por Escrito”

O requisito de registro da convenção arbitral ‘por escrito’, conforme salientado acima, é ubíquo em nossa legislação, sendo comum tanto à cláusula compromissória quanto ao compromisso arbitral, e ainda previsto na Convenção de Nova Iorque.

Como bem salienta E. D. GONÇALVES, todavia, se por um lado é certo que a convenção arbitral deve ser firmada ‘por escrito’, por outro lado há dúvida (e um aceso debate) sobre o que configura, para os termos da lei, algo ‘por escrito’?⁷³ Afinal, o documento eletrônico, satisfaz a necessidade de escrita? Ou deveríamos associar o documento eletrônico somente aos vocábulos ‘digitado’ ou ‘redigido’?

Não há uma resposta simples.

De um ponto de vista literal, ‘escrito’ provém do latim ‘*scribere*’, significando todo grupo de palavras grafadas para manifestação do pensamento e, segundo DE PLÁCIDO E SILVA, faz referência a manifestação que não seja oral, isto é, que possa ser comprovada materialmente.⁷⁴ Essa definição abarcaria tanto o que é rabiscado a caneta como o que é digitado na tela do computador.

Ocorre que a boa técnica desaconselha a exegese meramente literal das normas,⁷⁵ razão pela qual cumpre explorar com mais cuidado a matéria.

Uma interpretação sistemática das leis, ademais, pouco revela.

A única aparente explicação do que deve ser compreendido sob a rubrica de ‘por escrito’ surge na Convenção de Nova Iorque que expõe em seu artigo II.2. que “*Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.*”

Primeiramente, esclareça-se que para melhor adequação com os termos técnicos da Lei de Arbitragem, recomenda-se a tradução dos termos ‘cláusula arbitral’ e ‘acordo de

⁷³ GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* n° 21, p. 48

⁷⁴ DE PLÁCIDO E SILVA, O. J.. *Vocabulário Jurídico*. V. 2. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 190

⁷⁵ MAXIMILIANO, C.. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 95-97

arbitragem' do tratado internacional como abrangendo tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral.

Ademais, insta destacar que a segunda parte do dispositivo (“*ou contido em troca de cartas ou telegramas*”) diz mais respeito à via de comunicação na qual a vontade é manifestada (ex. telégrafo, *e-mail*, carta, pombo-correio, etc.) do que o formato em que é manifestado (oralmente, no papel, documento eletrônico, etc.) e, portanto, merece proveito no próximo item (vide *infra* 3.1.).

A Convenção de Nova Iorque, portanto, efetivamente contribui, através de uma leitura literal de seu conteúdo, com a orientação de que eventual cláusula compromissória esteja inserida num contrato e que haja a assinatura das partes. Ocorre que esta redação não afasta questionamentos: o ‘contrato’ é o cartáceo ou pode ser o eletrônico? A assinatura pode ser digital?

A doutrina especializada no assunto não fornece resposta unívoca para a questão:⁷⁶

De um lado, por exemplo, T. SCHULTZ defende que a redação da Convenção de Nova Iorque não comporta as cláusulas compromissórias eletrônicas.⁷⁷ Sua opinião é apoiada pelas conclusões do Grupo de Trabalhos nº II da UNCITRAL dedicado exclusivamente à Arbitragem e Conciliação⁷⁸ que há tempos vem debatendo a questão do registro em forma eletrônica. É relevante notar que este grupo de estudiosos recomendou em 2004⁷⁹ a adoção de um instrumento interpretativo complementar justamente para permitir a inclusão dos meios eletrônicos na expressão ‘por escrito’, sinalizando que há necessidade de atualizar-se a redação.

Essa posição é acompanhada por H. YU e M. NASIR, que sustentam que a expressão ‘por escrito’, conforme incluída na Convenção de Nova Iorque, remete à ideia de um registro físico e tangível da convenção arbitral, eis que a renúncia à jurisdição estatal deve ser bem documentada e provável em juízo.⁸⁰

⁷⁶ SCHNEIDER, M. E.; e KUNER, C.. Dispute resolution in International electronic commerce. Cit. *supra* nº 30, p. 15

⁷⁷ T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* nº 31, item III

⁷⁸ Os relatórios deste núcleo de estudos estão disponíveis aqui: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/2Arbitration.html (acessado em 10/10/2013)

⁷⁹ Vide o relatório: A/CN.9/WG.II/WP.139 disponível em: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V05/912/12/PDF/V0591212.pdf?OpenElement> (acessado em 16/10/2012)

⁸⁰ YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* nº 35, p. 458

A verdade é que na época em que a Convenção de Nova Iorque foi finalizada – em 06 de julho de 1958 – o registro de informações na forma eletrônica não era uma preocupação dos legisladores internacionais. Afinal, os próprios *travaux préparatoires* foram escritos à máquina de escrever e só recentemente digitalizados no acervo da UNCITRAL.⁸¹ O mais próximo que se chegou a tangenciar a questão foi pela sugestão de emenda ao artigo II feita pelo observador da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado que lembrou ser comum no comércio internacional contratos fechados na forma oral.⁸² O Brasil, por exemplo, manifestou preocupação só em relação à dupla homologação que ainda fazia parte do sistema brasileiro.⁸³

Consequentemente, pode-se afirmar com razoável grau de segurança que a expressão ‘por escrito’ não foi feita com os documentos eletrônicos em mente, de modo que uma interpretação histórica da Convenção de Nova Iorque afasta os documentos eletrônicos.⁸⁴

Isso não quer dizer, todavia, que não seja possível atualizar a *mens legis*:

*“Aceitam os mestres da Hermenêutica, inclusive os próprios tradicionalistas adiantados, tudo que é possível encasar na letra do dispositivo, sob o fundamento de que o legislador assim determinaria se lhe ocorresse a hipótese hodierna, ou ele redigisse normas no momento atual; fornecem espírito novo à lei velha; atribuem expressões antigas um sentido compatível com as ideias contemporâneas.”*⁸⁵

Tal posição é defendida, por exemplo, por A. WALD que afirma existir uma tendência internacional no sentido de conferir uma interpretação mais construtiva e extensiva ao artigo

⁸¹ Disponíveis em: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html (acessado em 10/10/2013)

⁸² Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/36-N5812726.pdf> (acessado em: 16/10/2012)

⁸³ Vide a proposta de emenda em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/37-N5812744.pdf> (acessado em: 16/10/2012).

⁸⁴ Nesse sentido, vale transcrever o raciocínio cético de O. CACHARD: “It is by no means sure that these international agreements can be interpreted as favouring electronic documents, since the agreements were adopted almost 50 years ago, at a time when the drafters could not foresee that a written document could take other than a physical form.” (*Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 19)

⁸⁵ MAXIMILIANO, C.. *Hermenêutica e aplicação do direito*. cit. *supra* n° 75, p. 127 (Grifos do Original)

II.1. da Convenção de Nova Iorque, visando flexibilizar a questão de forma ‘por escrito’. O mesmo autor admite, contudo, que inexistia uma posição uniforme sobre a matéria.⁸⁶

Outrossim, mesmo que fosse possível concluir com certeza que a expressão ‘por escrito’ na Convenção de Nova Iorque deve ser lida de forma restritiva, afastando-se os documentos eletrônicos, caso a conclusão fosse outra na Lei de Arbitragem brasileira, prevaleceria esta sobre aquela, por conta da regra do artigo VII.1. sobre lei mais favorável.

Nesse diapasão, se a computação era questão estranha aos legisladores da Convenção de Nova Iorque do final da década de 1950, o mesmo não pode ser dito sobre a Lei Marco Maciel que entrou em vigor quase quatro décadas depois, quando a computação já era fenômeno detectável no dia-a-dia, mesmo que em grau menor do que se passa atualmente.

A despeito disso, não houve grande inovação na redação adotada pela lei brasileira, que, conforme visto na transcrição acima, limita-se a falar na necessidade da redução da convenção ‘por escrito’ sem explicar o conteúdo dessa expressão. A exegese literal, portanto, igualmente suscita a dúvida se a expressão deve ser lida de forma ampliativa ou restritiva, para incluir ou não, respectivamente, os documentos eletrônicos.

Para E. D. GONÇALVES (um dos poucos a enfocar o tema do ponto de vista nacional⁸⁷) a legislação brasileira comporta interpretação ampliativa. A justificação para uma leitura mais branda estaria, na visão do autor, no respeito à autonomia da vontade das partes, devendo ser admitida a convenção arbitral eletrônica.

Por outro lado temos a posição intermediária de L. F. GUERRERO que a despeito de defender os meios eletrônicos como compatíveis com a forma escrita, esclarece que essa interpretação acompanha um movimento modernizador das leis,⁸⁸ aparentemente sinalizando a necessidade de emendas ou construções hermenêuticas.

A visão tolerante, todavia, colide com a mais internacional de T. SCHULTZ que advoga a favor de uma interpretação mais restritiva, achando necessário expressa previsão legal para

⁸⁶ WALD, A. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro). cit. *supra* n° 47, p. 85

⁸⁷ GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* n° 21, p. 49

⁸⁸ *In verbis*: “A forma, por fim, para a utilização da arbitragem não sofrerá nenhuma alteração em relação aos contratos físicos, tendo em vista que tanto lá como nos meios eletrônicos será realizada de modo escrito, como exigido pela lei brasileira.” [...] “A maioria dos Estados não deseja a supressão desta disposição [por escrito], mas defende a maior flexibilização da necessidade da convenção de arbitragem por escrito permitindo a validade de meios modernos de comunicação como o e-mail e situações nas quais as partes, oralmente, decidam arbitrar.” (GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* n° 46, pp. 55-56 e 59)

que se possa ler na expressão ‘por escrito’ (que varia de um país para o outro⁸⁹), uma autorização para equiparação entre o documento eletrônico e o físico. Aliás, o doutrinador elenca a exigência da cláusula compromissória ‘por escrito’ com um dos maiores óbices ao sucesso da arbitragem vinculante *online*, eis que, segundo o autor, poucas são as leis que admitem que os meios eletrônicos sejam enquadrados como equivalentes à forma ‘por escrito’, constituindo exceção algumas normas nacionais europeias⁹⁰ e a nova versão da Lei Modelo da UNCITRAL.⁹¹

De fato, uma análise das leis de arbitragem comprova que a Lei Modelo da UNCITRAL de arbitragem de 2006 ainda constitui uma rara exceção. A Convenção Européia de Arbitragem Comercial Internacional, por exemplo, por ser concluída em 1961 e entrar em vigor em 1964 ainda fala tão somente de convenções arbitrais celebradas por ‘teleprinter’.⁹² Já na Convenção do Panamá, assim como na legislação alemã, belga, canadense, francesa, estadunidense, mexicana, italiana e até a mais recente lei colombiana, a redação não contempla expressamente os meios eletrônicos sendo, comumente, uma variação da redação da Lei Modelo da UNCITRAL de 1985.⁹³ Outras normas, como a inglesa e holandesa, tratam

⁸⁹ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, nº 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer, set. de 1997, p. 215

⁹⁰ Nesse sentido merece atenção o artigo 9(1) da Diretiva do Conselho e Parlamento Europeu de 2000/31/EC para Comércio Eletrônico: “Art. 9.1. – *Member States shall ensure that their legal system allows contracts to be concluded by electronic means. Member States shall in particular ensure that the legal requirements applicable to the contractual process neither create obstacles for the use of electronic contracts nor result in such contracts being deprived of legal effectiveness and validity on account of their having been made by electronic means.*”

⁹¹ T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* nº 31, item III. Em sentido similar: HALOUSH, H. A.. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* nº 34, pp. 358-9

⁹² Art. I. a(2): For the purpose of this Convention, the term “arbitration agreement” shall mean either an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement being signed by the parties, or contained in an exchange of letters, telegrams, or in a communication by teleprinter and, in relations between States whose laws do not require that an arbitration agreement be made in writing, any arbitration agreement concluded in the form authorized by these laws.

⁹³ *In verbis*:

- Convenção do Panamá – Art. I: É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

- Lei de Arbitragem alemã de 1998 – Seção 1031(1) do ZPO: The arbitration agreement shall be contained either in an exchange of letters, telefaxes, telegrams or other means of telecommunications which provide a record of the agreement.

- Código de Processo Belga – Art. 1677: An arbitration agreement shall be constituted by an instrument in writing signed by the parties or by other documents binding on the parties and showing their intention to have recourse to arbitration.

- Commercial Arbitration Act (1986) – Art. 7º: (1) "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a

da questão com mais flexibilidade, sem, no entanto, necessariamente adaptá-las às modernidades informatizadas.⁹⁴ Por fim, leis como as recentes edições ibéricas constituem

defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement. (2) The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

- Lei Chinesa de Arbitragem (1995) – Art. 16: An arbitration agreement shall include arbitration clauses stipulated in the contract and agreements of submission to arbitration that are concluded in other written forms before or after disputes arise.

- Código de Processo Civil Francês – Art. 1443: A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut resulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.

- Federal Arbitration Act – Section 2: A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.

- Código de Processo Mexicano – Art. 1423: El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

- Codice Procedura Civile – Art. 807: Il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia. La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telescrivente, telefascimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti telematici.

- Lei colombiana de arbitragem (1563/2012) – Art. 3º: Pacto arbitral. El pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas; Art. 4º: Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él; e Art. 6º: Compromiso. El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga: 1. Los nombres de las partes. 2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje. 3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquel.

NB: Traduções obtidas em: <http://cbar.org.br/site/legislacao-internacional> (acessado em: 10/10/2013)

⁹⁴ - UK Arbitration Act (1996) – Art. 5º: (1) The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions “agreement”, “agree” and “agreed” shall be construed accordingly. (2) There is an agreement in writing—(a) if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties), (b) if the agreement is made by exchange of communications in writing, or (c) if the agreement is evidenced in writing. (3) Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing. (4) An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement. (5) An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged. (6) References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means.

- Código de Processo Civil holandês – Art. 1021: The arbitration agreement must be proven by an instrument in writing. For this purpose an instrument in writing which provides for arbitration or which refers to standard

exceção, tratando expressamente da questão da convenção arbitral eletrônica.⁹⁵ Conclui-se, por consequência, que o requisito de ‘por escrito’ é quase universal⁹⁶ e que a contemplação de meios eletrônicos é ainda exceção.^{97 e 98}

Como resultado dessa ausência de previsão sobre os meios eletrônicos, há quem⁹⁹ sustente a necessidade de adaptação das normas existentes para que seja plenamente aceitável a cláusula compromissória eletrônica.

Foi exatamente isso que ocorreu com a Lei Modelo da UNCITRAL de Arbitragem Internacional Comercial. Originalmente editada em 1985, a questão da convenção arbitral ‘por escrito’ vinha tratada da seguinte forma no artigo 7.2. da lei modelo:

Art. 7.2.: The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defence in which the

conditions providing for arbitration is sufficient, provided that this instrument is expressly or impliedly accepted by or on behalf of the other party.

⁹⁵ Ley 60/2003 – Art. 9.3.: El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Se considerará cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

- Lei 63/2011 de Portugal – Art. 2º: 1 — A convenção de arbitragem deve adoptar forma escrita. 2 — A exigência de forma escrita tem -se por satisfeita quando a convenção conste de documento escrito assinado pelas partes, troca de cartas, telegramas, telefaxes ou outros meios de telecomunicação de que fique prova escrita, incluindo meios electrónicos de comunicação. 3 — Considera -se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

⁹⁶ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* nº 89, p. 215; CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 19; HALOUSH, H. A The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* nº 34, p. 358; KALLEL, S.. Online Arbitration. Cit. *supra* nº 36, p. 348; REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* nº 41, p. 89; e SCHNEIDER, M. E.; e KUNER, C.. Dispute resolution in International electronic commerce. Cit. *supra* nº 30, p. 13; REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* nº 41, p. 89.

⁹⁷ Vale registrar aqui que segundo L. F. GUERRERO e REDFERN & HUNTER existe uma tendência de os Estados procurarem alterar esse quadro, detalhando melhor e de forma mais flexível a expressão ‘por escrito’. (GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* nº 46, p. 55; e REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* nº 41, p. 90). Pela análise feita *supra*, de fato, as exceções são leis mais recentes, salvo no caso da legislação colombiana.

⁹⁸ Em sentido aparentemente contrário, O. CACHARD sustenta que malgrado o requisito escrito seja comum, também é comum a aceitação das vias eletrônicas nas legislações nacionais. O autor, todavia, sustenta tal afirmação somente com alguns julgados dos EUA. (*Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 23)

⁹⁹ HALOUSH, H. A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* nº 34, p. 364

existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract.

A referência a formas de comunicações que não a eletrônica (ex. cartas, telex, etc.), conforme visto acima, previsivelmente provocou nos juristas dúvidas sobre os novos meios tecnológicos e se esses de fato satisfaziam a exigência de fornecer um “registro do acordo”, como exigia a Lei Modelo em sua redação original.

Para tentar pacificar a questão, a versão emendada da Lei Modelo de 2006 tratou, na nova versão dos parágrafos do artigo 7º, especificamente – e amplamente – da questão dos documentos eletrônicos. Veja-se:

Art. 7º: [...]

2. - The arbitration agreement shall be in writing.

3. - An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

4. - The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; “electronic communication” means any communication that the parties make by means of data messages; “data message” means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

A redação atual (especialmente do parágrafo 4º), nitidamente, dissipa quaisquer dúvidas. O documento eletrônico, desde que posteriormente acessível, e independentemente da tecnologia empregada para registrá-lo, é aceitável.

Para doutrinadores como L. BIUKOVIC,¹⁰⁰ a nova versão do artigo 7º lança uma pá de cal sobre a discussão. Tal autora enxerga na Lei Modelo uma solução na medida em que a emenda (ou substituição) da Convenção de Nova Iorque é pouco factível (basta pensar na dificuldade em obter o consenso de tantas nações para redigir um novo instrumento internacional quando um bastante popular já existe¹⁰¹) e a Lei Modelo serve de padrão para a discussão.

É relevante, no entanto, a objeção de O. CACHARD de que instrumentos não vinculantes (como as Leis Modelo) não garantem uma interpretação segura num sentido, sendo mero argumento persuasivo para julgadores que devem interpretar o instrumento.¹⁰²

Assim, teses como a de H. YU e M. NASIR,¹⁰³ no sentido de que as leis nacionais deveriam ser interpretadas à luz de novas *soft laws* como a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Comércio Eletrônico,¹⁰⁴ dificilmente prosperam, pois as Leis Modelos são meras orientações para o legislador nacional, importando, na prática, o que foi positivado.

Nessa esteira de raciocínio, a Lei Modelo de 2006 seria de mais valia se tivesse servido de base para a redação da Lei Marco Maciel. Ocorre que a Lei nº 9.307/96 antecede as emendas à Lei Modelo e teve, conforme é de sabença, inspiração na redação original de 1985.¹⁰⁵

¹⁰⁰ BIUKOVIC, L.. International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. Cit. *supra* nº 23, p. 349

¹⁰¹ Vale transcrever aqui a alerta feita por P. B. CASELLA: “*Parece-me, contudo, não somente descabido formular reparos à inocorrência de regulação de matéria que a Convenção de 1958 não se propôs regular, como desnecessariamente arriscado – se não francamente temerário – propor seja esta substituída, como se daria na hipótese remota de adoção da proposta ‘Convenção de Dublin’, 2008. Codificações internacionais bem-sucedidas não devem ser tratadas com leviandade: a imagem da ‘caixa de Pandora’ [...] não deve ser desconsiderada. O risco existe e está presente, quando se trata de instrumento internacional compartilhado por mais de 140 países.* (Ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – Internacionalização do Direito e relações entre Direito Internacional e Direito Interno., cit. *supra* nº 68, pp. 21-22)

¹⁰² CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 21

¹⁰³ YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* nº 35, p. 459

¹⁰⁴ Nesse sentido, vale destacar o art. 6.1. da Lei Modelo: “*Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference.*”. Se existisse metanorma como esta na legislação brasileira, uma interpretação sistemática solucionaria a celeuma da expressão ‘por escrito’ na lei 9.307/96.

¹⁰⁵ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 11

É crucial destacar, adicionalmente, que a inclusão do documento eletrônico na explicação do requisito ‘por escrito’ da versão de 2006 foi absolutamente deliberada. Em outras palavras, na opinião da própria UNCITRAL havia a necessidade de mencionar o documento eletrônico expressamente, sinal de que a redação anterior não agasalhava as questões mais modernas.¹⁰⁶ Desta forma, uma interpretação histórica da Lei nº 9.307/96 não oferece resultados animadores.

O mais indicado em face dessa incerteza jurídica é buscar o por quê da exigência de que as convenções arbitrais sejam ‘por escrito’.

Para P. FURTADO e U. L. BULOS, a exigência de que a cláusula compromissória seja ‘por escrito’ reflete uma necessidade de gravar o conteúdo desta convenção, posto que é essencial saber os limites do que fora pactuado para evitar que haja uma sentença que extrapole a cláusula compromissória.¹⁰⁷

A preocupação com um registro da informação espelha o quanto disposto na Lei Modelo da UNCITRAL em sua versão de 1985 – inspiradora da lei brasileira –, que preocupasse, primordialmente, com a possibilidade de se ter um arquivo do acordado (“*a record of the agreement*”).

Não custa lembrar, outrossim, que em sede de ação anulatória de sentença arbitral o juiz togado deverá examinar se a convenção arbitral é válida e se a sentença arbitral está de acordo com os limites da convenção arbitral (art. 32, I e IV da Lei nº 9.307/96). Para tanto, mostra-se imprescindível analisar a forma e o conteúdo da convenção arbitral, razão pela qual é essencial a possibilidade de precisa reprodução da mesma. De modo semelhante, a homologação de sentença arbitral estrangeira passará por um juízo de delibação onde se analisará outras formalidades também ligadas à convenção arbitral.^{108 e 109}

¹⁰⁶ Vide nesse sentido o § 19 da página 28, parte II da Lei Modelo da UNCITRAL (disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf - acessado em 10/10/2013) que, na nota explicativa, grava a preocupação com a defasagem tecnológica, tendo em vista que a redação original era inspirada na Convenção de Nova Iorque.

¹⁰⁷ BULOS, U. L.; FURTADO, P.. *Lei de Arbitragem comentada: Breves comentários à lei n. 9.307/96*. Cit. *supra* nº 63, p. 50. No mesmo sentido: GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* nº 46, p. 54

¹⁰⁸ Nesse sentido: art. 5º da Res. Nº 9/2005 do STJ, art. 37, II e ss. da Lei 9.307/96 e V.1.c. da Convenção de Nova Iorque, etc.

¹⁰⁹ Aliás, em pesquisa realizada por este autor e publicada em (HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar? In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 40, Curitiba: Síntese-CBar, out-nov-dez/2013. No prelo.), constatou-se que a ausência da convenção arbitral, ou até mesmo

A imperatividade de a convenção arbitral estar ‘por escrito’, consequentemente, está ligada à necessidade de conseguir acessar o conteúdo da mesma. Ou seja, é uma questão de garantir a integridade.¹¹⁰ Desta forma, antes de forma *ad substantium*, trata-se de questão de forma *ad probationem*, isto é, a forma é assim exigida para facilitar a prova e a análise e não se exige a forma pelo simples atendimento da forma.¹¹¹

Adiante (vide *infra* item V.4.) se discutirá como os documentos eletrônicos comuns (leia-se: desprovidos de medidas de segurança como senhas ou, preferivelmente, assinaturas digitais) podem ser facilmente modificados. Dito de outra forma: o documento eletrônico desprovido de medidas de segurança não oferece garantias de sua integridade.

Isso significa, em última instância, que é possível registrar e recuperar documentos eletrônicos onde se encontram as convenções arbitrais, mas que, sem as devidas salvaguardas, a integridade daquela convenção arbitral não se presume automaticamente, devendo ser provada por outros meios se contestada pela outra parte.¹¹²

Ciente da falta de confiabilidade da integridade dos documentos eletrônicos comuns (i.é. sem salvaguardas como assinaturas digitais), T. SCHULTZ demonstra sério ceticismo em relação à capacidade de se provar a presença de todos os elementos essenciais quando a celebração da convenção arbitral concretizou-se em formato eletrônico.¹¹³

Entretanto, não parece que porque a integridade possa ser contestada com facilidade que ela deixa de existir. Fragilidade não equivale à absoluta inexistência: é possível verificar qual o conteúdo de uma convenção arbitral eletrônica, apenas haverá mais espaço para impugnar seus termos do que haveria num documento físico. Não se pode olvidar, por outro lado, que até os documentos físicos estão sujeitos a manipulações, tanto que existe o incidente de falsidade documental (art. 390 e ss. do Código de Processo Civil). Há uma mudança, portanto, apenas de grau neste sentido.

Mutatis mutandis, é evidente que o documento eletrônico com assinatura digital é preferível, pois sua integridade é garantida (vide *infra* V.4.). Devendo as partes, na ausência

vícios com esta, são uma das principais causas para indeferimento de pedidos de homologação no Superior Tribunal de Justiça.

¹¹⁰ A questão da autenticidade está mais ligada à manifestação da vontade (item seguinte – vide *infra* 3.) para assegurar que a vontade manifestada veio da pessoa correta.

¹¹¹ LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 147

¹¹² O. CACHARD sustenta, aliás, que o requisito escrito não deveria ser necessário se o conteúdo da convenção arbitral pudesse ser provado por outros meios que não o escrito (*Dispute Settlement: International Commercial Arbitration* – 5.9. *Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 19)

¹¹³ T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* nº 31, item III

da assinatura digital, pelo menos adotarem medidas de segurança que tornem a presunção de integridade mais robusta (ex. documentos protegidos contra alteração por senha).

Curiosamente, aceita essa conclusão de que a expressão ‘por escrito’ deve ser interpretada como um registro recuperável do conteúdo é necessário reconhecer que em certos momentos tal interpretação pode chocar-se com uma simples interpretação literal do termo ‘por escrito’. Explica-se: acima foi afirmado que a expressão ‘por escrito’, *a priori*, está contraposta à celebração oral de negócios jurídicos. Ocorre que, se o importante é o acesso ao conteúdo, não existe óbice lógico oponível a uma convenção arbitral pactuada de forma oral, porém registrada em formato de documento eletrônico.¹¹⁴ Um arquivo áudio permitirá, por exemplo, tanto quanto um texto digitado (salvo casos de surdez) a verificação do conteúdo.¹¹⁵

Essa conclusão aparentemente absurda pode ser mais fácil de digerir, conscientizando-se do fato de que os documentos eletrônicos, mesmo os que sejam traduzidos em sons e imagens, não deixam de carregar em si um texto subjacente¹¹⁶ que o computador apenas traduz para nossos sentidos, havendo, portanto, algo de ‘escrito’ nesses casos.

A atualizada Lei Modelo de arbitragem da UNCITRAL, conforme transcrita *supra*, bem evidencia esse ponto, na medida em que o parágrafo 3º já permite a contratação oral, desde que registrada. Similarmente, L. F. GUERRERO afirma, com apoio no sistema italiano e no Código de Direito Internacional Privado da Suíça de 1987 que existe uma tendência de aceitar-se a celebração de convenções de arbitragem orais desde que possam ser reduzidas a termo.¹¹⁷

Em síntese, uma interpretação teleológica autoriza enxergar os documentos eletrônicos como satisfazendo o requisito da convenção arbitral estar ‘por escrito’. Cabe a ressalva, no entanto, da necessária construção hermenêutica (sem apoio doutrinário unânime) para atingir-se tal conclusão e da fragilidade dos documentos eletrônicos quando despidos de medidas de segurança.

¹¹⁴ Adiante (*infra* V.2.1.) será explicado que os documentos eletrônicos não se resumem a textos digitados, mas também se encaixam neste conceito gravações de áudio ou vídeo.

¹¹⁵ Vale lembrar, por exemplo, que a oralidade associada ao registro não é de toda estranha em nosso ordenamento. O testamento público, por exemplo, além de lido pelas partes que o assinam, é também recitado em voz alta pelo tabelião (art. 1864, II do CC).

¹¹⁶ Trata-se dos *bytes* (vide *infra* V.2.1.) que como conjunto de bits (números binários) produzem o código que o computador traduz.

¹¹⁷ GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* n° 46, pp. 54 e 56

Por fim, registre-se (com pesar) que os projetistas da comissão do Senado encarregada de reformar a lei de arbitragem não aproveitaram a oportunidade legiferante para eliminar de vez as dúvidas que orbitam essa questão.

O anteprojeto de lei apresentado em 02.10.2013 ao Senado propõe mudanças ao artigo 4º da Lei nº 9.307/96, sem, no entanto, dedicar-se à questão da defasagem da redação em face das atualidades tecnológicas. A única mudança digna de um breve comentário aqui diz respeito à nova redação proposta para o artigo 4º, parágrafo 2º da lei em que a expressão ‘por escrito’ foi substituída pela palavra ‘redigida’. Esta troca pouco esclarece a questão, por serem as expressões sinônimas. Ademais, mesmo que fosse possível enxergar algum avanço com a seleção de novo termo, fato é que o *caput* do artigo 4º permaneceria inalterado pelo anteprojeto. Ou seja, a regra geral continuaria a conter a expressão ‘*por escrito*’, sendo que o parágrafo segundo disciplina especialmente os casos dos contratos de adesão. Ou seja, mesmo que tivesse sido empregada uma expressão como ‘por escrito ou digitado’, o avanço seria limitado.

Consequentemente, espera-se que este lapso seja corrigido pelos congressistas ao avaliarem esse anteprojeto de lei.

2.2. – *Documento Apartado Referido*

É *faculdade* das partes estabelecerem a cláusula compromissória em documento apartado. Se assim procederem (ênfatize-se: por escolha delas), todavia, surge um requisito formal adicional a ser observado: o documento apartado com a cláusula compromissória deve fazer referência ao contrato principal cujas dúvidas serão dirimidas pela arbitragem (art. 4º, §1º da Lei nº 9.307/96).

Esse requisito pode ser afetado pela informática sob três hipóteses imagináveis:

- 1.) As partes celebram um contrato em papel e uma cláusula compromissória eletrônica separada;
- 2.) As partes celebram um contrato eletrônico e uma cláusula compromissória no papel; e

- 3.) As partes celebram um contrato eletrônico e uma cláusula compromissória eletrônica, estando os dois negócios jurídicos separados.

As duas primeiras hipóteses, por serem cenários espelhados, merecem análise conjunta. Seria válido o contrato ser celebrado num formato e a cláusula compromissória em outro?

Ora, não existe qualquer exigência na lei de que a forma seja mantida para negócios jurídicos ligados por referência. Pelo contrário, é possível ilustrar com o exemplo da promessa de compra e venda de imóvel (que pode ser por instrumento particular) e da escritura (que será por instrumento público¹¹⁸) que a ligação entre documentos não exige, necessariamente, a manutenção de um formato.

Na medida em que o documento eletrônico satisfaz, mesmo que potencialmente com maiores fragilidades, o requisito da escrita (vide *supra* item 2.1.), não há impedimento para que a referência seja feita de um documento físico ou eletrônico – a importância é que seja feita e de forma clara.¹¹⁹

Nesse sentido a Lei Modelo da UNCITRAL de arbitragem (independentemente da versão, pois tal parte não mudou) fornece louvável norte para o redator da referência: *“The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.”* (art. 7º - Grifou-se). Ou seja, o importante é que a referência seja suficiente para que a cláusula compromissória seja lida como integrando o contrato.

Essa necessidade de uma clara referência suscita maiores questionamentos no último cenário – contrato e cláusula compromissória eletrônicos.

Prima facie, pode parecer que não existe sensível diferença do meio físico e tradicional. É feita a referência na cláusula compromissória eletrônica ao contrato eletrônico como se faria na forma dos documentos físicos e o fato de serem arquivos digitais distintos não representaria qualquer óbice.

¹¹⁸ Arts. 1.417 e ss. do CC/2002

¹¹⁹ Nesse diapasão, insta destacar a orientação do artigo 5º *bis* da Lei Modelo UNCITRAL sobre o comércio eletrônico: *“Information shall not be denied legal effect, validity or enforceability solely on the grounds that it is not contained in the data message purporting to give rise to such legal effect, but is merely referred to in that data message.”*

Ocorre que os documentos eletrônicos possuem recursos e ferramentas próprios que lhes conferem uma lógica diferente dos documentos físicos. Como bem recordado por O. CACHARD é muito comum na internet o uso de hiperlinks¹²⁰ para ligar vários documentos eletrônicos, podendo o internauta navegar os documentos eletrônicos na ordem que preferir, indo de um link para o próximo. Por isso, não é de todo raro que ao efetuar uma compra ou celebrar um contrato *online*, a cláusula compromissória esteja na verdade acessível através de um link, ao invés de estar diretamente presente na tela inicial da contratação.¹²¹

A referência nesses casos, não é por indicação (salvo se as partes colocarem uma referência com hipertexto), mas sim por uma conexão direta. Ao invés da cláusula compromissória descrever o contrato que rege, haverá apenas um hyperlink embutido no texto ou num determinado ponto (ex. “Clique [aqui](#)”) como liame entre a cláusula compromissória e o contrato.

Tecnicamente, o hyperlink não configura uma referência. Afinal, a referência implica numa descrição suficiente para precisar a matéria abrangida pela cláusula compromissória enquanto o hyperlink pode estar inserido em qualquer caractere e encaminhar a parte tanto para o contrato *X* como o *Y* ou qualquer outro documento eletrônico – o que definirá o destino final é o endereço embutido no hipertexto.

Isso não quer dizer, entretanto, que o hyperlink não seja capaz de cumprir a mesma função da referência. Ora, se o objetivo é criar uma ligação entre a cláusula compromissória e o contrato que afeta, poucas coisas criam um vínculo tão direto quanto a simplicidade de clicar em um documento eletrônico e ser imediatamente transportado a outro. Afinal, o nome – hiperlink – bem indica a aptidão dessa ferramenta para a tarefa.

Assim, aprioristicamente, o hyperlink é um substituto válido para a referência por descrição.

¹²⁰ O ‘hiperlink’ (do inglês *hyperlink*: uma super ligação), ou simplesmente ‘link’ é um recurso num documento eletrônico onde uma parte de um documento eletrônico pode ser ligada a outra parte do mesmo documento eletrônico ou até outro documento eletrônico. O ‘hipertexto’ (novamente, do inglês ‘*hypertext*’), por sua vez, é o texto num documento eletrônico que contenha um hyperlink. Saliente-se, ademais, que os hiperlinks não são recursos exclusivos do mundo *online*: um documento eletrônico pode ter links entre diferentes partes (muito útil, por exemplo, para o índice) e não precisará necessariamente de acesso à internet para que tais links operem normalmente. Aliás, é até possível que um documento eletrônico faça referência a outro documento eletrônico por hyperlink sem necessidade de acesso à internet se for fornecido um caminho para um arquivo que se encontra no próprio computador ou numa intranet (rede interna).

¹²¹ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 16

O. CACHARD atinge a mesma conclusão,¹²² porém ressalta que o uso de hiperlinks demanda cuidados adicionais. Dentre eles, destaca-se a necessidade de certificar-se de que o hiperlink da cláusula compromissória de fato transmita a pessoa ao contrato (e vice-versa). Não raro pode haver uma ‘quebra’ do link que ocorre quando o link tenta remeter o navegador ao endereço incorreto e que não mais esteja funcionando. As razões para esse defeito são inúmeras e de natureza técnica. O importante a ser considerado para os fins jurídicos desta dissertação é que se o link deixar de funcionar, a referência cessará e a cláusula compromissória apartada estará em violação ao artigo 4º, §1º da Lei Marco Maciel.

Similarmente, pode acontecer de o link parecer funcional, mas remeter o navegador ao endereço errado. As consequências são as mesmas de se a referência estivesse incorreta, mencionando um contrato quando a cláusula compromissória visava outro. Isto é, a manifestação da vontade será expressa de forma equivocada, devendo ser retificada pelas partes.

Outro risco imaginável no que tange a referência por meio de hiperlinks é de adulteração dolosa do endereço. Assim como os documentos eletrônicos podem ser facilmente mudados, não é difícil mudar o hiperlink para encaminhar o clique a outro contrato. Ou, alternativamente, a parte imbuída de má-fé pode simplesmente envidar esforços para derrubar o local onde estava hospedado o contrato, deixando o hiperlink apontando para um beco sem saída virtual. Esse risco é tanto maior quando os documentos eletrônicos estão hospedados sob o cuidado de uma das partes, como ocorre frequentemente em contratos *online* B2C, razão pela qual se recomenda o registro notarial de contratos frequentemente usados.

Naturalmente, tal risco pode ser mitigado de várias formas. A título ilustrativo, a alteração pode ser restrita por acesso via senhas; os documentos eletrônicos podem ficar hospedados com terceiros; o hiperlink pode encaminhar não só a uma tela de visualização, mas à tentativa de baixar uma cópia .pdf do contrato na máquina das partes para garantir que cada uma possua uma cópia; etc. Essa cautela, aliás, é altamente recomendada tendo em vista a exigência do jovem Decreto nº 7.962 de 15 de março de 2013, editado para aprimorar o comércio eletrônico, que obriga os fornecedores, em seu artigo 4º, IV a “*disponibilizar o contrato [eletrônico] ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação*”.

¹²² Idem, pp. 16-17

Desta forma, há validade no uso de hiperlinks para se fazer referência, mas é recomendável que se tome o cuidado para garantir que o vínculo opere na prática de forma segura e confiável.

2.3. – *Contratos de Adesão*

Reforçando a ideia de que o efeito positivo da convenção arbitral requer cuidados por proibir o acesso das partes ao Judiciário, o legislador decidiu que nos contratos de adesão, onde os termos são ditados por parte à outra, certos requisitos formais deveriam ser necessariamente atendidos para que a cláusula compromissória adquirisse validade.

Além da exigência de que a cláusula compromissória esteja por escrito (tema tratado acima – *supra* 2.1.), a cláusula compromissória também deve estar negritada ou vir anexada, com a assinatura ou visto do aderente em ambas as hipóteses.

A possibilidade de separar a cláusula compromissória do contrato já foi analisada acima (*supra* 2.2.). Nos contratos de adesão, todavia, a separação da cláusula compromissória do contrato não serve apenas fins organizacionais, mas sim para salientar e ressaltar a cláusula compromissória.

Em sendo assim, cumpre tomar um cuidado adicional com a separação e referência entre o contrato e a cláusula compromissória. Na medida em que a referência pode ser feita por meio de hiperlinks, a separação, ao invés de chamar atenção à cláusula compromissória pode ter o efeito inverso: ocultá-la da parte aderente.

Se a cláusula compromissória estiver anexada por meio de incorporação através de hiperlinks, é essencial que o hiperlink esteja visível e destacado das demais cláusulas do contrato para assegurar que a parte aderente veja o caminho para o anexo.¹²³ Assim se, a título ilustrativo, em um contrato de adesão a cláusula compromissória for acessível por hiperlink embutido no ponto final de uma frase, a separação não realça a cláusula compromissória e, portanto, não satisfaz o artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem.

Vale notar, ademais, que num documento eletrônico é possível criar outros recursos para garantir que a parte aderente teve conhecimento do anexo. É possível, por exemplo,

¹²³ Sugere-se, a título exemplificativo que ao final do texto e antes da assinatura haja um aviso alertando a parte nestes termos: “[CLIQUE NESTA FRASE PARA ACESSAR A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA LIGADA A ESTE CONTRATO.](#)”

programar o *software* do documento eletrônico para quando a parte tentar proceder à assinatura do documento eletrônico aparecer um aviso (os famigerados “*pop-ups*”) lembrando-a do anexo ou até insistindo que seja lido antes de se prosseguir.

No que tange ao destaque da cláusula, colocando-a em negrito, é certo que o documento eletrônico é tão confiável quanto o documento físico para tal recurso (*quod erat demonstrandum*). Aliás, o documento eletrônico pode ir além do simples negrito para chamar a atenção a uma cláusula, com recursos (comuns em programas de apresentação de slides (ex. *Power Point*)) que aumentam ou diminuem o texto, o fazem piscar, etc.

Já no que diz respeito à assinatura específica à cláusula, tal tema comporta melhor análise quando for analisada a manifestação da vontade virtual (*infra* 3.).

Por fim, vale lembrar que a formalidade do artigo 4º, §2º não é absoluta, cedendo face à confirmação da vontade da parte aderente de recorrer à arbitragem. Dito com outras palavras: a iniciativa da parte aderente de instituir a arbitragem funciona como sanatório geral, eliminando quaisquer falhas.

2.4. – *Compromisso por Termo nos Autos*

O artigo 9º da Lei de Arbitragem divide a classificação do compromisso arbitral em *judicial* e *extrajudicial*, a depender de ser firmado no bojo de um processo ou não, respectivamente.

O compromisso arbitral judicial tem como formalidade atrelada à sua validade a necessidade de que esteja inserido nos termos dos autos conforme preceitua o artigo 169 do Código de Processo Civil.¹²⁴ Indaga-se, portanto, se o documento eletrônico é capaz de satisfazer esse requisito.

Para a prática forense atual, pode parecer que o documento eletrônico é incompatível com tal requisito. Afinal, o processo ao qual se está acostumado em grande parte do Brasil é o composto por autos em papel impresso, onde os juízes ainda despacham as petições com suas canetas. Nesse tipo de processo não cabe um documento eletrônico, eis que a única forma de se juntar isso aos autos seria convertendo o documento eletrônico em físico.

¹²⁴ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 190

É preciso ter em mente, todavia, que se vive atualmente numa fase de transição com o Judiciário esforçando-se para criar um processo eletrônico. Já existe respaldo legal na Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006 para que os autos dos processos sejam parcial ou inteiramente eletrônicos.¹²⁵ Há, inclusive, autorização para que as decisões judiciais sejam proferidas em formato eletrônico.¹²⁶ Consequentemente, é lícito concluir que em tais processos as partes poderão celebrar um compromisso arbitral em formato eletrônico (observada a necessidade de credenciamento das partes perante o Judiciário e uso de assinaturas digitais no ato – arts. 2º e 8º, § único da Lei nº 11.419/06).

Desta forma, é teoricamente admissível o compromisso arbitral judicial eletrônico caso se esteja lidando com um processo eletrônico nos termos da lei.

2.5. – *Instrumento Público Eletrônico*

Nos termos do artigo 9º, §2º da Lei de Arbitragem, o compromisso arbitral extrajudicial admite duas formas: a de instrumento particular (com assinatura de duas testemunhas) e a de instrumento público.

No que diz respeito à primeira opção (instrumento particular), já ficou comprovado acima (*supra* 2.1.) que o documento eletrônico satisfaz a exigência da escrita podendo, portanto, ser tido como instrumento particular. Ademais a assinatura por duas testemunhas é igualmente possível no documento eletrônico, conforme será mostrado adiante (*infra* 3.).

Já no que concerne ao documento eletrônico com natureza de instrumento público, adiante (vide *infra* V.2.2.) será discutido como por força do artigo 10º da Medida Provisória nº 2.200-2/01 há tranquila possibilidade de se equiparar um documento eletrônico a um instrumento público, desde que seja assinado digitalmente por autoridade competente para a elaboração do instrumento público.

¹²⁵ Art. 8º – Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

¹²⁶ Art. 556, § único do CPC: Os votos, acórdãos e demais atos processuais podem ser registrados em arquivo eletrônico inviolável e assinados eletronicamente, na forma da lei, devendo ser impressos para juntada aos autos do processo quando este não for eletrônico.

3.- A Manifestação da Vontade Eletrônica:

Salientou-se acima na introdução que as convenções arbitrais implicam certa restrição dos direitos das partes na medida em que privam estas do acesso ao judiciário (efeito positivo da convenção arbitral). Isso significa que é preciso verificar atentamente se era o desejo das partes celebrarem uma convenção arbitral, pois esse negócio jurídico gera consequências importantes para as partes.

Por conseguinte, urge ir além da mera análise de aspectos formais. Não basta que a cláusula compromissória atenda os requisitos formais da lei para que seja tida como válida e eficaz. É vital assegurar-se que houve uma confiável manifestação da vontade das partes no sentido de celebrar a convenção arbitral.

Insta explicar, entretanto, o que se deve entender por uma *confiável* manifestação da vontade das partes. Ao exigir que a manifestação seja *confiável*, tem-se que a manifestação da vontade das partes deve satisfazer os seguintes quatro requisitos:

- I. Autenticidade: A autoria da vontade manifestada deve ser presumível. São necessários consideráveis indícios de que as partes são as autoras da vontade declarada;
- II. Integridade: Deve haver uma presunção de que o conteúdo da declaração corresponda à original manifestação da vontade das partes;
- III. Consciência: A confiabilidade depende de ser lógico presumir que a declaração seja emitida propositalmente, isto é, como ato consciente e voluntário, com as partes cientes da celebração da convenção arbitral e de seus termos;¹²⁷ e
- IV. Efetiva comunicação: Os meios de comunicação entre as partes devem ser tais que seja presumível que houve a coincidência de vontades e não manifestações unilaterais.

¹²⁷ Esse requisito casa com o princípio de Interpretação em Boa-fé levantado por FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN segundo o qual é essencial sempre ler a convenção arbitral tendo em mente a vontade verdadeira das partes em relação ao quanto está escrito. (*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 257)

Note-se que todos os requisitos elencados acima impõem como efetiva exigência a existência de uma presunção. Em outras palavras, não se requer a certeza *absoluta* em nenhum desses critérios. Essa aparente ‘frouxidão’ de qualidade se justifica por duas razões.

Primeiramente, requisitos por demais severos terminariam por sufocar a arbitragem informatizada. Como expressão de uma forma mais eficiente de litigância ligada tanto ao comércio internacional como às transações *online*, é preciso tomar o cuidado para não cercar a celebração da convenção arbitral de tantas exigências severas que na prática torne-se excessivamente oneroso celebrar esse tipo de negócio jurídico.

Vale lembrar, outrossim, que a instituição da arbitragem deve ser vista como exceção à regra, pois pela boa-fé espera-se que os negócios sejam adimplidos sem necessidade de litígios. Ademais, mesmo que haja necessidade de instauração do juízo arbitral, nem sempre haverá a impugnação de validade da convenção arbitral, podendo as partes estarem de acordo com a arbitragem, malgrado discordem no mérito da contenda. Em síntese, foge à proporcionalidade exigir um altíssimo ou perfeito padrão de confiabilidade de todas as convenções arbitrais celebradas de forma eletrônica quando a exceção é o questionamento deste ponto.

Dito de outras formas, por uma questão de bom senso, insta limitar o padrão ao razoável.

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que a certeza é um objetivo fugaz. Situações extremas e teratológicas tornam difícil (para não dizer impossível) afirmar com certeza um fato e não só no mundo eletrônico. A título ilustrativo, até um documento elaborado por instrumento público com inúmeras testemunhas pode não ser certamente confiável se houve coação ou corrupção dos envolvidos.

Desta forma, soa mais razoável exigir uma presunção de confiabilidade cabendo ao juízo arbitral, se houver impugnação referente à manifestação de vontade, apreciar as provas trazidas para decidir se são suficientes ou não para ilidir a presunção de confiabilidade.

Isto posto, cumpre verificar a presença dos quatro requisitos nas duas modalidades mais comuns de manifestação da vontade do mundo virtual: os *e-mails* e a aceitação de termos e condições *online*.

3.1. – A Manifestação da Vontade pela Troca de E-mails

Dentre os modernos meios de comunicação atrelados à informática, merece destaque, no ambiente profissional, o *e-mail*, que tem se revelado uma ágil e eficiente ferramenta para transmissão de todo tipo de mensagens e documentos eletrônicos (inclusive contratos) entre dois indivíduos, independentemente da distância física que os separa.

Desta forma, imperativo analisar a validade da convenção arbitral firmada através da troca de *e-mails*.

Tomando por base de comparação as duas versões da Lei Modelo da UNCITRAL, é possível notar um planejado¹²⁸ progresso entre a versão de 1985 e a de 2006. Se por um lado na versão de 1985 não havia preocupação com a troca de mensagens eletrônicas, na versão atualizada há expressa menção da licitude dessa forma:

Lei Modelo da UNCITRAL de Arbitragem Comercial Internacional ¹²⁹	
Versão original (1985)	Versão atualizada (2006)
Art. 7.2.: The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties <u>or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunications which provide a record of the agreement</u> , or in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such to make the clause part of the contract.	Art. 7.4.: The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; “electronic communication” means <u>any communication that the parties make by means of data messages</u> ; “data message” means <u>information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.</u>

Vale salientar que em ambas as versões há uma preocupação com a convenção arbitral formada pela troca de manifestações. A diferença é de atualidade, eis que a versão mais recente já menciona o *e-mail* enquanto a redação original exemplifica com outras formas de comunicação mais apropriadas à época (como a troca de cartas ou telegramas).

¹²⁸ Vide acima a nota de rodapé nº 106

¹²⁹ Grifou-se

A despeito dessa diferença, ressalte-se que a redação original não é restritiva, porém sim flexível, deixando claro que os meios mencionados são exemplos, encaixando-se na definição outros meios desde que forneçam um registro do acordado. Assim, é válido concluir que os *e-mails* se enquadrariam por analogia na redação original.

Ocorre que a Lei nº 9.307/96 distanciou-se do texto recomendado pela UNCITRAL neste ponto. A transcrição acima dos artigos 4º e 9º do referido diploma legal deixa claro que a lei de arbitragem brasileira é omissa neste ponto, nada falando expressamente sobre a convenção arbitral resultante da troca de correspondências (eletrônicas ou não).

Já a Convenção de Nova Iorque (aqui internalizada através do Decreto 4.311/02) enfrenta o tema diretamente no seu artigo II.2.: “Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.” (Grifou-se).

A simples leitura do texto deixa claro que não há qualquer menção expressa ao correio eletrônico (sequer inventado na época...). A dúvida, portanto, é se essa omissão desautoriza ou não a validade dos *e-mails*?

Para R. HILL,¹³⁰ os *e-mails* representariam forma válida de manifestação da vontade, pois o parágrafo segundo do artigo II da referida Convenção, menciona a celebração de convenções arbitrais celebradas por meio de troca de cartas *ou telegramas* e, para o autor, os *e-mails* podem ser equiparados, por analogia, aos telegramas para efeitos legais - tese acompanhada por outros doutrinadores.¹³¹

Aliás, para alguns doutrinadores,¹³² é apenas natural que se leia *e-mails* no lugar de telegramas como uma forma de contextualizar a Convenção, lembrando que esta foi editada em 1958 quando a informática estava ainda engatinhando.¹³³

¹³⁰ HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Dez. 1998, item 2.1.

¹³¹ Nesse sentido: ARSIČ, J.. *International commercial arbitration on the internet: has the future come too early?* Cit. *supra* nº 89, p. 216; BIUKOVIC, L.. *International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments*. Cit. *supra* nº 23, p. 346; CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 20; e MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item II.1.1.1.

¹³² ARSIČ, J.. *International commercial arbitration on the internet: has the future come too early?* Cit. *supra* nº 89, p. 216; MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item II.1.1.1.; e, por analogia, FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, pp. 376-377.

¹³³ Em sentido contrário vide os comentários de O. CACHARD transcritos na nota de rodapé nº 84

Num nível superficial, o autor de fato tem razão ao falar que, fundamentalmente, telegramas, fac-símiles e *e-mails* não deixam de ser formas de comunicação onde uma mensagem é convertida em formato digital, transmitida por uma rede de telecomunicações e, posteriormente, traduzida novamente para formato legível ao olho nu.

Entretanto, o próprio R. HILL reconhece que, sob o ponto de vista técnico, a realidade desafia uma equiparação tão simples entre os telegramas e os *e-mails*:

<u>Telegrama</u>	<u>E-mail</u> ¹³⁴
- O envio dos telegramas demandava a presença do remetente no posto de telégrafo, permitindo com maior facilidade assegurar a identidade de quem encaminhou o telegrama.	- A falsificação de um <i>e-mail</i> é relativamente fácil e a identidade do remetente depende de certificar-se que aquela conta pertence àquela pessoa e que nenhuma outra pessoa usou indevidamente seu sistema de <i>e-mails</i> .
- A manipulação do conteúdo dos telegramas durante sua transmissão era tarefa tecnicamente desafiadora.	- <i>E-mails</i> podem ser facilmente alterados se não estiverem protegidos contra modificações.
- Podia-se confiar na entrega do telegrama pelo posto de telégrafo.	- É corriqueiro que <i>e-mails</i> não cheguem nos seus destinatários, sem qualquer das partes perceberem essa falha de comunicação.
- O telegrama, assim como o FAX, sempre vem impresso, dificultando a sua alteração.	- Os <i>e-mails</i> não precisam ser impressos. Podem ser armazenados em formato digital.

Essas dessemelhanças, todavia, não desencorajam R. HILL, que acredita que com algumas simples precauções é possível contornar as fragilidades que afastam o *e-mail* da confiabilidade do telegrama. Nessa esteira de raciocínio, o doutrinador recomenda a adoção das seguintes medidas: (i) investigar a confiabilidade da mensagem por uma análise do conteúdo e do contexto do *e-mail*; (ii) manter cópias impressas dos *e-mails*; e (iii) sempre pedir ao destinatário que confirme o recebimento do *e-mail*.

Ocorre que esses cuidados não eliminam as disparidades de confiabilidade entre os dois distintos meios de comunicação.

Salvo nos casos de fraudes grosseiras e amadoras, merece ceticismo a afirmação de que uma análise cuidadosa do *e-mail* sirva para assegurar-se que se trata de manifestação legítima de quem o assina. A não ser que essa investigação envolva uma ligação ou troca de

¹³⁴ Adiante serão feitas considerações mais detalhadas sobre a autenticidade, integridade, consciência e efetiva comunicação dos *e-mails*, limitando-se tal tabela a uma análise superficial para fins de comparação com os telegramas.

cartas para o suposto remetente (o que torna supérflua a comunicação por *e-mail* nesse caso), dificilmente se terá certeza só pela análise da mensagem.

Similarmente, de nada adianta manter cópias impressas se a cópia impressa é de um *e-mail* forjado.

Já no que se refere à confirmação de recebimento, essa medida possui o condão de afastar a preocupação na falha de entrega, mas não garante o conteúdo inalterado e, ademais, havendo falha na primeira entrega, provavelmente não haverá confirmação de recebimento também (salvo se usada outra via de comunicação).

Às diferenças enfrentadas por R. HILL, acrescenta-se outra: enquanto os telegramas são de competência dos Correios, uma empresa pública, os *e-mails* são geridos por centenas de diferentes servidores. Essa variedade de servidores se traduz numa incerteza sobre a competência técnica e lisura ética do processador de *e-mails*. Será, por exemplo, que um *e-mail* privativo do servidor interno de uma empresa é tão seguro contra invasões quanto todos os demais? Mais: pode-se confiar nos arquivos e registros de envio de *e-mails* quando ficam armazenados no servidor interno de uma das partes?

Em outras palavras, no caso dos *e-mails* é preciso preocupar-se sobre se o servidor do *e-mail* é seguro e imparcial, algo que, *a priori*, não preocupa o usuário dos telegramas.

H. A. HALOUSH e B. H. MALKAWI¹³⁵ concordam que é desaconselhável tentar traçar comparações entre o telefone ou o telégrafo e a internet. A própria natureza da comunicação possibilitada pela internet difere substancialmente daquela fornecida nos antigos meios de comunicação. Como bem destacam, os meios *online* permitem que qualquer indivíduo, com relativa facilidade seja capaz de transmitir enormes quantidades de dados para qualquer outra pessoa (ou pessoas) praticamente instantaneamente. Assim, se um telegrama era limitado a algumas palavras, um *e-mail* pode transmitir vídeos, séries de contratos, etc.

De maneira análoga, J. ARSIC não concorda com a equiparação da internet aos telegramas posto que a comunicação é (praticamente¹³⁶) simultânea.¹³⁷

¹³⁵ HALOUSH, H. A.; e MALKAWI, B. H. Internet characteristics and online alternative dispute resolution. Cit. *supra* n° 36, p. 330

¹³⁶ Faz-se um pequeno reparo à afirmação da autora tendo em visto que por mais veloz que seja a conexão da internet, sempre haverá um pequeno transcurso de tempo entre o envio e recebimento. Ademais, se o receptor demorar a abrir sua caixa de entrada, pode haver uma demora considerável entre o envio e a leitura, o que não ocorre, por exemplo, ao telefone.

¹³⁷ ARSIC, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* n° 89, p. 214

Parece, portanto, que não é boa técnica equiparar o telegrama ao *e-mail* do ponto de vista técnico como quer fazer R. HILL e parte da doutrina. Ambos os meios de comunicação representam fragilidades que os tornam passíveis de dúvida (note-se, por exemplo, que na coluna pertencendo ao telegrama é registrada a dificuldade de modificá-lo ou extraviá-lo, mas nunca a impossibilidade disso), mas as fragilidades do *e-mail* são peculiares e devem ser enfrentadas com um estudo próprio.

Assim, conclui-se que se desejarmos reconhecer *e-mails* como forma aceitável, pela Convenção de Nova Iorque, para celebração de uma convenção arbitral, não se pode tentar afirmar que telegrama e *e-mail* são equivalentes.

O fato, porém, é que não é necessário tentar equiparar os *e-mails* às cartas ou telegramas. Uma leitura atenta da redação do parágrafo segundo do artigo II da Convenção de Nova Iorque, permite extrair a conclusão de que as cartas e telegramas são mencionados como exemplos e não como únicas formas aceitáveis, eis que a redação fala ‘inclusive’ esses meios,¹³⁸ o que é um termo aberto e indicativo de exemplificação,¹³⁹ garantindo, conforme é cediço, os elementos que seguem, mas não necessariamente excluindo outros.

Em outras palavras, esse dispositivo tem natureza aberta e flexível, não expondo um rol taxativo. Sendo assim, apesar da Convenção de Nova Iorque datar de 1958, quando os computadores ainda estavam longe de dominar o mundo, este tratado pode ainda ser aproveitado sem necessidade de emendas nesse ponto ou equiparação de termos.¹⁴⁰

Desta forma, em tese existe espaço na legislação para inclusão do *e-mail*. Mas será possível afirmar que qualquer meio de comunicação pode ser tido como agasalhado pelo artigo II da Convenção de Nova Iorque? Negativo: o mais sensato é admitir somente os meios de comunicação que forneçam um grau razoável de confiabilidade quanto à manifestação da

¹³⁸ A versão traduzida do Decreto 4.311/02 não fez jus ao texto original. Tendo em mente que a Convenção de Nova Iorque registra como vias autênticas as versões em idioma chinês, inglês, francês, russo e espanhol (art. XVI da Convenção) sem nada falar do português, é preferível buscar a interpretação do texto nesses idiomas, com destaque para o inglês que foi o idioma em que as minutas e discussões foram preparadas na época (vide *supra* nota de rodapé nº 81). Na redação original em inglês a fraseologia exata é: “The term “agreement in writing” shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.” (Grifou-se)

¹³⁹ Como bem traduz o dicionário MICHAELIS (v. I, 1973, p. 521), “include” deve ser lido como: *incluir, abranger, compreender, envolver, implicar*.

¹⁴⁰ Vide nesse sentido a Resolução adotada em 07.07.2006 pela UNCITRAL sobre interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958 (disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf nas pp. 39-40 – acessado em: 10/10/2013) que recomenda que seja lido o artigo II.2. do tratado de forma não exaustiva. Aliás, no preâmbulo do instrumento é feita menção aos avanços tecnológicos para justificar a necessidade de uma resolução interpretativa.

vontade. Isto é, que são fidedignos no que tange a integridade, a autenticidade, a consciência e comunicação efetiva. Será que o *e-mail* atende tais requisitos?

Narra M. E. QUEIJO que, fora da arbitragem, tem sido prática comum no Judiciário brasileiro a aceitação de impressos de *e-mails* como comprovação eficaz do envio ou recebimento (naquela data) da mensagem eletrônica impressa e de seu conteúdo.¹⁴¹ Por outro lado, nos EUA (onde o uso de documentos eletrônicos popularizou-se muito antes do que aqui), pesquisas feitas já na década de 80 indicavam uma tendência das cortes de aceitarem os documentos eletrônicos como prova, mas como prova equivalente aos registros de uma parte, ou seja, prova produzida unilateralmente.¹⁴² Percebe-se, conseqüentemente, que existe uma notável discrepância entre as cortes nacionais e as forasteiras, com estas exibindo muito mais ceticismo do que aquelas no que tange o valor probatório dos documentos eletrônicos.

M. E. QUEIJO tende a concordar com o posicionamento estrangeiro, afirmando que a simples impressão de *e-mails* não traz consigo elementos suficientes a comprovar que a mensagem eletrônica tenha sido de fato enviada ou recebida em determinada data, nem tampouco que aquele era o conteúdo original da mensagem.¹⁴³

Esse posicionamento é justificável na medida em que se compreender que o *e-mail* não passa de uma forma de documento eletrônico encaminhado de um usuário para o outro e os documentos eletrônicos, conforme será explicado em maiores detalhes no capítulo V (*infra* V.4.), ordinariamente, não apresentam elementos seguros de sua integridade e autenticidade.

M. E. QUEIJO recomenda, portanto e face à impossibilidade de confiar-se nos impressos como prova única, que seja feita uma perícia nos servidores dos *e-mails*.¹⁴⁴ Uma perícia nos *logs* dos *servers*,¹⁴⁵ pode auxiliar na prova de se houve ou não o envio da mensagem, quando e por qual computador.¹⁴⁶

¹⁴¹ QUEIJO, M. E.. Mensagem eletrônica: meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. In: *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 960

¹⁴² BRONSTEIN, D. A.; e ENGELBERG, D. A preliminary assessment of the reception of computer evidence: report of the computer evidence survey project. In: *Jurimetrics Journal*. Vol. 21. Verão 1981, p. 332

¹⁴³ QUEIJO, M. E. Mensagem eletrônica: meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. Cit. *Supra* n. 141, p. 961. No mesmo sentido: MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*, item 2.3.e.

¹⁴⁴ Para aqueles que desconhecem a função do servidor de *e-mails*, este é o centro de processamento das mensagens eletrônicas, encarregando-se de gerir o recebimento e o envio das mensagens eletrônicas.

¹⁴⁵ O *log* do servidor de *e-mails* armazena as informações de identidade e de tempo das mensagens eletrônicas.

¹⁴⁶ QUEIJO, M. E. Mensagem eletrônica: meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. Cit. *Supra* n. 141, p. 961

O *log* guarda em seus arquivos, por exemplo, o registro dos *e-mails* enviados, inclusive destinatários e remetentes, bem como a hora do envio. Pode conter, adicionalmente, o endereço IP (*Internet Protocol address*) que é o número ligado a um computador.

Esses dados trazidos pela perícia no servidor se fornecidos em conjunto com a via impressa, podem ajudar a complementar e suprimir as falhas da mensagem eletrônica enquanto documento eletrônico, eis que reforçam a autenticidade e a comunicação efetiva.

Cumprе ressaltar, todavia, que a perícia no servidor é uma prova com alguns pontos fracos. Primeiramente, o servidor não será capaz de zelar pelo *conteúdo* enviado. Além disso, deve-se ter em mente que apesar de o endereço IP acusar um computador, isso não prova a autoria, pois hoje em dia qualquer computador pode ser usado para acessar qualquer conta de *e-mail*, bastando acesso à internet. Por fim, vale recordar que os dados no servidor não estão imunes à alteração ou deleção. No que tange a esse primeiro risco, se ficar comprovado que uma parte conseguiria ter acesso ao servidor (o que pode ser fácilimo se, por exemplo, for um servidor interno da empresa), a fidedignidade dos resultados da perícia restaria corroída. Já no que se refere ao outro risco (deleção), este não implica necessariamente a má-fé de uma parte, eis que é comum os servidores limparem seus *logs* de tempos em tempos para liberar mais espaço de memória. Ou seja, o objeto da perícia tem uma data de validade.¹⁴⁷

Finalmente, mesmo que fosse possível comprovar de qual conta de usuário de *e-mail* foi enviada a mensagem, seria difícil fornecer prova absoluta da autoria do *e-mail*, vez que é possível alguém entrar na conta de *e-mail* de outrem (e até no seu computador) e enviar uma mensagem passando-se por aquela pessoa.¹⁴⁸

Percebe-se, por conseguinte, que zelar pela fidedignidade dos *e-mails* é tarefa muito mais árdua na prática do que se costuma imaginar, sendo esse sistema de comunicações recheado de fragilidades. A única forma atualmente segura de garantir a integridade de um *e-mail*, por exemplo, é através da assinatura digital (*infra* V.4.) que também fornece fortes (porém não invencíveis) indícios da autoria do *e-mail*.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Ibidem

¹⁴⁸ Note-se que não se trata de façanha exclusiva de habilidosos *hackers*. Basta citar como exemplo o descuido de algumas pessoas que esquecem de fazerem o *log off* de suas contas, deixando elas vulneráveis para mal-intencionados que possam ter acesso àquele computador posteriormente.

¹⁴⁹ J. F. CAHALI, por exemplo, reconhece o uso dos *e-mails* mas expressa grande preocupação sobre a prova de autoria nos mesmos. (CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem. cit. supra* nº 03, p. 109)

Essa fragilidade inerente aos *e-mails* não significa, todavia, que os *e-mails* não mereçam qualquer voto de confiança. Conforme salientado acima (*supra* 3.), o sensato é exigir uma presunção razoável da presença dos quatro requisitos e não prova irrefutável dos mesmos, inclusive porque a fraude é imaginável também nos meios tradicionais de comunicação: cartas podem ser forjadas, desviadas ou roubadas, escritas sob coação ou ludibrio, etc.

Em sendo assim, cabe analisar a questão sob essa ótica menos rigorosa e mais pragmática, deixando a teratologia para ser vista como a exceção que é, exigindo prova de sua ocorrência.

De fato a assinatura digital é o meio atualmente mais seguro de indicar a autoria. Acima referiu-se, porém, à possibilidade de uma perícia comprovar o computador de qual saiu o *e-mail*, o que parece suficiente para criar uma presunção de autoria. No mesmo sentido, se comprovar-se que o endereço do remetente é acessível através de conta de *e-mail* protegida por senha de conhecimento (em tese) exclusivo da pessoa *X*, soa sensato presumir que o *e-mail* enviado daquela conta tenha sido enviado por *X*.¹⁵⁰

Desta forma, conquanto o ideal seja a assinatura digital, basta elementos mais simples para criar-se uma presunção de autoria e satisfazer o requisito de autenticidade.¹⁵¹ O que não se deve aceitar é o *e-mail* provindo de conta absolutamente desprotegida ou onde seria fácil qualquer um se passar pelo suposto autor do *e-mail*.¹⁵²

Útil, citar, adicionalmente, a doutrina de L. F. GUERRERO nesta matéria. Referido autor autoriza o uso de *e-mails* para celebração de convenções arbitrais, malgrado identifique uma preocupação com problemas de autoria. Além da assinatura digital, a solução encontrada pelo doutrinador para mitigar esses riscos é tanto o uso de formas de identificação eletrônica como

¹⁵⁰ Aliás, quanto mais exclusiva e difícil de surrupiar a senha, maior a presunção de autoria. Uma simples senha de quatro dígitos, por exemplo, pode ser descoberta e usado por outros. Já uma senha ligada a dados biométricos como um leitor de íris, são mais difíceis (mas não impossíveis) de burlar.

¹⁵¹ ARSIC, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future com too early? Cit. *supra* nº 89, pp. 216-217; e CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 20.

¹⁵² É mais digno de confiança o *e-mail* provindo de uma conta criada dentro de um domínio ‘fechado’ do que um ‘aberto’. Exemplo: não se pode impedir que alguém crie uma conta de *e-mail* no ‘@gmail.com’, ‘@hotmail.com’, ‘@yahoo.com’, etc. com o nome do autor desta dissertação, mas apenas este autor tem o direito de uma conta com seu nome no ‘@usp.com.br’ onde estudou. Ou seja, o domínio ‘@usp’ é restrito aos alunos, sendo mais confiável que os demais. Similarmente, deve-se privilegiar domínios associados a outros aspectos do suposto autor do *e-mail* como o local onde trabalha ou até seu domínio pessoal, pois não se sabe ao certo se a conta criada no domínio aberto de fato pertence àquele indivíduo.

o e-CPF, quanto a recordação de que, em última instância, a fraude de identidades acarreta severa penalidade (art. 299 do CP), desaconselhando que se aja de má-fé nesta seara.¹⁵³

É fundamental ter em mente, ademais, que a autenticidade não se prova exclusivamente pela assinatura. Mesmo nas convenções arbitrais celebradas no papel tal regra já valia:

*“Deve, preferencialmente [a convenção arbitral], estar assinada pelas partes contratantes. Entretanto, será válida mesmo se não for aposta a assinatura dos interessados no contrato, bastando para isso que se instrumentalize, de alguma forma, a concordância dos envolvidos. [...] E essa aceitação poderá se dar de outro modo que não, necessariamente, a assinatura dos convenientes. Basta se evidenciar a comunhão de vontades. Ou a sua aquiescência.”*¹⁵⁴

Assim, quando há exigência de pluralidade de assinaturas (ex. para os contratos de adesão ou compromisso por instrumento particular), existe tanto a possibilidade de outra assinatura digital ser aposta sobre o e-mail, ratificando seus termos, ou de outra forma ser encontrada para sinal de concordância. É admissível, por exemplo, que as duas testemunhas do compromisso assinem digitalmente o instrumento eletrônico ou mandem um e-mail de conta segura e própria delas testemunhando que receberam cópias das vias celebradas entre as partes.

De forma análoga, a integridade só é garantida com o uso da assinatura digital, mas isso não deve impedir e-mails com outros mecanismos de segurança de serem considerados. A simples transformação de um documento eletrônico em formato *portable document* (.pdf), por exemplo, já é capaz de impedir alterações por parte de leigos. Um .pdf protegido contra alterações através de senha, por outro lado, é capaz de dissuadir até usuários mais experientes. *Et cætera*. O importante é não confiar no simples e-mail que pode ser facilmente adulterado.

¹⁵³ GUERRERO, L. F.. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. cit. *supra* n° 46, pp. 58-59

¹⁵⁴ MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* n° 39, p. 78. No mesmo sentido: FOUCARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* n° 42, p. 377; e WALD, A. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro). cit. *supra* n° 47, pp. 102-103.

O requisito de consciência (i.e. haver presunção no sentido de que a declaração feita pelo remetente foi proposital) é relevante no mundo digital por conta de algumas nuances advindas (ironicamente) da facilidade e praticidade ligadas à informática.

Já se debateu aqui (*supra* 2.2.) o risco de se deixar parcela das informações acessíveis por meio de hiperlinks. Um hiperlink mal sinalizado contendo uma cláusula compromissória, por exemplo, pode facilmente passar despercebido, sendo que a aceitação ao corpo do *e-mail* não necessariamente fazia referência a esse outro negócio jurídico ‘escondido’ atrás do hiperlink.

Similarmente, convenções arbitrais deixadas em anexo e não referidas no corpo do *e-mail* são terreno fértil para razoáveis alegações de aceite accidental. Ou, pode-se imaginar o cenário em que a convenção arbitral venha ofuscada por conta de vários anexos ou até pela troca de muitos *e-mails* sendo que o aceite não levou em conta esse importante negócio jurídico perdido no meio de tantos outros documentos eletrônicos.

Outro perigo é que o envio de *e-mails* é tarefa por vezes fácil demais, aumentando a probabilidade de envios accidentais. Dois exemplos:

- Confusão de endereço de destinatários – na medida em que pessoas passam a ser representadas às vezes por siglas ou formas resumidas, não é de todo improvável que o *e-mail* aceitando um contrato vá para o destinatário errado, porém com endereço similar. Esse risco é exacerbado por conta da ferramenta nos sistemas de *e-mail* de formar sugestões de completar automaticamente os endereços dos destinatários.
- Transmissão accidental – como o envio depende de um mero clique, persiste o risco de uma minuta ou rascunho preparadas para a eventualidade de aceitação, por exemplo, serem encaminhadas por descuido, clicando no botão de ‘envio’ ao invés de ‘salvar’ pela simples proximidade dos dois ícones na tela.

De fato, o ato de firmar a assinatura num documento cartáceo, evoca a sensação de um ato solene e sério, que exige atenção e cuidado.¹⁵⁵ Quando se assina um documento, tem-se consciência de se estar fazendo alguma declaração e, não raro, assumindo alguma obrigação, o

¹⁵⁵ Nas palavras de R. HILL: “Indeed a “writing requirement” cautions the actors that they are entering a solemn matter and it promotes deliberation and seriousness. E-Mail is not, at this time, the equivalent of physical writing from that point of view.” (*On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 2.1.)

que, geralmente, convence o assinante a pausar e verificar com maior vagar o documento que carregará sua assinatura.

Esse momento solene está ausente no *e-mail*. A título ilustrativo, basta lembrar que atualmente é factível através de um celular disparar um “Ok” em segundos (às vezes inclusive em cima da mensagem errada por descuido) a vários destinatários. Logo, o *e-mail*, quando lacônico, é preocupante.

Segue do disposto acima que no que tange o requisito *consciência*, é recomendável alguns cuidados adicionais para se firmar a presunção de que a declaração de vontade enviada por *e-mail* de fato corresponde à vontade do remetente. O ideal é o uso da assinatura digital, que aproxima o internauta do ato solene de assinar um documento físico e, em qualquer hipótese, recomenda-se que seja exigida uma aceitação menos lacônica, de preferência com expressa referência à convenção arbitral que, por sua vez, deve ser facilmente perceptível para o aceitante.¹⁵⁶

Por fim, é fundamental assegurar-se de que haja efetiva comunicação entre as partes para haver a formação de um negócio jurídico bilateral como a convenção arbitral.

Via de regra, a troca de mensagens por *e-mail* é relativamente segura, sendo a exceção a falha na correspondência. Os problemas de comunicação podem ocorrer sob três formas: (i) a mensagem não é entregue; (ii) a mensagem é entregue de forma corrompida ou desformatada; e (iii) a mensagem é entregue, porém não lida.

O risco da mensagem não ser entregue está ligado a fatores técnicos que podem variar desde equívocos por parte do usuário (digitou o endereço errado, anexou um arquivo demasiadamente pesado, etc.) até complexas questões técnicas (falhas nos servidores, problemas de conexão à rede, etc.). Esse risco pode ser minimizado na medida em que os sistemas de *e-mail* são programados para comunicar a falha na entrega. Preferivelmente, porém, o remetente pode solicitar uma confirmação de entrega para reforçar esse *feedback*.

No que tange a desformatação da mensagem, esse problema pode ser relevante e afetar os requisitos anteriores de integridade e consciência, pois a aceitação pode se dar sobre uma versão, por exemplo, onde não apareça a convenção arbitral. O recomendável, portanto, é que os *e-mails* observem formas simples em seu corpo (privilegiando o texto simples sem uso de

¹⁵⁶ Exemplo: “Aceito os termos do contrato, conforme expostos no *e-mail* datado de xx/xx/20xx, inclusive a solução pela via arbitral nos termos do texto sugerido no anexo do referido *e-mail*”.

imagens, tabelas, etc.), deixando recursos mais sofisticados para serem anexados, de preferência em formatos como o .pdf.

Outra ameaça das correspondências eletrônicas é o *e-mail* ser entregue, mas não ser lido pelo destinatário. O exemplo mais comum nesse sentido é o desvio acidental da mensagem para o ‘lixo eletrônico’ (também conhecido como ‘filtro AntiSpam’). Novamente, o risco aqui é da exigência de consciência ser afetada. Imagine-se, por exemplo, o aceite que é fornecido sem consciência de um aditamento aos termos proposto em *e-mail* relegado à lixeira eletrônica.

A melhor forma de prevenir esses problemas é através da solicitação de uma confirmação de leitura. Isso pode se dar através do próprio sistema de *e-mails* ou simplesmente entrando em contato com o destinatário (por *e-mail* ou outras formas que forneçam um registro), pedindo confirmação do recebimento. É ideal, outrossim, responder em cima de mensagens anteriores para manter a cadeia de correspondências preservada, permitindo a fácil leitura de todos os *e-mails* trocados até então.

Em síntese, a troca de *e-mails* é capaz de ser uma forma fidedigna de se celebrar uma convenção arbitral com respaldo na autorização legal do artigo II.2. da Convenção de Nova Iorque. Essa capacidade, entretanto, não está presente em *qualquer* troca de *e-mail*. Acima foram salientadas várias sugestões e medidas de segurança para garantir que os *e-mails* sejam dotados de condições razoáveis de confiabilidade. O simples *e-mail* sem tais condições é tão confiável quanto o compromisso verbal (vedado pelo ordenamento) ou uma minuta escrita a lápis.

Se a convenção arbitral celebrada por meio de simples *e-mail* é altamente contestável e suspeita, é necessário questionar por que razão então esse meio é utilizado na prática e não abertamente hostilizado pelos arbitralistas¹⁵⁷

Em primeiro lugar, vale lembrar que essas questões são relativamente novas. Conquanto os contratos eletrônicos estejam em ascensão, a prática ainda parece privilegiar os contratos físicos e, por dedução, também as convenções arbitrais cartáceas. Ou seja, o tema começa só agora a se fazer presente. Relacionado a esse ponto existe, também, uma certa ausência de informação, posto que nem todos os que usam os meios eletrônicos estão

¹⁵⁷ Exemplo: CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 17

conscientizados das nuances e fragilidades do novel mundo informatizado. Trata-se da diferença entre saber manusear, e entender como funciona.

Adicionalmente, é sustentável que a falta de normatização clara da matéria – balizando expressamente a questão sem exigência de complexo esforço hermenêutico construtivo – cria um vácuo que vem sendo preenchido pela comodidade. Dito de outra forma: sendo tão mais fácil e veloz celebrar uma convenção arbitral por *e-mail* e não dispondo a lei expressamente contra essa prática, a tentação prevalece.

Mais importante, todavia, é lembrar que a questão da validade só ganha contornos na medida em que haja resistência deduzida em juízo. Ora, o esperado dos contratos é que não resultem em litígios. Da parcela que de fato deságua na arbitragem, sabe-se que a impugnação da validade da convenção arbitral não é a única linha de defesa possível. Ou seja, está-se diante de uma alternativa (atacar a convenção arbitral pela sua forma de celebração) dentro de uma exceção (inadimplemento contratual).

Nesse diapasão, importa recordar que a não impugnação da arbitragem pela parte contrária sana quaisquer falhas por ventura existentes na manifestação original da vontade. Isto é, se instada a arbitrar, a parte contrária aceitar e na sua defesa não questionar a validade da arbitragem, será tida como plenamente válida a convenção de arbitragem. Essa solução, por óbvio, ajuda a minimizar questões formais ligadas à validade.

Essas considerações, contudo, não suprimem o perigo existente pelo uso de *e-mails* simples para celebrar uma convenção arbitral. Se a parte contrária impugnar o *e-mail*, o autor poderá ter dificuldade para convencer os árbitros de que aquela troca de *e-mails* que alega que ocorreu é fidedigna, pois terá que buscar outras formas de provar a autoria, integridade, comunicação efetiva e consciência da comunicação.

3.2. – A Manifestação da Vontade por Aceitação de Termos Disponibilizados Online

Além do envio de *e-mails*, há outra forma de celebração de negócios jurídicos eletrônicos que se populariza no mundo eletrônico: a pactuação por meio de contratos eletrônicos disponibilizados *online*. Trata-se de contratos eletrônicos que tipicamente ficam disponíveis no sítio eletrônico do fornecedor e que podem ser aceitos pelo consumidor.¹⁵⁸

¹⁵⁸ O clássico exemplo nesta seara é da *Amazon.com* que popularizou a venda de livros pela internet.

As formas como esses contratos eletrônicos estão dispostos varia em certas questões, mas como regra geral o internauta seleciona o que deseja adquirir e depois é instado a manifestar sua aceitação dos termos do fornecedor de alguma forma. Para expressar a concordância *online* às vezes é necessário preencher dados pessoais e passar por várias etapas, como acontece comumente nos sítios eletrônicos de compras *online*. Outras vezes basta clicar num botão (geralmente “Ok”, “I agree” ou “Aceito”). Independentemente dessa variação de grau, mesmo o simples clicar de um botão virtual já representa, indubitavelmente, uma troca de manifestações de vontade na medida em que o sítio eletrônico torna pública uma oferta do fornecedor (nos termos do artigo 429 do Código Civil), que é aceita pelo internauta.

Está-se, portanto, diante de um contrato de adesão, pois os termos são postos unilateralmente na internet com o internauta limitado a escolher dentre alternativas pré-estabelecidas, como que produto deseja adquirir, em que quantidade, se pagará o frete e às vezes até a forma de pagamento.¹⁵⁹

Similarmente, é esperado que este tipo de contratação envolva, ordinariamente, consumidores e fornecedores em uma relação regradada pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que o apelo dessa forma de contratação é para a aquisição de produtos mais simples do que grandes contratos.

Por fim, a lógica dita que a espécie de convenção arbitral aceitável nesse caso seja a de cláusula compromissória, pois um compromisso arbitral de adesão é inconcebível, vez que o conflito precisa surgir e ser, forçosamente, delineado pelo compromisso arbitral. Mais: a cláusula compromissória provavelmente será unilateralmente vinculante (vide *supra* 1.1.) com especial observação às exigências dos contratos de adesão (vide *supra* 2.3.).

Ocorre que se a análise for restrita somente à cláusula compromissória que só vincula o fornecedor (ou seja, que depende da instituição de arbitragem pelo consumidor), temos que as questões de validade advindas da forma de celebração, pelo menos do lado do consumidor, são automaticamente superadas na medida em que este manifesta sua vontade de iniciar a arbitragem, sanando quaisquer vícios.

A problemática, conseqüentemente, só oferece substância digna de análise em duas hipóteses: alegação de invalidade da cláusula pelo fornecedor (ao invés do consumidor) ou

¹⁵⁹ LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 137

hipóteses não abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor (ex. compra de livros da *Amazon.com* por livraria local para revenda profissional).

Definida mais rigorosamente os contornos da questão, insta apreciá-la observando, como feito no item anterior, os quatro critérios de fidedignidade eleitos – autenticidade, integridade, consciência e comunicação efetiva – sob o ponto de vista do fornecedor e do comprador empresarial.

Do ponto de vista da exigência de autenticidade, como se pode assegurar que a pessoa que aceita os termos postados no sítio eletrônico (o *oblato*), dentre eles uma cláusula compromissória, de fato é quem anuncia ser? Ademais, como certificar-se que a oferta vem da pessoa certa (o *policitante*)?

Respondendo a primeira pergunta, D. MAAZE defende uma visão mais tolerante, sustentando que pode ser equiparado a uma assinatura desde a gravação de dados biométricos até o simples clique de um botão numa página na internet.¹⁶⁰

Essa posição, contudo, especificamente na segunda parte (simples clique), merece crítica por alguns motivos.

O sistema criado atualmente tem por alicerce de identificação o fornecimento de informações supostamente desconhecidas por terceiros. O mais comum é que antes de poder celebrar qualquer negócio jurídico no sítio eletrônico seja exigida a efetuação de um cadastro onde serão demandadas informações de natureza supostamente pessoais e confidenciais. Feito o cadastro é gerada uma conta para o usuário (identificada pelo seu ‘*login*’ ou nome de acesso) protegida, tipicamente, por uma senha.

Em síntese, o raciocínio é no sentido de que o cadastro pertence a *X*, eis que as informações preenchidas são de seu conhecimento exclusivo, só *X* deveria ter acesso a esse *login*, então se este *login* aceitou, *X* aceitou.

Essa linha de raciocínio, previsivelmente, expõe vários flancos para ataque: (i) Hackers podem penetrar o sistema e roubar dados ou adivinhar senhas atreladas a *logins*; (ii) As informações pessoais solicitadas podem ser descobertas por terceiros em outros cadastros,

¹⁶⁰ MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item II.1.1.2.1.. No mesmo sentido: ARSIC, J.. *International commercial arbitration on the internet: has the future come too early?* Cit. *supra* nº 89, p. 217

registros públicos, etc.; e (iii) A conferência da veracidade ou exatidão das informações fornecidas pode ser falha.

A primeira fraqueza pode ser mitigada com o uso de tecnologias defensivas adequadas. Obviamente nenhum ambiente eletrônico é absolutamente seguro, mas não se exige aqui a perfeição e sim padrões razoáveis de confiabilidade.

A segunda questão dificilmente encontra solução. A solicitação de informações mais pessoais (além de arriscar comprometer a venda se o internauta estiver preocupado em disponibilizar seus dados pessoais e sua intimidade) tende a só agravar o problema, pois fornecida *online* uma vez a informação, esta pode se espalhar. Adicionalmente, dados muito pessoais correm o risco de serem difíceis de certificar, exacerbando a última questão.

Por outro lado, por enquanto dados pessoais ainda possuem um grau apreciável de sigilo, dependendo de caso a caso os árbitros analisarem se tais dados seriam de fácil acesso ou não, sendo a regra geral que dados pessoais não são obtidos sem esforço moderado, especialmente por parte de leigos, o que já é o suficiente para criar uma pequena presunção.

Ocorre que, conforme antecipado acima, se os dados forem de difícil acesso, como verificar a veracidade dos mesmos? No cadastro nos sítios eletrônicos não é comum a exigência de cópia de documentos ou coisa parecida para certificar que aquele número de registro de identidade, por exemplo, corresponda àquela pessoa. O que existe é a comparação com base de dados públicos ou semi-públicos (ex. se for um grupo de empresas checar em outros cadastros do mesmo grupo) e a checagem de dados por meio de fórmulas.¹⁶¹ Este último garante, ao menos, que os dados numéricos sejam factíveis.

Nem sempre, contudo, a checagem é tão superficial. Quando o negócio jurídico envolve um pagamento com cartões de crédito, por exemplo, a verificação é muito mais confiável, pois são conferidos os dados fornecidos *online* com a operadora do cartão, que possui cadastros construídos sobre documentação mais sólida.

Existe, porém, outro sério risco que, apesar de envolver comportamentos altamente antiéticos, não fogem absolutamente da curva da normalidade neste país. Imperioso rememorar que todos os dados do cadastro ficam de posse do sítio eletrônico (tal a ideia de um

¹⁶¹ Os números que são fornecidos nem sempre são mera expressão da ordem de chegada para aquisição do documento (ex. nº de inscrição na OAB). Muitas vezes existe uma fórmula matemática que pode ser verificada pelo computador. A título ilustrativo, a Secretaria de Segurança Pública de São Paulo organiza os números de tal ordem que se cada dígito for corretamente multiplicado e depois somado o resultado, deveria ser o total divisível perfeitamente por onze.

cadastro afinal) de modo que o fornecedor saberá, certamente, o *login* e a senha dos usuários cadastrados no sistema.

O que impede, portanto, o polícitante de fraudar uma aceitação de uma cláusula compromissória? Configurado da forma que está, a primeira linha de defesa que vem à mente é a de pesquisa do endereço IP (*Internet Protocol address*) que serve para tentar acusar qual computador em que lugar efetuou dada operação. Seria suspeito, por exemplo, se o IP batesse com o da sede do polícitante ao invés da casa do usuário, que pode inclusive morar a centenas de léguas de distância. Ocorre que o *log* das operações fica com a própria empresa polícitante, de modo que se souber como cobrir seus rastros, pode alterar isso também...

Antes, todavia, de alimentar a paranoia, vale lembrar que os contratos celebrados desta forma geralmente envolvem pequenos valores, sendo assustador supor que alguém pudesse cometer tamanha fraude (com todas suas possíveis consequências penais) por tão pouco.

Nota-se, assim, que a autoria é difícil de se certificar *online*, mas, há meios de municiar o árbitro com suficientes indícios para sustentar uma tênue presunção.

Respondendo agora à segunda indagação, é possível certificar-se da identidade do ofertante com certa facilidade. Malgrado atualmente se propague para os internautas tomarem cuidado para não seguirem links para perigosas páginas eletrônicas lotadas de *malwares* (vírus e outros programas nocivos), a maioria dos sítios eletrônicos pertencentes às empresas estão devidamente cadastrados e registrados.¹⁶²

Em outras palavras, excetuados casos teratológicos em que um hacker invade o sistema da empresa e muda o conteúdo do sítio eletrônico ilicitamente, é possível ligar o sítio eletrônico (e seu conteúdo) a determinada entidade com segurança.

Focando agora na integridade, deve-se perquirir em que medida pode-se confiar no conteúdo da cláusula compromissória firmada por meio de aceitação dos termos num sítio eletrônico?

Da forma como atualmente colocada, o conteúdo da cláusula compromissória fica disponível no sítio eletrônico da empresa polícitante, isto é, registrado no sistema interno da mesma. Nitidamente, desta forma, a cláusula compromissória está sujeita a alterações posteriores e unilaterais por parte da empresa que controla seu sítio eletrônico.

¹⁶² Prova cabal nesse sentido é a necessidade de trabalho pelo ICANN para atribuir os domínios às entidades corretas. (Vide: <http://www.icann.org/en/about/welcome> - acessado em: 26.10/2012).

Isto não significa, contudo, que a integridade seja absolutamente falha pelo fato de que possa ser alterado. A um, porque em situações normais as modificações ficam registradas e uma perícia revelaria mudanças não cuidadosamente apagadas. A dois, porque a oferta é feita no que provavelmente é o local mais público do mundo contemporâneo – a internet – sendo arriscado alterar os detalhes de uma oferta que pode ter sido visualizada por um número incerto e significativo de pessoas.

Apesar disso, algumas simples medidas podem minorar ainda mais problemas de integridade. O. CACHARD¹⁶³ recomenda, por exemplo, que os termos e condições, inclusive a cláusula compromissória, não sejam apenas disponibilizados no sítio eletrônico, mas também disponibilizados para serem baixados como um arquivo (idealmente .pdf) no computador do aderente. Outra opção similar (e de fácil execução) é o oblato precaver-se imprimindo a cláusula compromissória (nem que seja imprimindo a tela através de um *Print Screen*) para ter uma cópia.

Por óbvio que mesmo com versões salvas ou impressas as manipulações dos temas ainda são possíveis, tanto por um lado como pelo o outro, mas cria-se um conjunto de elementos probatórios maior. A medida mais segura, sem dúvida, é fornecer ao aderente, quando do momento de adesão, uma cópia do contrato com a cláusula compromissória na forma de documento eletrônico com assinatura digital da empresa fornecedora, afastando de vez inseguranças sobre a integridade.

A questão de consciência interessa primordialmente ao aderente: do ponto de vista do ofertante, este elabora os termos e, portanto, tem plena consciência do que se sujeita a contratar, inclusive a cláusula compromissória, que saberá se foi aceita pelo aderente através do registro de sua aceitação pelo clicar no ícone correto (“finalizar compra”, “aceito”, etc.).

Para o aderente é essencial que este compreenda que ao clicar num botão no sítio eletrônico ele está abdicando da via estatal para dirimir futuras contendas. Ou seja, a cláusula compromissória deve ser de conhecimento do oblato sob pena de invalidade da sua manifestação de vontade.¹⁶⁴

¹⁶³ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration* – 5.9. *Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 19.

¹⁶⁴ “If the seller’s offer contained an arbitration clause, or a reference to an arbitration clause, then an arbitration agreement has been validly formed [...] provided that the portion of the offer containing the “submit” or “transmit” or “accept” function clearly and conspicuously referred to the existence of an arbitration clause (and other terms and conditions). Absence of a clear and conspicuous reference could lead to objections on the

Nesse sentido, O. CACHARD nota que a jurisprudência estrangeira tem sido liberal e permissiva, aceitando o simples clique mesmo que a cláusula compromissória não esteja destacada dos demais termos. O mesmo autor critica esta posição lembrando que por conta do efeito positivo das cláusulas compromissórias deve haver uma clara aceitação dessa limitação, de modo que um clique leviano possa não bastar. Consequentemente, o doutrinador distingue entre o que entende ser *sine qua non* de validade da cláusula compromissória nos contratos de adesão eletrônicos e o que entende recomendável:¹⁶⁵

Exigências mínimas de validade	Atitudes recomendadas
Referência expressa aos termos e condições	Passagem pelos termos e condições para chegar no clique de aceitação
Fácil acesso aos termos e condições antes, durante e depois da contratação	Os termos e condições sejam baixados no computador do aderente
Cláusula compromissória visível	Cláusula compromissória destacada

Essas considerações casam bem com o que já foi exposto acima sobre os contratos de adesão e uso de hiperlinks (*supra* 2.3. e 2.2., respectivamente). Note-se, todavia, que não basta que a cláusula compromissória esteja visível como sugere O. CACHARD. Pelo artigo 4º, § 2º da Lei nº 9.307/96 o certo é que a cláusula compromissória esteja devidamente destacada ou negritada.

Aliás, preocupados com a efetiva consciência pelos aderentes dos termos e condições, há sítios eletrônicos que só permitem a adesão após algum indício de que o aderente leu todas as cláusulas contratuais. Um exemplo é exigir um clique especificamente para sinalizar que o oblato leu e está de acordo com os termos e condições. Outro exemplo é apenas disponibilizar a opção de aceitação no final dos termos e condições, obrigando o internauta a passar pelas cláusulas para poder concordar.¹⁶⁶ O ideal é que tais medidas fossem tomadas especificamente para a cláusula compromissória também,¹⁶⁷ sobretudo considerando a exigência de manifestação específica para a cláusula compromissória nos contratos de adesão (art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem).

basis of lack of informed consent by the buyer.” (HILL, R.. On-line arbitration: issues and solutions. Cit. supra nº 130, item 2.2.)

¹⁶⁵ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, pp. 11, 18-19.

¹⁶⁶ Inclusive, registre-se o caso de sítios eletrônicos que exigem até manifestação tripla de concordância. Isto é, o aderente tem que abrir, passar pelas cláusulas três vezes antes do botão de aceitação ficar disponível.

¹⁶⁷ Exemplo: Ao clicar no botão de “Aceitar”, aparecer uma nova tela com a cláusula compromissória e questionando se o aderente leu e está de acordo com o uso da arbitragem naqueles termos.

Nas relações de direitos dos consumidores existe o risco de, apesar de todas essas precauções, que o consumidor apenas clique no que for necessário e passe voando pelas cláusulas sem efetivamente lê-las. Nas relações normais entre empresas (B2B), no entanto, tal conduta não é aceitável, de modo que essas medidas de segurança aparentam ser suficientes para garantir que haja uma presunção de consciência por parte do aderente.

Concentrando a análise agora na comunicação efetiva, necessário pesquisar se eventual proposta e aceitação são de fato trocadas de forma eficiente entre as partes. Nesse sentido, assiste razão a R. HILL,¹⁶⁸ quando pondera que, na superfície, a aceitação de uma proposta que contenha uma cláusula arbitral assemelha-se a uma troca de *e-mails* ou FAX tendo em vista que existe em todos os casos uma troca de informações. Quando se interage com um sítio eletrônico pelos computadores, sempre se baixa, mesmo que temporariamente, informações (na forma de bits) e se envia de volta outras informações. Ou seja, há uma troca de pacotes de informação.

É certo que a cláusula compromissória é negócio jurídico processual que exige manifestação da vontade de ambas as partes, mormente tendo em vista o efeito positivo dessa convenção arbitral. Desta forma, não se aplica no caso sob análise os preceitos referentes à aceitação tácita (art. 432 do CC/2002¹⁶⁹). Dito com outras palavras, a aceitação deve ser expressa e registrada: é fundamental que haja, no mínimo, um clique no botão de aceitação e, preferivelmente, deve ser comunicado ao aderente que sua aceitação foi recebida e o negócio jurídico aperfeiçoou-se.

Levando em consideração o quanto foi exposto acima, temos que malgrado a jurisprudência norte-americana ter aceito o “I agree” como sendo válido,¹⁷⁰ o correto é apreciar a questão de um ponto de vista mais casuístico para certificar-se que a celebração se deu de forma confiável. Não se deve acolher, por exemplo, cláusula compromissória em que não estão ressaltados os termos e condições e não foi expressamente concordada sob pena de vilipêndio ao artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem que é norma cogente.

¹⁶⁸ HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 2.2.. Em sentido similar: HALOUSH, H. A.. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* nº 34, pp. 363-4.

¹⁶⁹ Art. 432: Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.

¹⁷⁰ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 17

Assim, incumbe aos árbitros verificarem se são atendidas essas condições mínimas para formação de presunções de autenticidade, integridade, consciência e comunicação efetiva.

3.3. – *Formação das Convenções Arbitrais Eletrônicas*

Estabelecido *supra* a possibilidade da celebração de convenções arbitrais tanto por meio de mensagens eletrônicas como pela oferta aderida em sítios eletrônicos, é de valia responder se essas modalidades representam forma de contratação *inter praesentes* ou *inter absentes*, tendo em vista a possibilidade de uma das partes desejar se retratar (art. 433 do CC/2002).¹⁷¹

No que tange a celebração de convenção arbitral por *e-mail*, é válido considerar essa modalidade como contratação entre ausentes. Essa posição é justificável, tendo em vista que por mais veloz que seja a remessa de um *e-mail* de um dispositivo para o outro, não deixa de ser uma entrega epistolar, conquanto acelerada. Isto é, mesmo que um *e-mail* chegue em segundos noutro computador, a mensagem deve ainda ser recebida, aberta e respondida para ter-se uma comunicação.¹⁷² A comunicação, portanto, não é simultânea.^{173 e 174}

Similarmente, a cláusula compromissória pactuada por meio de aderência de proposta constante de um sítio eletrônico é melhor enquadrada como uma contratação entre ausentes: pois a oferta é lançada para ser, eventualmente, aceita por usuário quando passar pelo sítio eletrônico.

Desta forma, observa-se em relação a cada tipo de contratação regras similares no que concerne a retratação e conclusão de em que momento específico é formada a convenção arbitral.

¹⁷¹ Vale lembrar que a cláusula compromissória, segundo lição de C. A. CARMONA, submete-se aos mecanismos gerais da legislação civil para celebração dos contratos. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 105)

¹⁷² LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 115. Vide também, neste sentido, os enunciados nºs 18 e 173 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Em sentido similar: CRUZ E TUCCI, J. R.. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. In: *Direito & Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 312

¹⁷³ LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 19

¹⁷⁴ Diferente situação ocorre nos sistemas de comunicação automática ou *chats* onde há uma troca simultânea de mensagens entre as partes. Aplica-se, portanto, a parte final do artigo 428, I do CC/2002 por analogia, pois a comunicação instantânea equipara-se ao telefone.

4.- Conclusões:

À guisa de conclusão, a convenção arbitral eletrônica pode ser válida, mas não necessariamente será. Isto é, malgrado existir doutrina¹⁷⁵ que sustente uma visão mais liberal, defendendo que a tipificação da forma é questão secundária (devendo toda forma ser admitida, desde que seja possível provar a intenção das partes em submeter seu litígio à arbitragem), não se pode ignorar que a Lei de Arbitragem brasileira traçou, de forma cogente, nos seus artigos 4º e 9º certos requisitos mínimos que devem ser observados.

Todos os requisitos da Lei nº 9.307/96 podem ser satisfeitos pela via eletrônica, inclusive a ubíqua exigência de formato por escrito. Entretanto, para que sejam atendidas as exigências da lei, cumpre tomar cuidados adicionais para garantir que haja condições mínimas de confiabilidade na convenção arbitral eletrônica.

Por outro lado, não se deve olvidar que as conclusões obtidas ao longo deste capítulo exibem efêmero respaldo legal, dado que a legislação aplicável é bastante lacônica neste assunto. Quase sempre foi necessário um trabalho hermenêutico considerável para adaptar e contextualizar a legislação vigente à nova realidade do mundo digital. A eleição dos quatro critérios de fidedignidade do meio de celebração (autenticidade, integridade, consciência e comunicação efetiva), por exemplo, antes de qualquer leitura do texto expresso da lei, representa uma interpretação pautada pelo princípio da razoabilidade e sujeita à críticas e sugestões.

Por isso, assiste razão a H. YU e M. NASIR quando concluem que, no fundo, a aceitação de uma arbitragem nascida de uma cláusula compromissória virtual dependerá do posicionamento do Judiciário local.¹⁷⁶ De fato, enquanto a lei pouco disser, caberá ao Judiciário confirmar ou não as conclusões trazidas acima por meio das decisões proferidas no bojo de sentenças anulatórias e homologatórias.

¹⁷⁵ Emblemática nessa questão a manifestação de HALOUSH, H. A. sobre a matéria: “*Any form of agreement to arbitrate should not be as important as the proof of the consent of the parties is sufficient. This means that in effect there has been a triumph of substance over form because as long as there is evidence of an agreement to arbitrate, the form in which the agreement is recorded is immaterial.*” (The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* nº 34, p. 362). Tal visão exemplifica o que FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN explicam ser a corrente consensualista que, contrapondo-se à corrente formalista, busca o consentimento em prejuízo de questões formais, sendo, na opinião dos doutrinadores, a corrente prevalente na França (Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration. Cit. *supra* nº 42, pp. 361 e 373).

¹⁷⁶ YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* nº 35, p. 461

Por enquanto, todavia, o assunto é suficientemente inovador para desafiar qualquer pesquisa jurisprudencial nas instâncias superiores que cuidam de harmonizar o entendimento jurisprudencial pátrio.

Diante dessa incerteza jurídica, é compreensível e até louvável, em certa medida, o posicionamento de parte da doutrina em recomendar, por cautela, que as partes continuem a concluir as convenções de arbitragem pelos meios cartáceos e tradicionais.¹⁷⁷ Pode parecer um retrocesso ao final de toda essa exposição apoiar parcialmente esse posicionamento, mas, como bem sopesam H. A. HALOUSH e B. H. MALKAWI,¹⁷⁸ celebrar a convenção arbitral pelas vias tradicionais não representa atualmente um enorme ônus, muitas vezes resumindo-se a despesas postais.

Adicionalmente, como bem apontado por REDFERN & HUNTER, é preciso ter em mente a eventual necessidade de homologação de arbitragens em outros países que podem ser mais conservadores na questão do registro ou manifestação da vontade por vias eletrônicas.¹⁷⁹ Assim, se o objetivo é facilitar a execução internacional, melhor adotar-se uma linha mais cautelosa.

Por outro lado, a informatização veio para ficar e tudo indica que a tendência é cada dia o papel ceder mais e mais espaço para os substitutos eletrônicos.¹⁸⁰ Nesse contexto, é de todo desejável que a arbitragem acompanhe essas mudanças para que continue sendo uma via vantajosa para solução de disputas (mormente as internacionais e comerciais).

No entanto, para que a arbitragem não fique defasada – atrelada a tradições e ritos enfadonhos e ultrapassados – cumpre eliminar a insegurança jurídica que ainda persiste nesta questão. A doutrina deveria assumir a dianteira nesta tarefa, para iluminar o caminho dos

¹⁷⁷ Nesse sentido: MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item II.1.3.

¹⁷⁸ HALOUSH, H. A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* nº 34, p. 364

¹⁷⁹ Os autores citam o exemplo da Corte de Apelações da Noruega (Hagoland court of Appeals, 16/08/1999 no 2002 XXVII Yearbook de Commercial Arbitration n. 519) que negou-se a homologar sentença arbitral nascida de arbitragem pactuada por *e-mail*, citando que tal forma de manifestação não satisfazia o requisito ‘por escrito’ da Convenção de Nova Iorque. (REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* nº 41, pp. 92-93)

¹⁸⁰ A. WALD cita como exemplo os mercados de algodão, café e trigo que tornam prática recorrente negociar por e-mails com cláusulas compromissórias atreladas aos e-mails trocados. (Os aspectos formais da convenção de arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro). cit. *supra* nº 47, p. 105)

tribunais que em breve terão que chancelar as decisões dos árbitros referentes às convenções arbitrais eletrônicas.¹⁸¹

Certo é, entretanto, que o melhor cenário se traduziria em nova legislação (como o projeto sendo debatido no Senado) esclarecesse a questão, para evitar quaisquer questionamentos, na mesma linha do que foi feito na Lei Modelo de 2006 e tendo em vista as recomendações e balizas expostas *supra*.

*

*

*

¹⁸¹ Nesse diapasão merece destaque a posição de C. A. CARMONA: “*Não está descartada, igualmente, a contratação por via eletrônica, embora esta forma de consolidação da vontade das partes ainda careça, para sua total segurança, de alguma regulamentação que sistematize chaves de autenticação e senhas de confirmação de mensagens.*” (Arbitragem e processo. cit. *supra* nº 44, p. 105)

Capítulo III

A Sede da Arbitragem Eletrônica

1. Introdução; 2. Conceito de Sede; 3. Importância da Sede; 3.1. Definição da Lei Aplicável à Disputa Arbitral; 3.2. Definição do Juízo Estatal Competente para Auxiliar a Arbitragem; 3.3. Definição da Validade da Sentença Arbitral; 3.4. Conclusões; 4. Critérios Definidores da Sede; 4.1. Territorialidade; 4.2. Deslocalização; 4.3. Vontade das Partes; 4.4. Conclusão; 5. A Sede na Arbitragem Virtual; 5.1. Territorialidade; 5.2. Vontade das Partes; 5.3. Deslocalização; 5.4. Sede Especial; 5.5. Conclusão; 6. Conclusões.

1.- Introdução:

Um dos traços mais marcantes do progresso da informatização é a superação (ou até despreocupação) com limites geográficos e territoriais.¹⁸² Na medida em que computadores e sistemas de comunicação são interligados por sofisticados cabos de fibra ótica que permitem a troca de informações de forma quase simultânea, as distâncias geográficas perdem sua importância.

Não é por outra razão que dentre as seis características escolhidas por S. R. C. S. LEAL para descrever a internet destaca-se a intangibilidade, velocidade, interatividade, facilidade de acesso, insegurança e, o que ora interessa, quebra das barreiras geográficas e jurisdicionais.¹⁸³ Ignorar fronteiras, portanto, é ínsito à internet.

Tão peculiar é essa realidade sem limitações geográficas que ganhou nome próprio: o ‘ciberespaço’.¹⁸⁴ O ciberespaço pode ser entendido como o conjunto de sítios eletrônicos, computadores, pessoas, programas e recursos que compõem a internet.¹⁸⁵ Ou seja, é o local

¹⁸² Como bem sintetiza J. ARSIC: “*The internet doesn’t exist in one space or place – it is a global network of computers communicating with each other using special software. Consequently, the Internet doesn’t exist within national boundaries.*” (International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* nº 89, p. 210).

¹⁸³ LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 10

¹⁸⁴ Curiosidade: A expressão, segundo ensinamento de S. R. C. S. LEAL, é de autoria de Wilian Gibson na sua obra intitulada *Neuromancer* de 1984. (*Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 10)

¹⁸⁵ Idem, p. 10

onde as relações e operações feitas através da rede mundial de computadores ocorrem. O ciberespaço é uma realidade de comunicações ultrarrápidas em que o ‘onde’, não raro, é irrelevante.

O mesmo não pode ser dito a respeito do Judiciário. O fato de existirem importantes regras de competência territorial (artigos 94 e seguintes do Código de Processo Civil) bem demonstra como o juízo estatal preocupa-se com o espaço físico onde as ações são processadas. Assim, no estágio atual da tecnologia forense, ainda é comum associar dado processo a um fórum, uma vara, um ‘X’ no mapa, onde ficam os autos, ocorrem as audiências, despacha-se com o juiz, etc.

Na arbitragem, por outro lado, mormente na internacional e comercial, é fácil espalhar a arbitragem além de um *locus* único por conta de vários elementos internacionais ou estrangeiros que podem fazer a arbitragem tangenciar mais de uma jurisdição. Aliás, a arbitragem é o *forum* propício para causas com elementos estrangeiros pela sua flexibilidade e promessa de neutralidade.¹⁸⁶ Exemplos nesse sentido incluem as regras aplicáveis ao procedimento e ao mérito; a nacionalidade/domicílio/local de trabalho das partes, seus causídicos e até o árbitro, ou, comumente, árbitros; o local onde ocorrem as audiências e são colhidas as provas; a língua adotada nos procedimentos; etc. Todos esses elementos e outros podem estar ancorados em diferentes países.

Se a arbitragem já contém uma predisposição ao desprendimento de um único local geográfico, na arbitragem informatizada essa tendência tende a ser acentuada pelo fato de a tecnologia facilitar a condução do procedimento de pontos diferentes.¹⁸⁷ Ou seja, a informatização torna ainda mais fácil a ‘internacionalização’ da arbitragem. Mais: quanto mais informatizada a arbitragem, maior a facilidade de ignorar limites territoriais.

E. D. GONÇALVES bem ilustra o grau de complexidade que a questão pode, hipoteticamente, atingir:

“Os árbitros podem residir cada um em um continente, e as partes, elas mesmas, podem estar domiciliadas em países diferentes. As audiências podem ser realizadas por vídeo-conferência, e os documentos, disponibilizados na

¹⁸⁶ Mange, F. F. *Processo Arbitral: Aspectos Transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 31

¹⁸⁷ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 47

Web por meio de uso de senhas de acesso restrito. Ao final, o presidente do tribunal profere uma decisão eletrônica a partir de uma filial de seu escritório situado em país terceiro do qual ele não é residente.”¹⁸⁸

Se chegarmos ao extremo da informatização – uma arbitragem *online* ou virtual –, a questão assume contornos mais desafiadores eis que, conforme afirmado acima, o ciberespaço aparenta ser quase que um plano desconectado do mundo concreto em que vivemos, desafiando, assim, uma ligação com qualquer jurisdição.

Essa falta de raízes territoriais facilmente identificáveis preocupa quase todos os doutrinadores que estudam a arbitragem informatizada,¹⁸⁹ surgindo debates, principalmente, sobre a questão da definição da sede da arbitragem eletrônica (tanto a informatizada e especialmente a virtual), e a possibilidade de encontrar uma sede ou, falhando tal tentativa, aceitar a arbitragem eletrônica como sendo ‘deslocalizada’, ‘flutuante’ ou até ‘anacional’.

Para penetrar nessa análise e obter uma resposta para esta *vexato quaestio* é de rigor entender (i) no que consiste a sede; (ii) se é de fato importante ou útil buscar essa conexão geográfica; em caso positivo, (iii) quais são os métodos tradicionais para precisão da sede; e (iv) quais as soluções que podem ser adotadas para identificação da sede na arbitragem informatizada ou até virtual? Adicionalmente, como linha de pesquisa adotada aqui, insta perquirir sobre a adequação da legislação para esse tópico.

2.- Conceito de Sede:

Antes de precisar se há uma sede no ciberespaço é preciso definir no que consiste a ‘sede’ arbitral.

Em acepção ampla, o vocábulo ‘sede’, provindo do latim ‘*sedes*’ – assento ou cadeira – está associado, simplesmente, ao conceito de lugar ou local principal. Isto é, o centro das

¹⁸⁸ GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* n° 21, p. 49

¹⁸⁹ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* n° 89, p. 209; CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 47; DONAHEY, M. S.. Current developments in online dispute resolution. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 16, n° 4, Alphen aan den Rijn: Kluwer, dez. de 1999, p. 115; DONAHEY, M. S.. Dispute resolution in cyberspace. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 15, n° 4, Alphen aan den Rijn: Kluwer, dez. de 1998, p. 127; GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* n° 21, p. 44; e YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* n° 35, p. 455.

atividades de uma pessoa ou estabelecimento. Conceito, portanto, muito próximo do que se entende por domicílio.¹⁹⁰

A ‘sede’ da arbitragem, consequentemente, transmite a ideia do local ou domicílio da arbitragem. De fato, segundo lição de FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, a expressão ‘sede da arbitragem’ é sinônima à expressão mais antiga de ‘local da arbitragem’.¹⁹¹

Não se deve incidir no erro, porém, de confundir o conceito de sede com a noção de espaço físico onde efetivamente ocorre a arbitragem. Afinal, a arbitragem não deve efetivamente e sempre ocorrer no local indicado como sede, sendo perfeitamente lícito que audiências e outras atividades procedimentais ocorram em outro espaço se assim determinado pelas partes ou árbitros, sem a descaracterização da sede.¹⁹²

Transparece, por conseguinte, a natureza jurídica ou até fictícia do conceito de sede que é antes uma construção jurídica do que um fenômeno observável do mundo fático. Desta forma, merece destaque a definição de J. F. POUDRET e S. BESSON, segundo a qual: “*Le siège est aujourd’hui défini comme un lien juridique entre l’arbitrage et la juridiction – législative et judiciaire – de l’État choisi.*”¹⁹³

De fato, como se verá adiante (*infra* 3.) a sede possui certa importância na medida em que sua localização gera possíveis consequências jurídicas associadas à jurisdição onde está

¹⁹⁰ DE PLÁCIDO E SILVA, O. J.. *Vocabulário Jurídico*. V. 4. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 179-180

¹⁹¹ FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 674

¹⁹² BRAGHETTA, A.. A importância da sede da arbitragem. In: *Arbitragem: Estudos em homenagem ao professor Guido Fenando Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, p. 23; e FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 676.

Cabe destacar nesse passo alguns dispositivos extraídos das regras de arbitragem de algumas renomadas instituições de arbitragem:

- Art. 16.2. do Regulamento da LCIA: The Arbitral Tribunal may hold hearings, meetings and deliberations at any convenient geographical place in its discretion; and if elsewhere than the seat of the arbitration, the arbitration shall be treated as an arbitration conducted at the seat of the arbitration and any award as an award made at the seat of the arbitration for all purposes.

- Art. 20.2. do Regulamento da SCC: The Arbitral Tribunal may, after consultation with the parties, conduct hearings at any place which it considers appropriate. The Arbitral Tribunal may meet and deliberate at any place which it considers appropriate. If any hearing, meeting, or deliberation is held elsewhere than at the seat of arbitration, the arbitration shall be deemed to have taken place at the seat of arbitration.

- Art. 9.3. do Regulamento da CCBC: Os atos do procedimento arbitral poderão ocorrer em local diverso da sede, a critério do Tribunal Arbitral.

- Art. 18.2. do Regulamento da CCI: A menos que tenha sido convencionado de outra forma pelas partes, o tribunal arbitral poderá, após tê-las consultado, realizar audiências e reuniões em qualquer outro local que considerar apropriado.

Vide também o artigo 20.2. da Lei Modelo da UNCITRAL para arbitragem (2006).

¹⁹³ POUDRET, J. F.; e BESSON, S.. *Droit compare de L’arbitrage international*. Bruxelas: LGDJ Bruylant, 2002, p. 103

localizada. Consequentemente, assim como o conceito de domicílio (art. 70 e ss. do Código Civil) não se confunde efetivamente com a casa de tijolo e concreto em que se vive; a sede da arbitragem é um instituto jurídico que visa atribuir um lastro jurídico da arbitragem a dada jurisdição.

Nesse passo, não é acolhida aqui a respeitável posição de A. BRAGHETTA que entende que a sede da arbitragem é um sinônimo para o ‘local de proferimento do laudo arbitral’.¹⁹⁴

Esclareça-se, ademais, que para a arbitralista o local de proferimento do laudo não se confunde com o local onde houve assinatura do laudo arbitral. Na esteira do artigo 53 do *Arbitration Act* inglês de 1996, A. BRAGHETTA sustenta que o correto é não se prender a tal informação, mas sim à sede, que passará a efetivamente ditar onde o laudo foi proferido.¹⁹⁵ Isto é, o local da assinatura não necessariamente ditará, na ótica da autora, o local do proferimento, ficando este último atrelado à sede.

Para a retro mencionada doutrinadora, a equivalência de sede e proferimento é obrigatória para evitar três cenários tachados por ela como ‘desastrosos’: (i) sentenças arbitrais plurinacionais; (ii) sedes escolhidas acidentalmente por ter o árbitro não se atentado para o local em que colocava como assinado o laudo; e (iii) falta de controle por um país usar um critério (ex. sede) enquanto outro acolhe critério distinto (ex. local da assinatura).

Esse posicionamento é aqui afastado por duas razões.

Primeiramente, ao equiparar assim as expressões ‘sede’ com ‘local de proferimento’ fomenta-se a confusão entre o conceito de sede e um dos possíveis critérios identificadores da sede ou até uma consequência gerada pela identificação da sede. Dito em outras palavras, mistura-se o *ser* com o *dever ser*. Conforme analisado acima, a sede é um instituto, um marco geográfico, um dado objetivo. Já como precisar este dado (i.é. afirmar *onde* é a sede) utiliza-se determinados critérios que serão abordados adiante (*infra* 4.). Insta, todavia, não embaralhar as duas coisas – ‘o que é’ com ‘onde é’.

Tal confusão é ainda mais desaconselhável na medida em que, como será demonstrado *infra*, não existe entendimento pacífico sobre como identificar a sede, surgindo diferentes

¹⁹⁴ “A expressão ‘local de proferimento’ se equipara à ‘sede da arbitragem’. Essa interpretação é a única que preserva a vontade das partes mediante a escolha da sede na cláusula compromissória.” (BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. São Paulo: Renovar, 2010, p. 18)

¹⁹⁵ Idem, p. 17

teorias e soluções que vão além do local do proferimento da sentença. Por isso, o instituto da sede não deve ser reduzido a um dos seus traços identificadores.

Em segundo lugar, cumpre sopesar até que ponto as três consequências levantadas pela doutrina tem, de fato, potencial para serem ‘desastrosas’. Nesse passo, conforme defendido em oportunidade anterior,¹⁹⁶ a manipulação do local da assinatura da sentença arbitral, antes de uma receita para desastres, pode ser valiosa estratégia processual, facilitando a execução dos laudos. Laudos plurinacionais, por exemplo, se cuidadosamente arquitetados, podem acelerar a execução, dispensando a necessidade de homologação em mais de um país.

É claro que o perigo de um descuido do árbitro existe (assinar com local que apenas atrapalhará a execução), mas espera-se que a função de árbitro seja delegada a pessoa experiente e habilidosa e não alguém desatento. Nas palavras da própria A. BRAGHETTA:

“Cada vez mais os escritórios de advocacia estão migrando para formatos em que há grupos especializados em arbitragem internacional e cada vez mais a discussão contratual da sede é bastante profunda.

Já passamos da época em que a opção pela arbitragem era discutida como último tema do contrato, conhecido no jargão jurídico como ‘midnight clauses’.”¹⁹⁷

À guisa de resumo, o local da assinatura, antes de uma fonte de armadilhas, pode ser uma poderosa ferramenta que não deve ser descartada, sendo que, para o Brasil, é de rigor tratar esse local como onde a sentença foi proferida, mesmo que não coincida com a sede.

Em apoio a essa refutação, aproveita-se o precedente editado recentemente pelo STJ sobre o assunto. Trata-se do Recurso Especial nº 1.231.554/RJ de relatoria da Ministra Nancy ANDRIGHI. Neste acórdão, discutiu-se a nacionalidade de laudo arbitral proferido no Brasil, porém com sede em Paris, por uso da CCI. Entendeu a Terceira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que malgrado a sede da instituição arbitral eleita fosse Paris, a nacionalidade da sentença era brasileira. O embasamento para tal decisão incluiu uma análise e distinção entre sede e nacionalidade do laudo para afastar a confusão dos dois: “Essa

¹⁹⁶ Vide: HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar? Cit. *supra* nº 109

¹⁹⁷ BRAGHETTA, A. A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil. Cit. *supra* nº 194, p. 202

constatação reforça o entendimento de que nosso ordenamento jurídico não adotou a sede da Corte Arbitral [...] como critério para a determinação da nacionalidade da sentença arbitral.”

3.- Importância da Sede:

Entendida a sede arbitral como a precisão de um *locus* geográfico visando criar um liame jurídico com a jurisdição daquele local, insta pesquisar em que medida é importante identificar a sede.

Será demonstrado neste item que comumente atribui-se significado para a sede na medida em que esta influencia, em tese, três questões importantes para a arbitragem: (i) Definição da lei aplicável à disputa arbitral; (ii) Definição do juízo estatal competente para auxiliar a arbitragem; e (iii) Definição da validade (ou não) da sentença arbitral.

3.1. – Definição da Lei Aplicável à Disputa Arbitral

É cediço que na arbitragem existe grande flexibilidade na definição da lei aplicável tanto ao procedimento arbitral quanto ao mérito do caso *sub iudice*.¹⁹⁸

Nesse diapasão, é proveitoso rememorar o conteúdo do artigo 2º, §1º da Lei Marco Maciel: “*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.*” Similarmente, o artigo 21, *caput*, do mesmo diploma legal assim dispõe: “*A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem,*”.

Quid iuris, porém, se as partes, relapsas e autoras de uma *midnight clause*, não elegeram uma determinada legislação? A resposta mais sensata vem contida novamente na própria lei de arbitragem, que no primeiro parágrafo do artigo 21 citado *supra* esclarece que: “*Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou tribunal arbitral discipliná-lo.*”

Por conseguinte, se as partes forem omissas, os árbitros preencherão essa lacuna, definindo qual a lei aplicável (preferivelmente com ajuda das regras de soluções de conflito). Esse entendimento é referendado pela doutrina¹⁹⁹ e pelo Direito Comparado.²⁰⁰

¹⁹⁸ MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* n° 39, p. 46

Ocorre que, na ausência de definição pelas partes de qual a lei a reger a arbitragem (tanto a lei material como a procedimental), é sustentável que a escolha de determinada sede indique uma preferência pelas leis daquele local. Ou seja, a escolha da sede implicitamente sinalizava uma eleição da lei daquela sede, devendo tal vontade implícita ser levada em consideração pelos árbitros na hora de suprimirem a omissão das partes.²⁰¹

Atualmente, todavia, entende-se que não se deve inferir da escolha de uma sede que as partes queriam aproveitar as leis daquele local, preferindo a moderna doutrina, diante de falta de expressa manifestação das partes, deixar que os árbitros deliberem – livremente – qual a lei aplicável à arbitragem.²⁰² A razão por trás desse recuo é que se percebeu que as partes podiam eleger uma sede por razões outras que a lei do local, tais como comodidade ou outras consequências jurídicas (vide *infra*).²⁰³

Por outro lado, a Convenção de Nova Iorque que, vale enfatizar, é de 1958 e, portanto, defasada em relação aos modernos posicionamentos da doutrina, privilegia essa escolha implícita no seu artigo VI.1.d. *In verbis*:

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

[...]

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu;

(Grifou-se)

¹⁹⁹ MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* n° 39, p. 236, CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 15 e 292

²⁰⁰ Vide nesse sentido: (i) Art. 22.1. do Regulamento da SCC; (ii) Arts. 19.1. e 21.1. do Regulamento da CCI; (iii) Art. 9.4. do Regulamento da CCBC; e (iv) Arts. 16.1. e 28.1. do Regulamento do ICDR.

Similarmente: Arts. 19.2. e 28.2. da Lei Modelo da UNCITRAL (2006), 1693 do CPC Belga e 31 da Lei de Arbitragem (63/2011) de Portugal

²⁰¹ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* n° 89, p. 214; e GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* n° 21, p. 51

²⁰² CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 48

²⁰³ FOUCARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* n° 42, p. 635

Nesse sentido a Convenção de Nova Iorque parece emular sua antecessora de Genebra (1923) que igualmente atrelava importância à sede para a elucidação da lei aplicável à arbitragem.²⁰⁴ Essa ênfase na sede para definição da lei, segundo ensinamentos de A. BRAGHETTA, era comum à época na maioria das legislações nacionais, de tal modo que a Convenção de Genebra apenas harmonizou o entendimento do momento.²⁰⁵

De qualquer forma, tendo em vista a continuada vigência da Convenção de Nova Iorque, O. CACHARD, por exemplo, pondera que na hipótese de homologação de sentença estrangeira, em que não há legislação aplicável eleita pelas partes, a questão da sede é relevante. Inclusive, no entendimento do citado autor, caso o procedimento eletrônico seja incompatível com a legislação do local da sede, pode ser que a sentença arbitral oriunda de uma arbitragem informatizada não possa ser homologada.²⁰⁶

Parece, todavia, que o ideal é contextualizar o artigo V.1.d. da convenção anexada ao Decreto nº 4.311/02 com seu artigo VII.1. que pugna pela máxima eficiência, isto é, defende a facilitação da homologação valendo a legislação nacional se mais favorável para tanto. Dito de outra forma, uma interpretação sistemática aconselha um enfoque mais na lei nacional do que na Convenção de Nova Iorque, eis que a Lei nº 9.307/96 amplia a autonomia da vontade ao transferir a escolha aos árbitros.

Diante dessa conclusão, parece que a sede da arbitragem é irrelevante, pois a lei será definida pelas partes, ou, subsidiariamente, pelos árbitros, sendo que nenhum desses dois grupos está vinculado à sede na hora de fazer tal escolha.

No entanto, há duas hipóteses que bem explicam por qual motivo a sede não deve ser desconsiderada quando for necessário especificar qual a lei aplicável à arbitragem.

A primeira é o caso das partes não especificarem a lei aplicável diretamente, mas sim indiretamente, vinculando-a à sede da arbitragem. Pode acontecer, por exemplo, das partes redigirem uma cláusula compromissória dizendo que a lei a ser observada será a da sede da arbitragem, que será escolhida pela instituição arbitral X. Ou (ainda a título ilustrativo), mais sutil, as partes autorizam os árbitros a escolherem a lei procedimental, observada as jurisdições mais ligadas à arbitragem.

²⁰⁴ Art. 2º da Convenção de Genebra: O processo de arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar. (Grifou-se)

²⁰⁵ BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* nº 194, pp. 24-25

²⁰⁶ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 48

Alternativamente, a sede pode servir de porta de entrada para a legislação daquela jurisdição por conta da instituição arbitral escolhida. Ou seja, as partes deixam a determinação da lei ao regulamento da câmara arbitral eleita que indica a sede como critério definidor.²⁰⁷

A segunda hipótese de relevância da sede diz respeito à observação de normas imperativas e associadas à ordem pública (*mandatory procedural rules*), pois tais regras devem ser observadas²⁰⁸ (salvo arriscada adoção da teoria da deslocalização²⁰⁹). Dito de outra forma, existe uma limitação – ligada à jurisdição da sede – à liberdade de escolha das partes (e, por consequência, também dos árbitros que recebem tal poder de escolha por delegação).

No caso brasileiro, a limitação vem bem expressa já na lei de arbitragem:²¹⁰

Art. 2º, §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. (Grifou-se)

Art. 21, §2º: Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Cumpra as partes e aos árbitros, portanto, identificar a sede para checar se a arbitragem não conflita com normas e princípios mestres daquele ordenamento, sob pena de colocarem a arbitragem em risco.

Assim, nota-se que a sede pode sim desenvolver um papel de destaque na hora de escolher-se a lei aplicável. Tanto é assim que, se tais regras imperativas não forem razoáveis ou gerarem insegurança, alerta A BRAGHETTA que elas desencorajam a escolha do local como sede.²¹¹

²⁰⁷ É, por exemplo, o que ocorre no artigo 16.3. do Regulamento da LCIA.

²⁰⁸ FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* n° 42, pp. 674-5

²⁰⁹ Nesse sentido vide a posição de J. DOLINGER em “A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no Direito Internacional Privado brasileiro.” In: *Arbitragem: Estudos em homenagem ao professor Guido Fenando Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, especialmente nas páginas 102-106 e 108-110, onde o autor afasta a preocupação com normas imperativas ou até de ordem pública falando que as mesmas são relevantes apenas quando e onde haverá execução da sentença arbitral.

²¹⁰ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* n° 03, pp. 173-175

²¹¹ BRAGHETTA, A.. A importância da sede da arbitragem. Cit. *supra* n° 192, p. 29

À guisa de conclusão, a sede, hodiernamente, não define a lei aplicável (salvo se assim determinado pelas partes), mas pode influenciar e limitar essa escolha.

3.2. – *Definição do Juízo Estatal Competente para Auxiliar a Arbitragem*

A arbitragem, conquanto seja via de solução de controvérsias que não se confunde com a estatal e possui sofisticado grau de autonomia, nem por isso opera completamente independentemente do Judiciário. Por vezes, o árbitro precisa da ajuda do seu colega togado para garantir o bom desenvolvimento da arbitragem.

Exemplos dessa relação de complementariedade não faltam e podem ser classificados em três espécies:

- 1.) *Preenchimento de Cláusulas Defeituosas*: Se as partes deixarem de cuidadosamente preparar a cláusula compromissória de forma que esta, por si só, possibilite a instauração da arbitragem, será necessário socorrer-se do Judiciário para complementar a cláusula compromissória e dar início ao processo arbitral (art. 7º da Lei nº 9.307/96);
- 2.) *Substituição Temporária dos Árbitros*: Pode ocorrer de uma das partes demandar a apreciação de questão urgente (seja na espécie de cautelar ou de antecipação de tutela) em momento em que os árbitros estão indisponíveis para apreciarem a questão. O cenário mais ordinário seria uma medida urgente antes da arbitragem ter sido instaurada e os árbitros empossados, mas não se pode descartar a hipótese de uma urgência que ocorra depois de instaurada a arbitragem, porém, em período em que os árbitros estejam inacessíveis (ex. urgência durante recesso do final de ano com os árbitros em férias local remoto e sem contato). Nesses casos, aplica-se o princípio de *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur* e o juiz togado pode ser provocado a temporariamente tomar uma decisão de emergência que, posteriormente, será validada ou cassada pelos árbitros;²¹²

²¹² CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem. cit. supra* nº 03, p. 229-231; CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo. cit. supra* nº 44, pp. 326-328; e MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Cit. supra* nº 39, p. 246

3.) *Poder de Imperium*: A despeito do árbitro ser “Juiz de fato e de direito”, este não possui o *coercio* ou poder de executar suas decisões.²¹³ A força executória é prerrogativa do Estado e, conseqüentemente, não pode ser conferida ao árbitro pela vontade das partes. Assim, havendo necessidade de medida coercitiva (ex. cumprimento de medidas de urgência, solicitação de informações, condução de testemunhas, etc.), será necessário solicitar o auxílio o juiz togado para executar as decisões tomadas pelo tribunal arbitral.

Pois bem, estabelecido que por vezes a arbitragem deve dialogar com o Judiciário, surge a questão de com que representante do Judiciário devem os árbitros reportarem-se. Isto é, qual é o juiz competente para tais questões?

Soa razoável, por uma questão de praticidade, pressupor que o juiz competente para cuidar dessas questões seja aquele do local da sede da arbitragem.²¹⁴ Afinal, quem melhor para obrigar uma testemunha a depor do que o juiz do local em que se dá a instrução? Tal juiz está mais próximo da arbitragem e da testemunha, tornando desnecessário a expedição de cartas precatórias e outros expedientes que podem atrasar consideravelmente a arbitragem.

Considerando o exposto acima, certos ordenamentos ligam a competência do juiz auxiliador à sede da arbitragem.²¹⁵

A despeito disso, é forçoso reconhecer que nem sempre o juiz do local da sede é o mais indicado para ajudar a arbitragem. Imagine se a sede da arbitragem for no local *X*, por exemplo, enquanto as partes e suas testemunhas tem domicílio no local *Y*.

Talvez tenha sido com esta mentalidade que o legislador pátrio optou por solução diversa no que tange a definição da competência do juiz assistente da arbitragem. Interpretando o quarto parágrafo do artigo 22 da lei que ajudou a redigir,²¹⁶ infere C. A. CARMONA que aqui a definição do juízo competente não segue o critério da sede, mas sim o do juiz natural:

²¹³ BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* nº 194, p. 11

²¹⁴ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* nº 89, p. 214; e GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* nº 21, p. 51.

²¹⁵ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 48

Vide: Art. 1717 do CPC belga; Art. 1459 do CPC francês; Art. 8 da nova lei de arbitragem espanhola

²¹⁶ Art. 22, §4º: Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa. (Grifou-se)

“[...] o legislador pátrio adotou outro critério (histórico, aliás), prevendo que será competente para praticar os atos ligados à arbitragem (antes, durante e depois: [...]) o juiz que teria conhecida da causa se não tivesse existido convenção arbitral (ou seja, o juiz natural), tudo sem prejuízo de elegerem as partes foro para a eventualidade de terem de recorrer ao Poder Judiciário.”²¹⁷

Três pontos merecem ser destacados a partir do ensinamento trazido acima.

Primeiro – e de suma importância para a discussão aqui travada – a sede da arbitragem, *prima facie*, não define a competência do juízo estatal. A determinação virá através das regras de competência expressas no Código de Processo Civil (arts. 86 e ss) que não necessariamente coincidem com a sede da arbitragem.

Segundo, saliente-se que apesar da lei de arbitragem mencionar, de forma explícita, a regra do juiz natural somente no artigo 22, §4º (que cuida das medidas de urgência), tal ordem é de aplicação ampla, para todos os casos de cooperação entre juízo arbitral e estatal.

Por fim, como dentre as regras de competência temos a possibilidade das partes elegerem um foro em detrimento de outro (art. 111 do Código de Processo Civil²¹⁸), a cláusula de eleição de foro também pode se fazer sentir na arbitragem.

Qual então, a importância da sede da arbitragem diante do quadro exposto acima? *A priori* cumpre admitir que o peso da sede é pequeno, pois o mais importante são as regras de definição de competência.

A despeito disso, a sede não pode ser ignorada, eis que é possível haver uma coincidência entre os critérios de competência do Código de Processo Civil e daqueles que definem a sede. Em breve será explorado como a sede pode ser definida na arbitragem brasileira, inclusive a eletrônica (*infra* 4. e 5., respectivamente). É útil adiantar, todavia, que há uma multiplicidade de critérios elegíveis, dentre eles alguns de cunho territorial e também o da escolha das partes.

²¹⁷ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, pp. 209-210

Solução também adotada pelos EUA (Seção 4 do FAA)

²¹⁸ Art. 111 do CPC: A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

Ora, na medida em que o Código de Processo Civil admite a cláusula de eleição de foro e as partes podem eleger uma sede para a arbitragem, não se deve olvidar da hipótese das partes ligarem um instituto ao outro. Ou seja: elegerem como foro competente o da sede da arbitragem (ou vice-versa).

Similarmente se, *ad argumentandum* e a título exemplificativo, o critério para definição da sede fosse do domicílio do réu, temos que a sede coincidiria com a norma dos artigos 94, 97, 100, IV do Código de Processo Civil. Nesses casos, portanto, determinar a sede equivaleria a determinar o foro competente. Isto é, haveria, na prática, coincidência dos dois.

Em síntese, a sede nem sempre será determinante para definir o juízo competente, sendo a regra geral a do juiz natural. Não se deve ignorar o fato, porém, que às vezes o juiz natural pode ser justamente o da sede.

3.3. – *Definição da Validade da Sentença Arbitral*

Não obstante a utilidade de preservar a arbitragem de intromissões indevidas por parte do juízo estatal, é aceito, sem grandes dificuldades, que deve haver alguma espécie de controle da sentença arbitral – nem que seja superficial – para assegurar que esta não cometa qualquer abuso ou fraude aos pilares do ordenamento onde pretende gerar seus efeitos.

A propósito, as palavras de A. BRAGHETTA:

*“[...] a falta de controle na arbitragem poderia ser perniciosa ao mecanismo se o árbitro se sentisse absolutamente livre, já que poderia ele, árbitro, atuar abusivamente em detrimento da competência delegada e recebida pelas partes.”*²¹⁹

Tanto é assim, que a previsão de um procedimento para controle e anulação de sentenças arbitrais é instituto onipresente nos ordenamentos atuais. A notável exceção foi o Código de Processo Civil belga que em 1985 suprimiu tal controle, para logo restaurá-lo em 1998.

²¹⁹ BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* n° 194, p. 9

Se a necessidade de controle da sentença arbitral goza de confortável consenso internacional, o mesmo não pode ser dito sobre a questão de competência judicial para essa análise posterior. Em outras palavras, o juiz togado tem o direito de checar se a sentença arbitral está em conformidade com seu ordenamento?

Para certos autores,²²⁰ a sede assume papel de destaque também quando é chegada a hora de conferir a validade de uma sentença arbitral. Tal posição teria por fundamento a regra de que a ação anulatória de sentença arbitral deve ser ajuizada no juízo da sede da arbitragem.

Esse valor da sede é, na visão de parcela da doutrina, enfatizado pela Convenção de Nova Iorque de 1958.

Nesse diapasão, desde cedo tal convenção parece vincular seus efeitos a uma precisão da sede, pois, conforme opinião de H. YU e M. NASIR,²²¹ o artigo I.1. deve ser lido como traçando os limites de aplicação do tratado internacional àquelas arbitragens cuja sede seja distinta do país signatário em que se almeja a homologação. Ou seja, para usufruir da Convenção de Nova Iorque é preciso provar que a sede arbitral não coincide com o país homologando e, para tanto, logicamente surge o pressuposto de precisar qual é a sede.

Ainda de olho na Convenção de Nova Iorque, alguns sustentam que o artigo V.1.e. do diploma internacional vincula a homologação à inexistência de anulação no local da sede. Isto é, dependerá do êxito da ação anulatória movida na sede a permissão ou vedação da sentença arbitral ser homologada em outros países.^{222 e 223}

Será, contudo, que a Convenção de Nova Iorque realmente chama atenção à sede nesses dispositivos? Uma análise mais cuidadosa dessas normas revela que não. Senão vejamos:

²²⁰ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* nº 89, p. 218; CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 48; e MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 3.

²²¹ YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* nº 35, p. 462

²²² BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* nº 194, p. 55; e CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 49.

²²³ É proveitoso recordar que essa exigência, ressalte-se, não é inovação por parte da Convenção de Nova Iorque. O Protocolo de Genebra de 1927, a título de exemplo, já exigia para homologação, em seu artigo 1º, que: “[...] the award has become final in the country in which it has been made.”.

Art. I.1.: A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução. (Grifou-se)

Art. V.1.e.: O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: [...] a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. (Grifou-se)

Os grifos acima ao texto das regras do Decreto 4.311/02 destacam que os dispositivos não tratam da sede tal como corretamente conceituada acima (*supra* item 2.). Os dispositivos, a bem da verdade, lidam com o local do proferimento de uma sentença e sua nacionalidade.

Ora, já se discutiu acima na conceituação de sede arbitral que o local de proferimento da sentença pode servir de critério para definição da sede, assim como também pode prestar-se a determinar qual a nacionalidade de um laudo arbitral. Isso não significa, todavia que ‘sede’, ‘local de proferimento’ e ‘nacionalidade do laudo’ são todos conceitos sinônimos que possam ser livremente misturados e trocados.

Assim, os artigos I.1. e V.1.e., antes de concentrarem na sede, estão preocupados com o laudo, sua nacionalidade e seu local de origem.

A distinção fica nítida quando é traçado um paralelo com outro dispositivo do mesmo tratado internacional – a alínea *d* do artigo V.1.: o qual fala expressamente em termos do “*local onde a arbitragem ocorreu*” o que é uma referência à sede, pois faz referência ao todo (a arbitragem) ao invés de seu produto útil (o laudo).

Seguindo essa linha de raciocínio, saliente-se que o próprio artigo I.1. relega aos países signatários a responsabilidade de determinar o critério de classificação para sentenças domésticas e internacionais (“*não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se*

tencione seu reconhecimento e a sua execução.”). Desta forma, é de valia aqui analisar a lei brasileira de arbitragem.

Rege o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 9.307/96 que: “*Considera-se sentença arbitral estrangeira aquela que tenha sido proferida fora do território nacional.*” e, *mutatis mutandis*, será doméstica aquela proferida no Brasil.

Escrito de forma simples e elegante, o dispositivo transcrito *supra* elucida com clareza solar que o critério de definição da nacionalidade da sentença, para os propósitos da legislação brasileira, é o local do proferimento da mesma. Ao invés, portanto, de se reportar à sede como critério definidor, a lei escolheu outro mais simples: do local em que a sentença foi assinada.

Tal critério territorialista pode coincidir com a sede, mas não necessariamente ocorrerá. A arbitragem pode ocorrer fora do Brasil em sua integridade, mas ao fim a sentença ser aqui assinada pelos árbitros, tornando o Brasil competente para averiguar a validade da sentença arbitral.

Claro que por vias indiretas, aproveitando o poder de decisão das partes é possível enaltecer a sede – as partes podem determinar que a sentença seja proferida no mesmo local que a arbitragem tiver sua sede. Excetuadas tais circunstâncias especiais, no entanto, a sede não merece atenção neste ponto.

3.4. – Conclusões

A importância da sede divide a doutrina.

A. BRAGHETTA, por exemplo, é categórica em afirmar que a virtualização da arbitragem não retira da sede (na conceituação que dá a ela como local de proferimento) sua importância, levantando como prova disso que havendo descumprimento do laudo arbitral será necessária a execução que se realizada em país diverso exigirá a aplicação da Convenção de Nova Iorque e, por consequência, a precisão da sede.²²⁴

Ao mesmo tempo, a mesma doutrinadora reconhece que hodiernamente a sede exerce cada vez menos influência face às conquistas da autonomia da vontade das partes, malgrado

²²⁴ BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* nº 194, p. 223

em última instância ainda não possa ser desconsiderada, especialmente por conta da necessidade de possibilitar-se uma revisão da sentença arbitral.²²⁵

FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN compartilham de visão similar, sustentando que cada dia diminui a relevância da sede arbitral.²²⁶

Por outro lado, para C. A. CARMONA, a sede da arbitragem não é dado valioso em nosso sistema, tanto que sua definição é elemento facultativo do compromisso arbitral.²²⁷

A verdade reside no meio termo entre essas posições: a sede arbitral não é fundamental na arbitragem brasileira, mas não é completamente inútil. Segue de todo o exposto que a importância da sede da arbitragem é bastante reduzida na arbitragem brasileira. De peso muito maior são as decisões das partes que podem escolher a lei aplicável, o local onde será proferida a sentença (e, por consequência, sua nacionalidade) e até eleger o foro.

Assim, a sede é questão subsidiária à vontade das partes. Aliás, é por conta da autonomia da vontade das partes que a sede pode ganhar relevância, elegendo as partes enaltecer a sede vinculando-a a um dos elementos sobre o qual tem domínio. Na prática, porém, as partes nem sempre aproveitam o poder que lhes é conferido, deixando de preencher a cláusula arbitral como poderiam já esclarecendo essas questões e sinalizando suas preferências.²²⁸ Conclui-se, portanto, que apesar de a vontade das partes poder ser uma passagem indireta para a sede ganhar destaque, na prática isso não tende a acontecer com frequência.

Em síntese, de um ponto de vista jurídico, a sede merece atenção mais por conta do respeito às normas imperativas do que pelos outros fatores tradicionalmente associados a ela (auxílio judicial, lei aplicável, etc.) e na hipótese de coincidência entre a vontade das partes e a sede. Ou seja, um papel de coadjuvante, mas um papel que não deve ser de todo descartado. Ou ainda, nas palavras de E. A. SCHWARTZ:

“[...] of course, the seat may matter – in fact, it may matter a great deal, but not always or even in most cases. Most international arbitrations will

²²⁵ Idem, pp. 228-229 e 362-363

²²⁶ FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, pp. 674-5

²²⁷ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 20

²²⁸ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* nº 89, p. 218

*proceed as a self-contained process, in the manner agreed by the parties, unencumbered by any external exigencies of an unusual or unexpected nature. We all know the reasons for this: in arbitration legislation, widespread recognition of the autonomy of parties, the limited role of the courts and the small number of local, mandatorily applicable statutory provisions in so many jurisdictions.”*²²⁹

Por fim, este trabalho seria omissso se não dedicasse umas poucas palavras a esta reflexão sob a ótica econômica e pragmática (contraposta à estritamente jurídica).

Além dos aspectos jurídicos, a sede pode ser importante por questões práticas locais como a necessidade de infraestrutura adequada e proximidade das partes, árbitros, peritos, advogados ou até de locais que demandem inspeções, ajudando a minimizar custos (monetários e temporais) desnecessários. Novamente são transcritas as oportunas palavras de A. BRAGHETTA neste tópico:

“A sede de arbitragem deve ter estrutura logística adequada para que os atos procedimentais, especialmente as audiências, se realizem sem percalços, apesar de não ser imprescindível que os atos procedimentais aconteçam na sede.

A estrutura compreende hotéis, locomoção, tradução, possibilidade de obtenção de vistos, serviços de desgravação de audiências, etc. [...]

*Cabe às partes e seus advogados, pois, também atentarem às questões práticas.”*²³⁰

Nem se deve imaginar que as questões práticas se resumem aos tradicionais exemplos citados acima. Por vezes, escolher uma sede incomum pode suscitar surpresas inusitadas. E. A. SCHWARTZ ilustra tais peculiaridades locais com exemplos que vão desde a exigência de

²²⁹ SCHWARTZ, E. A. Is procedure really neutral? The Seat: Does it matter? (A tale of more than two cities). In: *Dispute Resolution International*. Vol. 6, nº 2, Outubro 2012, pp. 193-194 (Grifo do original)

²³⁰ BRAGHETTA, A.. A importância da sede da arbitragem. Cit. *supra* nº 192, p. 31

obtenção de visto de trabalho para os árbitros em certos países ou até vedações a árbitros que não possuam determinada nacionalidade ou até certa religião.²³¹

Em outras palavras, mesmo que o papel jurídico da sede seja pequeno, esse elemento não deve ser desprezado pelas partes, pois pode gerar inúmeras consequências práticas que podem ser tão importantes quanto às jurídicas.

Apesar dos procedimentos não terem que ocorrer na sede, é comum que assim seja. Consequentemente, uma sede mal escolhida, por exemplo, pode tornar a arbitragem custosa demais (para uma ou ambas as partes), impossibilitar o acesso a árbitros competentes (ex. imagine tentar fazer uma arbitragem num país inseguro e violento), etc. Vale lembrar que, não raro, a escolha dos advogados ou até mesmo dos árbitros sofre influência da sede, sendo recomendável contar com uma equipe treinada nas peculiaridades daquele país.²³²

Cabe às partes (e seus assistentes jurídicos), portanto, não se aterem somente aos efeitos jurídicos e, levando em consideração fatores de ordem pragmática, planejarem com cuidado qual será a sede da arbitragem... A não ser, é claro, que se trate de arbitragem virtual, caso em que o problema... desaparece!

4.- Critérios Definidores da Sede:

Concluído que a sede arbitral não deve ser simplesmente ignorada, surge nova dúvida: como definir qual é exatamente a sede da arbitragem. Existem três teorias que fornecem uma resposta a tal indagação: a territorialista, a da deslocalização e a da vontade das partes. Abaixo uma avaliação de cada uma, com uma conclusão ao final.²³³

4.1. – Territorialidade

O critério da territorialidade, como o nome bem sugere, implica que a definição da sede está atrelada a um dado físico geográfico, como o domicílio das partes ou dos árbitros, o

²³¹ SCHWARTZ, E. A. Is procedure really neutral? The Seat: Does it matter? (A tale of more than two cities). Cit. *supra* n° 229, p. 194

²³² Idem, p. 196

²³³ NB: A pesquisa desse item terá por foco a definição da arbitragem na esfera tradicional, isto é, com baixo ou nenhum grau de informatização. A sede da arbitragem eletrônica será tema do item seguinte (*infra* 5.).

local onde será proferida a sentença, o local da realização das audiências, etc. Dito com outras palavras: a sede guarda nexos com fato geográfico observável na prática.

O critério da territorialidade, portanto, busca ancorar a arbitragem a um *locus* geográfico objetivo. Seu grande defensor foi F. A. MANN, que inclusive cunhou a expressão *lex arbitri* em 1967.²³⁴

Para os defensores dessa corrente, o critério de territorialidade deve ser observado para evitar arbitrariedades e abusos da lei, sendo prudente o Estado poder analisar a arbitragem sob pena de, deixadas absolutamente livres, as partes ficarem tentadas a escolher sedes que permitam a fraude à lei.

Em sua vertente mais extremada, a corrente territorialista inclusive nega a existência de uma arbitragem *internacional* na medida em que, sob essa ótica, toda arbitragem está ligada, inexoravelmente, a uma jurisdição ou outra.²³⁵

Na prática, H. YU e M. NASIR²³⁶ explicam que o critério da territorialidade ganhou força com a Convenção de Nova Iorque de 1958. O tratado, afinal, usa a localização geográfica como parâmetro em vários dos seus dispositivos.²³⁷

A primazia do critério territorialista, contudo, não é dado histórico somente do final da década de 1950. Pelo contrário, os legisladores internacionais ainda privilegiam essa solução como é possível identificar tanto na Convenção Europeia de 1961,²³⁸ assim como em vários dispositivos da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL,²³⁹ em que o critério foi adotado porque, na visão dos redatores, seria capaz de imprimir maior segurança aos usuários da arbitragem.²⁴⁰

²³⁴ BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* nº 194, pp. 76-77

²³⁵ Idem, p. 77

²³⁶ YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* nº 35, p. 462. No mesmo sentido: BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* nº 194, p. 56

²³⁷ Nesse sentido, referência é feita, nitidamente, a um ponto geográfico nos artigos I.1., I.3., III., V.1. e V.2.

²³⁸ Art. 1.2.c. – “the term ‘seat’ shall mean the place of the situation of the establishment that has made the arbitration agreement.”

²³⁹ Vide os seguintes artigos a título ilustrativo: 1.2., 1.3., 1.4., 11.1., 17.H.3., 17.I.1., 17.J., 31.3., 34.2. e 36.1.

²⁴⁰ Vide: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf, p. 24 (acessado: 10/10/2013).

Exemplo de critério territorial em nossa lei de arbitragem é o do parágrafo único do artigo 34 que designa a nacionalidade da sentença de acordo com uma coordenada no mapa: local em que a sentença foi assinada.²⁴¹

O critério territorial, todavia, não está imune a críticas e indagações.

A principal é que, na prática, as arbitragens podem assumir tal complexidade que critérios simplistas não bastem para definir âncoras jurídicas. Suponha-se, por exemplo, que a sede fosse definida pela residência ou nacionalidade das partes ou dos árbitros. O que ocorre quando existe uma pluralidade de partes e um tribunal arbitral com três árbitros, inclusive com alguns desses indivíduos portando mais de uma residência ou nacionalidade? Similarmente, imagine-se uma vinculação ao local da constituição da sentença. E se esta foi escrita a três mãos, cada capítulo por um árbitro num local diferente, inclusive um deles em trânsito entre dois países? *Et cætera*.

Nota-se, por conseguinte, que malgrado o critério territorialista vise simplificar a questão, a prática pode não ser passível de tal simplificação.

Ademais, insta considerar até que ponto existe um verdadeiro nexó entre o critério escolhido e seu efeito jurídico. Atrelar a sede ao escritório do réu, por exemplo, pode revelar-se uma péssima escolha da legislação quando o réu lista como escritório principal – por motivos de pura vantagem fiscal – um ‘*p.o. box*’ em país que nada tem a ver com o litígio e é inclusive desfavorável à arbitragem.

4.2. – Deslocalização

A teoria da ‘deslocalização’ ou ‘autonomista’, antes de uma forma de identificar a sede é, a bem da verdade, uma forma da arbitragem se desprender da sede.

Tal teoria surgiu em meados da década de 1950 pelos trabalhos de H. BATTIFOL, H. MOTUSKY e outros que acreditavam que a arbitragem internacional, fruto da vontade das partes, não deveria sujeitar-se ao controle de uma nação. Com o tempo tal teoria conquistou a adesão de importantes doutrinadores como P. FOUCHARD e B. GOLDMAN.²⁴²

²⁴¹ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 439. Vide também o REsp n° 1.231.554/RJ (*supra* item 2.)

²⁴² BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* n° 194, pp. 71-75

Os que apoiam essa teoria acreditam que a arbitragem internacional não deve sujeitar-se à análise de várias leis que podem variar de país para país e estar defasadas em relação à matéria cuidada pela arbitragem. Assim, a única legislação que deveria ser levada em conta pelos arbitralistas é a do local onde se dará a execução, por ser imperativo que ocorra a homologação e execução, que podem ser negadas se a sentença arbitral contrariar demasiadamente a lei local (art. V.2.b. da Convenção de Nova Iorque). A arbitragem então ‘flutuará’ sem prender-se a uma jurisdição única.²⁴³

A consequência mais notável dessa teoria é que o laudo anulado em sua sede poderia mesmo assim ser homologado, eis que, para a teoria da deslocalização, a arbitragem não se prestaria ao escrutínio do Judiciário da sua sede.²⁴⁴ Entretanto, a deslocalização admite diferentes graus, podendo ser simplesmente autonomia da sede na hora de escolher a lei aplicável ao procedimento ou o mérito da contenda até o desprendimento total.²⁴⁵

Essa teoria é censurável, porém, tendo em vista que a Convenção de Nova Iorque (conforme adiantado no item anterior) está mais alinhada ao critério territorialista. Isso significa, em última instância, que a adoção da teoria da deslocalização poderia dificultar a homologação da sentença arbitral em outros países.²⁴⁶ De nada adianta, por exemplo, a sentença estar de acordo com a legislação do país *X*, signatário da Convenção de Nova Iorque, se no país *Y*, onde foi proferida, foi anulada por contrariedade às leis locais (art. V.1.e).

Outra crítica dirigida à teoria é que ficando presa apenas à questão da homologação, põe-se a perder o apoio do Judiciário no momento de solicitar poder de império e anulação de sentença arbitral defeituosa, eis que seria incerto qual o juízo competente para apreciar tais pedidos se não há sede definida senão para homologação.²⁴⁷

Diante de tamanha incerteza ao redor da teoria da deslocalização, é forçoso reconhecer que o lugar mais apropriado para tal tese é nos meios acadêmicos e não em arbitragens concretas onde é dever dos juristas zelar pela eficácia da arbitragem. Como bem pondera A.

²⁴³ ARSIC, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future com too early? Cit. *supra* n° 89, p. 220; BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* n° 194, pp. 208-209; e YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* n° 35, p. 463.

²⁴⁴ BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* n° 194, p. 177

²⁴⁵ Idem, p. 227

²⁴⁶ YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* n° 35, p. 464

²⁴⁷ MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* n° 47, item 3.

BRAGHETTA, não se pode colocar em risco a eficácia de uma arbitragem para tentar propagar uma teoria acadêmica.²⁴⁸

Outrossim, há fortes indícios de que a lei de arbitragem brasileira afasta tal teoria na medida em que, segundo o explicado acima (vide *supra* 3.1.), os bons costumes, princípios basilares e a ordem pública da sede são de observância obrigatória, indo em sentido contrário à noção de uma arbitragem flutuante.

4.3. – Vontade das Partes

Diante das dificuldades enumeradas acima para adoção do critério territorial e da deslocalização, parcela da doutrina defende que a sede seja encarada como uma ficção jurídica definida pela vontade das partes:

*“[...] é princípio quase unânime no mundo da arbitragem comercial internacional que o conceito de sede não se refere ao local onde ocorrem os procedimentos ou onde residem os árbitros e/ou as partes, mas representa uma faculdade dada às partes de escolha pelo regime jurídico aplicável à arbitragem internacional. [...] É o conceito de sede jurídica da arbitragem.”*²⁴⁹

Assim, cabe às partes escolher, a despeito de qualquer outro indicador, a sede da arbitragem. Esse entendimento, atualmente, encontra respaldo quase unânime no Direito Comparado, inclusive nos regulamentos das instituições arbitrais.²⁵⁰

²⁴⁸ BRAGHETTA, A.. A importância da sede da arbitragem. Cit. *supra* nº 192, pp. 24-25

²⁴⁹ GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* nº 21, p. 51. No mesmo sentido: BIUKOVIC, L.. International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. Cit. *supra* nº 23, p. 342; CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, pp. 49-50; FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 675; HILL, R.. The internet, electronic commerce, and dispute resolution: comments. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, nº 4, Alphen aan den Rijn: Kluwer, dez. de 1997, p. 104; MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 3.; e YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* nº 35, pp. 463 e 472.

²⁵⁰ Vide, nesse sentido, os seguintes dispositivos: Art. 31.1. da lei nº 63/2011 de Portugal; Art. 26.1. da Lei nº 60/2003 da Espanha; Art. 20.1. da Lei Modelo UNCITRAL (2006); Seção 1.043.1. do ZPO alemão; Art. 1.693.1. do CPC belga; Art. 20.1. do Commercial Arbitration Act (1985) do Canadá; Seção 303 do FAA dos EUA; Art. 2.5. do Arbitration Act (1996) da GB; e Art. 816 do CPC italiano.

Aliás, é lícito às partes, não só fixar uma sede, mas flexibilizar tal determinação, desde que a sede seja determinável. Podem, por exemplo, deixar registrado na cláusula compromissória que a sede será do domicílio legal do réu ou o local que este determinar quando citado. O importante é que o local seja determinável para evitar confusões.²⁵¹

Frise-se que tal escolha pode se dar não só de forma direta, mas também indireta, na medida em que as regras de determinados centros de arbitragem possuem previsão de escolha de uma sede padrão ou indicada pelo centro de arbitragem.²⁵² Desta forma, mesmo que as partes sejam parcialmente omissas em designar uma sede, sua vontade pode ainda valer nesse ponto dependendo das regras arbitrais que forem eleitas.²⁵³

Pode ocorrer, todavia, das partes não só não indicarem uma sede, mas também escolherem regras de um centro que não ajude a definir a sede (imagine-se um centro de arbitragem virtual) ou até optarem pela arbitragem *ad hoc*. Nesses casos, entende-se que subsidiariamente, cabe aos árbitros designarem qual a sede da arbitragem.²⁵⁴

Não obstante o amplo apoio doutrinário a essa teoria, J. ARSIĆ procede bem em lembrar que é imperioso certificar-se de que a jurisprudência local também aceite a ficção. Caso contrário, na hora de pedir reforço, por exemplo, para impor uma medida cautelar, a arbitragem pode sofrer com um longo debate sobre sede e competência.²⁵⁵

No Brasil, a legislação parece favorecer antes a vontade das partes do que o critério territorial ou deslocalizado. Infere-se tanto tendo em vista que a lei não atrela a sede a um fator geográfico, mas indica, no seu artigo 11, I que poderá constar do compromisso arbitral (que é instrumento fruto da vontade das partes) “o local, ou locais, onde se desenvolverá a

Similarmente, as seguintes normas: Art. 7.1. do Regulamento modelo do CONIMA; Art. 13.1. do Regulamento do ICDR; Art. 9.2. do Regulamento da CCBC; Art. 18.1. do Regulamento da CCI; Art. 41 do Regulamento da FGV; Art. 20.1. do Regulamento da SCC; Art. 12.2. do Regulamento da CAMARB; e Art. 16.1. do Regulamento da LCIA.

²⁵¹ FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 675

²⁵² Essa tendência é notável principalmente em centros estrangeiros, não sendo ainda detectado aqui, onde se prefere dar poder aos árbitros antes do instituto. Nesse sentido vide os regulamentos da CCI (art. 18.1), SCC (art. 20.1.) e LCIA (art. 16.1.) que escolhem um lugar ou definem um local padrão como a cidade de Londres.. Exceção notável na esfera nacional é o artigo 12.2. do Regulamento da CAMARB que prevê a sede da CAMARB.

²⁵³ BRAGHETTA, A.. A importância da sede da arbitragem. Cit. *supra* nº 192, p. 19

²⁵⁴ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 50; e GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* nº 21, p. 51. Vide também as normas mencionadas na nota de rodapé nº 250 *supra*.

²⁵⁵ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* nº 89, p. 219

arbitragem;”, sendo sustentável que a expressão ‘local da arbitragem’ é sinônima de sede da arbitragem.²⁵⁶

Em outras palavras, a sede é aparentemente definida pela vontade das partes em nossa arbitragem.

Ocorre que a lei é permissiva em relação à questão, transformando a definição da sede em ponto facultativo (‘poderá’). Combinado com o fato de que nem sempre as partes debruçam-se com o devido cuidado sobre a redação da convenção arbitral, não é difícil conjecturar a hipótese das partes não tomarem o cuidado em precisar uma sede.

Esse problema, segundo analisado acima, é suprido em boa medida pela adoção de regras institucionais que deferem essa competência aos árbitros ou à própria instituição arbitral. O problema, porém, não é totalmente resolvido dessa forma. A análise acima aproveitou, vale admitir, apenas certos renomados institutos de arbitragem, sendo possível que centros mais obscuros não tenham tomado esse cuidado em suas regras. Alternativamente, pode ocorrer das partes preferirem uma arbitragem *ad hoc*, também esquecendo de especificar a sede.

Esse lapso representa o principal calcanhar de Aquiles do critério da vontade das partes, embasando, aparentemente, o argumento pela necessidade de um critério subsidiário como o territorial.

4.4. – Conclusões

As considerações tecidas *supra*, além de explicar o funcionamento dos principais critérios, demonstram que atualmente existe certa predileção por priorizar a vontade das partes (inclusive subsidiariamente na vontade dos árbitros ou instituições arbitrais) na hora de escolher a sede arbitral. Salientou-se, contudo, que o critério territorial é historicamente relevante, malgrado hoje esteja em desuso na maioria dos ordenamentos.

Nesse diapasão, defende-se nesta obra que o critério da vontade das partes é o prevalecente no Brasil atualmente, por interpretação do artigo 11, I da Lei Marco Maciel.

²⁵⁶ Nesse sentido: CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 209. Adicionalmente, P. A. B. MARTINS, apesar de não equiparar o ‘local’ diretamente com a sede, esclarece que o local da arbitragem não se confunde com o local de proferimento da sentença (*Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* n° 39, p. 174).

De maior valia, todavia, foi a conclusão que nenhum critério é perfeito – todos tem falhas e cumpre analisar, a seguir, como tais falhas podem ser sanadas, ou exacerbadas quando a arbitragem ocorre com alto nível de informatização.

5.- A Sede na Arbitragem Virtual:

Visto como a sede pode ser ordinariamente definida, insta analisar a sede arbitral sob o enfoque da arbitragem informatizada, especialmente a virtual, comparando os possíveis critérios para tentar identificar o dominante no caso brasileiro.

5.1. – Territorialidade

O critério da territorialidade, conforme tratado acima, conecta a sede a alguma fator geográfico objetivo.

A importação desse conceito para a arbitragem informatizada pode ser mais ou menos difícil dependendo do grau de informatização em que se está diante. Se, por exemplo, a informatização se limita à troca de petições e memoriais por e-mail ao invés de protocolo no centro de arbitragem (preservando-se as audiências e deliberações lá), patente que a informatização pouco afeta a identificação de parâmetros físicos e espaciais.

Por outro lado, quanto maior o grau de informatização, mais se perde a referência geográfica e, na arbitragem puramente virtual, a situação é de desprendimento quase total. A dificuldade de transplantar o critério de territorialidade à arbitragem virtual é que dificilmente existem elementos objetivos relevantes para justificar ancorar a arbitragem a um lugar ou outro.²⁵⁷ Basta lembrar que os atos procedimentais podem ser conduzidos remotamente, as partes e os árbitros podem ter residência e domicílio em diferente locais, etc.

²⁵⁷ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 49; e YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* n° 35, p. 462.

Ademais, mesmo quando existe um elemento objetivo ou tangível, este dificilmente guarda algum nexo relevante com a arbitragem, sendo, no mais das vezes, fruto de questões alheias à arbitragem.^{258 e 259}

Exemplificando: deve ser afastada o recurso ao *lex loci arbitri*, segundo a qual toma-se por sede, na falta de outros critérios, a da residência do árbitro, eis que, como bem pondera J. ARSIĆ,²⁶⁰ os árbitros podem ter residência, domicílio ou escritório em locais diferentes (inclusive mudando durante a arbitragem) e podem trabalhar na arbitragem de diferentes locais. Aliás, havendo um painel arbitral, surge mais uma complicação sem resposta certa: será que o ideal é buscar-se um ponto de convergência dentre a maioria dos árbitros? Ou talvez tomar por base somente o árbitro Presidente? *Et cætera*. Note-se, que é até possível falar de ‘domicílio informático’ que, de acordo com S. R. C. S. LEAL, pode inclusive ser distinto do domicílio físico dos indivíduos e empresas.²⁶¹

Observa-se, por conseguinte, que a arbitragem virtual tem poucos e irrelevantes lastros com parâmetros territoriais, tornando a adoção do critério territorial desaconselhável (para não dizer impossível).

Aliás, é considerando essa inadequação que aqueles que enxergam o artigo 34, parágrafo único da lei de arbitragem como impondo o critério territorial às arbitragens brasileiras (em sentido contrário ao aqui defendido), criticam a legislação pátria atual:

“Faz falta no regime de arbitragem no Brasil a incorporação do conceito de sede jurídica da arbitragem, independentemente de qualquer elemento territorial. Se a territorialidade, antes do advento da Internet, já se mostrava inadequada, com a deslocalização sem precedentes que caracteriza o

²⁵⁸ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future com too early? Cit. *supra* nº 89, p. 219; e CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 49.

²⁵⁹ A título ilustrativo, os documentos armazenados na nuvem, de fato, são geralmente guardados em enormes *data centres* de empresas especializadas no ramo (como faz a *Amazon* locando espaço virtual). Esses *data centres* são construídos em locais que são vantajosos à empresa que fornece espaço aos servidores, levando em conta tais questões como disponibilidade de terra, mão-de-obra qualificada e incentivos fiscais. Assim, conquanto tais fatores justifiquem a localização do *data centre*, é desafiador pensar num liame entre o local do *data centre* e a matéria apreciada na arbitragem. Em síntese: atrelar a sede ao local onde ficam e são processados os documentos eletrônicos é ancorar a arbitragem em local de nenhuma significância para a arbitragem.

²⁶⁰ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future com too early? Cit. *supra* nº 89, p. 218

²⁶¹ LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 25

uso da rede, em que o local onde se encontra o usuário torna-se irrelevante, fica impossível dar conta de princípio calcados (sic) no territorialismo para definir aspectos importantes, em caso de uma arbitragem on-line.”²⁶²

5.2. – Vontade das Partes

Se a falta de balizas geográficas atrapalha ou até inibe a adoção do critério territorialista, o mesmo não pode ser dito sobre o critério da vontade das partes, eis que, em tese a informatização não afeta a possibilidade das partes escolherem uma sede. Ademais, a legislação brasileira (notadamente o artigo 11, I da Lei nº 9.307/96) adequa-se perfeitamente tanto à arbitragem tradicional como virtual.

Entretanto, há que se sopesar que a informatização pode exacerbar a falha já apontada acima, qual seja, da falta de previsão. Se já era duvidoso que as partes tomassem o cuidado de detalhar a convenção arbitral numa arbitragem comum – afeita às grandes causas comerciais – o que dizer da arbitragem virtual, que é ordinariamente utilizada em relações B2C ou pequenas relações B2B? Provavelmente haverá ainda menos cuidado. Mais: é incerto se os centros de arbitragem das instituições *online* vão tomar o mesmo cuidado dos centros de arbitragem tradicional, potencialmente complicando a questão por falta de previsão estatutária para partes lacônicas.

Ou seja, esse critério é efetivo desde que a sede seja explicitada pelas partes ou os árbitros de alguma forma.²⁶³ Não ocorrendo essa manifestação da vontade e não havendo previsão legal, surgirá a insegurança jurídica.

5.3. – Deslocalização

As razões que desaconselham a adoção da teoria da deslocalização aqui persistem. Some-se a isso outro problema: a teoria da deslocalização pressupõe uma arbitragem ‘flutuante’, que ‘aterrissaria’ tão somente na hora de sua execução. Ocorre que uma arbitragem informatizada ou até virtual pode vir a incluir uma sentença arbitral virtual.

²⁶² GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* nº 21, p. 52

²⁶³ GONÇALVES, E. D.. Relações da arbitragem com a internet. Cit. *supra* nº 21, p. 51

A sentença arbitral virtual será estudada mais adiante (vide *infra* VII.), mas antecipe-se que esse instituto pode levantar ainda mais questões sobre sua validade e, no que aqui concerne, a origem da sentença. Em termos simples, pode ser mais complicado para a arbitragem deslocalizada encontrar um *locus* quando necessário, se for contar apenas com a sentença, tendo em vista a potencial natureza eletrônica desta.

Insta sopesar, todavia, que para o mundo informatizado, especialmente o integralmente virtual, a teoria da deslocalização está, na prática, mais apta a funcionar do que o critério da territorialidade, pois a falta de um ponto no mapa vai de encontro com os objetivos da teoria da deslocalização. Assim, compreende-se por que J. ARSIĆ, por exemplo, elege o critério da deslocalização como solução subsidiária caso as partes não escolham uma sede.²⁶⁴

5.4. – Sede Especial

Na medida em que a arbitragem eletrônica apresenta uma realidade muito diferente da arbitragem tradicional, é imaginável que talvez a solução para seus desafios esteja num pensamento mais inovador ou até mesmo radical, buscando respostas longe das teorias tradicionais e realmente desbravando trilhas antes sequer imaginadas.

Nesse passo, uma curiosa e inovadora solução é aquela proposta por S. KALLEL. Trata-se da criação de uma sede própria para as arbitragens eletrônicas, inclusive com a criação de tribunais voltados para a internet com sua própria '*lex electronicae*' ou '*lex cyberneticae*' nos moldes da *lex mercatoria*. Assim, sendo a arbitragem eletrônica, sua sede seria automaticamente deslocada para a sede cibernética.

A ideia de uma sede especialmente criada para a arbitragem eletrônica é novel, mas há muito se discute a possibilidade de tratar a arbitragem internacional no plano supranacional. Já nas discussões para a Convenção de Nova Iorque houve proposta pela *Society of Comparative Legislation*, por exemplo, para se criar um sistema supranacional de controle dos laudos.²⁶⁵ O

²⁶⁴ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* nº 89, p. 220

²⁶⁵ E/CONF. 26/4, 24/04/1958, p. 25. Vide também: BRAGHETTA, A. A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil. Cit. *supra* nº 194, p. 215

ICSID, similarmente, também revê internamente seus laudos, sem permitir qualquer revisão em nível nacional.²⁶⁶

Tais ideias, todavia, foram corretamente classificadas por A. BRAGHETTA como ‘utópicas’, alertando para a dificuldade de se harmonizar as várias posições divergentes dos inúmeros países, além de colocar em dúvida a eficácia de tal mecanismo:

“Ao lado do fato de que não se conseguiria uma adesão a tal sistema, uma instância de controle adicional e supranacional representaria um aumento dos custos e do tempo da decisão do procedimento arbitral, sem que fosse provada uma melhoria na sua eficácia, tudo a depor contra a finality típica do procedimento arbitral.”²⁶⁷

De maneira análoga, uma sede cibernética enfrentaria enormes desafios de adesão e capacidade de unificar as regras sob uma bandeira aceitável a todos. Nesse sentido, vale lembrar que, com exceção de certos instrumentos de *soft law* (que como o nome bem indica são de reduzida utilidade de vinculação) como as leis modelo da UNCITRAL sobre comércio eletrônico e assinaturas digitais,²⁶⁸ o campo da informática é ainda uma terra indomada. Aliás, se as regras nacionais estão defasadas sobre o assunto, beira a ingenuidade supor que as Nações aceitariam vincular-se internacionalmente àquilo que sequer conseguiram decidir internamente.

Aliás, dada a velocidade de evolução e mutação do mundo digital seria difícil precisar o conteúdo dessa sede, gerando, conseqüentemente, considerável insegurança jurídica.

Por conseguinte, tal teoria não se sustenta no contexto atual, sendo necessária maior maturação do arcabouço jurídico nacional e internacional antes de se pensar na criação de uma *lex cyberneticae* com sua sede cibernética.

²⁶⁶ Vide os artigos 50 e seguintes do Regulamento do ICSID (disponível em: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> - acessado em: 10/10/2013)

²⁶⁷ BRAGHETTA, A. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Cit. *supra* nº 194, p. 216

²⁶⁸ Textos e explicações acessíveis, respectivamente, em: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html e http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html (acessado em 10/10/2013)

5.5. – Conclusão

Conclui-se do exposto acima que a vontade das partes continua a ser o meio mais indicado para detectar qual é a sede de uma arbitragem, inclusive no âmbito informatizado. A informatização, ou até a virtualização da arbitragem, antes de minar esse critério que há tempos vem ganhando força, parece sepultar a territorialidade por conta da dificuldade, na prática, de impor um vínculo cartográfico ao mundo eletrônico.

Consequentemente, é lícito deduzir que nas arbitragens eletrônicas brasileiras deve-se ter por sede aquela eleita pelas partes com fulcro na permissiva do artigo 11, I da Lei nº 9.307.

Não é possível, porém, precisar qual será o critério subsidiário caso não seja eleita uma sede pelas partes, pelos árbitros ou pelas regras institucionais.

6.- Conclusões:

À guisa de resumo e conclusão, demonstrou-se acima que a sede é relevante liame jurídico que a arbitragem mantém com uma localidade. No caso brasileiro a importância da sede provém, quase exclusivamente, da necessidade de precisar qual jurisdição deve ter suas normas imperativas observadas. Depois de analisar os principais critérios para seleção da sede, deduziu-se que, para a arbitragem brasileira, o critério por excelência para definição da sede é o da vontade das partes. Por fim, no que tange a arbitragem eletrônica, concluiu-se que a vontade das partes continua a ser o critério que impera, o que é louvável.

De toda pertinente, portanto, a alerta feita por M. E. FINKELSTEIN:

“[...] em contratos eletrônicos internacionais há a dificuldade em determinação do local de celebração do contrato, o que dificulta imensamente a determinação da lei aplicável aos contratos internacionais.

*Assim, é a nossa sugestão de que além da escolha do Tribunal Arbitral para esse tipo de contrato, seja inserida, especialmente, cláusula que preveja, de forma expressa, qual lei deverá ser aplicada na solução de eventuais litígios.”*²⁶⁹

²⁶⁹ FINKELSTEIN, M. E.. Arbitragem e contratos eletrônicos internacionais. Cit. *supra* nº 31, p. 161

Por outro lado, a vontade das partes continua sofrendo (possivelmente até mais na arbitragem eletrônica) com o perigo das partes nada dizerem e as regras arbitrais (porque lacônicas ou porque não escolhidas numa arbitragem *ad hoc*) também quedarem silentes, jogando a arbitragem num campo de insegurança.

Conquanto tal situação seja remota hipótese – sendo esperado que árbitros experientes superem a omissão das partes – não se pode negar que existe um risco, pequeno, mas palpável, da sede ficar sem definição, o que é perigoso quando esta possui um grau de relevância como visto acima no item 3.

Uma forma de eliminar esse risco, *a priori*, seria definir um critério subsidiário, que deveria entrar em ação quando a vontade das partes (mesmo que delegada) não for utilizada. Essa tese, contudo, sofre pela falta de boas opções secundárias: tanto a territorialidade, a deslocalização como a sede especial são teorias pouco talhadas para os rigores da arbitragem eletrônica.

Assim, assiste razão àqueles que defendem a necessidade de atualizar-se a legislação para dar conta da arbitragem eletrônica.²⁷⁰ O correto seria a lei explicitar de vez por todas que incumbe às partes, e subsidiariamente os árbitros, tendo em vista as circunstâncias do caso, precisarem a sede da arbitragem, na convenção arbitral ou nos termos de referência, sob pena de nulidade da sentença. Imposto tal dever de forma inescapável, torna-se supérflua a ideia de um ‘plano B’, vez que sempre será precisada a sede.

Tal solução, saliente-se, resolveria a questão e seria plenamente eficaz na arbitragem tradicional, assim como na informatizada ou virtual.²⁷¹

* * *

²⁷⁰ HALOUSH, H. A.. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* nº 34, p. 364

²⁷¹ Em sentido contrário: ARSIĆ, J. (International commercial arbitration on the internet: has the future com too early? Cit. *supra* nº 89, p. 221 (e em menor grau BIUKOVIC, L.. International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. Cit. *supra* nº 23, p. 343)), defendendo a autonomia da vontade (referendada por instrumentos internacionais) e, subsidiariamente, a adoção da deslocalização para evitar um *cyber forum shopping*. Em que pese os argumentos desses doutrinadores, é de questionar-se que mal há num *cyber forum shopping*? Ora, a competição pela sede já existe atualmente e assim como a arbitragem prospera com flexibilidade na hora de determinar a lei aplicável, maior flexibilidade na escolha da sede tornará a arbitragem em ferramenta mais poderosa, eficaz e atrativa, sem perder o controle tendo em vista, em última instância a necessidade de homologação segundo o artigo V da Convenção de Nova Iorque.

Capítulo IV

O Procedimento Arbitral Informatizado

1. Introdução; 2. Os Recursos Tecnológicos Disponíveis à Arbitragem; 2.1. Programas e Sítios Eletrônicos de Gerenciamento de Casos; 2.2. A Videoconferência; 2.3. Digitalização, Transferência de Arquivos e Comunicação Eletrônica 2.4. Salas e Fóruns de ‘bate-papo’; 2.5. Apresentações Informatizadas; 2.6. Programas para Pesquisa, Elaboração de Peças, Etc.; 2.7. Uso do Computador para Perícias; 3. Licitude, Eficácia, Eficiência e Conveniência; 3.1. Programas e Sítios Eletrônicos de Gerenciamento de Casos; 3.2. A Videoconferência; 3.3. Digitalização, Transferência de Arquivos e Comunicação Eletrônica; 3.4. Salas e Fóruns de ‘bate-papo’; 3.5. Apresentações Informatizadas; 3.6. Programas para Pesquisa, Elaboração de Peças, Etc.; 3.7. Conclusão; 4. Confidencialidade e Segurança; 5. A Igualdade das Partes, o Contraditório e a Ampla Defesa; 5.1. A Igualdade das Partes no Procedimento Arbitral Informatizado; 5.2. Contraditório e Ampla Defesa no Procedimento Arbitral Informatizado; 6. Futurologia Imprevisível; 7. Conclusões.

1.- Introdução:

É impossível pensar em processo – seja arbitral ou estatal – dissociado da figura de procedimento. Como bem explica C. R. DINAMARCO: “*O conceito de processo, como os outros fundamentais, ainda não encontrou formulação definitiva na doutrina. Certo é, no entanto, que se encontra intimamente enleado com o de procedimento, que é a sua expressão visível.*”²⁷² Aliás, E. FAZZALLARI, em feliz síntese, já postulava que o *processo* é um procedimento em contraditório, conceituando o ‘procedimento’ como uma sequência lógica de atos voltados à produção de um resultado final.²⁷³

Consequentemente, malgrado a imensa importância de outros assuntos aqui discutidos (como a convenção e sentença arbitral, que expressam, respectivamente, o nascimento e o

²⁷² DINAMARCO, C. R.. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122

²⁷³ FAZZALLARI, E.. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 4. ed. CEDAM: Padova, 1986, p. 69 e ss.

desfecho útil da arbitragem), não se pode negar ao procedimento arbitral uma posição de destaque, pois é no procedimento que se enxerga a arbitragem de fato ocorrendo.²⁷⁴

Como vertente tangível do processo arbitral, é esperado que o procedimento passe a demonstrar, em vários aspectos, a influência das inovações tecnológicas, o que, por sua vez, exige do jurista desse nicho o dever de analisar a legalidade de adaptação e inserção de todos os recursos modernos no seio da arbitragem brasileira.

A questão é séria, ademais, pois, como já sustentava C. A. CARMONA, os avanços tecnológicos constituem uma das principais forças motriz para a evolução das regras procedimentais.²⁷⁵

De fato, sob a vertente estatal, por exemplo, é possível afirmar que desde os anos 90 é possível identificar uma tendência global dos países preocuparem-se com a regulamentação (e fomentação) do processo eletrônico estatal.²⁷⁶

No Brasil esse movimento tem raízes perceptíveis já no início da década de 50 quando a norma que então cuidava do Mandado de Segurança (Lei nº 1.533/51), admitiu, excepcionalmente, o uso de meios de comunicações atípicos para impetrar o ‘remédio heroico’ ou notificar a autoridade coatora.²⁷⁷

Essa tendência desaguou, mais de meio século depois, em importantes emendas ao Código de Processo Civil graças às leis nº 11.280 de 16 de fevereiro de 2006 e, especialmente, a Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006, que afirma em seu primeiro artigo o quanto segue:

Art. 1º: O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

²⁷⁴ Ou, nas palavras eloquentes de J. F. MARQUES: “[...] é o procedimento que revela o processo, dá-lhe realidade exterior e torna possível, mediante o *modus faciendi* impresso à sucessão de atos que se entrelaçam na relação processual, a que se atinja, de maneira adequada, a finalidade compositiva da intervenção estatal.” (*Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Campinas: Millenium, 2000, p. 6)

²⁷⁵ CARMONA, C. A.. Flexibilização do procedimento arbitral. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 24, Ano 7, Curitiba: Síntese-CBar, out-dez/2009, p. 8

²⁷⁶ PIMENTEL, A. F.. Los antecedentes históricos y los principios de los sistemas de proceso eletrônico brasileño y español. In: *Revista de Processo*. Nº 208, Ano 37, São Paulo: RT, junho de 2012, p. 151

²⁷⁷ ~~Art. 4º: Em caso de urgência, é permitido, observados os requisitos desta lei, impetrar o mandado de segurança por telegrama ou radiograma ao juiz competente, que poderá determinar seja feita pela mesma forma a notificação a autoridade coatora.~~

§ 1º - Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

O supratranscrito dispositivo já foi interpretado de forma ampliativa²⁷⁸ como consagrando uma espécie de ‘princípio da ubiquidade’ segundo o qual a Lei nº 11.419/06 deveria ser aplicada a todos os sistemas jurisdicionais internos. Esta tese, no entanto, não pode ser estendida à arbitragem, que é um sistema especial que merece análise em apartado.²⁷⁹ Referida segregação analítica justifica-se, inclusive, pelas fontes distintas usadas pela arbitragem para enfrentar a questão.

Neste diapasão, é certo que a inclusão (ou exclusão) de recursos informatizados no procedimento arbitral é questão ligada às regras procedimentais deste sistema, tanto quanto definir a ordem das provas, número de audiências, etc. Estas regras procedimentais arbitrais, conforme é cediço, não defluem dos comandos do Código de Processo Civil, mas sim da regra do artigo 21 da Lei nº 9.307/96, que prioriza a vontade das partes:²⁸⁰

Art. 21: A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§1º - Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

Deste modo, na arbitragem, após a devida observação das normas cogentes da lei de arbitragem,²⁸¹ abre-se espaço para as partes regulamentarem o procedimento, podendo criar

²⁷⁸ PIMENTEL, A. F.. Los antecedentes históricos y los principios de los sistemas de processo eletrônico brasileño y español. Cit. *supra* nº 276, p. 157

²⁷⁹ Vide: PARENTE, E.. *Processo arbitral e sistema*. Tese de doutorado orientada por C. A. CARMONA na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2009

²⁸⁰ Apesar do enfoque na arbitragem brasileira, registre-se que tal regra é a regra na maioria das legislações modernas (FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 648).

²⁸¹ HERSCOVICI JUNQUEIRA, G.. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 31, Ano 8, Curitiba: Síntese-CBar, jul-ago-set/2011, p. 36

regras *ad hoc* ou simplesmente selecionar regras já pré-fabricadas de uma instituição arbitral profissional. Ausente regulamentação, os árbitros terão competência legiferante subsidiária.²⁸² Esclareça-se apenas que mesmo que haja seleção de um regulamento arbitral, a vontade das partes deve sempre ser lida como exceção, sobrepondo-se às regras do regulamento.²⁸³

Consequentemente, a forma como recursos tecnológicos serão (ou não) empregados dependerá, principalmente, da vontade das partes e, na falta de exercício da autonomia da vontade e de regra dos regulamentos das instituições arbitrais, caberá aos árbitros tal decisão.

Essa flexibilidade procedimental constitui, indubitavelmente, uma das mais relevantes vantagens do procedimento arbitral, pois permite às partes (e árbitros) amoldarem a arbitragem às necessidades de seu caso.²⁸⁴ Por outro lado, diante de tantas opções, instala-se a seguinte dúvida: compensa mais permitir às partes disciplinarem o procedimento, eleger um procedimento pronto (seja de uma instituição arbitral – opção mais comum²⁸⁵ – seja de um código de processo estatal) ou delegar aos árbitros a opção de atuarem como legisladores privados neste sentido.

Nenhuma opção é perfeita.

A regulamentação pelas próprias partes sofre, principalmente, com problemas advindos do momento em que esta regulamentação tende a ocorrer – quase sempre antes de instaurada a arbitragem (se for por meio de cláusula compromissória, possivelmente anos antes do litígio). Isto apresenta um problema por dois motivos. Primeiro, por ser difícil às partes anteverem com precisão as especificidades do caso delas e as novidades tecnológicas do futuro (vide *infra* 6.). Cada caso pode apresentar peculiaridades não antevistas pelas partes no momento em que laboravam sobre a convenção arbitral. Este problema é exacerbado por um segundo fator: no momento de pactuação da convenção arbitral não se costuma dar a esta muita atenção por descrença na possibilidade de litígio, dando azo à famigerada apelidação da convenção arbitral como *midnight clause*, por ser a última cláusula a receber (um pouco) de atenção em muitos casos.

²⁸² HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 3.

²⁸³ Nesse sentido: CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 174; e R. HILL que entende, inclusive, que ignorar a vontade das partes – mesmo que em confronto com as regras institucionais – é essencial sob pena de vilipêndio à convenção arbitral, capaz de impedir a homologação da sentença arbitral nos termos do art. V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque (*On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 3.)

²⁸⁴ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 173; e HERSCOVICI JUNQUEIRA, G.. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* nº 281, p. 32.

²⁸⁵ CARMONA, C. A.. Flexibilização do procedimento arbitral. cit. *supra* nº 275, p. 12

A delegação total dos poderes legiferantes aos árbitros é, similarmente, opção que carrega certos riscos. Munidos de poder absoluto, os árbitros podem deixar as partes em situação de considerável insegurança jurídica, surpreendendo-as com procedimentos, prazos e ordens processuais inesperadas atrapalhando qualquer planejamento de uma estratégia processual precavida.²⁸⁶ Ademais, nada garante que mesmo que os árbitros deixem claro *ab initio* o procedimento a ser adotado – evitando as surpresas – que o procedimento criado pelos árbitros mais agrade as partes. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de determinação de dada ordem de produção de provas contrária ao cronograma conveniente das partes ou árbitros afeitos a modernidades impondo soluções tecnológicas a partes avessas à tecnologia de informação.

Por outro lado, a eleição das regras institucionais de uma câmara arbitral não constitui garantia de um procedimento isento de lacunas e obstáculos normativos. C. A. CARMONA polemiza a questão lembrando que os órgãos arbitrais – entidades comerciais que visam o lucro na maior parte das vezes – pretendem atrair grande número de arbitragens e, por isso, não raro, possuem regulamentos “[...] *muito aberto e vago a respeito do procedimento, de molde a atrair litigantes de várias origens e afeitos a sistemas jurídicos diferentes.*”²⁸⁷ Dito de outra forma: os regulamentos institucionais tendem a omitir-se sobre detalhes procedimentais para agradarem o maior número possível de clientes.

Mesmo no caso de instituições com uma pluralidade de regulamentos,²⁸⁸ a verdade é que os regulamentos, por mais atualizados que estejam, e por mais experientes os seus redatores, ainda padecerão da falha apontada acima para as convenções arbitrais – impossibilidade de antever o futuro da tecnologia e as peculiaridades de cada caso.

Note-se, que sempre que houver margem para interpretação na regra das partes ou das instituições, tal exegese incumbirá (salvo manifestação unânime das partes) aos árbitros.²⁸⁹

²⁸⁶ Idem, p. 12

²⁸⁷ Idem, p. 13

²⁸⁸ Aqui o melhor exemplo é do ICDR que possui uma pluralidade de regras para diferentes tipos de situações. A famosa câmara do AAA exibe, por exemplo, regulamentos distintos para: [i] Arbitragem Trabalhista e Empregatícia; [ii] Arbitragem Internacional; [iii] Disputas envolvendo Projetos de Construção (inclusive casos complexos e de grande porte); [iv] Arbitragem comercial (inclusive casos complexos e de grande porte); [v] Arbitragem Não Vinculante; [vi] Arbitragem sobre disputas de domínios eletrônicos; etc. (Vide: http://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules?_afLoop=341437931223642&_afWindowMode=0&_afWindowId=1207rm90c5_213#%40%3F_afWindowId%3D1207rm90c5_213%26_afLoop%3D341437931223642%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D18fxnv3t2g_4 – acessado em 14.06.2013).

²⁸⁹ Vide, por exemplo: Art. 36 do Regulamento de arbitragem do ICDR; Arts. 12.4 e 12.5 do Regulamento da CAMARB; e Art. 63 e 64 do Regulamento da FGV.

Saber, por exemplo, se o uso de *e-mails* corresponde à comunicação de um ato ‘por escrito’ é questão que varia conforme a interpretação dada ao termo ‘por escrito’. Nos EUA, por exemplo, os *e-mails* são tidos como forma escrita para matérias contratuais. Já na Suíça, por outro lado, a legislação exige que manifestações ‘por escrito’ não sejam eletrônicas, o que provavelmente ajuda a influenciar o modo como os árbitros de cada país encaram a questão.²⁹⁰

Como resultado das considerações acima, conclui-se que o mais sensato para os arbitralistas buscando incorporar ferramentas tecnológicas ao procedimento arbitral é perseguir um saudável equilíbrio entre essas fontes, não ignorando o potencial de qualquer uma. Assim, se por um lado é dever dos árbitros – dentro dos parâmetros delegados pelas partes – flexibilizar e adaptar o procedimento para máxima eficácia e eficiência da arbitragem,²⁹¹ por outro lado é de extrema importância que as partes atentem-se à importância das demais fontes, desde a convenção arbitral até os termos de referência. Isto é, as partes devem deixar orientações claras do que desejam em sua arbitragem, escolhendo, criando ou adaptando as regras e deixando aos árbitros escolhidos os parâmetros desejados para atuarem.

Em síntese: para evitar surpresas, nada melhor do que regras claras desde o início.

Firmada a lição acima, insta esclarecer quais são os recursos tecnológicos disponíveis e, sobretudo, se é recomendável (tanto do ponto de vista prático como legal) empregar essas ferramentas inovadoras na arbitragem brasileira.

2.- Os Recursos Tecnológicos Disponíveis à Arbitragem:

Os arbitralistas dispostos a integrar a tecnologia à arbitragem se depararão com uma cornucópia de programas, ferramentas e tecnologias prontas (e às vezes elaboradas especificamente) para uso na arbitragem.

Abaixo se apresenta uma sintética descrição das principais tecnologias sem qualquer intuito de exaurir a questão, seja pela infinidade de inovações (lembrando que a cada dia novas pesquisas prometem constantes revoluções no mercado de tecnologia de ponta – vide *infra* 6.),

²⁹⁰ HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 3.

²⁹¹ Nas palavras de C. A. CARMONA: “A falta de dispositivos específicos no regulamento escolhido (arbitragem administrada) ou no procedimento construído pelas partes não pode impedir os árbitros de permeá-lo dos atos que julguem necessários para seu adequado funcionamento, pois todo procedimento é voltado – instrumentalmente – a servir à atividade dos julgadores de decidir o caso concreto [...] não podendo os árbitros padecer de verdadeira artrose processual.” (Flexibilização do procedimento arbitral. cit. *supra* nº 275, pp. 16-17 e 14)

seja para evitar que esta discussão de cunho eminentemente jurídico assuma feições de um manual ou *brochure* de ‘gadgets’ e produtos eletrônicos. Almeja-se simplesmente familiarizar o leitor mais conservador com o funcionamento de cada item para, no tópico seguinte, analisar a viabilidade legal e prática de implementar tais ferramentas em uma arbitragem.

2.1. – *Programas e Sítios Eletrônicos de Gerenciamento de Casos*

A primeira ferramenta que merece análise são os *softwares* elaborados para facilitar ou permitir a arbitragem informatizada ou virtual. Estes programas podem variar de complexidade e podem ou não ser disponibilizados *online* na forma de um sítio eletrônico interativo, mas o objetivo permanece auxiliar a arbitragem.

Os serviços oferecidos pelos programas variam. Alguns buscam concentrar em si não só todas as ferramentas tecnológicas necessárias para conduzir uma arbitragem virtual, como possivelmente a aparelhagem jurídica e administrativa para atuarem como verdadeira câmara arbitral virtual.

Assim, conquanto abaixo se dedique espaço reservado para análise de outras tantas ferramentas como o correio eletrônico, videoconferência, salas de ‘bate-papo’, etc. a verdade é que não é inusitado determinados programas ou *websites* visarem aglutinar tudo isso para evitar a dispersão de recursos e centralizar tudo em um só fornecedor.

Uma das importantes funções destes *softwares*, aliás, reside na capacidade de monitorar e gerenciar casos, facilitando o acompanhamento dos mesmos (com uma espécie de poderosa agenda eletrônica). Por conta disso, T. SCHULTZ acredita que tais sistemas de organização são indicados principalmente para o cuidado com inúmeros pequenos casos.²⁹² Esta visão merece um contraponto: não são necessariamente apenas os pequenos casos que são numerosos. Imagine-se, por exemplo, instituições arbitrais, árbitros de dedicação exclusiva (e bem sucedida) à profissão, grupos focados em arbitragem em grandes escritórios ou escritórios *boutique* lidando somente com esta matéria. É razoável supor que estas categorias profissionais possam lidar com muitos casos, mesmo que de grande porte, justificando o

²⁹² SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006, p. 14

emprego de sistemas informatizados para facilitar o processamento e acompanhamento de casos.²⁹³

Para melhor ilustrar a variedade de serviços possíveis, exemplifica-se através de um caso fictício (e idealizado):

A e **B**, duas empresas, celebram contrato por e-mail com assinatura digital onde consta cláusula compromissória inspirada em todo o exposto ao longo deste trabalho. A cláusula compromissória eletrônica prevê como competente para cuidar de uma arbitragem a instituição *Arbitri.com*.

Nascida a controvérsia entre as partes sem solução auto-compositiva, **A** acessa o *Arbitri.com* preenche um cadastro eletrônico informando seus dados, os dados de **B**, natureza da controvérsia, cópia digital da cláusula compromissória, cópia digital da sua petição resumindo os contornos gerais da controvérsia e outras informações que ajudam a delinear a causa. Um *login* e senha são gerados para **A**, dando acesso a todas as informações que **A** deveria ter acesso num local seguro, recebendo **A** em seu *e-mail* e celular cadastrados notificações quando houver novidades. O sistema gera um boleto para pagamento que **A** paga via *PayPal* representando o custo fixo do centro para administrar a arbitragem (que imagina-se ser comparativamente baixo pelo *software* operar sozinho).

O sistema automaticamente pede permissão para instalar um programa nas máquinas de **A** que serão usadas para arbitragem. O programa verifica se as máquinas tem o devido *hardware* para performance adequada dos programas e ferramentas, checando desde a velocidade média da internet até a presença e funcionamento de áudio e microfones. Detectando performance insatisfatória numa das máquinas, *Arbitri.com* automaticamente comunica o problema a **A** e inclusive remete-o a uma lista de técnicos de informática conveniados filtrados de acordo com o endereço de **A** cadastrado no sistema sugerindo a contratação de técnico seguro. Se **A** decidir usar um técnico não conveniado, *Arbitri.com* exige um cadastramento e assinatura de *Non-disclosure agreement* pelo técnico.

Adicionalmente, *Arbitri.com* questiona se **A** possui equipe jurídica para assessorá-lo. Na negativa, o sistema remete **A** a uma lista de advogados cadastrados e filtrados de acordo com especialidade, custos de honorários, área de atuação e outros filtros que **A** pode aplicar na

²⁹³ Apoiando tal tese: ALFORD, R. P.. The virtual world and the arbitration world. Cit. *supra* nº 27, p. 453

hora. O sistema também guarda um *link* com as importantes associações e ordens de advogados.

A também aproveita e acessa a lista *online* de árbitros, já filtrada de acordo com a natureza da controvérsia e grau de disponibilidade para os próximos meses, e seleciona três candidatos, colocando-os em ordem de preferência. O sistema automaticamente encaminha para os árbitros *e-mails* informando sobre a controvérsia. O segundo da lista, Dr. **I**, aceita e automaticamente recebe um *login* e senha, tendo acesso aos materiais para começar a estudar o caso. Cuidando de vários casos e receoso de esquecer a senha, Dr. **I** também aproveita para cadastrar sua impressão digital no sistema, aproveitando que seu *laptop* tem um leitor de digitais.

Neste momento **B** é notificado da existência da ação arbitral por meio de *e-mail* no endereço eletrônico constante do contrato eletrônico, enviando-se a notificação por três vezes de endereços eletrônicos distintos e com *software* programado para confirmar recebimento e abertura.

B então acessa o sistema *online*, que, após a confirmação dos seus dados, gera uma senha e *login*. *Arbitri.com* similarmente checa a capacidade técnica e jurídica de **B**. Assegurada a sofisticação técnica e jurídica, toda vez que **B** entrar no sistema um aviso piscante indicará o prazo que ainda resta para envio eletrônico da resposta e no futuro de sua contestação. O sistema então apresenta a lista de árbitros. **B** tenta selecionar um, mais o sistema exibe um alerta, pois cruzando os dados, percebe que o sobrenome do árbitro coincide com o do sócio majoritário de **B** e os dois apresentam mais de 10.000 *hits* numa busca pela internet. **B** então preenche certos critérios (como nacionalidade e formação acadêmica) seleciona a opção “aleatório” e o sistema, cruzando informações da natureza da causa com as preferências preenchidas encontra dois candidatos aceitáveis. **B** os aprova e o *e-mail* é enviado com a primeira opção logo aceitando a indicação.

Os árbitros **I** e **2**, em conjunto, passam a procurar um presidente. Insatisfeito com a lista do *Arbitri.com*, convidam o professor **3**, que aceita e logo faz o cadastro no sistema, submetendo-se a todas as verificações tecnológicas.

Em sala de bate-papo (vide *infra* 2.3.) disponibilizada pelo *Arbitri.com* aos árbitros que têm acesso com suas senhas de árbitros, o presidente marca num ponto os itens da pauta para discutirem e passam a conversar (ou digitar) ticando cada tarefa conforme atinjam consenso.

Terminadas as apresentações e decididas questões preliminares, o sistema guarda um registro destas discussões como “Discussão *ad hoc* do painel [Data]” que ficará acessível ao painel até o fim.

Concluído, os árbitros então convidam as partes a participarem de uma reunião por sala de bate-papo e indicam ao sistema as datas que lhes convêm. O *Arbitri.com* automaticamente encaminha às partes notificação do desejo de se reunir virtualmente, síntese da pauta (neste caso a lavratura da Ata de Missão) dos árbitros e indica as datas pré-selecionadas. As partes então indicam que datas preferem e o sistema cruza as preferências dos árbitros e de cada parte para achar a primeira data disponível, comunicando a todos automaticamente o ponto de convergência.

Na referida data, todos acessam a sala de bate-papo. Os árbitros carregam numa tela paralela à minuta da primeira reunião. Em uma segunda tela colocam a minuta de Ata de Missão, que é visível em tempo real a todos. As discussões progridem em uma tela e seus resultados vão sendo registrados simultaneamente na Ata de Missão. Ao final, todos assinam digitalmente a minuta aprovada.

A partir deste momento, as horas debitadas pelos árbitros começam a ser registradas pelo sistema toda vez que os mesmos entram no sítio eletrônico do *Arbitri.com* (que inclusive disponibiliza todo o pacote *Microsoft Office* para lá poderem trabalhar em segurança no caso). O valor das horas é sempre somado e calculado em tempo real e visível a todos num canto da tela com um aviso: “A falta de conciliação das partes vai custar à parte perdedora, honorários arbitrais de \$Y até o presente momento”.

Na Ata ficou autorizada a apresentação de réplica e tréplica seguido de audiências instrutórias. Consequentemente, quando qualquer parte acessar o sistema *Arbitri.com* o sítio eletrônico informa automaticamente o próximo passo (apresentação de inicial, contestação, réplica, tréplica, etc.) e o prazo concedido (faltam x dias). Inclusive, o sistema, a pedido de **A**, notifica o advogado de **A** cinco dias antes do prazo fatal e posta um segundo lembrete 24 horas antes do termo final. Assim que **A** submete eletronicamente sua exordial, todos tem acesso à mesma (que fica registrada no sistema) e começa a contar o prazo para a contestação de **B**.

Terminada esta fase inicial, é marcada pela agenda eletrônica datas aceitáveis para as audiências de instrução. O painel decide primeiro escutar o depoimento dos representantes legais das partes e depois as testemunhas. Tudo é feito na data selecionada por

videoconferência (vide *infra* 2.1.), fornecida pelo próprio *Arbitri.com* que automaticamente registra em vídeo tudo o que é dito e, ainda, nos depoimentos, um sistema de reconhecimento de voz (treinado para várias línguas) simultaneamente identifica as palavras e transcreve-as na forma escrita na tela de todos no idioma selecionado, permitindo a qualquer um dos envolvidos procurar em tempo real trechos ditos anteriormente e citá-los. Conforme as partes mencionam documentos já submetidos ao sistema (desde que identificados pelo número atribuído pelo *Arbitri.com*), o sistema oferece apresentar o documento referido numa segunda tela, podendo os árbitros e partes visualizar a videoconferência de um lado (com legendas aparecendo) e os documentos referidos do outro lado. Na hora de contraditar uma das testemunhas, uma das partes realiza rápida pesquisa no *LinkedIn* e expõe os resultados para todos verem a relação de emprego ocultada pela outra parte, ficando a página do *LinkedIn* salva na transcrição automática. Alguns dos depoimentos incluem vídeos, gravações de áudio, apresentações de *Power Point*, tudo visível instantaneamente às partes.

Após os depoimentos (com direito a *cross-examination*) por videoconferência (que tomaram dois dias) os árbitros acolhem pedido para uma perícia técnica que é realizada por um programa de computador (vide *infra* 2.6.) e complementado por depoimentos em videoconferência de assistentes das partes.

Concluída a instrução, *Arbitri.com* já notifica a todos e mantém registro do prazo correndo para apresentação de memoriais finais. Enquanto as partes estão escrevendo seus memoriais, são surpreendidas por *e-mail* do painel, comunicando os pontos que julgam de maior relevância e garantindo uma pequena extensão no prazo para levar isto em conta. O acréscimo de prazo é computado pelo sistema que passa a reprogramar seus lembretes e avisos.

Submetidos os memoriais, começa a correr o prazo para os árbitros proferirem a sentença arbitral. Os árbitros decidem deliberar por videoconferência que é disponibilizada a eles pelo *Arbitri.com* e não às partes. Na própria videoconferência, *Arbitri.com* possibilita em tela separada espaço para minuta da sentença. Depois de algumas sessões esta é confeccionada dentro do prazo, assinada digitalmente pelos árbitros e automaticamente enviada às partes por correio eletrônico, com aviso da possibilidade de pedidos de esclarecimentos (com prazo correndo no sistema) a conta total calculada pelo sistema para a parte perdedora, e um questionamento inquirindo se as partes desejam receber vias adicionais da sentença arbitral

eletrônica em forma cartácea. À parte vencedora, é também fornecido um *link* com o sítio eletrônico do tribunal de justiça onde a parte derrotada tem sede e oferecida uma lista de advogados que se registraram no *Arbitri.com* como especialistas de homologação de sentença arbitral naquela corte.

A parte vencedora indica querer duas vias adicionais. Automaticamente é avisado ao professor 3 a necessidade de três vias físicas por *e-mail*. O professor 3, então começando a gozar de suas férias, recebe o *e-mail* em seu *smartphone*. Ele vai à sala de conferência do hotel, acesso o *Arbitri.com*, imprime três vias (sendo uma para o arquivo central do *Arbitri.com* em complemento ao arquivo digital de todos os documentos eletrônicos que perdurará por 10 anos sendo acessível durante todo este tempo aos envolvidos) assina e rubrica conforme necessário, e manda por serviço expresso para o árbitro 2, registrando no sistema o número de rastreamento do envelope que é automaticamente comunicado ao árbitro 2. Feito isto, o professor 3 então faz o *logoff* do sistema e volta à praia para aproveitar um pouco de sol...

O exemplo acima é, infelizmente, um exemplo fictício na medida em que não se tem notícia de qualquer programa ou sítio eletrônico neste estágio de evolução e agregando todas essas tecnologias, inclusive por serem algumas recentíssimas. Entretanto, sabe-se de várias empresas que disponibilizam alguns desses tipos de serviços, focados no mercado jurídico.²⁹⁴ Estima-se que no futuro, muitos serão os exemplos de casos como o narrado acima – não há qualquer barreira tecnológica que impeça a conjunção dessas tecnologias existentes.

2.2. – A Videoconferência

Assim como a teleconferência, a videoconferência permite que duas ou mais pessoas dialoguem simultaneamente independentemente da distância que os separa. Ao contrário da teleconferência, todavia, a videoconferência acrescenta imagem na forma de vídeo para pelo

²⁹⁴ Vide, por exemplo, os seguintes sítios eletrônicos de empresas do ramo: http://www.americanbar.org/groups/departments_offices/legal_technology_resources.html; <http://www.guidancesoftware.com/casecentral-welcome/>; <http://www.legalfiles.com/>; <http://www.elite.com/prolaw/>; e <http://www.catalystsecure.com/> - todos acessados em 05/06/2013. Algumas das principais instituições já possuem, inclusive, tais sistemas integrados, como ocorre no caso do AAA (<https://apps.adr.org/webfile/>) e da CCI (https://www.iccnetscase.org/Netcase/pdf/Pamphlet_En.pdf).

menos um dos usuários, permitindo aos outros visualizarem e escutarem ao mesmo tempo o interlocutor. Apesar de tecnicamente ser correto afirmar que uma videoconferência pode ocorrer sem som (apenas o vídeo), na prática é comum a integração de ambos.

A videoconferência exige equipamento capaz de gravar e transmitir imagens (e som). O meio mais comum de transmitir a imagem é por meio da internet, mas nada impede o uso de outras formas como uma intranet ou por satélite. Consequentemente, tanto um computador com *webcam* como um *smartphone* com câmera integrada são suficientes para uma videoconferência elementar. O número de participantes, a distância que os separa, a qualidade da internet, do programa de videoconferência, da imagem e do som, a adequação do equipamento usado... todos esses fatores podem influenciar o resultado útil da videoconferência.

É importante enfatizar que a videoconferência pode ocorrer com múltiplos participantes, sendo comum, em tais casos, a divisão da tela para exibir as diferentes pessoas participando da videoconferência.

Na arbitragem, este recurso é visto como forma de permitir a comunicação distanciada. É, portanto, útil para reuniões, depoimentos, oitivas, etc. Aliás, sabe-se que o uso de videoconferências para oitiva de testemunhas, por exemplo, tem ocorrido com boa frequência nas grandes arbitragens internacionais.²⁹⁵

2.3. – Digitalização, Transferência de Arquivos e Comunicação Eletrônica

Já amplamente utilizado em inúmeras outras áreas além da arbitragem informatizada, a troca de documentos eletrônicos revolucionou a forma como as pessoas se comunicam, enviando mensagens eletrônicas com arquivos que vão desde imensos documentos até vídeos e músicas para número quase ilimitado de destinatários ao mesmo tempo.

O documento eletrônico em si é objeto de estudo específico e aprofundado no capítulo V *infra*, mas vale ressaltar aqui que a troca de documentos eletrônicos pode ser útil não só para economizar espaço e facilitar o manuseio dos documentos (com a possibilidade de modificar, filtrar, buscar por palavras), mas também para o uso de comunicações rápidas independentemente de distâncias. Desta forma, os documentos eletrônicos podem ser

²⁹⁵ HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 3.

empregados na arbitragem eletrônica em uma multiplicidade de funções: registro de deliberações, fonte de prova, meio de notificação, etc.

2.4. – Salas e Fóruns de ‘bate-papo’

Mais simples do que a vídeo ou teleconferência, o uso de salas ou fóruns de bate-papo envolve a troca de mensagens eletrônicas escritas. É mais comum o uso de simples programas que juntam uma pluralidade de usuários e dispõem simultaneamente a mensagem de cada um sinalizando a autoria. É possível, contudo, o uso de um fórum ou *bulletin board* onde as mensagens são inseridas (‘postadas’) de forma sequencial e não simultânea.

Essa ferramenta pode ser utilizada nas mesmas circunstâncias descritas acima para a videoconferência com a vantagem de exigir, tecnicamente muito menos: não há necessidade de microfones, câmeras, etc. Basta uma máquina com teclado, acesso à internet (ou outra forma de comunicação) e um simples programa de interface, ajudando a manter uma arbitragem informatizada enxuta.

2.5. – Apresentações Informatizadas

Fornecido o ambiente adequado, as apresentações das partes, peritos, assistentes técnicos e advogados podem ser bastante enriquecidas com o uso de apoios visuais que melhor expõem a explicação sendo dada aos árbitros. Afinal, às vezes uma imagem vale por mil palavras. Consequentemente, da mesma forma como em palestras e aulas às vezes se faz uso de *slides*, tabelas, gráficos, simulações, vídeos, etc., também na arbitragem informatizada é possível o aproveitamento dessas táticas (quase midiáticas) para tentar explicar e convencer os árbitros de determinado ponto.

Note-se que esta ferramenta pode ir desde a simples projeção de imagens com uso de retroprojetor, até a exibição de todos esses recursos *online* no caso de uma arbitragem virtual.

Tão comum é a utilização destes recursos que não são apenas as câmaras arbitrais que estão reformando suas dependências para acomodar exigências das partes. As cortes estatais

de países mais desenvolvidos, como, por exemplo, a Austrália, já disponibilizam para todos os advogados as salas devidamente equipadas para demonstrações mais sofisticadas.²⁹⁶

2.6. – Programas para Pesquisa, Elaboração de Peças, Etc.

Muitos são os programas que os juristas podem aproveitar para seus trabalhos dentro da arbitragem e nos demais campos do direito.

É raro pensar na elaboração de qualquer documento hodiernamente que seja feito à mão com papel e caneta. Com a popularização do computador, textos, gráficos e *slides* passaram a ser instantaneamente associados com *softwares* como o *Microsoft Word*, *Excel* e *PowerPoint*, respectivamente. Não é só: vídeos e fotos hoje também contam com o apoio de programas de edição e formatação.

Consequentemente, se há um elemento da informática que definitivamente já se faz presente na arbitragem e no direito são os computadores usados como ferramenta de trabalho na elaboração de peças e arquivos.

Hoje em dia, porém, o computador é mais do que simples papel e caneta. Existem programas e sítios eletrônicos que transformam o computador em dicionário, tesouro, tradutor, atlas, fichário, pesquisador, *vade mecum* legal, etc.

Merece destaque, aliás, a função do computador como facilitador de pesquisa jurídica. Sítios eletrônicos como o *HeinOnline*, *Lexis Nexis*, *Westlaw*, *RT Online* e, na arbitragem, *Kluwer*,²⁹⁷ permitem ao jurista rastrear rapidamente leis, doutrina e jurisprudência para suas pesquisas com a ajuda de palavras-chave e filtros de pesquisa.

2.7. – Uso do Computador para Perícias

Trata-se do emprego de sofisticados programas de computador para atuar como espécie de peritos. As partes submeteriam ao computador dados relevantes (ex. fotos de carros

²⁹⁶ WALKER, J.; e WATSON, G. D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. In: *Hastings International and Comparative Law Review*. Vol. 31. N. 1. inverno de 2008, p. 273

²⁹⁷ Respectivamente, acessíveis em: <http://home.heinonline.org/>; <http://www.lexisnexis.com/en-us/home.page>; http://web2.westlaw.com/signon/default.wl?vr=2.0&fn=_top&rs=WLW13.04&bhcp=1; <http://www.rtonline.com.br/>; e <http://www.kluwarbitration.com/>

após acidente) e este calcularia a resposta para questões desejadas (ex. que carro é culpado pelo abalroamento).

Este tema é tratado com mais profundidade em seu próprio capítulo (vide *infra* Capítulo VI).

3.- Licitude, Eficácia, Eficiência e Conveniência:

Entendidos quais são os principais recursos tecnológicos que podem ser, atualmente, utilizados em uma arbitragem informatizada, cumpre verificar a licitude de trazer essas ferramentas à arbitragem.

Prima facie, não existe qualquer vedação ao uso de novas tecnologias na arbitragem: o procedimento, conforme exposto na introdução *supra* é determinado pelas partes, com ampla autonomia. Assim, conquanto adiante serão estudadas com mais profundidade outras questões que afetam, de forma reflexa a licitude (como a confidencialidade ou a igualdade das partes (respectivamente, *infra* 4. e 5.) como regra geral toda nova tecnologia é admissível na arbitragem, por falta de proibição legal no sentido contrário (*permitted quod non prohibetur*).

A licitude, porém, não é o único fator que merece análise.

Neste mundo moderno onde a posse do último modelo (que em breve será obsoleto) de um *smartphone* é frequentemente confundida com sinônimo de pessoas integradas com a tecnologia de forma eficiente, existe a tentação de sempre tentar tirar proveito de todas as maravilhas tecnológicas que estão sendo disponibilizadas para tentar manter-se no estado da arte da modernidade.

Como bem alerta T. SCHULTZ, porém, a tecnologia não deve ser no procedimento arbitral um fim em si mesmo – a tecnologia interessa ao procedimento arbitral enquanto fornecer ganhos que seriam inacessíveis ou de difícil obtenção sem o uso destas novidades. Ou seja, a informatização será vantajosa para a arbitragem na medida em que conseguir conferir à mesma mais eficácia, eficiência e opções mais convenientes. Isto é, a tecnologia deve, obrigatoriamente, tornar o resultado mais certo, mais barato, mais rápido, mais fácil ou mais prático para justificar seu uso.²⁹⁸

²⁹⁸ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* n° 292, pp. 12 e 21

“In a number of circumstances, none of these three criteria will be met. Hence, ‘e-everything’, understood as resorting to as much technology as possible regardless of whether it is actually sensible or not, must strictly be avoided.

It must also be remembered that increased technological complexity on the end user requires exponentially increased time for familiarization with the technology and its integration into one’s work habits. As was just said, the price paid when decreasing user-friendliness in exchange for enhanced technological capabilities (i.e. additional features) should not be underestimated.”²⁹⁹

Dito de outra forma: é fundamental que se analise as tecnologias levantadas acima sob um novo prisma: da eficiência, eficácia e conveniência para analisar se o uso destas tecnologias compensa.

3.1. – Programas e Sítios Eletrônicos de Gerenciamento de Casos

Como exposto *supra* (2.1.), existem programas e sítios eletrônicos dedicados a facilitar a organização e acompanhamento de casos arbitrais por meio da tecnologia. O uso dessa ferramenta traz consigo vantagens e desvantagens que serão analisadas abaixo.

A vantagem mais visível deste recurso consiste na simplificação da informatização da arbitragem, oferecendo aos juristas (nem sempre afeitos à compreensão de novidades tecnológicas) um pacote pronto com todas as tecnologias. O jurista compra a tecnologia daqueles que estão acostumados em lidar com ela. Cumpre enfatizar que o uso de um *software* comercializado pode não só significar mais facilidade, mas também maior segurança. Em geral esses sistemas possuem as ferramentas necessárias (como *firewalls*, criptografia, senhas e áreas restritas) para um ambiente seguro, ao contrário de outros sistemas não projetados tendo a arbitragem ou processo judicial em mente.

Ademais, esses programas e *websites* podem permitir às partes mais liberdade e ferramentas mais poderosas. É comum, por exemplo, que os sítios eletrônicos desta natureza

²⁹⁹ Idem, p. 22

ajudem o compartilhamento de documentos eletrônicos maiores, na medida em que aceitam arquivos cujo tamanho desafiaria os limites normais de uso do correio eletrônico.³⁰⁰

L. BIUKOVIC lista dentre as vantagens, outrossim, que o custo de instituições *online* tendem a ser mais baratos que as instituições tradicionais.³⁰¹ Esta afirmação, contudo, merece ser analisada *cum grano salis*.

É provável que com o tempo o custo de *design* do programa ou sítio eletrônico seja compensado pela facilidade de reaproveitamento desta ferramenta. Em outras palavras, um programa, uma vez escrito, pode ser usado simultaneamente e inúmeras vezes com custos que aumentam relativamente pouco em comparação ao número de usuários. Se uma instituição arbitral precisa, por um lado, comprar um novo edifício se tiver maior demanda por salas de audiência e arquivos, um fornecedor de programas de gerenciamento, por outro lado, terá apenas que, em determinado momento, expandir o espaço de seu servidor, essencialmente investido em *hardware*. A virtualização do atendimento, portanto, pode resultar em barateamento de custos consideráveis, na medida em que o maior custo estará associado à pesquisa e desenvolvimento do programa e não à sua operação e manutenção que muda pouco com acréscimo de demanda.

Já avisava o velho adágio, todavia, que nem sempre o que é barato representa real economia – é preciso focar, além das custas, na qualidade da instituição. Assim, conquanto os tradicionais centros de arbitragem podem cobrar valores mais altos para administrar uma arbitragem, esses centros operam, em regra, há anos no mercado com uma *expertise* que não necessariamente estará presente nos programas e sítios eletrônicos. Ademais, as instituições arbitrais geralmente funcionam como um ‘*one stop shop*’, ao passo que os centros virtuais ainda apresentam dificuldades de oferecer todos os serviços, geralmente focando em algumas tecnologias. É presumível, contudo, que, no futuro, a tendência seja a aparição de sistemas tão sofisticados quanto aquele usado a título ilustrativo no ponto 2.1. *supra*.

Outra armadilha potencial é a questão de facilidade de manuseio.

No procedimento informatizado estatal, por exemplo, é possível afirmar que existe o princípio da padronização ou interoperabilidade³⁰² (art. 154, § único do Código de Processo

³⁰⁰ Idem, p. 32

³⁰¹ BIUKOVIC, L.. International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. Cit. *supra* n° 23, p. 339

Civil³⁰³). Referido princípio preconiza que os sistemas informatizados devem ser homogêneos e capazes de comunicar-se entre si para facilitar a litigância entre as diferentes competências.

Aqueles acostumados a operar os diferentes tribunais de justiça do país sabem, entretanto, que ainda falta muito para alcançar um sistema informatizado homogêneo no Brasil. Algumas instâncias usam processo digital, outras não. Cada tribunal, aliás, possui seu próprio sítio eletrônico, organizado da forma que acha mais conveniente. O resultado final é que o jurista, ao operar em tribunais diferentes, gasta tempo (e paciência) para tentar aprender a manusear o sistema eletrônico de cada tribunal.³⁰⁴

A heterogeneidade descrita acima ocorre apesar de comando legal em sentido contrário e existência de órgão (o Conselho Nacional de Justiça) esforçando-se para evitar esta situação. O que esperar então da arbitragem onde existem centenas de câmaras e instituições, com raízes e origens muitas vezes internacionais e cosmopolitas e onde não há qualquer incentivo para o alinhamento? Pelo contrário: as instituições competem por demandas e é interessante que se distingam uma das outras. O resultado previsível é que, enquanto não houver uma grande consolidação do mercado (e é discutível se tal consolidação em pequeno número de *players* é desejável...), o arbitralista se deparará com uma série de diferentes sistemas operacionais clamando por sua atenção. Portanto, é essencial que esses *softwares* mirem como um dos seus objetivos principais a facilidade de manuseio (i.é. ser *user friendly*), inclusive, disponibilizando atendimento ou tutoriais para auxiliar o arbitralista sem experiência prévia com aquele programa.

Outro tópico digno de reflexão nesta seara diz respeito à imparcialidade dos sítios e programas eletrônicos. Afirmou-se antes que assim como as câmaras competem por demandas (essencialmente seus clientes) os desenvolvedores desses *softwares* também precisam atrair causas arbitrais. Será que isso pode afetar a imparcialidade do fornecedor de tecnologia? Imagine-se o caso de um sítio eletrônico receber a proposta de estar incluído em todos os contratos eletrônicos de alguma gigante do comércio *online* (ex. a *Amazon.com*). É tão difícil de imaginar que os desenvolvedores do *website* tomarão cuidado para não desagradar seu

³⁰² PIMENTEL, A. F.. Los antecedentes históricos y los principios de los sistemas de processo eletrônico brasileiro y español. Cit. *supra* nº 276, p. 157

³⁰³ Art. 154, § único: Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

³⁰⁴ ZAGALLO, J. G. C.. Processo judicial eletrônico: uma transição difícil para a advocacia. In: *Revista do Advogado*. Ano XXXIII, nº 120, São Paulo: AASP, agosto de 2013, p. 35

grande cliente? Alguns argumentariam que o programa pouco influencia a questão, pois o poder de decisão da causa, em última instância, é dos árbitros, cuja imparcialidade é submetida a escrutínio. Inobstante esta afirmação, a instituição pode influenciar o resultado, facilitando o procedimento para uma parte (ex. treinando a equipe do grande cliente) ou até mantendo lista de árbitros cujas opiniões profissionais sabe refletir mais a posição do cliente favorito do que dos seus oponentes (ex. selecionar árbitros que não concordam com a visão de um consumidor hipossuficiente).

Essa é uma preocupação séria que não pode ser ignorada. O melhor jeito de combater este problema, acredita-se, reside na publicação de dados e informações. A arbitragem é comumente sigilosa, mas isto não impede o instituto de divulgar, por exemplo, quais clientes representam acima de 10% de seus casos e, de preferência, caso especializada em um nicho (como disputas entre fornecedores e consumidores) publicar uma estatística (sem citar especificidades) mostrando a proporção de casos em que o um tipo de ação é exitosa ou não (ex. qual a porcentagem de casos em que o fornecedor vence a arbitragem). O objetivo, claramente, é estabelecer uma reputação no mercado como instituição séria e idônea.

À guisa de conclusão, a despeito das preocupações esboçadas acima, não se pode negar a utilidade do emprego desta ferramenta na arbitragem informatizada. Usada com seriedade e atenção à imparcialidade, os programas e sítios eletrônicos de gerenciamento podem facilitar consideravelmente o manuseio do procedimento arbitral informatizado.

3.2. – A Videoconferência

A videoconferência é bastante usada em jurisdições mais acostumadas com o procedimento informatizado, como ocorre, por exemplo, em Cingapura. Na maioria das jurisdições estatais, no entanto, a videoconferência é ainda uma tarefa pouco utilizada. Na Inglaterra, por exemplo, a técnica tem que ser não só solicitada, como sua eficiência provada.³⁰⁵

Já no ambiente arbitral, existe um aceso debate (que, muito provavelmente, não terá fim tão cedo) sobre até que ponto uma videoconferência representa um válido substituto para

³⁰⁵ WALKER, J.; e WATSON, G. D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. Cit. *supra* nº 296, pp. 274-275

uma reunião pessoal e ‘cara-a-cara’.³⁰⁶ A discussão tem razão de ser, pois a videoconferência, enquanto ferramenta tecnológica, apresenta vantagens e desvantagens em relação à alternativa tradicional da reunião presencial que merecem registro aqui.

A primeira constatação que precisa ser feita a favor da videoconferência é que nos últimos anos, para videoconferências mais simples, é inegável que a tecnologia avançou muito em quase todos os sentidos. O mundo conta hoje, em termos gerais, com computadores mais potentes, baratos e portáteis e estas máquinas hodiernamente se comunicam de forma muito mais eficiente e veloz do que poucos anos atrás. Atualmente, por exemplo, uma videoconferência pode ser rapidamente organizada bastando elementos tão acessíveis quanto dois *smartphones*, acesso à uma rede sem fio (hoje encontrada até em lojas, restaurantes e outros espaços públicos) e a instalação de *softwares* gratuitos como o *Skype*. Enfatize-se, ademais, que constantes como a Lei de Moore continuam válidas, isto é, a tendência é a informática melhorar mais e mais a cada dia.

Não obstante o exposto acima, cumpre reconhecer que a tecnologia ainda está longe da perfeição. Se a imagem e som têm melhorado de um lado, de outro lado ainda existem restrições de *hardware* e, especialmente, velocidade de internet (mormente num país atrasado como o Brasil onde a velocidade da internet é listada como uma das piores em todo o mundo e nem sempre se encontra facilmente disponível).³⁰⁷ E mesmo que a velocidade de internet não seja o problema, existe o risco, em certos países, de um controle ou censura da internet pelo governo local (como ocorre, por exemplo, na China) levantando questões de confidencialidade e liberdade dos debates. Enfim, ainda é comum que as videoconferências apresentem problemas graves como atrasos (ou perda completa) da imagem, dificuldades das partes se ouvirem, etc. Lembre-se, adicionalmente, que a videoconferência fica à mercê da tecnologia e

³⁰⁶ A favor, por exemplo: HALOUSH, H. A.; e MALKAWI, B. H. Internet characteristics and online alternative dispute resolution. Cit. *supra* nº 36, p. 332. Contra: ALFORD, R. P.. The virtual world and the arbitration world. Cit. *supra* nº 27, pp. 450-451; e SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 13.

³⁰⁷ A empresa especializada em testes de internet OOKLA, por exemplo, colocou o Brasil em meados de 2013 no 76ª posição em seu ranking global, abaixo de países como a Namíbia e o Quirguistão como uma velocidade média de internet de 7,36 Mbps (fonte: <http://www.netindex.com/download/allcountries/> - acessado em: 03.07.2013). Já a empresa Akamai, do mesmo ramo, é ainda mais pessimista, inserindo o Brasil abaixo da 150ª posição com uma velocidade média nacional de apenas 2,33 Mbps (fonte: <http://www.akamai.com/stateoftheinternet/> - acessado em: 03.07.2013).

Vide também: ZAGALLO, José Guilherme Carvalho. Processo judicial eletrônico: uma transição difícil para a advocacia. Cit. *supra* nº 304, p. 35

conexão de todos, de modo que de nada adianta um advogado ter uma conexão perfeita se a do seu oponente for insatisfatória. Neste caso, regerà a relação o elo mais fraco da corrente.

Falhas de sistema podem ser mitigadas, em parte, com a devida precaução. Testar de antemão e usar sistemas profissionais e sérios diminuem os riscos. T. SCHULTZ recomenda, sabiamente, que sempre haja um plano *B*, se necessário na forma de um segundo sistema de videoconferência.³⁰⁸ Neste diapasão, existem sistemas customizados e que podem ser encomendados para garantir qualidade acima da média, usando velocidades excepcionais por cabos particulares ou satélite (o que evita insuficiências locais).³⁰⁹ Com suficiente dinheiro, quase tudo é possível.

É inegável, contudo, que esses sistemas exclusivistas (*Dedicated Videoconferencing*) implicam, quase certamente, contratações de empresas especializadas (devido à exigência de *know-how* para instalar e operar o sistema) o que encarece ainda mais a arbitragem (corroendo sua eficiência) e ainda põe dados sigilosos nas mãos de terceiros, além de ficar à mercê da disponibilidade de equipamentos e técnicos capacitados na região.

Para se falar de custos e eficiência, no entanto, é imperioso ter uma imagem precisa das economias que podem advir da videoconferência. Neste sentido, deve ser reconhecido que a diminuição da necessidade de deslocamentos pode significar enormes ganhos de eficiência na arbitragem além dos previsíveis custos com passagens aéreas ou terrestres. Primeiramente, vale lembrar que a necessidade de deslocamento pode referir-se não só aos árbitros e advogados, mas também às testemunhas, partes, peritos, secretários, etc. Em segundo lugar, não se olvide que a passagem é apenas a ponta do iceberg. O deslocamento pode acarretar custos adicionais de hospedagem, alimentação, aluguel de salas de reunião, etc. Por fim, devem-se computar também as horas economizadas com o deslocamento e o desgaste ocorrido com a viagem e possível fuso horário (potencialmente comprometedor do desempenho e atenção de advogados e árbitros).³¹⁰

Em contrapartida, se todos os árbitros, testemunhas, advogados, etc. estão na mesma cidade e já estão usando uma instituição de arbitragem que fornece salas de reunião, a videoconferência torna-se desnecessária. Obviamente, esta afirmação só se sustenta em

³⁰⁸ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 61

³⁰⁹ Idem, p. 35

³¹⁰ Idem, p. 12

idades que não sejam castigadas por congestionamentos cotidianos e um trânsito imprevisível que tornem o deslocamento de um lado da metrópole para o outro em uma possível epopeia.

Mesmo que se parta do pressuposto de uma videoconferência sem qualquer problema técnico, existem certos quesitos em que a videoconferência, de fato, deixa a desejar em comparação com a audiência ou reunião presencial.

Talvez o maior problema seja o que J. S. WOLFE chama de “sensação de irrealidade”.³¹¹

Conversar por meio de uma tela estimula apenas dois dos sentidos – a visão e a audição – e de forma imperfeita. Falta na videoconferência a profundidade das três dimensões, cores naturais, resolução perfeita, etc. Coisas que inconscientemente procuramos – como o correspondente ao olho-no-olho (ou ‘*eye contact*’) – estão ausentes, na medida em que existe só a câmera e a tela. A realização de videoconferência em ambientes distintos também fomenta as distrações e pequenas desigualdades. Imagine-se o caso do infeliz árbitro que decidiu experimentar fazer a videoconferência de seu computador de casa. Este pode ter que lidar com o barulho dos vizinhos, a interrupção da criança que aproveita a presença do pai em casa, o cachorro que vem pedir um carinho, etc. Nem se imagine que o isolamento numa sala de reunião reservada seja garantia de concentração absoluta. O computador, além da videoconferência carrega a caixa de entrada de *e-mails*, as infinitas possibilidades da internet, aquela minuta de petição ou contrato que precisava ser revisada até o fim da tarde, e outras tantas tentações ao usuário que sabe que seu interlocutor virtual dificilmente notará a diferença entre concentrar-se na sua exposição ou simultaneamente ler aquela mensagem que acabou de chegar na caixa de entrada...

Aliás, a faculdade de simultaneamente dividir a tela do computador pode revelar-se uma faca de dois gumes à videoconferência. Por um lado, é possível fazer uma videoconferência com mais de dois participantes na medida em que se divide a tela do computador para que cada usuário tenha a visão de sua câmera exposta simultaneamente. Por outro lado, esta tática, só funciona para um número limitado de participantes, pois mais de quatro vídeos correndo simultaneamente complicam a visualização na tela não só pelo tamanho reduzido da imagem, mas também pela dificuldade de acompanhar uma pluralidade

³¹¹ WOLFE, J. S.. Across the ripple of time: the future of alternative (or, is it appropriate) dispute resolution. In: *Tulsa Law Journal*. Vol. 36, nº 4, Tulsa: University of Tulsa, verão de 2001, p. 801

de visualizações ao mesmo tempo. Na arbitragem, onde existem obrigatoriamente duas partes e no mínimo um árbitro tem-se como mínimo três divisões na tela. Entretanto, como é bastante comum a presença de um painel arbitral tríplice e inclusive a oitiva de testemunhas e representantes das partes, a multiplicação de divisões na tela pode atingir facilmente proporções pouco ideais.

Outra limitação técnica aparentemente incontornável é que os usuários ficam à mercê do campo de visão da câmera utilizada (a *webcam*), ao contrário de uma situação presencial onde se pode facilmente enxergar toda a sala. A preocupação com o campo de visão limitado é que testemunhas e peritos possam ser influenciados (com um *teleprompter* ou tática semelhante) pela parte interessada.

T. SCHULTZ faz pouco caso dessa questão, sopesando que, em última instância há várias soluções possíveis para controlar o ambiente além do escopo de visão inicial da câmera: [i] *Webcams* mais sofisticadas podem girar, enfocar, rodar, etc. e esses movimentos podem ser controlados pelo tribunal arbitral; [ii] Duas *webcams* para cobrir todo o ângulo de visão (se bem que um espelho no fundo, como acontece nos elevadores, parece ser uma solução mais simples e barata); ou [iii] Envio de um representante do tribunal (e talvez também das partes) para acompanhar a videoconferência.³¹²

A eficiência dessas opções é questionável. Ficar girando periodicamente a *webcam* em busca da influência oculta certamente distrairá aqueles que estão tentando absorver o conteúdo do que está sendo dito. O uso de múltiplas *webcams* e, especialmente, o envio de um representante encarecem consideravelmente uma ferramenta que tem por vantagem principal economizar custos desnecessários como de deslocamento de pessoas. Se a preocupação é de testemunhas e peritos serem influenciados, vale sopesar que uma audiência com a presença física também não inibe por completo a manipulação de testemunhas e peritos, sendo até comum imaginar que as mesmas sejam treinadas, inclusive memorizando respostas e discursos.³¹³ Consequentemente, é essencial que a preocupação não alcance dimensões desproporcionais.

³¹² SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 62. No mesmo sentido: MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 4.2.

³¹³ Neste sentido: MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 4.2.

Se a visão e audição não correspondem fielmente à realidade, o que dizer dos outros sentidos secundários, como o olfato e tato, que estão completamente ausentes? Pode parecer que essas questões secundárias não guardam importância (afinal, a evolução do ser humano relegou tais sentidos a posição secundária, contrariamente ao que se enxerga em outros animais como cachorros e toupeiras, que, privilegiam muito mais o olfato e tato, por exemplo), mas, medite-se no exemplo do aperto de mão: às vezes um aperto de mão pode causar uma impressão entre aqueles que dividem o aperto de mão que horas de conversa não trariam.

O ambiente virtual, igualmente, torna inexecutáveis certas táticas presenciais, como trazer um grande time de advogados para tentar impressionar ou intimidar o oponente, colocar as partes para sentar-se em volta de uma mesa redonda para fomentar a conciliação, apertar o ombro do cliente nervoso para acalmá-lo, fingir desinteresse na fala do adversário simulando o sono, etc. São estratégias que, independentemente da sua comprovada eficiência, não podem ser acessadas na videoconferência.

Similarmente, o ambiente virtual elimina conversas informais entre as reuniões (a famosa pausa para o ‘cafézinho’) que ajudam a aproximar advogados e partes diminuindo a litigiosidade.

Contrariamente, o ambiente virtual traz consigo certas vantagens indisponíveis ou dificultadas no ambiente presencial. Um exemplo é a possibilidade de a videoconferência suportar legendas, exibir simultaneamente imagens e documentos referidos pelos interlocutores sendo possível, a modificação em tempo real desses documentos além da facilidade de rapidamente adicionar ou excluir um terceiro da videoconferência. Ademais, a videoconferência pode facilmente ser registrada por todos facilitando a revisão do que fora lá discutido (porém levantando alertas para a confidencialidade).

Há outros casos em que sequer cabe comparar a videoconferência com o encontro presencial, por ser aquela a única opção viável. Cite-se como exemplo a necessidade de interagir com indivíduos localizados em presídios,³¹⁴ locais remotos e sem disponibilidade para viajar, quarentenas, etc.

Na linha do exposto acima, assiste razão a T. SCHULTZ quando este toma o cuidado de distinguir entre as diferentes reuniões, refletindo que nem toda reunião exige o mesmo grau de

³¹⁴ Como ocorre em Israel e na Austrália (WALKER, J.; e WATSON, G. D. *New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process*. Cit. *supra* nº 296, pp. 273-274) e no Brasil (art. 185, § 2º do CPP com alterações da Lei nº 11.900/09).

atenção.³¹⁵ Não se deve tratar igualmente, por exemplo, audiências para inquirição de testemunhas com reuniões entre árbitros para debater um pequeno ponto procedimental incidental. Talvez na segunda hipótese, a eficiência obtida com a desnecessidade de deslocamento se sobreponha a qualquer possível prejuízo de eficácia.

Similarmente, podem existir restrições de custos e tempo que também justifiquem a primazia da eficiência sobre a eficácia. Arbitragens de pequenas causas, arbitragens expeditas (*fast-track arbitration*) ou até a necessidade de medidas liminares podem justificar uma videoconferência no lugar de um encontro *tête-à-tête*.³¹⁶

Conforme já alertado no início deste debate, não há vencedor incontestável na competição videoconferência X reunião presencial. Ambos possuem vantagens e desvantagens e cabe, em cada caso, sopesar o que se busca. Se é riqueza de detalhes, talvez seja melhor abrir mão da videoconferência. Se é maior economia (de tempo e dinheiro), a videoconferência pode compensar.

Seja como for, em tese a licitude da videoconferência é isenta de questionamentos, pelo controle do procedimento pela vontade das partes. Uma preocupação que pode ser levantada no que tange a licitude, entretanto, é se não existe um direito de uma audiência oral e se a videoconferência não viola este direito. Algumas leis de arbitragem fazem expressa menção a uma ‘audiência oral’³¹⁷. Tudo indica, no entanto, que este direito está longe de ser irrenunciável. As mesmas leis que citam a ‘audiência oral’, também falam da possibilidade de optar por procedimentos escritos. Assim, mesmo no sistema anglo-saxônico não constitui qualquer sacrilégio pensar em uma arbitragem apenas com troca de documentos e manifestações por escrito.³¹⁸ Ademais, não parece que os legisladores quisessem afastar a videoconferência ao usar a expressão ‘audiência oral’.

As diferentes versões da lei modelo da UNCITRAL bem ilustram esta visão. Nas versões de 1985 e 2006, o artigo 24 expressamente falava que, salvo convenção das partes em sentido contrário, os árbitros poderiam decidir entre debates e sustentações orais ou um contraditório por escrito. Nas regras modelo da UNCITRAL de 2010 para instituições

³¹⁵ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* n° 292, p. 13

³¹⁶ Idem, pp. 18-19

³¹⁷ Neste sentido o ZPO alemão (art. 1.047, § 1º); O Código de Processo Belga (art. 1.694); Lei canadense (art. 24, §1º). Similarmente a lei chinesa de arbitragem fala de ‘debates’ e audiências que devem ser posteriormente reduzidos a termo (arts. 47-48).

³¹⁸ Vide, por exemplo, os comentários de O. CACHARD sobre o “*documents-only arbitration*” na Grã-Bretanha (*Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 33)

arbitrais, o legislador internacional foi além e no parágrafo 4º do artigo 28 expressamente dispôs que: “*The arbitral tribunal may direct that witnesses, including expert witnesses, be examined through means of telecommunication that do not require their physical presence at the hearing (such as videoconference).*”

A lei brasileira de arbitragem nada fala sobre a oralidade, não existindo norma cogente neste sentido. É forçoso reconhecer, aliás, que, para o jurista do *civil law*, a ideia de um processo sem audiências orais choca pouco, pois é tradição nesse sistema a manifestação por escrito, sendo as manifestações orais a exceção. Conquanto se fale no processo civil brasileiro (cujo procedimento é muito mais engessado que o arbitral) em um princípio da oralidade, os doutrinadores rapidamente reconhecem que este princípio sofre atenuações no processo pátrio.³¹⁹ Na verdade, a despeito do nome, o princípio da oralidade não se liga tanto à oralidade propriamente dita (no sentido das discussões verbais presenciais) quanto à ideia de um procedimento realizado rapidamente perante um único julgador.³²⁰ Ou seja, a ideia está mais ligada a uma preferência a ser escutado em tempo real do que com a presença física dos participantes da arbitragem. Tal critério seria, conseqüentemente, satisfeito pela videoconferência.³²¹

3.3. – Digitalização, Transferência de Arquivos e Comunicação Eletrônica

O documento eletrônico como fonte de prova é objeto de estudo no capítulo seguinte (*infra* Capítulo V). Neste item, portanto, o espaço é reservado para considerações do

³¹⁹ Humberto, I, p. 27; CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* nº 04, p. 348

³²⁰ Os doutrinadores costumam elencar três pilares deste princípio: [i] a identidade da pessoa física do juiz, com o mesmo julgador atuando no processo do seu começo ao seu término; [ii] concentração de atos, restringindo a poucas audiências marcadas sequencialmente num curto período a instrução e julgamento da causa; e [iii] a irrecorribilidade das decisões interlocutórias para evitar que a marcha seja interrompida por escrutínio de outros julgadores. (CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* nº 04, p. 348; CRETILLA NETO, J.. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 279; e THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27) Como se pode enxergar, não existe uma relação com a presença em carne e ossos dos participantes.

³²¹ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 113. O autor vai inclusive além e sopesa que recursos como salas de bate-papo, por fornecer uma comunicação praticamente instantânea também satisfazem esse requisito de oralidade. Em sentido contrário, não distinguindo entre oralidade e presença física: MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 4.1.

documento eletrônico fora desse papel, especialmente enquanto meio de comunicação e registro de fatos internos da arbitragem.

Começando pelo uso dos documentos como forma de registro, é certo que o formato eletrônico pode conferir maior eficiência na medida em que o armazenamento em meio digital promete acabar com montanhas de pastas e papéis, abaixando custos com arquivos e a organização destes (sem contar o benefício ecológico). Ademais, a reprodução de cópias digitais é praticamente desprovida de gastos e complicações, sendo patente a superioridade da multiplicação de arquivos digitais sobre seus equivalentes cartáceos.

Alguns podem reclamar que preferem (por tradição ou costume) manusear folhas impressas, preferindo rabiscar a caneta nas margens dos papéis do que editar os mesmos no formato digital com o teclado. Insta sopesar, no entanto, que mesmo nesses casos o documento eletrônico é mais vantajoso para registro do que a alternativa cartácea. Isto porque é bastante fácil tornar o documento eletrônico em físico com a impressão do mesmo, acomodando assim Gregos e Troianos, ou seja, aquele que quiser manusear uma versão impressa poderá imprimir o documento eletrônico e trabalhar desta forma enquanto os demais perseguem o formato digital.

Por outro lado, é aconselhável observar os problemas mencionados adiante (vide *infra* V.3.4.) dos documentos eletrônicos que apesar de não removerem por completo a eficiência, eficácia e conveniência deste formato, certamente impõem um cuidado maior para tirar o maior proveito possível dessa nova modalidade.

Já no que tange a comunicação por mensagens eletrônicas, é recomendável destacar este assunto em dois tópicos relacionados: [i] O uso de mensagens eletrônicas com meio de notificação, especialmente a citação;³²² e [ii] O uso de mensagens eletrônicas como meio de se efetivar o contraditório.

Uma das normas limitadoras da autonomia da vontade das partes na arbitragem é o parágrafo segundo do artigo 21 da lei Marco Maciel, que exige que o procedimento respeite, dentre outros princípios o do contraditório. O contraditório é o debate saudável entre os polos antagônicos do processo, devendo haver um diálogo de ataque e defesa para que o julgador tenha contato com todos os argumentos favoráveis e contrários da matéria debatida.

³²² Adiante se verá que este termo não é dos mais apropriados no meio arbitral. No entanto, para enfatizar que se está pensando em todas as comunicações, inclusive a inicial, tomar-se-á a liberdade de usar o termo ‘citação’ neste tópico.

É lógico, porém, que este contraponto necessário só pode existir na medida em que a parte contrária esteja ciente da demanda contra si e seja convidada a se defender em juízo, razão pela qual a citação é um *sine qua non* para o correto desenvolvimento do contraditório e da ampla defesa. Ou, nas eruditas palavras de C. A. CINTRA, C. R. DINAMARCO e A. P. GRINNOVER:

*“O autor (demandante) instaura a relação processual, invocando a tutela jurisdicional, mas a relação processual só se completa e põe-se em condições de preparar o provimento judicial com o chamamento do réu a juízo. [...] Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético.”*³²³

Em síntese, é preciso ter muita certeza da validade da citação por mensagem eletrônica, pois caso contrário toda a arbitragem corre o risco de ser anulada. Para a citação eletrônica ser válida na arbitragem é necessário investigar se há autorização legal (ou pelo menos falta de proibição legal) para tanto e em que termos este embasamento legal (se existente) pode ser considerado devidamente preenchido.

Para efeitos de comparação, o Código de Processo Civil admitia, segundo antiga redação de seu artigo 221, que a citação se dê por oficial de justiça, pelos correios ou até por edital. Recentemente, foi acrescido novo inciso a este dispositivo, que, por força da Lei nº 11.419/06, passou a admitir a citação *“por meio eletrônico, conforme regulado em lei própria.”*

Imagina-se que a referida ‘lei própria’ seja, por enquanto, a lei nº 11.419/06, cujos artigos 6º e 9º assim regem:

Art. 6º: Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infracional,

³²³ CINTRA, A. C. A.; GRINNOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* nº 04, p. 61 (Grifos do original)

poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

Art. 9º: No processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei.

§ 1º - As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

§ 2º - Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído.

A lei foi lacônica. A norma permite a citação eletrônica desde que: [i] a íntegra dos autos esteja acessível; e [ii] não haja ‘motivo técnico’ que torne ‘inviável’ o uso do meio eletrônico. O comando legal não esclarece quais podem configurar os ‘motivos técnicos’, nem tampouco o que se considera como inviabilidade da citação. Serão apenas problemas que impeçam acesso à íntegra dos autos ou será que o legislador também está preocupado (como deveria) com a possibilidade da mensagem não chegar ao seu destinatário?³²⁴ Não está claro.

Não é objetivo desta obra realizar uma exegese dos aspectos informáticos do processo estatal – o foco aqui é a arbitragem. A breve comparação acima serve, todavia, para demonstrar que a questão da citação eletrônica já alcançou inclusive o rígido processo estatal e que a matéria é capaz de suscitar importantes questões.

Uma delas, que se julga ser de suma relevância aqui, é como certificar que a mensagem eletrônica foi enviada ao destinatário correto, recebida e lida?

Nesse sentido, é útil olhar além do Brasil, para os países mais acostumados com a tecnologia. Curioso notar, portanto, que mesmo nos países de *common law*, conquanto o

³²⁴ Note-se que a versão de Projeto de CPC que circula atualmente na Câmara dos Deputados (PL 6025/05) parece estar mais preocupado com a questão do recebimento. A nova proposta legislativa acrescenta um parágrafo primeiro ao artigo renumerado como 246, com a seguinte redação: “Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas ficam obrigadas a manter cadastro junto aos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.” Isto ajuda a resolver, pelo menos em parte e para as pessoas jurídicas, a questão.

peticionamento eletrônico vem conquistando espaço, é ainda bastante incomum a citação por forma eletrônica. Admite-se, em algumas jurisdições, contudo, a comunicação eletrônica para manifestações posteriores entre o tribunal e as partes, tais como o agendamento de datas de audiências, com destaque para o sistema israelense que estabeleceu um endereço eletrônico seguro para todos os advogados, pressupondo-se que *e-mails* enviados a tais endereços serão lidos dentro de um prazo de até vinte-e-quatro horas.³²⁵

Antes de perseguir a questão da certeza e segurança da citação eletrônica na arbitragem, é preciso priorizar a análise de seu pressuposto: se é lícita a citação eletrônica na arbitragem brasileira.

Dois artigos da Lei nº 9.307/96 parecem conter a resposta. Ei-los:

Art. 6º: Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral. (Grifou-se)

- - -

Art. 39, Parágrafo único: Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa. (Grifou-se)

O artigo 6º transcrito *supra* lida com as cláusulas vazias que podem vir a necessitar da ajuda estatal para sua instituição, tentando evitar esta intervenção judicial por meio de tentativa de colaboração das partes, firmando um compromisso arbitral para completar a cláusula compromissória defeituosa.

³²⁵ WALKER, J.; e WATSON, G. D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. Cit. *supra* nº 296, pp. 258-264

Já o parágrafo único do artigo 39 trata de ponto muito mais avançado da arbitragem: homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, esclarecendo o que na visão do legislador **não** viola a ordem pública.

Ainda que os dois artigos a serem comentados não representem, diretamente, uma norma sobre “A citação na arbitragem e sua forma” é lícito extrair desses comandos jurídicos o embasamento legal necessário por versarem deste marco inicial na instauração do contraditório na arbitragem.

O artigo 6º, neste diapasão, é favorável à defesa da citação eletrônica na arbitragem. O legislador dotou a norma de flexibilidade e suficiente benevolente ambiguidade para permitir a inclusão das mensagens eletrônicas (e futuras tecnologias) na leitura dos artigos. Note-se que a parte *manifestará* seu desejo de iniciar a arbitragem. ‘Manifestar’, ao contrário de ‘intimar’, ‘notificar’ ou ‘citar’, é um termo desprovido de uma carga cultural de formalidade, representando o âmago da comunicação, sem preocupações com sua forma.³²⁶ Ademais, a lei admite, além da via postal *qualquer* outro meio de comunicação – o que certamente abre margem para incluir-se os *e-mails* neste espaço – desde que haja comprovante de recebimento, detalhe importante que será retomado em breve.

O parágrafo único, por sua vez, destaca com nitidez que a citação na arbitragem não precisa seguir à risca as formalidades da legislação brasileira. Serão aceitas as formalidades da legislação do país em que ocorreu a arbitragem³²⁷ **ou** de acordo com a vontade das partes, desde que haja tempo hábil para o exercício da defesa. Fica patente, conseqüentemente, que a ordem pública brasileira não se opõe às partes escolherem um método atípico de citação (como o uso de mensagens eletrônicas) desde que seja assegurado tempo suficiente para a resposta.

³²⁶ O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa (2ª ed.) define o verbo com o auxílio de outros verbos e expressões sinônimas como: “tornar manifesto, público, notório, divulgar, declarar” ou “fazer-se conhecer, revelar-se, mostrar-se” (p. 1.081).

Por outro lado, as demais palavras podem ser assim definidas:

- Citação: “[...] *é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.*” (Art. 213 do CPC).

- Intimação: “[...] *é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.*” (Art. 235 do CPC)

- Notificação: “A palavra notificação, bem como o verbo notificar e formas derivadas, ficaram reservadas para o processo dito cautelar destinado a prevenir responsabilidades ou conservar direitos, disciplinado nos arts. 867 ss.” (DINAMARCO, C. R. *Vocabulário do processo civil*. cit. *supra* nº 415, p. 166. Grifos do Original)

³²⁷ Técnica semelhante àquela adotada pelo art. 2, e da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros

Dá-se ênfase ao respeito da vontade das partes, pois as legislações nacionais estão ainda se adaptando à nova realidade do mundo informatizado. Aliás, com exceção de novas leis arbitrais (como a espanhola³²⁸) a maioria das leis não impõe qualquer formalidade.³²⁹ Ademais, a vontade das partes pode incluir as regras do regulamento de uma instituição de arbitragem que, insta salientar, geralmente autorizam o uso de *e-mails* como meio válido de citação desde que haja registro de recebimento da comunicação.³³⁰

Desta forma, o entendimento é pela licitude do *e-mail* como meio de anunciar a existência do processo arbitral ao requerido. Não é outra a interpretação de C. A. CARMONA que assim comenta os artigos transcritos anteriormente:

*“Não determinando a Lei que a comunicação seja escrita, pode-se cogitar da utilização de via eletrônica (e-mail), preocupando-se porém o interessado de munir-se de prova do recebimento da mensagem pelo destinatário, já que, na hipótese de fracassar a tentativa e ser necessário o recurso à via judicial, caberá ao interessado (no caso, o autor da demanda de que trata o art. 7º) demonstrar que procurou validamente instaurar a arbitragem através do mecanismo previsto no artigo em questão, [...] [o] fundamental não é a forma da citação, mas sim sua efetividade,”*³³¹

P. A. B. MARTINS, em comentário similar, sequer acha apropriado o termo ‘citação’ para o ato de notificação do início da arbitragem, acreditando que a forma deve ser livre,

³²⁸ Vide: art. 5º, a da lei 60/2003 da Espanha.

³²⁹ Art. 3º da Lei Modelo da UNCITRAL (2010); art. 1044 do ZPO alemão; Art. 3º do Commercial Arbitration Act 1985 do Canadá; o art. 14 do Arbitration Act da GB impõe somente que uma parte deve ser citada (*‘served’*) pela outra; art. 810 do Código de Processo Civil italiano.

Na contramão existe o Art. 25 da Lei de Arbitragem Chinesa que impõe citação pela Comissão de Arbitragem.

³³⁰ Neste sentido: Art. 6.1. do Regulamento modelo do CONIMA; Art. 4.1. do Regulamento do LCIA; Art. 3.2. do Regulamento da CCI; Art. 8.2. do Regulamento do SCC; Art. 7.1. do Regulamento da CIESP-FIESP; e Art. 6.1. do Regulamento da CCBC.

Deve-se admitir, entretanto, que uma minoria parece preferir deixar que a Câmara se responsabilize pela notificação, sem especificar o método (exemplo: art. 37 do Regulamento da FGV), deixar que as partes determinem o método (exemplo: Art. 2.4. do Regulamento da CAMARB) ou até mesmo exigir métodos tradicionais como o uso de entrega pessoal ou pelo correio com aviso de recebimento (exemplo: Art. 14.1. do Regulamento da AMCHAM).

³³¹ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, pp. 143-144 e 480

obedecendo à vontade das partes e observando-se, tão somente, se houve efetiva comunicação e tempo hábil para defesa.³³²

Segue do disposto acima que existe sólido apoio ao uso das mensagens eletrônicas como meio de comunicação na arbitragem, mas, exige-se, em quase todas as fontes, que o meio eletrônico apresenta certa comprovação de eficácia – é preciso ter certeza que o *e-mail*: [i] foi recebido; [ii] quando o foi recebido; e ainda [iii] se foi lido.

Outro ponto que também merece esclarecimento é se o *e-mail* pode ser usado para fins de notificação mesmo se as partes não tenham concordado previamente com esta forma.

Respondendo à última questão, para certos doutrinadores,³³³ o uso de notificações pela via eletrônica pressupõe, necessariamente, autorização para tanto, com as partes declarando aceitar, de antemão, que tal sistema de comunicação é idôneo. Malgrado esta interpretação pareça bem recepcionada pelo artigo 39, parágrafo único, que enfatiza a vontade das partes, é aconselhável o uso de uma interpretação sistemática, sopesando que o artigo 6º - pensado justamente para o caso de cláusulas incompletas onde a vontade das partes contém algum defeito – fala de manifestação por qualquer meio, indicando que a concordância não é necessária. Isto não equivale dizer, no entanto, que é lícito ignorar a vontade expressa das partes no sentido de proibir esta forma de citação (ou qualquer outra). Assim, se, por exemplo, na convenção arbitral estiver dito que a citação dar-se-á, obrigatoriamente, por meio dos correios, não é lícito violar esta lei com o uso de mensagens no formato eletrônico.

Pois bem, supondo que o uso de mensagens eletrônicas está autorizado, como saber se o *e-mail* foi recebido?

Traçando um paralelo com a citação por oficial de justiça, é preciso fornecer um endereço físico para que este serventário desloque-se ao local e tente entregar a contra-fé. Para certificar-se de que citou a pessoa certa, tentará visualizar um documento, fornecer uma descrição ou incluir o relato de alguma testemunha ou alguma outra fonte de prova de seu cuidado neste aspecto. Se o oficial de justiça descobre que o endereço fornecido não é o correto, informará isto nos autos. Ao mandar um *e-mail*, o primeiro desafio é ter certeza de que o endereço de *e-mail*, assim como o endereço geográfico na comparação com o oficial de

³³² MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* nº 39, pp. 400-401. No mesmo sentido, na esfera internacional: FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 657

³³³ MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 4.1.

justiça, é correto e válido. Se estiver incorreto e não existir qualquer endereço registrado assim, o *e-mail* retornará com o sistema avisando o usuário do erro. Mais preocupante, porém, é o caso de o *e-mail* já existir e pertencer a terceiro. Se for um bom samaritano, talvez responda avisando que recebeu uma mensagem que não acha ser dele (o que por si só já levanta alguns problemas sobre a confidencialidade). Agora, nada obriga o terceiro a comunicar o recebimento acidental da mensagem que mirava o requerido.

Desta forma, o uso do *e-mail* pressupõe ou robustas provas de que o endereço eletrônico usado é o correto³³⁴ ou algum sistema de confirmação de entrega eficaz.

Um sistema de aviso de recebimento eficaz, aliás, resolveria os outros dois problemas levantados acima: saber quando a mensagem foi entregue (para efeitos de contagem de prazo) e se de fato foi lida (ao invés de parar no lixo eletrônico ou filtro AntiSpam). Infelizmente, como bem pontua D. MAAZE a maioria dos sistemas de aviso de recebimento opera de forma pouco inteligente, comunicando que a mensagem foi recebida mesmo quando foi para na lixeira AntiSpam e que foi lida mesmo quando estava ilegível (no corpo ou nos anexos) por problemas de incompatibilidade. A solução preconizada pela autora seria confiar no dever das partes sempre comunicarem que receberam a mensagem e estava legível, ou seja, criar um aviso de recebimento praticamente manual,³³⁵ o que já ocorre em muitos sistemas onde é preciso que a pessoa aceite confirmar que leu o *e-mail*.

Lamentavelmente, não se pode aceitar uma solução onde se fica à mercê da boa-fé de uma parte.³³⁶ Nesse sentido, T. SCHULTZ bem antevê que é ingênuo contar na parte perdedora ou requerida para colaborar com confirmação de notificações que são contrárias aos seus interesses. Se o *e-mail* de fato não foi entregue ao destinatário correto ou não foi lido (ficou relegado à lixeira eletrônica) insistir no mesmo canal de comunicação dificilmente gerará resultados.

Segue de todo o exposto acima que, pelo menos para a citação, a melhor solução é estabelecer um endereço eletrônico com presunção de entrega ou usar outro meio de comunicação para certificar que a mensagem eletrônica foi recebida e lida.

³³⁴ Exemplo: Um endereço registrado no contrato onde está a cláusula compromissória, cuja alteração deveria ser comunicada caso ocorresse. Alternativamente, pode ser prova, simplesmente, de um endereço que comprovadamente vinha sendo usado pela parte com constância recentemente para discutir outros assuntos.

³³⁵ Idem, item 4.1.

³³⁶ T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* n° 31, item III

Outra preocupação digna diz respeito à falta de confiabilidade do conteúdo das mensagens eletrônicas, isto é, cumpre dedicar esforços para que o *e-mail* seja não só recebido e lido como levado a sério e não descartado com mais um dentre tantas outras mensagens eletrônicas falsas cujo único objetivo é aplicar um golpe fraudulento ou abrir uma porta para se baixar *malwares*.

Para tanto, é recomendável inserir na mensagem que carrega a notificação elementos que ajudem o destinatário cético a confirmar que se trata de autêntica citação ou mero engodo. Fornecer um número da arbitragem que pode ser verificado no sítio eletrônico da instituição arbitral ou providenciar um número de telefone para contato pode ajudar. Registre-se, no entanto, que esta não deveria ser uma preocupação central: geralmente esses *e-mails* fajutos são fáceis de detectar e seria difícil um *spammer* (nome dado àqueles que enviam tais *e-mails*) conhecer suficientes detalhes na controvérsia para elaborar uma citação convincente.

Realizada a citação, o ideal é que o uso de mensagens eletrônicas na arbitragem seja então regulamentado nos termos de referência – detalhando o endereço eletrônico correto, prazo em que se presume ter sido lida a mensagem, etc. – ou por ordem processual para evitar a suscitação de dúvidas futuras.

Neste sentido, e apesar de parecer óbvia, vale registrar aqui o alerta de H. A. HALOUSH e B. H. MALKAWI referente à natureza não necessariamente instantânea do *e-mail*.³³⁷ Hodiernamente, com celulares conectados à internet que avisam em tempo real a presença de nova mensagem eletrônica, costuma-se imaginar que o *e-mail* é equiparável a um fórum de ‘bate-papo’ (vide *infra* 3.4.) onde as mensagens são encaminhadas e respondidas no mesmo instante. Ocorre que os *e-mails* não são sempre lidos tão logo sejam enviados – nem todo mundo tem o hábito de checar a toda hora o celular (isso se tiver um celular conectado à internet). Aliás, é conduta aceitável a checagem da caixa de entrada dos *e-mails* apenas em certos períodos do dia e não a toda hora. E, não se olvide que pode haver vários outros *e-mails* igualmente exigindo a atenção do leitor. Consequentemente, não se deve pensar que o *e-mail* é um meio de comunicação instantâneo como o telefone ou uma sala de bate-papo: se o objetivo é obter a atenção imediata e comunicar algo com a máxima urgência, é melhor buscar outras vias. Esta lição é importante especialmente para garantir um ritmo na arbitragem que

³³⁷ HALOUSH, H. A.; e MALKAWI, B. H. Internet characteristics and online alternative dispute resolution. Cit. *supra* n° 36, p. 343

corresponda às expectativas das partes e não viole o contraditório. Dois exemplos para ilustrar a questão:

1.) Necessitando de medida liminar urgente uma parte manda um *e-mail* para um dos árbitros demandando resposta urgente. Ocorre que o árbitro está dando uma palestra que tomará todo seu dia em local onde seu celular não está habilitado a acessar a internet e o árbitro só checará suas mensagens de noite no hotel. Resultado: perecimento do direito.

2.) Um *e-mail* é enviado para as duas partes dando às mesmas 48 (quarenta e oito horas) para se manifestarem sobre determinada questão. Ocorre que uma delas está num voo a caminho da Ásia, significativamente reduzindo o tempo que terá para agir no caso quando finalmente ler o *e-mail*. Resultado: violação do contraditório.

Melhor seria, em casos com estes em que não se concordou com uma presunção e dever de checagem constante e em que o tempo urge, complementar o *e-mail* com outros meios de comunicação como uma ligação telefônica para confirmar o recebimento do *e-mail* (inclusive para secretária ou assistente do jurista) ou até envio de uma mensagem de texto pedindo confirmação de recebimento.

De qualquer maneira, confirmado que a comunicação eletrônica pode, com o devido cuidado, servir para os propósitos de notificar as partes da existência ou de eventos na arbitragem, cumpre sopesar até que ponto o procedimento pode acomodar mensagens eletrônicas como forma de efetivar o contraditório.

Considerando que já se provou acima ser possível conferir às mensagens eletrônicas o mesmo padrão de segurança das comunicações tradicionais, é forçoso reconhecer que no decurso da arbitragem é possível traçar uma analogia entre a comunicação por vias tradicionais e a eletrônica. Assim, aqui se retorna à questão de se o contraditório precisa ser executado por via oral ou admite o meio escrito como canal efetivo de discussão.

Conquanto alguns juristas anglo-saxões,³³⁸ mais acostumados com os seus *pleadings* orais possam sentir falta da oralidade, já se discutiu acima (vide *supra* 3.2.) que os debates por trocas de petições escritas não representam qualquer novidade na arbitragem, sendo inclusive fácil de aceitar no Brasil, onde o processo estatal se desenvolve no mais das vezes no papel em

³³⁸ Exemplo: WOLFE, J. S.. Across the ripple of time: the future of alternative (or, is it appropriate) dispute resolution. Cit. *supra* nº 311, p. 801

que a tinta (líquida ou digital) reina (obrigatoriamente – art. 169 do CPC) nas exordiais, contestações, réplicas, trélicas, etc., a ideia de um contraditório entre mudos alfabetizados.³³⁹

Aliás, na arbitragem, onde é admissível um grau maior de flexibilidade e talvez até de informalidade, cabe chamar atenção para interessante análise feita por D. A. LARSON a respeito de uma série de pesquisas sociológicas referentes ao uso de meios de comunicação eletrônicos.³⁴⁰ Uma interessante conclusão desta pesquisa é que as gerações mais adaptadas ao uso da informática tem conseguido usar a comunicação por SMS, *e-mail* ou salas de bate-papo de forma tão eficiente ou até melhor que as comunicações pessoais ou via videoconferência.

Respondendo à indagação de por que as pessoas continuam a usar *e-mails* e outros meios de comunicação escrita ao invés da videoconferência (numa época em que o preço de uma *webcam* diminuiu ao ponto de custar o preço de um sanduíche) o autor apresenta alguns achados importantes.

Primeiramente, as pesquisas perceberam que o meio escrito tem uma vantagem sobre o encontro pessoal ou a videoconferência por remover distrações, permitindo concentrar mais no texto e seu conteúdo.

Outra vantagem advinda da forma escrita é que por esta deixar um registro, eis que curiosamente identificou-se ser mais comum as pessoas mentirem em conversas presenciais do que conversas eletrônicas. Aparentemente, teme-se mais o registro da mentira do que o risco da linguagem corporal trair o mentiroso.³⁴¹

Adicionalmente, insta registrar outro dado: as gerações mais novas sentem mais intimidade e segurança nas conversas *online* e, segundo os estudos, são capazes de dotar as mesmas com um nível de afinidade e emotividade comparável às conversas presenciais das

³³⁹ Neste sentido, o direito comparado traz igualmente vários exemplos de aceitação do contraditório e instrução exercidos pela via escrita.

Nas legislações estrangeiras é possível citar o exemplo de do art. 17.3. da Lei Modelo da UNCITRAL (2010); art. 1047, §1º do ZPO alemão; art. 1694 do Código de Processo Belga; art. 24, §1º da lei canadense; art. 34, *h*, do Arbitration Act da GB; e art. 34 da Lei 63/2011 de Portugal.

Entre as câmeras, também se pode citar o caso dos seguintes regulamentos que ou expressamente trazem a opção de debates por escrito, ou dão por entender assim considerando a referência à circulação de cópias, protocolamento dos argumentos, etc.: Regulamento do ICDR; Regulamento da CCBC (vide o art. 7.3. como exemplo); Regulamento da AMCHAM (vide arts. 9 e 14.1.); Regulamento da CAMARB (vide o art. 2.1.); Regulamento da FGV; Regulamento da CIESP-FIESP (vide o art. 8.2.); e Regulamento do LCIA (art. 15).

Vide também os comentários já lançados em V.3.3. sobre a possibilidade de uma arbitragem somente com documentos.

³⁴⁰ LARSON, D. A.. Technology mediated dispute resolution (TMDR): a new paradigm for ADR. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 21, nº 3, Columbus: ABA, 2006, p. 635

³⁴¹ Idem, p. 649. Em sentido contrário, mas sem embasamento em qualquer pesquisa: KALLEL, S.. Online Arbitration. Cit. *supra* nº 36, p. 347

gerações mais velhas. Essas conclusões podem parecer paradoxais ao exposto no primeiro parágrafo, mas alguns fatores explicam esse resultado inesperado. Primeiro, a comunicação digital confere um anonimato visual que ajuda a passar uma sensação de segurança (apesar dos riscos de interceptação). Em segundo lugar, a familiaridade com os meios modernos de comunicação permite dotar os mesmos com detalhes que bem comunicam questões que atualmente são transmitidas por linguagem corporal, tom da voz, etc. O acréscimo de um *emoticon* (ex. ☺) no texto, por exemplo, ajuda a estabelecer todo o tom da mensagem.³⁴²

Dito com outras palavras, a comunicação escrita não equivale aos debates orais, mas atualmente revela-se que os dois são comparáveis em qualidade.

Por fim, note-se que a transmissão *online* de documentos eletrônicos é muito mais simples do que enviar cópias de pastas dos autos pelo correio – tarefa demorada e custosa. Por *e-mail* a mesma tarefa custa nada e ocorre em questão de segundos.³⁴³ Tais ganhos de eficiência podem aumentar de forma vertiginosa em arbitragens multipartes,³⁴⁴ com tribunais compostos por uma pluralidade de árbitros e/ou onde o time de advogados é numeroso.

Por outro lado, mesmo O. CACHARD, que defende o uso de *e-mails* (preferivelmente com assinatura digital) para comunicações na arbitragem, reconhece que certos documentos, por sua forma, são melhor submetidos pelo correio, como ocorre com atas notariais de tabeliões em países que ainda não se adaptarem aos meios digitais.³⁴⁵

À guisa de conclusão, a comunicação eletrônica pode ser benéfica à arbitragem e pode, inclusive, servir para citações e outras notificações, tomados os devidos cuidados.

3.4. – Salas e Fóruns de ‘bate-papo’

Dando um passo além do correio eletrônico, temos a comunicação sincronizada oferecida pelos *chat rooms* ou programas para conversas em tempo real. Este recurso tecnológico, se comparado com as alternativas, seja o *e-mail*, a videoconferência ou a reunião

³⁴² LARSON, D. A.. Technology mediated dispute resolution (TMDR): a new paradigm for ADR. Cit. *supra* n° 340, pp. 653-654

³⁴³ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* n° 292, p. 13

³⁴⁴ Idem, p. 20

³⁴⁵ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, pp. 32-33

presencial, guarda vantagens e desvantagens que o torna mais ou menos atrativo dependendo da situação.

Primeiramente, cumpre salientar que um programa de troca de mensagens em tempo real é relativamente simples de criar, isto é, trata-se de opção tecnologicamente menos exigente, inclusive por transmitir simples mensagens, sem necessidade de encaminhar as milhares de imagens que possibilitam o vídeo na videoconferência.

É, também, um meio prático de guardar um registro de uma conversa, devendo, todavia, investir em tecnologia de criptografia para garantir que a confidencialidade da arbitragem não seja violada.

Ademais, e ao contrário do *e-mail*, enfatize-se que a troca de mensagens ocorre praticamente em tempo real, permitindo maior instantaneidade e quase uma sincronia entre a comunicação das partes.³⁴⁶ Se ganha agilidade não só pela instantaneidade, mas igualmente pelo fato de que todas as partes podem conversar simultaneamente aparecendo as mensagens de todos conforme ditas na tela, conservando uma discussão fácil de acompanhar – não existe o risco de um responder a uma mensagem enquanto o outro envia outra resposta bifurcando a corrente de diálogo (como sói acontecer no *e-mail*).

É possível com a conversa *online* trabalhar simultaneamente em arquivos enquanto os diálogos acontecem, além de poder transmitir por este canal, simultaneamente, documentos eletrônicos. Tudo isto pode ser útil na hora de trabalhar a quatro mãos em documentos como a Ata de Missão ou a sentença arbitral.

Por fim, evitar o cara-a-cara pode ajudar a diminuir tensões. A troca de mensagens é algo frio e mais distante. “[...] *since the parties do not meet physically in online dispute resolution, it takes the emotion out of the dispute and encourages a rational settlement.*”³⁴⁷

Há, contudo, desvantagens.

Claro é que ver uma imagem pode ser mais agradável. Um discurso proferido oralmente permite tom e nuances que a escrita nem sempre traduz de forma eficaz. Exemplo disso é o uso do sarcasmo pela escrita. Mais: só a voz não basta (caso contrário a teleconferência seria suficiente) é forçoso admitir que determinadas culturas, como a brasileira, estão acostumadas com o uso de linguagem corporal e gesticulações na

³⁴⁶ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 24

³⁴⁷ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 8

comunicação. Por outro lado, comporta aplicação aqui o que já foi dito *supra* (vide 3.3.) por D. A. LARSON sobre a habilidade de comunicação dos meios escritos – a escrita não substitui a linguagem oral, mas não é uma alternativa de todo pobre.

S. KALLEL aponta com desvantagem deste meio que, não importa quão rápido alguém possa estar acostumado a digitar, falar é sempre mais fácil e rápido do que escrever algo.³⁴⁸ Malgrado isto seja verdade, reflita-se que às vezes uma pequena demora pode ser útil para melhor organizar o raciocínio.

No que tange a licitude deste meio, nenhum obstáculo existe, *a priori*, à sua utilização, desde que observado aspectos gerais como a confidencialidade, igualdade e demais critérios vistos adiante.

3.5. – Apresentações Informatizadas

Nos EUA, onde impera o tribunal do júri, as apresentações informatizadas têm sido, geralmente, muito mais persuasivas do que as exposições sem auxílios tecnológicos.³⁴⁹ Será, todavia, que essas mesmas técnicas surtem efeitos na arbitragem?

Na opinião de T. SCHULTZ (com a qual é forçoso concordar), as apresentações com componentes visuais tais como vídeos, simulações, gráficos, etc. podem cativar melhor a atenção dos árbitros e facilitar a fixação de pontos importantes.³⁵⁰ A possibilidade de alterar detalhes no meio da apresentação, produzir gráficos, focar numa parte da imagem, etc., permite, não só adaptar a apresentação de acordo com as necessidades da audiência, mas transmitir com maior eficiência a mensagem pretendida aos árbitros. Por mais que os árbitros não sejam tão influenciáveis quanto um júri comum, não se pode olvidar que são seres humanos que estão na audiência justamente com o intuito de melhor formarem sua convicção com base nos elementos lá apresentados. Por isso, a parte que conseguir transmitir melhor este conhecimento tem mais a ganhar.

Ressalve-se, todavia, que tudo depende da habilidade e responsabilidade no uso desses recursos tecnológicos. Vídeos pouco técnicos (ou até sensacionalistas) não impressionarão

³⁴⁸ KALLEL, S.. Online Arbitration. Cit. *supra* nº 36, p. 347

³⁴⁹ WALKER, J.; e WATSON, G. D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. Cit. *supra* nº 296, p. 280

³⁵⁰ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 17

árbitros experientes; *power points* com informação demais não serão lidos e apenas distrairão os árbitros do que está sendo dito junto com cada *slide*. Existe também o risco do advogado que não ensaiar com cuidado sua apresentação se embananar na hora de lidar com interrupções e questionamentos dos árbitros. O advogado deve ter flexibilidade, por exemplo, para pular vários *slides* no intuito de melhor responder uma pergunta do painel ao invés de ignorar o questionamento do tribunal arbitral para não prejudicar a integridade da apresentação que tanto demorou em elaborar. Ou seja, vale lembrar que a informática está presente para ajudar a exposição, e não dominá-la.

Desta forma, é de todo recomendável o uso de recursos tecnológicos, desde que os mesmos sejam empregados de forma responsável e sempre para enriquecer a exposição, nunca como objetivo central.

3.6. – *Programas para Pesquisa, Elaboração de Peças, Etc.*

Em pesquisa sobre a influência da tecnologia nos processos realizada nos países do *common law*, estes citam como primeiro benefício da tecnologia a se evidenciar, o uso de banco de dados de trabalhos e julgados, como o *Westlaw*, *HeinOnline*, *LexisNexis*, etc. que em muito facilitam a pesquisa de jurisprudência³⁵¹ – fonte importantíssima nesses sistemas.

A jurisprudência não é onipotente na arbitragem, mas nem por isso deixa de ser fonte importante ao lado da doutrina.³⁵² Consequentemente, na arbitragem, onde é possível citar fontes especializadas como o *Kluwer Law International*, o mundo virtual tem muito a contribuir: “[...] *the internet is perfectly suited for distribution of information to a widely-dispersed niche market of arbitration consumers requiring in-depth information regarding their trade.*”³⁵³ Com a tecnologia é possível realizar importantes pesquisas sobre aspectos técnicos e jurídicos que enriquecem a arbitragem.

Similarmente, não se imagina hoje uma arbitragem escrita à mão: o uso dos computadores para digitar peças, montar gráficos e tabelas se tornou prática tão disseminada e comum que dispensa qualquer comentário. O que se pode imaginar para o futuro são novas

³⁵¹ WALKER, J.; e WATSON, G. D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. Cit. *supra* nº 296, pp. 289-291

³⁵² FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 184

³⁵³ ALFORD, R. P.. The virtual world and the arbitration world. Cit. *supra* nº 27, p. 452

tecnologias bastante convenientes como a opção de transcrição do depoimento das testemunhas em tempo real que permitiria citar automaticamente e prender-se nas palavras delas com perfeita exatidão.

Desta forma, sem dúvida a tecnologia pode ser eficiente e conveniente neste aspecto.

As duas únicas ressalvas dignas de nota nesta seara, no que tange a licitude, é certificar-se do uso de *softwares* devidamente licenciados e cuidado na hora de citação. O primeiro, não cria qualquer nulidade na arbitragem, mas constitui atividade ilícita que deve ser combatida. Já o segundo é importante em nome do contraditório: a parte ao citar fonte colhida *online* deve tomar cuidado com a forma como expõe a referência, para os árbitros e parte contrária possam pesquisar com facilidade a íntegra.

3.7. – Conclusão

Concluindo este tópico, é forçoso reconhecer que todas as tecnologias discutidas acima são lícitas e podem beneficiar a arbitragem desde que tomadas precauções básicas e analisada a oportunidade de uso segundo as necessidades específicas de cada hipótese. Se o objetivo é trabalhar numa peça, por exemplo, recomenda-se a videoconferência ou o *chat room*. Se, no entanto, a prioridade é ajudar as partes a se conhecerem para tentar uma conciliação, encontrando-se todas na mesma cidade, talvez seja preferível um encontro presencial sem auxílio da tecnologia.

Além desta conclusão geral, outras três lições – aplicáveis a todas as tecnologias – merecem registro aqui.

Primeiramente, nenhuma tecnologia é perfeita. Todas têm vantagens e desvantagens e nenhuma está isenta do risco de falhar. Por isto, é sempre bom ter em mente como princípio manter uma segunda opção caso haja problemas com a tecnologia inicialmente selecionada. Marcar uma videoconferência, por exemplo, mas manter preparado o *software* de conversa simultânea por escrito caso haja problemas com a imagem.

Em segundo lugar, lembre-se que por mais que essas tecnologias prometem trazer maior eficiência à arbitragem, quase nada é de graça neste mundo. Por isto é sempre bom atentar-se aos custos, pensar se o uso da tecnologia compensa financeiramente e, se possível, buscar economias de escala o que provavelmente ocorrerá nas instituições arbitrais de maior

porte. Isto não significa, entretanto, que apenas grandes arbitragens poderão aplicar a tecnologia. Note-se que, com o passar do tempo, o custo e familiaridade tecnológica podem cair ao ponto da tecnologia se tornar tão ubíqua que será visto em todos os litígios seja de grande ou pequena monta:

*“[...] these online mechanisms are not only for lower value cases. As these approaches become more refined and more robust, they will be able to work their way up the value chain. Eventually, online arbitration will transform the traditional realm of arbitration. High value disputes will be resolved through technological channels, because online processes will soon come to feel like the norm. Society is digitizing, and high definition video and audio conferencing will soon be so commonplace that they will no longer feel like an alternative choice. Technology-facilitated communication will be as common a part of dispute resolution as in-person communication.”*³⁵⁴

Por fim, não custa enfatizar que exibir certas provas no meio virtual será quase sempre muito mais fácil do que a alternativa tradicional. O funcionamento de um sítio eletrônico, um vídeo, a execução de um programa, tudo isto opera melhor no meio virtual do que nos autos físicos.³⁵⁵

4.- Confidencialidade e Segurança:

A lei de arbitragem brasileira não prevê expressamente a necessidade de a arbitragem correr sigilosamente. Quis o legislador deixar claro que a confidencialidade é facultativa na arbitragem brasileira. Esta facultatividade não diminui, contudo, a importância do sigilo na arbitragem, que é visto como importante atrativo da arbitragem, ajudando a preservar a privacidade e segredos comerciais das partes e os detalhes dos seus litígios privados.³⁵⁶ Aliás,

³⁵⁴ TRENT, B.; e RULE, C.. *Moving arbitration online: The next frontier*. Em sentido contrário: ALFORD, R. P.. *The virtual world and the arbitration world*. Cit. *supra* nº 27, p. 450

³⁵⁵ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 39

³⁵⁶ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 36; CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 220; FOUCARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, pp. 612 e

note-se que muitos são os regulamentos de câmaras arbitrais que automaticamente privilegiam a confidencialidade³⁵⁷ em evidente demonstração da força deste aspecto.

No mesmo sentido, espera-se um grau mínimo de segurança no procedimento arbitral. Não se pode imaginar um procedimento arbitral saudável, por exemplo, em que manifestações ou provas produzidas pelas partes são adulteradas ou desaparecem.

Desta forma, ao introduzir a tecnologia na arbitragem, é preciso analisar até que ponto a arbitragem permanece um meio seguro e potencialmente sigiloso para condução dos procedimentos.

Para muitos, inclusive alguns doutrinadores,³⁵⁸ existe a sensação de que a tecnologia, especialmente a internet, representa um meio inseguro e poroso onde todo arquivo está ao alcance de *hackers* anônimos que conseguem realizar no ciberespaço qualquer façanha. Realmente, revelações de esquemas de espionagens globais *online* por superpotências contribuem para uma visão cética da segurança do uso de tecnologia.³⁵⁹

De fato, a interceptação de comunicações e dados é, claramente, um risco presente no uso da informática. Como bem alerta A. J. CONCERINO, a ‘arquitetura aberta’ da internet, onde existe grande acessibilidade, por exemplo, torna-a mais suscetível a intromissões.³⁶⁰ Não se deve pensar, porém, que os riscos envolvidos são muito maiores do que o uso das vias tradicionais – pelo contrário, às vezes os riscos são, comparativamente, menores.³⁶¹

A interceptação de um *e-mail*, por exemplo, exige conhecimentos especializados e acesso aos servidores que transmitem e retransmitem os dados (sendo que tais servidores estão geralmente sob os cuidados de empresas privadas com sofisticados sistemas de segurança e que dependem de uma boa reputação no mercado, inclusive respeitando a privacidade de seus usuários para sobreviver) ou ao computador pessoal dos que enviam ou recebem o correio

773; e REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* n° 41, pp. 33 e 136.

³⁵⁷ Exemplos: Art. 30 do Regulamento do LCIA; Art. 14 do Regulamento da CCBC; Art. 12 do Regulamento modelo da CONIMA; Art. 61 do Regulamento da FGV; Art. 17.4 do Regulamento da FIESP-CIESP; e Art. 46 do Regulamento da SCC.

³⁵⁸ SCHNEIDER, M. E.; e KUNER, C.. *Dispute resolution in International electronic commerce*. Cit. *supra* n° 30, p. 16

³⁵⁹ Sobre esta questão é preciso contextualizar o problema. Com a exceção de arbitragens feitas no âmbito do ICSID, a maioria das arbitragens não tem como parte contrária ou interessada o governo dos EUA. Não se deve comparar o que a maior superpotência mundial é capaz de realizar com suas agências de inteligência com o que outros atores normais no mercado são capazes.

³⁶⁰ CONCERINO, A. J. *Internet e Segurança são compatíveis?* In: *Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 156-157

³⁶¹ HILL, R.. *The internet, electronic commerce, and dispute resolution: comments*. Cit. *supra* n° 249, p. 106

eletrônico. Comparando, é mais simples interceptar um carteiro ou roubar correspondência deixada na portaria do que infiltrar o servidor de uma grande empresa ou chegar ao computador de um dos participantes da arbitragem. Isto não significa que os *e-mails* estejam imunes à interceptação. *Softwares* perigosos como *spywares* podem facilitar o acesso ao computador das partes e em alguns estados autoritários é comum o acesso ao conteúdo dos *e-mails* ou, mais comumente, à *metadata* atrelada às comunicações.

É preciso, entretanto, ponderar até que ponto existe, de fato, uma falta de segurança ou confidencialidade nos meios eletrônicos ou, na verdade, uma confusão entre menos segurança – em um aspecto – com ausência de segurança. Só por ser mais fácil interceptar um *e-mail* desprotegido do que uma ligação telefônica não se pode dizer que usar *e-mail* viola a confidencialidade. Aliás, a grande maioria das pessoas teriam tanta ou mais dificuldade para espionar uma arbitragem virtual do que uma arbitragem tradicional. Para muitos é mais fácil, por exemplo, grampear uma sala de reunião (levando um gravador no bolso do paletó) do que ‘hackear’ uma videoconferência ocorrendo num momento específico.³⁶²

Existe também neste debate um componente subjetivo de perspectiva. Para o arbitralista acostumado com o procedimento tradicional, a arbitragem informatizada pode assustar por representar algo novo. Por outro lado, para o usuário que faz compras *online* – completamente integrado neste mundo – a resolução de um conflito *online* pode soar muito mais familiar e seguro do que a solução pela via arbitral tradicional.³⁶³ Afinal, mesmo que aquele conheça a arbitragem (algo nada garantido), dificilmente terá conhecimento da confiabilidade de árbitros e câmaras arbitrais de todos os cantos desta grande planeta. Assim, para o usuário brasileiro padrão, soa certamente mais tranquilo litigar no juizado especial local ou *online*, do que ter que submeter sua disputa ao árbitro *X* na câmara *Y* no país *Z* – elementos desconhecidos e estranhos para este leigo.

Não custa lembrar que a segurança nos meios eletrônicos tem avançado ao ponto de ser comercialmente viável permitir o comércio eletrônico em larga escala, além de usar os computadores (inclusive, recentemente os *smartphones*) para calcular e submeter impostos, registrar investimentos, transferências e ativos nas contas bancárias, etc. Inclusive, registre-se

³⁶² Nesse sentido: HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 3; e SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 62.

³⁶³ Nesse sentido: SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 7

que é por meio dos computadores que serviços essenciais como eletricidade ou até a defesa militar dos países ocorrem. Se o meio eletrônico fosse de fato tão inseguro, todos esses exemplos teriam que ser descartados.

Outro dado que ajuda a contextualizar a questão é destacar que existe um movimento buscando dissuadir qualquer tipo de comportamento irresponsável no ciberespaço. Em 2012, por exemplo, a Lei nº 12.737 alterou o Código Penal para melhor tipificar algumas condutas eletrônicas como crimes. O novo artigo 154-A do referido diploma legal, por exemplo, assim dispõe:

Art. 154-A: Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput*.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º - Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4º - Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

Em outras palavras, violar o sigilo da arbitragem divulgando informações comerciais pode resultar em anos de cadeia e multa – penalidade pesada e que provavelmente servirá de dissuasão em muitos casos.

Não bastasse a penalização criminal da conduta, lembra R. S. LISBOA que a parte prejudicada terá direito de também pleitear no juízo cível indenização pelas perdas e danos sofridos, inclusive responsabilizando objetivamente a entidade responsável pela segurança eletrônica.³⁶⁴

Conclui-se, portanto, que não se pode presumir *jure et de jure* que a informática e os meios eletrônicos são inseguros e comprometem a segurança e confidencialidade da arbitragem. Os meios eletrônicos têm riscos, mas esses podem ser mitigados e não inviabilizam a arbitragem.

O exposto acima não deve ser interpretado como uma *carte blanche* ao TI em arbitragens com conteúdos sensíveis. É sempre recomendável atentar-se à segurança da arbitragem e lembrar que, em última instância, até sistemas militares governamentais podem sofrer ataques cibernéticos. Consequentemente, tomar medidas de segurança e certos cuidados é atitude que se impõe.

Felizmente, conferir razoável padrão de segurança eletrônica a uma arbitragem virtual ou *online* não é tarefa de grande complexidade para as empresas e especialistas do ramo de ciber-segurança. Conquanto nada seja 100% garantido, com simples medidas, como criptografia, *firewalls*, sistemas fechados e protegidos com senhas, etc., a arbitragem pode desenvolver-se com confortável segurança equiparável à arbitragem *off-line*.³⁶⁵

A primeira recomendação, portanto, é que se invista nesses sistemas de segurança e insista-se no uso de comunicações assinadas eletronicamente e criptografadas.³⁶⁶ Assim, mesmo que ocorra a interceptação de comunicações, tal invasão será inócua: a correspondência criptografada, mesmo que interceptada, será inútil ao meliante que não conseguir decifrá-la. Enfatize-se que hoje existem criptografias facilmente acessíveis no mercado e que demoram anos para serem decifradas. Ademais, como será aprofundado adiante

³⁶⁴ LISBOA, R. S.. A inviolabilidade da correspondência na internet. In: *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 530-532

³⁶⁵ BIUKOVIC, L.. International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. Cit. *supra* n° 23, p. 336

³⁶⁶ Nesse sentido: CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 37; e HALOUSH, H. A.. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* n° 34, pp. 356-357

(vide *infra* Capítulo V.), não são somente os textos digitais que podem ser criptografados: vídeos e outros arquivos digitais também podem ser criptografados.³⁶⁷

Outra medida recomendável é sempre usar a tecnologia mais recente no mercado e evitar usar programas de fontes pouco conhecidas. *Softwares* provenientes de grandes empresas do ramo contam com atualizações e novidades dedicadas a tampar quaisquer buracos identificados. Adicionalmente, quanto mais recente o programa no mercado, menos tempo houve para se descobrir suas fraquezas.

Por outro lado, muitas vezes o maior risco ao sigilo da arbitragem não advém de falhas tecnológicas, mas sim de descuidos humanos.³⁶⁸ De nada adianta, por exemplo, investir em sistemas de segurança, se os participantes da arbitragem acessam e armazenam arquivos em laptops pessoais desprotegidos (inclusive sujeitos a furto), esquecem arquivos impressos da arbitragem na impressora comum do escritório, ou até anotam senhas e *logins* em *post-its* deixados em locais visíveis, ou elegem senhas absolutamente previsíveis ('senha', '1234', ou o nome do indivíduo, por exemplo), etc.

Nesse sentido, um fator de complicação em relação ao sigilo é a facilidade para cópia e transmissão de documentos eletrônicos, especialmente por estes deixarem rastros e clones em vários lugares (ex. pasta de 'mensagens enviadas', dentro da 'lixeira', etc.). Aliás, é tão fácil transmitir que podem ocorrer violações acidentais. Todos que usam *e-mail* com frequência devem saber do risco de encaminhar um correio eletrônico ao destinatário errado por conta do autopreenchimento do computador, aliado à semelhança de endereços eletrônicos e o descuido na hora de preencher os mesmos.

Similarmente, não existe sistema de segurança eletrônico capaz de blindar dados contra ataques internos. Quer-se com isto dizer que tão (ou mais) preocupante que os *hackers* externos são agentes ou funcionários internos que aproveitam sua posição para causar dano. Um administrador de sistema ou empregado com acesso a dados sensíveis pode facilmente comprometê-los dolosamente. Foi o que aconteceu nos casos de Bradley Manning e Edward Snowden, que mostraram que até a maior superpotência global conta com o elemento humano

³⁶⁷ ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* n° 89, p. 212

³⁶⁸ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* n° 292, pp. 132-133

como elo fraco. Curiosamente, pesquisas revelam que é mais comum problemas com traições internas do que ataques por delinquentes externos.³⁶⁹

Em síntese: os envolvidos na arbitragem devem tomar cuidado para não ocorrer a falha humana.

Ao falar dos ‘envolvidos na arbitragem’ note-se que o uso da tecnologia pode franquear acesso aos documentos sigilosos a terceiros além dos advogados, partes e árbitros. O uso do meio eletrônico põe a arbitragem em contato com os profissionais deste meio, como técnicos de informática, operadores e administradores dos servidores, etc. Por isso, muita atenção (especialmente em arbitragens *ad hoc*) no contrato de prestação de serviços com esses indivíduos para averiguar a necessidade (ou não) de um termo de confidencialidade para evitar vazamentos de dados sigilosos.

Enfim, a tecnologia apresenta um risco controlável à segurança e confidencialidade da arbitragem, observadas as orientações acima e, claro, bom senso e cautela constante.

5.- A Igualdade das Partes, o Contraditório e a Ampla Defesa:

Muito se falou acima, e em outras oportunidades,³⁷⁰ sobre a grande flexibilidade inerente ao procedimento arbitral e como a primazia da autonomia da vontade das partes no momento de definirem-se as regras aplicáveis ao procedimento facilita a introdução de recursos tecnológicos – afinal, basta as partes autorizarem ou não vedarem esses meios que admissíveis serão. Ocorre que a flexibilidade não é absoluta, encontrando limites em preceitos cogentes e imperativos:

“An electronic arbitration procedure, although having to be organized in a particular way because of the use of technology, is nonetheless still subject to the principles that traditionally govern any arbitration case. [...] Nevertheless, contractual freedom cannot undermine the mandatory regulations that govern the arbitration procedure. Among these mandatory

³⁶⁹ CONCERTINO, A. J. Internet e Segurança são compatíveis? Cit. *supra* n° 360, p. 157

³⁷⁰ Vide: HERSCOVICI JUNQUEIRA, G.. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* n° 281, pp. 31-33

regulations, those resulting from the due process of law are of particular relevance. The arbitration proceedings must always respect the impartiality of the tribunal, the equality of the parties and the principle of contradiction.”³⁷¹

Já se tratou no tópico anterior da segurança e confidencialidade deste procedimento. Agora, é preciso observar outro aspecto que se revela ainda mais importante por não representar mera faculdade, mas sim dever impositivo a toda a arbitragem sob pena de anulabilidade da mesma (art. 32, VIII da Lei nº 9.307/96) – trata-se dos princípios de igualdade das partes, contraditório e ampla defesa que vêm, em parte, expressos no artigo 21, § 2º da lei Marco Maciel:

Art. 21, § 2º - Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Cumpra, portanto, compreender a aplicação desses princípios na arbitragem³⁷² e, subsequentemente, refletir de que formas a tecnologia pode impactá-los ou até vilipendia-los.

5.1. – A Igualdade das Partes no Procedimento Arbitral Informatizado

O tratamento igualitário perante a lei é um princípio caro ao sistema jurídico pátrio. Declara o artigo 5º *caput* da Lei Maior que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. É pressuposto natural de qualquer embate caracterizado como ‘justo’ que os oponentes tenham paridade de armas e de recursos, sob pena de um dos polos ter uma vantagem injusta. Similarmente, no processo, em que os litigantes se digladiam dentro de normas civilizadas, é de se esperar que as duas partes estejam em equilíbrio para evitar uma luta com um claro favorito.

³⁷¹ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 31 (Grifos do original)

³⁷² NB: Não há espaço neste trabalho, considerando seu escopo, para um exame aprofundado desses princípios tão complexos e importantes. Os mesmos serão analisados sucintamente abaixo na medida do necessário para as reflexões acerca da tecnologia e seu impacto na arbitragem – objetivo central aqui.

Desta maneira, o princípio de igualdade das partes (também conhecido como princípio da isonomia ou de paridade de armas)³⁷³ exige do procedimento que as partes tenham equivalência de condições para exercerem e defenderem seus direitos.³⁷⁴

A infiltração da tecnologia e da informática no procedimento, como bem revela a experiência forense dos tribunais nos países vanguardeiros de TI,³⁷⁵ pode tanto fortalecer quanto ameaçar a igualdade das partes no processo.³⁷⁶ Na arbitragem cabe igualmente verificar se a informática põe em risco a isonomia das partes. Assim, mesmo que uma tecnologia seja, *a priori*, lícita, eficiente e eficaz, a mesma deve ser vedada se gerar uma desigualdade entre as partes suficiente para questionar o respeito à isonomia processual.

Em que medida, porém, a tecnologia pode criar uma desigualdade entre as partes?

Em primeiro lugar, vale mencionar as desigualdades advindas do acesso à internet em localidades diferentes. Esta hipótese é aplicável a todo caso em que houver troca de dados e informações pela internet. Em um país desenvolvido, onde está uma das partes, por exemplo, pode haver confiável e seguro acesso a internet de alta velocidade. Noutro, onde reside a parte contrária, pode haver internet em velocidades insatisfatórias ou até monitorada e censurada pelo governo.³⁷⁷ Neste cenário, uma parte estaria participando das videoconferências em tempo real e recebendo todas as mensagens eletrônicas enquanto a outra parte teria dificuldades em garantir uma imagem consistente e de boa qualidade na videoconferência, sofreria com a lentidão ou até incapacidade para baixar e carregar documentos eletrônicos e

³⁷³ BUENO, C. S.. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 128

³⁷⁴ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* nº 04, p. 59

³⁷⁵ A experiência australiana, por exemplo, tem sido muito positiva com a informatização, especialmente por aquele país ter – assim como o Brasil – dimensões continentais. Neste caso, os ganhos de eficiência com a informatização do procedimento foram apontados mais como fator de equalização das partes, do que causa de qualquer prejuízo na paridade de armas. Por outro lado, a matéria já chegou a assumir feições de obstacularização de acesso à justiça em alguns países. Conforme o procedimento foi progredindo em direção à informatização houve uma preocupação com o que fazer em relação àqueles que não estavam preparados – por falta de recursos – para aproveitar os novos procedimentos. Israel e Cingapura, por exemplo, julgaram o problema suficientemente sério a justificar a manutenção de centros de informatização disponíveis ao atendimento ao público. Assim, o cidadão ou advogado tecnologicamente desfavorecido podem ter seus documentos digitalizados em um desses centros comunitários. Ou seja, o Estado passou a fornecer meios para os necessitados. (WALKER, J.; e WATSON, G. D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. Cit. *supra* nº 296, pp. 287, 256 e 261)

³⁷⁶ BUCKER, F. C. B.. O processo digital em audiência. In: *Revista do Advogado*. Ano XXXIII, nº 120, São Paulo: AASP, agosto de 2013, p. 27

³⁷⁷ HALKET, T. D. The use of technology in arbitration: ensuring the future is available to both parties. In: *St. John's Law Review*. Vol. 81. N. 1. Inverno 2007, p. 271

ainda correria o risco de não receber mensagens eletrônicas se estas ficassem presas na fiscalização eletrônica governamental.

Outro fator que pode exacerbar a desigualdade é o preparo e a proficiência tecnológica de cada parte ou seus advogados.

Em uma arbitragem virtual na qual, por exemplo, os documentos eletrônicos estão na nuvem e lá devem ser submetidos sempre, enquanto uma parte pode conseguir carregar e baixar documentos eletrônicos com facilidade, visualizando os autos sem grandes esforços, uma parte menos tecnologicamente adepta pode precisar de horas para entender como realizar tais funções ou – pior ainda – não conseguir executá-las, tendo seu acesso às manifestações e provas juntadas aos autos prejudicado e não logrando êxito em expor seus argumentos por incapacidade tecnológica (ex. pensou que carregou a manifestação na nuvem, mas apenas salvou no computador local).

Este problema pode ou não estar atrelado ao tamanho da empresa ou sociedade de advogados.³⁷⁸ Uma grande empresa/sociedade pode ter um departamento de TI pronto para auxiliar no uso da informática, dispondo de todo o *hardware* e *software* necessários para realizar videoconferências, audiências virtuais, etc., enquanto uma empresa menor pode não dispor de tais recursos sendo obrigada a encarar custos adicionais para conseguir cumprir as exigências eletrônicas. Tamanho, porém, não é o único atributo a ser considerado. Imagine uma arbitragem entre uma autarquia federal de um país em desenvolvimento contra uma pequena empresa desenvolvedora de programas de computador de ponta. Neste caso, é provável que Davi estará muito mais confiante do que Golias no ciberespaço. Enfim, uma parte pode ter equipamento ou saber usar equipamento que desempenhará importante papel no procedimento arbitral melhor do que a outra parte.

O. CACHARD alerta, outrossim, que a igualdade das partes pode ir além de acesso equivalente à tecnologia. Igualmente importante é assegurar que as partes usem a tecnologia da mesma forma. Um exemplo curioso disto é que nos EUA concluiu-se que a câmera usada em videoconferências deve estar no mesmo ângulo para ambas as partes e, de preferência, em salas parecidas ou idênticas. O motivo dessa exigência aparentemente bastante rígida é que os julgadores perceberam que em alguns casos a câmera focava apenas no rosto do depoente, em outros casos a câmera era posicionada mais longe, permitindo ao julgador observar os gestos

³⁷⁸ Ibidem

com as mãos e linguagem corporal, modificando a quantidade de informação absorvida pelos julgadores.³⁷⁹

As hipóteses acima delineiam situações em que, por virtude do uso da tecnologia, existe uma desigualdade entre as partes. Parece intuitivo supor, contudo, que não é toda e qualquer desigualdade que represente uma violação ao princípio da isonomia processual. Se assim fosse, fácil seria anular as sentenças arbitrais com fulcro no artigo 32, VIII da Lei nº 9.307/96. Indaga-se, portanto, que desigualdades geradas pela tecnologia ameaçam concretamente o princípio da igualdade das partes? Isto é: que desigualdades o processo arbitral é incapaz de tolerar?

A doutrina diverge neste ponto, tendo dificuldade em precisar os contornos objetivos do princípio da igualdade das partes.

Uma tese sedutora é a ‘solução’ de T. D. HALKET, que entrega a apreciação do problema aos árbitros, afirmando que a questão se resume à cuidadosa aplicação do princípio de que às partes deve sempre ser garantida suficiente igualdade para afirmar que houve respeito ao devido processo legal segundo as normas aplicáveis – algo que será verificado necessariamente de forma casuística pelos árbitros.³⁸⁰

Embora em última instância os árbitros sejam obrigados a decidir no caso concreto o que constitui ou não violação do princípio da igualdade das partes, inclusive pela incerteza de qual legislação incidirá na arbitragem, não é necessário (ou sequer prudente) deixar de buscar alguns parâmetros mínimos para a análise da questão, sob pena de ficar impossível enxergar onde o tribunal arbitral exerce a discricionariedade e não a arbitrariedade.

Ademais, em certos casos, a apreciação casuística pode ser dispensada. Um caso obviamente inaceitável é do tribunal arbitral permitir o uso de uma tecnologia a uma parte, mas negar à outra parte acesso à mesma ferramenta.³⁸¹

³⁷⁹ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 36

³⁸⁰ Nas palavras do autor: “*It is thus reasonable to conclude that, like the question of minimum procedural fairness, the applicable test of equality of treatment is dependent not only on the identity of the jurisdiction whose law is to be applied, but also the claimed inequality and the facts presented. If so, there would be no easy rules to use to determine when an unequal treatment would preclude a panel from permitting or requiring the use of a particular technical aid. Again, the best that can be said is that a panel should be able to do so unless the use of technical aid deprives a party of equality of treatment as required by laws applicable to the conduct of arbitration.*” (HALKET, T. D. *The use of technology in arbitration: ensuring the future is available to both parties*. Cit. *supra* nº 377, pp. 279 e 283)

³⁸¹ Idem, p. 282

Mesmo nos casos em que não há uma nítida desigualdade fomentada pelo tribunal em detrimento de uma parte, certas linhas mestras podem ser usadas de norte. Um bom ponto de partida nesta pesquisa é a posição de T. SCHULTZ, por exemplo, que opina no seguinte sentido:

*“With regard to IT usage, issues may arise if the technology used cannot be equally accessed and mastered by both parties and that, as a consequence, one party is at a substantial disadvantage. If the use of such technology has been imposed by the arbitral tribunal and if the technology in question requires more than a reasonable training in IT matter, then such a disadvantage may constitute a violation of equal treatment.”*³⁸²

Acrescentando, posteriormente, que o uso de tecnologias complexas na arbitragem dependerá de três fatores: (i) Se as partes consentiram ou expressamente solicitaram esta tecnologia; (ii) O grau de proficiência das partes no uso da tecnologia; e (iii) A facilidade de uso (ou aprendizado de uso) da tecnologia. Isso tudo deve ser sopesado pelo tribunal arbitral ao usar sofisticadas tecnologias para garantir que haja equilíbrio.³⁸³

O exposto acima fornece um bom início por abordar os três critérios mais importantes nesse debate: grau de complexidade tecnológica, fonte da imposição tecnológica e nível de prejuízo gerado. Todos precisam ser analisados conjuntamente para aferir se há ou não violação ao princípio da isonomia das partes.

O grau de complexidade tecnológica diz respeito a quão sofisticada é a tecnologia tanto em termos monetários (qual o custo para adquirir e operar a tecnologia) quanto em termos de recursos humanos (se o uso da tecnologia exige aprendizado/experiência prévia ou pode ser facilmente manipulado por leigos). Em outras palavras, é importante analisar se a tecnologia é de fácil acesso e uso pelas partes e seus representantes. Isto é, ambos os lados tem a tecnologia ou conseguem adquiri-la facilmente? Obtida, é razoável presumir fácil utilização da tecnologia?

Não parece haver consenso sobre quão acessível a tecnologia precisa ser.

³⁸² SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 116

³⁸³ Idem, pp. 108-109

De um lado, há aqueles que defendem uma postura conservadora e cautelosa, dando atenção para qualquer desnível tecnológico. Nesse sentido, para R. HILL, por exemplo, não se pode exigir a troca de informações em CDs se uma das partes não tem o equipamento para leitura desses discos.³⁸⁴ O curioso é que mesmo na época em que o referido autor posicionou-se sobre o tema, os leitores de CDs não custavam caro no mercado, constituindo a falta de tal equipamento, portanto, uma óbice relativamente fácil de superar.

Do outro lado do espectro, nota-se uma visão mais liberal. T. D. HALKET, em artigo dedicado ao tema, manifesta-se no sentido de que na dúvida é mais prudente permitir a tecnologia do que proibi-la, isto é, presumir a igualdade do que dedicar esforços para tentar criar uma igualdade artificial. Um dos principais motivos para a conclusão do doutrinador neste sentido é o medo de que admitida uma exceção no caso da tecnologia, abre-se um perigoso precedente de manipulação do procedimento pelos árbitros visando equiparar as partes – uma intervenção que pode facilmente ultrapassar os limites e levar à parcialidade dos julgadores.³⁸⁵

Defendendo uma posição mais intermediária, T. SCHULTZ nota que a questão deve ser tratada dentro de certos parâmetros. Por um lado, há que se considerar o tamanho da arbitragem. Em uma arbitragem com valores imensos em jogo entre empresas multinacionais não soa exagerado que os árbitros insistam no uso de uma tecnologia relativamente cara, mas que possa expressar ganhos de eficiência ou eficácia na arbitragem que compensem o investimento. Ao mesmo tempo, existe um ‘mínimo tecnológico’ que pode ser sempre exigido: acesso à troca de *e-mails* simples, uso do Pacote Office, leitura de arquivos em PDF, etc. tudo isso pode ser presumido como acessível às partes, independentemente das características das mesmas.³⁸⁶

De fato, o preço da tecnologia operacional tem caído consistentemente nas últimas décadas. Ademais, existe no mercado digital uma série de programas baratos ou até gratuitos que imitam *softwares* profissionais como o Pacote Office. Ao mesmo tempo, a arbitragem comercial é vista como atividade comumente acessada por empresas e agentes do comércio

³⁸⁴ HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 3.

³⁸⁵ HALKET, T. D. The use of technology in arbitration: ensuring the future is available to both parties. Cit. *supra* nº 377, p. 275

³⁸⁶ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 117

internacional de respeitável porte, dificilmente preocupados com gastos cotidianos com atualização tecnológica.

Desta forma, no que tange o primeiro critério – grau de complexidade tecnológica – o mais sensato é sempre analisar esta questão circunstancialmente e tendo em vista os padrões da arbitragem em tela. Quanto maior a arbitragem, mais razoável supor que as partes consigam atender maiores exigências tecnológicas. Em arbitragens mais simples, todavia, o recomendável é ater-se ao ‘mínimo tecnológico’ referido acima.

O segundo critério levantado por T. SCHULTZ acima diz respeito à origem da imposição, isto é, a decisão de usar aquela tecnologia partiu dos árbitros ou foi consensualmente escolhida pelas partes?

Para o doutrinador, como bem visto, a desigualdade só é imaginável quando oriunda dos comandos do tribunal arbitral. Este posicionamento é ecoado por T. D. HALKET, para quem a concordância das partes com a tecnologia elimina a controvérsia, na medida em que as partes podem controlar o procedimento.³⁸⁷ Este controle, vale lembrar, está atrelado ao fato de lidar-se na arbitragem com direitos patrimoniais *disponíveis*, não fazendo sentido limitar indiretamente aquilo que pode ser livremente cedido diretamente. Afinal, recorde-se que a autonomia da vontade é uma das vigas mestre do meio arbitral.

Deflui naturalmente do exposto acima a recomendação de envidar esforços, sempre que possível, para assegurar que haja consentimento e concordância de ambas as partes³⁸⁸ (seja na escolha das regras procedimentais no regulamento ou convenção arbitral, seja não objetando à sugestão dos árbitros na hora dos termos de referência) com o uso de recursos tecnológicos, mitigando assim o risco de alegações de falta de paridade de armas.

É preciso, entretanto, recepcionar a conclusão acima *cum grano salis*. O artigo 21, §2º possui estrutura e conteúdo de norma cogente (“Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral”)³⁸⁹ – não podem as partes, portanto, abrir mão voluntariamente da igualdade das partes na arbitragem, por mais que assim desejem. Destarte, apesar da origem da imposição ser importante – sendo mais comum suspeitar-se de uma desigualdade imposta pelos árbitros

³⁸⁷ HALKET, T. D. The use of technology in arbitration: ensuring the future is available to both parties. Cit. *supra* n° 377, p. 272

³⁸⁸ Idem, p. 284

³⁸⁹ HERSCOVICI JUNQUEIRA, G.. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* n° 281, p. 41

do que aquela criada pelas partes – este fator não é capaz, por si só, de afastar a desigualdade. Isto é, concluindo-se, pela análise dos outros dois critérios, que houve efetiva violação ao princípio de igualdade das partes, o fato das partes terem gerado esta desigualdade não elide a anulabilidade da sentença arbitral. A origem, portanto, serve como indício. Na dúvida se houve violação e partindo a escolha das partes, é recomendável aceitar o desequilíbrio. Agora, imposto o desequilíbrio por ordem processual, é justo tratar o desequilíbrio com mais cuidado.

Recomenda-se, outrossim, que o exposto acima seja reservado para casos patentemente incomuns. Um exemplo claro é quando uma parte, de má-fé, convence a outra a concordar com tecnologia que sabe criará considerável desequilíbrio em seu favor. De resto, quando a tecnologia é escolhida de forma consciente e voluntária por consenso, apenas em casos onde a desigualdade é nítida e atende o critério a seguir (prejuízo) deve-se cogitar de se sobrepor à vontade das partes.

Por fim, e lembrando a velha máxima de *pas de nullité sans grief*, é preciso que a desigualdade seja de difícil superação e cause efetivo prejuízo na arbitragem.

Se, a título de ilustração, o desequilíbrio ocorrer em desvantagem da parte que foi completamente vitoriosa na arbitragem, então não era uma desigualdade significativa. Similarmente, não deve ser levado em consideração desequilíbrio que seja fácil de sanar. Imagine-se que uma das partes não consegue adquirir ou não sabe manipular uma tecnologia usada para se comunicar nos autos. Essa desigualdade pode ser ignorada, por exemplo, na medida em que os árbitros aceitem outro meio de comunicação equivalente (destacando, mais uma vez a importância do princípio da facultatividade) ou se a câmara arbitral disponibilizar equipamento ou pessoal para ajudar a parte em desvantagem.

Outro exemplo: uma parte, adepta aos meios tecnológicos, recebe de antemão uma ordem processual dos árbitros, e a outra, confiando nos meios tradicionais, recebe a comunicação apenas depois. Essa desigualdade não é preocupante, contudo, se mesmo recebendo a comunicação depois, a parte em desvantagem tem, mesmo assim, tempo de sobra para reagir e atender a ordem processual.

Em síntese: a desigualdade deve ser de peso, causando prejuízo que não possa (ou não tenha sido) reparado.

Esses três critérios servirão de norte para o tribunal arbitral receoso de alguma desigualdade das partes advinda da tecnologia. É recomendável assegurar-se que a exigência

tecnológica esteja alinhada com o porte da arbitragem, que as partes tenham concordado conscientemente com a escolha e que qualquer desequilíbrio que possa ocorrer não cause prejuízo significativo ou possa ser reparado.

Por fim, é necessário sublinhar que o princípio da igualdade das partes na arbitragem deve ser analisado sob a lente específica deste meio. Para tanto, a primeira providência a se tomar é divorciar o princípio de igualdade de partes na arbitragem do mesmo princípio visto sob a ótica do processo estatal. Especificamente, no processo estatal, é reconhecido que malgrado a lei declare o objetivo de igualar todos perante seus olhos, nem todos estão, na prática, em condições de igualdade. Consequentemente, no processo estatal, a isonomia pode ir além de oferecer condições idênticas para, francamente, oferecer condições desiguais aos litigantes, justamente buscando estabelecer (pelo menos no plano jurídico) um equilíbrio que naturalmente não há. Em termos simplificados, busca-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, observando que “[...] *o tratamento desigual se justifica na medida exata da desigualdade combatida.*”³⁹⁰ Ou, nas eruditas palavras de A. C.A. CINTRA, A. P. GRINOVER e C. R. DINAMARCO:

*“A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, ao qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.”*³⁹¹

Essa noção de igualdade *substancial* justifica, por exemplo, uma série de privilégios e prerrogativas no processo civil.³⁹² A busca pela igualdade substancial, todavia, deve ser evitada na arbitragem, isto é, o conceito de igualdade de partes na arbitragem deve ser mais

³⁹⁰ BUENO, C. S.. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. cit. *supra* n° 373, p. 128

³⁹¹ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* n° 04, p. 59-60

³⁹² Vide, por exemplo, os artigos 9º, 100, I e 188 do CPC.

estreito, preocupando-se mais com a igualdade formal do que substancial, pois se entende que a arbitragem é uma via eleita por partes em pé de igualdade, devendo ser evitada por aqueles que necessitam de auxílio do Estado para equilíbrio de forças.³⁹³ Afinal, se a arbitragem é facultativa e seu procedimento em grande parte negociável, não deveria ser escolhido por partes com dificuldades de negociar.

É por tal razão que no primeiro critério a solução passa pelo porte da *arbitragem* e não das *partes*, eis que se presume serem as partes grandes o suficiente para arcar com o meio que escolheram livremente.

Este posicionamento, contudo, não pode ser radicalizado ao extremo. Como já foi dito na Introdução desta obra (Capítulo I), a arbitragem informatizada vem conquistando popularidade especialmente no ciberespaço e nem sempre se dá em relações B2B, mas sim às vezes em contendas B2C. Nesses casos, os árbitros precisam tomar um cuidado redobrado com a isonomia, pois é de se supor que as empresas possuam mais recursos e conhecimentos que os consumidores. Não se quer dizer com isso que se deve conceder ao consumidor regalias numa tentativa de equilibrá-lo contra a empresa, mas o árbitro deve, aproveitando a maior informalidade da arbitragem, ajudar as partes a chegar num procedimento que, naturalmente, leve em consideração as capacidades de cada parte e, se necessário, proporcione à parte menos assessorada adequada informação para tomar uma decisão informada e consciente.³⁹⁴

Mesmo na arbitragem B2B, contudo, não se deve prender-se à isonomia formal de forma fetichista. Se as partes ou o tribunal arbitral criarem, inadvertidamente ou maliciosamente, uma desigualdade de tal proporção que o processo incline-se a favor

³⁹³ Nesse sentido: CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 177; CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 296; e HERSCOVICI JUNQUEIRA, G.. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* nº 281, p. 43

³⁹⁴ Ilustra-se por meio de exemplos: 1.) Nos prazos, não se deve conceder mais prazo ao consumidor do que a empresa, o que violaria a isonomia formal das partes. É sensato, todavia, conceder um amplo prazo para as duas partes apresentarem provas e manifestações, com possibilidade de prorrogação justificada a critério do tribunal sem violação da igualdade das partes e ajudando a parte menos assessorada ter prazo suficiente para atuar. Se uma parte precisa de 15 dias e outra 30, conceda-se 30 dias para ambas. 2.) Considerando a possibilidade de escolha do direito aplicável tanto ao procedimento quanto ao mérito (art. 2º, §1º da Lei nº 9.307/96) e não havendo consenso entre as partes, os árbitros poderiam aplicar uma legislação adequada à situação como o CDC. 3.) O tribunal arbitral, antes da audiência de instrução, pode informar às partes quais pontos são ainda controversos e a quem incumbe provar cada ponto. 4.) O árbitro é juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei nº 9.307/96) e não raro os árbitros são escolhidos justamente pelo profundo conhecimento que possuem na matéria *sub iudice*. Assim, desde que haja efetivo contraditório sobre o conhecimento do árbitro, nada impede este de aproveitar seus conhecimentos para fundamentar a sentença arbitral, mesmo que o argumento ou dado não tenha sido levantado por uma parte, mas fornecido pelo árbitro e, repita-se, debatido pelas partes.

exclusivo de uma parte, é altamente recomendável uma intervenção dos árbitros (inclusive ameaçando renunciar ao cargo) para não proferirem uma sentença vulnerável a anulações. Existe uma presunção *iuris tantum*, e não *iuris et de iure*, de igualdade das partes ao escolherem a arbitragem.

Claro é que a tecnologia nem sempre representará uma ameaça à igualdade das partes. T. SCHULTZ acredita que a informatização da arbitragem, pode servir, em última instância, como forma de igualar as partes, tornando esse sistema mais acessível na medida em que diminui ou elimina custos que dificultariam a plena defesa/direito de ação de uma parte economicamente mais frágil.³⁹⁵ Assiste razão ao autor: com todos os ganhos de eficiência, comodidade e eficácia apontados anteriormente (*supra* 2.) é de se supor que em muitos casos a tecnologia venha a melhorar a arbitragem, especialmente por serem a maioria das tecnologias de fácil acesso e uso.

5.2. – Contraditório e Ampla Defesa no Procedimento Arbitral Informatizado

Os princípios do contraditório e da ampla defesa aparecem lado-a-lado no importantíssimo artigo 5º, LV da Constituição Federal que determina que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*”.

Nota-se que a Norma Ápice decidiu mencionar os dois artigos simultaneamente, enquanto a Lei nº 9.307/96 optou por mencionar apenas o contraditório, sem nada dizer a respeito da ampla defesa.

Como se verá adiante, os dois princípios são parecidos e estão ligados, mas não são sinônimos.³⁹⁶ Apesar disso e não obstante o legislador tenha deixado de mencioná-lo expressamente no artigo 21, §2º da Lei de Arbitragem, nem por isso deixar-se-á de considerar o princípio da ampla defesa aqui. Tal princípio é indubitavelmente digno de análise por integrar uma garantia do onipresente princípio-fonte do devido processo legal³⁹⁷ e por estar previsto em outras normas complementares (além da CF). A Convenção de Nova Iorque, por exemplo, dispõe em seu artigo V, 1, *b*, o quanto segue:

³⁹⁵ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 2

³⁹⁶ CRETILLA NETO, J.. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. cit. *supra* nº 320, p. 63

³⁹⁷ DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 243

1. - O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

[...]

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

Lê-se neste dispositivo um claro aceno à ampla defesa,³⁹⁸ mostrando que até num tratado que visa facilitar o reconhecimento de sentenças arbitrais (como bem evidencia seu artigo VII.1.) a questão da ampla defesa é enxergada com seriedade.

Pois bem, mas qual o conteúdo essencial desses princípios, sobretudo na ótica arbitral?

O contraditório, em essência, representa uma bilateralidade constante no processo (estatal ou arbitral). Isto é, assim como não se pode admitir um jogo esportivo como o futebol com apenas um time em campo, o contraditório incorpora a noção de que haja uma oposição saudável de argumento e contra-argumento sempre que possível. Consequentemente, o contraditório exige observação do binômio *informação e reação* (ou ciência e resistência): é preciso sempre saber o que foi feito (mesmo que posteriormente) e ter a oportunidade (real e concreta) de, no momento adequado, reagir de acordo, pedindo, alegando ou provando o que de interesse e, assim, apresentado ao julgador, no final das contas, os dois lados de cada história.³⁹⁹

A ampla defesa, por sua vez, é associada mais comumente com o requerido, que precisa ter assegurado meios efetivos e verdadeiros para se defender da acusação que lhe é feita. Ou seja, alegada a violação de algum direito, a parte que supostamente violou o direito

³⁹⁸ GREBLER, E.. A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1), Alíneas “A” e “B” da Convenção de Nova Iorque. In: *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 210

³⁹⁹ BUENO, C. S.. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. cit. *supra* nº 373, pp. 107-112; CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 176; CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 295; e CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* nº 04, pp. 61-63; DINAMARCO, C. R.. *Fundamentos do processo civil moderno*. Cit. *supra* nº 272, pp. 215-216.

deve ter à sua disposição os meios e recursos necessários para tentar provar e convencer que a imputação não procede.⁴⁰⁰

Segue do exposto acima que a tecnologia não deve prejudicar (aliás, deveria facilitar) a interação das partes no processo arbitral. Acima (vide 3.3.), antecipou-se o exemplo da citação por vias eletrônicas. Sem citação, dificilmente pode se falar em efetivo respeito à ampla defesa, por exemplo, pois uma parte sequer teve ciência da demanda.

Nessa esteira de raciocínio, a informatização da arbitragem deve ser evitada sempre que a tecnologia criar sérios empecilhos a uma parte tomar conhecimento do que se transcorre nos autos ou expressar-se neles quando tiver oportunidade para tanto.

Além do exemplo da citação eletrônica, podem-se imaginar vários outros exemplos que bem demonstram os cuidados que precisam ser tomados na hora de introduzir a tecnologia neste meio.

É importante, por exemplo, assegurar que documentos eletrônicos disponibilizados *online* sejam acessíveis a ambas as partes e que haja espaço e prazo razoável para se comentar estes documentos. Aqui vale a pena atentar-se para os comentários oferecidos sobre compatibilidade e obsolescência tecnológica no item V.3.4. *infra*. Ou seja, é importante assegurar-se que todos conseguem analisar os documentos eletrônicos plenamente.

Outra importante cautela na arbitragem virtual diz respeito ao monitoramento da possibilidade de comunicações *ex parte*.⁴⁰¹ Se enviados por *e-mail*, os documentos eletrônicos e manifestações tem que circular para todas as partes e árbitros. Por isso, muito importante checar se a mensagem foi endereçada corretamente e alcançou seu destino. T. SCHULTZ argumenta, inclusive, que neste caso o uso de tecnologia pode favorecer o contraditório. É possível, por exemplo, configurar um *mailing list* ou usar uma sala de bate-papo que automaticamente dá a todos aqueles envolvidos na arbitragem registro do que está ou foi discutido, automaticamente garantido o acesso imediato de todos às novidades nos autos digitais.⁴⁰²

⁴⁰⁰ BUENO, C. S.. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. cit. *supra* nº 373, pp. 112-114; CRETELLA NETO, J.. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. cit. *supra* nº 320, pp. 61-68; e HERSCOVICI JUNQUEIRA, G.. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* nº 281, p. 45.

⁴⁰¹ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 34

⁴⁰² Idem, p. 65. No mesmo sentido: CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 36

Adicionalmente, árbitros devem sempre checar se mensagens eletrônicas recebidas foram copiadas corretamente aos representantes legais da outra parte e aos co-árbitros. É recomendável, por exemplo, checar se não houve erro de digitação nos endereços eletrônicos e, se houver, encaminhar a mensagem pedindo confirmação de recebimento.

A comunicação *ex parte* pode também ocorrer acidentalmente. Exemplo: uma parte é desconectada de uma videoconferência e as outras sequer percebem que ela está sem conseguir ouvir ou falar.⁴⁰³ Situações como estas favorecem o uso de programas mais sofisticados que automaticamente acusam a perda de uma conexão, bem como disponibilização de um meio alternativo de comunicação para a parte desconectada comunicar sua ausência. Detectada a falha, a tecnologia pode ajudar a reparar o problema que deu causa: no caso de uma videoconferência, por exemplo, é factível aguardar o retorno e fazer um *playback* do vídeo para a parte desconectada ver tudo que ocorreu antes de notarem sua ausência, sanando quaisquer anulabilidades.

No fundo, todavia, dependerá dos árbitros cuidarem ao longo da arbitragem pelo respeito do contraditório e da ampla defesa, julgando, por exemplo, se uma parte realmente precisa utilizar (ou não) a tecnologia *X* ou *Y* para provar os seus direitos. Em qualquer caso, é preferível certo conservadorismo para evitar reclamações que possam afetar a validade da sentença arbitral. Aliás, registre-se que em certa medida existe uma infeliz tendência de dar demasiada atenção a questões procedimentais enrijecendo a arbitragem:

*“[...] in the last two decades, arbitration has evolved towards more antagonism, becoming an increasingly formalistic, court-like procedure – a manifestation of the so-called ‘judicialization’ or ‘legalization’ of international arbitration. Hence, parties and arbitrators fear that resorting to IT may jeopardize procedural rights and create grounds for useless procedural complications or even the annulment of arbitral awards.”*⁴⁰⁴

⁴⁰³ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 63

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 2

Assim, tendo em mente o exposto acima, é importante os árbitros aterem-se a padrões conservadores e, sempre que possível, obterem o consentimento das partes (preferencialmente no início e de forma expressa⁴⁰⁵) para evitar tais alegações.

Em contraposição, existe o risco das partes, ao disporem sobre as regras procedimentais, imponham barreiras à sua própria atuação, às vezes colocando em risco o contraditório e a ampla defesa. Imagine-se, por exemplo, se a principal prova de uma parte é um longo vídeo em alta resolução, mas as partes concordam na Ata de Missão que documentos eletrônicos só podem ser usados se seu tamanho for inferior a 2MB, prejudicando sua ampla defesa. Outra hipótese ilustrativa: obrigar o uso de um sistema que trava após as duas primeiras manifestações, quando na contestação uma parte trouxe novos argumentos e documentos.

Por isso, conquanto em outras oportunidades⁴⁰⁶ se defenda a primazia da autonomia da vontade das partes, é importante reconhecer que há um mínimo que deve sempre ser respeitado: deve haver, pelo menos uma oportunidade para se manifestarem sobre todos os fatos e o direito aplicável, garantindo, especialmente, ao requerido a possibilidade de rebater as alegações do requerente.⁴⁰⁷

Diante disso, reitera-se aqui a sugestão da adoção do princípio da facultatividade.⁴⁰⁸ Esse princípio pugna pela manutenção das vias tradicionais e cartáceas paralelamente ao novo sistema informatizado, dando ao usuário da jurisdição a opção de selecionar a via que prefere usar. Trata-se do famoso “Plano B” para caso haja algum imprevisto.

6.- Futurologia Imprevisível

Muito se escreveu acima sobre a eficácia, eficiência, segurança e licitude das tecnologias que começam a permear o mundo moderno da arbitragem. Entretanto, é preciso ter em mente que as inovações tratadas acima dificilmente representam o limite da criatividade humana. Pelo contrário, a cada dia somos prometidos novas revoluções tecnológicas com a

⁴⁰⁵ HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 3.

⁴⁰⁶ Vide: V.3.3. *infra* e HERSCOVICI JUNQUEIRA, G.. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* nº 281

⁴⁰⁷ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 110

⁴⁰⁸ Vide: PIMENTEL, A. F.. Los antecedentes históricos y los principios de los sistemas de proceso electrónico brasileño y español. Cit. *supra* nº 276, p. 157

possibilidade de outras invenções e tecnologias fantásticas serem desenvolvidas pela humanidade e, assim como se fez acima, é provável que as futuras tecnologias exigirão, igualmente, estudo da comunidade jurídica.

Aqui, portanto, é reservado um pequeno espaço para a futurologia; para tentar antecipar o amanhã na esperança de melhor preparar o mundo jurídico para sua chegada. Não se busca antever com precisão o futuro – tarefa impossível –, mas sim meditar sobre a imprevisibilidade do porvir e se é possível tentar se preparar para o desconhecido, refletindo sobre as questões que podem surgir e formas de encará-las.

A preocupação não é nova. J. S. WOLFE, em seu artigo sobre o futuro do ADR dá asas à imaginação criando um futuro com tecnologias que hoje parecem fantasias *high-tech*, mas que, a bem da verdade, podem ser as invenções de um futuro não tão distante.⁴⁰⁹ Talvez o melhor exemplo trazido pelo autor seja o da realidade virtual onde o ser humano receberia todos os estímulos sensoriais diretamente no cérebro permitindo ver, escutar, sentir e cheirar como se aquela realidade fosse a verdadeira (como acontece em nossos sonhos ou no filme *Matrix*). Afinal, o cérebro nada mais faz do que traduzir dados recebidos por sensores externos, e esses dados podem ser convertidos e transmitidos eletronicamente como ocorre numa filmagem ao vivo, por exemplo.

A existência e disponibilidade dessa tecnologia, obviamente, levantaria questões hoje impensáveis. Num cenário onde é possível criar um mundo virtual que seja indistinguível aos nossos sentidos do mundo real, como se pode assegurar a segurança das provas produzidas? Exemplo: Como podem os árbitros confiar na oitiva das testemunhas se é possível que aquelas testemunhas não estejam de fato dizendo aquilo (o computador está simulando a voz delas) ou talvez até mesmo não existam? Aquele advogado que alega estar representando seu cliente de forma tão precária, será que não é um advogado da outra parte assumindo a forma na realidade virtual de seu oponente? *Et cetera*. Seriam necessários novos mecanismos de segurança para zelar que a realidade virtual reflita fielmente a realidade corpórea.

Por outro lado, a realidade virtual levantada por J. S. WOLFE tornaria as discussões travadas acima sobre as vantagens e desvantagens da videoconferência (vide *supra* 3.2.) obsoletas. Se a videoconferência é um simulacro imperfeito do encontro *tête-à-tête*, o mesmo

⁴⁰⁹ WOLFE, J. S.. Across the ripple of time: the future of alternative (or, is it appropriate) dispute resolution. Cit. *supra* n° 311, pp. 804-805

não aconteceria na realidade virtual onde pessoas separadas por continentes poderiam se reunir numa sala virtual com fidelidade quase perfeita à experiência de realmente estarem lá.

Outro exemplo de tecnologia que é possível levantar é o do uso de hologramas. O holograma é uma projeção em três dimensões de um objeto. Costuma-se imaginar que esta projeção se dará no próprio ar. Esta tecnologia pode ser aproveitada na arbitragem especialmente na hora da instrução da causa. Ao invés de os árbitros terem que se contentar com fotos ou vídeos de objetos, poderiam ter uma fiel representação do objeto em três dimensões, projetada na frente dos mesmos. Além de uma melhora perceptível de qualidade (partindo de duas dimensões para três), os hologramas não seriam limitados por questões de tamanho, podendo as projeções ser ajustadas para estarem em perfeita escala com o objeto, conferindo uma melhor noção de tamanho para os julgadores. A comodidade advinda desta inovação pode ser considerável. Árbitros poderão inspecionar com precisão objetos que antes exigiriam o deslocamento dos mesmos como, por exemplo, dois veículos acidentados, uma rachadura numa estrutura, o formato de um grande componente que uma parte alega fugir às especificações, etc.

Se o uso dos hologramas apresenta poucos imbróglis jurídicos, o mesmo não pode ser dito com tamanha facilidade sobre os seguintes dois exemplos.

Muitos já ouviram falar do exame de polígrafo – teste realizado para tentar detectar se alguém está mentindo ou não. Este exame, malgrado suas virtudes, não é 100% preciso (i.é. seu resultado é indício e não prova irrefutável) e está limitado a demonstrar se a pessoa está mentindo ou não. Mas e se a ciência, levando as técnicas de ressonância magnética e análise do cérebro, chegassem num ponto de conseguirem determinar, com absoluta precisão, se alguém está mentindo ou não? Dá-se um passo além: imagine-se um avanço da tecnologia a tal ponto de ser possível visualizar e escutar numa tela de computador o que alguém está pensando. Que profundas implicações uma tecnologia tão poderosa pode trazer à arbitragem?

Ao certo, o estabelecimento dos fatos na arbitragem passaria por uma revolução. Não haveria mais necessidade de se contraditar as testemunhas (inclusive técnicas) e até os árbitros: todos seriam incapazes de faltar com a verdade (salvo lavagem cerebral), logo revelando qualquer comprometimento da imparcialidade. Aliás, como preservar o direito das partes não produzirem prova contra si mesmo se os árbitros podem simplesmente abrir suas mentes e verificarem o que estão ocultando nas profundezas de seus cérebros? Seria lícito e

ético, entretanto, vasculhar assim a mente humana? Como preservar a intimidade e prevenir que os árbitros não vasculhem além do que deveriam (ex. as opiniões de uma testemunha sobre a sensual advogada que contratou)? Por outro lado, é defensável que mesmo tendo a capacidade de ler a mente alheia os árbitros ainda precisem de outras provas, pois a mente humana funciona de forma curiosa, distorcendo memórias e ajudando o ser humano a se convencer (ou até esquecer) de realidades conforme lhe convém... Enfim, parece que aberta esta porta, inúmeros debates de cunho moral, ético e filosófico serão necessários para tentar definir a admissibilidade e valor de uma prova tão atípica.

Por fim, encerrem-se estas digressões da imaginação com o mais querido exemplo da ficção científica: a inteligência artificial. Trata-se, como é de sabença, da possibilidade de máquinas serem dotadas de uma consciência e verdadeiramente raciocinarem (ao invés de simplesmente seguirem programas pré-definidos). Ou seja, o computador pensar por conta própria. Se esta tecnologia não implicar na aniquilação da humanidade como *Hollywood* adora imaginar, mesmo assim mudará a face da terra e a arbitragem dificilmente escapará ilesa dessas transformações.

Adiante se fala do uso do computador como especialista (vide *infra* Capítulo VI). Presente a inteligência artificial tudo lá escrito seria elevado à enésima potência, pois o computador poderia de fato pensar como o mais gabaritado de todos os peritos. Aliás, o que impediria o computador, dotado de consciência, de atuar como advogado? Como ficaria a paridade de armas se uma parte pudesse contratar um supercomputador para defendê-la e a outra parte ficasse limitada a um simples ser humano? E se o computador assumisse o lugar do árbitro? Livre de influências externas e absolutamente imparcial, as máquinas frias e calculistas eliminariam a necessidade de um painel de árbitros: afinal, toda vez os computadores julgariam de forma igual. Talvez fosse o fim dos litígios, na medida em que toda vez que surgisse uma controvérsia uma rápida consulta ao computador revelaria quem ganharia em juízo.⁴¹⁰

Muitas e muitas perguntas poderiam ser acrescidas àquelas já aduzidas acima e não é objeto deste estudo responder questões tão profundas e complexas (se é que existe resposta única e certa para tais indagações). O objetivo do exercício criativo acima, como já se

⁴¹⁰ Vide, neste sentido, a posição de F. C. B. BUCKER, que parece afastar esta possibilidade por temer que isto viole o devido processo legal (O processo digital em audiência. Cit. *supra* nº 376, p. 26).

advertiu, é mais um aviso: o futuro pode trazer surpresas complexas, imprevisíveis e impactantes à arbitragem.

Isto não significa, todavia, que não seja factível firmar aqui algumas lições e princípios que ajudem a preparar e nortear o arbitralista para o novo mundo que um dia virá.

A primeira lição diz respeito à confidencialidade e segurança da arbitragem informatizada (vide *supra* 4.). A cada dia a tecnologia e a informática crescem e evoluem, tanto para o bem quanto para o mal. Se antigamente não existiam técnicas seguras e baratas, hoje a certificação, criptografia assimétrica e registros biométricos aumentam a segurança dos usuários. Por outro lado, se antes era impensável adulterar uma filmagem ou videoconferência, com o tempo a tecnologia pode tornar tal fraude mais exequível. O ambiente tecnológico está em constante mudança e o jurista – apesar de ter que zelar pelos aspectos jurídicos – não pode desconsiderar as cotidianas inovações tecnológicas que certamente afetaram esta seara. Como numa espécie de corrida armamentista onde ora a defesa está em primeiro lugar ora o ataque toma a dianteira, a arbitragem informatizada deve estar sempre alerta a esta questão. O que é seguro hoje, amanhã pode ser vulnerável e vice-versa.

Em uma frase: é preciso constante vigilância.

Uma segunda máxima que pode ser útil é ter cuidado com o ritmo de introdução de novas tecnologias na arbitragem. Existe um cuidado essencial a ser tomado no uso de recursos tecnológicos, especialmente os mais modernos e que acabam de chegar ao mercado além da verificação da eficácia, eficiência ou conveniência de uso dos mesmos. Trata-se da necessidade de familiarização com a nova tecnologia, isto é, testar e compreendê-la antes de inseri-la no contexto de uma arbitragem onde a margem para erros e descuidos é estreita.⁴¹¹ Não se deve deixar levar com o canto de sirene do último *software* sem antes testá-lo e certificar-se que na hora da audiência não se ficará na vexatória situação de horas tentando superar a inexplicável mensagem de erro no lugar da complexa apresentação que se imaginava. Ademais, é sempre recomendável usar tecnologias com as quais já se tem um mínimo de experiência para maximizar a eficiência de seu uso.

Novamente, em uma frase: nem tudo que é novo é bom e tudo tem seu tempo.

Por fim, algumas meditações sobre como preparar as regras arbitrais para lidar com esse futuro imprevisível.

⁴¹¹ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 23

A primeira coisa que se deve ter em mente é que o conflito pode surgir muito depois da redação da cláusula compromissória, com novas tecnologias surgindo até então ou no meio da arbitragem. Assim, revela-se bastante sábia a sugestão de T. SCHULTZ para evitar-se, na medida do possível, utilizar termos específicos para inclusão de recursos tecnológicos na hora da elaboração da cláusula compromissória⁴¹² – mais sensato deixar a precisão das tecnologias para o termo de referência.

Quanto ao compromisso arbitral, este pode ser mais preciso e aventurar-se mais na descrição de quais meios tecnológicos serão admitidos. Novamente, porém, se deve tomar o cuidado para não limitar demais o escopo tecnológico por haver a possibilidade da arbitragem durar mais do que o previsto, havendo evolução da tecnologia neste meio tempo.⁴¹³

Adicionalmente, apesar da arbitragem ser dotada de boa flexibilidade com normas de fácil alteração – mais fácil emendar uma convenção arbitral ou até o regulamento de uma câmara do que uma lei ou convenção internacional – não se deve incorrer no erro de pensar que o legislador (mesmo que privado) terá sempre tempo de acompanhar o ritmo das inovações tecnológicas. Assistimos atualmente a uma revolução tecnológica em ritmo alucinante. Se antes foram necessários anos para a televisão, a máquina de fax e os computadores penetrarem os lares e escritórios, hoje todos são testemunhas de um progresso tecnológico de ritmo visivelmente frenético. Não é incomum dizer-se que as novidades do mercado “já nascem obsoletas” ou ver como novas tecnologias são rapidamente assimiladas pelos cidadãos. Basta verificar quantos não fazem questão de possuir, nesses tempos modernos, um *smartphone* de ‘última geração’. Em outras palavras, a sociedade demonstra estar mais preparada (ou quem sabe até treinada) para acolher novidades tecnológicas, o que se traduz num espaço de tempo muito mais curto para a justiça atentar-se e acompanhar as novidades, sob pena de ficar em descompasso com os cidadãos, gerando atrito e insatisfação.

⁴¹² Nas próprias palavras do doutrinador, que merecem transcrição: “[...] *the gist of drafting an arbitration agreement providing for IT usage is that it should include no detailed provisions on the technologies to be used. If included at all, technical provisions should be termed as broadly as possible [...] because the available technologies change rapidly and the dispute may emerge a long time after the agreement has been signed.*” (SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner’s guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 187). No mesmo sentido: HALKET, T. D. The use of technology in arbitration: ensuring the future is available to both parties. Cit. *supra* nº 377, p. 284

⁴¹³ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner’s guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 189

Desta forma, assiste razão a J. S. WOLFE quando manifesta preocupação que a excessiva regulamentação da questão tecnológica procedimental pode resultar num engessamento da criatividade e experimentação positiva nesta seara.⁴¹⁴

Em qualquer hipótese, o mais recomendável é carrear aos árbitros o dever de conduzir a arbitragem da forma mais eficiente possível, inclusive com o uso das adequadas ferramentas tecnológicas disponíveis e, assim, permitir que os árbitros usem do bom senso e poder de controle deste aspecto do procedimento para manter o desenrolar do procedimento arbitral condizente com estado atual da tecnologia e informática disponível.

7.- Conclusões:

Considerando tudo que foi dito nas páginas acima, fica claro que a tecnologia pode auxiliar consideravelmente a arbitragem. Resta igualmente patente, no entanto, que a tecnologia não deve ser introduzida na arbitragem sem um mínimo cuidado para assegurar não só que esta beneficie o procedimento o máximo possível, mas também para evitar que seja gerado qualquer vício no procedimento que comprometa a validade da sentença arbitral ao final.

Nesse diapasão, aproveita-se este espaço ao final para enfatizar a recomendação das partes, em conjunto com os árbitros, dedicarem um pouco de tempo e tinta para disciplinar a tecnologia no procedimento arbitral, evitando assim grande parte das armadilhas identificadas acima. Como sempre, o ideal é alicerçar a decisão pelo uso da tecnologia no consenso mútuo das partes. Preferivelmente, deve ser especificada a preferência por uma arbitragem moderna na convenção arbitral deixando-se para os termos de referência a precisão do conteúdo exato da tecnologia.

Baseado no exposto acima, entre as matérias que merecem ser enfrentadas, destaca-se:

- Uso e validade de comunicações eletrônicas, especificando, inclusive: (i) quais são os endereços eletrônicos aceitáveis; (ii) quem devem ser os destinatários (ou não); (iii) obrigatoriedade de adoção de medidas de segurança como assinaturas digitais e

⁴¹⁴ WOLFE, J. S.. Across the ripple of time: the future of alternative (or, is it appropriate) dispute resolution. Cit. *supra* n° 311, p. 785

criptografia; (iv) tamanho e formato dos arquivos; (v) forma de nomear os arquivos; e (vi) se existem hipóteses em que a mensagem eletrônica não deve ser usada.

- Uso ou não de videoconferência, especificando, inclusive em que situações será aproveitada ou não esta tecnologia, o sistema a ser usado, se haverá segunda câmera, observadores ou sala espelhada, procedimento em caso de perda de conexão, etc.
- Uso ou não de serviços, sítios ou *softwares* especializados.
- Uso ou não de salas de bate-papo, meditando em que instâncias pode ser usada essa forma e o que fazer com o registro das conversas.
- Uso ou não de recursos tecnológicos em audiência ou nas apresentações das partes e peritos (inclusive para garantir que estejam disponíveis, recomendando-se a disponibilização de uma sessão de testes).
- Medidas de segurança conjuntas e comuns para evitar vazamento de dados e garantir a segurança e sigilo dos documentos, preferencialmente usando servidores seguros e profissionais.
- Possibilidade de usos de tecnologias privadas das partes.
- Previsão de custos e regras de pagamento pelo uso das tecnologias.

Considerando, todavia, o quanto exposto acima sobre a futurologia imprevisível (*supra* 6.) e os perigos de se generalizar, é fundamental que as regras procedimentais contenham, outrossim, planos de contingência e alternativas para o caso de qualquer problema ou dificuldade de uso da via tecnológica originalmente prevista (princípio da facultatividade).

Por fim, aos árbitros caberá, em última instância, o dever de complementar a vontade das partes quando não expressa ou conflitante inclusive na regulamentação das questões tecnológicas do procedimento.

Tomadas as cautelas listadas acima é de se pressupor que a tecnologia assumirá seu devido lugar como importante aliada do procedimento arbitral, lembrando que se a informatização tem demorado a conquistar o procedimento estatal nos níveis esperados, o mesmo não deve acontecer na arbitragem, pois as vias privadas estão mais livres para

implementar mudanças, sem ficarem amarradas em formalismos e tradições ultrapassadas ou bolorentas.⁴¹⁵ Afinal, são as partes, as Câmaras arbitrais e os árbitros que, em grande parte, controlam essa vertente da arbitragem, sendo mais fácil de atualizar as regras procedimentais nessas vias privadas.

Aliás, talvez num futuro não tão distante, ser uma câmara ‘tradicional’ e ‘há décadas no mercado’ possa chamar menos atenção do que ser uma instituição equipada com o estado da arte da tecnologia de informação. É de se esperar, inclusive, que as instituições passem a cuidar de grande parte do suporte tecnológico, permitindo aos árbitros, partes e advogados focarem na demanda e suas complexidades factuais e jurídicas e não se a videoconferência funcionará ou se os documentos digitais estão num servidor seguro. Afinal, a tecnologia deveria ser sempre um coadjuvante da arbitragem e nunca o protagonista. Árbitros devem ser escolhidos, por exemplo, por seu conhecimento da matéria debatida e não por fluência tecnológica.⁴¹⁶ Todas as considerações tratadas acima, enfatize-se, são para que a tecnologia agilize e facilite a arbitragem, sem provocar discussões ou desviar o foco da solução da controvérsia principal.

*

*

*

⁴¹⁵ Nesse sentido: WALKER, J.; e WATSON, G. D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. Cit. *supra* nº 296, p. 255

⁴¹⁶ Como bem enfatiza T. SCHULTZ: “*It may be further recalled that computer literacy and IT considerations should never become the prevailing issues when choosing an arbitrator. Other factors, such as expertise, experience, availability, and nationality are undoubtedly more important for the management of the arbitration and the quality of the outcome.*” (*Information Technology and Arbitration: a practitioner’s guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 182)

Capítulo V

O Documento Eletrônico Enquanto Fonte de Prova na Arbitragem

1. Introdução; 1.1. Vocabulário Jurídico; 2. O Documento Eletrônico; 2.1. Conceito e Funcionamento; 2.2. Natureza Jurídica; 3. Admissibilidade; 3.1. Prova Atípica; 3.2. A Prova Ilícita; 3.3. Autonomia da Vontade; 3.4. Considerações Práticas para Admissão na Arbitragem; 3.5. Excesso de Admissibilidade?; 4. Valoração – Autenticidade e Integridade; 5. Conclusões.

1.- Introdução:

Ex facto oritur jus – o direito nasce do fato. Este antigo adágio é tão pertinente hoje quanto na época em que proferido pela primeira vez e, certamente, continuará a ser verdadeiro até os fins dos tempos, pois não há como negar a inevitável ligação entre os fatos e o direito, ou, dito nos termos da filosofia do direito: a aplicação do direito (a qualificação jurídica) para desencadeamento de uma consequência jurídica exige a ocorrência de determinado fato (o *facti species*).⁴¹⁷

Alegar um fato, porém, dificilmente é o suficiente, pois não raro o julgador ficará em dúvida acerca da veracidade daquela alegação, especialmente diante das alegações de fatos em sentido contrário pela parte oposta na demanda. Essas dúvidas sobre veracidade, ou ‘questões de fato’, devem ser resolvidas pelo julgador, o qual lançará mão das provas para formar sua convicção para, então, estar apto a julgar a causa.⁴¹⁸

As afirmações acima foram tecidas levando em consideração o processo estatal, mas se aplicam integralmente ao processo arbitral.⁴¹⁹ Ou seja, o árbitro, como julgador, também precisa do auxílio das provas para ter uma compreensão dos fatos pertinentes àquela arbitragem e então aplicar o direito eleito.

⁴¹⁷ FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 316-319

⁴¹⁸ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* nº 04, p. 371

⁴¹⁹ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, pp. 312-313; e MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* nº 39, p. 243

Aliás, é possível afirmar que na arbitragem a instrução probatória é tema de imensa importância, provavelmente mais do que na jurisdição estatal, pois os fatos assumem uma relevância descomunal nesta via jurisdicional. Apesar de ser praticamente impossível fornecer qualquer estatística segura, REDFERN & HUNTER estimam que entre 60-70% das sentenças arbitrais sejam mais influenciadas pelos fatos provados do que pelo direito aplicável, tornando a prova das alegações uma das atividades mais determinantes na arbitragem.⁴²⁰

A visão desses veteranos arbitralistas merece ser acolhida e há duas possíveis explicações para raciocinar por que os fatos recebem tamanha atenção na arbitragem. Primeiro, a sentença arbitral raramente é revista em sede recursal, de modo que, possivelmente, os árbitros se sintam menos presos à letra literal da lei e mais livres para correr atrás dos fatos e da equidade. Segundo, os árbitros têm mais tempo disponível e recursos para se dedicar às causas arbitrais, de modo que faz mais sentido pensar que os árbitros estejam interessados em esmiuçar a verdade do que um juiz togado sobrecarregado de trabalho e atordoado com metas do CNJ a cumprir.

Em síntese: a produção de provas é de suma relevância na arbitragem.

Outra peculiaridade da arbitragem que é importante ser fixada nesse introito é a ligação especial que este meio de soluções de controvérsias tem com o mundo do comércio internacional e dos negócios.⁴²¹ Esta afinidade entre a arbitragem e o comércio internacional (existente por motivos que não compensa abordar neste curto espaço) implica, não raro, em uma saudável comunicação entre esses dois sistemas⁴²² e este trabalho tem por objeto de interesse uma das tendências que vem tornando-se a cada dia mais presente no cotidiano profissional, mas especialmente no mundo empresarial: o avanço estonteante da tecnológica da informática com a consequente proliferação dos documentos eletrônicos.

Não se sabe ao certo o volume de documentos eletrônicos que são gerados atualmente. Estima-se, todavia, que ao menos 80% dos documentos produzidos atualmente no dia-a-dia de

⁴²⁰ REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* n° 41, pp. 384-385

⁴²¹ CARMONA, C. A. Arbitragem e Jurisdição. Cit. *supra* n° 02, pp. 33 e 39; e HUCK, H. M. Os limites do Procedimento Arbitral. In: *Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência em homenagem ao Professor Dr. Fábio Nusdeo*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 226.

Vide também o artigo 1º, § 2º da Lei de Arbitragem que autoriza que a arbitragem se baseie “[...] nas regras internacionais do comércio.”

⁴²² Adota-se aqui a tese de E. PARENTE da arbitragem como um sistema processual autônomo, porém não ‘autista’, sendo, portanto, capaz de (e até incitado a) comunicar-se com outros sistemas. (*Processo arbitral e sistema*. Cit. *supra* n° 279, p. 13)

uma empresa sejam eletrônicos.⁴²³ Será demonstrado adiante que essa multiplicação de documentos eletrônicos tem várias razões de ser e tenderá a aumentar (vide *infra* 3.5.), sendo possível enquadrar como fato notório (art. 334, I do Código de Processo Civil) que hodiernamente os documentos eletrônicos estão virtualmente onipresentes.

Sendo assim, a arbitragem, enquanto expressão principal da solução de controvérsias do comércio internacional – que sofre diretamente essa catequização tecnológica – dificilmente conseguirá evitar ser influenciada por todas as novidades tecnológicas.⁴²⁴ Sintoma claro disso é que no campo da arbitragem nota-se a popularização do que vem se chamando de arbitragem *online* – uma arbitragem feita para ser conduzida inteiramente pela internet e focada, geralmente, em causas de menor valor advindas do comércio eletrônico (vide *supra* I.1.). Em tais situações, o uso de documentos eletrônicos, antes de qualquer inovação, torna-se a regra, variando tão somente a forma de submissão dos documentos eletrônicos (anexos de *e-mails*, *upload* num *website*, etc.).⁴²⁵

Enfim, a arbitragem vive em uma era moderna e informatizada em que os documentos eletrônicos constituem parte de sua realidade, seja como formato original dos arquivos digitais das partes, seja como modo escolhido para submissão das fontes de prova (como sói acontecer no *ODR* – *Online Dispute Resolution*). É chegada a hora, portanto, de debruçar-se sobre o documento eletrônico enquanto fonte de prova na arbitragem.

Antes de iniciar-se tal análise, entretanto, é essencial fixar alguns conceitos que serão utilizados ao longo deste capítulo.

1.1.- Vocabulário Jurídico

Já dizia C. R. DINAMARCO: “*No dia-a-dia da vida dos profissionais do direito, é indispensável o conhecimento e adequado emprego das palavras, com integral consciência de seu significado, sob pena de mau entendimento dos textos postos me leitura.*”⁴²⁶

⁴²³ REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* nº 41, p. 396

⁴²⁴ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 1

⁴²⁵ PONTE, L. M.; e CAVENAGH, T. D. *Cyberjustice: online dispute resolution (ODR) for e-commerce*. Nova Jersey: Pearson Prentice Hall, 2004, pp. 86-87

⁴²⁶ DINAMARCO, C. R. *Vocabulário do processo civil*. cit. *supra* nº 326, p. 25

Não é por mero capricho que se transcreve acima essa valiosa lição do ilustre professor titular das Arcadas. Será empregado neste capítulo seus ensinamentos sobre teoria geral da prova, especialmente no que diz respeito à diferença entre *meios* de prova e *fontes* de prova.

Comumente não é feita distinção entre *fonte* de prova e *meios* de prova. Ocorre que, de um ponto de vista de rigor técnico, é útil tomar o cuidado de fazer tal diferenciação.

Esclarece C. R. DINAMARCO que: “*Fontes de prova são pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação. São elementos, ou meios instrumentais externos que, quando trazidos ao processo, o juiz e as partes submetem às investigações necessárias a obter tais informações.*”⁴²⁷ Já os meios de prova são definidos como “[...] técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa.”⁴²⁸

A fonte, conseqüentemente, é a origem da onde se extrai a informação através dos meios de prova. Como ilustração, pense na testemunha *X* que é inquirida em juízo. *X* (a testemunha) é a fonte de prova, ao passo que seu depoimento é o meio de prova usado para obter dessa prova testemunhal os fatos que interessam à causa.

A intitulação deste Capítulo V bem indica que o documento eletrônico é aqui enquadrado como *fonte* de prova. Pode parecer, *prima facie*, uma escolha contraditória, pois as fontes de prova parecem estar ligadas a uma origem material e o documento eletrônico, conforme se demonstrará (vide *infra* 2.1.), nada tem de material. Aliás, sendo o documento eletrônico informação em formato digital, é lícito questionar se o documento eletrônico não configura a própria informação que se busca extrair.

Tal conclusão, porém, deve ser afastada, eis que por fonte de prova tem-se a coisa, corpórea ou não, da onde é extraída a informação útil ao processo (arbitral ou não). Nesse sentido, o documento eletrônico, apesar de ser um conjunto de informação organizado de forma eletrônica, não pode ser outra coisa senão a fonte da prova.

Exemplifica-se: um registro eletrônico que marca a entrada e saída de funcionários é um documento eletrônico, mas em uma causa trabalhista a informação que se busca pode não ser o horário em que dada pessoa entrou ou saiu (salvo se discutirem-se horas extras), mas talvez provar que aquele funcionário trabalhou naquele edifício. Ou seja, a análise (meio de

⁴²⁷ DINAMARCO, C R. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 397, p. 86 (Grifos do Original)

⁴²⁸ Idem, p. 87 (Grifos do Original)

prova) daquele documento eletrônico (fonte de prova) traz a informação relevante ao processo (X trabalhou lá por anos).

Consequentemente, soa melhor a conceituação do documento eletrônico como fonte de prova, a despeito de sua natureza intangível.

Outro termo que merece ser precisado neste capítulo, pois será relevante adiante (vide *infra* 4.), é o de ‘indícios’. Malgrado na linguagem comum este vocábulo possa assumir o significado da ‘suspeita’ ou ‘indicação’ de um fato,⁴²⁹ de um ponto de vista estritamente jurídico, indícios possui o significado de a prova de um fato circunstancial (também conhecido como fato auxiliar, base ou indireto) cuja comprovação ajuda a demonstrar, por um raciocínio lógico, um fato relevante ou principal.⁴³⁰

Por fim, esclarece-se aqui que ao longo desse texto será empregada tão somente a expressão ‘documento(s) eletrônico(s)’ para significar os documentos salvos em formato digital. Poupar-se-á o uso de sinônimos (ex. ‘arquivos digitais’, ‘documentos virtuais’, ‘e-docs’, etc.) para evitar confusões. Similarmente, os documentos que não sejam eletrônicos, isto é, aqueles documentos cartáceos que pertencem ao mundo material (ex. documentos impressos, manuscritos, fotografias reveladas, etc.) serão sempre referidos neste capítulo como ‘documentos físicos’.

2.- O Documento Eletrônico:

2.1.- Conceito e Funcionamento

Fazendo uma analogia com a doutrina de M. REALE⁴³¹ é sustentável que o Direito caminha um passo atrás do mundo real. Assim o é porque o mundo real precisa ser digerido e traduzido pelo Legislativo antes de entrar para o mundo jurídico. Se por um lado esse processo natural dá ao Direito mais tempo para refletir sobre as matérias antes de internalizá-las, por

⁴²⁹ FERREIRA, A. B. H. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 937

⁴³⁰ ALVIM, A. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 2. 10. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 533; DINAMARCO, C R. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 397, p. 68; e GRECO FILHO, V. *Direito processual civil brasileiro*. Vol 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 196 e 209

⁴³¹ REALE, M.. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: RT, 1988, p. 303

outro lado assuntos como o ora abordado, que são ainda relativamente novos, trazem consigo o desafio de certa *terra incognita* jurídica.

Nesse sentido a conceituação de documento eletrônico está ainda em processo de solidificação.

A legislação, por enquanto, não ofereceu qualquer definição do que se deve entender por documento eletrônico. Tanto a Medida Provisória nº 2.200 de 28 de junho de 2001 (reeditada pela MPv nº 2.200-1 de 2001 e que dispõe sobre a certificação dos documentos eletrônicos) como a Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006 que disciplina a informatização do processo judicial tangenciaram o tema,⁴³² mas recusaram-se a conceituar o objeto deste trabalho. Aliás, nem na esfera externa logra-se êxito em encontrar uma definição, eis que até a Convenção da UNCITRAL sobre o uso de comunicações eletrônicas em contratos internacionais omite-se neste ponto.⁴³³

Resta, portanto, consultar a doutrina, e mesmo aqui são poucos os que já ousaram desbravar essa nova área. Dentre eles, merece destaque A. T. R. MARCACINI, que define o documento eletrônico como “*uma sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato.*”⁴³⁴

O conceito é singelo, mas é apto. O documento eletrônico, para o Direito, deve ser visto como uma informação em formato eletrônico que pode ser usado no processo (arbitral ou estatal) como fonte de prova para uma questão de fato.

Vale lembrar, ademais, que os documentos eletrônicos, assim como os documentos físicos, não se resumem às peças escritas. De fato, além do material escrito, pode ser tachado de documento eletrônico qualquer informação que esteja digitalizada, seja uma foto, um vídeo (com o seu áudio), uma planilha, etc.⁴³⁵ Assim, qualquer documento ou arquivo que esteja salvo num computador ou outro aparelho eletrônico (ex. *iPad*, *smartphone*, etc.) é documento eletrônico.

⁴³² Vide, por exemplo, os incisos do art. 1º, §2º da lei 11.419 de 19.12.2006 que providenciam várias definições, inclusive de “meio eletrônico”, mas não de documento eletrônico, ou o art. 11 da mesma lei, que trata da força probante dos documentos assinados digitalmente.

⁴³³ Vide nesse sentido o art. 4º da Convenção, que fornece várias definições, inclusive a de ‘comunicações eletrônicas’ (alínea *b*), mas nada menciona sobre documentos eletrônicos. (Disponível em <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf> Acessado em 10/10/2013)

⁴³⁴ MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* nº 143, item 2.1.

⁴³⁵ Idem, item 2.1.

Ao jurista curioso (e estranho a esse mundo tecnológico) que se indague no que *exatamente* consiste um documento eletrônico, é possível fornecer uma resposta sem adentrar profundamente em conceitos técnicos da informática. Basta compreender que todo documento eletrônico é composto, puro e simplesmente, de informação. Essa informação é gravada na forma de código binário. O código binário é uma linguagem utilizada pelas máquinas onde o alfabeto delas tem apenas duas letras, ou melhor, números. Trata-se do número zero (0) e do número (1).⁴³⁶ Entendido esse conceito, basta pensar no código morse – onde um alfabeto inteiro pode ser construído a partir de dois elementos diferentes (um longo e um curto) – e traçar uma analogia; cada sequência de ‘zeros’ e ‘uns’ representa alguma coisa para o computador, pois assim foi programado para agir.

O famoso *bit*, portanto, nada mais é do que um desses dígitos binários e um *byte* é uma sequência de oito *bits*.⁴³⁷ Desta forma, um documento eletrônico é uma sequência de *bits* que o computador consegue traduzir, pois sabe o que cada sequência de *bits* quer dizer.

Resulta dessa explicação que não se deve aplicar aos documentos eletrônicos a mesma lógica que se emprega, por exemplo, aos discos de vinil. Lá a informação é gravada através de ranhuras no material plástico que a agulha lê e interpreta, convertendo em música. Não obstante existirem CD-ROMs e outros materiais que usam conceitos similares para arquivarem os documentos eletrônicos, a verdade é que os documentos eletrônicos são informações dissociadas de um suporte físico.⁴³⁸ Isto é, quem abrir um computador para lá olhar com um microscópio não verá várias ranhuras ou gravações que possam ser traduzidas. Em termos simplificados, o documento eletrônico é impulso eletrônico organizado e por isso é armazenado não de forma analógica, mas sim digital.⁴³⁹ Não é por outra razão que um mesmo

⁴³⁶ A razão de escolha da linguagem binária é simples: a leitura mais fácil para uma máquina é a presença ou ausência de algo. Exemplo: se há uma corrente elétrica fluindo, então isso equivale a “1”. Se não houver, registra-se tal como “0”. Então se a corrente é ligada, desligada e ligada, uma máquina lê isso, se assim programada, como 101. Além de uma corrente elétrica é possível pensar em feixes de luz ou qualquer outro elemento perceptível às máquinas.

⁴³⁷ Aproveita-se aqui para esclarecer a relação entre os *bytes* e os chamados *kilobytes*, *megabytes*, *gigabytes* e uma aparente infinidade de outros termos complexos: basta pensar que o *byte* é a menor unidade de *bits* existente, com os demais vocábulos representando agrupamento de *bytes* em números maiores. Um *kilobyte* (lembrando que “kilo” provém do grego *khilioi* ou mil) contém 1.024 *bytes*. Se esse número for elevado ao quadrado (1.048.576) temos o número de *bytes* num *megabyte*. Etc.

⁴³⁸ Vale citar aqui as palavras de S. R. C. S. LEAL: “Como o mundo virtual não é formado por átomos, não é concreto, tangível, o documento eletrônico igualmente não o é,” (*Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 152)

⁴³⁹ Ou, em termos um pouco mais sofisticados, existe um realinhamento dos campos magnéticos e das correspondentes correntes elétricas. Como esses fenômenos lidam com partículas tão pequenas e peculiares que

recipiente de documentos eletrônicos (ex. um *flash-drive*) pode receber documentos eletrônicos e gravar outros em cima deles infinitas vezes (se fossem ranhuras haveria um limite). Aliás, talvez a melhor forma de ilustrar a natureza incorpórea dos documentos eletrônicos seja remeter o leitor à imagem da computação em nuvem onde tudo fica no ciberespaço.

Outro importante aspecto a ser compreendido é o da *metadata*, que nada mais é do que dados sobre os dados, isto é, são as informações ancilares que acompanham todo documento eletrônico detalhando, por exemplo, como, quando e por quem este documento eletrônico foi criado, modificado, formatado, etc. Trata-se, em sua modalidade mais simples, daqueles dados que aparecem ao lado dos documentos apresentados em forma de lista na tela do computador.

Elucidada a natureza dessa fonte de prova no mundo real, passa-se agora a tratar como o mundo jurídico enquadra os documentos eletrônicos.

2.2.- Natureza Jurídica

Ao referir-se a esta fonte de prova de *documentos* eletrônicos, corre-se o risco aqui de pensar automaticamente que os documentos eletrônicos, aparentemente, são espécies de provas documentais, apenas exibindo uma vertente mais *high-tech* do já conhecido documento físico. É imperioso, entretanto, que seja fixada com rigor se esta presunção é legítima ou não, ou seja, se de fato os documentos eletrônicos tem natureza de prova documental na arbitragem brasileira.

É obrigatório, portanto, responder a seguinte pergunta: o que deve ser entendido, juridicamente, como sendo um “documento”?

Analisando a etimologia da palavra, tem-se que a palavra “documento” provém do vocábulo latim “*documentum*”, substantivo oriundo do verbo “*docere*” que significa mostrar, indicar ou instruir algo.⁴⁴⁰

Com base nessa pesquisa etimológica, parece possível enquadrar os documentos eletrônicos sob esta rubrica. Aliás, tal a conclusão de A. T. R. MARCACINI que resume a

sua massa atômica é considerada como praticamente zero e sua análise é feita no campo da física quântica, soa mais sensato considerar que não há aqui um *res* que possa ser analisado como uma folha de papel. Isto é, o documento eletrônico, em sua essência, é tão corpóreo quanto às memórias que são guardadas nos neurônios dos encéfalos.

⁴⁴⁰ DE PLÁCIDO E SILVA, O. J.. *Vocabulário Jurídico*. V. 2. Cit. *supra* n° 74, p. 118

definição dos documentos ao “*registro de um fato*”, de modo que o atributo mais importante de um ‘documento’ seria sua capacidade de narrar um acontecimento e não sua conexão com “*alguma coisa corpórea*”.⁴⁴¹

Em que pese os argumentos de A. T. R. MARCACINI, não se pode ignorar que, de um ponto de vista jurídico, a idéia de uma prova documental acaba sendo calcada sobre a noção de algo *escrito e material*, ou seja, uma representação física da informação, não se resumindo exclusivamente ao registro de um fato.

Tomando como exemplo o clássico dicionarista jurídico DE PLÁCIDO E SILVA, este enfatiza que “[...] *na técnica jurídica entende-se o papel escrito, em que se mostra ou se indica a existência de um ato, de um fato, ou de um negócio. [...] É, pois, a prova material e literal da relação jurídica instituída entre duas ou mais pessoas decorrente de convenção ou de contrato.*”⁴⁴²

Sustenta-se, outrossim, que essa posição não parece ser fruto de um contexto histórico e tecnológico obsoleto, ou, dito de outra forma, que tais definições ressaltem a natureza física e material por serem construídas antes da proliferação dos documentos eletrônicos.

Prova nesse sentido é a posição de PONTES DE MIRANDA que, apesar de escrever antes do advento da computação em larga escala, é capaz de fornecer ensinamentos que ainda se mostram atuais e aplicáveis. O ilustre jurista, ao comentar a natureza da prova documental, não só enfatiza a natureza física como ainda traz um curioso exemplo que admite tranquila transposição por analogia aos documentos eletrônicos: o dos discos. PONTES DE MIRANDA, apesar de reconhecer a capacidade dos discos para gravarem a voz humana, sopesa que os mesmos não podem ser considerados como prova documental, devendo ser objeto de perícia.⁴⁴³ Ora, se for levado em consideração que os discos têm mais suporte material (são gravuras analógicas) do que os documentos eletrônicos (que são digitais), fica claro que a fixação com a natureza material da prova documental não é, necessariamente, resultado de uma visão presa ao tempo.

⁴⁴¹ MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* n° 143, item 2.1

⁴⁴² DE PLÁCIDO E SILVA, O. J.. *Vocabulário Jurídico*. V. 2. Cit. *supra* n° 74, pp. 118-119 (Grifos, enfatize-se, do Original)

⁴⁴³ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 417

Em apoio a essa tese, registre-se aqui que boa parte da doutrina atual insiste em ligar o conceito de documento e prova documental a um suporte físico, uma superfície ou uma coisa material.⁴⁴⁴

Por outro lado, vale notar que muitos doutrinadores modernos, apesar de fornecerem definições que caminham no mesmo sentido das clássicas, parecem abrir espaço para os documentos eletrônicos. C. R. DINAMARCO, por exemplo, define documento, enquanto fonte de prova, como “*todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos capazes de transmitir idéias e demonstrar a ocorrência de fatos.*” Grifou-se para salientar o apego à ideia de um suporte físico que, surpreendentemente, é afastado linhas abaixo dessa definição quando o mesmo ilustre doutrinador cita à título ilustrativo “*sons gravados e registros magnéticos em geral.*”⁴⁴⁵ que parece ser uma referência simplificada aos documentos eletrônicos.⁴⁴⁶

Prima facie há certa incongruência nas posturas mencionadas acima onde a definição excluiria os documentos eletrônicos (por fazer referência a um suporte concreto) e os exemplos os admitem. Diante dessa aparente contradição, é preferível focar nas definições e deixar de lado os exemplos, inclusive por ser incerto se todos os juristas entendem exatamente a natureza absolutamente virtual dos documentos eletrônicos.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, a título exemplificativo:

“*É o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento. [...] Em sentido lato, documento compreende não apenas os escritos, mas toda e qualquer coisa em que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato,*” (THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 320, p. 401 – Grifos do Original e Nossos)

“*Como coisa representativa que é, o documento não existe no estado natural, mas necessariamente se forma das atividades do seu autor sobre uma coisa. Mais que uma coisa, o documento é um opus, resultado de um trabalho e, como tal, apresenta materialmente sob certa maneira, ou por certo meio. Com efeito, normalmente, os documentos tomam corpo no papel em que são escritos ou ainda, por exceção, na tela, na cera, na pedra, no metal, na madeira e coisas semelhantes.*” (SANTOS, M. A.. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. V. 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 389 – grifos do Original e Nossos)

“*Se a palavra documento é, fundamentalmente, utilizada como sinônimo de prova literal, nem por isto deixa de ser o documento uma coisa; e é, também, usada em sentido algo diverso. Alude, assim, o Código (art. 383) à reprodução mecânica, à fonográfica ou de outra espécie etc., salientando-se que tais provas não se ajustam, com rigor, ao conceito de prova literal. [...] Além do mais, é prova real (do latim res, rei), dado que o documento é uma coisa.*” (ALVIM, A. *Manual de Direito Processual Civil*. Cit. *supra* nº 430, p. 451 – Grifos do Original)

“*O documento é prova histórica real, visto que representa fatos e acontecimentos pretéritos em um objeto físico, servindo assim de instrumento de convicção.*” (MARQUES, J. F. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. Campinas: Millenium, 1999, p. 355 – Grifos do Original e Nossos)

⁴⁴⁵ DINAMARCO, C R. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 397, p. 564

⁴⁴⁶ No mesmo sentido a posição de V. C. GRECO FILHO que arrola entre os exemplos de provas documentais as reproduções cinematográficas e fonográficas muito embora defina documento como um “*objeto do qual se extraem fatos*” (Grifou-se). Aliás, admite o processualista que tais fatos podem ser “*eletromagnéticos*”, aparentemente contradizendo sua definição. (*Direito processual civil brasileiro*. cit. *supra* nº 430, pp. 225 e 230)

Sendo assim, defende-se aqui que, enquanto⁴⁴⁷ o conceito jurídico de prova documental restar ligado a um suporte físico, não é tecnicamente correta a caracterização dos documentos eletrônicos como prova documental, vez que é da natureza dos documentos eletrônicos não estarem presos ou fixados em qualquer suporte material. Não se deve olvidar, ademais, que os documentos eletrônicos são figuras virtuais, compostas a partir de uma sequência de informação que é processada pelas máquinas sem qualquer necessidade de fisicamente gravá-las num apoio físico. Em outras palavras: os documentos eletrônicos estão dissociados de qualquer suporte tangível ou material, sendo uma sequência de *bits* que podem ser gravados, copiados e remetidos para qualquer recipiente.

Afastada a natureza de prova documental, cumpre elucidar qual seria então a natureza correta da prova advinda dos documentos eletrônicos se não se deve enquadrar os mesmos como prova documental.

A despeito de citar-se acima a opinião de PONTES DE MIRANDA, que é a favor da perícia em casos similares, não se pugna aqui pelo reconhecimento dos documentos eletrônicos como tipo de perícia. Assim não o é, pois conforme ensina C. R. DINAMARCO, a perícia é *meio* de prova, e não *fonte* de prova, eis que a perícia pode ser realizada com base em diferentes fontes de prova, mas não se confunde com o objeto que analisa.⁴⁴⁸ O documento eletrônico pode ser objeto de perícia, mas não necessariamente precisa ser (vide *infra* 4. sobre a comparação entre *e-mails* simples e documentos eletrônicos com assinatura digital). A resposta, portanto, não está na perícia.

⁴⁴⁷ Perceberá o leitor que a posição aqui adotada é condicionada à posição da doutrina prevalente e, portanto, sujeita a alterações se houver evolução da doutrina no sentido de destacar a prova documental de qualquer apoio material. Ocorrendo tal revisão de posicionamento nessa fonte jurídica (a doutrina) que ficou incumbida de definir a natureza da prova documental (eis que a lei nada disse a respeito), será forçoso acompanhar tal mudança. Aliás, insta apontar que no plano internacional parece que a doutrina já caminha nesse sentido. Os *IBA Rules* que serão tratados em maiores detalhes adiante (vide *infra* 3.5.), por exemplo, expressamente definem em seus preâmbulos os documentos eletrônicos como modalidade dos documentos *latu sensu*.

Além da doutrina, pode haver mudança também na tecnologia utilizada. Nesse passo, vale chamar a atenção aqui para uma inovadora tecnologia que no futuro alterará (se implementada) a natureza física do documento eletrônico. Atualmente o método de registro é conhecido como *flash memory* que funciona à base de elétrons capturados (por isso a natureza virtualmente imaterial). No futuro especula-se que o método de registro será PCM (*phase change materials*) que operam com outro sistema. A memória PCM, ao invés de capturar elétrons como o *flash memory* atual, altera o estado de certos minúsculos componentes entre estruturas amorfas e estruturas ordenadamente cristalizadas para diferenciar entre os bits (0 e 1). Quando esta tecnologia for disponibilizada os documentos eletrônicos terão natureza material e tangível, pois haverá algo de concreto e legível, conquanto em escala nano-métrica. (vide: *The Economist Technology Quarterly* de 01.09.2012).

⁴⁴⁸ DINAMARCO, C R. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 397, pp. 588 e 591

Aliás, o mais correto é reconhecer que os documentos eletrônicos não estão agasalhados por qualquer dos exemplos do rol de provas do Código de Processo Civil. Em outras palavras: enxerga-se no documento eletrônico *simples* um exemplo de prova atípica, pois, conforme mostrado acima, essa fonte de prova desafia classificação no rol tradicional, porém, como será provado adiante (vide *infra* 4.) esta fonte possui valor probatório, mesmo quando desprovido de certificação digital.

Note-se que se criou no parágrafo anterior uma pequena distinção entre ‘documento eletrônico *simples*’ e ‘documento eletrônico *certificado*’. Esta significa o documento eletrônico com assinatura digital certificada pelo Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), ao passo que aquela faz referência ao documento eletrônico com ou sem assinatura digital, mas sem certificação pelo ICP-Brasil.

Tal distinção é necessária porque a tese apadrinhada por A. T. R. MARCACINI (de enquadrar os documentos eletrônicos como prova documental) parece ter sido adotada parcialmente pelo legislador, eis que a norma competente a cuidar da matéria – a MPv nº 2.200/2001 – dispõe em seu artigo 12 que “*Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.*”

Ocorre que a aludida norma presidencial – única a fornecer uma classificação⁴⁴⁹ – não trata de todos os documentos eletrônicos: seu primeiro artigo fala unicamente de documentos

⁴⁴⁹ Apesar de ser possível identificar no artigo 225 do Código Civil e nos artigos 365, VI, e 383 do Código de Processo Civil uma regulamentação direta da força probante dos documentos eletrônicos, não se extrai desses dispositivos legais qualquer classificação dos documentos eletrônicos num dos tipos de fonte de prova. Não há, por exemplo, qualquer expressão como a do artigo primeiro da MPv nº 2.200/2001 no sentido de categorizar os documentos eletrônicos – os artigos simplesmente tratam da força probante dessa fonte em determinadas circunstâncias, nada mais. O fato de esses dispositivos estarem na seção da prova documental, portanto, é mera conveniência organizacional, assim como os Embargos de Declaração aparecem no capítulo dos recursos, as notificações permanecem no capítulo das cautelares e a usucapião ainda está alinhando dentre os procedimentos especiais, para citar alguns exemplos.

Similarmente, registra-se aqui a necessidade de afastar a recente lei nº 12.682 de 09.07.2012 que, apesar de ter por ementa dispor sobre “*a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos*”, não elucidou a matéria. Aliás, vale notar que a lei, não obstante sua natureza sucinta, sofreu vetos que ceifaram quase metade de seus artigos, dentre eles o 7º que visava equiparar os ‘documentos digitalizados’ aos ‘documentos microfilmados’. As razões do veto, transmitidas na Mensagem nº 313 de 09.07.2012, são corretas, criticando o Ministério da Justiça que: “*A proposta utiliza, ainda, os conceitos de documento digital, documento digitalizado e documento original de forma assimétrica. Por fim, não estão estabelecidos os procedimentos para a reprodução dos documentos resultantes do processo de digitalização, de forma que a extensão dos efeitos jurídicos para todos os fins de direito não teria contrapartida de garantia tecnológica ou procedimental que a justificasse.*” De fato, a norma apresenta mais boa vontade do que precisão científica, razão pela qual merecia ser parcialmente bloqueada.

eletrônicos certificados pelo ICP-Brasil. Fazendo uma leitura do artigo 12 em conjunto com o primeiro, tem-se por resultado que a MPv nº 2.200/2001 considera (por ficção jurídica segundo a posição deste trabalho) os documentos eletrônicos como documentos físicos para todos os fins legais, o que inclui a finalidade probatória desses documentos.

À guisa de conclusão, os documentos eletrônicos abrangidos pela MPv nº 2.200/2001 (documentos eletrônicos certificados) não são simplesmente equiparados aos documentos físicos, mas considerados como se físicos fossem (“consideram-se”). Os documentos eletrônicos simples, por outro lado, não estão abrangidos por qualquer lei, como se deixou claro acima, sendo, portanto, provas atípicas. Desta forma conclui-se que os documentos eletrônicos (por opção do legislador pátrio) podem ser classificados como prova documental ou prova atípica se forem certificados pelo ICP-Brasil ou não, respectivamente.⁴⁵⁰

Conquanto a posição do legislador não seja recomendável, não se sustentará aqui uma interpretação *de lege ferenda*, de modo que é forçoso admitir que, para o ordenamento nacional, os documentos eletrônicos certificados possuem natureza documental, muito embora seja mais sensato categorizá-los como meio de prova distinto da documental face à compreensão atualmente esposada pela doutrina sobre a natureza da prova documental.

Partindo da premissa de que os documentos eletrônicos certificados são dotados de aparente natureza documental, é de rigor tentar, na medida do possível, adequar consagradas subclassificações dos documentos físicos ao plano digital.

Percebe-se que algumas subclassificações podem ser feitas sem grandes obstáculos. É o caso, por exemplo, da distinção entre documentos *autógrafos* (documentos de próprio punho do autor intelectual das declarações lá contidas) e documentos *heterógrafos* (quando o autor material e o intelectual não coincidem).⁴⁵¹ Seja na forma física ou na eletrônica, a distinção é válida.⁴⁵²

De maneira análoga, a comparação entre documentos públicos (aqueles provindos de autoridades no exercício de suas funções) e particulares (documentos produzidos pelos

⁴⁵⁰ Note-se que, no Projeto de Lei nº 6.205/2005 referente ao novo Código de Processo Civil, os arts. 446-448 tratam especificamente do “Documento Eletrônico”, de modo que talvez no futuro essa fonte de prova deixe de ser atípica e seja devidamente regulamentada à parte. J. R. CRUZ E TUCCI, um dos projetistas, expõe em sua obra uma posição ambígua. Defende, por um lado, que os documentos eletrônicos possam ser “*espécie de prova proveniente de documento*”, mas posteriormente, raciocina, *ad argumentandum*, pela natureza atípica desta novel fonte de prova. (Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. Cit. *supra* nº 172, p. 317).

⁴⁵¹ DINAMARCO, C R. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 397, p. 567

⁴⁵² Exemplo: este texto que é ora escrito será tido como autógrafo por ser digitado por seu próprio autor. Se este autor, contudo, entregasse o mesmo a terceiro para digitação, seria heterógrafo.

cidadãos ordinários)⁴⁵³ pode também ser transplantada para o mundo dos documentos eletrônicos certificados sem esforços descomunais. Documentos eletrônicos certificados com a assinatura digital do escrivão, tabelião ou funcionário público (art. 364 do CPC), são aptos a serem equiparados aos documentos públicos. Já os documentos eletrônicos certificados com assinatura digital de outras pessoas podem ser considerados particulares.

Já outras distinções não se amoldam tão facilmente. Uma delas é a distinção entre documento original e cópia do documento. No que tange os documentos físicos, é instintivo distinguir entre o original e a cópia de um documento. No plano virtual, entretanto, a distinção não é tão clara assim. Vale lembrar, afinal, que os documentos eletrônicos podem ser *perfeitamente* clonados de modo que, em termos práticos, a cópia e a original de um documento eletrônico são absolutamente idênticos.

Ocorre que a diferença de conceito entre “original” e “cópia”, para o mundo jurídico, não reside no conteúdo dos documentos, mas sim na cronologia dos mesmos. Como bem esclarece V. GRECO FILHO (com sua habitual singeleza), o “*Documento original é o primeiro criado*”.⁴⁵⁴

Consequentemente, são impecáveis as lições de A. T. R. MARCACINI que classifica como cópia tanto a via impressa de um documento eletrônico quanto a via digitalizada de um documento físico.⁴⁵⁵ É lícito ir além, todavia, e afirmar que será tido como cópia – para o direito – o documento salvo posteriormente, mesmo que absolutamente nenhuma alteração seja feita e, *pari passu*, como duas vias originais um arquivo salvo simultaneamente em mais de um local (ex. o *e-mail* enviado a uma pluralidade de destinatários).

3.- Admissibilidade

A admissibilidade é o exame feito pelo julgador (para os propósitos desta dissertação o árbitro) para decidir se admite a análise de determinada prova para depois valorá-la.⁴⁵⁶ Apesar da regra no processo em geral⁴⁵⁷ e na arbitragem em específico⁴⁵⁸ ser pela admissibilidade de

⁴⁵³ DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 397, pp. 566-567; e THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 320, p. 401

⁴⁵⁴ GRECO FILHO, V. *Direito processual civil brasileiro*. cit. *supra* n° 430, p. 226

⁴⁵⁵ MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* n° 143, item 2.1

⁴⁵⁶ MARQUES, J. F. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 444, p. 347

⁴⁵⁷ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* n° 04, p. 372

todas as fontes de prova, há certas hipóteses em que o árbitro deve afastar a prova por estar impedido de apreciá-la ou por achar a mesma irrelevante ou impertinente.⁴⁵⁹

Neste tópico será abordado quais podem ser as possíveis limitações à admissibilidade dos documentos eletrônicos nas arbitragens.

3.1.- Prova Atípica

Os documentos eletrônicos simples foram classificados acima como exemplo de prova atípica para o ordenamento pátrio (vide *supra* 2.2.). A atipicidade dos documentos eletrônicos simples, porém, não repercute necessariamente em sua admissibilidade.

A Lei de Arbitragem, assim como o Código de Processo Civil,⁴⁶⁰ não restringiu os tipos de provas que podem ser trazidas ao processo, dispondo o *caput* do artigo 22 que “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.” (Grifou-se) Sem dúvida, ao usar expressão tão ampla e vaga quanto “ou outras provas”, estava o legislador sinalizando que a arbitragem toleraria tanto as provas que acabara de listar no artigo, como quaisquer outros tipos não considerados anteriormente. Essa postura tolerante, aliás, coaduna-se perfeitamente com a flexibilidade procedimental que é tão ínsita à arbitragem.

É cediço, por outro lado, que em havendo dúvidas quanto à admissibilidade de uma fonte de prova ou outra, cabe aos árbitros deliberarem sobre a questão:

“The arbitrator decides on the admissibility and probative force of the documents submitted. [...] This freedom allows the arbitrator to adapt to new forms of

⁴⁵⁸ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 213; e MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* nº 39, p. 243

⁴⁵⁹ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 312

⁴⁶⁰ O CPC regula as provas admitidas em juízo no seu art. 332: *Todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.* (Grifou-se) Esse artigo tem sido interpretado como afastando qualquer noção de um elenco taxativo, sendo, portanto, flexível o CPC brasileiro na admissão de provas no processo civil, exigindo tão somente que estas sejam legais e moralmente legítimas. Nesse sentido: DINAMARCO, C R. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 397, p. 94; GRECO FILHO, V. *Direito processual civil brasileiro*. cit. *supra* nº 430, p. 199; MARQUES, J. F. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 444, p. 337; e QUEIRO, M. E. Mensagem eletrônica: meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. Cit. *Supra* n. 141, p. 959

*evidence that are submitted by the parties. He/she may therefore declare admissible the electronic documents produced by the parties. That raises far fewer difficulties, because, in principle, all forms of evidence are admissible before the arbitrator.*⁴⁶¹

Em conclusão, a possível atipicidade probatória do documento eletrônico não constitui, *prima facie*, óbice à sua admissão.⁴⁶² Será examinado adiante, porém, casos em que a atipicidade pode ser um problema por conta das escolhas de legislação feitas pelas partes (vide *infra* 3.3.)

3.2.- A Prova Ilícita

“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos;” (art. 5º, LVI da CF/88). Poucos juristas desconhecem esta regra constitucional. Pode haver alguns, todavia, que ignorem sua plena vigência na arbitragem, pelo fato da Lei Marco Maciel não tratar do tema e dado que às partes é lícito demandar a aplicação de leis procedimentais e materiais estrangeiras (arts. 21 e 2º, § 1º da lei nº 9.307/96),⁴⁶³ dando a impressão de que seria possível fugir dos nossos preceitos constitucionais.

Em nota de rodapé anterior (vide nota nº 422 *supra*) discutiu-se que a arbitragem é um sistema processual autônomo,⁴⁶⁴ porém constantemente em comunicação com os demais sistemas. Dentre esses outros sistemas está o constitucional, que impera sobre a arbitragem em alguns aspectos,⁴⁶⁵ dentre eles o da vedação à prova ilícita.⁴⁶⁶

Sendo assim, a prova ilícita não deve ser tolerada na arbitragem.

⁴⁶¹ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 41. No mesmo sentido: art. 3.9.1. dos *IBA Rules*; e art. 19 (2) da Lei Modelo da UNCITRAL (2006); e FOUCARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 688

⁴⁶² Neste sentido: CRUZ E TUCCI, J. R.. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet. Cit. *supra* nº 172, p. 317

⁴⁶³ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 95

⁴⁶⁴ PARENTE, E.. *Processo arbitral e sistema*. Cit. *supra* nº 279, p. 317

⁴⁶⁵ Nesse sentido: HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* nº 281, p. 51; e MONTORO, M. A. F. M. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de doutorado orientada por C. A. CARMONA na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, pp. 191-194

⁴⁶⁶ MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* nº 39, p. 243

Essa afirmação pode parecer irrelevante para este estudo, eis que o documento eletrônico, em si mesmo, nada tem de ilícito (afinal, usar um computador não é um crime no Brasil). Ocorre que os documentos eletrônicos também podem ser obtidos por meios ilícitos e, nessas hipóteses, não devem ser admitidos na arbitragem.

Um primeiro exemplo de um documento eletrônico obtido de forma ilícita é a mensagem eletrônica interceptada indevidamente.

M. E. QUEIRO posiciona-se em sentido contrário à equiparação das mensagens eletrônicas às correspondências no que tange a privacidade ínsita a estas últimas. Justifica sua posição tendo em vista que as correspondências são naturalmente abertas ao contrário das cartas que vêm lacradas. Conclui a citada autora, no entanto, que apesar das dessemelhanças, não se pode afirmar que as mensagens eletrônicas carecem de qualquer direito de privacidade.⁴⁶⁷

O entendimento resumido acima merece ser apenas parcialmente acolhido, eis que a premissa básica por trás da fundamentação é falha, haja vista que os *e-mails* são tão ou mais fechados que as cartas: basta lembrar que qualquer carta consegue ser aberta manualmente e com pouco esforço, ao passo que acessar a conta de *e-mail* de uma pessoa quase sempre exige o *login* e a senha daquela conta – um obstáculo muito maior.

De qualquer forma, não obstante tais divergências de raciocínio, há consenso na hora da conclusão: os *e-mails* possuem certa privacidade e um *e-mail* obtido por aquele que é estranho à troca de correspondência é um *e-mail* obtido ilicitamente (e, em decorrência disso, deve ser inadmitido na arbitragem).

Seguindo essa linha de raciocínio, qualquer documento eletrônico obtido por terceiro através do acesso indevido aos arquivos de outra pessoa (seja por ‘hackear’ a conta da pessoa, seja por simplesmente se aproveitar de que a pessoa esqueceu-se de fazer o *log off* antes de deixar o computador), também deve ser tido como prova ilícita.

Por fim, cumpre analisar aqui a curiosa questão de um documento eletrônico elaborado com base em *software* ‘pirata’ (i.é. *software* não autorizado que viola os direitos autorais do programador do *software* original).

⁴⁶⁷ QUEIRO, M. E. Mensagem eletrônica: meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. Cit. *Supra* n. 141, pp. 960-961

Aprioristicamente parece que um documento eletrônico destes é ilícito e, portanto, não deve ser admitido na arbitragem. Entretanto, parece que a regra do artigo 5º, LVI da Lei Maior faz referência tão somente à forma de *obtenção* da fonte de prova e não da forma como a fonte de prova fora elaborada. Adotar interpretação divergente tornaria impossível, por exemplo, juntar a um processo penal julgando o crime de duplicata simulada (art. 172 do Código Penal), a prova principal, eis que a mesma é potencialmente ilícita.⁴⁶⁸

Em sendo assim, o documento eletrônico usando *software* pirata é um documento eletrônico ilícito, mas não um documento eletrônico *obtido* de forma ilícita. Consequentemente, tal documento eletrônico pode ser admitido, sem prejuízo de posteriormente a parte que usou esse *software* vir a responder – fora da arbitragem – pela violação da propriedade intelectual do programador original.

3.3.- Autonomia da Vontade

Em oportunidade anterior,⁴⁶⁹ o autor desta dissertação sustentou a possibilidade das partes limitarem as fontes de prova admissíveis na arbitragem, inclusive em detrimento dos poderes instrutórios dos árbitros, por não enxergar nessa expressão da autonomia da vontade qualquer ilegalidade.

Como alicerce para o raciocínio empregado naquela obra foram utilizadas as quatro ordens de limitações à flexibilidade procedimental identificadas por M. A. F. MONTORO em sua tese sobre este assunto: (i) bons costumes e ordem pública; (ii) princípios do artigo 21, §2º da Lei nº 9.307/96; (iii) preceitos cogentes da Lei de Arbitragem; e (iv) princípios constitucionais do processo.⁴⁷⁰ Em outras palavras, testou-se a limitação dos poderes instrutórios contra cada uma dessas balizas para averiguar se esta flexibilização esbarrava ou não em algum impedimento legal insuperável.

⁴⁶⁸ Nesse sentido: “A prova será ilícita [...] quando o acesso à fonte probatória tiver sido obtido de modo ilegal ou quando a utilização da fonte se fizer por modos ilegais.” (CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* nº 04, p. 49)

⁴⁶⁹ Vide: HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* nº 281, pp. 29-58

⁴⁷⁰ MONTORO, M. A. F. M. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Cit. *Supra* nº 465, p. 135

Não cabe aqui reconstruir todo o raciocínio desenvolvido naquele artigo. É preferível, portanto, limitar este texto a oferecer uma apertada síntese dos principais motivos que embasaram a defesa da licitude da restrição aos poderes instrutórios.

Primeiramente, vale lembrar que a arbitragem lida necessariamente com direito patrimoniais disponíveis. Sendo lícita a renúncia direta desses direitos, parece lógico que a renúncia indireta desses direitos – através da limitação de uma prova que seria de utilidade para uma das partes – também seria lícito.⁴⁷¹

Ademais, pondere-se que a autonomia da vontade, enquanto princípio basilar da arbitragem, pode perfeitamente sobrepor-se parcialmente sobre os demais princípios sem suprimi-los por completo, sendo importante recordar a doutrina de R. DWORKIN quanto à ponderação dos princípios.⁴⁷² Aliás, poucos princípios sofreriam colisão direta com a limitação da prova sendo que, naqueles em que de fato isso ocorre (ex. princípio do direito à prova), vale salientar que *limitar* as provas admissíveis não equivale a *suprimir* a instrução probatória da arbitragem, havendo apenas uma mitigação desses princípios.⁴⁷³

Em terceiro lugar, sopesou-se que não existe qualquer regra expressa na Lei de Arbitragem que proíba a limitação das provas ao arrepio da vontade dos árbitros, afastando-se qualquer possibilidade de choque com norma cogente.⁴⁷⁴

Por fim, argumentou-se que, em última instância, os árbitros sempre teriam as regras do ônus da prova para evitarem o *non liquet*, de modo que mesmo uma cognição defeituosa (e, honestamente, muitas vezes a cognição é imperfeita mesmo quando se admite todas as provas imagináveis) não os impediria de chegar a uma decisão.⁴⁷⁵

Reaproveita-se aqui todo esse raciocínio, pois ele continua válido: um requisito de admissibilidade para qualquer prova na arbitragem é que tal fonte ou meio de prova não tenha sido expressamente posto de lado pelas partes. Assim, para que o documento eletrônico possa ser admitido na arbitragem é imperioso que as partes não tenham expressado sua vontade em sentido contrário. Isso pode se dar tanto pela escolha de um regulamento de instituição arbitral

⁴⁷¹ HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* n° 281, p. 38

⁴⁷² DWORKIN, R.. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 43

⁴⁷³ HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. Cit. *supra* n° 281, pp. 42-45

⁴⁷⁴ Idem, p. 51

⁴⁷⁵ Idem, p. 47

que contenha regra afastando os documentos eletrônicos, como por regra expressa na cláusula compromissória ou qualquer outra manifestação nesse sentido.⁴⁷⁶

Vale notar, ademais, que a prática internacional parece autorizar esse entendimento. Nos chamados *fast-track* ou *expedited arbitrations*, por exemplo, é comum haver a limitação da instrução probatória, salvo entendimento do árbitro em sentido contrário.⁴⁷⁷ Similarmente, já foi ressaltado na introdução deste capítulo que nas arbitragens de *Online Dispute Resolution* é prática recorrente limitarem-se as fontes e meios de prova aceitáveis unicamente à prova documental eletrônica.⁴⁷⁸ Ora, se é lícito excluir todas as provas e deixar apenas uma, a lógica dita que restringir apenas uma (liberando todas as demais) equivale a um ‘mal’ insignificante.⁴⁷⁹

À guisa de conclusão, deve ser admitido o documento eletrônico, salvo se ilícito ou afastado propositalmente pelas partes.

3.4.- Considerações Práticas para Admissão na Arbitragem

Assegurada a admissibilidade dos documentos eletrônicos no campo teórico, cumpre tecer algumas considerações de natureza prática sobre a apresentação dessas fontes de prova para os árbitros.

Primeiramente há que se considerar a hipótese de uma arbitragem onde as provas documentais devem ser entregues em formato eletrônico (seja por tratar-se de uma arbitragem *online* ou simplesmente porque os árbitros e as partes concordarem que as peças e documentos seriam trocados por *e-mail*). Em tal caso, seria recomendável que as partes e os árbitros concordassem de antemão (ex. na ata de missão) acerca da disciplina de alguns detalhes

⁴⁷⁶ Considerando a opinião aqui sustentada de que os documentos eletrônicos simples são provas atípicas, conclui-se que se as partes, por exemplo, limitassem as provas ao rol exposto no CPC, afastariam o documento eletrônico simples, motivo pelo qual afirmou-se acima (vide *supra* 3.1.) que a atipicidade apenas em princípio não interferiria na admissibilidade dos documentos eletrônicos simples.

⁴⁷⁷ Nesse sentido, cite-se como exemplos: Os artigos 6.a, 8.c, e 8.d do Fast Track Mediation and Arbitration Rules da CPR (Centre for Public Resources) e o artigo E-6 dos Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures do ICDR.

⁴⁷⁸ PONTE, L. M.; e CAVENAGH, T. D. *Cyberjustice: online dispute resolution (ODR) for e-commerce*. Cit. *supra* n° 425, p. 84

⁴⁷⁹ Pode parecer mera abstração acadêmica falar no afastamento justamente do documento eletrônico quando os próprios exemplos que trazemos afastam todas as provas menos essa. Entretanto, nos próximos itens (*infra* 3.4. e, principalmente, 3.5.) demonstrar-se-á que há motivos práticos e jurídicos para defender-se a exclusão dos documentos eletrônicos de uma arbitragem.

práticos ligados ao mundo eletrônico e que podem não ter sido tratados no regulamento da câmara eleita.

Diretamente relacionado ao tema dos documentos eletrônicos,⁴⁸⁰ cabe mencionar a questão da obtenção, da compatibilidade e do tamanho dos documentos eletrônicos.

A matéria da obtenção dos documentos eletrônicos faz jus a um pouco de atenção aqui por haver certas peculiaridades dos documentos eletrônicos que nem sempre são tidas em mente, tal como a fácil obsolescência dos mesmos.

Nesse sentido, um artigo publicado na revista *The Economist*⁴⁸¹ bem ressalta os obstáculos inesperados que podem acompanhar o arquivamento de documentos eletrônicos. Como bem pontua o periódico, cotidianamente incide-se no erro de pensar que os documentos eletrônicos, por serem facilmente guardados em repositórios que ocupam diminuto espaço físico (como o famoso *pen drive* ou um CD), seriam muito mais fáceis de arquivar e preservar do que os documentos físicos.

Ocorre que os documentos eletrônicos trazem consigo um novel problema: o da obsolescência da tecnologia de armazenamento. A obsolescência pode ser tanto de *hardware* (i.é. os equipamentos utilizados no armazenamento) como de *software* (os programas usados para salvar os documentos).

Exemplifica-se com o caso de um arquivo salvo num disquete (antigamente conhecido também como um “*floppy*”). Os leitores mais antigos recordarão que antes de existirem *pen drives*, HD externos e outros recipientes modernos, era necessário lidar com pequenos disquetes cuja capacidade de armazenamento, se comparada com as poderosas alternativas contemporâneas, era risível. Seja como for, fato é que não faz tanto tempo assim que o disquete era a via preferível para salvar qualquer documento eletrônico, mas hoje em dia essa tecnologia anda em risco de extinção. Basta olhar, por exemplo, os *laptops* mais modernos: contêm uma série de entradas USB prontas para receberem *pen drives* ou HD externos, porém nenhum investe mais na entrada de disquetes que, aliás, anda sumindo inclusive das torres dos computadores pessoais (os “*desktops*”). Ora, não parece exagero imaginar que daqui alguns anos, um documento eletrônico guardado num disquete corra o risco de ficar eternamente lá

⁴⁸⁰ Outras questões de cunho procedimental também são de relevo (ex. definir a forma válida (CD, anexo de *e-mail*, *upload online*, etc.) para os documentos serem aceitos como tempestivamente submetidos), mas, sendo o enfoque deste capítulo o documento eletrônico enquanto fonte de prova, deixar-se-á as considerações de natureza procedimental para o capítulo anterior.

⁴⁸¹ Digital archiving – History flushed. In: *The Economist*. 28.04.2012, pp. 67-68

trancafiado, pela impossibilidade futura de encontrar uma máquina equipada com um leitor desta arcaica tecnologia.

Já no que tange os *softwares*, não incorre em exageros aquele que afirmar que o risco é ainda mais agudo considerando que a evolução dos *softwares* é velocíssima. Todos convivem com o problema de, ao clicar para salvar um documento, ter que selecionar dentre uma longa lista qual o formato adequado (se é o Windows 2007, XP, Vista, etc.). A cada nova versão de um programa ou sistema operacional lançado, torna-se mais complicada a leitura de documentos eletrônicos salvos em versões anteriores. Aliás, algumas vezes é necessário reconstruir um *software* para permitir aos computadores modernos lerem os documentos salvos em formatos obsoletos (trata-se dos chamados “emuladores” que são programas feitos para simular o programa antigo).

Outrossim, mesmo quando uma nova versão consegue ler um documento eletrônico salvo em uma versão antiga, corre-se o risco de surgirem problemas de formatação na medida em que a tradução feita entre uma versão e outra pode ser imperfeita. Essas pequenas incongruências podem variar desde a incômoda alteração da fonte usada na escrita até a gravíssima perda de uma figura ou gráfico inserido no texto.

Essa alteração é mais do que uma mera inconveniência: o documento eletrônico ‘desformatado’ deve ser considerado uma nova versão do documento eletrônico anterior, pois apesar do conteúdo ser possivelmente coincidente, não há como negar que a apresentação mudou e isso pode trazer importantes consequências.⁴⁸² Ademais, quando a desformatação elimina componentes do documento eletrônico original como figuras e tabelas, as repercussões jurídicas podem ser ainda mais relevantes. Dissertando um texto sobre uma tabela que desaparecera, por exemplo, deve-se admitir que o texto devesse ser considerado como incompleto ou até fora de contexto, o que pode repercutir, mais adiante, na valoração dada pelo árbitro àquela prova. Pior: imagine se o fato que se buscava trazer ao conhecimento dos árbitros estava consubstanciado justamente nos dados colacionados na tabela desaparecida.

Obviamente, não se pode patrocinar o puritanismo radical na apreciação dos documentos desformatados. Atendendo à razoabilidade, o mais importante é que o conteúdo

⁴⁸² Exemplo: imagine-se uma causa discutindo a cobrança por serviços prestados. Pode ser que o número de páginas digitadas pelo prestador de serviço tenha definido os parâmetros da cobrança (como ocorre frequentemente com as traduções juramentadas, por exemplo). Trocada a formatação pode mudar o número total de páginas, deixando aquele documento eletrônico de representar precisamente a realidade dos fatos.

dos documentos eletrônicos continue inteligível.⁴⁸³ Apenas se faz uma alerta para aspectos que talvez devessem ser computados pelos árbitros e pelas partes na hora de disciplinar a forma em que os documentos eletrônicos serão recebidos (i.é. admitidos).

Resumindo: a obsolescência traz consigo o prejuízo de comprometer-se a integridade do documento eletrônico, ou até inviabilizar por completo sua apresentação na arbitragem.

A obsolescência dos documentos eletrônicos, portanto, pode representar importantes consequências jurídicas para uma arbitragem e não deve ser subestimada. Em uma arbitragem eletrônica, por exemplo, compensa averiguar qual a tecnologia à disposição dos árbitros (e da outra parte) para assegurar que a versão em que se pretende apresentar um documento seja perfeitamente compatível com a tecnologia dos demais participantes da arbitragem, sob pena de “B” virar “β”. Vale lembrar, ademais, que muitos regulamentos impõem o dever de fornecer cópias dos documentos,⁴⁸⁴ o que poderia ser interpretado como violado caso a cópia enviada não fosse acessível ou estivesse severamente desformatada.

Além da obsolescência, é útil enfrentar, ao tratar dos documentos eletrônicos, outro desafio similar: o da incompatibilidade. O mercado tecnológico da informática é um mercado global e competitivo aberto às contribuições de todos os interessados. Isto é, não existe o monopólio sobre qualquer segmento e proliferam vários produtores para programas semelhantes.⁴⁸⁵ Essa abertura garante que se tenha a opção de redigir o texto desta dissertação no *Microsoft Word*, no *Notepad*, no *BrOffice Word*, no *OpenOffice*, *Google Docs*, etc.

Se esta concorrência é benéfica de um ponto de vista macro-econômico, o mesmo não é verdade do ponto de vista jurídico, pois nem sempre as diferentes plataformas comunicam-se perfeitamente, criando problemas similares àqueles identificados acima referentes à obsolescência. Desta forma, um documento eletrônico produzido pelo *software X* desenvolvido pela empresa *A*, pode ser incompatível (prejudicando ou até inviabilizando sua leitura) com o *software* similar *Y* da empresa *B*.

⁴⁸³ É o que ocorre, por exemplo, em Singapura, que desde a década de 90 enfrentou este problema e decidiu que a solução razoável e adequada seria orientar seus magistrados a focarem nos aspectos fundamentais para a compreensão e inteligência dos documentos eletrônicos. (CHENG, C. L. A. Information technology and the law of evidence: recent legislative initiatives. In: *Singapore Academy of Law Journal*. Vol. 9. 1997, p. 124)

⁴⁸⁴ Exemplos: art. 6.3. do novo regulamento da CCBC; art. 2.1. do novo regulamento da CAMARB; art. 43, § único do regulamento da FGV; e art. 6.5. do regulamento recomendado pelo CONIMA.

⁴⁸⁵ Não custa lembrar que sistemas hoje quase universais tiveram origens humildes. Tanto a popular *Apple* quanto a gigantesca *Microsoft* nascerem nas garagens de visionários adolescentes, demonstrando a facilidade de criarem-se produtos concorrentes para cada função.

Atualmente o risco de incompatibilidade total (quando o documento eletrônico sequer consegue ser lido por outro programa que não aquele em que foi elaborado) é reduzido, já que a maioria das criadoras de *software* esforça-se para produzir programas capazes de comunicar-se com outros programas e então serem mais atrativas aos consumidores que são avessos às restrições. Contudo, a comunicação entre as diferentes plataformas é frequentemente imperfeita, e as falhas na formatação representam um óbice recorrente, com todas as consequências que já foram ponderadas acima.

É imperioso que se tenha em mente que a obsolescência e a incompatibilidade não são problemas exclusivos dos documentos eletrônicos. Os documentos físicos também já apresentaram dificuldades semelhantes. Basta lembrar a importância da Pedra Roseta que pode ser bem comparada com os emuladores modernos, liberando acesso ao conteúdo de antigos documentos.⁴⁸⁶ Entretanto, os documentos eletrônicos desafiam qualquer comparação no que tange a velocidade com a qual esses obstáculos surgem: foram necessários séculos para que o conhecimento dos hieróglifos antigo sumisse, ao passo que os documentos eletrônicos tornam-se ilegíveis, em média, em menos de uma década.⁴⁸⁷

Por fim, registra-se aqui um problema comum tanto aos documentos eletrônicos como os físicos: a perda dos documentos com o passar do tempo.

Nesse aspecto pode parecer que os documentos eletrônicos levem certa vantagem, pois poucas coisas são tão frágeis quanto uma folha de papel, que pode ser facilmente rasurada ou rasgada. Vale lembrar, ademais, as folhas de fac-símile que desbotam rapidamente como um quadro deixado no sol da praia.

Ocorre que os meios físicos que guardam os documentos eletrônicos também são vulneráveis ao desgaste. Pense-se, por exemplo, no CD ou DVD riscado que não mais consegue ser lido pelos leitores óticos dos aparelhos. Adicionalmente, os documentos eletrônicos possuem outro calcanhar de Aquiles: a limpeza sistemática dos arquivos. Não é de

⁴⁸⁶ Merece destaque o exemplo da Pedra Roseta por sublinhar a fragilidade dos documentos enquanto fonte de prova. Enfatize-se que os antigos egípcios gravaram seu conhecimento em várias fontes (quantos monumentos e murais não contam a mesma história no Egito?) e da forma possivelmente mais indelével: esculpiram na própria pedra seus documentos. Mesmo assim, com o passar dos anos, a humanidade quase perdeu todos esses conhecimentos pela extinção daqueles alfabetizados no egípcio antigo.

⁴⁸⁷ *The Economist*, cit. *supra* n. 481 p. 67

conhecimento generalizado que muitos arquivos, especialmente servidores de *e-mails*, são programados para periodicamente limparem os documentos eletrônicos mais antigos.⁴⁸⁸

Assim, aquele que um dia tentar buscar um antigo *e-mail* pode surpreender-se ao descobrir que aquele *e-mail* não mais consta nos arquivos, apesar do usuário jamais tê-lo deletado manualmente. Um documento físico colocado num local tende a lá permanecer, ou seja, não existe com os documentos físicos essa propensão ao sumiço que existe nos documentos eletrônicos.⁴⁸⁹

Todas essas considerações são importantes para as partes e, subsidiariamente, os árbitros, na hora de pensarem na regulamentação da instrução, sendo melhor manter uma mente aberta na hora da admissibilidade, pois os documentos eletrônicos, como explicado acima, podem apresentar surpresas inesperadas. Talvez fosse de interesse comum, por exemplo, deixar claro se na arbitragem haverá esforços (tanto monetários, como de concessão de prazo adicional (que pode ser significativo dependendo da necessidade ou não de programar um emulador)) para recuperar documentos eletrônicos antigos ou não. Também seria recomendável estabelecer os formatos aceitáveis para os documentos eletrônicos. *Et cætera*.

Encontrado o documento em formato aceitável, ainda existe um último ponto que precisa ser enfrentado, segundo a lista mencionada antes: o do tamanho dos documentos eletrônicos. Tal obstáculo torna obrigatória a abordagem de questões práticas e jurídicas que, *prima facie*, também podem passar despercebidas pelas partes e pelos árbitros.

Do ponto de vista prático, é recomendável que as partes e os árbitros lembrem que os documentos eletrônicos podem ter um tamanho que dificulte o envio dos mesmos aos árbitros. O clássico exemplo nessa seara é do documento eletrônico que é grande demais para ser anexado como *e-mail*. Não há necessidade, todavia, de prender-se a esse exemplo: independentemente da modalidade escolhida para entrega de documentos eletrônicos (CD, *upload* direto no *website* da instituição de arbitragem escolhida, etc.), sempre haverá o risco de documentos eletrônicos ‘obesos’.

Felizmente, existem soluções tecnológicas para superar esse obstáculo. Se, por exemplo, o documento eletrônico desafia a capacidade de armazenamento de um CD, é

⁴⁸⁸ BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. In: *Dispute Resolution International*. Vol. I, n. 2, dez. 2007, p. 133

⁴⁸⁹ Salvo, logicamente, em casos excepcionais e acidentais.

possível lançar mão de um *pen drive* ou até de um HD externo. Similarmente, o tamanho dos documentos eletrônicos que podem ser anexados aos *e-mails* ou carregados num determinado *website* podem ser ampliados com ajuda dos administradores desses sistemas.

Ocorre que essas soluções encarecem a arbitragem, pois requerem equipamentos mais sofisticados (e caros) ou até máquinas e *softwares* adaptados a essas necessidades descomuns.

Em uma arbitragem envolvendo centenas de milhões de dólares é fácil diluir esses custos tecnológicos. Agora, em uma arbitragem de menor porte, pode não ser tolerável, de um ponto de vista econômico, arcar com tais custos. Nesses casos, talvez fosse melhor simplesmente determinar que o documento eletrônico seja impresso e entregue em forma de documento físico.

Quid: mas e se o documento eletrônico não admite sua materialização em forma impressa (ex. uma simulação virtual)? Ou o que fazer se não há regra expressa regulamentando como proceder na hipótese de documentos eletrônicos grandes demais? Ou até: seria lícito haver uma limitação ao tamanho dos documentos que podem ser submetidos?

A resposta às indagações trazidas acima são semelhantes e relacionadas, havendo certo desencadeamento lógico entre as mesmas. A primeira questão, por exemplo, tem uma resposta que, *a priori*, é simples de fornecer: Ora, se não pode ser impresso, o documento eletrônico deve ser submetido na forma eletrônica ou então não será submetido.⁴⁹⁰ Ocorre que esta segunda hipótese (restrição) nos remete de volta à última questão.

Antes de responder a última questão, contudo, é melhor enfrentar a segunda indagação (falta de regra expressa).

Não havendo previsão de como agir diante dessa barreira tecnológica o ideal seria que as partes e os árbitros se reunissem para resolver a questão. Em não havendo consenso, caberia

⁴⁹⁰ Na verdade, é factível imaginar uma terceira resposta para a pergunta. Trata-se de fazer uma criativa analogia com o instituo da inspeção judicial (CPC/73, arts. 440 e ss.). Na inspeção judicial imagina-se um magistrado deslocando-se até um imóvel para inspecioná-lo pela simples razão que juntar o imóvel aos autos seria impossível. Ora, se não se pode trazer o documento eletrônico aos árbitros, que se leve os árbitros ao documento eletrônico. Cumpre sopesar, todavia, que essa solução naturalmente implicaria em custos (pecuniários e temporais) de deslocamento dos árbitros e dos advogados até o computador que mantenha o documento eletrônico 'imóvel'. Desta forma, conquanto o adágio de Maomé e sua montanha soe interessante no plano teórico, na prática essa alternativa custosa merece ser relegada a esta nota de rodapé.

aos árbitros, que tem o poder residual de reger o procedimento (art. 21 *caput* da lei 9.307/96),⁴⁹¹ decidir acerca da matéria.

Imagine-se, porém, que a parte se dê conta do obstáculo técnico na véspera da entrega do prazo, não tendo tempo de pedir esclarecimentos do tribunal arbitral; como deveria proceder para preservar o seu direito e evitar a preclusão da oportunidade de submeter aquele documento eletrônico?

Apesar de ser sustentável o recurso ao Judiciário nas hipóteses de urgência e em que o tribunal arbitral não consiga ser acessado a tempo,⁴⁹² é difícil defender tal tese de intervenção do Judiciário como melhor solução neste caso. A opção de recurso ao juiz togado deve ser rechaçada por duas razões interligadas. Primeiramente, não é saudável para a arbitragem, enquanto instituto que visa (pelo menos na fase de conhecimento) oferecer uma via paralela e independente da justiça estatal, que esta sofra intervenções (ou às vezes até intromissões) quando não houver absoluta necessidade para tanto; o que, por sua vez, salienta a segunda razão: não se vislumbra na situação descrita acima um beco sem saída onde o Judiciário seja a única alternativa.

Qual seria a solução então? Precaução. Se as partes deixaram de regulamentar em detalhes os aspectos tecnológicos anteriormente, devem pelo menos tomar o cuidado de não deixar o cumprimento dos prazos para o último momento. Se a parte deixa até a última hora para enviar o documento eletrônico e sequer testou o sistema durante todo o prazo que teve, deve arcar com os riscos advindos dessa atuação pouco zelosa. Aliás, reside igualmente nesse ponto a contrariedade expressada *supra* à intervenção do Judiciário nesse cenário hipotético: não deve o juiz togado intervir quando a própria parte criou a urgência da situação, deixando para depois o que podia fazer antes, ou seja, fabricando de próprio punho o *periculum in mora*.

Ademais, é necessário indagar até que ponto a parte está diante de um risco de danos consideráveis. É razoável crer que se a parte submetesse o documento eletrônico na forma que lhe fosse possível (ex. em via impressa entregue na sede da instituição arbitral) ou, não havendo possibilidade, pedindo prazo e estabelecimento de meios factíveis para submissão do documento eletrônico, o mais provável é que os árbitros sejam lenientes com essa falha da

⁴⁹¹ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration* – 5.9. *Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 40; e CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, pp. 289 e 292

⁴⁹² CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* n° 03, p. 234; e CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 328

parte. Assim, diante de uma verdadeira omissão, o mais esperado é que os árbitros defiram esse prazo adicional ou ratifiquem o meio alternativo usado pela parte para entregar o documento eletrônico grande demais para a via previamente definida.

Insta destacar, entretanto, que na prática, é raro deparar-se com a hipótese de falta absoluta de regra sobre a questão, de modo que os pensamentos conduzidos acima possuem mais valor acadêmico do que concreto por hora.⁴⁹³

Finalmente aborda-se o último questionamento: pode haver limitação ao tamanho dos documentos?

Ora, tendo em vista a posição sustentada acima (vide *supra* 3.3.) onde se defendeu a possibilidade de se excluir *por completo* um determinado meio ou fonte de prova, inclusive a de documentos eletrônicos, é imperioso, em nome da coerência, aplicar a mesma lógica aqui, pois, afinal, se é lícito às partes proibir uma fonte de prova, é igualmente legítimo que imponham restrições e limitações aos tamanhos dos documentos – *Cui licet quod est plus, licet utique quod est minus*.

Em sentido contrário, T. SCHULTZ defende que existe um mínimo que não pode ser afastado em nome da autonomia da vontade. O citado autor expressa uma preocupação no

⁴⁹³ Verificando os regulamentos de algumas das principais instituições arbitrais brasileiras, percebe-se que o problema dificilmente se apresentará pelo fato de que os órgãos, inclusive aqueles que inovaram recentemente seus regulamentos (como fez a CCBC, a Câmara de Arbitragem do Mercado e a CAMARB), ainda não pensam em termos de informatização e preveem como regra padrão a submissão de documentos em forma cartácea com vias para as partes, os árbitros e a secretaria. (Nesse sentido: Art. 7.3. do regulamento da FIESP; art. 6.3. do novo Regulamento da CCBC; art. 2.1. do novo regulamento da CAMARB; art. 43, § único do regulamento da FGV; art. 9.3. do novo regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado; e o recomendado art. 6.5. da minuta do CONIMA.) Ademais, alguns desses regulamentos ainda tomam o cuidado de delegar à presidência ou órgão similar a autoridade para preencher quaisquer omissões nos regulamentos em casos de urgência (Nesse sentido: art. 12.6. do novo regulamento da CAMARB; art. 64 do regulamento da FGV; e 9.10 do novo regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado).

Cumprir registrar, porém, que no regulamento da CCI não foi localizada qualquer regra para lidar com a matéria de modo que, na CCI, esse problema pode de fato manifestar-se. Por outro lado, a CCI oferece vários manuais de orientações específicas que podem ser adotados, valendo chamar a atenção para o suplemento especial do informativo da CCI de 2004 intitulado *Using technology to resolve business disputes* (§§ 12-14). Quanto ao AAA, vale notar que apesar do regulamento convencional nada dizer, essa instituição tem regras específicas para procedimentos arbitrais inteiramente *online* (vide, por exemplo, o regulamento do ICANN disponível em: <http://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADRSTG_017407&_afzLoop=230529433635347&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=null%40%3F_afzWindowId%3Dnull%26_afzLoop%3D230529433635347%26doc%3DADRSTG_017407%26_afzWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D13u5fa4ive_164> ou o aplicativo *WebFile* disponível em: <https://apps.adr.org/webfile/>). Por fim, saliente-se que os *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (versão 2010) tratam do assunto no art. 3.12.b. quando conferem à parte poder discricionário face à impossibilidade de submissão no formato original e falta de disposição das partes ou dos árbitros em sentido contrário.

Para efeitos de comparação, na esfera estatal a Lei nº 11.419/06 (que regula o processo eletrônico) solucionou a questão no seu art. 11, §5º, dispondo que em casos de arquivos muito grandes deveria haver apresentação dos mesmos no cartório ou na secretaria.

sentido que diminuir demais o tamanho aceitável equivaleria a, na prática, suprimir a prova documental o que, por sua vez, implicaria violação ao contraditório.⁴⁹⁴

Em que pese os argumentos do autor, sua premissa está equivocada, vez que os documentos eletrônicos não representam, necessariamente, a única fonte de prova. Mesmo que as partes reduzissem o tamanho aceitável a um nível esdrúxulo, nada impediria as partes de lançarem mão de outras fontes de prova como as testemunhas.

Agora, sendo o documento eletrônico a única fonte de prova aceitável, merece ser apoiada a conclusão de T. SCHULTZ, pois caso contrário não há arbitragem, mas sim uma competição de quem conta a história mais verossímil ou de forma mais convincente.

Feitas essas ponderações, espera-se que a linha de raciocínio desenvolvida acima pode ser aproveitada para os demais pontos já tratados nesse item. Assim, não se enxerga qualquer ilicitude nas partes ou nos árbitros determinarem um formato obrigatório para entrega dos documentos eletrônicos (ex. obrigatoriamente em *Portable Document Format* (.pdf)), mesmo que haja a impossibilidade de converter-se um documento eletrônico a esse formato.

Vale notar, contudo, que a escolha de um formato em detrimento de outro não é uma decisão a ser tomada levianamente, pois cada formato possui características peculiares. Um documento em formato .pdf, por exemplo, minimiza os riscos de desformatação. Por outro lado, como bem sopesa J. M. BARKETT, às vezes é interessante que os árbitros determinem a entrega dos documentos em outros formatos para aproveitar as ferramentas de cada formato. Lista como exemplo que um documento eletrônico submetido em formato *Word* permite aos juízes fazer uma busca por palavras, o que nem sempre é possível em outros formatos e pode ser de grande valia em documentos extensos.⁴⁹⁵ Outro exemplo trazido pelo mesmo autor é dos documentos eletrônicos em formato *Excel* que permitem aos árbitros verificarem quais as

⁴⁹⁴ *In verbis totum*: “The minimum in this respect seems to be that this fixed length or size should be sufficient for the parties to realistically allege facts, submit legal arguments, and include evidence produced. Beyond this general statement, the concrete minimal limit, i.e., what will be a sufficient length or size, depends, first, on the complexity of the type of case involved – standard consumer cases, for example, require smaller submissions than large international commercial cases. Second, it depends on the type of dispute resolution method (expedited or not, inexpensive or not), because the parties can be considered to have accepted to limit their right to be heard in exchange for faster proceedings.” (SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner’s guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 110)

⁴⁹⁵ No mesmo sentido: SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner’s guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 15

fórmulas usadas para cada passo aritmético e, se quiserem, salvar uma cópia distinta para continuar ou modificar os cálculos.⁴⁹⁶

Essas lições são válidas também para meditação sobre a decisão de converter os documentos eletrônicos em documentos impressos. De fato, é comum pensar como via natural de entrega dos documentos eletrônicos uma conversão desses ao estado de documentos físicos através da impressão.

Essa decisão, porém, acarreta algumas consequências práticas,⁴⁹⁷ como a perda de certas funções (como acabou de ser exemplificado acima), mas também é preciso recordar que o documento impresso não traz, como regra,⁴⁹⁸ junto consigo sua *metadata*, cuja utilidade já foi deixada clara acima. Adicionalmente, vale lembrar que certos documentos eletrônicos não são facilmente imprimíveis (ex. um vídeo) ou até são impossíveis de imprimir (ex. um programa de simulações).

São questões, portanto, que o advogado moderno terá que considerar quando pensando em utilizar-se de um documento eletrônico como fonte de prova na arbitragem.

3.5.- *Excesso de Admissibilidade?*

Tecidas as considerações acima, conclui-se que inexiste óbice à admissão da prova documental eletrônica nas arbitragens brasileiras do ponto de vista jurídico, desde que as mesmas sejam obtidas de forma lícita e a fonte seja autorizada pelas partes, sendo mais provável os obstáculos serem de natureza técnica do que legal.

Estabelecida tal premissa, abordar-se-á abaixo um curioso problema decorrente dessa admissibilidade: trata-se do excesso de admissibilidade.

Pode parecer um contrassenso falar num ‘excesso’ de admissibilidade – afinal, o processo arbitral deve ser enriquecido com várias fontes de prova para franquear aos árbitros (que, lembre-se, possuem mais tempo para dedicar-se às suas causas do que os juízes togados) um conhecimento o mais próximo possível dos fatos pertinentes à causa. Ademais, geralmente

⁴⁹⁶ BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* n° 488, p. 140

⁴⁹⁷ As jurídicas, especialmente quanto às questões de valoração, serão tratadas adiante.

⁴⁹⁸ Claro, nada obsta que a *metadata* também seja impressa e anexada ao documento eletrônico.

associa-se a informática e suas novidades com a simplificação de procedimentos e minimização de demoras e gastos.⁴⁹⁹

Contudo, é preciso ter em mente que nesses tempos modernos é comum produzirem-se, cotidianamente, vários documentos eletrônicos. Todo *e-mail*, SMS, documento *word* (inclusive suas versões alteradas), ligação celular (pense nos registros criados na operadora para cada ligação...), etc. constituem exemplos de documentos eletrônicos que são elaborados todo dia.

Ou seja, hodiernamente é comum existir uma série de documentos eletrônicos registrando os mais variados atos de todos os aspectos de nossas vidas. O resultado previsível dessa proliferação de documentos eletrônicos é que para cada fato discutido em uma arbitragem pode existir uma verdadeira enxurrada de documentos eletrônicos referentes àquele fato.

Esse problema já é muito bem conhecido pelos juristas norte-americanos que convivem com o sistema de *Discovery* no processo estatal⁵⁰⁰ e arbitral deles. O *Discovery*, conforme é cediço, consiste na concessão de acesso à parte contrária às provas que uma parte pretende usar no processo.⁵⁰¹ O *e-discovery*, portanto, nada mais é do que a versão eletrônica do *Discovery*, onde uma parte garante à outra vista de todos os *e-mails* e demais documentos eletrônicos que podem ser usados em uma causa.

Não é preciso muito esforço imaginativo para antever que em uma grande arbitragem o *e-discovery* pode sobrecarregar os advogados de uma parte de informação, quando, repentinamente, ficam encarregados de extrair de um mar de *e-mails* e documentos eletrônicos aqueles que serão relevantes para a arbitragem.

J. M. BARKETT, em artigo dedicado exclusivamente ao assunto, ajuda a traçar com maior precisão os contornos do problema.⁵⁰² Afirma o militante advogado (com toda razão)

⁴⁹⁹ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, pp. 2 e 13

⁵⁰⁰ Sobre o assunto, é relevante chamar a atenção para a interessante pesquisa feita por J. WALKER e G. D. WATSON que pesquisaram vários temas ligados ao processo informatizado em diversos países de sistema *Common Law*. A questão do *e-discovery* recebeu destaque dos correspondentes da Grã-Bretanha, Austrália e dos EUA. Todos expressaram preocupação com o aumento de custos trazidos pelo *e-discovery*. (New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. Cit. *supra* nº 296, pp. 282-283, 285-286 e 292)

⁵⁰¹ DELUIGGI, M.. O conflito de culturas na produção de provas em arbitragens internacionais. In: *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 138

⁵⁰² BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* nº 476, pp.129, 133-138

que não incide em exageros aquele que afirmar que, hoje em dia, a maioria das informações é registrada, ao redor do mundo, em forma eletrônica.

Essa ubiquidade pode ser explicada com base em vários motivos.

Primeiramente, deve-se ter em mente que o arquivamento de documentos eletrônicos se dá de forma muito mais simples que o arquivamento de documentos físicos. Em instantes consegue-se, por exemplo, salvar um anexo recebido por *e-mail* em uma pasta eletrônica de nossos computadores. Por outro lado, arquivar documentos nos arquivos dos escritórios e em pastas físicas requer deslocamento, furação de papel, numeração, etc. Aliás, para os entendidos do assunto, o arquivamento eletrônico pode até ser programado: é possível, por exemplo, criar regras no *Microsoft Outlook* que automaticamente arquivem os *e-mails* segundo critérios pré-estabelecidos como quem foi o remetente da mensagem eletrônica ou qual o assunto da mensagem.

Não se pode olvidar, ademais, que os documentos eletrônicos tomam muito menos espaço físico do que os documentos impressos. Um simples *pen-drive*, por exemplo, pode armazenar dezenas (e em modelos especiais até centenas) de *gigabytes* de informação.⁵⁰³ Consequentemente, resta evidente a facilidade de armazenarem-se quantidades colossais de informações carregadas na forma de documentos eletrônicos.

Adicionalmente, é bom lembrar que os documentos eletrônicos têm a tendência a sobreviverem mesmo quando deletados. De fato, deletar um documento ou movê-lo à lixeira na área de trabalho do computador apenas muda a forma e o local de arquivamento desse documento eletrônico, sendo o mesmo facilmente restaurado e utilizável posteriormente se a lixeira não for ‘esvaziada’.

O que nem todos os usuários de computadores sabem, porém, é que mesmo quando esvaziada a lixeira, não se remove por completo o documento eletrônico do computador. Os documentos eletrônicos lá permanecem até que o espaço que ocupavam seja de fato reaproveitado e algo gravado por cima do documento eletrônico antigo. Assim, a não ser que haja essa ‘reciclagem’ do documento eletrônico antigo (ou a utilização de softwares especiais

⁵⁰³ Para aqueles não familiarizados com a nomenclatura, um *gigabyte* equivale a um milhão de *megabytes* ou, em termos de volume, um *gigabyte* equivale a meio milhão de páginas datilografadas. (Vide: BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* n° 488, p. 136)

projetados para limpar completamente os discos-rígidos⁵⁰⁴) o documento eletrônico deletado pode ser recuperado em sua integridade.⁵⁰⁵

Não é só: os computadores frequentemente⁵⁰⁶ criam *back-ups* dos documentos eletrônicos, isto é, cópias temporárias destinadas a preservar o trabalho feito caso haja qualquer pane no sistema. Conquanto isso seja ótimo para aquele que deseja recuperar um documento eletrônico perdido por falha na rede, o fato é que cada *back-up* é um novo documento eletrônico escondido, porém acessível, no computador.

Por fim, é essencial recordar-se que cada documento eletrônico carrega consigo sua *metadata* (vide *supra* 2.1.). Longe de ser descartável, essa *metadata* pode ter grande relevância jurídica, pois ajuda a revelar dados sobre a autoria e data do documento. Fazendo uma analogia, a *metadata* tem o mesmo valor jurídico que os selos e carimbos postais que adornam os envelopes nos quais uma carta é enviada: podem indicar a data do envio daquela carta, a região, etc.

Sendo assim, a *metadata* também deve ser incluída na lista de informações que podem interessar advogados preparando-se para uma arbitragem.

Em segundo lugar, saliente-se que é comum documentos eletrônicos serem arquivados em vários ambientes diferentes. Um mesmo documento eletrônico pode, por exemplo, ser acessado, copiado, modificado ou lido no computador de casa ou do escritório, no *laptop*, no *iPad*, no *smartphone*, bem como pode ser guardado num CD, no *pen-drive*, na internet (trata-se da computação em nuvem que permite armazenar documentos *online*), etc.

Ou seja, quando se vai atrás dos documentos eletrônicos, é preciso ter em mente a multiplicidade de recipientes que hoje podem guardar esses documentos, às vezes com cópias

⁵⁰⁴ Para os curiosos: são programas que eliminam o documento eletrônico antigo gravando por cima dele em branco. Existe uma variedade desses programas disponíveis no mercado (tente, por exemplo, pesquisar no Google por “File deleter”...). Cumpre apontar, todavia, que apesar desses programas de fato enfiarem a estaca de prata nos documentos eletrônicos, nem sempre é possível esconder o uso desses programas. Do ponto de vista jurídico isso pode trazer certas consequências, como ocorreu num caso julgado nos EUA (*Kucala Enterprises Ltd v. Auto Wax Co, Inc.* 2003 US Dist LEXIS 8833) em que uma parte usou um programa (cujo nome, “*Evidence Eliminator*”, é autoexplicativo), mas não conseguiu cobrir o rastro da exclusão, sendo condenada com base na presunção de que a prova que visou remover do disco rígido militava contra ela.

⁵⁰⁵ BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* nº 488, p. 135

⁵⁰⁶ A frequência com a qual os *back-ups* são criados depende da programação do computador (e frequentemente tal programação pode ser modificada e personalizada). É importante considerar-se, contudo, que é possível ter *back-ups* sendo criados de tantos em tantos minutos de forma que o ritmo de proliferação de espelhos do documento eletrônico original pode ser espantoso.

perfeitas que podem ser descartadas de plano, mas às vezes com formatações, datas de acesso ou até modificações importantes que exigem uma análise mais cuidadosa.

Desta forma, tem-se uma fórmula quase perfeita a encorajar as pessoas a acumularem uma quase infinidade de documentos eletrônicos que talvez tenham que ser revistos por árbitros e, especialmente, os advogados que farão a seleção desses documentos.

Pode-se facilmente antever, por consequência, que a imensa existência de documentos eletrônicos pode ser tanto um bônus quanto um ônus. Os advogados agora têm à sua disposição uma farta coletânea de potenciais fontes de prova que registram vários aspectos da maioria dos atos cotidianos de todos. No entanto, a previsível dificuldade surge no momento de localizar no meio de todos esses documentos eletrônicos aqueles de utilidade para a arbitragem.

Temos, portanto, diante de nós a já consagrada metáfora da agulha no palheiro, mas com uma complicação adicional: qualquer pessoa (com muito tempo e paciência) consegue procurar uma agulha no meio da palha, mas é preciso conhecimentos específicos para revirar documentos eletrônicos e selecionar os que contenham relevância jurídica.

Deve-se registrar aqui, no entanto, que do mesmo jeito que a tecnologia parece criar problemas, ela se esforça para encontrar soluções para essas questões. Assim, já há registro de programas desenvolvidos para ir além da mera busca por palavras e fazer uma busca por conceitos (*concept searching*), pesquisando segundo instruções passadas pelo pesquisador.⁵⁰⁷

Ocorre que, onde essas novéis tecnologias têm sido implementadas, tem-se detectado dois novos óbices. Primeiro, a falta de confiabilidade nesses programas recém-lançados que, na prática, ainda deixam passar importantes documentos que um cérebro humano (diligente) teria captado. Segundo, quanto melhor a tecnologia, mais documentos eletrônicos as partes sentem à vontade para produzir, aparentemente cancelando os benefícios da tecnologia.⁵⁰⁸

D. HOWELL, outro estudioso desse tema, acha difícil prever se a tecnologia conseguirá aliviar ou não a questão da exagerada produção dos documentos eletrônicos. Raciocina o citado autor que qualquer exercício de futurologia é muito complicado pelo fato de que a tecnologia na informática está em constante evolução de modo que se por um lado amanhã

⁵⁰⁷ WALKER, J.; e WATSON, G. D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. Cit. *supra* n° 296, p. 282

⁵⁰⁸ Idem, p. 286

pode haver ferramentas mais inteligentes de pesquisa, também pode haver novos problemas como arquivamento de documentos em computação em nuvem, por exemplo.⁵⁰⁹

A bem da verdade a solução (ou pelo menos mitigação) desse problema pode ser atingida não só com a implementação de novas tecnologias, mas também com um aperfeiçoamento na parte humana da equação. É defensável que com o adequado treinamento (e boa vontade) seja possível melhorar a organização dos documentos eletrônicos. Simples cuidados como arquivar documentos eletrônicos por tópicos e sub-tópicos ou criar o hábito de deletar documentos eletrônicos de pouca utilidade podem contribuir significativamente na melhoria do problema.

A única conclusão que é lícita extrair desse quadro é, portanto, que, por enquanto, a busca por fontes de provas no meio dos documentos eletrônicos requererá o trabalho de advogados (ou no mínimo juristas) que, geralmente, cobram a hora, e também de técnicos de informática, eis que às vezes é preciso conhecimentos específicos para saber acessar ou abrir os documentos eletrônicos, especialmente se foram deletados ou se busca-se a *metadata* atrelada aos documentos eletrônicos.⁵¹⁰

Em síntese: o custo da arbitragem pode ir às alturas. Para se ter uma noção da dimensão do problema, transcreve-se aqui *ipsis litteris* os termos usados por REDFERN & HUNTER:

“[...] *in most common law countries [...] the rules of procedure in civil litigation place an obligation on the parties to disclose all documents relevant to the issues in dispute. The sheer scale of complying with this obligation may place an intolerable burden in terms of cost and effort not only on the producing party, but also on the opposing party, and on the judges who have to make the findings of fact on which their judgment is based.*”⁵¹¹

Some-se ao disposto acima, ademais, que é possível existir uma assimetria na quantidade de documentos eletrônicos entre as partes. Imagine-se, a título exemplificativo,

⁵⁰⁹ HOWELL, D. Developments in electronic disclosure in international arbitration. In: *Dispute Resolution International*. Vol. 3. N. 2, outubro 2009, p. 167

⁵¹⁰ BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* n° 488, p. 138

⁵¹¹ REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* n° 41, p. 397

duas empresas, sendo uma de pequeno porte e outra de grande. A maior provavelmente terá uma quantia gigantesca de documentos eletrônicos que pode empilhar em cima da menor a título de cumprimento do *e-discovery*, ameaçando exacerbar, mais ainda, a desigualdade real entre as partes.⁵¹²

Diante desse cenário, os arbitralistas norte-americanos vêm adaptando a arbitragem de forma a tentar minimizar o impacto do excesso de documentos eletrônicos.

Essa tendência não passou despercebida pelos legisladores privados incumbidos de formular os regulamentos e as leis modelos.⁵¹³ Há, ultimamente, uma tendência de legislar no sentido de privilegiar a economicidade do procedimento arbitral e também de interpretar as regras dos institutos arbitrais de forma restritiva para conter o influxo de documentos eletrônicos.⁵¹⁴

A título exemplificativo, o mais recente regulamento da CCI (que entrou em vigor no começo desse ano) também ressalta o dever das partes e do tribunal arbitral de buscarem minimizar os possíveis custos.⁵¹⁵ Já o regulamento de 2010 do ICDR da AAA enfoca no aspecto de celeridade,⁵¹⁶ sem deixar, no entanto, de ressaltar a importância da economicidade na introdução que precede o regulamento.⁵¹⁷ Em documento apartado que serve como orientação aos árbitros (*ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning exchanges of Information*⁵¹⁸) o ICDR trata especificamente da questão recomendando que se adote a forma

⁵¹² BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* n° 488, p. 150

⁵¹³ Cumpre mencionar neste assunto os princípios de Sedona (*Sedona Principles: Best Practices for Electronic Document Retention & Production* – disponível online em: <https://thesedonaconference.org/download-pub/81>) que é um *soft-law* elaborado em uma conferência realizada no Sedona Hilton nos EUA. Apesar de ser feito para o processo civil norte-americano (e não para a arbitragem), os princípios entram em questões interessantes e fornecem definições relevantes ao estudo ora estudado, mesmo que seja a título de comparação ou aproveitamento por analogia.

⁵¹⁴ BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* n° 488, pp. 130-131

⁵¹⁵ Art. 22.1.: O tribunal arbitral e as partes deverão envidar todos os esforços para conduzir a arbitragem de forma expedita e eficiente quanto aos custos, levando em consideração a complexidade do caso e o valor da disputa. (Grifou-se)

⁵¹⁶ Art. 16.2.: The tribunal, exercising its discretion, shall conduct the proceedings with a view to expediting the resolution of the dispute. [...]

⁵¹⁷ The ICDR's international system is premised on its ability to move the matter forward, [...] control costs, [...]

⁵¹⁸ Disponível online em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=icdr%20guidelines%20for%20information%20exchanges%20in%20international%20arbitration&source=web&cd=1&ved=0CFsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.adr.org%2Fcs%2Fidcplg%3FidcService%3DGET_FILE%26dDocName%3DADRSTG_002579%26RevisionSelectionMethod%3DLatestReleased&ei=Ueq7T8CTB4G-9QSG1pCqDQ&usq=AFQjCNFUHrfpXr8eWwV6eKm3r8mWlyO6KA&cad=rja> (acessado 22.05.2012)

mais econômica para a produção dos mesmos e que o pedido de produção seja sempre acompanhado com critérios de busca para facilitar a pesquisa.⁵¹⁹

Sem dúvida o melhor exemplo neste assunto, porém, são os *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* (os *IBA Rules*), que além de estipularem no preâmbulo que visam regulamentar arbitragens conduzidas de forma ‘eficiente e econômica’⁵²⁰ também oferecem regras específicas talhadas a esses novos desafios tecnológicos.

Nesse sentido, sendo comum a algumas partes solicitar aos árbitros não só acesso aos documentos eletrônicos da outra parte, mas também que a outra parte seja incumbida de fazer uma pré-seleção baseada em critérios pré-definidos e/ou que o formato de disponibilização seja tal que facilite a análise dos documentos (ex. documentos eletrônicos em formato que permita a busca por palavras),⁵²¹ os *IBA Rules* decidiram por bem positivar a matéria:

Art. 3.3. A Request to Produce shall contain:

- (a) (i) a description of each requested Document sufficient to identify it, or
- (ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist; in the case of Documents maintained in electronic form, the requesting Party may, or the Arbitral Tribunal may order that it shall be required to, identify specific files, search terms, individuals or other means of searching for such Documents in an efficient and economical manner;

(Versão 2010 – Grifou-se)

⁵¹⁹ Item 4: When documents to be exchanged are maintained in electronic form, the party in possession of such documents may make them available in the form (which may be paper copies) most convenient and economical for it, unless the Tribunal determines, on application and for good cause, that there is a compelling need for access to the documents in a different form. Requests for documents maintained in electronic form should be narrowly focused and structured to make searching for them as economical as possible. The Tribunal may direct testing or other means of focusing and limiting any search.

⁵²⁰ Eis a redação da versão de 2010: “These IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are intended to provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitrations”. (Grifou-se)

⁵²¹ BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* n° 488, p. 151

Além de facilitar a busca por critérios, os *IBA Rules* também demonstram uma clara ciência dos demais problemas tecnológicos que tratamos brevemente acima, como, por exemplo, questões de compatibilidade e formato dos documentos eletrônicos. Veja-se:

3.12. With respect to the form of submission or production of the Documents:

[...]

(b) Documents that a Party maintains in electronic form shall be submitted or produced in the form most convenient or economical to it that is reasonably useable by the recipients, unless the Parties agree otherwise or, in the absence of such agreement, the Arbitral Tribunal decides otherwise;

(Versão 2010 – Grifou-se)

As normas transcritas acima bem demonstram a preocupação dos *IBA Rules* em enfrentar essas novas questões tecnológicas. Entretanto, assiste razão a J. M. BARKETT quando afirma que as regras podem apenas nortear os árbitros, deixando, no entanto, uma margem de discricionariedade (ex. há um inegável subjetivismo em precisar o que é ou não ‘econômico’ num caso ou noutro) e que, no final das contas, caberá aos árbitros – que tem respaldo legal para tanto⁵²² – decidirem sobre a matéria usando do bom senso e levando em consideração as questões práticas e jurídicas, especialmente visando manter um controle sobre os custos da arbitragem.⁵²³

Pois bem, o jurista brasileiro desacostumado com a arbitragem pode achar que todo o exposto acima, apesar de interessante, não passe de meras curiosidades ou observações de cunho eminentemente acadêmico, haja vista que no processo brasileiro não existe *Discovery*, ficando esse problema confinado além de nossas fronteiras. Tal raciocínio pode até ser aplicado ao processo estatal, mas não ao arbitral.

⁵²² Art. 9.2.: The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection for any of the following reasons:

[...]

(c) unreasonable burden to produce the requested evidence;

[...]

(g) considerations of procedural economy, proportionality, fairness or equality of the Parties that the Arbitral Tribunal determines to be compelling. (Grifou-se)

⁵²³ BARKETT, J. M. E-Discovery for Arbitrators. cit. *supra* n° 488, p. 168

Já se destacou acima que a arbitragem é um meio de soluções de controvérsias com uma ligação especial com o comércio *internacional* (vide *supra* 1.). Igualmente, foi explicado que a eleição das regras procedimentais é de livre escolha das partes, desde que observadas certas exigências mínimas (vide *supra* 3.3. – art. 21 da Lei nº 9.307/96). Saliente-se, outrossim, que é lícito às partes escolherem como árbitros qualquer pessoa capaz e confiável (art. 13 da Lei nº 9.307/96), não existindo qualquer impedimento para seleção de árbitros acostumados com as práticas processuais do *Common Law*.⁵²⁴

Ora, diante desses fatores, não parece exagerado concluir que o jurista brasileiro que atue em arbitragens pode ser defrontado com problemas comuns do sistema do *Common Law*, pois sendo o procedimento submisso à autonomia da vontade das partes, e havendo possibilidade (ou até razoável probabilidade por conta da ligação da arbitragem com o comércio internacional) das partes ou dos árbitros serem acostumados a esse sistema, há considerável chance de o *Discovery*, inclusive em sua modalidade eletrônica, entrar em cena.⁵²⁵

Note-se, ademais, que as *IBA Rules* foram feitas para agradar juristas de todos os sistemas jurídicos e também tratam do *e-discovery*.⁵²⁶ Assim, é de todo pertinente a conclusão de F. P. G. CORRÊA quando afirma que “*The international arbitration tradition has expanded over the past fifty years to accommodate both civil law and common law traditions in the presentation of evidence.*”⁵²⁷

Aliás, a experiência profissional deste autor (inclusive fora do campo da arbitragem) tem revelado a pertinência dessa temática, pois mesmo quando não há *e-discovery* ou qualquer coisa semelhante, ainda é comum que se receba dos clientes centenas (literalmente) de

⁵²⁴ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 149; e CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 230. Ainda, vale notar que a Lei Modelo da UNCITRAL declara categoricamente em seu art. 11(1) que a nacionalidade só será fator impeditivo à nomeação se previamente acordado pelas partes nesse sentido.

⁵²⁵ Vide, neste sentido, a exposição de M. DELUIGGI sobre os conflitos culturais que ocorrem justamente pelo encontro dessas diferentes culturas jurídicas na arbitragem. (O conflito de culturas na produção de provas em arbitragens internacionais. Cit. *supra* nº 501).

⁵²⁶ Além do comitê que criou e atualizou as regras contar com vários juristas de países de direito continental, o preâmbulo das regras esclarece que “*The IBA Rules of Evidence reflect procedures in use in many different legal systems, and they may be particularly useful when the parties come from different legal cultures.*”

⁵²⁷ CORRÊA, F. P. G. The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging the gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 6. Nº 21, abril-junho, 2009, p. 233

documentos eletrônicos para analisar na defesa ou propositura de uma demanda (arbitral ou não).

Estabelecida a relevância para o Brasil da questão acima, cumpre questionar em que medida estamos preparados para enfrentar essa celeuma.

Nesse sentido, traz-se aqui a informação de que alguns regulamentos das instituições de arbitragem, por exemplo, ainda não estão cientes do perigo existente nesta seara. O regulamento da Câmara de arbitragem da FIESP, por exemplo, deixa a exclusivo critério das partes que documentos apresentarem ou não.⁵²⁸ Outras instituições deixam a critério dos árbitros o controle de coibir o influxo exagerado das provas, mas ainda não elencam a celeridade e a economicidade como princípios norteadores.⁵²⁹ Já outros regulamentos estão cientes da importância da celeridade.⁵³⁰

Como regra geral, todavia, parece que os regulamentos e as partes ainda estão se dando conta do problema que tanto se debateu acima. Dessa forma, é de valia que os advogados e os árbitros brasileiros, quando estabelecendo as regras que regerão o procedimento arbitral (seja na gênese da cláusula compromissória ou seu detalhamento na ata de missão), atentem-se para o problema e pensem em aplicar, nem que parcialmente, regras mais modernas, como, por exemplo, as *IBA Rules* ou outra coisa similar. Caso contrário, a arbitragem e a tecnologia, dois institutos comumente associados à celeridade e eficiência podem passar a representar justamente o oposto.

4.- Valoração – Autenticidade e Integridade

No segundo capítulo (*supra* II.3.1.), foi destacado como existe ceticismo nas cortes estrangeiras no que tange a confiabilidade dos *e-mails* como meios de prova. Esse ceticismo numa das formas mais comuns de documentos eletrônicos é ora retomado para mostrar que o

⁵²⁸ Art. 8.5 - As partes podem apresentar todas as provas que julgarem úteis à instrução do procedimento e ao esclarecimento dos árbitros. As partes devem, ainda, apresentar todas as outras provas disponíveis que qualquer membro do Tribunal Arbitral julgue necessárias para a compreensão e solução da controvérsia. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas úteis, necessárias e pertinentes. (Grifou-se)

No mesmo sentido o art. 9.4. do regulamento recomendado pelo CONIMA

⁵²⁹ Vide nesse sentido: Arts. 7.4.1. e 7.8. do novo regulamento da CCBC; art. 8.5. do novo regulamento da CAMARB

⁵³⁰ Vide nesse sentido: art. 63 do regulamento da câmara da FGV

valor probatório dos documentos eletrônicos não é ponto tranquilo e que os árbitros devem proceder com cuidado na hora de usar essa fonte de prova.

Certo é que a valoração da prova incumbe aos árbitros e que se aplica à arbitragem brasileira o método valorativo do livre convencimento motivado (art. 21, § 2º da Lei nº 9.307/96).⁵³¹ O livre convencimento motivado, ou persuasão racional, significa, segundo precisa lição de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO: “[...] *convencimento formado com liberdade intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.*”⁵³² Dito de outra forma: os árbitros não estão presos a regras de valoração (ex. prova tarifada), podendo apreciar de forma subjetiva a prova, desde que fundamentem suas conclusões.

Destarte, ao apreciar um documento eletrônico, os árbitros tem liberdade para julgar seu valor como prova, mas terão que justificar por que decidiram acolher ou afastar aquele documento eletrônico para a prova do fato *X* ou *Y*. Para tanto, fundamental compreenderem a efetiva capacidade probatória dos documentos eletrônicos.

Entende a doutrina⁵³³ que, para que o documento eletrônico sirva como meio de prova fidedigno, é essencial que apresente duas características: (i) *Autenticidade* – assim compreendida a possibilidade de precisar o autor do documento; e (ii) *Integridade* – que faz referência à impossibilidade de modificar-se o conteúdo do documento de forma imperceptível.

É de rigor, conseqüentemente, dedicar alguns parágrafos a explorar até que ponto os documentos eletrônicos são capazes de satisfazer os requisitos elencados acima, para sopesar em que medida seja adequado os árbitros levarem os documentos eletrônicos em consideração na apreciação do conjunto probatório trazido aos seus conhecimentos.

⁵³¹ A despeito da Lei nº 9.307/96 falar simplesmente em ‘livre convencimento’, este deve ser lido como livre convencimento *motivado*. (CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 178; e CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 298)

⁵³² CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; e DINAMARCO, C. R.. *Teoria Geral do Processo*. cit. *supra* nº 04, p. 375

⁵³³ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; e OLIVEIRA, R. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 166; e MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* nº 143, item 2.3.a.. S. R. C. S. LEAL inclui além das características de Autenticidade e Integridade uma terceira, qual seja, de Não Repúdio (*Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, pp. 154-158). Tal característica é aqui afastada, pois se demonstrará que será sempre possível repudiar a autenticidade com provas de fraude e adulterações.

Vide também o enunciado nº 297 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal

Nesse sentido, é necessário admitir que, *prima facie*, os documentos eletrônicos são fontes de prova cuja própria natureza repele a autenticidade e a integridade.

No que concerne a autenticidade, vale traçar um paralelo com o documento físico: se este texto fosse escrito à mão no papel e ao final assinado, seria fácil identificar a autoria, pois a caligrafia deste autor (e de todos) é inconfundível e única. O documento eletrônico, por outro lado, não oferece qualquer aspecto que seja particular àquele que o digita: a fonte será igual seja digitada por uma pessoa ou por qualquer outro.

No que tange a integridade, os documentos eletrônicos têm por uma de suas características essenciais a facilidade de serem copiados e até alterados, bastando ter o mesmo *software* que gerou o documento eletrônico (ou outro similar) para poder não só ler o documento eletrônico, mas também modificá-lo.⁵³⁴

Vale enfatizar, outrossim, que não só é possível (para não dizer fácil) modificar os documentos eletrônicos comuns, como também é possível fazê-lo sem deixar qualquer rastro.⁵³⁵ Não se deve pensar, outrossim, que a *metadata* atrelada ao documento eletrônico seja imune a manipulações. A data e a hora de salvamento, por exemplo, podem ser facilmente editadas por alteração do relógio do computador.

Consequentemente, é de rigor indagar como é possível confiar na integridade de uma prova cuja própria natureza convida a mutabilidade,⁵³⁶ como um documento físico escrito apenas a lápis ou coisa similar.

Em síntese: o documento eletrônico comum, não oferece qualquer segurança quanto à integridade e autenticidade de seu conteúdo, sendo igualmente impossível confiar na suposta autoria do documento eletrônico.

Acima (vide *supra* II), foi recomendado o uso de medidas de segurança para reforço de autenticidade como contas protegidas por senhas. É preciso relativizar a recomendação,

⁵³⁴ Nesse sentido, convém alertar para a existência de programas chamados de editores hexadecimais que editam *qualquer* documento, *byte* por *byte*, de modo que alguém que saiba usar este editor consegue modificar qualquer documento eletrônico sem deixar qualquer registro de sua atuação. Consequentemente, não se pode relaxar a guarda e pensar que porque a maioria das pessoas não consegue alterar um dado documento (ex. um .pdf protegido) este esteja a salvo de adulterações de usuários mais experientes. (MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* n° 143, item 2.3.e)

⁵³⁵ O contrário hoje em dia também é verdadeiro: muitos programas admitem a opção do documento eletrônico registrar as mudanças que sofreu. Essas marcas de revisão são muito úteis e, quando habilitadas, permitem identificar o que foi alterado (e como) num determinado documento eletrônico. Vale destacar, porém, que essas marcas de alterações são opcionais e não existem para todos os tipos de programas, sendo mais comum nos documentos eletrônicos de texto.

⁵³⁶ DIDIER JR., F.; BRAGA, P. S.; e OLIVEIRA, R. *Curso de direito processual civil*. cit. *supra* n° 533, p. 166

todavia, pois muitas pessoas depositam na necessidade de senhas ou coisas parecidas uma crença de absoluta segurança quanto à autoria e à autenticidade.

Ocorre que o uso de senhas de acesso não fornece uma garantia absoluta de autenticidade. As senhas podem ser obtidas por terceiros de maneira ilícita ou com a ajuda do próprio usuário (que deixa a senha anotada em local inseguro e acessível) ou mesmo quando o usuário toma todas as precauções, pois, afinal, não faltam exemplos de sistemas governamentais supostamente invioláveis sendo penetrados por *hackers* entediados. Adicionalmente, não custa lembrar que as senhas são muitas vezes disponibilizadas aos administradores dos sistemas e dos provedores, expondo o usuário ao risco de ter sua senha divulgada ou aproveitada por um funcionário de má-fé.⁵³⁷

Aliás, nem as senhas biométricas (ex. leitor de digitais ou da íris) estão a salvo de interferência e apropriação indevida.⁵³⁸ Os controles biométricos possuem a grande virtude de serem únicos e exclusivos para cada indivíduo, não existindo duas pessoas com a mesma íris ou digital. Entretanto, é importante entender como funciona o sistema de acesso com base na biometria para compreender por que esse sistema não assegura necessariamente a identidade das pessoas. Em termos simplificados, quando se registra um dado biométrico (ex. uma digital) o leitor converte aquela imagem em *bits*, isto é, em um número, e armazena aquele número como pertencente a um indivíduo particular. O que se cria, portanto, é uma espécie de código de barras biológico que será lido toda vez e verificado com o número na memória do sistema.

A fragilidade do sistema é que o local onde fica armazenada a informação de que dado número corresponde a dada pessoa não está livre de ser atacado por *hackers* ou até traído por aqueles que administram o sistema. De qualquer maneira, descoberto o número que corresponde a um dado biométrico, aquele dado está comprometido, bastando ao fraudador inserir no sistema aquele número para se passar pela pessoa. Esse risco é majorado pelo fato de que é exequível trocar, repetidamente assinatura, chaves e senhas, mas há um limite de olhos e de digitais que as pessoas podem usar...

⁵³⁷ MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* n° 143, item 2.3.e.

⁵³⁸ Vide neste sentido: MARCACINI, A. T. R.; e DA COSTA, M. *Criptografia Assimétrica, assinaturas digitais e a falácia da 'neutralidade tecnológica'*; e _____; e _____. *Dois óticas acerca da informatização dos processos judiciais*.

Consequentemente, é forçoso concluir que essas medidas de segurança fornecem não provas da autoria, mas sim indícios de autenticidade. O fato de o documento ser gerado num computador que requer o uso da digital para se ter acesso, por exemplo, fortalece a autenticidade, mas não a garante, provando apenas que somente as pessoas que tinham acesso àquela digital (ou o número que corresponde a ela) poderiam usar aquele computador. Similarmente, arquivos protegidos contra alteração por meio de senhas padecem da mesma fraqueza. Em síntese: medidas de segurança conseguem fornecer indícios (às vezes poderosos) de integridade e autenticidade, mas não comprovam o fato principal (a autoria e conteúdo imaculado dos documentos).

Aparentemente ciente dessa vulnerabilidade do que promete ser uma das mais promissoras fontes de provas modernas, o legislador tem buscado meios para conferir ao documento eletrônico um grau similar de fidedignidade que encontramos nos documentos físicos. Nesse sentido, a MPv nº 2.200, já mencionada acima, estabelece em seu primeiro artigo que o ICP-Brasil é criada para garantir a “*autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica*,”.

Apesar de bem intencionada, a norma transcrita acima não está alinhada à realidade tecnológica atual. Não cabe ao ICP-Brasil (ou qualquer outro órgão) garantir a autenticidade, integridade e validade jurídica dos documentos eletrônicos. Esses atributos somente serão atribuíveis, em parte, aos documentos eletrônicos por meio da criptografia assimétrica e das assinaturas digitais – duas técnicas que o ICP-Brasil pode, conforme será abordado adiante, ajudar a difundir e fortalecer, sem, no entanto, conseguir tomar o lugar delas.

Pois bem, mas no que consiste exatamente a criptografia assimétrica e as assinaturas digitais e como essas tecnologias são capazes de tornar a integridade dos documentos eletrônicos tão seguros?

A criptografia assimétrica (também conhecida como criptografia de chave pública) foi descoberta em 1976 pelos matemáticos Whitfield Diffie e Martin Hellman e tornou-se acessível a todos em 1994 quando o programa *Pretty Good Privacy* (PGP) passou a ser distribuído gratuitamente na internet.⁵³⁹

É importante entender que ao contrário da criptografia convencional (ou ‘simétrica’) que tinha uma única chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem (pondo a risco

⁵³⁹ MARCACINI, A. T. R. *Certificação eletrônica, sem mitos ou mistérios*.

todo o sigilo da operação caso a chave fosse interceptada), a criptografia assimétrica usa duas chaves: uma privada e uma pública. A lógica por trás do uso de duas chaves é que uma é capaz de cifrar a mensagem e a outra decifrá-la, sem os papéis se confundirem, isto é, quem codifica não decodifica e vice-versa.

Antigamente a criptografia fluía somente da chave pública para a privada (a chave pública cifrava e a privada decifrava), mas desde 1977 é conhecido o método para fazer o contrário (cifrar com a privada e decifrar com a pública),⁵⁴⁰ sendo que atualmente existe inclusive uma pluralidade de algoritmos que podem ser usados para tanto, dos quais destacamos os conhecidos como RSA, DSA e El-Gamal em homenagem aos matemáticos que os descobriram.⁵⁴¹

Entendido por ora como funciona a criptografia assimétrica, retoma-se a comparação entre os documentos físicos e os documentos eletrônicos. No que diz respeito à autenticidade nos documentos físicos, a autoria é assegurada pela assinatura do autor no documento, sendo que a assinatura pode abranger além do nome escrito a próprio punho qualquer sinal de identificação criado pelo autor (tais como as rubricas).⁵⁴²

Levando em consideração que a assinatura não precisa ser a escrita do nome, mas sim um sinal de identificação exclusivo do autor, torna-se possível satisfazer esse requisito através do que se convencionou chamar de “assinatura digital”.

A assinatura digital, por sua vez, nada mais é do que uma forma mais sofisticada de utilizar-se a criptografia assimétrica.

Uma assinatura simples (i.é. não digital) consiste em firmar por escrito num documento físico o nome do assinante. Este ato acaba carregando consigo elementos únicos por seu conteúdo (afinal, homônimos idênticos são coisas raras) e pela forma, dado que a genética e os traços físicos das pessoas imprimem à escrita delas traços que até podem ser copiados com treinamento e habilidade, mas não produzidos de forma originária.

A assinatura digital, por sua vez, em nada se assemelha, no plano visual, à assinatura normal que se descreveu acima. Ela é, na verdade, um número,⁵⁴³ resultado de um complexo

⁵⁴⁰ Idem

⁵⁴¹ MARCACINI, A. T. R.; e DA COSTA, M. *Criptografia Assimétrica, assinaturas digitais e a falácia da ‘neutralidade tecnológica’*. cit. *supra* n° 538

⁵⁴² MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* n° 143, item 2.3.a

⁵⁴³ Não se deve confundir, portanto, “assinatura digital” com “assinatura digitalizada”. Aquela é uma sequência numérica criada a partir do uso da criptografia assimétrica, ao passo que a assinatura digitalizada consiste em

uso da criptografia assimétrica. Também não se deve incidir no erro de pensar que a impressão da sequência numérica que representa o resultado da assinatura digital, junto com a impressão do documento eletrônico, tenha algum valor probante (como uma espécie de carimbo do tabelião), pois, conforme será explicado abaixo, a assinatura digital só pode ser conferida pelo uso de uma chave pública o que implica na necessidade de uma conferência no plano virtual.⁵⁴⁴

Pois bem, para entender como funciona a assinatura digital, é útil rememorar que o documento eletrônico é composto de *bits*, que nada mais são do que sequências binárias de 0 e 1. Ou seja, é uma grande sequência numérica capaz de ser traduzida naquela imagem que vemos na tela do equipamento eletrônico. Para fixação de uma assinatura digital, o signatário usa sua chave privada, ou seja, a chave que só ele tem acesso, para fornecer um número usando com variáveis dessa operação matemática o documento eletrônico (que, lembre-se, é um imenso número) e a chave privada. Isso gera um número que, por ser criado usando a chave privada (que é, em tese, de posse exclusiva do signatário) e o documento eletrônico (cujo conteúdo se traduz num número específico), indica simultaneamente e respectivamente a autoria e a integridade daquele documento eletrônico.⁵⁴⁵ A conferência da assinatura digital é feita através do uso da chave pública que, como o nome bem indica, é de acesso a todos, ou seja, qualquer um pode checar a assinatura, porém, enfatize-se, só uma pessoa pode gerá-la: o detentor da chave privada.⁵⁴⁶

Outrossim, vale esclarecer que a operação matemática utilizada na geração da assinatura digital é tão complexa que é matematicamente impossível obter-se o código da chave privada com o uso da chave pública. Como a conhecida armadilha para tatú, o número

uma assinatura normal traduzida em forma eletrônica por meio do uso de um *scanner* ou de qualquer outro aparelho similar. Deve igualmente ser considerada uma assinatura digitalizada aquela firmada diretamente em tela sensível ao toque (*touch screen*). A grande distinção entre as duas modalidades é que a assinatura digitalizada pode ser facilmente copiada e transposta a qualquer outro documento eletrônico, enquanto a assinatura digital (igual à assinatura num documento físico onde a tinta permeia o papel de tal forma que não pode mais ser extraída sem deixar uma marca dessa alteração) é ligada indissociavelmente a um único documento eletrônico, o que a torna muito mais útil de um ponto de vista de segurança jurídica.

⁵⁴⁴ MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* nº 143, item 2.1

⁵⁴⁵ Ilustra-se por meio de um simples exemplo. Imagine-se que um dado documento é composto da sequência “100101” e que uma chave privada gere seu número através da adição de 2 ao segundo dígito e a subtração da soma dos três últimos dígitos da soma dos três primeiros. Isso geraria o resultado de 1 $((1+2)-(1+0+1))$. Se o documento fosse alterado, suponha-se para “110101” o resultado já seria outro (2) e o uso de outra chave privada usaria outra fórmula que também acarretaria a produção de outro número. Na prática a criptografia é muito mais complicada do que o exemplo utilizado acima, mas a exemplificação é válida para fins didáticos.

⁵⁴⁶ MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* nº 143, item 1

entra na operação, mas não consegue voltar graças ao emprego de operações matemáticas conhecidas como funções sem retorno (*one-way functions*). Por isso que se pode afirmar que “[...] *não é possível, pelo atual estágio da técnica, reverter o processo para calcular a chave privada a partir da chave pública ou da assinatura.*”⁵⁴⁷

Consequentemente, a assinatura digital estabelece o que A. T. R. MARCACINI chama de “imutabilidade lógica”, isto é, uma impossibilidade de alterar o documento eletrônico sem deixar vestígios dessa modificação. Como bem aponta o aludido autor, alterar o documento eletrônico sempre será possível (afinal, a possibilidade de alteração é uma das características primordiais dos documentos eletrônicos), mas qualquer mudança, por menor que seja, deixará um rastro e invalidará a assinatura digital.^{548 e 549}

Conclui-se, portanto, que o documento que possua uma assinatura digital satisfaz o requisito de integridade. Já no que diz respeito à autenticidade, é preciso sopesar alguns fatores adicionais.

Apesar de a assinatura digital ajudar a estabelecer a autoria do documento eletrônico (identificando que aquele documento eletrônico foi assinado pelo detentor da chave privada), não fornece grande segurança em relação à data da assinatura. Muito embora a assinatura digital quando gerada grave a data e a hora em que foi gerada, vale destacar que o programa use como base os dados do computador que, conforme explicado anteriormente, podem ser facilmente burlados.

Essa falha, entretanto, não justifica o afastamento dos documentos eletrônicos como fonte de prova, eis que a data de assinatura não é requisito fundamental e, como bem salienta A. T. R. MARCACINI, é possível fraudar a data com igual facilidade nos documentos físicos (ex. cheques pós-datados). Inclusive, o aludido autor, ciente dessa falha, propõe formas de

⁵⁴⁷ Idem, item 1; e LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* n° 22, p. 160

⁵⁴⁸ Idem, item 1

⁵⁴⁹ É necessário fazer um alerta, consequentemente, contra o risco de alterações acidentais. Como a assinatura digital é ligada visceralmente a um específico documento eletrônico, ela registra uma quebra diante de qualquer alteração no documento eletrônico, por menor ou mais insignificante que seja. Por isso, ao usar-se a assinatura digital é preciso tomar alguns cuidados adicionais para deixar intacto e absolutamente incólume o documento eletrônico. Um bom exemplo de alteração acidental é a abertura do documento eletrônico em outro sistema operacional, onde pode haver a desformatação do documento eletrônico, o que invalidaria a assinatura digital (vide *supra* 3.4.).

superação deste óbice, como a publicação da assinatura digital nos jornais ou o registro da impressão no Registro de Títulos e Documentos.⁵⁵⁰

Além da possível alteração da data, a assinatura digital exhibe outro ponto fraco: a apropriação indevida da chave particular. O leitor crítico deve ter percebido que a assinatura digital parte de uma premissa relativamente frágil: que aquele que usa a chave privada de fato é a pessoa titular daquela chave privada. Na prática, porém, *X* pode apropriar-se indevidamente da chave privada pertencente a *Y*, ou até criar uma chave privada que alardeia ser de *Y* quando na verdade foi ele que a criou e que a detém sob seu controle.

A primeira situação (apropriação indevida) dificilmente admite comparação analógica com o mundo dos documentos físicos. A assinatura física não pode ser roubada ou furtada (razão pela qual a perda de um talão de cheques não assinados não é uma catástrofe financeira), ao passo que a chave privada é algo que pode ser usurpada.

Para minimizar esse risco é comum que a chave privada exija uma senha para sua ativação.⁵⁵¹ Ademais, um pouco de cuidado na guarda da chave privada pode reduzir significativamente esse risco, como bem pondera A. T. R. MARCACINI. Quanto ao risco de alguém ser coagido (moralmente ou fisicamente) a entregar a chave privada e sua senha por outrem, lembra o aludido autor que esse risco já existe no mundo dos documentos físicos⁵⁵² e é contornado, na verdade, na medida em que o ordenamento fulmina tais atos coagidos de anulabilidade (art. 151 do CC/2002).

Quanto à segunda questão – falta de autenticidade por falsidade da assinatura digital – o cerne da celeuma resume-se a encontrar uma forma de assegurar que a chave privada *A* (e sua correspondente chave pública) realmente pertença à pessoa *X* e não qualquer outro indivíduo de má-fé. Vale lembrar que, conforme adiantado acima, a assinatura digital é um número. Não guarda, portanto uma identidade natural com seu signatário como ocorre com as assinaturas normais que representam o nome do signatário.

Aqui, finalmente, chega-se à função do ICP-Brasil mencionado acima. Afinal, no caso dos documentos físicos também pode ocorrer de uma pessoa tentar fraudar a assinatura de outrem alegando que aqueles rabiscos representam a grafia da assinatura do suposto autor.

⁵³⁵ MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* n° 143, item 2.3.b

⁵⁵¹ Combinando a assinatura digital à necessidade de se ter uma senha, chega-se a um nível de segurança bastante elevado. Basta pensar que a maioria das transações bancárias *online* hodiernas é feita com base em uma senha que memorizada e em outra fornecida por um aparelho (o tal de *iToken*).

⁵⁵² MARCACINI, A. T. R. *O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* n° 143, item 2.3.b

Contra esse tipo de alegação criamos a figura dos tabeliões a quem compete reconhecer a firma das pessoas (art. 7º, IV da Lei nº 8.935 de 18.11.1994). Parece natural então preconizar a criação de um ‘Cibertabelião’.

É exatamente isso que a MPv 2.200 tenta criar através do ICP-Brasil. Cabe ao ICP-Brasil zelar pelas Autoridades Certificadoras e as Autoridades Registrais (AC e AR, respectivamente) que são órgãos dotados de fé-pública incumbidos de registrar as chaves pertencentes às pessoas.⁵⁵³

Desta forma fica constituído um sistema hierarquizado onde as pessoas detentoras de chaves privadas registram seus dados e a correspondente chave pública nesses órgãos oficiais que emitiram uma declaração (o certificado) para os terceiros interessados sobre que chave privada e seu detentor correspondem a esta ou aquela chave pública.

Note-se que incumbe às Autoridades Certificadoras inclusive registrar quando houver a revogação de um par de chaves, de modo que no caso de extravio da chave privada, a pessoa pode simplesmente cancelar o registro daquele par de chaves. Alcança-se assim, portanto, o mesmo grau de segurança que se tem em relação aos documentos físicos de firma reconhecida.

Mesmo diante de tal segurança, é ainda cabível a alerta de A. T. R. MARCACINI que pondera que mesmo diante de um certificado de uma Autoridade Certificadora, não se deixa de ter uma declaração, que está sujeita a equívocos (ou até dolo) por parte do declarante.⁵⁵⁴ Até aí, porém, o mesmo perigo é possível junto a qualquer tabelião, sendo inclusive mais difícil notar uma assinatura falsificada do que fraude na titularidade da chave pública (afinal, são números distintos e não grafias distintas).

Cumpre salientar que toda a dissertação feita acima sobre assinaturas digitais e ‘Cibertabeliões’ não é restrita ao Brasil, de modo que uma arbitragem brasileira que exhibir elementos internacionais, tais como a aplicação de lei estrangeira ou até a realização de procedimentos no exterior, ainda poderá contar com a segurança trazida pelas assinaturas digitais. Afirma-se tanto não só porque a maioria dos ordenamentos já contarem com alguma

⁵⁵³ Art. 8º: Às AC, entidades autorizadas a emitir certificados digitais vinculando determinado código criptografia ao respectivo titular, compete emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados e as correspondentes chaves criptográficas, colocar à disposição dos usuários listas de certificados revogados e outras informações pertinentes e manter registro de suas operações.

Art. 9º: Às AR, entidades operacionalmente vinculadas a determinada AC, compete identificar e cadastrar usuários, encaminhar solicitações de certificados às AC e manter registros de suas operações.

⁵⁵⁴ MARCACINI, A. T. R. *Certificação eletrônica, sem mitos ou mistérios*. Cit. *supra* nº 539

legislação a respeito do assunto,⁵⁵⁵ mas também pelo fato de que as assinaturas digitais são criaturas, antes de mais nada, do ciberespaço. Quer se dizer com isso que a internet foi a primeira a oferecer as assinaturas digitais e oferece também o serviço de certificação de várias ONGs confiáveis, de modo que o uso da tecnologia da assinatura digital não precisa preocupar-se com as fronteiras (o que, aliás, é de praxe em matérias tecnológicas ligadas à internet).

Resumindo, implementada toda essa estrutura, o documento eletrônico com assinatura digital certificada contará com: (i) integridade irrefutável, pois *qualquer* alteração invalidaria a assinatura digital; e (ii) uma autenticidade presumida, eis que não há garantia absoluta de que o signatário seja de fato quem deveria ter a chave privada segundo a certificação eletrônica.

Vale salientar que a autenticidade será presumida.⁵⁵⁶ Isto é, não se pode afirmar que a assinatura digital aliada a um certificado digital de uma autoridade competente seja impossível de repudiar. Como bem raciocina A. T. R. MARCACINI:

*“Pode-se até argumentar que a prova contra a assinatura digital, ou conta o certificado, seja uma prova difícil. Entretanto, isso não significa que o documento eletrônico possa estar imunizado de toda e qualquer impugnação, ou que o juiz não possa apreciar a sua veracidade de modo livre e racional.”*⁵⁵⁷

Assim, provando a parte, por exemplo, que outrem conseguiu passar por si e registrar perante a autoridade registraria uma chave privada que não lhe pertence, esse fato deve ser levado em consideração na arbitragem.

O que se pode afirmar com segurança, portanto, é que os documentos eletrônicos ordinários levantam sérias questões sobre sua integridade e autenticidade. Essas fraquezas podem ser minimizadas com o uso de medidas de segurança como senhas pessoais ou perícias

⁵⁵⁵ A. T. R. MARCACINI ensina que a primeira legislação nesse sentido é proveniente do estado norte-americano do Utah e data de 1995. Desde então muitos outros países editaram leis nesse sentido como fez o Brasil com a MPv 2.200. A título exemplificativo, pode-se mencionar desde países desenvolvidos como a Itália e a Alemanha até a Malásia e a nossa vizinha do MERCOSUL. (*O documento eletrônico como meio de prova*. Cit. *supra* nº 143, item 2.3.c). Já A. F. PIMENTEL, nos lembra que na América Latina a primeira norma sobre o tema provém da Colômbia - Ley 527/1999. (Los antecedentes históricos y los principios de los sistemas de proceso eletrônico brasileño y español. Cit. *supra* nº 276, p. 151)

⁵⁵⁶ É o que ocorre também, por exemplo, na Índia. (Vide KARIA, T. D. Digital Evidence: an Indian Perspective. In: *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*. Vol 5. 2008, p. 216)

⁵⁵⁷ MARCACINI, A. T. R. *A certificação eletrônica na legislação brasileira atual*.

nos servidores, ou até eliminadas no que tange a integridade quando existe o uso de uma assinatura digital.

Apesar de destacar as fraquezas dos documentos eletrônicos, essas fragilidades merecem ser relativizadas. Primeiramente, mesmo que seja impossível assegurar a autenticidade, os indícios de autoria (ex. senha de acesso e *IP address* do computador da pessoa), conjugadas com as demais provas nos autos (ex. depoimento de testemunha no mesmo sentido) e aliada à verossimilhança dos fatos, podem fornecer um embasamento sólido para julgar usando essa fonte de prova. Adicionalmente, cumpre destacar que as fontes de prova não precisam ser infalíveis: uma testemunha pode ser treinada a mentir, por exemplo, com a mesma facilidade que um documento eletrônico pode ser alterado, e nem por isso questiona-se o uso da prova testemunhal na arbitragem.⁵⁵⁸

É relevante lembrar, nesta discussão, que a própria Lei Modelo da UNCITRAL sobre Assinaturas Eletrônicas⁵⁵⁹ incentiva uma interpretação mais flexível do que seja uma ‘assinatura eletrônica’ válida, não necessariamente exigindo o alto nível técnico da criptografia assimétrica (que a Lei Modelo chama de ‘assinatura digital’, diferenciando-a do termo mais amplo de ‘assinaturas eletrônicas’ que inclui a assinatura digital e outros métodos).⁵⁶⁰

Basta, portanto, para os propósitos da lei modelo, que a afixação eletrônica confirme a autoria e seja suficientemente confiável levando em consideração o contexto do acordo.⁵⁶¹ Ou seja, recomenda-se uma dose de bom senso, sopesando a segurança da tecnologia utilizada contra um realístico risco de fraudes.

Podem ser aproveitadas, desta forma, as palavras de O. CACHARD, que bem sintetizam essa linha de raciocínio:

⁵⁵⁸ Em sentido similar, S. R. C. S. LEAL também disputa a fidedignidade de documentos eletrônicos não assinados digitalmente, mas diz que nem por isso devem ser desconsiderados de plano, podendo, no mínimo serem vistos como possuidores de valor probatório similar ao dos contratos verbais. (*Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, pp. 171-172)

⁵⁵⁹ Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf> (acessado em 25.09.2012)

⁵⁶⁰ Art. 2: For the purposes of this law: (a) “Electronic signature” means data in electronic form in, affixed to or logically associated with, a data message, which may be used to identify the signatory in relation to the data message and to indicate the signatory’s approval of the information contained in the data message;

⁵⁶¹ Art. 6.1.: Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if an electronic signature is used that is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement. Vide também os §§ 33-34 do “*Guide to Enactment*” de 2001 que defendem o uso de ‘assinaturas eletrônicas’ além da assinatura digital. (Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf> - acessado em 25.09.2012).

“The risk of fraud that particularly affects data messages is often used as an argument for granting probative force only to electronic documents that are perfectly trustworthy.”⁵⁶² Such a strict approach cannot be justified, because the law of proof is not based on absolute certainty. The only requirement is to convince the arbitrator on the grounds of reasonable probability. In any case, as mentioned earlier, fraud exists with hard-copy documents as well as electronic ones. The arbitrators should therefore not oppose electronic documents as a matter of principle.”⁵⁶³

5.- Conclusões:

Considerando o exposto ao longo deste capítulo, concluiu-se que: (i) os documentos eletrônicos possuem natureza de prova documental ou prova atípica dependendo de se são certificados ou não, respectivamente; (ii) os documentos eletrônicos devem ser admitidos na arbitragem salvo se forem obtidos por meio ilícito ou se barrados pela vontade das partes; (iii) o uso dos documentos eletrônicos no procedimento traz consigo várias questões de cunho prático que podem gerar problemas jurídicos, sendo recomendável tratar desses pontos de antemão para evitar surpresas e atritos futuros; e (iv) não obstante os documentos eletrônicos exibirem fragilidades no que toca sua autenticidade e integridade, é possível obter indícios da autenticidade e da integridade e até provar a integridade pela assinatura digital, sendo, portanto, uma fonte de prova com o potencial de ser fidedigna e confiável.

Aproveita-se essa conclusão para chamar a atenção para outra lição que não foi resumida acima, mas que esteve presente ao longo de todo este capítulo: a necessidade de familiarizar-se com a realidade e o funcionamento dessa nova fonte de prova.

Os documentos eletrônicos, como se destacou, são uma fonte de prova importante, especialmente quando acompanhados de elementos robustos de sua autenticidade e integridade. Salientou-se também que esses documentos eletrônicos estão tornando-se mais e mais comuns em nosso cotidiano. Pode-se afirmar com certeza, por conseguinte, que o uso

⁵⁶² Registra-se aqui certa discordância com o autor quando alude a uma categoria de documentos que seriam absolutamente confiáveis. Conforme demonstrado acima, mesmo com a assinatura digital – a solução matematicamente mais adequada – só é possível chegar à certeza quanto à integridade.

⁵⁶³ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration* – 5.9. *Electronic Arbitration*. Cit. *supra* n° 29, p. 41

dessa fonte de prova nas arbitragens (e nos processos estatais) crescerá consideravelmente a cada dia.

Ao escrever este capítulo, porém, este autor notou que, ressalvadas notáveis exceções, existe uma falta de tratamento sério a essa questão na doutrina e na legislação brasileira (tanto a privada das câmaras arbitrais e a fruto do Legislativo), o que é lamentável. Com exceção da MPv 2.200, há uma lacuna legal na matéria. Os documentos eletrônicos funcionam atualmente enquanto fonte de prova na arbitragem diante desse parco arcabouço legal, mas seria melhor disciplinar a matéria com mais cuidado do que uma singela medida provisória que inclusive deixa de fora os documentos eletrônicos não certificados segundo seus ditames.

É importante atualizar essas fontes jurídicas para garantir que os árbitros bem entendam do assunto ao julgarem, pois, do contrário, correm o risco de aproveitarem essa fonte de prova de forma equivocada, o que, previsivelmente, afetará a qualidade de suas decisões, com todas as consequências nefastas advindas dessa queda de qualidade.

Em uma frase, o futuro já se tornou o presente, se o ignorarmos, o fazemos por nossa conta e risco.

*

*

*

Capítulo VI

O Computador como Perito ou *Expert Witness*?

1. Introdução; 2. O Perito e o *Expert Witness*; 2.1. O Perito; 2.2. O *Expert Witness*; 2.3. O Perito vs. o *Expert Witness* na Arbitragem; 3. O Computador; 4. Admissibilidade; 4.1. Prova Atípica; 4.2. Prova Ilícita; 4.3. Autonomia da Vontade das Partes; 4.4. Relevância da Prova; 4.5. Da Imparcialidade, Neutralidade e Independência dos Especialistas; 5. Valoração; 6. Conclusões.

1.- Introdução:

A figura da bola de cristal mágica capaz de prever com certeza e precisão o futuro pertence certamente ao campo dos mitos, lendas e fábulas. O máximo que a realidade mundana permite aos seres humanos é arriscar algumas estimativas com base na extrapolação dos dados atualmente disponíveis e rezar pelo acerto. Por isso, qualquer exercício de futurologia deve ser sempre encarado com uma boa dose de ceticismo e cautela.

Não obstante o disposto acima, há aqueles corajosos o suficiente para tentar a sorte e registrar uma previsão como o fez C. A. SALLES, quando, em verdadeiro exercício de antevisão, escreveu em 2007 sobre uma ‘transação paradigmática’ que estava por vir no processo civil por conta de novos e mais seguros meios probatórios disponíveis à fase instrutória do processo.⁵⁶⁴

Tomando como exemplo a segurança trazida pelos exames de DNA aos processos de investigação de paternidade – tornando quase indiscutível o parentesco acusado pelos resultados laboratoriais – C. A. SALLES afirma que as novidades tecnológicas têm o condão de estabelecer um “*paradigma probatório alicerçado em critérios de certeza científica.*”⁵⁶⁵ Assim, da mesma forma que o exame de DNA, tecnologias futuras seriam capazes, na previsão do autor, de conferir respostas quase inafastáveis aos juízes para questões fáticas

⁵⁶⁴ Vide: DE SALLES, C. A.. Transição paradigmática na prova processual civil. In: *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007

⁵⁶⁵ Idem, p. 911

complexas. E, naturalmente, ao falar de tecnologias vindouras, deve-se encarar a possibilidade de um programa de computador auxiliar os julgadores na descoberta dos fatos:

*“Imagine-se, para usar do mais comezinho exemplo, um caso de responsabilidade civil decorrente de um acidente de veículos. Não é difícil supor a possibilidade de um programa de computador, a partir de uma simples foto, reconstruir inteiramente o ocorrido, identificando a exata trajetória e velocidade dos veículos, podendo inclusive produzir uma animação dos fatos investigados, de forma a dar noção exata quanto à causa do evento.”*⁵⁶⁶

Assim como o exemplo citado acima, é possível imaginar inúmeros outros casos ilustrativos onde a tecnologia computadorizada pode auxiliar o julgador – seja togado ou arbitral – a elucidar o quadro fático da ação *sub iudice*. Em outras palavras, o computador pode servir de auxiliar dos árbitros, colhendo, processando e traduzindo fatos de forma a melhor explicar o que ocorreu e, quem sabe, por quê.

Que a tecnologia caminha na direção de ser capaz de prestar o serviço descrito acima não há dúvida. Mesmo fora do âmbito jurídico constata-se computadores digerindo informações para os seres humanos todo dia. Seja na previsão do tempo, na análise do trânsito, ou até em simulações estruturais dos edifícios (para citar apenas alguns exemplos), o computador já desenvolve um papel fundamental, sendo que nenhuma barreira tecnológica existe para obstar que os computadores sejam usados para também ajudar com casos submetidos ao juízo estatal ou arbitral.

Não se deve imaginar que o Direito está completamente cego ao uso da tecnologia. Esta ideia está bem ligada à Jurimetria, área de pesquisa ainda ganhando força no Brasil, porém popular no exterior há décadas.⁵⁶⁷ A Jurimetria, conforme sucinta definição de M. G. NUNES, Presidente da jovem Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), consiste na “[...] disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e

⁵⁶⁶ Idem, p. 912

⁵⁶⁷ Lembra A. F. PIMENTEL, nesse sentido, que a Jurimetria já se desenvolvia nos EUA (lá conhecido pelo neologismo inglês de *Jurimetrics*) desde o final da década de 1940 (Los antecedentes históricos y los principios de los sistemas de proceso eletrônico brasileño y español. Cit. *supra* nº 276, p. 150). Aliás, é da *American Bar Association* o mais conceituado periódico deste campo de estudo, o ‘*Jurimetrics: the Journal of Law, Science and Technology*’.

atos jurídicos.”⁵⁶⁸ Ou seja, trata-se da análise do Direito e os fatos ligados a ele com o auxílio da ciência, da tecnologia e, principalmente, da análise de dados e estatísticas.

Ocorre que além de simplesmente compilar jurisprudência, propõe-se acima algo mais ousado: a confiança em programas para extrair a partir de fatos fornecidos conclusões que podem substancialmente influenciar o convencimento do julgador com acesso às conclusões do programa.

A grande questão, portanto, é até que ponto o arcabouço jurídico já está pronto para acompanhar a tecnologia em mais este passo em direção ao avanço?

Obviamente, não se deve esperar da legislação em vigor – criada em tempos em que o computador era visto, essencialmente, como ferramenta para tarefas mezinhas como elaborações de textos e planilhas – uma resposta pontual à indagação lançada *supra*. Entretanto, talvez seja possível traçar um paralelo com institutos existentes para tentar, por meio de raciocínio analógico (art. 126 do CPC) extrair certas conclusões.

Nesse sentido, não é preciso qualquer empenho descomunal para enxergar semelhanças entre o computador, enquanto exercendo o papel descrito acima, e os especialistas humanos, que hoje em dia atuam como auxiliares das partes ou dos julgadores (e, portanto, da elucidação dos fatos no caso), coletando, interpretando e opinando sobre os fatos num esforço de esclarecer dúvidas fáticas.

Consequentemente, propõe-se neste capítulo um estudo alicerçado, em parte, na analogia: compreendendo o trabalho e tratamento legal dos especialistas que podem ser instados a atuar na arbitragem nas suas duas modalidades mais conhecidas – a do perito e do *expert witness* – para então investigar em que medida é factível empregar o computador em função análoga à desses especialistas. Em especial, busca-se verificar não só como funcionaria o computador neste papel jurídico revolucionário, mas até que ponto tal meio de prova é admissível e de utilidade (isto é, com alto valor probatório) na arbitragem.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ NUNES, M. G. “O que é Jurimetria”. Disponível em: <http://abjur.org.br/o-que-e-jurimetria.php> (acessado em 10/10/2013)

⁵⁶⁹ NB: Não cabe nesta obra voltada para a arbitragem e a informática descer em estudo pormenorizado de institutos tão complexos quanto a perícia ou o *expert witness* seja no juízo estatal ou na arbitragem. Estes temas, por si só, são capazes de preencher obras exclusivamente dedicadas a eles (vide neste sentido algumas das obras citadas na bibliografia). O que se tem por meta neste capítulo é oferecer ao leitor explicação suficiente para permitir a analogia e estudo do verdadeiro centro deste capítulo: o computador como meio de prova.

2.- O Perito e o *Expert Witness*:

2.1.- O Perito

Dentre os especialistas que podem auxiliar o árbitro convém analisar, primeiramente, a figura do perito, auxiliar do juízo presente em nossa legislação desde tempos remotos⁵⁷⁰ e atualmente previsto no Código de Processo Civil, sobretudo nos artigos 420 a 439. Mas no que consiste, precisamente, o perito? Para responder tal indagação, tome-se por ponto de partida a atividade essencial do perito – a perícia.

‘Perícia’ provém do latim – *peritia* – significando ‘habilidade’ ou ‘saber’, e, pode ser descrito, segundo definição do dicionarista DE PLÁCIDO E SILVA, como “a diligência realizada ou executada por peritos, a fim de que se esclareçam ou se evidenciem certos fatos. Significa, portanto, a pesquisa, o exame, a verificação, acerca da verdade ou da realidade de certos fatos, por pessoas que tenham reconhecida habilidade ou experiência na matéria de que se trata.”⁵⁷¹

Ao disposto acima, vale acrescentar aqui o quanto já firmado *supra* (vide V.2.2.) a respeito da natureza jurídica da perícia: trata-se não de fonte de prova, mas sim *meio* de prova.⁵⁷² Por conseguinte, conclui-se que a perícia é um meio de prova que busca investigar e explicar os fatos de forma mais acessível ao julgador.

Essa investigação, segundo exposição exegética do artigo 420 do Código de Processo Civil⁵⁷³ pelos processualistas,⁵⁷⁴ admite subdivisão em três espécies, considerando as diferenças de objetivo e objeto do estudo do perito. Classifica-se como *exame* a inspeção pelo perito para determinar ou elucidar fatos cujo esclarecimento interessa à resolução do litígio. É tarefa que recai sobre bens móveis e semoventes, documentos e até sobre pessoas. Por outro lado, se o enfoque for bens imóveis e não móveis ou semoventes, a inspeção de tais objetos é conhecida como *vistoria* que, de qualquer forma, continua sendo uma inspeção para melhor

⁵⁷⁰ A título de curiosidade, no período colonial, as Ordenações Manuelinas já dispunham da figura “*Dos Aluidradores, que quer tanto dezer como Aualiadores, ou Estimadores*” (Livro III, Título LXXXII).

⁵⁷¹ DE PLÁCIDO E SILVA, O. J. *Vocabulário Jurídico*. Vol. 3, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 352 (Grifos do Original).

⁵⁷² THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 320, p. 428

⁵⁷³ Art. 420: A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

⁵⁷⁴ MARQUES, J. F. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 444, p. 421; THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 320, I, pp. 428-429; e WAMBIER, L. R.; DE ALMEIDA, F. R. C.; e TALAMINI, E.. *Curso avançado de processo civil*. V. 1. 5. ed., São Paulo: RT, 2002, pp. 487-488

compreensão do conjunto fático-probatório. Por fim, a *avaliação* pode ser vista como sinônimo de ‘arbitramento’: o perito busca atribuir um valor em dinheiro a um bem ou uma obrigação.

Seja como for, é comum que ao final da perícia o perito apresente um *laudo* narrando suas diligências e fundamentando as suas conclusões que visam responder os quesitos formulados pelas partes. Não é de todo inusitado, todavia, e especialmente na arbitragem com influências do *common law*, que as conclusões dos peritos sejam expostas oralmente em audiência.⁵⁷⁵ Certo é, porém, que a perícia é concluída por uma narrativa de fatos e conclusões submetidas aos julgadores e ao contraditório.

Apesar dessa admissibilidade de depoimento oral, é fundamental esclarecer desde logo que para a doutrina processualista,⁵⁷⁶ a prova pericial e a testemunhal não devem ser confundidas: a testemunha visa reconstituir os fatos como ocorreram, enquanto o perito descreve o estado dos fatos no presente. O primeiro usaria a memória e o segundo a ciência. A perícia não prova o fato, apenas ajuda a esclarecê-lo.⁵⁷⁷

Nesse sentido, J. F. MARQUES⁵⁷⁸ diferencia o perito da testemunha tradicional baseado em dois aspectos: a cronologia na apreciação dos fatos e a natureza técnica ou leiga da observação dos fatos.

Por cronologia, observe-se que a testemunha tem ciência dos fatos no momento em que os mesmos ocorrem, relatando-os posteriormente ao julgador, ao passo que o perito passa a analisar os fatos posteriormente (com o processo já instaurado) para interpretá-los e elucidá-los ao julgador.

Ademais, a apreciação e relato do perito são, necessariamente, técnicos, visando trazer ou explicar ao juiz conhecimentos científicos que este pode não ter familiaridade com. Conquanto a testemunha tradicional pode ter conhecimentos especializados, o interesse no seu depoimento é sua percepção leiga dos fatos.

⁵⁷⁵ FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* n° 42, p. 705

⁵⁷⁶ THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 320, p. 428; e WAMBIER, L. R.; DE ALMEIDA, F. R. C.; e TALAMINI, E.. *Curso avançado de processo civil*. cit. *supra* n° 574, p. 487

⁵⁷⁷ O caso especial do *expert witness* que como o nome bem denúncia é uma testemunha será enfrentado adiante no tópico 3. É lícito adiantar, contudo, que a despeito da legislação anglo-saxônica enxergar o *expert witness* como uma testemunha, este não deixa de contribuir com fatos técnicos, isto é, continua válida a distinção acima de que o especialista oferece conhecimento científico e não um relato de ocorrências pretéritas.

⁵⁷⁸ MARQUES, J. F. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 444, pp. 417-418

O *perito*, por sua vez, é o especialista que conduz a perícia, possuindo o conhecimento técnico necessário para realizar esta tarefa inacessível aos leigos.

O perito, assim como a atividade que conduz, pode ainda comportar subdivisões e classificações, segundo a doutrina.⁵⁷⁹ Neste diapasão, é possível distinguir entre o perito *percipiendi* ou *deducendi*. No primeiro o perito essencialmente substitui o julgador na realização de diligências, indo onde o julgador não pode ou deseja ir. Já no perito *deducendi*, há uma atuação eminentemente técnica, isto é, a atuação não é tanto uma questão de deslocamento, como aplicação de conhecimentos incomuns no homem médio. Num, busca-se uma *declaração de ciência* onde a perícia relata fatos constatados ou verificados; noutro, almeja-se uma *afirmação de um juízo*, com a perícia interpretando os fatos constatados. Esta distinção é importante por ajudar a sublinhar os diferentes desdobramentos da perícia que serve não só para trazer fatos à atenção do julgador, mas também, quando necessário, interpretá-los para aquele investido do poder de decidir.

A função do perito, especialmente na modalidade *deducendi*, é auxiliar o julgador a melhor entender matérias para as quais ele talvez não possua conhecimento ou treinamento para lidar. De fato, como bem pondera H. THEODORO JR., refletindo sobre o processo estatal, não é razoável exigir dos juízes togados conhecimentos jurídicos e, especialmente, científicos sobre todos os assuntos e fenômenos que possam desaguar no Judiciário.⁵⁸⁰ Realmente, se o brocado *iuria novit curia* já representa uma exigência ficta por parte dos juízes (eis que nenhum ser humano seria capaz de conhecer todo o ordenamento), o que dizer de todas as complexas áreas técnicas que exigem dos especialistas anos de dedicação e estudo para operarem e compreenderem aquela área? Por isso, o perito vem complementar o juiz na área que não é de sua competência.

Esta linha de raciocínio, bastante evidente no processo estatal, é fragilizada na arbitragem onde é possível escolher como julgador não apenas operadores do direito, mas conhecedores de outras áreas que não a jurídica.⁵⁸¹ e ⁵⁸² Verdadeiramente, nenhuma óbice

⁵⁷⁹ MARQUES, J. F. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 444, p. 419; e THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 320, p. 428

⁵⁸⁰ THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 320, p. 428

⁵⁸¹ Art. 13 da Lei n° 9.307/96: Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

⁵⁸² Observe-se que se defende aqui que o árbitro, apesar de não ter que ser um grande operador do direito precisa, necessariamente, possuir alguma familiaridade mínima com o direito eis que, em última instância, o julgamento implica numa subsunção de fatos a normas e de nada adianta compreender os fatos se as normas são aplicadas incorretamente. Aliás, existem até casos onde os fatos estão incontroversos mas o direito provoca várias dúvidas.

existe, em tese, em eleger julgador de outra área ou até especialista numa pluralidade de matérias. No caso envolvendo erro médico, por exemplo, imagine-se o recurso a um professor de medicina forense bi-diplomado ou um integrante do órgão julgador do Conselho Federal de Medicina acostumado com trâmites jurídicos. Similarmente, talvez seja possível encontrar, para uma arbitragem envolvendo questões de engenharia rural, um juiz aposentado de entrância do interior tão acostumado com a matéria (depois de uma longa carreira resolvendo casos com perícias) que seja absolutamente dispensável o socorro a outro especialista.

Por outro lado, os exemplos acima são de indivíduos excepcionais. Pode ocorrer, portanto, de que malgrado exista especialistas versados em múltiplas áreas, estes estejam indisponíveis (por vontade ou por já participarem de muitas arbitragens) ou sejam caros demais. Por conseguinte, é válido dizer que não é tão fácil encontrar árbitros especializados em áreas técnicas (que não a jurídica).⁵⁸³ O problema só aumenta de grau quando se adiciona a equação a questão de arbitragens com tribunal tríplice onde então pode ocorrer um desnível de conhecimento entre os árbitros. Outrossim, o uso por um árbitro de conhecimentos técnicos próprios pode gerar outros problemas por violação ao contraditório (conforme será enfrentado adiante – vide *infra* 4.).

Em síntese, por uma miríade de razões, a perícia continua cumprindo uma importante função na arbitragem. Nem por isso, todavia, o legislador optou por reinventar a roda na hora de disciplinar esta questão na arbitragem. Destarte, ao contrário do Código de Processo Civil – que explica em seu artigo 420 que “*A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação*” –, a lei de arbitragem não optou por definir ou exemplificar a prova pericial, preferindo, tão somente autorizar expressamente o uso desse meio de prova no seu artigo 22 (que inclusive, pela pluralidade, já deixa claro a possibilidade de múltiplas perícias caso necessário ou conveniente):

Art. 22: Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. (Grifou-se)

Talvez seja por esta razão que advogados e professores de direito, conforme é cediço, continuam sendo as fontes mais profícuas para seleção de árbitros.

⁵⁸³ GONÇALVES, E. D.; e SILVA, R. B.. A perícia na arbitragem. In: *Revista do Advogado*, nº 119, ano XXXIII, São Paulo: AASP, Abril de 2013, p. 36

Similarmente, preferiu a lei de arbitragem confiar às fontes secundárias a definição do perito e suas funções e ao tribunal arbitral ou o regulamento das instituições o detalhamento de como se dará a perícia.

Assim, não é surpreendente que a doutrina defende a possibilidade na arbitragem do tribunal arbitral fazer uso da perícia e nomear um perito, mesmo que tal possibilidade não esteja expressamente prevista na convenção arbitral.⁵⁸⁴

Fechando esta breve exposição sobre o perito e sua atividade (a perícia), é necessário, outrossim, distinguir entre ‘perícia *na* arbitragem’ e uma ‘perícia arbitral’. Este último se resume à delegação pelas partes de *questão* controvertida a um arbitrador (ou corpo de arbitradores) para que o arbitrador decida no lugar das partes. É instituto atípico em nossa legislação (porém reconhecido no Direito Comparado, como ocorre na Argentina). A perícia arbitral pode ocorrer judicialmente (inclusive numa arbitragem) ou extrajudicialmente e visa decidir um ponto controvertido. Consequentemente, peritos arbitrais têm poderes semelhantes a dos peritos (podem examinar documentos, objetos e formar conclusões) e das partes (resolvem uma questão no espaço da autonomia da vontade).⁵⁸⁵

Não obstante o disposto acima, a perícia arbitral não se confunde com a própria arbitragem porque os arbitradores não recebem poderes para decidir a causa (definindo sua procedência ou improcedência), isto é, não tocam na lide, apenas resolvem questões relacionadas com o mérito, mas não o mérito em si.⁵⁸⁶

Também não se deve equiparar a perícia arbitral à perícia tradicional (a prova pericial) posto que as conclusões traçadas nesta (objeto do laudo pericial) podem ser acolhidas ou não pelos julgadores (art. 436 do CPC), enquanto que a questão resolvida pela perícia arbitral deixa de ser controvertida e passa a ser um dado a ser computado pelo arbitro quando montar sua sentença arbitral.

C. R. DINAMARCO, tendo a oportunidade de emitir parecer sobre uma perícia arbitral, distinguiu o instituto de outros similares nestes termos:

⁵⁸⁴ Nesse sentido: VOSER, N.; e MUELLER, A. K.. Appointment of experts by the arbitral tribunal: the civil law perspective. In: *Business Law International*, Vol. 7, n. 1, Janeiro de 2006, p. 74

⁵⁸⁵ DINAMARCO, C. R.. *Fundamentos do processo civil moderno*. Cit. *supra* n° 272, pp. 840-842

⁵⁸⁶ FENTON, R.. A civil matter for a common expert: how should parties and tribunals use experts in international commercial arbitration? In: *Pepperdine Dispute Resolution Journal*. Vol. 6, N. 2, 2006, p. 280

*“[A perícia arbitral] guarda grande semelhança com a prova pericial, ambas afastando-se do conceito de arbitragem porque somente nesta – e não naquelas – existe uma pessoa, ou um colegiado com o poder de decidir sobre as pretensões dos litigantes. O perito (na mera prova pericial) e o perito arbitral não ditam as procedências ou improcedências, não condenam, não constituem situações jurídicas novas. Permanecem no campo das questões, às quais darão resposta – e jamais chegam a tocar a lide, pois esta será julgada pelo juiz com base nos resultados da prova pericial ou da perícia arbitral. O árbitro, no autêntico juízo arbitral, ou arbitragem, decide a lide.”*⁵⁸⁷

Aliás, para dissipar quaisquer dúvidas, explica o citado doutrinador, em termos pedagógicos, que a atividade da perícia arbitral pode ditar em grande parte o conteúdo da parte de motivação ou fundamentação da sentença, mas o dispositivo da sentença será sempre decidido pelo árbitro.⁵⁸⁸

2.2.- O Expert Witness:

Pincelado rapidamente os pontos essenciais referentes ao perito e sua função, passamos agora ao *expert witness*, instituto ainda pouco conhecido no Brasil (e aqui às vezes denominada de ‘testemunha técnica’), mas notório nos países que aderiram ao *common law*. Vale lembrar que o vocábulo estrangeiro ‘*Expert*’ (aqui traduzido como ‘experto’) tem raízes etimológicas na expressão em latim ‘*expertus*’ que significava algo instruído ou provado pela experiência. ‘*Witness*’, por outro lado se refere a uma testemunha. Consequentemente, é válido afirmar que, em termos simplificados, o *expert witness* é uma testemunha especializada em determinado assunto técnico, ou nas palavras de B. J. CANTOR:

“An expert witness is one who has acquired by study, practice and extensive experience a special skill and superior knowledge in the art and science of a particular field about which persons who have no special training

⁵⁸⁷ Idem, p. 841 (Grifos do Original)

⁵⁸⁸ Idem, p. 841

are incapable of forming an accurate opinion or of deducing correct conclusions.”⁵⁸⁹

Trata-se, portanto, de uma testemunha chamada pelas partes para depor não sobre fatos que testemunharam, mas sobre fatos e questões técnicas que conhecem e que ajudam na interpretação dos fatos trazidos em juízo por outras fontes de prova.

Cite-se, a título exemplificativo, o depoimento de um famoso geólogo para entender, numa arbitragem sobre atrasos na edificação de barragem elétrica, em que medida dificuldades com a fundação constituem fator imprevisível e incontornável ou não. Ou, imagine-se o depoimento de experiente funcionário de seguradora de veículos fornecendo e explicando estatísticas para auxiliar compreender um acidente automotor trazido em juízo.

É comum a produção de um relatório ou laudo ao final, mas também se utiliza frequentemente do depoimento em juízo, inclusive com o uso do *cross-examination*,⁵⁹⁰ onde as partes se esforçam para extrair deste experto os fatos que lhes ajudam ou impugnar a lisura e competência da testemunha para prejudicar a valoração dada a seu depoimento.

De fato, a valoração do depoimento dado pelo *expert witness* dependerá, em grande parte, da sabedoria que tal pessoa possui do assunto sobre o qual discursa, ou seja, de suas qualificações para a tarefa de experto.⁵⁹¹ Aliás, é pressuposto de admissibilidade deste meio de prova que: (i) a matéria a ser tratada exija conhecimentos especializados e incomuns nos leigos; e (ii) que o *expert witness* possua tais conhecimentos.⁵⁹²

Pode parecer, *prima facie*, que o *expert witness* pode ser confundido com as demais testemunhas. Tal comparação, contudo, não é de todo válida: “*The expert witness differs from*

⁵⁸⁹ CANTOR, B. J. The Expert Witness. In: *American Bar Association Journal*. Vol. 52, 1966, p. 946. Ou na completa definição e explicação de C. A. CARMONA: “A testemunha técnica, que tem sido utilizada na arbitragem [...] é admissão de depoimento de especialistas indicados pelas partes que informarão os árbitros sobre questões técnicas, não sobre fatos que tenham presenciado. Em outros termos: enquanto as testemunhas depõem sobre fatos que presenciaram e que interessam ao desenvolvimento da causa, as testemunhas técnicas fazem relato de práticas de mercado, de costumes de certa praça, de técnicas de construção, tudo para dotar os julgadores do conhecimento técnico que carecem. Não se trata, bem se vê, de uma transposição para a arbitragem do relatório oral do perito judicial [...] mas sim de método bem diferente, pois os depoentes (expert witnesses) são indicados pelas partes, não pelos julgadores, e são submetidos ao questionamento das partes e dos árbitros,” (Flexibilização do procedimento arbitral. cit. *supra* nº 275, p. 19)

⁵⁹⁰ FENTON, R.. A civil matter for a common expert: how should parties and tribunals use experts in international commercial arbitration? Cit. *supra* nº 586, p. 281

⁵⁹¹ CANTOR, B. J. The Expert Witness. Cit. *supra* nº 589, p. 946

⁵⁹² TEUBNER, A. L. The computer as expert witness: towards a unified theory of computer evidence. In: *Jurimetrics Journal*. Vol. 19, Chicago: ABA, 1978-79, p. 276

the ordinary witness in that the former can state his opinions or conclusions based on ultimate fact, whereas the latter can testify only to things he saw, heard, tasted, smelled or felt.”⁵⁹³ Ou seja, assim como se diferencia o perito da testemunha, o *expert witness*, apesar de testemunha, é um caso especial, por fornecer fatos científicos e poder opinar com base nas demais fontes de prova.

Ao mesmo tempo que o *expert witness* repele uma equiparação à testemunha comum, também não se deve incorrer no erro de assimilá-lo diretamente ao perito. Uma das principais diferenças entre o *expert witness* e o perito é que como o assistente técnico, o experto é nomeado não pelo juízo, mas sim pela parte interessada,⁵⁹⁴ o que traz uma série de consequências na hora da valoração como será visto adiante (*infra* 5.).

Para C. R. DINAMARCO, o *expert testimony*, apesar de ser prova atípica e incomum no direito processual civil brasileiro, é perfeitamente lícito e admissível, posto que o depoimento de testemunhas técnicas “*constitui conjugação entre um notório meio de prova, que é a testemunhal, e uma fonte probatória legítima, que são as pessoas portadoras de conhecimento técnico.*”⁵⁹⁵

Similarmente, tal fonte de prova é prevista com tranquilidade na arbitragem, aparecendo, mesmo que de forma híbrida, nos principais regulamentos (*vide infra* 2.3.).

2.3.- O Perito vs. o Expert Witness na Arbitragem

Como salientado acima, o perito e o *expert witness* guardam semelhanças, mas possuem suficientes diferenças para justificar a diferenciação de ambos. Tendo isto em mente, é útil verificar se há um método preferido, eis que se de fato for possível modelar o computador por analogia num desses institutos, seria melhor focar naquele mais vantajoso à arbitragem.

Neste diapasão, observa-se que ambos os institutos têm vantagens e desvantagens.

⁵⁹³ CANTOR, B. J. The Expert Witness. Cit. *supra* nº 589, p. 946

⁵⁹⁴ VOSER, N.; e MUELLER, A. K.. Appointment of experts by the arbitral tribunal: the civil law perspective. Cit *supra* nº 584, p. 73

⁵⁹⁵ DINAMARCO, C. R. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 3. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 95

O uso de um perito único, por exemplo, pode ser visto como os árbitros delegando parte do processo decisório a um terceiro escolhido por eles o que cria problemas num sistema onde a escolha dos julgadores pelas partes é um pilar central.

Por outro lado, o recurso a especialistas convocados pelas partes não está isento de problemas. É comum, por exemplo, cada especialista chegar a uma conclusão diametralmente oposta à do seu colega, deixando os árbitros com a intrincada tarefa de encontrar a verdadeira resposta diante de respostas divergentes. Não raro, por ser a matéria técnica, um terceiro perito será necessário de qualquer forma.⁵⁹⁶ Outra possível crítica a ser levantada aos *expert witnesses* é que o uso de tais expertos das partes pode encarecer o processo ou até criar uma disparidade de armas. Ao invés de um perito único do juízo, as partes nomeiam comumente seu próprio experto e devem buscar contratar o mais bem qualificado.⁵⁹⁷

A bem da verdade, por haver aspectos positivos e negativos nos dois campos, na arbitragem, comenta-se⁵⁹⁸ que o recurso a um instituto ou outro dependerá, principalmente, do sistema legal com o qual as partes e os árbitros estão acostumados. Isto é, árbitros do *civil law* terão uma disposição maior para usar a perícia tal como conhecida tradicionalmente aqui nas arbitragens enquanto juristas que militam com maior frequência no sistema de *common law* se sentirão mais à vontade com as partes trazendo e interrogando seus *expert witnesses*.⁵⁹⁹

Outra alternativa, que parece mais sensata, é que pelo procedimento arbitral ser dotado de saudável dose de flexibilidade, existe a possibilidade das partes modificarem o procedimento da perícia ou *expert witnesses* visando adequar esse meio de prova às suas necessidades, podendo, inclusive, adotar um sistema híbrido, que é plenamente aceitável tendo em vista que a arbitragem serve de ponto de confluência de culturas jurídicas distintas.⁶⁰⁰

Analizando os regulamentos das principais instituições percebe-se uma preferência no Brasil pelo uso de perícias, malgrado não haja proibição ou restrição a outros meios de prova

⁵⁹⁶ GONÇALVES, E. D.; e SILVA, R. B.. A perícia na arbitragem. cit. *supra* nº 583, p. 39

⁵⁹⁷ VERKERK, R.. Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. In: *The international journal of evidence and proof*. Vol. 13, Dalby: Vathek, 2009, p. 188

⁵⁹⁸ Vide: NEWMAN, L. W.; e HILL, R. D. (coord.) *The leading arbitrators' guide to international arbitration*. New York: Juris Publishing, 2004, pp. 371-372

⁵⁹⁹ Apesar disso, deve ser reconhecido que em recente pesquisa notou-se uma pequena preferência pelo uso de especialistas ao invés de peritos na arbitragem (GONÇALVES, E. D.; e SILVA, R. B.. A perícia na arbitragem. cit. *supra* nº 583, pp. 38-39)

⁶⁰⁰ Vide: NEWMAN, L. W.; e HILL, R. D. (coord.) *The leading arbitrators' guide to international arbitration*. Cit. *supra* nº 598, p. 372

atípicos.⁶⁰¹ Apesar disso, nota-se nos regulamentos das principais câmaras internacionais uma neutralidade, oferecendo regras a respeito tanto para os especialistas chamados pelas partes como pelos árbitros.⁶⁰²

Vale analisar, ademais, mesmo que brevemente, como os *IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration* tratam da matéria. Referidas regras definem o ‘expert’ como a pessoa ou organização nomeada para analisar determinada matéria. Conquanto a definição trate apenas de expertos nomeados pelas partes, as regras cuidam tanto dos expertos das partes como daqueles nomeados pelo tribunal (artigos 5 e 6, respectivamente, das regras). Uma leitura dessas normas mostra que não só há uma preocupação em oferecer ambas as modalidades, mas inclusive adota-se um sistema híbrido: independentemente de quem nomeou o especialista, este produz um laudo, mas também pode ser ouvido em audiência como testemunha. Pode colher provas ou relatar conclusões em abstrato. Ou seja, há liberdade para adaptação das diferentes espécies conforme os interesses dos participantes da arbitragem. A única primazia nítida é na questão da imparcialidade, onde independentemente do especialista ser nomeado pelas partes ou árbitros, espera-se dele uma declaração de imparcialidade.

3.- O Computador:

Tendo exposto sinteticamente acima a teoria referente aos dois principais sistemas de uso de especialistas como meio de prova, incumbe agora compreender como o computador pode operar em função similar, colhendo, analisando e relatando fatos.

Como bem sintetiza A. L. TEUBNER, o computador nada mais é do que um poderoso sistema de processamento de dados.⁶⁰³ Isto é, o computador é uma ferramenta de cálculos: ele é programado com determinadas fórmulas que lhe permitem digerir as informações fornecidas para obter respostas. O que distingui o computador de até os mais geniais matemáticos de

⁶⁰¹ Nesse sentido, nota-se que os regulamentos brasileiros, em regra, apesar de evitarem entrarem em detalhes falam preferivelmente de peritos. É o que ocorre, por exemplo, nos regulamentos da FIESP (art. 8.4.), FGV (art. 47, § único), CAMARB (art. 8.7.) e AMCHAM (art. 9.6.).

⁶⁰² É o que se nota nos regulamentos da SCC (art. 29.), CCI (art. 25, §§ 3 e 4), LCIA (arts. 20.7 e 21) e, na esfera nacional, a CCBC cujo inovador artigo 7.6. é assim redigido: “Os aspectos de natureza técnica envolvidos no procedimento arbitral poderão ser objeto de perícia ou esclarecimentos prestados por especialistas indicados pelas partes, os quais poderão ser convocados para prestar depoimento em audiência, conforme determinar o Tribunal Arbitral.” O Regulamento do ICDR, apesar de mencionar ‘experts’, evita aprofundar-se no assunto.

⁶⁰³ TEUBNER, A. L. The computer as expert witness: towards a unified theory of computer evidence. Cit. *supra* nº 592, p. 277

nossa espécie é que desde que programado corretamente, ele é capaz de realizar numa velocidade alucinante centenas de milhões de cálculos sem qualquer margem de erro. E, a despeito do computador poder realizar somente operações simples (como operações aritméticas), a conjunção de várias dessas operações em sofisticadas sequências permitem que ele seja capaz de análises complexas como ajudar os meteorologistas a prever o tempo ou o GPS a calcular a rota mais eficiente no trânsito.

Segue do disposto acima que mais importante do que a máquina em si para o contexto desta discussão, são as fórmulas pré-inseridas nesta gigante calculadora, ou seja, o programa lá inserido. Assim, por mais que se fale aqui do *computador* como auxiliar na arbitragem, a bem da verdade, o que importa é o programa (ou *software*) criada para ajudar a processar os dados, e não tanto a máquina que roda este programa.⁶⁰⁴ Apesar disso, por questões pragmáticas, aqui se adotará a figura do computador ao invés do programa, por ser sua personificação mais palatável.

Seja como for, é lícito afirmar que o computador consegue auxiliar os árbitros de forma similar aos peritos ou *expert witnesses*. Tais especialistas, vale lembrar, são utilizados para ajudar a obter informações (função *percipiendi* do perito), compreender informações obtidas (função *deduciendi* do perito) ou simplesmente comentar e/ou fornecer informações técnicas para que os julgadores estejam melhor munidos para digerir informações técnicas obtidas e atingir uma conclusão própria (como sói acontecer com os *expert witnesses*).

No que tange a investigação de informações e dados, o computador pode ser uma ferramenta excepcional. Não se pode ignorar que, atualmente, mesmo com o uso de especialistas a máquina já está em largo uso. Isto por conta de três motivos.

Primeiramente, mencione-se que as máquinas são capazes de colher muitos dados com mais sofisticação ou até de formas que o ser humano é incapaz. O perito pode deslocar-se até um prédio para inspecioná-lo, mas nenhuma descrição será tão completa quanto uma série de fotos ou filmagens em alta definição. Um ser humano pode sentir que o ar está seco, mas uma

⁶⁰⁴ Isto não quer dizer, contudo, que o *hardware* (a máquina) seja de todo inconsequente. Por conta das possíveis exigências do *software* a capacidade da máquina pode ser muito importante. Programas complexos ou ‘pesados’ (i.e. aqueles que exigem quantidades de cálculos acima da média) demandam computadores mais potentes. É natural supor que, pela complexidade de algumas das questões que podem ser tratadas numa arbitragem (ex. culpa pela falha estrutural num edifício, imprevisibilidade de um suposto caso fortuito, etc.), os *softwares* que podem por ventura ser desenvolvidas precisarão de computadores potentes e sofisticados para garantir que o processamento de dados seja feito. É preciso ter em mente, portanto, que provavelmente não será qualquer computador que conseguirá rodar de forma eficaz os programas de análise e perícia.

máquina pode informar numericamente e precisamente quão seco ou húmido está o ar. Em outros casos, as máquinas conseguem captar e quantificar coisas que o ser humano jamais conseguiria, como índices de radiação ou presença de ondas eletromagnéticas.

Junte-se a isto a vantagem do computador conseguir minimizar questões de distância e deslocamento graças à facilidade de conectividade e transferência de informações. Enquanto o especialista precisa viajar até a cena da inspeção para visualizar as coisas com seus olhos, o computador pode facilitar essas tarefas usando aparelhos presentes no local (câmeras ou sensores lá colocados) e transmitir tais dados remotamente. Ou seja, as máquinas oferecem um par de sensores externos e distantes.

Por fim, os computadores conseguem acessar bases de dados com notável eficiência. Um computador bem programado, por exemplo, pode comparar resultados com bases de dados existentes em outros sistemas informatizados e assim acelerar conclusões. Imagine o perito tentando descobrir a média de temperatura e fazendo várias leituras durante semanas comparado com um computador que acessa a média para o local segundo os registros do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais dos últimos anos.

Isso não significa, contudo, que o homem está fadado a ser substituído pela máquina na captação de dados. A máquina está em desvantagem em duas questões.

A primeira é referente à percepção de critérios emocionais ou subjetivos. Não se pode imaginar (por enquanto) uma máquina tomando o lugar de um ser humano na hora de apreciar uma poesia ou obra de arte. Similarmente, sensores podem até detectar se um vinho está muito ácido ou azedo, mas apenas um experiente *sommelier* será capaz de julgar a qualidade do vinho.

A segunda diz respeito às limitações da programação. A programação pressupõe uma ordem preordenada de fatos que permitem ao computador responder às situações. O computador, todavia, é (por hora) desprovido de verdadeira inteligência artificial, significando que a máquina não consegue se adaptar a circunstâncias imprevistas pelos seus programadores.⁶⁰⁵ Consequentemente, o computador pode ser exímio em realizar tarefas

⁶⁰⁵ A título ilustrativo, imagine-se uma contenda envolvendo um rompimento de um oleoduto que termina em arbitragem. É enviado para elucidar o mistério um robô que desce o duto e vem equipado com todos os sensores e um programa de computador pronto para digerir as informações em busca de problemas estruturais, químicos, de pressão, etc. Ocorre que, neste caso fictício, o rompimento foi causado não por qualquer problema no duto, mas sim por um ataque terrorista ou sabotagem de empresa rival. O robô ficaria limitado a tentar entender as causas

repetitivas e previsíveis, mas insatisfatório na hora em que um pouco de imprevisto é necessário.

Quanto à função *deduciendi*, o computador revela-se, em potencial, como enorme aliado. Com a capacidade de processar os dados o computador pode chegar rapidamente a conclusões que são acessíveis por meio de cálculos. Simuladores e outros programas são capazes de, por meio de dados fornecidos, estabelecer a ordem dos fatos necessários para explicar os resultados colhidos.⁶⁰⁶

No que tange a última função, de fornecer informações técnicas de maneira pedagógica para possibilitar aos árbitros terem a capacidade técnica de alcançarem uma conclusão própria, o computador cumpriria um papel enciclopédico, fornecendo informações de forma sistematizada e organizada conforme solicitação. Esse rol vem sendo preenchido pelo computador cada dia com mais e mais proeza. Se antes o melhor exemplo seria o de enciclopédias *online* como a famosa *Wikipedia*, hoje se pode mencionar também toda a série de aplicativos educacionais que são usados no sistema de ensino e que poderiam ter modelos equivalentes para instrução dos árbitros.

Segue de todo o relatado acima que o computador pode, em determinados casos, substituir ou complementar os especialistas de forma eficiente, sem, contudo, estar pronto para monopolizar todas as funções dos especialistas. É de se imaginar que no futuro (próximo) os computadores estarão cada vez mais aptos a exercer este papel substitutivo. Por hora, basta concluir que de um ponto de vista técnico, o modo como o computador consegue ajudar os árbitros é comparável ao trabalho realizado pelos especialistas.

Saliente-se, por derradeiro, que o computador flutuará entre um meio ou fonte de prova dependendo de que função está cumprindo. Se colhendo dados, será uma fonte de prova, se os sistematizando para explicação, será meio de prova.

naturais da falha (pois foi assim programado), quando um perito, analisando a cena, rapidamente perceberia tratar-se não de uma falha natural, mas fator excepcional.

⁶⁰⁶ Retomando o exemplo de C. A. SALLES do acidente automobilístico, um programa devidamente instruído pode resolver a questão de culpa com certa facilidade. Munido da cartografia do local do acidente, conhecendo a estrutura metálica de cada veículo e analisando uma foto dos veículos depois do acidente, o computador pode calcular que aquele tipo de amasso, naquele ângulo e com aquela profundidade só é factível naquele logradouro se o veículo *A* estivesse parado e *B* em movimento, inocentando o primeiro e responsabilizando o segundo.

4.- Admissibilidade:

Já se comentou anteriormente neste trabalho que a admissibilidade é o exame feito pelo árbitro para decidir se admite a análise de determinada prova para depois valorá-la e que apesar da regra no processo em geral e na arbitragem em específico ser pela admissibilidade de todas as fontes de prova, há certas hipóteses em que o árbitro deve afastar a prova por estar impedido de apreciá-la ou por achar a mesma irrelevante ou impertinente (vide *supra* V.3.). Naquela ocasião, verificava-se a admissibilidade de uma fonte de prova (o documento eletrônico) debatendo até que ponto sua natureza poderia impedi-lo de ser conhecido pelo tribunal arbitral.

Neste tópico far-se-á análise semelhante, pois antes de discorrer sobre o peso que deve ser dado pelos julgadores arbitrais a este novel meio de prova, cumpre inquirir se o computador, na função de especialista, sequer deve ser admitido em juízo. Para solucionar este enigma, cumpre revisitar alguns dos problemas já levantados acima (*supra* V.3.) e enfrentar novas fronteiras.

4.1.- Prova Atípica

A prova pericial está longe de ser prova atípica, sendo expressamente normatizada tanto no Código de Processo Civil (arts. 420 e ss.) como na própria Lei de Arbitragem (art. 22). Por outro lado, estabeleceu-se que o *expert witness* é prova atípica no ordenamento pátrio.

Não obstante o computador poder desenvolver um papel semelhante aos desses especialistas, não se pode esquecer que a semelhança não passa de analogia, isto é, o computador enquanto meio de prova não se equipara ou confunde com outros meios de prova e, portanto, é também prova atípica.

Este detalhe, todavia, não deve afetar a admissibilidade desse meio de prova. Demonstrou-se *supra* (vide V.3.1.) que a atipicidade não é impeditiva à admissibilidade (salvo convenção das partes no sentido de limitar o rol de provas àquelas típicas da legislação brasileira). Prova neste sentido é que a atipicidade do *expert witness* não o deslegitima como meio de prova admissível.⁶⁰⁷

⁶⁰⁷ Vide nota de rodapé nº 595

A arbitragem possui ampla flexibilidade no que tange a admissibilidade dos meios de prova (conforme evidencia o artigo 21, §1º da Lei nº 9.307/96),⁶⁰⁸ razão pela qual a inovação e falta de regulamentação do computador como especialista, não constitui óbice de nota ao conhecimento deste meio de prova.

4.2.- Prova Ilícita

De maneira análoga à questão da atipicidade, a matéria da ilicitude da prova já foi objeto de considerações em outro capítulo (vide *supra* V.3.2.). A conclusão lá obtida, e aqui de todo válida, é pela inadmissibilidade de provas obtidas de forma ilícita.

Prima facie, o uso de *softwares* na função de especialistas não é em si contrário a qualquer norma impositiva. Assim como as partes numa arbitragem estão livres para usar uma calculadora sofisticada para calcular questão essencial ao mérito, também podem usar um computador nesse sentido.

Há duas hipóteses, todavia, em que o computador especialista pode infringir a vedação do artigo 5º, LVI do Texto Maior.

Primeiramente, insta salientar que o computador, em suas mais variadas modalidades, pode servir também para a colheita de provas, substituindo-se ao perito *percipiendi*. Seja por meio de câmeras, microfones ou outros instrumentos com sensores, o computador pode ser programado para armazenar uma vasta riqueza de dados.

Ocorre que se deve tomar cuidado para que os dados coletados o sejam feito de forma lícita, especialmente diante de questões de privacidade e direitos intelectuais. A filmagem em si é ato lícito. Já a filmagem dentro da casa de um indivíduo ou de obra cinematográfica sem permissão constitui ato ilegal. Similarmente, é imperioso que se direcione o computador para adquirir dados e informações que está autorizado a fazer, sem invadir a intimidade e a propriedade intelectual de terceiros.

Outro risco que é importante registrar neste espaço é do uso de *softwares* ‘pirateados’, isto é, programas não licenciados ou autorizados. Previamente (*supra* V.3.2.) sustentou-se que o documento eletrônico elaborado por uso de *software* pirata não caracterizava obstáculo à admissibilidade daquela fonte de prova.

⁶⁰⁸ GONÇALVES, E. D.; e SILVA, R. B.. A perícia na arbitragem. cit. *supra* nº 583, p. 37

No caso do computador sendo usado como meio de prova, contudo, a situação é distinta, eis que serão os árbitros e partes que estarão usando o programa em prol da arbitragem e, caso se aproveitarem de programa não licenciado, estarão cometendo ato ilícito. Ou seja, a prova fornecida por este meio será *obtida* de forma ilícita e, portanto, não pode ser tolerada. Consequentemente, só deve ser admitido como meio de prova o programa legalmente adquirido ou alugado.

4.3.- *Autonomia da Vontade das Partes*

A última remissão ao tópico V.3. cabível neste ponto é sobre o respeito ao estabelecido pelas partes. No item V.3.3., argumentou-se sobre a inadmissibilidade de provas conscientemente afastadas pelas partes em respeito à autonomia da vontade das partes, que é uma das vigas mestres da arbitragem. Em outras palavras, se as partes pactuam não admitir determinada prova, e sendo este meio de solução de controvérsia estribado na vontade dessas partes, não se pode tolerar a prova que se convencionou não admitir.

Esta lição é tão pertinente aqui quanto no capítulo anterior: acordando as partes que não deve ser conhecido prova como a do computador especialista, este deve ser bloqueado pelos árbitros. Enfatize-se que não se trata de mera teorização acadêmica, pois (conforme será discutido no próximo item) o uso do computador pode implicar dispêndios com os quais as partes não estejam confortáveis.

4.4.- *Relevância da Prova*

O árbitro, salvo convenção expressa das partes nesse sentido, pode não admitir a perícia por entender ser a mesma desnecessária. Lembre-se que o artigo 22 da Lei de Arbitragem expressa uma faculdade (“*Poderá*”) e não um dever. De fato, não se deve ter uma perícia supérflua ou inútil (ex. sobre ponto não controverso).⁶⁰⁹

⁶⁰⁹ Vale contrastar aqui a legislação arbitral com a processual civil. O artigo 420 do Código de Processo Civil ordena que o juiz inadmita as perícias quando: “I – a prova de fato não depender de conhecimento especial de técnico; II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas; [ou] III – a verificação for impraticável.” A Lei de Arbitragem, por outro lado, oferece ao árbitro a opção de realizar a prova caso assim entenda necessário, mediante solicitação das partes ou de ofício. Ou seja, o árbitro recebeu maior discricionariedade para determinar e barrar provas, podendo, inclusive, atuar de ofício.

Saliente-se que a perícia é uma técnica que pode, não raro, revelar-se como cara e demorada, sendo mais sensato guardar este meio de prova para casos em que conhecimento técnico e especializado é necessário.⁶¹⁰ Nem se diga que a dispensa desta prova constitui qualquer cerceamento de defesa, quando os árbitros estiverem convencidos.⁶¹¹ Mais: como bem pondera A. ALVIM, por ser o conhecimento de natureza científica, é recomendável proceder com cuidado e moderação, pois “*como conhecimentos técnicos estão envolvidos, pode não ser fácil julgar de sua utilidade, necessidade ou pertinência.*”⁶¹²

Este raciocínio, aplicável à perícia, incide em boa parte no caso do computador especialista. O uso do computador exigirá certos cuidados e, *a priori*, não será livre de custos. O desenvolvimento de qualquer *software* sempre exige trabalho e dedicação de programadores profissionais. No caso de um *software* para apreciação de questões técnicas, certamente será necessária a contribuição de expertos do campo profissional relevante. Isto é, o programador sabe dialogar com o computador, mas não é (em regra) perito em questões de engenharia civil, biologia, geologia, etc. Assim, além de um bom programador, um *software* para detectar, por exemplo, erro médico, requisitará o envolvimento de profissionais da área de saúde. Como se não bastasse, todo programa exige muitos testes e adaptações para as diferentes máquinas, sem contar a possível necessidade de atualizar o programa de tempos em tempos para garantir que o mesmo esteja compatível com os computadores atuais e os últimos avanços e descobertas no campo sobre o qual deve se pronunciar.

Numa linha: o desenvolvimento dos programas especialistas implicará em altos custos de pesquisa e desenvolvimento que, em certa medida estarão refletidos no preço de uso deste meio de prova.

Ocorre que existe uma vantagem do computador em relação ao ser humano neste assunto. Apesar de a programação inicial ser cara, o *software* pode posteriormente ser replicado e aproveitado infinitas vezes (inclusive simultaneamente em infinitas arbitragens paralelas). Não existe, ademais, limitações numéricas como ocorre com especialistas em

⁶¹⁰ Nesse sentido: ALVIM, A. *Manual de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 430, p. 514; GONÇALVES, E. D.; e SILVA, R. B.. A perícia na arbitragem. cit. *supra* nº 583, p. 41; MARQUES, J. F. *Instituições de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 444, pp. 421-422; e THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 320, p. 429.

⁶¹¹ PINTO, J. E. N.. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. In: *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 84

⁶¹² ALVIM, A. *Manual de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 430, p. 514. No mesmo sentido: FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 704

matérias pouco conhecidas onde há um reduzido número de técnicos neste campo. Adicionalmente, ao contrário do ser humano, um programa de computador tem a vantagem de poder sempre acumular mais e mais experiência e informação. Há cada versão aprimorada do *software* todos aqueles que o utilizam são beneficiados, ao passo que o experto demorará anos para ser treinado e acumular o conhecimento, sendo difícil transmitir essa sabedoria acumulada aos seus discípulos.

Deflui deste raciocínio a conclusão de que malgrado o uso do computador pode implicar em custos iniciais consideráveis, é seguro estimar que com o tempo o custo dos programas vá diminuindo. Aliás, não é de todo inimaginável que grandes entidades como governos, universidades, laboratórios ou até câmaras arbitrais de amplo porte patrocinem o desenvolvimento destes programas para então comercializar seu uso em ampla escala, cobrindo os custos de pesquisa e desenvolvimento pela possibilidade de licenciar o mesmo programa várias vezes com mínimos custos adicionais. Afinal, o desenvolvimento é custoso, mas o uso dos programas, acredita-se, não gerará custos adicionais relevantes.

Consequentemente, um ponto a ser considerado é a verdadeira necessidade do uso desta sofisticada ferramenta especialmente quando ela estiver em seus primórdios. Entendendo o árbitro que o computador é desnecessário, deve negar o requerimento desta prova feito por uma das partes, zelando por manter a celeridade e eficiência de custos da arbitragem.

Outro ponto que merece atenção neste tópico é, obviamente, a pertinência da prova solicitada para a matéria sob discussão. Mencionou-se acima que parte da admissibilidade dos especialistas é ligada à questão dos mesmos serem graduados conhecedores da área que são chamados a comentar. De maneira análoga, é necessário tomar cautela para usar o programa adequado para cada caso.⁶¹³ Assim como é inútil chamar um grande professor de física para depor sobre problemas ligados à cardiologia, de nada adiantaria tentar usar um *software* projetado para processar dados sobre falhas estruturais em construções civis para elucidar a culpa num acidente de trânsito.

⁶¹³ TEUBNER, A. L. The computer as expert witness: towards a unified theory of computer evidence. Cit. *supra* n° 592, p. 280

4.5.- Da Imparcialidade, Neutralidade e Independência dos Especialistas

O dever de imparcialidade dos especialistas é certamente uma celeuma que exige atenção, sendo duvidosa a necessidade de imparcialidade desses expertos – inclusive no caso do computador – e até que ponto a parcialidade impede o conhecimento da prova ou meramente afeta seu valor (i.é. trata-se de questão de admissibilidade ou valoração?).

Neste momento, compensa atentar-se para sutilezas de vocabulário e distinguir entre imparcialidade, neutralidade e independência, termos que convém contrastar doravante. Aproveitam-se aqui as didáticas palavras de C. A. CARMONA (que apesar de as proferir pensando nos árbitros, bem se aplicam a situação dos especialistas):

*“A imparcialidade [...] não se confunde com a neutralidade, [...] Enquanto o primeiro conceito diz respeito à necessidade de não estar o julgador envolvido diretamente com os litigantes, o segundo está relacionado com a influência que o julgador pode receber do meio em que atua. [...] Espera-se que o julgador seja autônomo e livre, não tenha laços de subordinação espiritual, financeira ou política com qualquer um dos litigantes. [...] Em boa técnica, diferencia-se a **imparcialidade** da **independência**: aquela é uma predisposição de espírito, esta uma situação de fato; a independência pode ser apreciada objetivamente, enquanto a imparcialidade só pode ser avaliada na prática.”*⁶¹⁴

Dito de outra forma, a imparcialidade e neutralidade são conceitos relacionados ao *animus* subjetivo de alguém. Parcialidade é tender em favor de uma das partes, enquanto neutralidade é não ser influenciado por fatores externos, ao passo que a independência é uma questão objetiva: ter ou não uma relação de subordinação. Apesar de interligados, os termos não são necessariamente coincidentes em todos os casos. *X* é empregado de *Y*. *X* não é independente de *Y*, mas isto não quer dizer que *X* sempre irá apoiar as opiniões e causas de *Y* (isto é, ser parcial), mas talvez acabe apoiando tese que aproveite *Y* por conta da influência da mídia (deixou de ser neutro).

⁶¹⁴ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, pp. 240 e 242

Realizada esta explicação, resta evidente que, *strictu sensu*, não se deve exigir de expertos grande grau de *neutralidade*. Sendo a neutralidade a influência externa e sendo os expertos convocados para tratar de temas técnicos que são constantemente influenciados por avanços e debates de seus meios, é prejudicial tentar isolar por completo o especialista. O ideal, é que o especialista, pelo menos na matéria sobre a qual vá opinar, esteja antenado às últimas discussões e inovações naquele assunto.

No que concerne a imparcialidade e independência, contudo, é imaginável alguma exigência neste sentido. Para efeitos de comparação analógica, estudar-se-á primeiro o caso do perito e depois do *expert witness* para obter conclusões transplantáveis ao computador.

Neste sentido, cabe mencionar aqui que na legislação processual civil brasileira a imparcialidade do perito é positivada por meio do artigo 423 do diploma legal que rege: “*O perito pode escusar-se (art. 146), ou ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 138, III);*”. O artigo 138 a que a norma faz referência trata da extensão das causas de suspeição e impedimento dos magistrados aos outros atores do processo com função pública. As causas de impedimento e suspeição, por sua vez, são elencadas nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, respectivamente.⁶¹⁵

Similar remissão ao artigo 138 é feito pela legislação arbitral quando trata do dever de imparcialidade dos árbitros:

Art. 14: Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam

⁶¹⁵ Art. 134: É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135: Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

No que se refere aos especialistas, todavia, deixou a lei arbitral brasileira de inserir qualquer remissão ou menção ao dever de imparcialidade dos mesmos. Essa lacuna não é exclusividade da legislação brasileira.⁶¹⁶ A Lei Modelo da UNCITRAL, por exemplo, nada mencionava, nem na sua versão original de 1985, nem na atualização de 2006 sobre a imparcialidade dos peritos (art. 27 da Lei Modelo da UNCITRAL). Apenas na versão de 2010 de regulamento modelo que a preocupação expressa com a imparcialidade dos expertos aparece.⁶¹⁷ Não obstante esta omissão, não são poucos os ordenamentos e, especialmente, os regulamentos que preferem enfrentar o assunto de forma expressa, sempre impondo aos expertos um grau de imparcialidade (ou ao menos prevendo a possibilidade de interrogação pelas partes).⁶¹⁸

Diante disso, há inclusive aqueles que recomendam a aplicação por analogia dos preceitos aplicáveis à imparcialidade dos árbitros aos peritos.⁶¹⁹ O bom senso parece aliar-se com esta visão, mormente quando tratar-se de perito nomeado pelo tribunal arbitral. É fundamental que o perito, cujas conclusões podem influenciar consideravelmente o tribunal arbitral (vide *infra* 5.), sejam rigorosamente fruto de uma fria análise científica.

Esta conclusão, todavia, não deve ser lida como autorização para perseguir os peritos por qualquer sinal de parcialidade ou dependência. FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, por exemplo, pontuam com pragmatismo que em tese o perito não deveria concorrer com as partes como rival comercial, mas existe a dificuldade de encontrar expertos que tenham expertise em

⁶¹⁶ Vide neste sentido também: o *Commercial Arbitration Act* de 1985 do Canadá (art. 26); A lei de arbitragem da China (que prefere o uso de departamentos periciais – art. 44); e o *Arbitration Act* de 1996 da GB (art. 37).

⁶¹⁷ Art. 29, §2º da Lei Modelo 2010: The expert shall, in principle before accepting appointment, submit to the arbitral tribunal and to the parties a description of his or her qualifications and a statement of his or her impartiality and independence. Within the time ordered by the arbitral tribunal, the parties shall inform the arbitral tribunal whether they have any objections as to the expert's qualifications, impartiality or independence. The arbitral tribunal shall decide promptly whether to accept any such objections. After an expert's appointment, a party may object to the expert's qualifications, impartiality or independence only if the objection is for reasons of which the party becomes aware after the appointment has been made. The arbitral tribunal shall decide promptly what, if any, action to take.

⁶¹⁸ Vide, por exemplo: Art. 1.049, § 3º do ZPO alemão; a Lei nº 63/2011 de Portugal (art. 37, § 4º); o *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (arts. 5º, §2º, c e 6º, § 2º); Regras de Arbitragem do ICDR (art. 22); o Regulamento do LCIA (art. 21.1.a);

⁶¹⁹ VOSER, N.; e MUELLER, A. K.. Appointment of experts by the arbitral tribunal: the civil law perspective. Cit *supra* nº 584, pp. 76-77

determinados nichos do mercado.⁶²⁰ Ou seja, exigir a perfeição pode resultar na frustração por vezes, não sendo encontrado qualquer candidato que preencha as necessidades técnicas e subjetivas. Nem tampouco deve o favoritismo ser tolerado, o correto é eliminar – no caso *sub iudice* – comportamentos tendenciosos. Por isso, os mesmos autores acreditam que neste contexto o dever do perito tratar as partes igualmente e de forma transparente é importantíssimo. Idealmente, todas as mensagens, diligências e tarefas devem sempre ser feitas com o conhecimento, ou até acompanhamento, de ambas as partes para ajudar a neutralizar quaisquer suspeitas de comportamento tendencioso.⁶²¹ E, obviamente, o laudo deve ser bem fundamentado.

No que tange os *expert witnesses*, entretanto, a questão assume maior complexidade, tendo em vista a praxe desses expertos serem parcialmente ligados aos litigantes (são comumente trazidos pelas partes), sendo dentro deste conceito que o *expert witness* precisa ser analisado com cautela.

Em primeiro lugar, P. MICHELL e R. MANDHANE sublinham como falha no caso dos *expert witnesses* que por serem estes escolhidos pelas partes é razoável supor que sejam escolhidos (pelo menos em parte) não só pelos seus conhecimentos, mas também por concordarem (nem que seja teoricamente) com a tese que privilegia a parte que o contrata. Decorre disto que a lisura do depoimento destas testemunhas *sui generis* é prejudicada na medida em que podem ser escolhidos não pela sua capacitação, mas pela tese que defendem, sendo, portanto, indiretamente tendenciosos.⁶²²

Apesar disso, é certo que no caso do caso do *expert witness*, igualmente subsiste um dever de imparcialidade.⁶²³ A independência, contudo, não pode ser afirmada tão facilmente.⁶²⁴ Isso ocorre por ser comum o *expert witness* ser remunerado pelos seus serviços por uma das partes, recebendo honorários em troca de seus serviços. Aliás, noticia-se a possibilidade do *expert witness* ser, inclusive, contratado à base de contingência, podendo até publicar seus serviços na mídia enquanto os advogados anglo-saxões executam verdadeiro

⁶²⁰ FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 704

⁶²¹ Idem, p. 705

⁶²² MICHELL, P.; e MANDHANE, R.. The uncertain duty of the expert witness. In: *Atlanta Law Review*. Vol. 42, 2004-2005, p. 646

⁶²³ CANTOR, B. J. The Expert Witness. Cit. *supra* nº 589, p. 948; FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 704

⁶²⁴ MICHELL, P.; e MANDHANE, R.. The uncertain duty of the expert witness. Cit. *supra* nº 622, p. 636; e VERKERK, R.. Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. Cit. *supra* nº 597, p. 187.

‘*expert shopping*’. Tudo isso pode contribuir (previsivelmente) para gerar um interesse no favorável deslinde da arbitragem em prol da parte que nomeou o *expert witness*, especialmente se a remuneração for vinculada ao sucesso da causa ou o experto depender do sucesso para seu *marketing*.⁶²⁵ Aliás, vale mencionar que os *expert witnesses* já foram apelidados por vezes de ‘*purchased commodities*’, ‘*hired guns*’ ou até mesmo ‘*prostitutes*’.⁶²⁶

Em síntese, os *expert witnesses* não são independentes,⁶²⁷ mas nem por isso são, *necessariamente*, parciais. Aliás, vale lembrar que, por outro lado, os *expert witnesses* prestam juramento (o *oath*) e, em tese podem ser presos por falso testemunho (similarmente ao que acontece com o crime de falsa perícia no Brasil⁶²⁸). Mas se reconhece que na prática é uma sanção muito agressiva e de difícil aplicação.⁶²⁹

Este vínculo patrimonial, entretanto, não choca as sensibilidades dos juristas do *common law*, que transferem a questão menos no ramo de admissibilidade e mais da valoração, sopesando que um *expert witness* com independência restrita pode até ser ouvido, mas seus argumentos serão recebidos com razoável suspeita pelo árbitro.⁶³⁰ Por isso, é comum os *expert witnesses* serem subjugados a intenso *cross-examination* e escrutínio dos advogados da parte oposta, visando sensibilizar os julgadores não só à possível falta de conhecimento técnico, mas também a possíveis vícios relacionados à imparcialidade desses profissionais.⁶³¹

No Brasil ocorre fenômeno similar com a questão dos assistentes técnicos que são vistos como se fossem peritos da parte: “*Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição.*” (art. 422 do CPC). Existe também o exemplo da ‘testemunha do juízo’ ou ‘informante’ que são testemunhas ouvidas pelo juiz, não obstante

⁶²⁵ CANTOR, B. J. The Expert Witness. Cit. *supra* n° 589, pp. 947-948; e VERKERK, R.. Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. Cit. *supra* n° 597, pp. 184-185

⁶²⁶ GONÇALVES, E. D.; e SILVA, R. B.. A perícia na arbitragem. cit. *supra* n° 583, p. 38; e VERKERK, R.. Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. Cit. *supra* n° 597, p. 187.

⁶²⁷ Em sentido contrário: PINTO, J. E. N.. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. cit. *supra* n° 611, p. 95 que exige inclusive independência das testemunhas técnicas.

⁶²⁸ Art. 342 do CP: Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

⁶²⁹ MICHELL, P.; e MANDHANE, R.. The uncertain duty of the expert witness. Cit. *supra* n° 622, p. 661

⁶³⁰ CANTOR, B. J. The Expert Witness. Cit. *supra* n° 589, p. 948; CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 320; e MICHELL, P.; e MANDHANE, R.. The uncertain duty of the expert witness. Cit. *supra* n° 622, p. 638.

⁶³¹ Como bem expressa R. VERKERK: “*The thoroughness with which expert witnesses are interrogated and challenged in the United States is unknown to Continental systems.*” (Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. Cit. *supra* n° 597, p. 186)

serem impedidas ou suspeitas, dando o juiz ao depoimento delas “[...] o valor que possam merecer.” (art. 405, §4º do CPC).

Surge, por conseguinte, a segunda questão que exige análise: está-se diante de um problema de admissibilidade ou valoração? Em muitos casos, o mais correto é enquadrar a questão como hipótese de valoração – a prova viciada nem por isso pode deixar de conter elementos úteis à elucidação da causa. Aliás, por vezes, o vício em si já revela (ironicamente) bastante sobre as partes. O que não se pode tolerar é um favoritismo oculto, sobretudo nos especialistas que se reportam diretamente ao tribunal arbitral. Quer se dizer com isto que o especialista trazido por uma das partes terá a prova por ele trazida analisada sob uma ótica crítica, pois se imagina que se a parte o trouxe foi por algum motivo que a favoreça. Ou seja, os árbitros estão mentalmente preparados a dar àquela prova o devido mérito. Situação distinta ocorre quando se está diante de um profissional do qual se espera perfeita abstenção de tendenciosismo. O perito ou *expert witness* do tribunal arbitral é uma extensão daquele, mastigando e digerindo questões técnicas para os julgadores e assim como os julgadores a quem se reporta, deve iniciar sua análise isento de opiniões formadas, atingindo uma conclusão apenas depois de olhar todos os fatos.

À guisa de conclusão, só deve ser inadmitido o especialista quando sua imparcialidade é esperada e exigida, como ocorre com os expertos do próprio tribunal arbitral. Para aqueles ligados às partes, deve haver saudável contraditório para permitir aos árbitros valorar corretamente esses cientistas convocados.

Deslocando o ângulo de visão para os computadores especialistas, há considerações especiais a serem feitas.

A primeira diz respeito às pessoas que precisam ser imparciais. No caso de uma perícia ou depoimento testemunhal de seres humanos, o escrutínio recai sobre o perito e a testemunha, respectivamente. No caso do computador especialista, porém, a história é outra. Primeiro porque o computador, em si, é incapaz de ser influenciado ou persuadido – é uma máquina de cálculos sem inteligência artificial suficiente para esboçar opiniões influenciáveis. O que pode ocorrer para destorcer os resultados são defeitos (propositais ou não) na programação que favoreçam um lado, ou, imprecisões nos dados fornecidos para o computador.

No que concerne a primeira hipótese, dois são os suspeitos que merecem atenção: o programador e o técnico que cuidará do conteúdo científico do programa. Ambos devem ser

isentos de interesses na programação para evitar que a fórmula privilegie certos dados em detrimento de outros. Em outras palavras, a origem do programa será importante. Talvez seja o caso de inadmitir por uso do tribunal arbitral, por exemplo, programa patrocinado por empresa que é parte na arbitragem ou que contou com a colaboração na programação com técnico ou programador diretamente envolvido. Ao mesmo tempo, não se deve deixar a paranoia prevalecer: é preciso certificar que haja possibilidade de adulteração. Instalada uma arbitragem muitos anos após o desenvolvimento do programa, dificilmente haverá margem para adulteração, por estar o programa completo e fechado.

Pode haver, ademais, a presença de um terceiro agente a ser investigado. Trata-se de técnicos (programadores ou cientistas) chamados justamente para conferir se o programa está em ordem e funcionando corretamente, justificando o resultado obtido.

Focando agora na segunda premissa, é importante ter em mente que o computador não passa de um processador de dados, isto é, o computador é necessariamente dependente da precisão dos dados que lhe são fornecidos. Tais dados são conhecidos como o *input* enquanto que o resultado expelido após a aplicação da fórmula é denominado o *output*. Se o *input* estiver inadequado o *output* será igualmente prejudicado. Por isso, cabe certificar-se de que aquele responsável por fornecer o *input* é não só capacitado para tanto, mas acima de suspeitas para tal tarefa sensível, preferivelmente com fiscalização das partes e dos árbitros.

Logicamente, essas questões tramitam entre o campo da admissibilidade e da valoração dependendo de quem estará usando o computador. Se for uma das partes, o resultado obtido pelo uso do computador pode ser usado com o mesmo grau de ceticismo talvez cabível pela apresentação de um parecer técnico unilateral. No caso de uso pelo tribunal arbitral, porém, a imparcialidade é imprescindível.

O disposto acima pode causar a impressão de que o computador seja um elemento muito mais imprevisível do ponto de vista da imparcialidade do que os especialistas tradicionais. Afinal, ao invés de analisar uma pessoa analisa-se todo um grupo e em dois momentos (programação e fornecimento do *input*).

É seguro supor, no entanto, que com o tempo surjam programas provenientes de fontes seguras e confiáveis que, por sua reputação, dispensem tais preocupações em parte. Afinal, se uma organização não governamental, fundação ou instituição de ensino de histórico ilibado esteja por trás do lançamento do programa é seguro supor que (salvo no caso de por infortúnio

serem partes na arbitragem) será possível dispensar toda essa verificação, lembrando que o computador, ao contrário do ser humano, pode ser programado de forma tendenciosa, mas não pode ser influenciado posteriormente (é uma máquina). Assim, no futuro, se o uso do computador tornar-se praticamente recorrente, formar-se-á uma espécie de presunção de imparcialidade em favor dos programas mais prestigiosos que estão há anos no mercado e não podem arriscar prejudicar sua imagem.

Por outro lado, se o *software* for desenvolvido por empresa que indiretamente esteja interessada na vitória de um segmento, há que se colocar sob suspeita sua independência. A título ilustrativo, pense numa grande seguradora que cria um programa para prever culpabilidade em determinadas falhas de construção. É legítimo desconfiar que possa ter mais interesse na vitória das construtoras do que dos compradores dos imóveis. Realmente, assim como se suspeita por vezes da lisura de alguns árbitros por serem frequentemente escolhidos por uma mesma parte, talvez um programa comumente usado pela mesma parte nas arbitragens tenha sua independência parcialmente comprometida.

Similarmente, há meios de sofisticar o *input* para evitar preocupações nesta seara. Os dados podem ser obtidos, por exemplo, de bases de dados confiáveis ou, até mesmo, colhidas por outro computador (vide *supra* 3.), reduzindo a probabilidade de contaminação tendenciosa.

5.- Valoração:

Admitido o computador especialista como prova na arbitragem, sobra a discussão de como se deve valorar esta prova inusitada no meio arbitral. Alguns comentários já foram desenvolvidos neste sentido acima ao tratar da admissibilidade e como esta pode ser analisada sob a ótica da valoração também (*supra* 4.5.). Resta no espaço que segue enfrentar outras questões similares.

A primeira que se elege é o problema levantado por R. VERKERK sobre a dificuldade dos julgadores valorarem o laudo pericial/depoimento do experto quando são leigos no assunto tratado. Afinal, o uso de expertos se dá exatamente por tratar-se de assuntos desconhecidos pelos julgadores. Como então exigir que estes julguem criticamente as conclusões de

indivíduos altamente qualificados, sendo difícil imaginar uma supervisão das conclusões de um conhecedor de assunto complexo por um julgador leigo.⁶³²

Apesar disso, a arbitragem segue a linha do artigo 436 do Código de Processo Civil⁶³³ colocando o julgador como *peritus peritorum*, podendo sobrepor-se ao laudo ou aos pareceres e depoimentos colhidos.⁶³⁴ Esta solução se impõe por três motivos. A um, porque a complexidade da prova é, em tese, ilusória pois, afinal, realiza-se a perícia ou depoimento dos *experts witnesses* justamente para desmistificar a matéria tratada, fornecendo ao julgador conhecimentos suficientes para apreciar a matéria que agora está mastigada. A dois, por que o julgador conta com outras provas nos autos e a perícia não está hierarquicamente acima das demais provas, podendo o julgador fundamentar com cuidado sua rejeição às percepções e conclusões do experto, apoiando-se em outros elementos probatórios que militem em sentido contrário.⁶³⁵ Por fim, caso assim não fosse, estariam os expertos julgando a causa e não o árbitro. Já dizia H. THEODORO JR. que se a perícia fosse vinculante ao juiz, “*deixaria de ser simples meio de prova para assumir o feitio de decisão arbitral*”⁶³⁶

As ponderações trazidas acima funcionam tanto no processo estatal como no arbitral. A arbitragem se distingue do processo estatal nesta matéria, todavia, pela possibilidade de um dos árbitros (ou até todos) serem conhecedores da matéria tratada.⁶³⁷ Nada impede, por exemplo, que as partes elejam um renomado professor de engenharia para julgar uma causa cujo mérito envolverá questões controvertidas desta área. Aliás, há quem enxergue nesta escolha uma vantagem no sentido de melhor valoração da prova pericial, desde que tais árbitros dividam seus conhecimentos técnicos com seus colegas e submetam qualquer conhecimento extraordinário ao crivo do contraditório das partes.^{638 e 639}

⁶³² MICHELL, P.; e MANDHANE, R.. The uncertain duty of the expert witness. Cit. *supra* nº 622, p. 636; e VERKERK, R.. Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. Cit. *supra* nº 597, p. 180.

⁶³³ Art. 436: O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

⁶³⁴ FENTON, R.. A civil matter for a common expert: how should parties and tribunals use experts in international commercial arbitration? Cit. *supra* nº 586, p. 285; e FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 701.

⁶³⁵ THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 320, p. 435; e WAMBIER, L. R.; DE ALMEIDA, F. R. C.; e TALAMINI, E.. *Curso avançado de processo civil*. cit. *supra* nº 574, p. 493

⁶³⁶ THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 320, p. 434. No mesmo sentido: ALVIM, A. *Manual de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 430, II, p. 517

⁶³⁷ GONÇALVES, E. D.; e SILVA, R. B.. A perícia na arbitragem. cit. *supra* nº 583, p. 38

⁶³⁸ FENTON, R.. A civil matter for a common expert: how should parties and tribunals use experts in international commercial arbitration? Cit. *supra* nº 586, pp. 283-284; e THEODORO JR., H.. *Curso de Direito Processual Civil*. cit. *supra* nº 320, p. 435

Ao usar o computador como especialista o tribunal terá certas vantagens e desvantagens em comparação com o seu correspondente de carne e osso. Por um lado, os resultados proferidos pelo computador são de mais fácil compreensão, pois facilmente programados neste sentido. Por outro lado, o uso de árbitros com especialização específica se torna mais improvável, pois o árbitro além da matéria científica, teria que ser conhecedor de engenharia de computação para avaliar com profundidade os resultados proferidos pelo computador.

Outro ponto que merece atenção ao pensar-se na valoração é o do contraditório e, sem dúvida, o contraditório a ser exercido em relação ao computador será de grande importância. É imperioso que as partes se manifestem sobre os duas questões influentes no resultado que a máquina gerará: o *input* e as fórmulas.

O computador, apesar de não estar sujeito a nenhuma das fraquezas associadas às limitações biológicas que tão bem conhecemos (a chamada falha humana que é geralmente associada a cansaço, negligência ou o tédio) não é completamente imunizado contra equívocos. Dependendo cem por cento na precisão do *input* e solidez de raciocínio das fórmulas pré-programadas, o computador pode se enganar quando houver deslizos em um (ou ambos) desses critérios. Assim, um *input* equivocado, ou uma fórmula má calibrada pode gerar resultados inverídicos.

Aliás, como bem reflete A. L. TEUBNER, o computador pode, num certo sentido, ser até mais vulnerável do que os seres humanos neste quesito, eis que a máquina, por (ainda) não ter uma verdadeira inteligência artificial que lhe permita esboçar um ‘bom senso’ pode ser vítima de erros absurdos que jamais seriam aceitos por seres humanos.⁶⁴⁰ Alimentando um programa com dados falsos, por exemplo, este pode afirmar (sem pestanejar) que um objeto se deslocava em velocidade negativa ou até muito além do que seria razoável (imagine um radar emitindo uma multa contra um fusca por trafegar a 1.300km/h). Em síntese: “*Garbage in, garbage out.*”⁶⁴¹

⁶³⁹ Note-se, inclusive, que se houver questões intrincadas de Direito, seja pela complexidade do tema, seja pelo Direito ser estrangeiro ou simplesmente pelo painel arbitral não ser composto de juristas, existe a possibilidade do uso da perícia/expertos para esclarecimento de questões jurídicas. (FENTON, R.. A civil matter for a common expert: how should parties and tribunals use experts in international commercial arbitration? Cit. *supra* nº 586, p. 287; GONÇALVES, E. D.; e SILVA, R. B. A perícia na arbitragem. cit. *supra* nº 583, p. 36)

⁶⁴⁰ TEUBNER, A. L. The computer as expert witness: towards a unified theory of computer evidence. Cit. *supra* nº 592, p. 279

⁶⁴¹ Idem, p. 281

Claro é que a cada dia os programas podem ser blindados mais e mais contra tais fraquezas. A fórmula pode ser testada previamente mediante a realização de inúmeras simulações para as quais as respostas já são conhecidas. Se a máquina acertar todas as respostas, é um forte indício de que a fórmula está adequadamente calibrada. Similarmente, o programa pode ter como proteção contra resultados absurdos um banco de dados (preferencialmente alimentado e atualizado constantemente via comunicação *online*) que permita ao *software* identificar resultados que claramente divirjam da média⁶⁴² (caso do fusquinha supersônico usado como exemplo acima).

Apesar disso (e especialmente no início do uso dos computadores), deve haver saudável debate sobre os dados que estão sendo informados ao *software*, afinal, se for alimentado com informações imprecisas, o resultado dos cálculos deixará de refletir a realidade. Portanto, seria aconselhável que as partes tivessem oportunidade para questionar ou impugnar, inclusive no nível técnico, os dados fornecidos. Por ‘nível técnico’, entenda-se que deve ser admitido o uso de expertos, caso seja necessário, para inclusive certificar-se que o computador recebeu o *input* adequado.

Na perícia ocorrida no processo estatal, o laudo deve ser fundamentado para possibilitar a discussão de suas conclusões, sob pena de nulidade.⁶⁴³ Similarmente, C. A. CARMONA, ao elogiar a incorporação dos *expert witnesses* (ou ‘testemunhas técnicas’ em sua tradução) às arbitragens, nota, todavia, que “A atuação do princípio da oralidade é essencial para o sucesso da experiência probatória, pois os árbitros podem aferir a confiabilidade dos depoimentos, comparando as informações dos experts”.⁶⁴⁴ Ou seja, deve-se fornecer aos árbitros e às partes oportunidade de analisar e debater sobre as conclusões dos especialistas, seja comparando laudos e pareceres, seja submetendo a testemunha à interrogação (*cross-examination*).

Da mesma forma, as partes deveriam ter o direito de analisar e comentar – novamente no nível técnico – o programa que processará os dados para tentarem, se possível, alertar para qualquer programação incorreta. Isso se opera por meio da análise do código-fonte do programa (leia-se a fórmula que representa o programa). Recomenda-se a adoção de tal medida sempre antes do uso do computador, eis que a parte desfavorecida geralmente tentará

⁶⁴² Idem, p. 279

⁶⁴³ ALVIM, A. *Manual de Direito Processual Civil*. cit. *supra* n° 430, p. 519

⁶⁴⁴ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 319

encontrar os erros, sendo melhor as partes se satisfazerem antes de saber quem será beneficiada ou não pelo uso do computador.

É curioso refletir como neste aspecto o contraditório, não obstante correr o risco de desaguar num debate técnico do campo da informática e da complexa matéria tratada (searas que os árbitros juristas podem ser absolutamente leigos), parece ser muito mais eficaz. Afirma-se tanto com base na possibilidade do raciocínio deste especialista mecânico ser passível de cuidadosa análise (basta checar as fórmulas) ao passo que os especialistas humanos, podem ser dissimulados e mentir em juízo sem temer que a parte contrária possa detectar a mentira. Aliás, eis aí outra vantagem da máquina: ela é isenta de qualquer capacidade de mentir, ser parcial ou incorrer em preconceitos subjetivos, salvo se estes estiverem contidos em suas fórmulas. Considerando, contudo, que referidas fórmulas são de acesso às partes temos que as partes têm pleno acesso a verificar todas essas imperfeições e expurgá-las do raciocínio aritmético.^{645 e 646}

A função dos especialistas então, passa a ser supervisória, isto é, certificar que a máquina está ajustada corretamente e que os dados nela inseridos foram feitos de maneira adequada.⁶⁴⁷ Ou seja, para programas recentes e desconhecidos, surgirá o meta-perito: perito encarregado de fiscalizar o computador experto.

O uso de duas perícias pode parecer um desgaste desnecessário e um argumento contra o uso do computador. Insta sublinhar, contudo, que a ideia de mais de uma perícia não é novidade, sendo hipótese prevista na Lei Marco Maciel que fala de ‘perícias’ no seu artigo 22.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ A. L. TEUBNER assim comenta a questão: “Where a printed listing of the computer program is presented to opposing counsel (or his expert’s) examination, the effect is as though opposing counsel could look into the head of his opponent’s expert and challenge his reasoning and process in detail.” (The computer as expert witness: towards a unified theory of computer evidence. Cit. *supra* nº 592, p. 283)

⁶⁴⁶ Note-se que tal contraditório exigirá acesso ao código-fonte dos computadores o que é um pressuposto que não deve ser aceito levianamente: o código-fonte é uma propriedade intelectual do desenvolvedor do *software* valiosíssima, pois com ela qualquer um consegue replicar o programa. Assim, insta avisar que este tipo de análise exigirá uma dose de cooperação do desenvolvedor do *software* e, provavelmente, um termo de confidencialidade. Curiosamente, aqui a arbitragem novamente se destaca da via estatal, por seu costume com o sigilo e confidencialidade.

⁶⁴⁷ TEUBNER, A. L. The computer as expert witness: towards a unified theory of computer evidence. Cit. *supra* nº 592, pp. 280-281

⁶⁴⁸ Similarmente dispõe o Código de Processo Civil.

Art. 437: O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida.

Art. 438: A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu.

É possível antever, ademais, que com o passar do tempo, existirão programas no mercado com suficiente credibilidade (seja pela seriedade e competência de seus desenvolvedores, seja pelo ótimo histórico em inúmeras outras arbitragens) que diminuirão este ônus, criando uma espécie de grau de confiança comparável (guardadas as proporções) à fé pública. Imagine-se um sofisticadíssimo *software* desenvolvido por séria instituição de ensino ou entidade governamental que sobreviveu a várias provas de fogo em contraditório. Um programa como este, quando muito, seria alvo de novo contraditório na hora que sofresse atualizações. Inclusive, sendo o programa suficientemente elaborado para simplificar o colhimento do *input*, seria bastante reduzida a necessidade de desconfiança do resultado final do computador.

Adicionalmente, é imperioso sopesar que, em última instância, caindo os preços dos programas no futuro por ampla difusão, nada impede o tribunal arbitral de submeter a questão a dois programas distintos e rivais no mercado, aumentando a credibilidade do resultado se for o mesmo apesar de partir de computadores distintos.

Importa considerar, outrossim, que no campo probatório há espaço para meios probatórios imperfeitos:

*“Não é exigido ao juiz ter certeza acerca dos fatos a ele levados, sendo que este é um atributo demasiadamente elevado e, por certo, inalcançável, capaz de inviabilizar a prestação jurisdicional. O julgador forma sua convicção a partir de juízos de probabilidade. Ele julgará baseado em alta probabilidade, mas não lhe é exigida a certeza.”*⁶⁴⁹

Traçando um paralelo com o exame de DNA, este meio de prova exhibe um resultado que é tido como virtualmente infalível (probabilidade de acerto acima dos 99%) e que, portanto, deixa margem mínima de manobra para o juiz que é praticamente compelido a acolher o resultado.

Esta falta de questionamento, contudo, poderia ser estranhado, como bem pondera C. A. SALLES,⁶⁵⁰ na medida em que não são todos que conheçam e entendam o funcionamento do

⁶⁴⁹ DE SALLES, C. A.. Transição paradigmática na prova processual civil. cit. *supra* nº 564, p. 915

⁶⁵⁰ Idem, p. 912

exame de DNA. A despeito dessa falta de conhecimento das complexas alicerces biológicas e científicas do mencionado exame, se aceita sua segurança por conta da enorme aceitação e pacificação no que tange os resultados laboratoriais do exame de DNA, isto é, a comunidade científica não discute ou põe em dúvida a segurança do exame e seus resultados.

Similarmente, utilizando um programa que esteja acima de questionamento, tal modelo de computador pode vir a tornar-se uma ferramenta que diminua o espaço decisório do julgador. Agora, enquanto (ou se) não se pacificar o entendimento generalizado pela segurança da tecnologia, o julgador terá uma função adicional: apreciar e decidir quão confiável é o resultado obtido pela máquina.⁶⁵¹

Aceitas as premissas acima, é possível que num futuro próximo certas matérias de fato sejam resolvidas com um grau de certeza altíssimo o que trará sérias consequências para o processo decisório.

Isto não significa, porém, que o computador possa tornar dispensável a presença do juiz (seja arbitral ou não). A resolução de questão controvertida no campo fático é apenas um passo em direção à lide, cabendo sempre ao julgador subsumir os fatos elucidados às normas e valores corretos para resolver a lide.⁶⁵² Prova nesse sentido são as causas que versam exclusivamente sobre pontos jurídicos e que, mesmo assim, demandam a atuação de um julgador.⁶⁵³

Concluindo, a valoração da prova trazida pelo computador, num primeiro momento, pode ser complicada. Terá a vantagem, contudo, de ser altamente transparente, por estar tudo disponível para inspeção das partes. Com o tempo, contudo, e conforme as máquinas provarem sua confiabilidade, chegar-se-á num estágio comparável ao exame de DNA, obtendo um grau de certeza alto e confiável por já ter havido suficiente debate sobre a técnica.

6.- Conclusões:

Encerrada a análise acima, algumas conclusões merecem ser retomadas e outras aqui propostas.

⁶⁵¹ Idem, p. 914

⁶⁵² Idem, p. 914

⁶⁵³ Neste sentido o art. 515, §3º do CPC: § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Primeiramente, viu-se que apesar de válida a comparação do computador com o perito e o *expert witness* – podendo o computador cumprir uma função similar à desses especialistas – há notáveis diferenças ao lidar com uma máquina no lugar de um ser humano. Isto ficou particularmente claro não só na operacionalidade do computador – preocupando-se com questões como o *input* correto e adequação da máquina para a tarefa – como principalmente nas reflexões sobre admissibilidade e valoração da prova.

De nota no campo da admissibilidade e valoração está a questão da verificação da imparcialidade, neutralidade e independência, assim como a confiabilidade do computador. Nesse campo o computador fica em posição de desvantagem inicial exigindo a verificação de mais agentes envolvidos e um contraditório mais sofisticado. Por outro lado, por ser uma máquina, uma vez cumprido este debate, seus resultados podem ser aproveitados em futuros usos do computador.

Enfim, A. L. TEUBNER, escrevendo sob a ótica anglo-saxônica, acredita que com as ferramentas adequadas e adaptadas à cultura e legislação, nada impede o computador de ser um meio de prova superior ao perito ou à testemunha especialista.⁶⁵⁴ Não parece ousado afirmar que aqui o mesmo pode ser verdade, com a diferença de que a legislação não *precisa* ser adaptada: a flexibilidade da arbitragem permite que tal ponto não necessite de regulamentação apriorística, podendo as partes e, sobretudo, os árbitros normatizarem a questão quando necessário. O que será fundamental, sem dúvida, é a popularização desta prova e criação de um arcabouço de experiência e programas confiáveis e seguros.

Assim, nota-se que as aparentes desvantagens do uso do computador especialista são verdadeiras para os estágios iniciais da utilização dos mesmos. Nos primórdios dos exames de DNA este teste era caro, feito por poucos e suscitava debates técnicos e complexos. Com o tempo, todavia, sua reputação conferiu-o legitimidade e é de se supor que o tempo trará computadores com similar grau de confiabilidade. Se isto ocorrer, a prova será mais barata (imagine comparar as horas de um especialista com o licenciamento de um *software*), mais facilmente disponível (um programa pode ser rodado simultaneamente em infinitos computadores), mais imparcial (são máquinas) e, se programadas de forma *user friendly*,

⁶⁵⁴ TEUBNER, A. L. The computer as expert witness: towards a unified theory of computer evidence. Cit. *supra* n° 592, p. 275

muito mais fáceis de usar e entender que complexos laudos (imagine que o computador monte uma simulação que funcione como se houvesse uma câmera).

O mais importante, entretanto, é que o computador, capaz de acessar pilhas gigantescas de informações pré-programadas e *online* e efetuar centenas de milhões de cálculos por segundo sem chance de erro poderá, em condições normais de temperatura e pressão, produzir um resultado bastante seguro, o que traz certas consequências benéficas além de permitir aos árbitros julgarem a causa com maior certeza e compreensão do quadro fático-probatório. A título de exemplo, vale mencionar que para alguns doutrinadores,⁶⁵⁵ a virtual certeza trazida por exames como o de DNA, além de cumprir a função de formar o convencimento do juiz, também auxiliam na persuasão das partes, desestimulando o gerenciamento de recursos sobre fatos provados por meios tão seguros.

Desta forma, cumpre à sociedade jurídica aliar-se com a técnica e investir nesse promissor novo ramo de produção probatória.

*

*

*

⁶⁵⁵ WAMBIER, L. R.; DE ALMEIDA, F. R. C.; e TALAMINI, E.. *Curso avançado de processo civil*. cit. *supra* n° 574, p. 487

Capítulo VII

A Sentença Arbitral Eletrônica

1. Introdução; 2. A Sentença Arbitral Tradicional; 3. Licitude do Proferimento de Sentenças Arbitrais Eletrônicas; 4. Homologação da Sentença Arbitral Eletrônica; 5. Conclusões.

1.- Introdução:

Em uma arbitragem informatizada, é natural desejar que a sentença⁶⁵⁶ arbitral, por conveniência, seja editada em formato eletrônico. Imagine-se a praticidade de encaminhar por correio eletrônico às partes uma cópia da sentença arbitral, dispensando a necessidade de colhimento de assinaturas ou encaminhamento de vias para árbitros e partes em localidades distintas. Tal opção certamente economizaria tempo e dinheiro, potencializando uma execução célere e simples da sentença arbitral.

Esta praticidade, todavia, só é atraente na medida em que a sentença arbitral for cômoda e lícita. Isto é, assim como foi previamente debatido a validade da convenção arbitral eletrônica (vide *supra* Capítulo II), é questionável até que ponto o ordenamento é capaz de aceitar uma sentença arbitral não em tinta, mas em *bits*?

No âmbito estatal, F. ULHOA COELHO reconta de forma anedótica como no passado sentenças judiciais já foram anuladas por aderirem a formas tecnológicas demasiadamente vanguardistas para aquela época. Assim, sentenças já foram anuladas na década de 1920 por serem datilografadas e não manuscritas (raciocínio: não sendo de próprio punho, a datilografia punha em risco o sigilo), enquanto na década de 1980, a datilografia – então a norma – não tolerava as sentenças processadas em microcomputador, sob alegação de que esse meio massificaria a produção de sentenças em prejuízo da qualidade das mesmas.⁶⁵⁷ Não se deve subestimar, portanto, o risco de introduzir novas tecnologias neste momento processual.

⁶⁵⁶ Por vezes observa-se a utilização da expressão “*laudo* arbitral” no lugar de “*sentença* arbitral”. As expressões são sinônimas, mas neste trabalho será mantida a opção do legislador de referir-se à decisão final dos árbitros como ‘sentença’ e não ‘laudo’.

⁶⁵⁷ Vide: http://www.conjur.com.br/2007-set-08/judiciario_ainda_reluta_avancos_tecnologicos, acessado em: 10/10/2013.

Ademais, se a validade da convenção arbitral é matéria de grande importância, por ser a porta de entrada para a arbitragem, o que dizer então da sentença que é o resultado final e título capaz de constituir, declarar ou modificar direitos? Em aparente resposta a este tipo de questionamento, C. A. CARMONA é categórico em afirmar que: “*O ato mais relevante do árbitro no processo por ele capitaneado é, sem dúvida, a sentença, momento em que o julgador outorga a prestação jurisdicional pretendida pelas partes.*”⁶⁵⁸ É necessário concordar com o arbitralista: a sentença arbitral representa o ápice da arbitragem, a culminação de todos os seus outros atos e, destarte, é ato que se sobrepõe a todas as outras matérias aqui analisadas.

Basta pensar, por exemplo, que a sentença, enquanto produto final, representa um dispêndio de tempo e recursos muito maior que a convenção arbitral – viciada a convenção, partir-se-á para o sumarássimo procedimento do artigo 7º da Lei de Arbitragem, mas, fulminada uma sentença arbitral, é possível que uma nova arbitragem tenha que ser realizada desde a estaca zero.

Por outro lado, é comum afirmar que a maioria das sentenças arbitrais é cumprida voluntariamente,⁶⁵⁹ possivelmente dando a (falsa) impressão de que a exequibilidade da sentença arbitral é matéria secundária. M. E. SCHNEIDER e C. KUNER, entretanto, questionam, com razão, se esse dado não é, pelo menos em parte, existente justamente pelo fato da execução das sentenças arbitrais ser tão fácil e eficaz.⁶⁶⁰ Ou seja, cumpre-se não tanto por razões morais ou voluntárias, mas por se saber que a resistência é de reduzida utilidade.

De fato, um dos grandes atrativos na arbitragem é sua natureza vinculante e sua eficácia na imposição de suas sentenças e ordens arbitrais. Aliás, graças ao sistema criado pela popular Convenção de Nova Iorque, é possível afirmar, sem exageros, que por vezes é mais fácil homologar uma sentença arbitral estrangeira que uma decisão estatal estrangeira.

⁶⁵⁸ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 336

⁶⁵⁹ REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* n° 41, p. 623; e YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* n° 35, p. 470.

Registre-se na esfera nacional um ilustre exemplo do cumprimento voluntário: A SE 5.206 julgada pelo pleno do STF em 12/12/2001, que terminou por assegurar a constitucionalidade da lei de arbitragem, foi movida por uma empresa suíça contra uma empresa brasileira, sendo esta sucumbente na sentença arbitral. Não obstante, a empresa brasileira não se opôs ao pedido de homologação, concordando com o mesmo assim que citada.

⁶⁶⁰ SCHNEIDER, M. E.; e KUNER, C.. Dispute resolution in International electronic commerce. Cit. *supra* n° 30, pp. 12 e 17

Assim, a questão da validade da sentença arbitral – e, conseqüentemente, da sentença arbitral eletrônica – é questão de suma relevância. Ademais, a doutrina parece, neste assunto, manter posições antagônicas,⁶⁶¹ justificando um novo estudo deste assunto neste último capítulo.

2.- A Sentença Arbitral Tradicional:

Antes de enfrentar a validade da sentença arbitral eletrônica, é obrigatório precisar (mesmo que sucintamente) o conceito da sentença arbitral, sua função, seu conteúdo, suas espécies e a forma como é tradicionalmente confeccionada.

FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN definem a sentença arbitral como: “[...] *a final decision by the arbitrators on all or part of the dispute submitted to them, whether it concerns the merits of the dispute, jurisdiction, or a procedural issue leading them to end the proceedings.*”⁶⁶²

Atrela-se ao conceito de sentença arbitral, segundo o exposto acima, a noção de decisão (do árbitro ou tribunal arbitral) que resulte na conclusão da arbitragem.⁶⁶³ A própria redação da lei de arbitragem agasalha esta posição em seu artigo 29 que rege que “*Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem.*”.

O encerramento da arbitragem pode se dar tanto por decisão *definitiva* que aprecie o mérito da disputa e ponha fim à controvérsia, exibindo, neste caso, natureza condenatória, constitutiva ou declaratória de direitos, como por decisão *terminativa*, caso de acolhimento de

⁶⁶¹ L. BIUKOVIC, por exemplo, afirma não ter encontrado em sua pesquisa qualquer dificuldade de aceitação de sentenças arbitrais eletrônicas International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. Cit. *supra* n° 23, p. 346). Já D. MAAZE, por outro lado, afirma que a maioria das nações recusa aceitação de sentenças arbitrais eletrônicas exigindo, inclusive, mesmo sem previsão legal, forma cartácea e assinaturas em tinta. Aliás, referida autora revela certo pessimismo neste assunto. Acredita que a solução para o problema reside em alterações legais, mas prevê dificuldades em alterar a Convenção de Nova Iorque – instrumento internacional fruto de anos de debate e aceito em sua forma atual pela maioria dos países – e inutilidade de mudar leis nacionais (que continuariam submissas a Convenção de 1958) ou leis modelo que não passam de *soft law* (Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas. Cit. *supra* n° 47, item 2.3.)

⁶⁶² FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* n° 42, p. 737

⁶⁶³ C. A. CARMONA define a sentença resumidamente como “[...] *o ato através do qual o julgador põe fim ao processo.*” (Arbitragem e processo. cit. *supra* n° 44, p. 337). Similarmente, F. J. CAHALI define a sentença como: “[...] *o pronunciamento do árbitro ou do tribunal arbitral para encerrar o procedimento.*” (CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* n° 03, p. 247)

alguma preliminar processual que impeça o julgamento do mérito.⁶⁶⁴ Ressalte-se que a homologação de acordo firmado pelas partes é igualmente enquadrada como sentença arbitral (art. 28 da Lei nº 9.307/96⁶⁶⁵).

Não se deve imaginar, porém, que a sentença arbitral ao fim da arbitragem é a única decisão relevante proferida pelos árbitros. Ao longo da arbitragem é comum o proferimento de decisões liminares, ordens processuais e até sentenças parciais que antecedem a sentença arbitral final, que tende a ratificar ou retificar as decisões anteriores.⁶⁶⁶ Anote-se que este capítulo será focado nas sentenças arbitrais, *strictu sensu*, e especialmente nas finais, mas nada impede o transplante das conclusões aqui obtidas para sentenças parciais, ordens processuais, liminares, etc., pois o que é permitido na sentença arbitral – decisão mais importante – certamente é tolerável nas decisões menos relevantes.

Em qualquer hipótese, é certo que as sentenças proferidas pelos árbitros possuem força equivalente às sentenças ditadas pelos juízes togados.⁶⁶⁷

A confecção da sentença arbitral varia conforme se está diante de um árbitro único ou uma pluralidade de árbitros. No segundo caso, é necessário mirar consenso por maioria dos votos, prevalecendo a posição do presidente do tribunal arbitral na hipótese de não ser alcançado um ponto de convergência deliberativo⁶⁶⁸ (ex.: divergência quantitativa⁶⁶⁹), facultado aos árbitros vencidos expressarem sua discordância em voto vencido.⁶⁷⁰ O método pelo qual os árbitros, na prática, se comunicam para deliberar é raramente objeto de regulamentação, sendo certo, somente, que devem ser possibilitados efetivos meios para

⁶⁶⁴ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem. cit. supra* nº 03, p. 247; e CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo. cit. supra* nº 44, p. 337.

⁶⁶⁵ Art. 28: Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei.

⁶⁶⁶ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem. cit. supra* nº 03, pp. 264-266; CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo. cit. supra* nº 44, pp. 343-356; e REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration. Cit. supra* nº 41, p. 514.

⁶⁶⁷ Art. 31 da Lei nº 9.307/96: 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.

⁶⁶⁸ Art. 24, § 1º da Lei nº 9.307/96: Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

⁶⁶⁹ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem. cit. supra* nº 03, pp. 256-257; CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo. cit. supra* nº 44, pp. 360-361

⁶⁷⁰ Art. 24, § 2º da LA: O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

discutirem em sigilo.⁶⁷¹ Consequentemente, nada veda a troca de ideias pelos meios eletrônicos seguros e acessíveis a todos os árbitros.

Independentemente do número dos árbitros, é essencial observar o prazo imposto pelas partes (inclusive do regulamento das câmaras) ou o legal de seis meses contados da instituição do tribunal arbitral julgador (art. 23 da Lei nº 9.307/96).

Adicionalmente, quis o legislador impor aos árbitros certos elementos indispensáveis que devem, obrigatoriamente, constar da sentença arbitral. Neste diapasão, dispõe o artigo 26 do referido diploma legal que são requisitos obrigatórios da sentença arbitral: (i) o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio; (ii) os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; (iii) o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; (iv) a data e o lugar em que foi proferida; e (v) a assinatura dos árbitros que julgaram a causa (cabendo ao árbitro presidente certificar caso algum árbitro se recuse a assinar a sentença). Ademais, na sentença deve constar disposição sobre a alocação entre as partes de custas e despesas da arbitragem e verba decorrente de litigância de má-fé (caso condenada alguma parte neste sentido).⁶⁷²

Por fim (e de suma relevância adiante), dada a exigência de que conste a assinatura dos árbitros junto com o local e a data, é previsível que o legislador decidisse exigir a forma escrita para as sentenças arbitrais. De fato, prevê o artigo 24 da Lei Marco Maciel que “*A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.*”

3.- Licitude do Proferimento de Sentenças Arbitrais Eletrônicas:

É admissível em nosso ordenamento uma sentença arbitral que exista somente no mundo virtual? Este item visará responder esta pergunta sob o enfoque estritamente nacional, isto é, partindo do pressuposto de uma sentença aqui proferida para aqui ser executada (deixando a homologação das sentenças arbitrais eletrônicas para o próximo item).

⁶⁷¹ REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* nº 41, pp. 567-568

⁶⁷² Art. 27 da Lei nº 9.307/96: A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Para a doutrina especializada na matéria, a resposta à indagação lançada acima é negativa: não é aconselhável o uso da sentença arbitral eletrônica. Adotando postura prudente, a recomendação majoritária é que a sentença eletrônica seja sempre acompanhada de um espelho impresso e assinado a tinta.⁶⁷³

Este posicionamento mais cauteloso é bastante sedutor. Afinal, é dever dos árbitros garantir que a sentença por eles proferida seja válida e exequível.⁶⁷⁴ Similarmente, ao advogado incumbe o dever ético de ajudar seu cliente a não se arriscar em ‘aventuras judiciais’.⁶⁷⁵ Testar a sentença *exclusivamente* eletrônica pode significar arriscar ver toda uma arbitragem perder eficácia. Ademais, é pertinente questionar quão oneroso é de fato imprimir um documento, circulá-lo (mesmo que internacionalmente) para colher assinaturas e remeter cópias destas vias assinadas pelo correio? Diante dos demais custos monetários envolvidos na maioria das arbitragens comerciais, este custo pode chegar a ser desprezível.

Vale lembrar, outrossim, que, caso haja qualquer problema com a sentença arbitral eletrônica, a inexistência de via impressa pode ser um problema de difícil remediação. Isso por conta da complicação de exigir manifestação posterior dos árbitros para ratificar a via eletrônica (ou impressa) tendo em vista que a jurisdição destes termina com a prolação da sentença, bem como diante da possibilidade destes estarem indisponíveis para confirmar o teor da via eletrônica.⁶⁷⁶

⁶⁷³ Nesse sentido: ARSIĆ, J.. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? Cit. *supra* nº 89, p. 217; BIUKOVIC, L.. International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. Cit. *supra* nº 23, p. 350; HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 5.; MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 2.3.; SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 185; e T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* nº 31, Item III.

O. CACHARD, adotando postura intermediária, acredita que enquanto o mundo se moderniza e se aguarda a conversão das vias estatais para o mundo eletrônico, a edição de uma via impressa é medida que se impõe. É categórico, porém, em dizer que a longo prazo o objetivo é outro: “*The natural outcome of an online arbitration is the publication of the award by exclusively electronic means.*” (*Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 54)

Em sentido contrário, M. E. SCHNEIDER e C. KUNER acham que a via impressa não é simples medida prudente, mas algo necessário, opinando que a execução de forma exclusivamente eletrônica será “[...] *difficult, if not impossible to enforce, unless a hard copy of the award has been issued.*” (*Dispute resolution in International electronic commerce*. Cit. *supra* nº 30, p. 18). Similarmente: KALLEL, S.. *Online Arbitration*. Cit. *supra* nº 36, p. 349

⁶⁷⁴ REDFERN, A.; HUNTER, M.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Cit. *supra* nº 41, p. 550

⁶⁷⁵ Art. 2º, parágrafo único, VII do Código de Ética da OAB.

⁶⁷⁶ T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* nº 31, item III

Existem, porém, contra-argumentos aos raciocínios expostos acima. Não é também dever dos advogados (e quiçá de todos os juristas) contribuir para o desenvolvimento da ciência jurídica?⁶⁷⁷ Sempre existirá um grau de risco, mas isso não torna automaticamente a empreitada numa ‘aventura judicial’, especialmente se houver fundamentos jurídicos para se defender mais de um posicionamento. Igualmente, os custos de circulação de vias cartáceas das sentenças pode sim ser relevante, seja por tratar-se de arbitragem de pequeno porte (ex. B2C) ou por incluir nesses cálculos o custo temporal e não só pecuniário desse vai-e-volta de papelada. Quanto à remediação pelos árbitros, basta assegurar nas regras de nomeação um dever de complementar a via eletrônica com a cartácea, caso haja necessidade.

Enfim, há razões legítimas de ambos os lados para argumentar a favor ou contra a sentença arbitral eletrônica. Parece mais proveitoso, conseqüentemente, deixar de lado o debate estritamente doutrinário e buscar um norte na legislação interna, pois é na forma como um país lida com decisões e documentos expressos em formato digital que a resposta provavelmente reside.⁶⁷⁸

Neste sentido, fosse a sentença da qual se está aqui tratando emitida por um juiz togado, a legislação, devidamente atualizada pela Lei nº 11.419 de 2006, daria uma clara resposta. De fato, o Código de Processo Civil encara a questão da seguinte forma:

Art. 164: Os despachos, decisões, sentenças e acórdãos serão redigidos, datados e assinados pelos juízes. Quando forem proferidos, verbalmente, o taquígrafo ou o datilógrafo os registrará, submetendo-os aos juízes para revisão e assinatura.

Parágrafo único: A assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente, na forma da lei. (Grifou-se)

Ocorre que a arbitragem faz parte de um sistema próprio; não é possível aproveitar a legislação processual civil para a sentença arbitral eletrônica. A lei de arbitragem, todavia, infelizmente não é tão clara quanto a legislação processual civil emendada. O lacônico artigo

⁶⁷⁷ Art. 2º, parágrafo único, V do Código de Ética da OAB.

⁶⁷⁸ Método científico defendido por YU, H. e NASIR, M. que advogam uma visão interna e caso-a-caso para cada país (Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* nº 35, p. 471).

24 da lei nº 9.307/96, à similitude do artigo 4º, §1º estudado anteriormente (vide *supra* II.2.), exige apenas que a decisão seja “*expressa em documento escrito*”.

Essa exigência afasta ou tolera o documento eletrônico? Não se sabe ao certo.

Vale notar que, no direito comparado, a maioria das leis estrangeiras também repete a exigência de forma ‘escrita’ e/ou ‘assinada’.⁶⁷⁹ A exceção é não repetir tal exigência⁶⁸⁰ ou, até mesmo, já prever a possibilidade da via eletrônica.⁶⁸¹

É importante registrar, ademais, que a Lei Modelo da UNCITRAL de arbitragem comercial internacional mantém, desde 1985, virtualmente a mesma redação no que tange a forma das sentenças arbitrais: “*The award shall be made in writing and shall be signed by the arbitrator or arbitrators.*”⁶⁸² Sempre se impôs, igualmente, o dever dos árbitros circularem ‘cópias assinadas’ da sentença às partes.⁶⁸³ A falta de alteração desde 1985 é especialmente reveladora, ainda mais caso se considere que, conforme explicado acima (*supra* II.2.), em 2006, o legislador da ONU tomou o cuidado de inserir, para a convenção arbitral, a possibilidade de que a expressão ‘por escrito’ incluísse meios eletrônicos. Similar preocupação não foi identificada, porém, nem em 2006, nem na mais recente emenda. Sustenta-se aqui que esta omissão não foi acidental. As leis modelo são resultado de um imenso esforço conjunto e de amplos debates. A lacuna é, ao que tudo indica, intencional, mostrando a desaprovação dos comitês elaboradores quanto a essa opção.

Em outras palavras, pelo menos na esfera internacional, tende-se a rejeitar a previsão expressa das vias eletrônicas.

Ao que tudo indica, contudo, a intenção dos projetistas no caso brasileiro era que o artigo acima fosse interpretado de forma literal e restritivo, sem, no entanto, ter em mente as questões tecnológicas. C. A. CARMONA justifica esta posição conservadora nos seguintes termos:

⁶⁷⁹ Art. 1473 do CPC francês; art. 1054 do ZPO; art. 1057, §2º do CPC da Holanda; art. 31 do Swedish arbitration act; Bélgica 1701(4); Art. 54 da Lei de arbitragem Chinesa; Art. 42, §1º da Lei 63/2011 de Portugal; Art. 37, §3º da Lei 60/2003 da Espanha.

⁶⁸⁰ França: título V, vol. IV do CPC; e Suíça: art. 189, §2º da Lei Federal de DIP, que inclusive delega às partes a possibilidade de definir a forma que deve tomar a sentença arbitral; Arbitration act UK, art. 5 (6)

⁶⁸¹ Neste sentido, convém destacar o *Revised Uniform Arbitration Act* dos EUA de 2000 que logo nas definições explicita que: “*‘Record’ means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form.*”

⁶⁸² Art. 31, (1) na versão de 1985 e 2006.

⁶⁸³ Art. 31, §4º nas versões de 1985 e 2006.

*“A limitação quanto à forma, imposta pela Lei, é razoável, na medida em que, sendo eventualmente necessário executar (rectius, cumprir) a sentença arbitral, não se poderia exigir que o juiz togado lidasse com títulos executivos nebulosos ou esdrúxulos, o que nenhum benefício traria para a tutela de direitos e para a obtenção da certeza que se espera de qualquer sentença, judicial ou arbitral.”*⁶⁸⁴

De forma coerente com o exposto acima, o arbitralista considera nula sentenças arbitrais gravadas em meio eletrônico que tenham sido proferidas oralmente.⁶⁸⁵ Não está certo, todavia, se a sentença escrita e arquivada de forma semelhante também seria assim rejeitada pelo doutrinador.

P. A. B. MARTINS, similarmente, posiciona-se contra a sentença arbitral não escrita, mas, ao que transparece de seus ensinamentos, suas preocupações são mais focadas em questões de vedação à oralidade do que necessariamente o suporte eletrônico no lugar do suporte físico:

*“O processo deve perseguir, ao máximo, a oralidade, mas o ato jurisdicional que põe fim à controvérsia há de vir expresso em documento. Se assim não for, inexistirá no mundo jurídico. Efeito algum produzirá, pois efeito algum se projeta algo que não existe. A sentença deve estar materializada em algum suporte físico, de modo a facultar aos interessados a imposição dos seus direitos.”*⁶⁸⁶

Desta forma, entende-se que os legisladores estavam preocupados não com questões tecnológicas, mas com o velho embate oral X escrito (ao invés de impresso X digital). Ou seja, o comando legal não parece autorizar nem desautorizar o meio eletrônico. Já se discutiu na análise da convenção arbitral (*supra* II.2.1.) como o meio eletrônico satisfaz o requisito ‘por escrito’ se o intuito deste é apenas fornecer um registro. Parece razoável estender essa conclusão a despeito da necessidade de interpretar-se tal artigo de forma restritiva.

⁶⁸⁴ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 358

⁶⁸⁵ Ibidem. No mesmo sentido: CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* n° 03, p. 251

⁶⁸⁶ MARTINS, P. A. B.. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Cit. *supra* n° 39, p. 277

Esta tese encontra apoio numa interpretação sistemática do artigo 24 da Lei de Arbitragem junto com o artigo 29 da mesma lei. Referido artigo é assim ementado:

Art. 29: Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Ressalte-se que os árbitros são obrigados a enviar ‘*cópia*’ e que a mesma pode ser entregue não só pessoalmente ou pelos correios, mas também ‘*por outro meio qualquer de comunicação*’. Este artigo parece deixar claro que a preocupação do legislador não é tanto uma forma ou outra, mas sim garantir o efetivo recebimento de cópia da decisão.⁶⁸⁷

Ora, não existe motivo para excluir o correio eletrônico da abrangente expressão de ‘outro meio *qualquer* de comunicação’ e na medida em que basta uma *cópia* e não necessariamente o original, uma via digital parece atender o requisito legal. Assim, lendo o artigo 24 juntamente com o artigo 29, parece que a única proibição é quanto à forma oral, mas não digital.

Adicionalmente, vale recordar que, historicamente, quando o legislador queria impor uma formalidade como o meio cartáceo o fez expressamente. O artigo 169 do Código de Processo Civil, por exemplo, obrigava os escrivães a ‘datilografarem’ ou escreverem ‘com tinta escura e indelével’. Tão nítida era a proibição da via eletrônica, que o legislador decidiu por bem alterar os parágrafos deste artigo quando decidiu informatizar o Judiciário.⁶⁸⁸

Isto não significa, entretanto, que qualquer versão digital servirá. Sob pena de anulabilidade, os requisitos do artigo 26 da Lei de Arbitragem devem ser atendidos (art. 32, III da LA). Com isso, o documento eletrônico deve claramente conter o relatório, a

⁶⁸⁷ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* n° 44, p. 380

⁶⁸⁸ Art. 169: Os atos e termos do processo serão datilografados ou escritos com tinta escura e indelével, assinando-os as pessoas que neles intervieram. Quando estas não puderem ou não quiserem firmá-los, o escrivão certificará, nos autos, a ocorrência.

[...]

§ 2º - Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes. (Grifou-se)

fundamentação, o dispositivo, a data e local de proferimento e, especialmente, a assinatura dos árbitros.

Este último requisito – a assinatura – pode ser cumprido por meio de assinatura digital, aproveitando, necessariamente, o credenciamento no âmbito da infraestrutura do ICP-Brasil e as autoridades credenciadoras. A inclusão da assinatura digital credenciada também ajuda a cumprir outro requisito: proteger e garantir a integridade do documento eletrônico, sendo indispensável ter segurança que a cópia recebida confere com aquela produzida e assinada pelos árbitros (vide *supra* V.4.).

É aconselhável, outrossim, que os árbitros analisem e interpretem com cuidado as regras estabelecidas pelas partes ou definidas no regulamento da câmara arbitral escolhida. Havendo manifestação das partes contra a deliberação ou proferimento eletrônico, sustenta-se que a sentença arbitral proferida eletronicamente, isto é, em violação à vontade das partes, não é válida por vício formal, precisando ser reeditada ou ratificada para que se adeque às formalidades exigidas pelas partes. Similarmente, se for levado em consideração que as regras das câmaras arbitrais também expressam a autonomia da vontade das partes (afinal, escolheram aquela câmara com suas regras), conclui-se que as regras do regulamento também devem ser observadas sob pena de viciar a validade da sentença arbitral.⁶⁸⁹

O aviso é de suma importância, pois a maioria dos regulamentos das câmaras arbitrais continua a preferir a via impressa.⁶⁹⁰ Assim, de nada serve a presente construção hermenêutica se as partes não se atentarem às vedações contidas nas regras institucionais selecionadas. Para garantir a licitude da sentença arbitral eletrônica, é altamente recomendável que as partes expressamente autorizem os árbitros a assim proceder na convenção arbitral ou nos termos de referência.

4.- Homologação da Sentença Arbitral Eletrônica:

Discursou-se acima acerca da sentença arbitral eletrônica sob o prisma estritamente nacional. Ocorre que a arbitragem não raro extrapola os limites territoriais, mormente nas

⁶⁸⁹ Nesse sentido: HILL, R.. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item 4.

⁶⁹⁰ Vide, por exemplo: Art. 26.1. do Regulamento da LCIA; Art. 36.1. do Regulamento da SCC; Art. 10.4. do Regulamento da CAMARB; Art. 13.4. do Regulamento da FGV; Art. 13.4. do Regulamento da FIESP; e Art. 42.a. do Regulamento do ICDR para arbitragens comerciais complexas.

arbitragens comerciais internacionais onde uma sentença arbitral confeccionada num país precisa ser executada em outro. Nesses casos, o mais usual⁶⁹¹ é que a sentença arbitral seja homologada no país onde se almeja seu cumprimento forçado.

A homologação, conforme é de sabença, consiste no procedimento (ou processo) judicial onde se busca o *exequatur* necessário para que uma sentença arbitral estrangeira seja dotada de eficácia perante o Judiciário. Trata-se de juízo de delibação em que se verifica se a sentença forasteira atende certos requisitos formais necessários à sua validação no âmbito interno.⁶⁹²

Esses ‘requisitos formais’ são listados na legislação interna e internacional que regulamenta o assunto. De nota, deve-se focar no Capítulo VI da Lei de Arbitragem, na Resolução nº 09 de 04 de maio de 2005 do Superior Tribunal de Justiça e, principalmente,⁶⁹³ na Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (também conhecida como a “Convenção de Nova Iorque” por ter sido lá concluída em 1958 e aqui promulgada pelo Decreto Legislativo nº 52 de 25 de abril de 2002 e pelo Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002).⁶⁹⁴

Cumprir notar que apesar da pluralidade de diplomas legais cuidando do mesmo assunto a probabilidade de conflitos de leis é reduzida por duas razões. Primeiramente, as normas, em boa parte, repetem o conteúdo da outra, tendo a Convenção de Nova Iorque inspirado a Lei de Arbitragem brasileira, tendo esta por sua vez, contribuído para o conteúdo da Resolução nº 09/05. Ademais, os instrumentos legais contêm dispositivos para solucionar conflitos de leis. O artigo 34 da Lei nº 9.307/96 prevê que a lei brasileira possui aplicação

⁶⁹¹ O autor desta obra sustenta existirem outras opções. Vide: HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar? Cit. *supra* nº 109

⁶⁹² Idem, pp. 3-4

⁶⁹³ A importância da Convenção de Nova Iorque não deve ser subestimada. Ao contrário de acordos regionais que englobam seletos países, este tratado internacional conta com a adesão de mais de uma centena de países. Como se não bastasse, o Brasil não fez reserva ao art. I, 3. da referida convenção, de tal modo que a mesma se aplica, no que concerne homologações brasileiras, aos países que também não aderiram ao tratado, ou seja, todas as sentenças arbitrais estrangeiras (Vide: HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar? Cit. *supra* nº 109, p. 8).

⁶⁹⁴ Vale chamar a atenção também para os instrumentos regionais celebrados no âmbito interamericano ou do MERCOSUL: (i) a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, celebrado no Panamá em 1975 e aqui promulgado pelo Decreto Legislativo nº 90/95 e o Decreto nº 1.902/96; (ii) a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, concluída em Montevideu em 1979 e aqui internalizada pelo Decreto Legislativo nº 93/95 e o Decreto nº 2.411/97; (iii) o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, feito em 1992 em Las Leñas e aqui internalizado pelo Decreto Legislativo nº 1.021/05 e o Decreto nº 6.891/09; e (iv) o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional, concluído em Buenos Aires em 1998 e aqui internalizado pelo Decreto Legislativo nº 265/00 e pelo Decreto nº 4.719/03.

subsidiária à legislação internacional⁶⁹⁵ enquanto a Convenção de Nova Iorque, em seu artigo VII, remete os juristas a aplicarem-na desde que não haja legislação interna mais favorável ao reconhecimento da decisão, isto é, a Convenção de Nova Iorque deve facilitar e não dificultar a homologação das sentenças arbitrais alienígenas. Conclui-se, portanto, que vigora nas homologações brasileiras uma cláusula de aplicação do direito mais favorável, aplicando-se a Convenção de Nova Iorque, salvo se a Lei Marco Maciel contiver dispositivo mais vantajoso à homologação.⁶⁹⁶

Feito esse esclarecimento, insta analisar se algum dos requisitos formais colide com a apresentação de uma sentença arbitral estrangeira em via eletrônica. A resposta a esta pergunta parece estar contida nos artigos 37, I da Lei de Arbitragem e IV, 1, *a*, da Convenção de Nova Iorque. Respectivamente *in verbis totum* e com grifos:

Artigo 37: A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

- - -

Artigo IV – 1: A fim de obter o reconhecimento e a execução mencionados no artigo precedente, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução fornecerá, quando da solicitação:

a) a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma devidamente certificada;

⁶⁹⁵ Art. 34: A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. (Grifou-se).

⁶⁹⁶ CAHALI, F. J. *Curso de arbitragem*. cit. *supra* nº 03, p. 364; HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar? Cit. *supra* nº 109, p. 7; e LEE, J. B.. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 21

Esses artigos são bem espelhados na regulamentação oferecida pela Resolução nº 09/05 do Superior Tribunal de Justiça:

Artigo 3º: A homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados. (Grifou-se)

Há, claramente, uma preocupação do legislador em garantir aos ministros a visualização do conteúdo da sentença arbitral estrangeira (com a devida tradução) e uma garantia de autenticidade desta decisão arbitral. A via eletrônica de uma sentença arbitral conseguiria atender essas exigências?

Primeiramente, cumpre notar que a legislação não exige que a via da sentença arbitral apresentada seja necessariamente uma via ‘original’ – todos os artigos autorizam a substituição da via original por uma cópia devidamente certificada. Tal opção é fortuita para este estudo, pois no que tange o conceito de sentença ‘original’, lembra O. CACHARD, que no mundo computadorizado, a ideia de via *original* de um documento é uma ficção por conta da possibilidade (e facilidade) de documentos eletrônicos serem reproduzidos perfeitamente.⁶⁹⁷ Em oportunidade anterior (vide *supra* V.2.2.), ponderou-se que para as finalidades do direito deve-se entender por ‘original’ o documento eletrônico que foi – do ponto de vista cronológico – produzido primeiro. No fundo, porém, mesmo que posterior, a via eletrônica certificada digitalmente difere, substancialmente, em quase nada da ‘original’:

“In these circumstances, an electronic document, the integrity of which is guaranteed by third parties and by technology, can be considered an original. In practice, it is sufficient for the arbitrators to apply their electronic signature to the document, with a certification authority guaranteeing that the

⁶⁹⁷ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration* – 5.9. *Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, p. 50. No mesmo sentido: MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 2.1.; e T. SCHULTZ. *Online arbitration: binding or non-binding?*, cit. *supra* nº 31, item Introdução.

pair of keys belongs to the arbitrator. It would be paradoxical not to accept as original an electronic award guaranteed in this way, while elsewhere States admit as authentic acts performed by electronic means.”⁶⁹⁸

Entretanto, não há necessidade de adentrar nessa questão terminológica complexa, eis que uma cópia pode ser usada na homologação, desde que ‘devidamente certificada’. Qual é, contudo, a certificação necessária (ou ‘devida’) para que a cópia possa atuar no lugar do original? A resposta a esta indagação, não é algo que possa ser extraído da Convenção de Nova Iorque que propositalmente lida com termos amplos e genéricos haja vista a natureza internacional e orientadora deste instrumento, redigido para aproveitamento por inúmeras nações com ordenamentos distintos.

O *animus* do artigo IV, 1, *a*, ao que tudo indica, era não tanto uma preocupação com o meio, mas, sim, que o meio garanta tranquila confirmação da autenticidade e integridade da sentença, isto é, que a via apresentada confere com aquela elaborada pelos árbitros que compuseram o tribunal arbitral.⁶⁹⁹ Ou seja, a Convenção de Nova Iorque fornece somente um norte. Os detalhes parecem ter sido delegados aos legisladores internos. Sustentando essa tese hermenêutica H. YU e M. NASIR propõem uma interpretação sistemática com força no artigo III da Convenção de 1958 que diz: “*Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem.*” (Grifou-se). Com base nesta norma, nota-se que atenção deve ser oferecida as leis do país onde a sentença foi proferida para lá averiguar a licitude e validade em questões formais.⁷⁰⁰

⁶⁹⁸ CACHARD, O. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. Cit. *supra* nº 29, pp. 50-51. No mesmo sentido: ARSIĆ, J.. *International commercial arbitration on the internet: has the future com too early?* Cit. *supra* nº 89, p. 217. Em sentido contrário: BIUKOVIC, L.. *International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments*. Cit. *supra* nº 23, p. 350

⁶⁹⁹ FOUCHARD, P.; GAILLARD, E.; e GOLDMAN, B.. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 970

⁷⁰⁰ YU, H.; e NASIR, M.. *Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework?* Cit. *supra* nº 35, p. 472. No mesmo sentido: MAAZE, D.. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Cit. *supra* nº 47, item 2.2. Em sentido diferente, FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN, sustentam que é lícito extrair deste dispositivo uma interpretação tanto em favor da lei do país em que a sentença foi proferida como onde se busca a execução, mas, se possível, a favor do reconhecimento da validade da decisão (*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Cit. *supra* nº 42, p. 970).

Consequentemente, é preciso checar como o Brasil enquadra essa questão formal. Pelos transcritos artigos 37 e 3º da Lei de Arbitragem e Resolução nº 09/05 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, nota-se que parte do formalismo obrigatório é a tradução juramentada e autenticação pelo consulado brasileiro do país onde proferida a sentença.

Cumpra ressaltar que a autenticação ou certificação são quesitos essenciais. Tão importantes que nem o consenso expresso das partes consegue suprir a falta de cumprimento dessas exigências:

*“Essa formalidade não é uma exigência que possa ser evitada pela simples declaração comum das partes no sentido de estas concordarem com a autenticidade do documento. A chancela pela autoridade consular dos documentos produzidos no exterior não interessa só às partes, senão e também ordem pública brasileira,”*⁷⁰¹

Pois bem, quem, no entanto, pode autenticar ou certificar? Tem que ser o consulado, ou será que um ciber-tabelião pode servir neste caso? Segundo C. TIBURCIO e A. N. PUCCI, conquanto o espírito da lei seja garantir a flexibilidade neste critério, isto é, deixando aberto aos Estados definirem que autoridades podem ser competentes sem imposição do tratado, a falta de participação do Brasil na Convenção de Haia relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros significa que os consulados detêm monopólio da competência neste assunto.⁷⁰² Se isso, por um lado, testemunha contra a sentença arbitral eletrônica, por outro, conclui-se que a solução ao problema é de simples alcance, pois não há necessidade de emenda ao tratado, mas sim mera norma interna para alargar a competência neste ponto, estendendo os poderes das Autoridades Certificadores do ICP-Brasil para facilitar a certificação e autenticação de sentenças arbitrais eletrônicas estrangeiras.

Em outras palavras, se os consulados possuírem seus próprios certificados digitais – tarefa de fácil implementação – poderão autenticar e certificar as sentenças eletrônicas recebidas. Similarmente, é de se imaginar que pouca complexidade haveria em implementar

⁷⁰¹ TIBURCIO, C.; e PUCCI, A. N.. O artigo IV da Convenção de Nova Iorque de 1958. In: *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175

⁷⁰² Idem, pp. 168-169

perante os tradutores juramentados um sistema de certificação digital para garantir a integridade e autenticidade das traduções feitas por eles.

Em contraposição, já se ponderou anteriormente que a sentença arbitral é a peça mais sensível de toda a arbitragem – se o Judiciário não reconhecer a sentença arbitral, isto certamente representará uma enorme frustração para a parte vencedora.

A este fato, é preciso acrescentar um dado desencorajador. Em recente pesquisa realizada junta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷⁰³ constatou-se que, conquanto este tribunal tenha uma notável tendência a favor da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, o Tribunal reiteradamente indeferiu petições de homologação que envolvessem cláusulas compromissórias tacitamente pactuadas e reconhecidas pelo tribunal arbitral. A linha de raciocínio para negar o reconhecimento nacional das cláusulas compromissórias tácitas gravitava em torno da exigência de que fosse apresentada junto com a petição de homologação uma cópia ou via original da convenção de arbitragem, conforme exige o artigo 37, II da Lei Marco Maciel e o artigo IV.1.b. da Convenção de Nova Iorque. Parece, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça apressa-se em se apegar a questões formais, podendo, por analogia de raciocínio, negar sentenças arbitrais eletrônicas por entender que a cópia ou via original da sentença arbitral eletrônica não tenha sido apresentada.

Há pelo menos quatro motivos, todavia, para que essa linha de raciocínio não sirva de pretexto para dissuadir o uso de cópias eletrônicas nas homologações de sentenças arbitrais estrangeiras.

A um, porque não se deve pensar que só por que algo está em formato eletrônico que deixa de existir. Anteriormente, sustentou-se que o documento eletrônico, em última análise, é quase intangível (vide V.2.2. *supra*). Isto não significa, todavia, que o documento eletrônico seja inexistente – existe tanto quanto os raios de luz que iluminam nosso mundo. Consequentemente, é inadequado comparar a reprovação à cláusula compromissória tácita ou implícita com uma sentença arbitral eletrônica.

A dois, o Superior Tribunal de Justiça dá claros indícios de estar pronto para receber documentos eletrônicos. Neste sentido, malgrado o Superior Tribunal de Justiça ainda esteja se digitalizando, a autorização para peticionamento eletrônico já se encontra prevista na recente

⁷⁰³ Vide: HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar? Cit. *supra* nº 109, item 2.

Resolução do Superior Tribunal de Justiça nº 14 de 28 de junho de 2013. O artigo 10, IV da referida resolução prevê expressamente o peticionamento eletrônico para as ações de Sentenças Estrangeiras, enquanto os artigos 11, parágrafo único e 12, IV indicam que documentos como a sentença arbitral podem ser anexados digitalmente como cópia digital. Em outras palavras, há previsão normativa para a apresentação de sentenças em formato eletrônico, o que inclui as sentenças arbitrais.

A três, porque a legislação aplicável à matéria, vale lembrar, vem para facilitar a homologação de sentenças arbitrais, e não complicar seu reconhecimento interno, prendendo-se a questões formais e burocráticas. A Convenção de Nova Iorque e a legislação pátria encorajam os julgadores a interpretarem as causas de indeferimento de forma restritiva.⁷⁰⁴

Por fim, é importante ter em mente que as vias processuais para a homologação não tornam o emprego da sentença arbitral eletrônica demasiadamente arriscada, com consequências indelévels. O procedimento de homologação custa ser relativamente expedito⁷⁰⁵ e permite às partes interessadas repetir a demanda caso haja qualquer problema de natureza formal (ex. vícios com a cópia da sentença).⁷⁰⁶ Como se não bastasse, C. A. CARMONA fala do direito de protestar pela produção de prova na petição inicial que requeira a homologação,⁷⁰⁷ o que no caso da sentença eletrônica, pode ser bastante útil para complementar quaisquer dúvidas sobre a autenticidade e/ou integridade desta.

À guisa de conclusão, não há impedimentos legais para o uso de sentenças arbitrais eletrônicas no processo de homologação. O que exige atenção, porém, é se as autoridades consulares e tradutores juramentados estão devidamente preparados na estrutura do ICP-Brasil para cumprir o papel que cabe a cada um. Caso contrário, a via cartácea é a mais recomendada.

Um último alerta para encerrar este tópico: a presente conclusão é válida para a realidade normativa brasileira. Lembrando a exegese feita acima do artigo III da Convenção de Nova Iorque, o importante é sempre analisar com cuidado a legislação do país onde se

⁷⁰⁴ HERSCOVICI JUNQUEIRA, G. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar? Cit. *supra* nº 109, p. 11

⁷⁰⁵ Idem, p. 29

⁷⁰⁶ Art. 40 da Lei nº 9.307/96: A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

⁷⁰⁷ CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*. cit. *supra* nº 44, p. 458

intenta a homologação. Assim, caso o Brasil não seja o destinatário da sentença, outro estudo será necessário das leis locais daquela jurisdição.

5.- Conclusões:

Face ao quanto exposto no decorrer deste capítulo, deve ser reconhecido que a sentença arbitral eletrônica é aceitável para o ordenamento pátrio tanto nas arbitragens nacionais como para homologação de sentenças proferidas em outras nações.

Enfatize-se, todavia, que, assim como são necessários cuidados especiais com a convenção arbitral, não é qualquer sentença arbitral em formato eletrônico que será aceita. O cuidado com a devida certificação e assinatura digital, por exemplo, é exigência crucial que não pode ser ignorada. Similarmente, é fundamental atentar-se para todas as normas internas, inclusive aquelas criadas ou eleitas pelas partes, para assegurar-se que a validade encontre respaldo (ou pelo menos não vislumbre algum óbice) nas estipulações das partes ou nos regulamentos dos órgãos arbitrais escolhidos. Conforme o uso de certificações digitais torne-se mais disseminado, porém, é esperado que a sentença arbitral eletrônica ganhe mais e mais aceitação, chegando, certamente, a tornar-se regra no futuro.

Em último lugar, vale lembrar que é dever dos árbitros proferir uma sentença válida e exequível, assim como cumpre aos advogados assessorar adequadamente as partes, evitando um enorme desgaste com honorários para gerar uma sentença de nenhuma utilidade. Quer se dizer com isto que o uso da sentença arbitral eletrônica deve ser feito com cuidado redobrado por todos os envolvidos para evitar-se qualquer vício na peça mais importante de toda a arbitragem. Não custa, outrossim, manter um plano de contingência. Havendo possibilidades econômicas e temporais, é recomendável pedir que os árbitros também imprimam e assinem vias originais com o intuito de se precaver contra qualquer imprevisto futuro. Nada impede, afinal, a parte vencedora de dar entrada rapidamente com a via eletrônica e complementá-la com uma via cartácea para ganhar tempo.

* * *

Capítulo VIII

Conclusões

É chegada a hora, neste derradeiro capítulo, de responder a questão que vem norteando esta análise desde seu início: em que medida a arbitragem brasileira está preparada para acomodar as inovações trazidas pela revolução tecnológica das últimas décadas? Especificamente, em que medida é necessário atualizar o arcabouço jurídico pátrio para melhor acomodar a informatização da arbitragem?

Antes de responder este importante questionamento, é bom recapitular algumas das principais⁷⁰⁸ conclusões que foram obtidas ao longo dos capítulos anteriores que, em boa parte, estudaram os principais aspectos de intersecção entre a arbitragem e a tecnologia de informação:

1. Introdução

- 1.1. A Arbitragem e a Informática são dois institutos flexíveis e influentes, sendo previsível que eles se afetem mutuamente.
- 1.2. A arbitragem é hoje indicada como método de soluções de controvérsias mais adequado para os litígios oriundos do comércio e dos contratos eletrônicos.

2. A Convenção Arbitral Eletrônica

- 2.1. A arbitragem pode ser aproveitada nas relações B2C desde que fruto de compromisso arbitral ou cláusula compromissória que vincule apenas o fornecedor.
- 2.2. O documento eletrônico satisfaz a exigência de que a convenção arbitral seja pactuado ‘por escrito’. É preferível, todavia, que os registros eletrônicos observem medidas de segurança para fortalecer a presunção de integridade e autenticidade da convenção arbitral.
- 2.3. Não existe óbice legal ao uso do formato eletrônico nas cláusulas compromissórias apartadas do contrato principal (inclusive aquelas exigidas para contratos de adesão),

⁷⁰⁸ Não se trata de resumir aqui toda e qualquer afirmação feita nas páginas precedentes. Seleciona-se para esta conclusão final as conclusões eleitas como de maior relevância.

desde que a referência entre os dois seja feita de forma clara/patente, específica e funcional, permitida, atendidas essas condições, inclusive o uso de hiperlinks.

- 2.4. É possível a confecção de compromisso arbitral judicial ou extrajudicial, seja na forma de instrumento público ou privado, em formato eletrônico, observadas as condições legais.
- 2.5. A manifestação da vontade por correio eletrônico deve ser tida como válida se houver indícios suficientes de autenticidade, integridade, consciência e comunicação, admitindo-se prova em contrário desses elementos. O simples *e-mail* desprotegido não satisfaz esses requisitos.
- 2.6. A manifestação da vontade pela adesão a ofertas *online* exige, no caso de relações entre fornecedores e consumidores, que o consumidor tome a iniciativa de instaurar a arbitragem ou com ela expressamente concorde, afastando questionamentos sobre a validade da convenção arbitral. No caso de relações entre fornecedores (B2B) exigir-se-á em cada caso indícios suficientes de autenticidade, integridade, consciência e comunicação, admitindo-se prova em contrário desses elementos, o que desqualifica as ofertas demasiadamente simplistas.
- 2.7. A contratação da cláusula compromissória por *e-mail* ou adesão *online* representa forma de contratação entre partes ausentes.

3. A Sede da Arbitragem Eletrônica

- 3.1. A informática dificulta a associação das coisas – inclusive a arbitragem – a um ponto geográfico por conta do ambiente virtual do ciberespaço.
- 3.2. A sede da arbitragem representa uma ficção jurídica, atribuindo um ponto de referência como sendo o local da arbitragem, mas não necessariamente o local onde a arbitragem efetivamente ocorre.
- 3.3. A sede arbitral possui reduzida, porém não desprezível, relevância na medida em que ajuda a ancorar a arbitragem junto a certa jurisdição. A sede arbitral, inclusive no caso brasileiro, pode influenciar o direito aplicável (com atenção especial para as normas cogentes) e o juízo competente para auxiliar e pronunciar-se sobre a validade da arbitragem.

3.4. Três critérios são comumente utilizados para definir a sede na arbitragem não informatizada: territorialismo, deslocalização e vontade das partes. Nenhum é perfeito. No Brasil, parece prevalecer o critério da vontade das partes.

3.5. Além dos critérios mencionados acima, no caso da arbitragem informatizada é possível mencionar a ideia de uma sede especial do ciberespaço para esses procedimentos inovadores. Apesar de nenhum critério ser perfeito, dentre as quatro opções o critério da vontade das partes é o mais indicado inclusive para a arbitragem informatizada.

4. O Procedimento Arbitral Informatizado

4.1. A definição do procedimento arbitral está calcada principalmente na vontade das partes, que pode ser expressa por meio do exercício direto desta prerrogativa pelas partes, ou de forma delegada pela escolha de uma instituição de arbitragem com regulamento, ou, ainda, pela delegação legislativa aos árbitros. Todos os métodos possuem vantagens e desvantagens, sendo recomendada uma atenta mistura dos três.

4.2. A introdução de recursos tecnológicos no procedimento arbitral é, via de regra, permitida e lícita, desde que conte com o aval ou anuência da vontade das partes.

4.3. Tomadas as devidas cautelas para garantir a prova de entrega (com registro de data) ao destinatário correto e leitura da mensagem eletrônica, os meios eletrônicos de comunicação podem ser utilizados para notificações entre as partes e os árbitros, inclusive para anunciar ao requerido a propositura da arbitragem.

4.4. Todas as tecnologias possuem vantagens e desvantagens, sendo que a eficiência, eficácia e conveniência de aproveitar a tecnologia dependerão do contexto arbitral específico, cabendo às partes e aos árbitros sopesarem em que medida para aquela arbitragem e, para aquela tarefa específica dentro da arbitragem, é interessante usar uma ferramenta tecnológica. Destarte, é recomendável:

4.4.1. Sempre testar tecnologias e ter planos de contingência e meios alternativos facultativos para superar imprevistos técnicos; e

4.4.2. Prestar atenção, dentre os demais fatores, nos custos associados ao uso de cada tecnologia, especialmente ao devido suporte técnico e licenciamento quando necessário.

- 4.5. O sigilo desponta como importante característica facultativa da arbitragem. Conquanto os meios eletrônicos apresentem certas fragilidades, essas vulnerabilidades, no contexto amplo, não comprometem, *ipso facto*, a capacidade de a arbitragem informatizada ser um meio seguro (e potencialmente sigiloso) para resolução de controvérsias. Ademais, é possível minimizar riscos com investimentos em tecnologia e capacitação profissional.
- 4.6. Existem várias formas de a tecnologia fortalecer ou minar a isonomia das partes na arbitragem. O princípio da igualdade das partes na arbitragem é mais estreito que seu equivalente no processo estatal: o correto é a igualdade formal e não substancial. Recomenda-se, para evitar que desigualdades reais contaminem a igualdade processual, que os árbitros aproveitem a flexibilidade procedimental para zelar por um procedimento capaz de acomodar as necessidades dos dois tipos de litigantes.
- 4.7. Para averiguar se houve uma relevante violação do princípio da igualdade das partes é preciso realizar uma análise conjunta de três fatores:
- 4.7.1. *Grau de complexidade tecnológica* – A tecnologia exigida deve estar em linha com o que seria razoavelmente esperado, em termos de investimentos e proficiência tecnológica das partes, em uma arbitragem daquele porte, existindo um mínimo tecnológico que pode sempre ser presumido;
- 4.7.2. *Fonte de imposição da tecnologia* – Desigualdades oriundas de decisões consensuais das partes merecem mais tolerância do que aquelas advindas de ordens unilaterais do tribunal arbitral, posto que a vontade das partes deve ser respeitada na medida do possível; e
- 4.7.3. *Nível de prejuízo gerado* – A desigualdade deve criar dano considerável e de difícil superação para ser relevante.
- 4.8. O procedimento arbitral deve respeitar o contraditório e a ampla defesa. Cabe às partes e árbitros aproveitarem a tecnologia em prol desses princípios impositivos observadas as especificidades de cada caso.
- 4.9. Os constantes e rápidos avanços e inovações no campo tecnológico implicam num futuro imprevisível para a arbitragem informatizada, especialmente em áreas como confidencialidade e segurança. Diante da mutabilidade ínsita à informática, é recomendável aproveitar as novas tecnologias com o devido preparo e delegar aos

árbitros o dever de adaptar o procedimento arbitral para fazer melhor proveito das novidades tecnológicas. A positivação de questões tecnológicas carrega em si o risco de regras rapidamente obsoletas.

5. O Documento Eletrônico Enquanto Fonte de Prova na Arbitragem

- 5.1. O documento eletrônico é fonte de prova que abrange toda espécie de informação salva em formato digital. A natureza jurídica do documento eletrônico, quando certificado dentro da estrutura do ICP-Brasil é de fonte de prova documental e fonte de prova atípica nos demais casos.
- 5.2. Os documentos eletrônicos podem ser tidos como públicos ou particulares dependendo de se forem ou não assinados digitalmente por funcionário público competente para tanto.
- 5.3. Na distinção entre documento eletrônico original e cópia, atentar-se-á à cronologia dos documentos e não à coincidência de conteúdo e forma.
- 5.4. Em regra, os documentos eletrônicos devem ser admitidos no processo arbitral. Constituem exceções notáveis a esta regra casos de documentos eletrônicos obtidos de forma ilícita e documentos eletrônicos em desacordo com os parâmetros probatórios definidos pelas partes direta ou indiretamente.
- 5.5. Os documentos eletrônicos possuem peculiaridades ínsitas ao meio digital. Para evitar problemas, necessário prestar atenção nas questões de armazenamento seguro, obsolescência, (in)compatibilidade e tamanho dos documentos eletrônicos.
 - 5.5.1. As partes devem tomar cuidado ao disciplinarem os tamanhos e formatos aceitáveis para os documentos eletrônicos para não vilipendiar o direito à prova.
 - 5.5.2. Modos alternativos e facultativos para submissão das fontes de prova são aconselhados. Lembrando, porém, que os documentos eletrônicos possuem certas habilidades indisponíveis em outros formatos (ex. documento impresso).
- 5.6. O risco do excesso de documentos eletrônicos – questão que pode encarecer e complicar a instrução probatória na arbitragem – pode ser combatido com treinamento, tecnologia e uso de regras e regulamentos já preparados para enfrentar este problema.

5.7. O documento eletrônico comum não oferece segurança quanto à sua autenticidade ou integridade. Esses elementos podem ser fortalecidos com diferentes medidas de segurança que fornecem indícios da autenticidade e integridade do documento, sendo a assinatura digital um dos meios mais eficazes de conferir ao documento eletrônico maior fidedignidade. Cabe ao árbitro valorar esta fonte de prova considerando esses indícios de confiabilidade dentro do contexto dos argumentos e demais provas juntadas aos autos.

6. O Computador como Perito ou *Expert Witness*?

- 6.1. O perito e o *expert witness* são duas figuras similares, mas que não se confundem. A arbitragem admite ambas essas modalidades de prova e inclusive suporta, pela sua flexibilidade procedimental, formas híbridas em que se misturam as regras comumente associadas a cada instituto.
- 6.2. O computador pode atuar de forma similar ao perito ou à testemunha técnica em todas as modalidades: colhendo dados (função *percipiendi*), processando essas informações para emitir uma conclusão (função *deduciendi*) e também fornecendo fatos para ajudar os árbitros a se educarem sobre dada matéria.
- 6.3. Em regra, a prova obtida com o auxílio do computador deve ser admitida no processo arbitral. Constituem exceções notáveis a esta regra: [i] casos de dados coletados de forma ilícita; [ii] uso de programas não licenciados para obter informações; [iii] vedação, direta ou indireta, pelas partes do uso do computador nesta função; [iv] os árbitros concluírem que essa prova não será útil ou relevante para aquela arbitragem; e [v] fundada desconfiança da imparcialidade do computador especialista usado pelo tribunal arbitral por desvios na programação ou no *input*.
- 6.4. Antes da questão de admissibilidade, sendo o computador especialista proveniente de uma das partes, recomenda-se que os árbitros transportem eventual ceticismo quanto à imparcialidade ou independência desta prova para a valoração atribuída a este elemento probatório.
- 6.5. O valor da prova trazida pelo uso do computador especialista dependerá da confiança depositada na programação e nos dados inseridos no computador. Conquanto inicialmente isto possa gerar a necessidade de um meta-perito para analisar esses dois

quesitos, com o tempo programas estabelecidos e com boa reputação carregariam consigo uma presunção de precisão nos seus resultados, como ocorre atualmente com os exames de DNA.

7. A Sentença Arbitral Eletrônica

- 7.1. No que tange às arbitragens estritamente domésticas, a Lei de Arbitragem brasileira admite as sentenças arbitrais eletrônicas como válidas desde que contenham os requisitos do artigo 26 do referido diploma, com destaque para as assinaturas digitais dos árbitros.
- 7.2. É possível homologar sentenças arbitrais eletrônicas estrangeiras no Brasil desde que as mesmas tenham a devida tradução juramentada e certificação e autenticação dos consulados, medidas essas que podem ser feitas eletronicamente com assinaturas digitais desses agentes.
- 7.3. A homologação de sentença arbitral eletrônica brasileira no exterior demandará análise específica da legislação interna do país onde se intenta a homologação, para entender se o formato eletrônico encaixa-se na definição interna daquela nação de ‘devida certificação’.
- 7.4. Desde que não represente ônus proibitivo, aconselha-se, por cautela, que os árbitros também produzam vias cartáceas da sentença arbitral como plano de contingência.

Tendo em mente as principais conclusões resumidas acima, bem como todo o discurso dos capítulos anteriores, é factível oferecer uma resposta para a indagação lançada no início deste capítulo: nossa arbitragem está em sintonia com a realidade do mundo informatizado?

O problema, como já se adiantou previamente, está longe de ser uma celeuma exclusivamente brasileira.

Do mesmo jeito que o cotidiano informatizado representa uma nova realidade *global*, e não um fenômeno local confinado ao Brasil, insta reconhecer que a jurisdição brasileira não é a única a duvidar da atualidade de suas leis. Afinal, não é preciso um grande estudo de Direito Comparado para afirmar que o sistema legislativo brasileiro, do ponto de vista macro, é semelhante a muitas outras nações deste globo terrestre. Como dito alhures (vide *supra* V.2.1.), processos legislativos podem ser mais ou menos rápidos, mas é da natureza de todos

correrem atrás da realidade. Adicionalmente, a nossa lei de arbitragem, conforme fora explicado acima, inspirou-se em outras leis de arbitragem como a espanhola e a Lei Modelo da UNCITRAL (1985). Tudo isso se traduz no fato de que juristas estrangeiros também questionam (ou questionaram) a prontidão de seus ordenamentos.

Este debate acadêmico estrangeiro, obviamente, produziu dois campos. De um lado, existem aqueles estudiosos dos temas que são contra uma reforma legislativa, acreditando que as leis que possuem, tais como atualmente redigidas, são suficientemente flexíveis para acolher a nova realidade da informática.

De destaque nesta facção, a posição de T. SCHULTZ:

*“In principle, arbitration law intervenes to prohibit certain courses of action only in extreme situations. In the absence of extreme cases, it leaves a regime of flexibility. This flexibility is generally sufficient to accommodate the transition from traditional means of communication to electronic ones.”*⁷⁰⁹

Conquanto o raciocínio de T. SCHULTZ seja sólido, o próprio autor reconhece que a flexibilidade da legislação arbitral é suficiente ‘apenas’ na maioria dos casos (“*generally sufficient*”). Para parte da doutrina,⁷¹⁰ todavia, a informática é uma exceção exemplar. Levando em conta a natureza e magnitude das transformações trazidas pela informática para um sistema legal que, em muitos casos, foi pensado e redigido muito antes dessa revolução cultural, esses acadêmicos pugnam pela necessidade de repensar a arbitragem em seu quadro legal e cultural:

“However, the implementation of virtual arbitration is not as easy as it first appears and “traditional” arbitration cannot be automatically transposed into the electronic environment. [...] So far, the legal community has not yet resolved all the legal problems facing online arbitration. As a result, the few

⁷⁰⁹ SCHULTZ, T.. *Information Technology and Arbitration: a practitioner’s guide*. Cit. *supra* nº 292, p. 107. Em sentido similar: HILL, R. *On-line arbitration: issues and solutions*. Cit. *supra* nº 130, item. 6.; e YU, H.; e NASIR, M.. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? Cit. *supra* nº 35, p. 472

⁷¹⁰ Exemplos: DONAHEY, M. S.. Dispute resolution in cyberspace. Cit. *supra* nº 189, p. 115; e HALOUSH, H. A.. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. Cit. *supra* nº 34, p. 364.

*online arbitrations courts and institutions which have been launched on the Internet find difficulties in attracting Internet users and winning their trust.”*⁷¹¹

O debate acima está longe de ser inócuo. A despeito de a arbitragem brasileira reger-se principalmente por suas normas internas, foi demonstrado neste trabalho como instrumentos oriundos dos esforços da comunidade internacional (melhor exemplo: a Convenção de Nova Iorque) impactam profundamente a nossa arbitragem nacional. Destarte, independentemente da conclusão oferecida abaixo para a esfera nacional, pontua-se aqui uma lição de valia: o Brasil não deve se ausentar de acompanhar e participar desse debate internacional, pois certamente será afetado por seus resultados.

Dentro do Brasil, esse debate começa a ganhar forças conforme a convergência da arbitragem e da informática (explicitada no capítulo introdutório) aprofunda-se. O momento é propício, eis que o Senado ora contempla a possibilidade de editar nova lei sobre a matéria, alimentando um debate acadêmico sobre a necessidade/conveniência de uma reforma legal.

Certo é que a Informática está longe de ser a única força motriz por trás do projeto de lei em debate no Senado (PLS 406/2013). Por outro lado, é bom notar que a influência da tecnologia na arbitragem não passa completamente despercebida pelos diretamente envolvidos nessa operação e na comunidade jurídica que acompanha esse trabalho legal.⁷¹²

De fato, a questão, a que tudo indica, não estava ausente das mentes dos legisladores e projetistas. Na solenidade de instalação da comissão de projetistas realizada no Senado em 03.04.2013, o Presidente do Senado, o Senador Renan Calheiros (PMDB/AL) assim se pronunciou:

“A Lei de Arbitragem tem sido alvo de questionamentos importantes que precisam ser removidos. [...] O momento histórico com a crescente importância do Brasil na economia e no comércio internacional, a multiplicação e o aprimoramento das câmaras de arbitragem, a ratificação da Convenção de Nova York, bem como a disseminação de novas tecnologias e

⁷¹¹ KALLEL, S.. Online Arbitration. Cit. *supra* nº 36, p. 345.

⁷¹² Neste sentido, registre-se que A. WALD exemplifica justamente as questões advindas dos contratos eletrônicos e do uso da internet como justificativas para a edição de uma nova lei de arbitragem. (In: A atualização da Lei de Arbitragem – Valor Econômico de 17/09/2012, p. E2).

contratos eletrônicos são fatores a considerar no aperfeiçoamento e atualização da lei.”⁷¹³

Similarmente, a Justificativa do anteprojeto apresentado em 02.10.2013 ao Senado pela comissão de juristas sopesava que “*Decorridos mais de 17 anos de sua edição, a Lei de Arbitragem se deparou com o avanço de novas tecnologias,*”.

Malgrado o referido anteprojeto de lei tenha avançado muito em questões importantes (exemplo: a proposta de esclarecimento sobre a arbitrabilidade de contendas envolvendo consumidores e fornecedores (*supra* II.1.1.)), não aproveitou a oportunidade legislativa para sanar quaisquer das polêmicas dúvidas levantadas *supra*.

Será esta a melhor atitude? Será que a lei de arbitragem realmente não se beneficiaria de alguns retoques para melhor atualizá-la face às demandas da era da informática? Diante de todo o exposto acima, defende-se nesta dissertação que o ideal seria, na verdade, aproveitar o momento reformista para realizar algumas adaptações pontuais na Lei nº 9.307/96 nesse tema.

Esta conclusão parece caminhar em sentido contrário a duas importantes observações lançadas nas páginas precedentes.

O primeiro contraponto diz respeito à aparente funcionalidade do sistema. Afinal, nota-se pelas conclusões obtidas ao final dos capítulos que com base no arcabouço jurídico presente é possível concluir pela validade da convenção arbitral eletrônica, do procedimento arbitral eletrônico e da sentença arbitral eletrônica, bem como pela licitude e benefício do uso de documentos eletrônicos e computadores especialistas na instrução arbitral. Como se não bastasse, em vários momentos afirmou-se aqui que tal ou qual atitude já ocorre com frequência. Documentos eletrônicos e *e-mails* já são, por exemplo, utilizados em larga escala. Comentou-se que as arbitragens *online* atingem tamanho destaque que fazem, inclusive, jus a seu próprio acrônimo de *ODR*.

O segundo contra-argumento diz respeito a uma questão de técnica legislativa. No ponto IV.6. *supra*, comentou-se que a arbitragem não é um sistema alicerçado exclusivamente nas regras provindas do Congresso Nacional. Pelo contrário: sendo um sistema que privilegia a vontade das partes, normas de origem privada como os regulamentos das câmaras arbitrais

⁷¹³ Discurso registrado em ata da Secretaria de Comissões – Subsecretaria de Apoio às Comissões Especiais e Parlamentares de Inquérito. (Grifou-se)

ou até as próprias regras contratuais estabelecidas pelas partes nas convenções arbitrais, formam uma rica complementação à positivação pública. Escreveu-se, igualmente, que dada a velocidade com a qual a informática evolui, o legislador público dificilmente seria capaz de acompanhar as novidades, sendo recomendável confiar esta tarefa ao legislador privado das câmaras, ou, em certos casos, até aos árbitros e partes, que, estando no *front* de batalha, seriam os únicos capazes de responder com a agilidade exigida de um campo tão volúvel.

Por acaso essas conclusões deixaram de ser verdadeiras? Não, mas também não afastam de vez a utilidade de uma reforma legal pontual.

Primeiramente, insta confessar que a aparente funcionalidade do sistema é exatamente isto: ‘aparente’. Este último capítulo é precedido por centenas de páginas de discussão, sendo uma fração respeitável dessas páginas dedicada a complexos esforços hermenêuticos para tentar, a partir do quadro legal atual, responder as numerosas indagações que surgem ao estudar a arbitragem junto com a informática. Consequentemente, apesar de se encontrarem respostas para muitas das perguntas aqui lançadas, a verdade é que as respostas não são simples de serem obtidas, nem tampouco de todas imunes a questionamentos (quantas vezes não se registrou discordâncias entre os doutrinadores nos pontos?). Aliás, saliente-se que, em alguns casos, sequer foi possível oferecer uma resposta certa (como ocorre no caso da sede da arbitragem virtual onde as partes omitiram-se sobre a sede escolhida). O que isto significa, em última análise, é que o sistema legal atual gera certa insegurança jurídica.

A insegurança jurídica não pode ser tolerada nessa via alternativa de soluções de controvérsias. A segurança jurídica, enfatize-se, é aspecto fundamental da arbitragem. Parte da *raison d’être* da arbitragem é justamente ela inspirar segurança e confiança nas partes. Pense-se, por exemplo, que a arbitragem representa uma manifestação de vontade das partes, sinalizando que confiam mais num tribunal com os julgadores que escolherem do que aqueles fornecidos pelo Estado. Confiança, portanto, é crucial – as partes devem sentir que entregar o litígio à arbitragem é a opção mais segura ou não recorrerão à arbitragem.

Desta forma, cai por terra o argumento de que o sistema ‘parece’ funcionar. O sistema não pode ‘parecer’, ele deve ser. É preciso mirar o grau mais próximo da certeza de que o sistema opera plenamente, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Segue desta linha de raciocínio que é igualmente de pouco consolo argumentar que na prática já ocorre isto ou aquilo apesar das deficiências da lei. Realizar condutas sem contar

com a devida segurança jurídica equivale a erguer um edifício num terreno pantanoso – a edificação pode até subir, mas como bem ilustra a Torre de Pisa, às vezes a fundamentação falha tarda a se revelar, mas o faz espetacularmente! Teme-se que a arbitragem possa passar por momento vexatório semelhante. Imagine-se as consequências de centenas de arbitragens, envolvendo bilhões e bilhões de reais, todas iniciadas com base em convenções arbitrais eletrônicas, sendo todas repentinamente anuladas se o Superior Tribunal de Justiça pacificar entendimento conservador calcado em leitura restritiva da locução ‘por escrito’. O que adiantará então estar em boa companhia, se estiverem todos no mesmo *Titanic* jurídico?

Mais: sustenta-se aqui que a prática atual é um pobre indicador para os eventuais desafios futuros. Para alguns, a arbitragem eletrônica não só é possível, mas é, inclusive, o futuro da litigância *online* e transnacional. B. TRENT e C. RULE, por exemplo, enxergam em iniciativas como o *Online Dispute Resolution Working Group* da UNCITRAL e a diretiva da União Européia para implementação de ODR até 2015 um claro sinal de que a arbitragem eletrônica é o futuro certo das soluções de controvérsias ultrapassando até mesmo a via estatal.⁷¹⁴ Se todas as previsões se confirmarem, é provável que num futuro (não tão distante!) a decolagem do comércio eletrônico traga consigo uma pororoca perene de arbitragens informatizadas que farão os números atuais de contendas parecerem um riacho intermitente.

Infelizmente, é só nesses momentos de provas de fogo que se pode ter certeza se o sistema está apto ou não, como aquela ponte que resiste até o dia que sua capacidade máxima é realmente testada. E, assim como no caso da ponte que desaba, um colapso do sistema arbitral teria consequências catastróficas. Basta pensar num mundo oferecendo uma arbitragem pronta para lidar com o comércio eletrônico e o mundo virtual, enquanto o Brasil fica paralisado por seu despreparo – todo o progresso feito até a presente data para destacar o Brasil com país atraente à arbitragem pode ser desfeito.

Diante disso, fica clara a utilidade de buscar na legislação uma positivação que elimine (ou pelo menos reduza) algumas dessas questões, deixando claro o respaldo normativo para a informática. É o que se espera do ordenamento, sob pena de ocorrer um descompasso entre o esperado do Direito e o que efetivamente ocorre. Ou, nas pertinentes palavras de S. R. C. S. LEAL:

⁷¹⁴ TRENT, B.; e RULE, C.. *Moving arbitration online: The next frontier*. Cit. *supra* nº 354

“Como regulador de condutas sociais, o Direito deve evoluir e dinamizar-se para acompanhar as constantes mudanças da sociedade. Quando não acompanha essa evolução, começam a surgir pontos de instabilidade e tensão entre os fatos e as normas, ou, em outras palavras, o Direito deixa de atender às expectativas da sociedade.

*O principal papel do sistema legislativo seria o de refletir o pensamento coletivo socialmente aceito e positivar, por meio das normas, a vontade popular. Assim, quanto mais as normas de um país estiverem compatibilizadas com a realidade social, tanto mais terão eficácia jurídica.”*⁷¹⁵

Outro motivo relevante para que se busque uma reforma na legislação é que as normas não cumprem somente a função de expressar o que é permitido e o que é proibido. Indo além desta simplicidade maniqueísta, as regras servem também para orientar e guiar os cidadãos. Não se trata, por exemplo, de não proibir a convenção arbitral eletrônica, mas sim deixar claro que esta tem que ser assinada digitalmente ou de alguma outra forma complementada para poupar as partes de inseguranças e debates sobre autenticidade e integridade. Similarmente, tantas outras questões acima podem não *precisar* de autorização legal, mas podem sem dúvida se beneficiar com certo grau de positivação.

Pois bem, estabelecido que uma dose de regulamentação pode vir a ser útil, permanece o obstáculo aventado acima: como se pode propor a positivação de uma matéria que está em constante evolução? Não estaria qualquer lei editada neste sentido fadada a tornar-se rapidamente obsoleta?

Antes de enfrentar essa questão, cumpre ponderar outra. A rápida evolução da informática não é o único desafio a uma normatização pelo Congresso Nacional. Existe também a questão da natureza internacional da matéria tratada – tanto da informática (especialmente no que concerne a internet) como da arbitragem. R. L. LORENZETTI bem questiona se *“É possível seriamente que um Estado possa regulamentar uma rede que opera globalmente?”*⁷¹⁶ Certamente, não será o Legislativo brasileiro que regerá todas as questões na esfera internacional. Serão sempre necessários tratados internacionais com amplo respaldo,

⁷¹⁵ LEAL, S. R. C. S.. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. Cit. *supra* nº 22, p. 124

⁷¹⁶ LORENZETTI, R. L. Informática, Cyberlaw, E-commerce. In: *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 469-470

complementando a legislação brasileira para se regulamentar de forma coerente dois assuntos tão internacionais quanto a informática e a arbitragem.

Isso não impede o Brasil, porém, de regulamentar a parte que lhe cabe desses assuntos, zelando pela arbitragem abrangida por suas leis (como diria Candide: “[...] *il faut cultiver notre jardin.*”), sem prejuízo de paralelamente engajar-se nas tratativas internacionais como já se propôs acima.

Quanto ao primeiro obstáculo (ritmo acelerado de evolução), sustenta-se que o ideal não seja confiar à legislação estatal (cujo ritmo de mudança é tão vagaroso) o grosso da positivação. Aliás, mesmo que não houvesse este problema da celeridade das inovações tecnológicas, é bom confiar à legislação estatal um mínimo normativo para evitar amputar da arbitragem a flexibilidade que lhe é tão cara. Uma lei muito detalhista certamente corre o risco de engessar a arbitragem ou condená-la à obsolescência. Por outro lado, deixar para as partes o dever de prever todos os detalhes antes do conflito é ingenuidade: as *midnight clauses* patológicas comprovam que as partes muitas vezes sequer se preocupam com o básico, o que dizer, então, de dados complementares? Similarmente, enquanto os regulamentos são uma opção atrativa por serem facilmente atualizadas, insta reconhecer a dificuldade de manter um padrão, quando existem câmaras tão diferentes sendo que algumas enfocam em determinados nichos da arbitragem.

Destarte, a solução reside em cuidadoso meio-termo: deve-se deixar para a Lei de Arbitragem o essencial (e antes de comandar, tomar o cuidado para não proibir e barrar possibilidades) e às normas privadas a complementação necessária. A pena do Legislador, portanto, deve ter um toque suave aqui. É tarefa difícil, mas preferível à omissão que atualmente existe e gera a insegurança jurídica tratada acima.

Estabelecida esta premissa, à título de inspiração aos legisladores, são feitas abaixo algumas humildes sugestões que, acredita-se, caso adotadas, encurtariam bastante a extensão desta obra.

A Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 poderia contar com as seguintes emendas atualizadoras:

= = =

Art. 4º: A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§1º- A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. **Adotado o formato eletrônico para a cláusula compromissória, a mesma deve contar com a devida assinatura digital das partes ou outra prova segura que registre o desejo das partes de optarem pela via arbitral.**

§2º- Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito **ou digitado e em negrito, ou devidamente registrada em documento anexo ou vinculado**, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

- - -

Art. 9º: O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§1º- O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda, **observada a legislação aplicável quanto ao formato eletrônico.**

§2º- O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público. **Adotado o formato eletrônico para o compromisso arbitral, o mesmo deve contar com a devida assinatura digital das partes ou outra prova segura que registre o desejo das partes de optarem pela via arbitral.**

- - -

Art. 19: Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, **como a sede da arbitragem**, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

- - -

Art. 24: A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§1º- Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§2º- O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

§3º- A decisão arbitral expressa em formato eletrônico deve ser registrada em meio que proteja sua integridade e autenticidade.

- - -

Art. 37: A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia, **inclusive eletrônica**, devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia, **inclusive eletrônica**, devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

= = =

As *sugestões* feitas acima devem ser interpretadas como faíscas para acender o debate. Mais importante do que a redação adotada para qualquer das emendas propostas *supra* é o espírito que se almejou traduzir nos acréscimos propostos acima à Lei Marco Maciel. Primeiramente, note-se que antes de eliminar qualquer norma, visou-se, tão somente, incluir esclarecimentos e orientações essenciais no que tange os meios eletrônicos. Registre-se, ademais, a preocupação em não enrijecer a arbitragem, tentando usar termos gerais e concedendo alternativas (ex. não só a assinatura digital, mas qualquer opção segura que funcione).

O leitor pode notar que as recomendações feitas *supra* resolvem boa parte das dúvidas expressas nos capítulos II, III e VI desta obra. Seriam os pontos e inquietações dos demais capítulos secundários? De forma alguma. Parece melhor, todavia, que essas matérias sejam tratadas pelos legisladores privados, eis que são referentes a tecnologias em constante movimento (ex. o computador especialista que sequer existe ainda) ou por lidarem com alternativas que devem ser definidas somente na hora da arbitragem (ex. limite de tamanho para o documento eletrônico e formas de entrega aceitáveis).

Por conseguinte, deixa-se à prudência das câmaras arbitrais, das partes e dos árbitros decidirem como melhor disciplinar as questões levantadas nos capítulos IV, V e VI. As questões práticas e procedimentais resumidas ao final do capítulo IV e ao longo do capítulo V talvez sejam tratadas melhor pelos árbitros na Ata de Missão. Questões probatórias, por outro lado, se beneficiariam de regras apartadas que podem ser escolhidas pelas partes, como já ocorre com os *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Alcançando a tecnologia as previsões do capítulo VI, as câmaras deveriam considerar regras separadas para

esta nova figura, assim como a CCI fornece para os seus procedimentos de expertos.⁷¹⁷ O importante é manter bastante flexibilidade nessas questões, mas não deixar que sejam esquecidas.

E o esquecimento, é, ao que tudo indica, o grande problema da tecnologia para a comunidade jurídica. Talvez seja porque a tecnologia tornou-se tão onipresente em nossas vidas que nem prestamos mais atenção a ela, ou talvez seja porque a tecnologia avançou tão rápido em tão curto espaço de tempo que não houve tempo para parar e refletir sobre ela, mas a verdade é que a falta de literatura nessa matéria bem indica que a maioria dos juristas ao enviar um *e-mail* comum de confirmação não param para meditar as ramificações legais deste ato. É válido ou não? A lei respalda esse ato nessa forma? Em síntese: mais do que uma desatualização legal, existe uma defasagem cultural nesta seara. Aproveita-se aqui a previsão de J. S. WOLFE:

*“As the pace of technological change pushes societal change, it becomes the duty of the legal profession to prepare for a dynamics and demanding future – one which contemplates and addresses the reality of a changing society – poised to keep pace with a technologically advanced culture, ever pushing the envelope, ever framing new areas now unknown and yet to be known.”*⁷¹⁸

Independentemente dos motivos, o fato é que muitas e importantes questões foram analisadas nesta obra. Que ela sirva para jogar um feixe de luz em área escura até então aparentemente esquecida do Direito que promete ser, a cada dia, mais e mais relevante.

À guisa de conclusão, não se trata tanto de questionar se a arbitragem eletrônica é possível, mas de perceber que ela é inexorável, cabendo ao Direito brasileiro preparar-se para recebê-la com as honrarias que merece.

* * *

⁷¹⁷ Vide: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/expertise/icc-rules-for-expertise/> (acessado em 10/10/2013).

⁷¹⁸ WOLFE, J. S.. Across the ripple of time: the future of alternative (or, is it appropriate) dispute resolution. Cit. *supra* n° 311, p. 811

Bibliografia:

ALFORD, Roger P. The virtual world and the arbitration world. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 18, nº 4, Alphen aan den Rijn: Kluwer, dez. de 2001, pp. 449-462

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 2. 10. ed. São Paulo: RT, 2006

ARSIĆ, Jasna. International commercial arbitration on the internet: has the future come too early? In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, nº 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer, set. de 1997, pp. 209-221

BARKETT, John M. E-Discovery for Arbitrators. In: *Dispute Resolution International*. Vol. I, n. 2, dez. 2007, pp. 129-170

BIUKOVIC, Ljiljana. International Commercial Arbitration in Cyberspace: Recent Developments. In: *Northwestern Journal of International Law & Business*. Vol. 22, nº 3, Chicago: Northwestern University, verão de 2002, pp. 319-352

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Student Version)*. 5. ed. Nova Iorque: Oxford, 2009

BLUM, Renato Opice. Arbitragem no Direito eletrônico. In: *Revista do Advogado*, nº 119, ano XXXIII, São Paulo: AASP, Abril de 2013, pp. 126-131

BRAGHETTA, Adriana. A importância da sede da arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; e MARTINS, Pedro Antonio Batista (coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao professor Guido Fenando Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 18-32

_____. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. São Paulo: Renovar, 2010

_____; e LEMES, Selma Ferreira. O artigo VII da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 315-340

BRONSTEIN, Daniel A.; e ENGELBERG, Daniel. A preliminary assessment of the reception of computer evidence: report of the computer evidence survey project. In: *Jurimetrics Journal*. Vol. 21. Verão 1981, pp. 329-332

BUCKER, Fátima Cristina Bonassa. O processo digital em audiência. In: *Revista do Advogado*. Ano XXXIII, nº 120, São Paulo: AASP, agosto de 2013, pp. 25-31

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007

BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. *Lei de Arbitragem comentada: Breves comentários à lei n. 9.307/96*. São Paulo: Saraiva, 1997

CACHARD, Olivier. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.9. Electronic Arbitration*. United Nations Conference on Trade and Development, 2003. Disponível online em: <http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add20_en.pdf> (acessado em 22.04.2012)

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2011

CANTOR, Benjamin J. The Expert Witness. In: *American Bar Association Journal*. Vol. 52, 1966, pp. 946-948

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Jurisdição. In: *Revista de Processo*. Nº 58/ano 15. São Paulo: RT, Abril/Junho/1990, pp. 33-40

_____. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009

_____. Flexibilização do procedimento arbitral. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 24, Ano 7, Curitiba: Síntese-CBar, out-dez/2009, pp. 7-21

_____. O processo arbitral. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 1, nº 1, São Paulo: RT, jan.-abril de 2004, pp. 21-31

CASELLA, P. B. Ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque de 1958 – Internacionalização do Direito e relações entre Direito Internacional e Direito Interno. In: WALD, Arnoldo; e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 19-52

CHENG, Charles Lim Aeng. Information technology and the law of evidence: recent legislative initiatives. In: *Singapore Academy of Law Journal*. Vol. 9. 1997, pp. 119-138

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

CONCERINO, Arthur José. Internet e segurança são compatíveis? In: LUCCA, Newton de; e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 153-178

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. The presentation of evidence in international commercial arbitration: bridging the gaps between evidentiary rules and free evaluation of evidence. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. Ano 6. Nº 21, São Paulo: RT, abril-junho, 2009, pp. 190-234

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Eficácia probatória dos contratos celebrados pela Internet. In: LUCCA, Newton de; e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 311-320

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. Vol. 2. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

_____. _____. Vol. 3. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

_____. _____. Vol. 4. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993

DELUIGGI, Marco. O conflito de culturas na produção de provas em arbitragens internacionais. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; e CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Vol. 2. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2001

_____. _____. Vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2001

_____. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2009

DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no Direito Internacional Privado brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; e MARTINS, Pedro Antonio Batista (coord.). *Arbitragem: Estudos em homenagem ao professor Guido Fenando Silva Soares*, In Memoriam. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 72-111

DONAHEY, M. Scott. Current developments in online dispute resolution. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 16, nº 4, Alphen aan den Rijn: Kluwer, dez. de 1999, pp. 115-130

_____. Dispute resolution in cyberspace. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 15, nº 4, Alphen aan den Rijn: Kluwer, dez. de 1998, pp. 127-159

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977

FAZZALLARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 4. ed. CEDAM: Padova, 1986

FENTON, Ruth. A civil matter for a common expert: how should parties and tribunals use experts in international commercial arbitration? In: *Pepperdine Dispute Resolution Journal*. Vol. 6, N. 2, 2006, pp. 279-294

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Arbitragem e contratos eletrônicos internacionais. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; e CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 151-161

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; e GOLDMAN, Berthold. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Editado por SAVAGE, John. Haia: Kluwer, 1999

GONÇALVES, Eduardo Damião. Relações da arbitragem com a internet. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 8, Ano 2, Curitiba: Síntese-CBar, out-nov-dez/2005, pp. 43-57

_____; e SILVA, Rafael Bittencourt. A perícia na arbitragem. In: *Revista do Advogado*, nº 119, ano XXXIII, São Paulo: AASP, Abril de 2013, pp. 35-42

GREBLER, Eduardo. A recusa de reconhecimento à sentença arbitral estrangeira com base no artigo V, (1), Alíneas “A” e “B” da Convenção de Nova Iorque. In: WALD, Arnoldo; e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 189-213

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol 2. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009

HALKET, Thomas D. The use of technology in arbitration: ensuring the future is available to both parties. In: *St. John's Law Review*. Vol. 81. N. 1. Inverno 2007, pp. 269-306

HALOUSH, Haitham A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 25, nº 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer, junho de 2008, pp. 355-364

_____.; e MALKAWI, Bashar H. Internet characteristics and online alternative dispute resolution. In: *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 13, nº 2, Cambridge: Harvard, verão de 2008, pp. 327-348

HERSCOVICI JUNQUEIRA, Gabriel. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: Possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos árbitros em nome da autonomia da vontade. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 31, Ano 8, Curitiba: Síntese-CBar, jul-ago-set/2011, pp. 29-58

_____. Sentenças Arbitrais Estrangeiras: Homologar, Naturalizar ou Executar? In: *Revista Brasileira de Arbitragem*. nº 40, Curitiba: Síntese-CBar, out-nov-dez/2013. No prelo.

HILL, Richard. *On-line arbitration: issues and solutions*. Dez. 1998. Disponível online em: <<http://www.umass.edu/dispute/hill.htm>> (acessado em 16.06.2012)

_____. The internet, electronic commerce, and dispute resolution: comments. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, nº 4, Alphen aan den Rijn: Kluwer, dez. de 1997, pp. 103-110

HOWELL, David. Developments in electronic disclosure in international arbitration. In: *Dispute Resolution International*. Vol. 3. N. 2, outubro 2009, pp. 151-168

HUCK, Hermes Marcelo. Os limites do Procedimento Arbitral. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira; e GABAN, Eduardo Molan (Coord.) *Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência em homenagem ao Professor Dr. Fábio Nusdeo*, Curitiba: Juruá, 2009

KALLEL, Sami. Online Arbitration. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 25, nº 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer, junho de 2008, pp. 345-354

KARIA, Tejas D. Digital Evidence: an Indian Perspective. In: *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*. Vol 5. 2008, pp. 214-220

LARSON, David Allen. Technology mediated dispute resolution (TMDR): a new paradigm for ADR. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 21, nº 3, Columbus: ABA, 2006, pp. 629-686

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet*. São Paulo: Atlas, 2007

LEE, João Bosco. A homologação de sentença arbitral estrangeira: a convenção de Nova Iorque de 1958 e o direito brasileiro de arbitragem. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro A. Batista (Coord.) *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 175-188

LISBOA, Roberto Senise. A inviolabilidade de correspondência na internet. In: LUCCA, Newton de; e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 509-540

LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, Cyberlaw, E-commerce. In: LUCCA, Newton de; e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 466-508

LUCCA, Newton de. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e suas consequências para a pesquisa jurídica. In: LUCCA, Newton de; e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 29-126

MAAZE, Daniella. *Conferência interamericana de arbitragem e Direito na internet: conduzindo a arbitragem comercial internacional no ciberespaço – questões jurídicas*. Nov. de 2005. Disponível online em: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitragemdm.php> (acessado em 16.06.2012)

MANGE, Flavia Foz. *Processo arbitral: Aspectos transnacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2013

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *A certificação eletrônica na legislação brasileira atual*. Disponível online em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/CertificacaoEletronicaLegislacao> (acessado em 05.05.2012)

_____. *Certificação eletrônica, sem mitos ou mistérios*. Disponível online em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/CertificacaoEletronicaSemMitos> (acessado em 05.05.2012)

_____. *O documento eletrônico como meio de prova*. Disponível online em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DocumentoEletronico> (acessado em 05.05.2012)

_____; e DA COSTA, Marcos. *Criptografia Assimétrica, assinaturas digitais e a falácia da ‘neutralidade tecnológica’*. Disponível online em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/NeutralidadeTecnologica> (acessado em 05.05.2012)

_____; e _____. *Duas óticas acerca da informatização dos processos judiciais*. Disponível online em: <http://augustomarcacini.net/index.php/DireitoInformatica/DuasOticas> (acessado em 05.05.2012)

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. Campinas: Millenium, 2000

_____. _____. V. 3. Campinas: Millenium, 1999

MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

MICHELL, Paul; e MANDHANE, Renu. The uncertain duty of the expert witness. In: *Atlanta Law Review*. Vol. 42, 2004-2005, pp. 635-675

MONTORO, Marcos André Franco Montoro. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de doutorado orientada por C. A. CARMONA na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010

NEWMAN, Lawrence W.; e HILL, Richard D. (coord.) *The leading arbitrators' guide to international arbitration*. New York: Juris Publishing, 2004

PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. Tese de doutorado orientada por C. A. CARMONA na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São Paulo, 2009

PECK, Patrícia. *Direito digital*. São Paulo: Saraiva, 2002

PIMENTEL, Alexandre Freire. Los antecedentes históricos y los principios de los sistemas de processo eletrônico brasileiro y español. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Revista de Processo*. Nº 208, Ano 37, São Paulo: RT, junho de 2012, pp. 149-167

PINTO, José Emílio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; e CASADO FILHO, Napoleão (Coord.). *Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 79-100

PONTE, Lucille M.; e CAVENAGH, Thomas D. *Cyberjustice: online dispute resolution (ODR) for e-commerce*. Nova Jersey: Pearson Prentice Hall, 2004

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970

POUDRET, Jean-François; e BESSON, Sébastien. *Droit compare de L'arbitrage international*. Bruxelas: LGDJ Bruylant, 2002

QUEIRO, Maria Elizabeth. Mensagem eletrônica: meio de prova apto à demonstração de seu envio, recebimento, conteúdo e autoria. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, pp. 959-962

DE QUEIROZ, Regis Magalhães Soares; e FRANÇA, Henrique de Azevedo Ferreira. Assinatura digital e a cadeia de autoridades certificadoras. In: LUCCA, Newton de; e SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.) *Direito e Internet: Aspectos jurídicos relevantes*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 411-465

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: RT, 1988

DE SALLES, Carlos Alberto. Transição paradigmática na prova processual civil. In: DE ASSIS, Araken; et al (coord.). *Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007, pp. 911-921

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. V. 2. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993

SCHNEIDER, Michael E.; e KUNER, Christopher. Dispute resolution in International electronic commerce. In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 14, nº 3, Alphen aan den Rijn: Kluwer, set. de 1997, pp. 5-38

SCHULTZ, Thomas. *Information Technology and Arbitration: a practitioner's guide*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006

_____. *Online arbitration: binding or non-binding?* Disponível online em: <<http://www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html>> (acessado em 16.06.2012)

SCHWARTZ, Eric A. Is procedure really neutral? The Seat: Does it matter? (A tale of more than two cities). In: *Dispute Resolution International*. Vol. 6, nº 2, Outubro 2012, pp. 193-207

TEUBNER, Alan L. The computer as expert witness: towards a unified theory of computer evidence. In: *Jurimetrics Journal*. Vol. 19, Chicago: ABA, 1978-79, pp. 274-297

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003

TIBURCIO, Carmen; e PUCCI, Adriana Noemi. O artigo IV da Convenção de Nova Iorque de 1958. In: WALD, Arnoldo; e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 165-188

TRENT, Beth; e RULE, Colin. *Moving arbitration online: The next frontier*. Disponível online em: <http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/781/Moving-Arbitration-Online-The-Next-Frontier-NYLJ.aspx?cm_mid=2460989&cm_crmid={fed6fe43-8e9c-e211-8d91-00219ba6ba42}&cm_medium=email> (acessado em 16.05.2013)

VERKERK, Remme. Comparative aspects of expert evidence in civil litigation. In: *The international journal of evidence and proof*. Vol. 13, Dalby: Vathek, 2009, pp. 167-197

VOSER, Nathalie; e MUELLER, Anna Katharina. Appointment of experts by the arbitral tribunal: the civil law perspective. In: *Business Law International*, Vol. 7, n. 1, Janeiro de 2006, pp. 73-82

WAMBIER, Luiz Rodrigues; DE ALMEIDA, Flávio Renato Correia; e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. V. 1. 5. ed., São Paulo: RT, 2002.

_____. Os aspectos formais da convenção de arbitragem (Comentário do Art. II, (1) e (2), da Convenção de Nova Iorque, e sua aplicação no Direito Brasileiro). In: WALD, Arnoldo; e LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *Arbitragem Comercial Internacional: A Convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 83-126

WALKER, Janet; e WATSON, Garry D. New trends in Procedural Law: New technologies and the Civil Litigation Process. In: *Hastings International and Comparative Law Review*. Vol. 31. N. 1. inverno de 2008, pp. 251-294

WOLFE, Jeffrey Scott. Across the ripple of time: the future of alternative (or, is it appropriate) dispute resolution. In: *Tulsa Law Journal*. Vol. 36, nº 4, Tulsa: Univeristy of Tulsa, verão de 2001, pp. 785-812

YU, Hong-lin; e NASIR, Motassem. Can online arbitration exist within the traditional arbitration framework? In: *Journal of International Arbitration*. Vol. 20, nº 5, Alphen aan den Rijn: Kluwer, out. de 2003, pp. 455-474

ZAGALLO, José Guilherme Carvalho. Processo judicial eletrônico: uma transição difícil para a advocacia. In: *Revista do Advogado*. Ano XXXIII, nº 120, São Paulo: AASP, agosto de 2013, pp. 32-36

Regulamentos e Regras Citados:

- FAST TRACK MEDIATION AND ARBITRATION RULES OF PROCEDURE do CENTER FOR PUBLIC RESOURCES INSTITUTE – Disponível em: <http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/609/Fast-Track-Mediation-and-Arbitration-Rules-of-Procedure.aspx> (acessado em: 10.10.2013)
- INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION RULES ON THE TAKING OF EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION – Disponível em: http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_30June_2010_Enews_Taking_of_Evidence_new_rules.aspx (acessado em: 10.10.2013)
- INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION PROCEDURES (INCLUDING MEDIATION AND ARBITRATION RULES) do INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION (ICDR) parte do AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (AAA) – Disponível em: http://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADRSTG_002008&_afLoop=241718053183240&_afWindowMode=0&_afWindowId=ukffk9brh_132#%40%3F_afWindowId%3Dukffk9brh_132%26_afLoop%3D241718053183240%26doc%3DADRSTG_002008%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dukffk9brh_188 (acessado em: 10.10.2013)
- COMMERCIAL ARBITRATION RULES AND MEDIATION PROCEDURES (INCLUDING PROCEDURES FOR LARGE, COMPLEX COMMERCIAL DISPUTES) do ICDR – Disponível em: http://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADRSTG_004130&_afLoop=55608752822775&_afWindowMode=0&_afWindowId=131ejf2d78_1#%40%3F_afWindowId%3D131ejf2d78_1%26_afLoop%3D55608752822775%26doc%3DADRSTG_004130%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D131ejf2d78_53 (acessado em: 10.10.2013)
- REGULAMENTO DO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CCBC) (2012) – Disponível em: <http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento%202012> (acessado em: 10.10.2013)
- REGULAMENTO DO CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO (AMCHAM) – Disponível em: <http://www.amcham.com.br/repositorio-de-arquivos/estatuto.pdf> (acessado em 10.10.2013)
- REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL (CAMARB) (2010) – Disponível em: <http://camarb.com.br/regulamento/> (acessado em: 10.10.2013)
- REGULAMENTO MODELO PARA ARBITRAGEM DO CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM (CONIMA) – Disponível em: http://www.conima.org.br/?page_id=141 (acessado em: 10.10.2013)
- REGULAMENTO DA CÂMARA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV) DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM (2010) – Disponível em: <http://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-conciliacao-e-arbitragem> (acessado em: 10.10.2013)

- REGULAMENTO DA CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO (CIESP-FIESP) – Disponível em: http://www.camaradearbitragemsp.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=65:regulamento-de-arbitragem&catid=1:principal&Itemid=7 (acessado em: 10.10.2013)
- REGULAMENTOS DE ARBITRAGEM E DE ADR DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI) – Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (acessado em: 10.10.2013)
- REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DO INSTITUTO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO DE ESTOCOLMO (SCC) – Disponível em: http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf (acessado em: 10.10.2013)
- REGULAMENTO DE ARBITRAGEM DA CORTE DE LONDRES DE ARBITRAGEM INTERNACIONAL (LCIA) – Disponível em: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx (acessado em: 10.10.2013)