

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

EDSON MOTA VALENÇA FILHO

**A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO *CYBERSPACE*:
da segurança jurídica dos documentos digitais
como instrumento da vontade dos convenentes**

Recife
2017

EDSON MOTA VALENÇA FILHO

**A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO *CYBERSPACE*:
da segurança jurídica dos documentos digitais
como instrumento da vontade dos convenentes**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito, na Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Orientador: Prof. Me. Fábio Menezes de Sá Filho.
Co-orientador: Prof. Dr. Ricardo José de Souza Silva.

Recife
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Valença Filho, Edson Mota.

V152c A convenção de arbitragem no cyberspace: da segurança jurídica dos documentos digitais como instrumento da vontade dos convenientes / Edson Mota Valença Filho. - Recife, 2017.
95 f.

Orientador: Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho.
Coorientador: Prof. Dr. Ricardo José de Souza Silva
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Convenção de arbitragem. 3. Documento digital. 4. Assinatura digital. I. Sá Filho, Fábio Menezes. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2017-021)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

EDSON MOTA VALENÇA FILHO

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM NO *CYBERSPACE*: da segurança jurídica dos documentos digitais como instrumento da vontade dos convenientes

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Presidente

_____.

Examinador(a)

_____.

Examinador(a)

_____.

Aos meus avôs Wilson Mota Valença e José
Luiz de Moura.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais Edson Mota Valença e Maria Cristina Lapenda de Moura Valença que sempre me deram o apoio incondicional e prezaram pelo meu bem-estar e educação.

Em seguida, agradeço aos meus queridos amigos de faculdade Alexandre Rêgo Barros, Bernado Maniçoba, Guilherme Ferraz e Leonardo Cyreno, alguma dessas amizades cultivadas desde os tempos de colégio, que me ajudaram dentro e fora da faculdade.

Por fim, agradeço aos meus orientadores Fábio Menezes de Sá Filho, um verdadeiro exemplo de professor, que, sempre prestativo, desde o 6º período, em sua primeira aula, colocou-se à disposição a me orientar e, durante a elaboração desse trabalho, demonstrou inabalável dedicação me guiando e auxiliando, e Ricardo José de Souza Silva que, incansável, se prontificou a prestar esclarecimento sobre as regras do discurso científico e ofereceu inegável contribuição a esse trabalho tanto na parte formal quanto material.

“I email, therefore I am”

John Scarrott

RESUMO

A presente monografia tem como objeto a pesquisa da convenção de arbitragem celebrada em documentos digitais, uma vez que é cada vez mais comum e fácil a adoção das vias eletrônicas para realização dos mais diversos negócios, sendo necessária, senão fundamental, entender a complexa situação das cláusulas compromissórias e os compromissos firmadas no *cyberspace*, quanto à forma em que devem ser feitos e quais os requisitos de validade exigidos no ordenamento jurídico. De antemão, a dúvida quanto à prática da celebração dos convênios de arbitragem online tem sua pertinência, em razão do crescimento das câmaras de arbitragem domésticas e a visão empreendedora destas na utilização da tecnologia da informática. Consoante a Lei nº 9.307/1996, em seus artigos 4º, §1º, e 9º, §2º, e, o artigo II, item 2, da Convenção de Nova York, às convenções de arbitragem são impostas como critério de validade a necessidade de serem expressas em documento escrito, o qual entende a doutrina ser o registro do fato composto por palavras. Dessa forma, aqueles documentos digitais que tenham seu conteúdo, representando o fato registrado em palavras, serão considerados escritos. É esse, também, o entendimento recomendado pelo artigo 7º, item 4, da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, segundo as alterações feitas pela Comissão na 39ª Sessão em 2006. Nesse diapasão, a Lei nº 11.419/2006, no seu artigo 2º, que digitaliza o processo no Brasil, fundamenta que a decisão do Juiz, o ato processual, emitida digitalmente poderá celebrar o compromisso arbitral judicial, nos moldes do artigo 9º, §1º, da Lei nº 9.307/1996. Assim, a validade do documento eletrônico é condicionada a legalidade digital, que podem ser satisfeitas pelo uso dos sistemas de chaves públicas – assinatura digital –, consoante o artigo 1º da Medida Provisória nº 2.200-2/2001, ou por qualquer outro meio de criptografia que preserve a autenticidade e integridade.

Palavras-Chave: Convenção de arbitragem. Documento digital. Assinatura digital.

ABSTRACT

The present undergraduate thesis has the object the arbitration agreement made on digital document. Once each day is more common and easier the use of electronics devices for everyday tasks and business it's necessary, and even crucial, the understandings of the complexity of the arbitration clause and the arbitration commitment accepted on cyberspace and how it must be done and what are the validity requirements demanded by the legal order. First of all, the doubt about the validity of an online arbitration agreement is found on the growing of it uses on the domestic arbitrations chambers and their entrepreneur vision in the seeking of use advance computer technology. In accordance with the Lei nº 9.307/1996, in their articles 4º, I, and 9º, §2º, and the article II, item 2, of the New York Convention, the arbitration agreement must be done on a written document, meaning by the doctrine a register of a fact made by words. This way, those digital documents that it's content is representing a fact written in words would be consider written documents. In the same way, the article 7º, item 5, of the Model Law of UNCITRAL, in accordance with the 39th Commission in 2006, recommends that understanding. In face of that, the Lei nº 11.419/2006, article 2º, that made the legal process in Brazil digital, established that in the judge decision, a procedure act, made online can made an extrajudicial arbitration commitment, article 9º, §1º, of the Lei nº 9.307/1996. The validity of a digital document is conditional to evidences of authenticity and integrity, those can be satisfied using the public key system – digital signature –, according to the article 1º of the Medida Provisória nº 2.200-2/2001, or by any other means that preserve the authenticity and integrity.

Key Words: Arbitration agreement. Digital documents. Digital signature.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O PLANO DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	12
2.1	Da Classificação dos Negócios Jurídicos	16
2.2	A Declaração da Vontade e a Interpretação da Vontade	18
2.3	O Atributo da Validade do Negócio Jurídico	23
2.3.1	A Capacidade Civil e a Legitimidade	25
2.3.2	Objeto Lícito, Possível e Determinável	27
2.3.3	Forma Prescrita em Lei	28
2.3.4	Os Vícios e os Defeitos do Negócio Jurídico	29
3	O VALOR PROBATÓRIO DOS DOCUMENTOS DIGITAIS.....	34
3.1	Objeto da Prova	37
3.2	A Finalidade e o Destinatário da Prova	38
3.3	O Meio de Prova.....	40
3.4	Documentos Físicos e Digitais	41
3.5	Os Requisitos do Documento Digital	44
3.6	A Tecnologia da Assinatura Digital	50
3.7	O Valor Probatório do Documento Digital.....	53
4	OS REQUISITOS DE VALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O CYBERSPACE	57
4.1	A Arbitragem e a sua Natureza Jurídica	60
4.2	A Convenção de Arbitragem	64
4.2.1	A Natureza Processual e/ou Material das Convenções	65
4.2.2	O Atributo Existencial da Convenção de Arbitragem e a sua Obrigação	68
4.2.3	Os Tipos de Convenções de Arbitragem	75
4.3	A Formação da Convenção de Arbitragem no Cyberspace.....	77
4.3.1	A Manifestação de Vontade Eletrônica	80
4.3.2	O Atributo de Validade da Convenção de Arbitragem Digital	83
5	CONCLUSÃO.....	89
6	REFERÊNCIAS	92

1 INTRODUÇÃO

A internet marcou uma nova era na história da humanidade conectando pessoas remotas, que talvez jamais se conhecessem, em tempo real e com baixo custo. Tais conexões não só proporcionaram a dispersão mais rápida de informações e conhecimento, como, também, criou algo que mais tarde serviu de inspiração à obra de ficção científica *Neuromancer*, a precursora do gênero literário *cyberpunk*.

No romance de Gilbson (1984), os personagens são capazes de se conectar a um simulacro da realidade, projetado por máquinas, chamado de matriz, ideia essa que mais tarde seria influência principal da obra-prima das irmãs Wachowski. Embora, o mundo atual permaneça longe dos mundos distópicos narrados na literatura *cyberpunk*, o uso da internet proporcionou a criação de um simulacro semelhante ao “profetizado” por Gilbson (1984).

Em pleno século XXI, já é apresentada uma versão *light* da matriz, existindo comunidades digitais – as famosas redes sociais, como *Facebook* e *Twitter* –, comércio digital (*e-commerce*) e, até mesmo, moedas digitais (por exemplo, o *Bitcoin*), dispersos nas misteriosas “águas” da internet. Em vista disto, torna-se cada vez mais evidente a substituição dos meios mais obsoletos, empregados nas diferentes atividades existentes em uma sociedade, pelos instrumentos disponíveis na área digital.

Como demonstrado, o *cyberspace* tem tons de um lugar verdadeiro com habitantes, comunidades, comércio, dialetos e moeda-corrente, não faltando pessoas entusiasmadas em declarar a independência da internet dos Estados-Nação, como fez Barlow (1996). Nesse diapasão, não é estranho falar que progride no mundo digital a criação de meios de resolução de conflitos heterônomos, a exemplo das Arbitragem Digitais, como a *World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Centre* (WIPO), na Suíça, a *American Arbitration Association* (AAA), *internet-ARBitration*, *Virtual Courthouse*, CLAMARB – Câmara Latino Americana de Mediação e Arbitragem, Arbitranet, no Brasil, e CAD – Câmara de Arbitragem Online. Tratam-se de câmaras que também atuam no âmbito digital.

A convenção arbitral é o meio pelo qual os convenientes optam pelo instituto da arbitragem, podendo fazer por meio da cláusula compromissória, conforme o *caput* do artigo 4º da Lei nº 9.307/1996, ou do compromisso arbitral, consoante o *caput* do artigo 9º da já citada lei. Ambas espécies de convenção de arbitragem possuem a necessidade de serem escritas, conforme, o artigo 4º, §1º, e do 9º, §2º, da Lei nº 9.307/1996. Nesse diapasão, a Convenção de

Nova York, ratificada pelo Decreto nº 4.311/2002, em seu artigo II, itens 1 e 2, também preleciona a necessidade de a convenção de arbitragem ser feita por escrito.

No meio digital, como convém explicar, um documento digital tem apenas aparência de escrito e, por essa razão, pode gerar complicações quanto a solidez da instituição da arbitragem. Um documento digital é um arranjo de *bytes* traduzidos, por intermédio de um computador, a um idioma inteligível e enquanto o tradicional é material e escrito. Nessa toada, restam dúvidas quanto à possibilidade da substituição dos meios tradicionais pelos eletrônicos. Portanto, o presente estudo levanta o problema quanto à validade das convenções de arbitragem feitas no *cyberspace* questionando o seguinte: seriam as convenções de arbitragem celebradas em documentos digitais negócios jurídicos válidos?

Em resposta ao problema pode ser argumentado em favor da validade das convenções no *cyberspace* com base nos princípios da liberdade de forma, a abstração da palavra “escrito”, e o princípio da equivalência funcional – o qual preleciona aos documentos digitais que satisfaçam as mesmas características funcionais dos documentos tradicionais, isto é, possuem a mesma validade jurídica. Escudado nesse argumento, é possível fazer frente à exegese dos artigos 4º, §1º, e 9º, §2º, da Lei nº 9.307/1996.

O objetivo geral deste trabalho é pesquisar a convenção de arbitragem celebrada em documentos digitais.

Os objetivos específicos são: estudar os negócios jurídicos, e dispositivos normativos correlatos ao assunto; demonstrar a validade dos documentos digitais como instrumentos idôneos à manifestação da vontade das partes; e analisar as normas jurídicas e a doutrina quanto à convenção de arbitragem celebrada no *cyberspace*.

As fontes de referência deste trabalho atendem pelas seguintes obras da Arbitragem Digital: Guerrero (2013), Junqueira (2015), Hill (1998) e Biukovic (2002). Esta pesquisa é permeada pelo método hipotético-dedutivo, por explicar argumentos a favor e contrários, em busca de ponderar a respeito da hipótese apresentada, com o fim de encontrar uma resposta satisfatória à problemática, possuindo levantamento de informações do tipo bibliográfico descritivo, por buscar, na literatura específica – quais sejam normas jurídicas, artigos e livros – , fontes para demonstrar o *status* jurídico da convenção arbitral no *cyberspace*.

O primeiro capítulo é dedicado a estudar os negócios jurídicos, e dispositivos normativos, com o fim de averiguar o plano de validade dos negócios jurídicos, do qual é a convenção arbitral espécie.

Em seguida, é reservado a demonstrar a validade dos documentos digitais como instrumentos idôneos à manifestação da vontade das partes e esmiuçar suas características tecnológicas.

Por fim, tem-se o objetivo de analisar as normas jurídicas e a doutrina quanto aos requisitos da convenção de arbitragem tradicional e a celebrada no *cyberspace*, bem como a observação dos Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil sobre tal aspecto e as orientações da UNCITRAL a respeito do comércio eletrônico e da arbitragem.

2 O PLANO DE VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

No presente capítulo, conforme explanado na introdução, será realizado um estudo sobre o plano de validade do negócio jurídico, com o fim de, em capítulo subsequente, analisar a convenção de arbitragem. Todavia, já é observável, aos mais sagazes, a dúvida quanto à natureza do referido instituto ser material ou processual, que será respondida no capítulo terceiro, onde serão esmiuçadas as características de tal instituto.

Tendo em vista esse questionamento, é indubitável a necessidade de discorrer sobre a Teoria do Fato Jurídico para adiante comentar sua aplicação no Direito Processual, almejando construir uma linha lógica capaz de responder de forma satisfatória à essa primeira dúvida. Em seguida, aproveitado o raciocínio desenvolvido, o enfrentamento do objetivo mencionado será realizado.

O Direito advém de um fato, um acontecimento natural ou praticado pelo homem. Foi por meio dessa constatação que foi tecida a Teoria do Fato Jurídico. Todos os dias, em quase todos os lugares e a todo momento, inúmeros eventos são iniciados, alguns deles de suma importância e outros relevantes apenas para poucos, quando não a um indivíduo.

Com isso em mente, é cristalino que as ocorrências relevantes do dia-a-dia repercutem nas relações interpessoais e causam inúmeras disputas incessantes entres os envolvidos, por consequência criando um impacto no Direito de inúmeras e imprevisíveis formas. Tais eventos criam, modificam ou extinguem direitos e a eles são denominados fatos jurídicos.

Os momentos da vida cotidiana pertinentes ao Direito são previstos em normas, as quais descrevem tal situação e dissertam a consequência legal, sendo também o entendimento sustentado por Coelho (2012a, p. 631), *in verbis*: “Todas as normas jurídicas, inclusive as de direito civil, podem ser descritas dessa forma, como a previsão da consequência que pretende seja imposta a certo acontecimento”.

Nessa toada, é possível deduzir por exclusão os eventos inócuos ao Direito como aqueles que não estão previsto nas normas, sendo eles, geralmente, impertinentes por não causarem consequências jurídicas, *id est*, não criam, modificam ou extinguem qualquer relação jurídica. Por essa razão, ainda que possam ser importantes fora do mundo jurídico, são irrelevantes ao ordenamento.

Os referidos acontecimentos podem ser naturais ou praticados pelo homem, de forma consciente ou inconsciente. Nesse entendimento, pode ser designado ao fato jurídico o

título de causa genética das relações jurídicas, pois, nele, é abrigado o ato jurídico, o negócio jurídico, o ato-fato jurídico, entre outros.

Nesse diapasão, o conceito de fato jurídico, tecido nessa breve exposição, pode ser definido como todo acontecimento natural ou humano descrito em norma capaz de provocar consequências no mundo jurídico, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 340).

Sobre esse aspecto, é possível também afirmar que embarcam no conceito de fato jurídico as ações humanas ilícitas, uma vez que essas também provocam consequências no mundo jurídico, todavia, nem sempre negativas ao mundo fático.

Como supracitado, o fato jurídico é composto de diferentes espécies, sendo tecnicamente denominado de fato jurídico em sentido amplo, podendo dele serem extraídos os fatos jurídicos em sentido estrito, que são os eventos ocorridos por causas naturais; o ato-fato, em que, embora presente a ação humana, não houve a manifestação da vontade de praticá-lo; e, por fim, e mais importante para o ordenamento jurídico, o ato jurídico em sentido amplo. Esse último, a divergir de seus anteriores, é todo acontecimento feito pela ação humana em que há presente manifestação de vontade do agente.

O ato jurídico em sentido amplo também é dividido em outras subcategorias, sendo elas: o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico. É importante a ênfase de que ambas subdivisões podem ser qualificadas como lícitas ou ilícitas, como explicado em parágrafo anterior.

Os atos jurídicos gozaram muito destaque no CC/1916 devido à fidelidade do legislador da época à doutrina francesa. Todavia, isto não foi impeditivo suficiente para afastar o entusiasmo em estudar a inovação da cultura jurídica alemã, que foi o negócio jurídico (COELHO, 2012a, p. 642). Em pouco menos de um século depois, o CC/2002 – destacou a figura do negócio jurídico.

Em que pese ambos serem atos jurídicos em sentido amplo, o negócio jurídico tem como característica o *animus* do agente em produzir os efeitos legais, isto é, em sua manifestação de vontade há o desejo de cumprir os efeitos prelecionados na norma. Por outro lado, no ato jurídico em sentido estrito, não há esse desígnio, existindo apenas a mera realização do suporte-fático da lei, com a concretização dos efeitos ali predeterminados, independentemente da vontade do agente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 349).

Em consequência a tal análise, é notável que a ação humana, na qual existe o desejo de produzir efeitos jurídicos previstos em norma jurídica, é denominada, em razão do seu

caráter negocial, de negócio jurídico. Tal característica dispensa a existência de outro agente para praticá-la, em virtude da existência de negócios jurídicos unilaterais.

Com o intuito de ilustrar o pensamento exposto, pode ser citado um exemplo de ato jurídico em sentido estrito e de um negócio jurídico. Um clássico exemplo do primeiro é o reconhecimento de paternidade, no qual o agente, ao realizar a hipótese legal regulada no Capítulo III do CC/2002, terá, com o seu ato, provocado todos os efeitos legais previamente positivados na legislação. Por sua vez, a apropriação de uma pedra qualquer depende da vontade do indivíduo em produzir os efeitos legais preconizados no artigo 1.263 da supracitada lei: “quem se assenhorar de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa ocupação defesa por lei”.

Nesse diapasão, pode ser elaborado o conceito de ato jurídico em sentido estrito como a simples manifestação de vontade, que não objetiva o aperfeiçoamento de um efeito jurídico, isto é, não possui caráter negocial, mas cumpre a hipótese legal prevista em lei.

Já sobre os negócios jurídicos, comenta Gonçalves (2012, p. 314) que, *in verbis*:

No negócio jurídico há uma composição de interesses, um regramento geralmente bilateral de condutas, como ocorre na celebração de contratos. A manifestação de vontade tem finalidade negocial, que em geral é criar, adquirir, transferir, modificar, extinguir direitos etc.

Fundado nesse entendimento, é possível interpretar o negócio jurídico como um ato que busca selecionar na lei a prática de certos efeitos, sendo essa ação permitida pela norma. Por essa característica, é possível a existência de negócios jurídicos unilaterais.

Sobre essa perspectiva, convém, então, expor a definição de negócios jurídicos, nas palavras de Reale (2004, p. 208-209):

Negócio Jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. Tais atos, que culminam numa relação intersubjetiva, não se confundem com atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há acordo de vontade, como, por exemplo, sé da nos atos chamados matérias, como os da ocupação ou posse de um terreno, a edificação de uma casa no terreno, apossado, um contrato de compra e venda, ao contrário, tem sua forma específica de um negócio jurídico.

Embasado nesse parecer, é possível construir um conceito próprio sobre esse instituto, como antes mencionado, sendo, portanto, a ação humana dirigida ao cumprimento de um desejo do agente em criar, modificar e extinguir direito, previsto no ordenamento jurídico, podendo modular os efeitos decorrentes conforme a vontade.

O comentado ato é o mais comum do dia-a-dia e indiscutivelmente a maior das fontes de relações jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro, e, por essa razão, o CC/2002 deu mais atenção a ela do que o fez seu antecessor.

Devidamente conceituado, são 3 (três) os atributos do negócio jurídico: a existência, a validade e a eficácia. Um negócio jurídico para produzir os efeitos desejados necessita primeiro existir no mundo jurídico e, por último, ser válido.

A existência do negócio jurídico é fundamentada em 2 (dois) pressupostos que são os elementos essenciais a ele e a juridicidade, isto é, a hipótese desse fato jurídico prevista em lei. Por sua vez, são elementos essenciais: o sujeito de direito, a manifestação da vontade em produzir certos efeitos legais, objeto físico passível de existir e, por fim, a forma pela qual se manifesta a vontade dos agentes (AZEVEDO, 2002, p. 32-33).

O segundo plano é a validade, cujas premissas são expostas no artigo 104 do CC/2002, sendo elas: a capacidade do agente em praticar a ação, o objeto desse negócio ser lícito e determinável, e a forma predeterminada em lei.

Entretanto, o texto da lei não cobriu todo o plano de validade, e, nesse sentido, pontifica Mello (2000, p. 17) que:

Essa enumeração legal, como se vê, é insuficiente, incompleta, porque não menciona todas as causas de invalidade, deixando-se de referir-se, explicitamente, à possibilidade do objeto e sua compatibilidade com a moral (A falta implica nulidade – Código Civil, artigo. 145, II), como também à inexistência de deficiência de negócios jurídicos, dentre os quais se incluem os vícios que afetam a manifestação da vontade e outros que comprometem a perfeição e causam a invalidade, por anulabilidade, do ato jurídico (Código Civil, art. 147), além da anuência de outras pessoas, que, em certas situações é exigida.

Em virtude de tal crítica, nota-se que há mais 2 (dois) pressupostos do plano de validade, que são eles: a manifestação de vontade livre e a boa-fé, ou seja, a ausência de vícios que ataquem a liberdade ou a boa-fé, bem assim desprovida de defeitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 378).

O último atributo a ser mencionado é o da eficácia e se trata da produção dos efeitos jurídicos decorridos do negócio, podendo o agente modular os efeitos por meio de termos, condições e encargos.

Sobre os 3 (três) planos citados acima é necessário pontificar que existem diversas combinações entre eles e que a eficácia não é dependente da validade. É possível um negócio jurídico existente, inválido e que produza efeitos, *exempli gratia*, um contrato de compra e

venda com vícios de validade, mas vendedor e comprador cumprem suas obrigações espontaneamente.

2.1 Da Classificação dos Negócios Jurídicos.

Os negócios jurídicos como já explanado diferenciam-se dos atos jurídicos em sentido estrito por serem frutos da manifestação da vontade do agente em praticar a hipótese prevista na lei. Os negócios jurídicos podem ser classificados quanto a: a) quantidade de sujeitos e de partes; b) serem patrimoniais ou extrapatrimoniais; c) onerosidade; d) forma; e) receptividade; e f) serem principais ou acessórios.

Nessa toada, expressa Coelho (2012a, p. 652) que:

Classificam-se os negócios jurídicos por diversos critérios. Os mais relevantes os distinguem segundo a quantidade de pessoas (Singulares ou plurais), de partes (unilaterais, bilaterais ou plurilaterais), patrimonialidade, obrigatoriedade de forma, condições de eficácia e existência independente.

São singulares quando há um sujeito envolvido na prática. Por sua vez, são denominados plurais quando há mais de um. Exemplo de negócio jurídico singular é quando alguém se apropria de uma concha numa beira de uma praia, realizando o previsto no artigo 1.263 do CC/2002. Já o de um plural seria um contrato de compra e venda sobre um bem imóvel, em que há necessariamente um comprador e um vendedor.

Por outro lado, são unilaterais quando há apenas uma parte – devendo ser enfatizado que o conceito de partes difere do de sujeitos, em verdade, a definição do primeiro é a posição de interesses o qual ocupa o sujeito –, por exemplo a renúncia à herança. Quanto aos bilaterais, possuem mais de 2 (duas) partes, a exemplo de um contrato de locação. Já os plurilaterais é quando há mais de 2 (duas) partes em um mesmo negócio jurídico.

Os negócios jurídicos são classificados como patrimonial ou extrapatrimonial, em razão do objeto do negócio. Nessa toada, são considerados patrimoniais quando o objeto é um bem, coisa suscetível à estimação pecuniária, *exempli gratia*, concessão de hipoteca ou contrato de prestação de serviço. Já os negócios jurídicos extrapatrimoniais têm como objeto coisas não precificáveis, por exemplo, a celebração do casamento e o reconhecimento de paternidade.

Podem, também, ser negócios jurídicos onerosos ou gratuitos. Nos negócios jurídicos onerosos, ambas arcam com ônus e bônus, a exemplo de um contrato de compra e

venda, e podem ser gratuitos quando somente uma das partes arca com os ônus, a título de exemplo a doação.

Os negócios jurídicos também são classificados em razão de sua forma, podendo ser formais ou aformais. Quanto a essa classificação, impera o princípio da liberdade de formas, isto é, as partes podem escolher a forma pela qual vão realizar o negócio jurídico, a exemplo de por escrito ou oralmente, mas em alguns casos, a lei tolhe a autonomia das partes e exige certa rigidez formal em determinados negócios jurídicos. Quando a lei estabelece maior liberdade de forma se diz que são negócios jurídicos informais, por exemplo, a compra e venda de um bem móvel. Já quando se estabelecem critérios mais rígidos quanto à forma, como é o caso do testamento, se classifica como negócio jurídico formal.

Também podem ser receptícios ou não receptícios, sendo aqueles os negócios jurídicos que só fazem seu efeito a partir do momento em que o outro sujeito da relação jurídica toma ciência da declaração de vontade, como Coelho (2012a, p. 653-654) explana:

No comércio eletrônico, os negócios jurídicos são sempre receptícios. A oferta apresentada na página acessível pela internet considera-se feita quando os dados eletrônicos correspondentes entram no computador do internetenauta, quer dizer, são processados por essa máquina. Da mesma forma, considera-se aceita a oferta no momento em que a manifestação de vontade concordante do internetenauta¹ ingressa, como dados eletrônicos, nos equipamentos do titulas da página.

Já os não-receptícios são desvinculados da notificação da outra parte para a produção de seus efeitos jurídicos. Logo, têm eficácia imediata. Ilustra essa qualificação, a título de exemplo, a figura do testamento, o qual tem seus efeitos com a morte e não com a ciência dos beneficiários (COELHO, 2012a, p. 654).

Por fim, o negócio jurídico pode ser classificado quanto a sua independência, podendo ser principal ou acessório. Quando há mais de um negócio jurídico, entende-se que existe um principal, cujo qual a sua existência independe da sorte de outros, e o acessório, que é um negócio jurídico dependente de outro.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), surgiu uma nova espécie de negócio jurídico: as convenções processuais. Tal instituto marcou um novo avanço do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo pesquisas mais profundas sobre a aplicação da teoria dos negócios jurídicos no processo.

¹ Internauta é o termo dado aos usuários da rede mundial de computadores, a internet.

Apesar de tal figura só ter sido contemplada recentemente, não foi impedido o “namoro” por alguns doutrinadores brasileiros dessa nova classe de atos negociais. Em decorrência disto, ainda é possível classificar os negócios jurídicos quanto a sua natureza, se são materiais ou processuais.

Os negócios jurídicos materiais são os atos que produzem os efeitos descritos nas hipóteses das normas materiais do Direito, ou seja, suas consequências são de criar, modificar e extinguir direitos. Em contraparte, os processuais são aqueles fatos jurídicos, os quais buscam criar ou modificar regras procedimentais (NOGUEIRA, 2011, p. 137). Como se verá em momento oportuno, esses últimos negócios possuem um menor grau de liberdade.

2.2 A Declaração da Vontade e a Interpretação da Vontade

Consoante conceituado em tópico oportuno, o negócio jurídico é o ato jurídico em sentido amplo, no qual as partes convencionam o desejo de praticar os efeitos jurídicos previstos na norma. Sobre isto, cumpre analisar que o negócio jurídico é uma declaração de uma vontade íntima dos agentes, havendo entre essas 2 (duas) coisas, de fato, uma relação simbiótica.

Por esse motivo, é justo fazer alguns prequestionamentos sobre a vontade e a declaração. Quando se fala de vontade se refere ao desejo íntimo do agente que o faz agir em direção a determinados fins. Contudo, é pretencioso afirmar que somente a vontade é a fonte da ação humana. Por sua vez, a declaração é a manifestação dessa vontade no mundo concreto, sendo a ação pela qual o agente emprega seus recursos com um desígnio em mente. Ambas são distintas e com características diferentes.

Nesse diapasão, pode ser constatado que, não raramente, o desejado pelo agente não é exatamente aquilo que ele consegue empregar no mundo real. Assim, às vezes, uma pessoa contrata um serviço com o intuito de conseguir determinado efeito e consegue algo pálido e inferior ao almejado, quando não diametralmente oposto.

Com isto em mente, é possível explicar que o efeito citado ocorre em razão da crença na qual o agente agiu estava equivocada e por consequência gerou um negócio jurídico indesejável e, algumas vezes, prejudicial ao negociante. Quando isto acontece é pertinente duvidar quanto à existência desse ato no plano jurídico, indagando o que deve ser levado em consideração: a vontade ou a declaração.

O conflito entre vontade e declaração é interessante por ser a segunda um veículo da primeira, pois o *animus* do agente somente pode ser conhecido quando ele age. O conflito

dessa relação simbiótica leva a uma situação paradoxal, como leciona Coelho (2012a, p. 600-601):

Dar primazia à vontade é respeitar a intenção motivadora do negócio jurídico. Pressupõe-se que o sujeito de direito concordara em praticar tal negócio porque tinha, internamente, determinada intenção. Fossem outras as consequências, o sujeito não teria concordado em praticá-lo. (...) Se, a final, os efeitos imaginados não se realizarem em razão do descarte da intenção íntima — a “verdadeira” — em favor da declarada, isso equivale a obrigar aquele sujeito contra a sua vontade. Mas, por outro lado, é impossível descobrir a intenção do sujeito motivadora de sua participação no negócio jurídico.

Em mente o narrado, é importante observar que inexiste aos comuns uma ação perfeita, em razão das limitações físicas e mentais, as quais estão sujeitas o homem. Não importando o quão perfeccionista seja a pessoa, esta não poderá prever todos os detalhes necessários, podendo estar presentes falhas e vícios, que levem ao desentendimento com seu interlocutor ou à prática de efeitos inesperados. Conseqüentemente, poderá existir uma diferença e/ou um conflito a ser arguido entre a vontade e a declaração, justificada pelas inúmeras nuances subjetivas entre o desejo interno e o assimilado desta última.

Esse fenômeno citado é em decorrência da complexidade da comunicação e assimilação de informações, em razão da pluralidade de interpretações condicionadas a inúmeros fatores imprevisíveis ao emissor e ao receptor.

Nesse diapasão, há 2 (duas) teorias que fundamentam e instruem a doutrina, que são a teoria volitiva e a da declaração adotadas, respectivamente, pelo Código Civil francês e pelo Código Civil alemão sendo a princípio teorias antagônicas (AZEVEDO, 2002, p. 75-76).

A teoria volitiva tem suas raízes fincadas na Revolução Francesa, sendo fortemente influenciada pelo ideal francês e permeada pelo espírito iluminista do século XVII e pelo liberalismo clássico (AZEVEDO, 2002, p. 75). Com essa breve apresentação, é dedutível que, para tal teoria, o que deve ser prezado é a vontade em realizar o ato, devendo a lei ser a protetora da vontade dos agentes.

Como dissertado anteriormente, o negócio jurídico tem como sua força motriz a autonomia da vontade, sendo a vontade humana dirigida a um objetivo que o faz escolher efeitos jurídicos convenientes às partes. É decorrente desse fundamento que comumente se diz que o contrato faz lei entre as partes, o conhecido princípio da *pacta sunt servanda*, e é fundamentado neste entendimento que a teoria volitiva afirma que a vontade deve prevalecer sobre o declarado.

Sobre isto, leciona Azevedo (2002, p. 81), expondo a lição de Ripert, que:

Continuando na mesma ordem de idéias, a verdade é que a teoria da vontade se apóia na fé da palavra dada, que está ligada ao princípio da autonomia da vontade e que constitui uma regra de moral social. Georges Ripert, expondo o princípio da autonomia da vontade, dá sua fase filosófica e histórica, nos seguintes termos: “Para afirmar a onipotência da vontade humana, criadora de obrigações, o Código Civil emprega, no art. 1.134, a expressão mais enérgica que se pode encontrar: ‘as convenções legalmente formadas fazem lei entre as partes’. Para quem se lembra do culto à lei durante o período revolucionário, a fórmula parece singularmente forte. Para se chegar a essa concepção da vontade soberana, criando, por sua exclusiva força, direitos e obrigações, foi preciso que, na obra lenta dos séculos, a filosofia espiritualizasse o direito, para libertar a vontade pura, das formas materiais pelas quais ela se manifesta, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundamentando nele a própria sociedade, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados, livremente debatidos, com o bem público. Então, pôde reinar a doutrina da autonomia da vontade que é simultaneamente o reconhecimento e o exagero da onipotência do contrato”.

Nesse exceto, é possível identificar o espírito do liberalismo clássico que em sua ânsia reformada defendia a soberania do indivíduo com o objetivo de romper o *status quo* para a criação de um Estado capaz de promover os ideais da revolução. Sobre esse prisma, o Estado foi repensado em sua função e origem ganhando um esboço cientificista – tais mudanças foram conservadas e ainda hoje podem ser encontradas no Estado Moderno. Para essa ideologia, em específico, até mesmo o Estado era fruto da vontade dos indivíduos, detalhe este que demonstrava o quão essencial e imperativo era a autonomia da vontade.

Uma análise minuciosa sobre a teoria do Estado Liberal, conforme os termos em que ela foi proposta pelos filósofos contratualistas Locke, Rousseau e Hobbes, explica o agigantamento do Estado pós-Revolução Francesa (CEZARIO, 2010). Ironicamente, a teoria volitiva levaria a uma maior fiscalização do Estado sobre a autonomia privada com o intuito de sempre preservar a vontade dos contratantes sobre a ação tomada.

Em contrapartida, a teoria da vontade do Código Civil alemão, quase um século após ao Código Civil francês, trouxe a teoria da declaração, a qual dava a prioridade sobre a declaração em relação à vontade das partes. Tal esforço foi feito principalmente com a intenção de solucionar os problemas encontrados no Código Civil francês e a insegurança jurídica gerada em usar a vontade íntima das partes como o principal lastro do negócio jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 75).

O foco dessa teoria seria que a declaração da vontade é a referência do negócio jurídico. Havendo conflitos entre a vontade e a declaração, predominaria a última sobre a

primeira. A virtude dessa teoria garantiria uma maior segurança em relação a uma vontade imaterial e de difícil identificação por terceiros.

Entretanto, a teoria da declaração da vontade, nesses termos, é cega sobre os vícios na vontade e não oferecem aos participantes defesa, a *prima facie*, em face de erros e vícios ocorridos durante a execução da declaração. Nessa toada, a teoria endossaria práticas pouco sociais e o aproveitamento de erros sem a possibilidade de revisões, sendo, também, ironicamente, maléfica à sociedade, que tentou proteger, e gerando insegurança às partes, que ficariam reféns dos próprios erros.

Em que pese as 2 (duas) teorias apresentadas, é necessário enfatizar que o Direito não se resume somente às leis, ainda que ambos os códigos citados tenham adotado as antagônicas teorias, com seus ônus e bônus, sendo que a aceitação *ipsis litteris* destas não é recomendável e nem sempre ocorre. A jurisprudência e a doutrina de ambos os países trataram de conciliar as teorias adotadas com a realidade, na França, restringido o controle do Estado sobre os negócios jurídicos com a justificativa de dar maior segurança jurídica aos negócios, e, na Alemanha, adotou-se o controle do Estado sobre os negócios jurídicos para salvaguardar a autonomia dos particulares da declaração.

Nesse diapasão, opina Azevedo (2002, p. 82) sobre o mérito das 2 (duas) teorias no sentido de que ambas se encontram erradas, pois:

Dados esses aspectos gerais das duas teorias, passamos a apresentar nossa visão sobre elas. Cremos que tanto uma quanto a outra apresenta um erro na sua formulação inicial: ambas admitem a existência de dois elementos no negócio jurídico: a vontade e a declaração, divergindo somente quanto à prevalência de um e de outro. Ora, não há dois elementos, mas apenas um, e este é a declaração de vontade.

Consoante o exposto, cabe a seguinte análise: uma vez feito o ato do jurídico não mais existe vontade e declaração, mas, apenas a declaração, a vontade se funde ao seu veículo, tornando o negócio jurídico existente. Em verdade, ambas as teorias não trabalhavam com os 3 (três) atributos do negócio jurídico, por essa razão encontravam obstáculos em conciliar a vontade com a declaração em um mesmo plano. Sobre isto expõe Azevedo (2002, p. 83-84) que:

A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento

do negócio. A vontade poderá, depois, influenciar a validade do negócio e às vezes também a eficácia, mas, tomada como iter do querer, ela não faz parte, existencialmente, do negócio jurídico; ela fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado. O fato de ela poder vir a influenciar a validade ou a eficácia do negócio não a transforma em parte dele, como, aliás, também ocorre com diversos outros requisitos e fatores de eficácia.

Tendo isto em vista, os vícios da vontade e os defeitos que as declarações possam vir a ter são discutidos em outro atributo do negócio jurídico, sendo a vontade interna do agente um dos elementos para discutir a validade ou a invalidade do ato jurídico e a interpretação destes.

Esclarecido o impasse do papel da vontade no plano da existência do negócio jurídico, cabe analisar a interpretação deste no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre isto, traz-se o entendimento dos artigos 112 e 113 do CC/2002, os quais instruem que os negócios jurídicos deverão ter a interpretação vinculada à intenção das partes, prevalecendo sobre o literal da declaração, auxiliados pela boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, respectivamente.

Sobre essas diretrizes escolhidas pelo legislador do CC/2002 fica clara a adoção do sistema subjetivista da interpretação dos negócios jurídicos, *id est*, as declarações deverão ser interpretadas conforme a vontade íntima dos agentes envolvidos.

Nesse diapasão, é necessário alertar que apesar da adoção do sistema subjetivista, a vontade das partes deve ser interpretada com o ponto de partida da declaração de vontade. Sobre isto, tece a solução Azevedo (2002, p. 102-103), ao dizer que:

A forma mais adequada para se solucionar o problema da interpretação do negócio jurídico, especialmente no direito brasileiro, onde, por lei, é inegável a primazia da vontade, é simplesmente, *alargar-se aquele primeiro momento da operação interpretativa*, em que se parte da declaração. Deve-se entender por declaração, como temos insistido, não apenas o “texto” do negócio, mas tudo aquilo que, pelas suas circunstâncias (pelo “contexto”), surge aos olhos de uma pessoa normal, em virtude principalmente da boa fé e dos usos e costumes, como sendo a declaração. A essência da declaração é dada por essas circunstâncias. Depois, então, pode-se passar a investigar a vontade real do declarante. A solução consiste, portanto, em primeiramente se interpretar a declaração, *objetivamente*, com base em *critério abstrato*, e, somente num segundo momento, investigar a intenção do declarante (*critério concreto*); parte-se, assim, do objetivo (a declaração como um todo) para o subjetivo (a vontade real do declarante). Com essas duas operações, uma boa parte das dúvidas estarão afastadas (especialmente se se tratar de atos unilaterais não receptícios). Entretanto, se ainda houver possibilidade (e isso em geral ocorrerá nos atos bilaterais e em atos unilaterais receptícios, já que, particularmente nos contratos, *as questões que normalmente dependem de interpretação são justamente aquelas que as partes não previram* e sobre as quais, portanto, rigorosamente falando, não há intenção a procurar), *deve-se utilizar, para completar o processo interpretativo, da vontade presumida*, já, então, atendendo ao que *in concreto* se passou entre as partes

e, principalmente, ao que razoavelmente se poderia supor que entre elas se passaria (interpretação integrativa).

Com fundamento nessa nobre doutrina, enfatiza-se que a vontade dos negociantes deve ser procurada com base nas circunstâncias negociais, que oferecerão o contexto, as evidências dos desígnios das partes naquele momento. A dissociação desse modo de operação resultaria em insegurança jurídica, uma vez que a revisão poderia conceber por vias judiciais um novo negócio sentenciado pelo Estado-Juiz.

Em que pese essa observação, a lei citada expressa o exato entendimento, conforme o artigo 112 do CC/2002, *in verbis*: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”. A atenção aos usos da palavra deve ser feita, uma vez que o exceto instrui que deve a declaração de vontade ser interpretada conforme a intenção e não inverso, por essa razão, é clara a solidez do que foi sustentado pelo doutrinador.

2.3 O Atributo da Validade do Negócio Jurídico

Como dissertado de forma breve no tópico passado, o negócio jurídico é um instituto singular por diferentemente dos demais fatos jurídicos ser estudado em 3 (três) planos, e não 2 (dois) sendo eles o atributo da existência, validade e eficácia. Essa excepcionalidade decorre do caráter negocial, isto é, enquanto os demais fatos jurídicos são estudados nos graus da existência e eficácia devido a sua “simplicidade”, o negócio jurídico não pode ser analisado apenas sob tais prismas, mas também quanto à validade.

Por serem derivados da autonomia da vontade, os negócios jurídicos gozam de um maior grau de complexidade, devido aos desígnios mais complexos e nem sempre salutares a terceiros e respeitadores da ordem pública. Nessa toada, é necessária uma restrição a eles que é feita pelo plano da validade.

Sobre isto, comenta Azevedo (2002, p. 24) que:

Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também o seu exame pode ser feito nesses dois planos. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida. Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico – o plano da validade, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia.

Como pontuado pelo referido doutrinador, o atributo da validade tem como serventia a intervenção sobre os negócios jurídicos, que possam ter sido fruto de vícios e defeitos. Tal plano tem como propósito salvaguardar as partes e impedi-las de práticas que aviltem a sociedade e a elas próprias. Sobre isto, pronunciou-se em igual sentido Azevedo (2002, p. 41-42):

Entende-se perfeitamente que o ordenamento jurídico, uma vez que autoriza a parte, ou as partes, a emitir declaração de vontade, *à qual serão atribuídos efeitos jurídicos de acordo com o que foi manifestado como querido*, procure cercar a formação desse especialíssimo fato jurídico de certas garantias, tanto no interesse das próprias partes, quanto no de terceiros e no de toda a ordem jurídica. Afinal – e, nesse ponto, as análises das definições “objetivas”, “preceptivas” ou “normativistas” do negócio jurídico são esclarecedoras –, se a parte ou as partes podem criar direitos, obrigações e outros efeitos jurídicos (relações jurídicas em sentido amplo, ditas erroneamente “normas jurídicas concretas”), através do negócio, isto é, formulando declaração de vontade, essa verdadeira fonte jurídica não pode entrar a funcionar, dentro do ordenamento como um todo, sem qualquer regulamentação, sob pena de ser total a anarquia; há de se proibir a declaração contrária. Às normas superiores, há de se cercar de segurança certas declarações que interessam a todos.

Em outras palavras, o negócio jurídico, conforme a definição apresentada, tem a peculiar característica de ser regido pela autonomia da vontade, permitindo aos agentes criar, modificar e extinguir direitos, de acordo com seu melhor interesse. Divergindo dos demais fatos jurídicos, tais atos não podem ser deixados à sorte dos atributos da existência e eficácia, sob risco de perpetuar assimetrias e instaurar o império da injustiça, em razão de ser plenamente possível, e presentes no cotidiano, a prática de ações de má-fé e fraudulentas. Nesse diapasão, justifica-se a análise do negócio jurídico sob o atributo de sua validade, como forma de contenção da injustiça e delimitar a autonomia da vontade, colocando obstáculos aos hábitos destrutivos.

A validade é, portanto, uma limitadora da autonomia da vontade que qualifica a adequabilidade dos fatos jurídicos praticados com o ordenamento jurídico, funcionando como um “filtro de impurezas” entre o plano da existência e da eficácia. Este atributo resguarda certos paralelos à esfera de existência do negócio jurídico, que é a substância deste, enquanto a validade o adjetiva, o qualifica, impondo requisitos para que essa ação tenha valor (AZEVEDO, 2002, p. 42).

Em tópico antecessor, os requisitos dispostos no artigo 104 do CC/2002 foram mencionados de forma breve e sem especificidade, sendo eles: 1) a capacidade do agente; 2) o objeto ser lícito, possível e determinável; e 3) forma observada em lei. Além desses requisitos, a doutrina auxiliada em outros artigos espaçados no CC/2002 estabelece alguns requisitos de validade, sendo eles: a livre manifestação da vontade e a boa-fé.

2.3.1 A Capacidade Civil e a Legitimidade

Conforme explanado no início do presente capítulo, há pressupostos essenciais para a existência de um negócio jurídico, sendo eles: a presença de ao menos um sujeito de direito e o objeto lícito, possível e determinável.

Em que pese o sujeito de direito, pode-se racionalizar que todas as normas jurídicas pressupõem, de forma explícita ou implícita, a existência de um agente apto de ser responsabilizado pelos seus atos. Disto, deduz-se que a própria noção de norma jurídica tem como pressuposto essencial a existência de sujeitos dotados de direitos e deveres – às vezes positivos (de fazer algo) e outras vezes negativos (de não fazer algo).

O CC/2002 logo em seu artigo 1º instrui que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, revelando que a regra no ordenamento jurídico é que todas as pessoas são capazes – possuem a aptidão – para os exercícios de direitos e, por consequência, de deveres na ordem civil. Em seguida, no artigo 2º é regulado que a personalidade começa com o nascimento, e, ao nascituro, desde a sua concepção, é reservado direitos.

Sobre isto, é necessário apontar que a lei, ao se referir a pessoas, trata estas como gênero, nesse sentido pontuando Coelho (2012a, p. 366) que:

Como já destacado, os seres humanos não são as únicas pessoas que existem para o direito. Há certas técnicas de separação patrimonial – cuja finalidade é melhor disciplinar as relações entre homens e mulheres – que importam a personificação de seres não humanos. São puros entes ideais, meros conceitos abstratos operacionalizáveis na interpretação e aplicação das normas jurídicas. Desse modo, entre os sujeitos de direito personificados, ao lado dos homens e mulheres, classificados como pessoas físicas (ou “naturais), encontram-se as pessoas jurídicas (ou morais)

Nesse diapasão, tal doutrinador subdivide pessoas em naturais e jurídicas, observando que estas últimas são também sujeitos de direito.

Introduzido esse conceito, pode-se entrar no mérito da análise da capacidade jurídica em praticar os atos da vida civil. Como visto, a capacidade jurídica é a regra, porém, esta contém exceções dispostas nos artigos 3º e 4º do CC/2002.

Assim como no início desse tópico, foi exposta a necessidade do desdobramento de um novo atributo para o negócio jurídico. Em razão de querer limitar a autonomia da vontade, a doutrina civilista elaborou o conceito de capacidade e incapacidade, ou seja, algumas pessoas físicas não estão aptas à prática do cotidiano em razão da sua imaturidade, senilidade, deficiência ou enfermidade. Visando à proteção delas, foi tecida a noção de capacidade civil,

condicionando a ação delas à assistência ou intervenção de um terceiro confiável, ou até mesmo à representação deste por outrem.

A capacidade civil é definida por Beviláqua (1908 *apud* COELHO, 2012a, p. 370) da seguinte maneira: “é a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil”. Embasado nessa doutrina, esse atributo é oriundo das pessoas físicas ou jurídicas e trata-se da faculdade de desempenhar os direitos e os deveres previstos em lei.

Em contraponto, para as pessoas naturais, existe a divisão entre os relativamente incapazes e absolutamente incapazes. Essas pessoas são identificadas pela lei por determinadas características que levam a uma razoável probabilidade de inaptidão à vida pública, em razão de se presumir faculdades pouco desenvolvidas ou ímproba (COELHO, 2012a, p. 381).

Portanto, como sustentado inicialmente no presente subtópico, a capacidade civil é regra no ordenamento jurídico brasileiro, sendo as hipóteses de exceção devidamente previstas em lei.

Os sujeitos que são classificados como absolutamente incapazes têm presumida a falta de faculdades para praticar os atos da vida civil pessoalmente. Esses podem praticar negócios jurídicos válidos, desde que o façam por meio de seu representante legal, conforme observa a lei. Isto é, essas pessoas apenas podem manifestar sua vontade pelo intermédio de seu representante legal (por exemplo: tutor, pais e etc.)

São absolutamente incapazes apenas os menores de 16 (dezesseis) anos graças à superveniência da Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual alterou a redação do artigo 3º do CC/2002.

Caso um absolutamente incapaz pratique um negócio jurídico, este será nulo e lhe será atribuído o efeito *ex nunc*, ou seja, todos os efeitos concebidos por ele serão cessados e desfeitos ao *status quo*.

Já a incapacidade relativa, é a hipótese que abrange os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, a exemplo dos os ébrios e viciados habituais, pródigos e daqueles que não conseguem expressar sua vontade, seja por causas permanentes ou momentâneas, precisando, essas pessoas, serem assistidas, durante a celebração do negócio jurídico sob pena de anulabilidade. O rol citado foi modificado pelo estatuto supracitado, que alterou a redação do artigo 4º do CC/2002, retirando aqueles impossibilitados de expressar a vontade por causas transitórias ou permanentes da lista de incapacidade absoluta e colocando-o em relativa.

Os relativamente incapazes podem praticar, a divergir dos absolutamente, os atos da vida civil, desde que acompanhados de um assistente para auxiliar a sua vontade.

No caso dos relativamente incapazes, menores de idade de 18 (dezoito) e maiores de 16 (dezesseis) anos, como previsto no artigo 5º do CC/2002, há hipóteses de emancipações, que é a extinção da incapacidade do menor, sendo elas: a) concessão dos pais; b) sentença judicial; c) casamento; d) exercício de cargo público efetivo; e) colação de grau em curso superior; f) estabelecimento civil ou comercial; e g) emprego.

Além da capacidade jurídica, é também necessária a legitimidade para prática de um negócio jurídico válido, esta última não se confunde com a aptidão. A exigência tem mérito pela possibilidade de que determinados atos possam modificar negativamente o interesse legítimo de terceiros. Por essa razão, há a limitação por lei em que é necessária a anuência desses afetados para a validade do ato.

Um exemplo disto é uma pessoa capaz casada em comunhão parcial de bens e sem a autorização do seu cônjuge realiza uma venda de imóvel de sua propriedade. Nessa hipótese, a lei exige a anuência do cônjuge para a validade dessa venda.

2.3.2 Objeto Lícito, Possível e Determinável

O negócio jurídico é a fonte de uma relação jurídica na qual se cria, modifica e extingue direitos, seguindo essa ideia é necessário que este direito se refira a algo. Assim, é exigida como pressuposto lógico, à existência do negócio a presença de um objeto.

Entretanto, para satisfação no plano existencial não basta que esse objeto esteja presente, é necessário que ele seja determinável, isto é, que sua qualidade seja possível de identificação e que tal objeto não seja impossível. Por exemplo, um contrato de compra e venda de uma propriedade residencial no literário paraíso de Shangri-la não poderia ser um negócio existente em razão de não existir tal propriedade e tampouco o lugar, sendo este objeto mesmo que determinável, impossível de fazer parte de uma relação jurídica.

Ainda sobre a determinabilidade do objeto, é preciso atentar às generalidades que impeçam a identificação do objeto, *id est*, é possível que se coloque coisa genérica, porém, esta deve ser feita com devido cuidado, sob a pena de culminar com a inexistência do negócio jurídico.

Ultrapassando o atributo da existência, tem-se que o negócio jurídico além de ser determinado ele deve ser lícito. Em outros termos, deve estar dentro da permissividade do ordenamento jurídico. Por essa razão, a venda, *exempli gratia*, de tóxicos e votos são exemplos clássicos de negócios jurídicos inválidos, por expressa vedação legal.

Deve se atentar que para a invalidade do negócio jurídico basta a prática do ato ilícito por uma das partes, não sendo obrigatório que ambos os sujeitos da relação jurídica tenham cometido a ação reprovável.

2.3.3 Forma Prescrita em Lei

Como já esmiuçado em um tópico antecessor, toda ação humana é a manifestação de um desejo interno do agente motivado pela insatisfação e o otimismo de que o emprego desse ato modificará o *status quo*. Essa ação no negócio jurídico é chamada de manifestação da vontade e pode ser feita no plano físico, em diferentes formas.

Em regra, para o ordenamento jurídico brasileiro e nos demais outros ordenamentos jurídicos que compartilham a tradição do Direito Romano, os negócios jurídicos têm forma livre, podendo ser feitos por meio da via oral, escritos em instrumento particular de qualquer qualidade desde papéis de bombom até o mais caro e luxuoso papel disponível ao dinheiro, ao menos em tese. Entretanto, há certos negócios jurídicos que devido a sua natureza oferecem maiores riscos às partes e, também, a terceiros externos à relação.

Sobre isto, disserta Beviláqua (2000 *apud* GAGLIANO; PAMPLONA, p. 389) que:

É princípio aceito pelo direito moderno que as declarações de vontade não estão sujeitas a uma forma especial, senão quando a lei expressamente a estabelece. É até um dos resultados da evolução jurídica, assinalado pela história e pela filosofia, a decadência do formalismo, em correspondência com o revigoramento da energia jurídica imanente nos atos realizados pelos particulares, a expansão da autonomia da vontade e a conseqüente abstenção do Estado que se acanta a, de preferência, na sua função de superintendente, pronto a intervir, quando é necessário restabelecer coativamente o equilíbrio de interesses

Como apontado pelo nobre doutrinador, rege sobre os negócios jurídicos, o princípio da liberdade de forma, rezando o seguinte preceito: suporte da manifestação da vontade ficará ao critério da conveniência das partes. Isto é, as partes poderão optar pelas formas como praticam seus atos, conforme as convir sem o prejuízo da invalidade do negócio jurídico. Esse entendimento pode ser desdobrado da interpretação do artigo 107 do CC/2002, o qual dispõe que: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Sobre essa norma, desdobra-se que os negócios jurídicos podem ser aformais, sem forma determinada em lei, ou formais, ou *ad solemnitatem*.

Quando o negócio jurídico tiver forma prescrita em lei, as partes deverão observá-la, sob pena de nulidade do negócio jurídico, causando o efeito *ex nunc* sobre essa relação jurídica, sendo que todos os efeitos já praticados serão desfeitos e os futuros não serão praticados.

A existência da exigência de forma pela lei pode ser justificada para dar maior segurança às partes quando o negócio tiver valor significativo, sendo mais fácil de provar a manifestação de vontade por aquela forma e a identidade dos negociantes, dando maior seriedade ao negócio, uma vez que um ato solene tem como característica a menor facilidade de se fazer.

Ainda sobre as formas, o negócio jurídico no Brasil não exige, para a sua constituição, a publicidade, portanto, a ausência de divulgação de um negócio não o faz inválido.

Como exposto outrora, é essencial para o objetivo traçado o ponto sustentado neste subtópico. Como supracitado, os negócios jurídicos possuem a liberdade de forma, podendo ser feitos pela via oral, gestual, escrita, por meio de gravuras ou documentos digitais.

A convenção de arbitragem, por sua vez, é um negócio jurídico solene como determina os artigos 4º, §1º: “A cláusula compromissória **deve ser estipulada por escrito**, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira” (grifos acrescidos); e 9º, §2º, da Lei nº 9.307/1996: O compromisso arbitral extrajudicial **será celebrado por escrito particular**, assinado por duas testemunhas, **ou por instrumento público**” (grifos acrescidos).

Por essa razão, as cláusulas compromissórias e os compromissos arbitrais, feitos pela forma oral ou gestual, não têm a validade admitida. A validade dessas convenções deve atender ao suporte fático exposto nos referidos artigos, devendo ser escritas, logo, restando oponentes dúvidas quanto à solidez de convenções celebradas no *cyberspace*, o que será abordado adiante.

2.3.4 Os Vícios e os Defeitos do Negócio Jurídico

Consoante o explicado acima, a ser analisada a manifestação da vontade e a interpretação, a declaração de vontade é um dos 3 (três) pressupostos da existência de um negócio jurídico, sendo ela a incorporação da intenção do agente. Entretanto, como visto no

supracitado tópico, há uma dissociação entre a vontade e manifestação, sendo a aquele um pressuposto de validade este, de existência.

Nesse diapasão, é necessário relembrar que a declaração é fruto do processo volitivo do indivíduo e, como mencionado antes, o incorpora. Por essa razão, um negócio jurídico celebrado sob a égide de algum meio que tenha neutralizado esse processo volitivo, por exemplo a violência física irresistível (*vis absoluta*), não é causa de invalidade, mas, de inexistência do ato jurídico, em razão da total inexistência do processo de manifestações.

Quando se comenta sobre defeitos e vícios do negócio jurídico, refere-se principalmente ao processo volitivo do agente na prática do ato. Como visto anteriormente, o atributo da validade busca resguardar e incentivar certas qualidades protegidas pelo ordenamento jurídico, sendo por esse motivo necessária a tutela do negócio jurídico quanto às intenções dolosas contra os desavisados, e até mesmo contra o próprio Direito – como é o caso da simulação e da fraude contra credores –, e ao descuido escusável.

Nessa toada, os defeitos comprometem a validade do negócio jurídico, tornando-os anuláveis, conforme o inciso II do artigo 171 do CC/2002. Tais subdividem-se em vícios de consentimento – erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo – e os vícios sociais – simulação e fraude contra credores.

Os vícios de consentimento maculam o negócio jurídico, permeando-os de invalidade em razão de o agente não ter expressado a declaração de vontade de forma consciente e livre. Sobre isto, expõe Coelho (2012a, p. 738) que:

Como os negócios jurídicos resultam da vontade das partes direcionada à produção de determinados efeitos, para valer, deve ser produto da perfeita manifestação da vontade dos sujeitos. Viciada esta pelo erro, dolo, coação, estado de perigo ou lesão, deve-se anular o negócio jurídico, para evitar-se a projeção de efeitos não desejados.

A divergir dessa subespécie de invalidade, os defeitos sociais têm em seu cerne a intenção de que uma ou ambas as partes em frustrar as vias jurídicas, sob o desígnio de prejudicar terceiro de boa-fé. Ou seja, a invalidez do negócio jurídico é atribuída em razão do uso do instituto para fins fraudulentos, pervertendo ou impedindo o Judiciário de cumprir sua função de guardião do bem-estar social (COELHO, 2012^a, p. 738-739).

Em termos jurídicos, o erro é a percepção equivocada da realidade, a qual é usada pelo agente para tomar uma decisão. Em outras palavras, é a convicção arbitrária do agente sobre uma situação de conhecimento precário.

Ademais, não há nada mais natural do que o erro. A toda hora os seres humanos tomam decisões com base em conhecimento imperfeito que tem sobre determinadas situações e incidem em erro, em maior ou menor grau, nas suas atividades. Nesse diapasão, Hayek teceu sua teoria sobre a economia, analisando o mercado como o processo em que os envolvidos transmitem e recebem informações, por meio do sistema de preços, com base no axioma da imperfeição do conhecimento dos agentes. Tal abordagem explica satisfatoriamente a flutuação dos preços e a derrocada das economias planejadas, conferindo-o em 1974 a comenda do prêmio Nobel em economia (HAYEK, 1945).

Em razão da habitualidade do erro e da possibilidade de prejuízo, o legislador reservou no atributo da invalidade meios de anular e/ou sanar tais erros, desde que cumpridos 2 (dois) requisitos, conforme expressa o artigo 138 do CC/2002: “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de **erro substancial** que poderia **ser percebido por pessoas de diligência normal**, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos).

O erro deve ter sido essencial ao ato praticado e, além disto, escusável ao homem médio. Assim, é a convicção inverídica sobre as circunstâncias o principal motivo da decisão e estas induziriam uma pessoa normal a uma interpretação equivocada. Nesse diapasão, podem ser sobre a identidade do objeto, quanto à essência do objeto, à natureza do negócio e suas consequências e à qualidade de determinada pessoa.

Quando o erro é provocado por alguém, está-se diante do defeito de consentimento do dolo. Desse modo, tem havido a indução a uma percepção não condizente com a realidade por parte de outra pessoa com o intuito de se locupletar com a decisão equívoca. Se o ardil foi a causa essencial para a celebração do negócio, está-se diante do dolo principal, tornando-se apenas mais desvantajoso se tem configurado o acidental.

Sobre essas 2 (duas) classificações, dispõe Gagliano e Pamplona (2013, p. 400) que:

Nesse diapasão, o Novo Código Civil, em seu art. 145, após referir que os negócios jurídicos só são anuláveis quando o dolo for a sua causa (principal), ressalva, no artigo seguinte, que o dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos. É acidental, prossegue o legislador, quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo.

Assim como o erro, o dolo gera a anulação do negócio jurídico, entretanto, há determinado grau de tolerância à atitude dolosa. Além do exposto, quando as 2 (duas) partes agem em dolo, nenhuma delas poderá requerer a anulação, conforme o artigo 150 do CC/2002.

Em seguida, nos vícios de consentimento, tem-se a coação que é definida como o constrangimento físico ou moral apto a influenciar a vítima a praticar a declaração desejada pelo coator, ou seja, é a ameaça imediata de dano feita à vítima com o intuito de que esta pratique determinado negócio jurídico sob os termos designados pelo coator.

Outrossim, deve ser observado que o constrangimento físico irresistível não é causa de invalidade, mas, de inexistência do negócio jurídico, como já descrito.

Há 4 (quatro) requisitos que precisam ser atendidos para que a coação torne inválido o negócio jurídico, a saber: 1º) a ação coagente deve ter sido causa principal do negócio jurídico; 2º) a consequência prevista pela coação deve ter potencial de gerar efeitos negativos graves à vítima, causando nesta justificável temor; 3º) o resultado deve produzir dano iminente, todavia, caso seja possível evitar a ameaça de forma eficaz, não haverá invalidade; e, por fim, 4º) a ação coagente deve ser injusta. Quando acumulada essas 4 (quatro) características existirá a reprovabilidade no atributo da validade (COELHO, 2012a, p. 760-761).

A lesão, por sua vez, é outra das causas de vício de consentimento, sendo caracterizada pela contração de uma prestação desproporcional assumida por uma das partes, em razão do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes. Esse constrangimento impede a liberdade na manifestação da vontade do agente, por essa razão, tem-se um negócio jurídico eivado de invalidade. Tal defeito se assemelha à onerosidade excessiva, divergindo por ser a lesão constituída na celebração do negócio, enquanto que a outra é no momento do cumprimento da obrigação.

O último vício de consentimento é o estado de necessidade, que é configurado quando há constrangimento por uma necessidade angustiante, a qual é de conhecimento do interlocutor, motivador da assunção de obrigação excessivamente onerosa (COELHO, 2012a, p. 764). Esse constrangimento pode ser de causas naturais – terremoto, maremoto e etc – e de causas humanas.

Sobre a semelhança entre o estado de perigo causado por ação humana e da coação, aponta Coelho (2012a, p. 765) que:

Difere-se o estado de perigo causado por ação humana da coação por terceiros em razão do objetivo do constrangimento à vontade do declarante. No estado de perigo causado por ação humana os graves danos a que se expõe o declarante, ou pessoa de sua família, não partem de quem quer favorecer o declaratário; na coação por terceiros, a ameaça é feita especialmente para que o declarante emita a declaração defeituosa em benefício do declaratário.

Por fim, resta falar sobre os defeitos sociais, sendo eles: a) a fraude contra os credores, que é caracterizada como a alienação de bens patrimoniais do devedor, ou, mesmo, a assunção de obrigações excessivamente onerosas, com o fim de esgotar os recursos para a quitação de outras dívidas assumidas; e b) a simulação, que se caracteriza por dar a aparência de realidade a um negócio jurídico falso, com o intuito de fraudar a lei, ou seja, os declarantes emitem uma declaração de vontade falsa para ocultar designios ilegais.

3 O VALOR PROBATÓRIO DOS DOCUMENTOS DIGITAIS

Para a abordagem sobre o valor probatório do documento eletrônico, será apresentada a teoria geral das provas, para em seguida discutir a sua qualidade jurídica, que já é uma realidade nos tempos atuais e, por fim, a sua força probante.

Como explanado anteriormente, o Direito regula fatos pertinentes à sociedade com o fim de solucionar os conflitos tanto dos entes privados quanto da própria sociedade. Quando se pensa em conflitos, deve-se enfatizar a existência de 3 (três) tipos de resoluções de conflitos: a autotutela, a autocomposição e, por último, a heterocomposição.

Sobre a ótica evolutiva, tais meios de harmonização de interesses surgiram na ordem cronológica disposta acima, primeiro a autotutela e, por último, a heterocomposição. Em razão disto, tem-se a ideia de a autotutela ser o mais primitivo e a heterocomposição o mais sofisticado e civilizado.

A autotutela é o exercício do direito pelos seus interessados, isto é, quando há um conflito entre 2 (dois) sujeitos, estes irão resolvê-lo por meio dos próprios meios, podendo ser violentos, ou não. Em tempos primitivos, no hipotético estado de natureza, é interpretado que cada indivíduo era responsável pela própria defesa, era senhor de si próprio, e por essa razão fazia o que lhe achava ser de direito por meio de sua própria força. Por esse motivo, é referido que a autotutela era o reinado da lei do mais forte sobre o fraco (SÁ FILHO, 2012, p. 110).

Em algum momento, nesse cenário imaginativo, os homens cultivaram o sofisticado dom de viver em sociedade, o que levou à descoberta de um novo método que visasse uma maior harmonia na sociedade e atendesse satisfatoriamente aos problemas mais complexos. Tal meio foi o da autocomposição, caracterizado pelo ajuste dos interesses divergentes das partes sobre um determinado assunto.

Sobre a autocomposição, Cintra, Grinover e Dinamarco (2013, p. 29) explanam que:

São três as formas de autocomposição (as quais sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) *desistência* (renúncia à pretensão); b) *submissão* (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) *transação* (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem *parciais* – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

As sofisticadas das relações permitiam aos indivíduos chegar a uma solução mais amigável, com o auxílio de terceiros, ou não, podendo desistir, renunciar ou negociar a

pretensão conflitante. Uma visão mais romântica conceituaria que o cenário ideal desse meio, a divergir da autotutela, era o resultado de *win-win situation*.

Por fim, tem-se a heterocomposição em que as partes submetem suas pretensões a um terceiro confiável e capaz de emitir uma decisão justa, à qual ambas as partes irão se submeter. É nesse meio de dissolução de conflito, em que, teoricamente, será analisado o mérito de cada um.

Ambos os meios descritos ainda existem no ordenamento jurídico, pois a autotutela, está representado pelo instituto da legítima defesa, por exemplo, (SÁ FILHO, 2012, p.111); a autocomposição, na figura de contratos, mediações e conciliações; e, por último, a heterocomposição constituída pela jurisdição estatal e a arbitragem.

A crença da maior civilidade da heterocomposição sobre as demais se baseia, sobretudo, na própria natureza desta. A ideia da heterocomposição é a de entregar a decisão de um conflito que está acontecendo, já aconteceu ou irá acontecer, a um terceiro imparcial, confiável e com autoridade para fazer valer sua decisão. Nessa ordem, é esperado que haja um rito específico, um procedimento racional, ou ao menos aparentemente racional, para averiguar o mérito de cada pretensão.

Nesse método, cada parte tem o interesse de demonstrar a qualidade de sua pretensão, provando a esse terceiro que é o seu interesse, o qual deve prevalecer sobre o do seu adversário. A existência e a validade do fato jurídico devem ser provadas a esse terceiro para que seus efeitos sejam iniciados, modulados, desimpedidos ou extintos.

Nesse diapasão, tem-se a importante matéria da teoria das provas, cuja circunscrição encontra-se no ramo do Direito Processual. Tal assunto é de grande pertinência por ser o ponto de interseção entre o Direito e o mundo prático.

Convém instruir que o mérito de tal matéria resguarda a distribuição do ônus da prova, a licitude do meio probatório e a valoração deste. Em tese, há 3 (três) sistemas de valoração: I) o da prova legal, o qual a lei institui o valor de cada prova e esmiuça em detalhes cada meio probatório; II) o da valoração segundo a consciência, no qual o juiz tem total liberdade para se convencer; e III) o da persuasão racional, no qual o juiz detém a liberdade de convencimento, entretanto, sua decisão deve ser vinculada a critérios racionais indicados.

Sobre isso, Cintra, Griovenda e Dinamarco (2013, p. 389) comentam que:

Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa 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.

O referido sistema é o adotado no Brasil e resguarda o papel ativo do juiz e estabelece claros limites à função judicante, criando um *check and balance* na atividade jurisdicional.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Carta Magna de 1988 elevou alguns princípios à categoria de direitos fundamentais, isto é, direitos inerentes à dignidade da pessoa humana. O direito probatório está inserido de forma não expressa, assim como o direito de duplo grau de jurisdição. Aquela encontra-se inserido no princípio do contraditório e da ampla defesa, respectivamente, no artigo 5º, incisos LIV e LV, da referida carta.

Nesse seguimento, em razão de todo direito se originar de uma situação de fato e subsumida a uma norma jurídica, é dever, e também direito, das partes provar as alegações feitas. O direito probatório é, portanto, um direito subjetivo de invocar, durante o decorrer do procedimento jurídico, os fatos que justifiquem a pretensão do demandado ou demandante, a fim de convencer o juiz, da adequação do caso concreto à norma. Tal preceito está “umbilicalmente” ligado ao princípio do processo legal, uma vez que, o embaraço deste tornaria impossível o conhecimento do juiz quanto ao verdadeiro mérito do que é litigado.

Com isso em mente, pronunciou Theodoro Jr. (2015, p. 1104) que:

Sem a garantia da prova, anula-se a garantia dos próprios direitos, já que “todo direito resulta de norma e fato”. Portanto, sendo a existência ou o modo de ser do fato (origem do direito controvertido) posto em dúvida, não há como se possa fazer valer o direito sem a produção de prova. Vale dizer: “como a Constituição Federal diz que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, e que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e diz, ainda, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* [grifos do original], resulta claro que o direito de produzir prova é um direito fundamental constitucionalmente assegurado”.

Por consequência, deve ser sempre praticado pelo juiz uma especial hesitação em indeferir pedidos de provas, uma vez que, ao fazer isto, poderá vilipendiar um direito fundamental. Visto isto, a dúvida quanto ao cabimento ou a eficiência do meio probatório deve ser sempre em favor do deferimento, sendo apenas o caso de indeferimento quando forem evidentes a inutilidade e o descabimento daquela prova.

Consoante o exposto, a prova possui os seguintes elementos estruturais, sendo eles:

1) o objeto, enquanto registro do fato subsumido à norma; 2) o destinatário, que é o Estado-Juiz; 3) a finalidade de convencer quanto ao mérito; e, por fim, 4) a licitude no colhimento da prova. Nessa toada, a prova é o registro de um fato pertinente à pretensão do demandado ou

demandante, obtido por meio não defeso em lei, direcionado ao juiz ou árbitro com o fim do convencimento deste.

O Código de Processo Civil de 2015 em seu Capítulo XII prescreve os meios probatórios legais, descrevendo o seu procedimento. Todavia, no *caput* do artigo 369 permite-se a liberalidade das partes em utilizar de outros métodos não especificados na legislação sobre a condição de serem moralmente legítimos, sendo exemplos: a prova testemunhal, confessional, documental e outros.

3.1 Objeto da Prova

Os fatos que configuram a constituição, modificação ou extinção do direito devem atender 2 (dois) critérios para figurarem como objetos de prova: a relevância e a precisão. Em tese, não são todos os fatos ocorridos em um conflito que são importantes para a decisão do juiz e, por sua vez, alguns desses podem ser demasiadamente vagos para a elaboração de uma sentença.

Os fatos relevantes, nas palavras de Dinamarco (2001, p. 65), são:

aqueles cujo reconhecimento seja capaz de influir nos julgamentos a proferir no processo. Mais precisamente, são os acontecimentos ou condutas que, havendo sido alegados na demanda inicial ou na defesa do réu, tenham em tese a desejada eficácia constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva pretendida por aquele que os alegou.

Por essa razão, os fatos selecionados para serem provados devem ser pertinentes ao mérito da pretensão e específicos ao ponto de contribuírem com uma decisão satisfatória. Nesse fundamento, a lei processual civil, nos incisos do seu artigo 374, filtra as provas, permitindo a dispensa da produção de alguns fatos, são eles: os notórios, os incontroversos durante o processo, os afirmados por uma das partes e confessados pela parte adversária, e, por último, os que são agraciados pela presunção de veracidade.

Nessa toada, há também a dispensa em produzir provas quanto à existência de um direito, como expõe Theodoro Jr. (2015, p. 1106): “o direito ordinariamente não se prova, pois *jura novit curia*. Porém, quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, poderá o juiz exigir-lhe a respectiva prova” (Artigo 376).

As dispensas comentadas foram feitas com o intuito de um processo de conhecimento mais célere e mais concentrado na substancialidade da lide, isto é, em razão da

morosidade de um processo é necessário que fatos inúteis ou de fácil comprovação sejam filtrados da fase probatória. Tal preceito contribui para uma decisão mais apta e em tempo hábil a solucionar a lide.

Nos demais fatos, admite-se a produção de provas diretas e indiretas. As primeiras existem quando há a demonstração do narrado nos autos e são indiretas quando é enfatizado outro fato que, por raciocínio lógico, deduz a situações descritas nas alegações.

Ultrapassado o critério da relevância, o objeto da prova deve ser específico como expressa o princípio da substanciação, isto é, não deve o fato ser tão genérico ao ponto de não ser apto a gerar qualquer juízo de certeza no julgador, uma vez que configuraria como mera protelação e abuso do direito probatório. Sobre isso, dispõe Theodoro Jr. (2015, p. 1108) que:

Tanto a demanda do autor como a defesa do réu estão sujeitas ao princípio da substanciação, ou seja, devem se fundar em *fatos concretos* adequados ao acolhimento da pretensão ou resistência oposta (NCPC, artgs. 319, III, e 336). Assim, não basta afirmar genericamente que o ato jurídico a ser anulado foi praticado sob dolo ou coação (fundamentos genéricos, apenas de direito). É indispensável que a parte alegue *fatos concretos* que se possam subsumir na hipótese legal do vício de consentimento (...).

Como explanado anteriormente, as provas produzidas na etapa instrutória do processo de conhecimento sempre demandarão atendimento ao critério da relevância e da especificidade e, por fim, que não sejam um dos fatos expressos nos incisos do artigo 374 do Código de Processo Civil de 2015, pois estes são aqueles acontecimentos notórios, alegados por uma das partes e admitida pela outra, incontrovertidos no decorrer do rito processual e, por fim, os que a lei lhes deu presunção de existência ou veracidade.

3.2 A Finalidade e o Destinatário da Prova

Consoante a atomização feita sobre a prova, a lógica do meio de solução heterocompositivo reside em fazer alegações a alguém com o intuito de comprovar a pretensão arguida ao terceiro estranho à disputa. Nessa ordem, as provas possuem como destinatário o juiz competente, na função de Estado, ou árbitro, o qual diz o direito, conforme seu convencimento da causa.

Sobre esses fundamentos, a finalidade da prova, portanto, é a demonstração da veracidade das alegações feitas por cada parte em busca de uma sentença favorável à sua pretensão. Todavia, o processo moderno não enxerga o procedimento como um campo de

batalha, no qual o mais apto nas estratégias conseguirá direcionar o juiz a sua vontade. Tampouco, o juiz tem tamanha liberdade e privilégio de se deixar convencer com a retórica e a habilidade de um dos sujeitos da ação.

O processo estabelecido para solução do conflito é visto como o instrumento para averiguar a verdade real que deve ser apresentada pelas evidências contidas nas provas dos autos. *Id est*, às partes e ao Estado-Juiz é atribuído um papel mais complexo e, por assim dizer, mais civilizado graças ao desígnio processual traçado em que o processo é considerado meio de descobrir a causa da controvérsia e a solução desta.

Há, por essa razão, regras no processo, que proporcionam às partes e aos juízes, a prática de atos processuais capazes de alcançarem a verdade real do conflito, devendo esses sujeitos processuais usarem suas faculdades processuais em direção à verdade real. Cada litigante tem o poder de oferecer provas que constituam, modifiquem, impeçam e extingam o direito disputado e, conseqüentemente, o dever de apresentar as provas que apontem ao juiz a verdade, assim como este último tem o poder-dever de impedir que o processo seja apenas um jogo de retórica por meio das prerrogativas da lei processual.

Por essa razão, quando as partes são incapazes de fornecer o arcabouço de provas suficientes a desvendar ao juiz a verdade real, é aleijado do processo o objetivo da verdade real e devem as partes se contentar com a verdade formal, uma vez que é limitado ao juiz decidir sobre o que foi alegado durante o processo.

Nessa toada, expõe Theodoro Jr. (2015, p. 1109) o seguinte pensamento:

Ao juiz, para garantia das próprias partes, só é lícito julgar segundo o alegado e provado nos autos. O que não se encontra no processo, para o julgador não existe. Há, ainda, presunções legais que, em muitos casos, condicionam a verdade a critérios apriorísticos do legislador, sem que exista qualquer prova nos autos. Em consequência, deve-se reconhecer que o direito processual se contenta com a *verdade processual*, ou seja, aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade.

Nesse diapasão, conforme exposto, o juiz tem o livre-convencimento sobre a causa, devendo motivá-lo racionalmente. Esse convencimento está limitado ao que foi esmiuçado dentro do processo. Tal medida é um verdadeiro *check and balance* desse sistema de valoração. Do contrário, poderiam ser feitas decisões fundamentadas em preceitos não contraditados no decorrer do processo, vilipendiando o direito ao devido processo legal, uma vez que estariam comprometidos a ampla defesa e o contraditório. Além disto, a ausência desse impedimento não ofereceria a distância necessária entre a pessoa do juiz e o Estado-Juiz.

Visto isso, apesar de o intuito do processo moderno ser a busca da verdade real, os regramentos processuais possuem a difícil tarefa de proporcionar aos sujeitos as faculdades necessárias para realizar a solução de controvérsias e harmonizar com as possíveis arbitrariedades que possam nascer pelo mal-uso desse instrumento. Por essa razão, observada a imperfeição do conhecimento humano e do emprego deste, quando não há alcance da verdade real, contenta-se com a formal.

Além dessa garantia fundamental, pode ser mencionado, em termos subsidiários, a do duplo grau de jurisdição, que atua para remediar as decisões arbitrárias e os equívocos na busca da verdade, uma vez que é possível ter escapado aos olhos do julgador o suporte fático capaz de levar à verdade.

3.3 O Meio de Prova

Por fim, como última característica da prova, tem-se o meio da probatório, como antes exposto, sendo necessário para convencer ao juiz apresentar evidências do fato que fundamenta o alegado. Nesse sentido, a prova pode ser feita por inúmeras formas, desde que moralmente legítimas.

Logo, o meio da prova é o veículo informativo apto a convencer o juiz acerca do direito alegado. O Código Processual Civil possui positivados os seguintes meios: a ata notarial, o depoimento pessoal, e a confissão, exibição de documentos ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, inspeção judicial e prova emprestada. Cada uma dessas espécies de prova possui suas especificidades e estão aptas a provocar no juiz um certo grau de certeza em direção ao julgamento.

Em questão de doutrina, Santos (2004, p. 390) subdivide as espécies de provas em documental, material e testemunhal, com os seguintes dizeres:

Prova Testemunhal, em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas testemunhais, ou orais, se compreendem as produzidas por testemunha, depoimento de parte, confissão, juramento. Prova Material é a consistente em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais etc. Por fim, a prova Documental é a afirmação escrita ou gravada: as escrituras públicas ou particulares, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias etc.

Nesse diapasão, conforme citado, os meios probatórios positivados no ordenamento jurídico brasileiro podem ser de qualidade testemunhal, quando se tratam de uma prova oral,

material, quando se busca expor a qualidade da coisa *in concreto*, e, por fim, documental, quando se tratar de afirmação escrita ou gravada, ou qualquer registro capaz de durar por um longo tempo.

É importante mais uma vez enfatizar que graças ao sistema de valoração da prova adotado no Brasil não há qualquer peso fixo para cada prova. Todas estão aptas, ao mesmo tempo, a provocar uma sentença favorável ou desfavorável. Com isso em mente, cada uma das espécies de provas terá seu valor ponderado pelo juiz, de acordo com o caso concreto.

Dito isso, somente a espécie de prova documental é pertinente ao mérito do objetivo deste capítulo. E, é, portanto, tempestivo dissertar sobre a prova documental e, por fim, da sua versão digital, bem como o valor probatório de cada um.

3.4 Documentos Físicos e Digitais

Quando se comenta sobre documentos, vem à mente do leigo um papel com conteúdo importante e, não raramente, expedido por uma repartição pública, a exemplo de carteira de identidade, certidão de casamento e de outros. Todavia, o conceito jurídico de documento é bem mais amplo e ausente da letra da lei, dando a tarefa à doutrina de tecê-lo.

Nessa ordem, diversos autores produzem conceitos similares quanto ao que é um documento, alguns mais abrangentes outros mais restritivos, e é pertinente citar alguns deles, para então elaborar um conceito próprio que servirá como premissa nessa obra.

Como recorda Marcancini (1999), alguns autores conceituaram documentos, atribuindo a materialidade como um dos seus elementos principais. Nesse diapasão, é possível citar Chiovenda (1998, p. 127), para quem, “documento, em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente”.

Entretanto, outros excluía das características essenciais do documento a sua materialidade e focavam em sua função principal, como pode ser extraído dessa análise traçada por Pontes de Miranda (1974, p. 335): “o documento é toda a coisa que expressa por meio de sinais o pensamento”.

Para Diniz (2002, p. 192-193), os documentos “representam um fato, destinando-se a conservá-lo para futuramente prová-lo sendo esses documentos particulares os feitos mediante atividade privada, como por exemplo as cartas, telegramas, fotografias, fonografias”.

Em igual caminho, leciona Theodoro Jr. (2015, p. 1218) a definição de documento, citando Carnelutti da seguinte maneira:

Na definição de Carnelutti, *documento* é “uma coisa capaz de representar um fato”. É o resultado de uma obra humana que tenha por objetivo a fixação ou retratação material de algum acontecimento. Contrapõe-se ao testemunho, que é o registro de fatos gravados apenas na memória do homem.

Com base nesses ilustres conceitos, documento é a obra humana apta a registrar a ocorrência de um fato, com intuito de prová-lo futuramente. Por essa razão, tem como característica a permanência, e a função de um instrumento para o convencimento de um terceiro. Tal conceito está em sentido lato e intrinsecamente ligado à própria etimologia da palavra, que é oriunda do latim *documentum*, derivação de *docere*, cujo significado é ensinar, demonstrar, indicar.

Em um sentido mais estrito, a expressão documento pode se referir apenas aos escritos, aqueles em que os fatos ocorridos foram registrados através da palavra escrita no material propício.

Consoante o exposto, tem-se que o conceito de documento é sobretudo abrangente e a sua função de comunicar um fato a terceiros clara, não lhe sendo elemento essencial a sua materialidade. Com isto, é pertinente observar que tal conceito é aplicável das formas mais antigas e milenares até às mais modernas, como a digital.

Como dissertado outrora, a informática tem um espaço destacado no mundo. Seus constantes avanços tecnológicos cada vez mais atingem novos lugares e patamares, massificam o uso e, também, a eficiência dos dispositivos eletrônicos. Em consequência ao progresso, surgiram maiores desafios ao Direito, tanto em sua aplicação quanto a sua dogmática. Cada área do Direito foi impactada a sua maneira. A existência de comunidades virtuais criaram ambientes comuns para ocorrência de crimes, como injúria, difamação e calúnia, além do uso indevido de imagem e violação da propriedade intelectual. A criação da *cryptocurrency*, ao exemplo do *Bitcoin*, desafia a definição de moeda em seu termo legal, e é marcante o agigantamento do *e-commerce* e sua presença marcante nas relações comerciais e consumeristas.

As compras e vendas são majoritariamente realizadas na internet e adotadas devido à conveniência, rapidez e eficiência. Os produtos e ações da vida civil graças a esses avanços estão à distância de “um click” e podem ser feitas na comodidade da casa. Por essa razão, esse

novo tipo de comércio cresceu e fez ainda mais atual o conhecido conselho do americano Benjamin Franklin (1748): “tempo é dinheiro”.

Sobre essa nova modalidade de comércio, observa Coelho (2012b, p. 358-359) que:

Comércio eletrônico assim, significa os atos de circulação de bens, prestação ou intermediação de serviços em que as tratativas pré-contratuais e a celebração do contrato se fazem por transmissão e recebimento de dados por via eletrônica, normalmente no ambiente da internete.

E, adiante, observando o recente cenário recente da economia afirma-se que:

Muitos empresários mantêm estabelecimentos físico e virtual. Há, por outro lado, os que só possuem o virtual. Quem quiser adquirir bens ou serviços destes, deve procurá-los necessariamente na internete. Aliás, os que hoje exploram atividade empresarial apenas em estabelecimentos físicos enfrentam crescentes dificuldades de manterem a competitividade (COELHO, 2012b, p. 359-360).

Os fatos jurídicos ocorridos no cenário digital já são uma realidade inegável, com complexidade própria e desafios ao Direito material e ao processo. Nessa ordem, cabe falar sobre uma das figuras principais desses desafios: o documento eletrônico.

Como comentado acima, uma grande quantidade dos negócios jurídicos feitos nos dias atuais é celebrado e tem registro no *cyberspace*. Com isso em mente, cabe a análise de o que é um documento digital, qual é a sua validade legal e o seu valor legal. Todavia, antes é necessário refletir quanto ao “lugar” em que ele existe.

O *cyberspace* é um misterioso “lugar” que surgiu com a adoção dos meios tecnológicos pelas pessoas. Neste ambiente globalizado – onde não há boa separação entre as nações –, existem comunidades (com regras próprias), comércio, dialeto e, até mesmo, moeda. Porém, no que consiste esse espaço? Em termos técnicos, é o conjunto de informações, *bits*², presente nos meios eletrônicos usados para o acesso. O *cyberspace* é um espaço feito de *bits* e localizado em uma rede vasta de dispositivos.

Quando se fala em documentos eletrônicos, refere-se a algo dentro desse espaço. Consoante essa reflexão, Marcacini (1999) expõe que:

A assimilação deste conceito de documento eletrônico exige um certo grau de abstração. Trilhando a mesma linha de raciocínio de um dos “gurus” da informática moderna, Nicholas Negroponte, pode-se dizer que experimentamos hoje um mundo

² *Bit*, deriva de *Binary Digit*, e é a menor unidade de informação, bem como a básica, usada por computadores, podendo assumir somente dois valores: 1 ou 0. Enquanto que *bytes* é o termo informático para a sequência de 8 *bit* sendo a menor quantidade de informações que pode ser armazenada.

virtual onde, no lugar dos átomos, encontramos bits. Estávamos acostumados com uma realidade de coisas formadas por átomos e, agora, temos que nos acostumar com uma realidade em que convivem "coisas" formadas tanto por átomos como por bits. O documento tradicional, em nível microscópico, não é outra coisa senão uma infinidade de átomos que, juntos, formam uma coisa que, captada pelos nossos sentidos, nos transmite uma informação. O documento eletrônico, então, é uma dada seqüência de bits que, captada pelos nossos sentidos com o uso de um computador e um software específico, nos transmite uma informação.

Nesse diapasão, o conceito de documento eletrônico é o registro de um fato em uma seqüência de informações, chamadas de *bits*, que é lido por dispositivos eletrônicos e, por sua vez, está localizado, ao mesmo tempo, em diversos lugares. Similar conceito é defendido por Theodoro Jr. (2012, p. 1244-1245) ao afirmar que:

O documento eletrônico é aquele que resulta do armazenamento de dados em arquivo digital. Consiste, portanto, numa “seqüência de *bits* que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativo de um fato”. Ou mais exemplificativamente, “o documento eletrônico pode ser entendido como a representação de um fato concretizado por meio de um computador e armazenado em formato específico (organização singular de *bits* e *bytes*) capaz de ser traduzido ou apreendido pelos sentidos mediante o emprego de *programa (software)* apropriado”.

Tal conceito, como anteriormente dito, é compatível com o sentido amplo de documento defendido pela doutrina, e, por consequência, tem seu valor legal resguardado pela lei. Todavia, convém destacar que determinadas condições necessitam ser atendidas para conferir a validade ao documento, sendo elas: autenticidade e a integridade.

Em outras palavras, o documento eletrônico é uma espécie de documento, assim como o físico, capaz de levar, caso observado, determinados requisitos de validade ao juiz ou árbitro, em relação ao convencimento da ocorrência de um fato modificativo, extintivo, impeditivo ou constituidor do direito alegado. Entretanto, a magnitude dessa prova, como se verá adiante, fica a critério do juiz.

3.5 Os Requisitos do Documento Digital

Conforme dissertado acima, o conceito de documento eletrônico é inegavelmente compatível com o sentido mais amplo de documento adotado pela doutrina. Entretanto, a harmonia entre os conceitos pode ser apenas assunto de mérito acadêmico frente aos problemas da certeza que esse instrumento de prova pode oferecer.

Em razão da característica marcante da internet e do desconhecimento de informática do homem médio, um documento digital pode muito bem não ter qualquer valor

probatório e sequer validade como meio de prova. *Ab initio*, qualquer coisa na rede informações deve ser questionada, desde sua autenticidade, acerca de quem é o autor do escrito, até mesmo perante ao conteúdo da informação, em decorrência de uma rede poder abrigar muito bem desinformações e informações incorretas.

A Era da Informação, ironicamente, revela os sintomas de desinformação capaz de comprometer a confiança de todas as informações distribuídas pelo meio da internet. O fenômeno pode ser testemunhado principalmente nas redes sociais onde circulam com grande frequência frases atribuídas a autores diversos e relatos de eventos totalmente desvinculados com a verdade dos fatos, o famoso fenômeno da *fake news* - termo este popularizado pelas constantes publicações de notícias falsas, principalmente correlacionada à matéria política – além, é claro, de opiniões sensacionalistas sobre decisões de juízes ou tribunais perante casos polêmicos, quase sempre permeados pela ignorância do funcionamento do ordenamento jurídico nacional.

Sobre isso, Pinheiro, Cappelli e Maciel (2014) expõem o seguinte diagnóstico:

A validação da informação é o grande desafio da auditabilidade, pois a participação dos usuários finais na produção de conteúdo na Internet tem impactado o grau de confiança em relação à informação produzida. Existe ainda outro ponto a considerar: a colaboração e o ambiente dinâmico não nos permite avaliar a informação de forma convencional porque o conteúdo gerado em tais circunstâncias não se sujeita às regras da mídia tradicional.

Tal análise é feita com vista à liberdade irrestrita de expressão que é disponível na internet, que aponta a inexistência de um filtro que antecipe e/ou impeça a conduta que dissemine informações errôneas ou a desinformação.

Em desvantagem aos documentos físicos, os quais também podem ser alvos de falsificação tanto em sua autenticidade, seu conteúdo e a sua data de confecção, os digitais têm maior dificuldade em conseguir transmitir um grau de certeza devido ao desconhecimento quanto à tecnologia por trás de sua natureza e aos inúmeros casos infames.

Nesse sentido, a *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) ou Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional debateu o assunto e em 1996 publicou a Lei Modelo da UNCITRAL sobre o comércio digital, exprimindo orientações aos países membros de como se posicionar a respeito do assunto.

A lei em comento não tem qualquer valor obrigatório em relação aos países e serve apenas como uma sugestão com o intuito de unificar as diversas leis do comércio internacional em um sentido. Com isto em mente, a citada lei condensa determinados princípios vitais ao e-

commerce, ao exemplo do Princípio da Equivalência das Funções, o qual reza a igualdade de validade e valor probatório a um documento físico e digital. O artigo 9º, item 2, da citada lei expõe o seguinte, *in verbis*:

Toda informação apresentada sob a forma de mensagem eletrônica gozará da devida força probante. Na avaliação da força probante de uma mensagem eletrônica, dar-se-á atenção à confiabilidade da forma em que a mensagem haja sido gerado, armazenada e transmitida, a confiabilidade da forma em que se haja conservado a integridade da informação, a forma pela qual haja se haja identificado o remetente e a qualquer outro fator pertinente.

Tal exceto resguarda a noção de que apresentados os requisitos da autenticidade e a integridade do conteúdo, bem como qualquer outra qualidade pertinente, o meio digital será válido e apto a gerar juízo de certeza ao julgador.

No Brasil, a Medida Provisória nº 2.200-2/2001 foi a primeira empreitada legislativa, a fim de regulamentar o documento eletrônico e em seu artigo 1º dispôs sobre a criação da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil para garantir a autenticidade, integridade e validade jurídica dos documentos eletrônicos. A referida Medida Provisória continua em vigor em razão de ter sido feita antes de Emenda Constitucional nº 32 e este não ter revogado as medidas provisórias ulteriores à sua publicação.

Nesse diapasão, são requisitos jurídicos para a validade: a autenticidade e a integridade.

A autenticidade é a qualidade que detem um documento que comprova a procedência daquele (documento). Assim, instrui Santos (2004, p. 386) que: “é a certeza de que o documento provém do autor nele indicado”. É a diferenciação entre o autor aparente e o real autor daquele documento.

A presença dessa qualidade garante uma maior certeza sobre o registro presente e maior força probatória à prova, uma vez que tal documento estaria vinculado à pessoa do seu autor, podendo este ser responsabilizado pelos efeitos que este documento venha a ter.

Consoante essa breve exposição, Theodoro Jr. (2015, p. 1219) tece o seguinte comentário:

O documento, quando autêntico, é prova que goza de enorme prestígio, pela grande força de convencimento que encerra. Mas, no sistema processual brasileiro não há propriamente hierarquia de provas, de modo que o juiz examina o conjunto dos elementos instrutórios do processo, formando seu convencimento com liberdade (NCPC, art. 371). Podem assim, a confissão, a prova pericial e até mesmo a testemunhal sobrepujar, num caso concreto, a prova documental.

A presente explanação instrui um valor hipotético que é dado ao documento autêntico em decorrência do sistema de valoração das provas adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o documento é autêntico quando há determinado grau de certeza que aponte a declaração de vontade a uma pessoa. Nos documentos tradicionais, isto é, aqueles registrados em suporte físico, a autenticidade é feita pela assinatura das partes e não raramente – quando há razões para desconfiar da probidade da outra parte – é feito o reconhecimento por um tabelião, com o fim de revestir o instrumento particular com presunção *iuris tantum*.

A prática referida justifica-se em vista do benefício da presunção de veracidade dos documentos com firma reconhecida em cartório. Em regra, um documento particular pode ter a assinatura questionada durante o processo e cabe a quem a alega a veracidade da assinatura quanto os ônus de prová-la. Sobre isso, disserta Theodoro Jr. (2015, p. 1223) que:

Fora dos casos de assinatura perante tabelião (art. 411, I), a presunção de autenticidade do documento particular é muito menor que a do documento público, pois decorre de aceitação dele, expressa ou tácita, pela parte contrária (art. 411, III). Basta, pois, a simples impugnação da parte para que se imponha o dever de provar em juízo a autenticidade, sob pena de tornar-se inócuo o documento (arts. 428, I, e 429, II).

Nesse diapasão, incide a grande dúvida acerca da autenticidade dos documentos digitais e de como prová-la. Em razão da dispersão desses meios probatórios, há a dificuldade em localizar o original e de confirmar a procedência deste. Sobre isso, cabe explicar que os conceitos de cópia e original são inerentes aos meios tradicionais, em razão da necessidade de replicá-los em outros meios físicos, isto é, por ser compreendido o documento escrito como a soma do texto escrito mais o suporte físico, a sua réplica sempre será um outro documento, por ser sempre um outro suporte físico, ainda que na mesma qualidade.

Entretanto, quando se fala em documentos eletrônicos, está-se diante de uma sequência de *bits* que é decodificada por um dispositivo eletrônico para algo inteligível ao ser humano. Nessa ordem, independentemente da localização e da quantidade de réplicas, estar-se-ia sempre diante do mesmo seguimento de informações, ou seja, do mesmo documento.

Em outras palavras, devido a sua qualidade abstrata, os conceitos de original e cópia não são aplicáveis à versão eletrônica desse meio probatório, em razão de serem sempre os mesmos *bits*. Com esse entendimento, pronunciou Marcinini (1999) que:

O documento físico consiste em algum meio tangível, onde a informação está inscrita, normalmente o papel. É comum que instrumentos sejam feitos em um maior número de vias, distribuídas entre os signatários. Estes conceitos, de documento original, ou

de vias de um mesmo documento, são inexistentes no meio eletrônico. O documento eletrônico é a sequência de bits e, onde quer que esteja gravado, em qualquer quantidade de cópias, mas desde que seja reproduzida exatamente a mesma sequência, teremos sempre o mesmo documento. Dado o fato de que o documento eletrônico pode ser copiado infinitas vezes, mantendo-se exatamente igual à matriz, é impossível falar-se em original, em cópia, ou em número de vias do documento eletrônico. Toda “cópia” do documento eletrônico terá sempre as mesmas características do “original” e, por isso, deve ser assim considerada. É o caso até de dizermos que não existe um original e não existem cópias nem vias do documento eletrônico, enquanto ele for mantido nesta forma.

O único caso em que se pode comentar a aplicabilidade desses conceitos é diante da possibilidade da cópia desses documentos em um suporte físico. Nesta tela, tem-se então que o original seria a versão eletrônica e a cópia, a versão impressa, sendo que qualquer alegação de desconformidade deve ser, por consequência, averiguada na primeira versão.

Com isso em mente, ainda persiste a dúvida quanto à possibilidade de autenticar o documento digital, tratando-se de um questionamento de natureza tecnológica e não jurídica, é necessário enfatizar. Nessa toada, tal problemática já foi resolvida em 1976 com o invento da criptografia assimétrica.

A criptografia assimétrica foi popularizada em 1994 com a disponibilização gratuita do *Pretty Good Privacy*, ou PGP, e consiste na adoção de 2 (duas) chaves³ geradas por computador, uma pública e a outra privada, que são uma sequência de códigos usados para “decriptar”⁴ e “encriptar”⁵ algo. A função da pública é ser disponibilizada a todos, permitindo que somente quem a tenha possa acessar o que foi criptografado por essa chave, enquanto que o uso da privada serve para modificar o conteúdo, sendo, por esta razão, aconselhável mantê-la exclusiva. Uma aplicação desse sistema para os documentos digitais seria o uso da chave pública para a visualização deste e o uso da chave privada para assiná-lo, modificá-lo, uma vez que somente aqueles que detivessem a chave privada poderiam fazê-lo.

Nessa ordem, o sistema apresentado é visivelmente capaz de dar um grau de certeza quanto à procedência do documento. Entretanto, ainda pode ser questionado quanto ao enquadramento no conceito jurídico de “assinatura”, que, assim como “documento”, não tem o conceito presente na legislação.

³ Chave, em criptografia, é o fragmento de informação que controla a operação do algoritmo usado para criptografar.

⁴ Decriptar, *unencryption*, é o termo dado ao processo de descodificar um texto cifrado para torna-lo legível, é o processo inverso a encriptação.

⁵ Encriptar, *encryption*, é o termo dado ao processo de codificar por meio de um algoritmo um texto livre em um texto cifrado, no qual somente aqueles que tenham a chave poderão ler.

Em primeiro lugar, é necessário expor que a função da assinatura é fazer uma marca perceptível e apta a indicar a autoria do documento. Conseqüentemente, nas doutrinas mais antigas, pode-se traçar o significado de que é a marca perceptível feita de próprio punho pelo autor, sendo este o conceito jurídico de assinatura.

Entretanto, a tecnologia modificou-se e o ordenamento jurídico evoluiu. Não há mais a única opção de fazer uma assinatura de próprio punho, isto é, há agora maiores opções para fazer uma assinatura. Nesse sentido, explica Marcinini (1999) que:

Por estas razões, não afronta as tradições jurídicas, nem macula a língua portuguesa, atribuir à assinatura significado mais amplo do que apenas o ato de escrever de próprio punho. Pode ser considerado como assinatura, tanto na acepção vulgar como jurídica, qualquer meio que possua as mesmas características da assinatura manuscrita, isto é, *que seja um sinal identificável, único e exclusivo de uma dada pessoa*. Se, até recentemente, a escrita manual era o único meio conhecido de gerar um sinal distintivo único e exclusivo, é evidente que para o Direito não se deixava margem para questionar o que se entendia por “assinatura”. Na medida em que a evolução da técnica permite uma “*assinatura eletrônica*” que possua estas mesmas características, possível se mostra dar-lhe o mesmo significado e eficácia jurídica da assinatura manual.

Com esses fundamentos, é possível sustentar pela lógica a existência de uma assinatura eletrônica com os fins de certificar a autoria dos declarantes. O argumento legal para esse posicionamento pode ser encontrado no já citado artigo 1º da Medida Provisória nº 2.200-2/2001, que instituiu a assinatura digital⁶ com o uso da criptografia assimétrica no Brasil, somado ao artigo 369 do CPC/2015.

Superada a questão da autenticidade, resta o requisito da integridade do documento eletrônico, cujo problema tem a mesma solução aplicável à assinatura digital: a criptografia assimétrica. A integridade é a certeza da não alteração do teor do documento e, quando se refere ao digital, trata-se de 2 (duas) coisas: a certeza da não alteração, sem a ciência das partes; e, a corrupção deste arquivo no intervalo de tempo entre o envio e o recebimento.

Nessa toada, como já explicado anteriormente, o uso da criptografia assimétrica permitiria aos declarantes a faculdade de impedir as pessoas que não possuam a chave privada de modificarem o teor do documento e, também, a utilização de um *software*⁷ que registre – *log* de dados⁸ – as mudanças feitas e quem as fez. Desse modo, o emprego deste sistema reserva ao

⁶ Assinatura digital é o termo dado ao método de autenticação usando em um documento digital, através do sistema de Chaves Públicas, sua função é substituir a assinatura física no âmbito digital.

⁷ *Software* é como é chamada a sequência lógica de instruções a serem seguidas ou executadas que controlam o funcionamento do computador.

⁸ *Log* de dados é a denominação dada ao processo de registro de um evento.

documento a potencialidade de sigilo, uma vez que somente é habilitado a vê-lo aquele que possui a chave pública, assim como é garantida a autenticidade e integridade, em razão da limitação de pessoas aptas a modificar o arquivo.

3.6 A Tecnologia da Assinatura Digital

O documento digital é uma nova tecnologia que, assim como toda inovação tecnológica, tem em sua proposta o objetivo de otimizar o uso de um recurso disponível. Nessa toada, é oponente a ele, bem como a qualquer outra tecnologia, a exploração de seus *bugs*⁹ para fins ocultos, uma vez que a infinita criatividade humana está sempre superando os limites tecnológicos.

No *cyberspace*, o “lugar”, onde estão presentes os documentos digitais, é sempre oponente a questão da insegurança, uma vez que é notável a progressão da criatividade dos *cyberattacks* (PEREIRA, 2009). A dúvida é cada vez mais pertinente em razão da adoção das vias informáticas nos negócios, sejam os de consumo ou aqueles que movimentam montante expressivo de dinheiro.

Nesse diapasão, mecanismos de defesas são implementados na técnica, com o fim da garantia do funcionamento desta. Esses métodos de proteção estão constantemente sendo modificados na medida em que são desvendadas suas fraquezas. Por essa razão, não é errado dizer que estão em permanente evolução.

O documento digital é advento da informática, ou seja, é a informação registrada em outra informação, e está sujeito aos problemas comuns à difusão de dados, assim como os documentos tradicionais, que são a autenticidade, integridade, confidencialidade e outros tantos.

Nessa toada, constata-se que ainda que os problemas do documento digital pareçam novos eles não são, de certa forma, inéditos e historicamente há inúmeros exemplos de métodos empregados para assegurar as qualidades supracitadas em uma informação, dentre eles a criptografia, que vem ganhando cada vez mais notoriedade.

A criptografia é um antigo mecanismo de defesa que remota a civilizações egípcias, em outras palavras há evidências da sua existência há quase 2000 (dois mil) anos antes de Cristo, cuja função é proteger o conteúdo da mensagem, tornando-a incompreensível ao seu

⁹ *Bug* é a nomenclatura dada aos erros, falhas, defeitos entre outros, no *software*.

interceptor. A palavra deriva do grego *kriptos*, escondido, e *gráphein*, escrita, tendo como significado “escrita secreta” (CALDAS NETO, 2011, p. 11-12).

Esse método de segurança é utilizado nos cenários em que uma mensagem trafega por um canal não confiável, onde possivelmente haverá um interceptor capaz de ler a mensagem e também de modificá-la sem que seja percebido pelo emissor e destinatário. Essas situações são comuns no *Cyberspace*, onde não quase sempre os computadores do emissor ou destinatário são de alguma forma comprometidos e inseguros ao roubo de informação por hackers.

Assim, a criptografia é a codificação da mensagem por meio de uma técnica secreta capaz de tornar ilegível o conteúdo da mensagem ao interceptor, no caso das mensagens digitais, podendo até torná-las inalteráveis. Ou seja, é o mecanismo que garante a segurança da informação na transmissão entre o emissor e o destinatário, podendo ser feita por meio da técnica chamada de criptograma, cifras ou de código (CALDAS NETO, 2011, p. 12-13).

Os criptogramas de cifras eram empregados de 2 (duas) formas: 1) substituição; e 2) transposição. A primeira consistia na substituição de determinada letra por outra diferente, por exemplo, todo “d” é “b”, todo “i” é “a”, o “r” é “d”, o “e” é “u”, “t” é “g” e o “o” é “e” e etc., assim a palavra “direito” seria criptografada para “baduage”. Por sua vez, a última seria gerada por uma mudança na ordem das letras, por exemplo, a palavra “computador”, em que as letras de posição ímpar comporiam a primeira palavra e as pares a segunda, ficando a palavra criptografada “cmuao optdr” (CALDAS NETO, 2011, p. 13).

Dessa forma, a mensagem seria ilegível para aqueles que não conhecessem o segredo do criptograma usado para tornar o texto cifrado, criptografado. Por tal motivo, a segurança da informação se sustentava em razão do desconhecimento do algoritmo¹⁰ usado para esconder a mensagem, a chamada segurança por obscuridade (CALDAS NETO, 2011, p. 13).

Consequentemente, a descoberta do algoritmo do criptograma garantiria a quebra do sigilo de todas as mensagens criptografadas com ele, além de que os novos desenvolvimentos exigiriam atualização nos equipamentos, a fim de difundir e ensinar todos os envolvidos. Por essa razão, é desaconselhável, segundo especialistas, o uso da segurança por obscuridade (CALDAS NETO, 2011, p. 14).

¹⁰ Algoritmo é uma sequência lógica ordenada, definida e finita de instruções que visam uma ação predeterminada durante um intervalo de tempo finito para solucionar um problema computacional ou realizar uma tarefa.

Em seguida, tem-se a criptografia por códigos, a qual consiste em um algoritmo que torna a mensagem ilegível àqueles que não possuem a chave, ou seja, esta não “embaralha” o texto da mensagem, sendo eles: 1) o algoritmo de chave simétrica; e 2) o algoritmo de chave assimétrica. No primeiro, há apenas uma chave, a qual tanto o emissor quanto o destinatário devem possuir para, respectivamente, criptografar e tornar o texto cifrado ou descriptografar e ler a mensagem. Já no segundo, existem 2 (duas) chaves, uma pública e a outra privada, as quais cada uma terá uma função diferente, sendo a função da pública a leitura e a da privada a codificação (CALDAS NETO, 2011, p. 14).

A criptografia simétrica, assim como os outros criptogramas explanados no início deste tópico, não oferece a autenticidade, embora, possa garantir a confidencialidade. A chave simétrica deve estar em posse de ambos, emissor e destinatário, para que a mensagem seja possível ser lida por ambos, bem como ser alterada. Em outras palavras, há a preocupação com o tráfego da mensagem por um canal não confiável como também a do tráfego da chave (CALDAS NETO, 2011, p. 16).

Por sua vez, o uso da criptografia assimétrica, consoante o decorrer deste capítulo, é perfeitamente capaz de conferir ao documento digital a autenticidade e integridade necessárias à sua validade, além de conferir a confidencialidade. Nessa técnica, existem 2 (duas) chaves, uma pública, que pode ou não ser disponibilizada às pessoas, e tem como função tornar legível o conteúdo cifrado e, por fim, a chave privada, que é usada para criptografar e descriptografar.

Dessa forma, o emissor e destinatário possuiriam 2 (duas) chaves, uma pública e uma privada, na qual ambas funcionariam respectivamente para ler a mensagem e modificá-la. A principal característica desse método é a impossibilidade de determinar a chave privada, a partir da chave pública, desta maneira, sendo possível a comunicação segura em canais violáveis.

Nesse diapasão, o emissor envia o texto acompanhado da sua chave pública para o destinatário, para que este possa lê-la. Assim, quando o destinatário utilizar a chave pública, o texto só estará legível se a chave for compatível com aquela privada usada para criptografar a mensagem cifrada. Nesse viés, têm-se os indícios de autenticidade e integridade da mensagem, uma vez que somente o emissor poderá criptografar aquele arquivo, funcionando então como uma assinatura digital (CALDAS NETO, 2011, p. 22).

Nessa toada, aqueles que desejam utilizar a criptografia assimétrica, quando da realização da sua assinatura, devem requisitar a uma empresa, preferencialmente, credenciada e fiscalizada pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), a qual emitirá um

certificado digital e um par de chaves, pública e privada. Esse certificado funciona como uma carteira de identidade de pessoa física ou jurídica no meio digital, assegurando a identidade e a integridade do documento (MORAES, 2016, p. 32).

Desse modo, a assinatura digital é feita da seguinte maneira: é aplicada a função *hash*, gerando o código identificador da autoria, que será criptografado pela chave privada do emissor, na mensagem enviada em conjunto com a chave pública dele (emissor). Sendo assim, ao ser criptografada, o *hash*, que é um algoritmo de resumo do texto cifrado – ou seja, um código que resume o que foi criptografado –, vai ser mostrado com outro código, sendo visível o original apenas para quem tiver posse da chave pública do emissor. Em outras palavras, caso tenha havido alguma mudança no arquivo durante transmissão da mensagem, o código que aparecerá no *hash* será diferente do original (SILVA, 2017, p. 8).

A assinatura digital, no caso da violação da mensagem, não irá ser válida e nem irá aparecer, evidenciando a inautenticidade e falta de integridade do documento enviado.

Nesse diapasão, por exemplo, a utilização da assinatura digital em um contrato, cujo instrumento é um documento digital, ocorreria em processo similar ao dissertado acima, pois o proponente enviaria o contrato com o *hash* dele, simbolizado por um código “X”, criptografado por sua chave privada, resultando na exibição do código “Z”, enviando ao oblato o contrato e sua chave pública. Por sua vez, após conferir a autenticidade e integridade, o oblato também irá aplicar a função *hash*, que será simbolizada pelo código “Y”, e em seguida usará sua própria chave privada, produzindo sua assinatura, que irá gerar o código “W” (sua própria assinatura), e junto enviará a sua chave pública ao emissor. Caso não tenha existido qualquer violação de integridade, ambas as chaves públicas conseguirão decifrar a exibição dos respectivos códigos “X” e “Y” no *hash* do proponente e oblato.

O procedimento descrito pode ser feito em qualquer documento ou meio de comunicação, podendo ter nuances individualizadas, a depender do tipo de assinatura digital usada, afinal, existem diversas certificadoras que utilizam diferentes tipos de códigos. O uso desse procedimento pode transformar a celebração de contratos, por canais de comunicação violáveis, segura, dando indícios de autenticidade e integridade aos documentos digitais.

3.7 O Valor Probatório do Documento Digital

O documento digital que cumprir os requisitos da autenticidade e integridade possui a mesma validade jurídica do tradicional, ou seja, pode ser admitido como meio probatório para

convencer o juiz do que foi alegado. Todavia, a admissibilidade como espécie de prova não tem o mesmo significado de concessão da força probante aos documentos digitais, que gozam os físicos.

Como mencionado anteriormente existem, 3 (três) sistemas para apuração de prova:

I) o critério legal; II) o da livre convicção; e III) o da persuasão racional.

No primeiro, o valor de cada prova é taxado em lei. O juiz ditará a sentença conforme o somatório dos pesos atribuídos em lei, sobre ele comentando Theodoro Jr. (2015, p. 1111-1112) que:

O critério legal está totalmente superado. Nele, o juiz é quase um autômato, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legal e o resultado surge automaticamente. Representa a supremacia do formalismo sobre o ideal da verdadeira justiça. Era o sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as *ordálias* ou *juízos de Deus*, os *juramentos*. Da rigorosa hierarquia legal do valor das diversas provas, o processo produzia simplesmente uma *verdade formal*, que, na maioria dos casos, nenhum vínculo tinha com a realidade.

Tal sistema, como visto, não tinha em mente a complexidade do mundo real e a dinâmica de cada processo e do caso concreto. Como consequência, a restrição do juiz quanto a sua convicção o prendia à lei e o tornava incapaz de adaptar a teleologia legal ao caso concreto.

Em seguida, em contraponto a esse primeiro, tem-se o que permitia ao julgador demasiada liberdade, dando-lhe o poder-dever de entender a verdade dos fatos conforme sua consciência, *id est*, não havendo um controle de peso e nem a obrigação de estabelecer uma investigação lógica.

Por fim, tem-se a persuasão racional, que permite ao juiz a liberdade de se convencer acerca da verdade dos fatos com a liberdade para sopesar os meios probatórios usados em processo, ficando condicionado a fazer isto de forma racional.

Nessa ordem, um documento digital ou físico possui o mesmo valor que qualquer outro meio probatório, ficando sua força condicionada à situação fática e à convicção do juiz.

Entretanto, apesar do descrito, há a chamada presunção de veracidade que determinados documentos possuem. Há 2 (duas) classificações de documentos: os públicos e os particulares.

Os instrumentos públicos são aqueles em que os funcionários públicos registram a situação fática e a eles são atribuídas a fé pública. São aqueles em que os funcionários públicos, no exercício de sua função, registram uma situação fática determinada e, por essa razão, dão ao

documento a presunção de veracidade, isto é, o meio probatório será considerado verdadeiro até ser declarado falso por decisão judicial, havendo, assim, uma presunção *iuris tantum*.

Os documentos particulares são aqueles confeccionados por pessoas de igual natureza, sendo na maioria das vezes permissíveis a eles qualquer forma diferindo dos instrumentos particulares. Conforme dito anteriormente, os documentos particulares não possuem a presunção de veracidade dos documentos públicos, isto é, caso tenha sido alegada em face daqueles a falsidade material quanto à sua autenticidade, será o ônus da prova imputado à parte que produziu a prova. Todavia, os instrumentos particulares também podem gozar da presunção *iuris tantum* dos documentos públicos, desde que tenham a firma certificada em cartório ou em qualquer outro meio legal de certificação. Sobre isto, expõe Theodoro Jr. (2015, p. 1223) que:

Se o escrito foi assinado em presença de tabelião e este reconheceu a firma declarando a circunstância em que se deu a assinatura, o documento gozará de presunção legal de autenticidade (art. 411, I). Também gozará dessa presunção o documento quando a autoria estiver identificada por qualquer outro meio legal de certificação, inclusive eletrônico, nos termos da lei (art. 411, II). A presunção é *iuris tantum*, de sorte que prevalecerá até prova em contrário.

Em suma, o documento eletrônico para ser válido deve obedecer aos requisitos da autenticidade e integridade, que são conferidos pela criptografia assimétrica, ou qualquer outro meio eficaz de garantir essas qualidades, disponibilizada pelo ICP-Brasil, que é, nas palavras do ITI explicando da seguinte maneira:

Na prática, o certificado digital ICP-Brasil funciona como identidade virtual que permite a identificação segura e inequívoca do autor de uma mensagem ou transação feita em meios eletrônicos, como a web. Esse documento eletrônico é gerado e assinado por uma terceira parte confiável, ou seja, uma Autoridade Certificadora – AC que, seguindo regras estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, associa uma entidade (pessoa, processo, servidor) a um par de chaves criptográficas.

Em vista disso, os documentos eletrônicos, que se valem da assinatura digital concedida pelo instituto citado, possuem presunção *iuris tantum* em razão do artigo 13 da Medida Provisória nº 2.200-2 de 2001, que dá o status de autarquia federal a esse instituto. Logo, sobre essa proporção, a força probatória desses documentos eletrônicos é equivalente à de um documento público.

Por fim, é certo afirmar que, quanto aos documentos digitais em que foram usados outros meios, que garantam a sua autenticidade e integridade, tais terão a força probante de um documento particular qualquer, ou seja, caso sejam contestados aqueles que assim procederam

arcarão com o ônus da prova de demonstrar a veracidade da autenticidade do documento e da alteração documental sem a ciência das partes.

4 OS REQUISITOS DE VALIDADE DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E O *CYBERSPACE*

Daqui em diante, será analisada minuciosamente a convenção de arbitragem celebrada no *cyberspace*. Com isto em mente, a investigação alçada usará os pressupostos já apresentados no decorrer deste trabalho.

Consoante o explanado outrora, existem 3 (três) formas de soluções de conflitos: 1) a autotutela; 2) a autocomposição; e, 3) a heterocomposição. Tais meios são comumente explicados com um viés histórico evolutivo, isto é, pressupõe-se que foram inventados, ou descobertos, no decorrer de uma linha do tempo cronológica. Entretanto, essa explicação é meramente hipotética e com fins exclusivamente didáticos, por ser impossível provar a referida hipótese em decorrência de ele ter como premissa um cenário situado em um quando imemoriável e abranger espaço universal, ou seja, ocorreu em todos os lugares da terra ao mesmo tempo numa época em que não há registros.

Apesar da falta de evidências que embasem a corrente de pensamento citada, é certo afirmar que desde o início dos tempos o homem enfrenta problemas de natureza econômica – a escassez de recursos essenciais a sua vida e a qualidade desta – e, também, aqueles inerentes à vida social, os quais são causados ora pela individualidade, outrora pela distribuição dos bens, sendo essas dificuldades inerentes e motivadoras à ação do homem (MISES, 2010, p. 37-38). Ambos conflitos citados estão presentes no mundo moderno. Neste sentido, há a constante busca sua por solução, os primeiros (de natureza econômica) pela tecnologia e os últimos (de natureza social) pelo Direito, o qual pode ser perfeitamente denominado como uma tecnologia de controle social (SÁ FILHO, 2012, p. 109).

A autotutela, como já mencionado, é o uso da própria força para salvaguardar uma pretensão de direito subjetivo em frente à oposição de interesse conflitante. Em seguida, a autocomposição é o consenso, a negociação para ajustar os desejos avessos em uma direção benéfica a ambas as partes (SÁ FILHO, 2012, p. 112). Por fim, há a heterocomposição, que é a atuação de um terceiro, estranho ao mérito do conflito, que emitirá uma decisão solucionadora ao dissídio.

Ambos os métodos estão à disposição no cotidiano dos cidadãos e convivem entre si, sendo escolhidos consoante a sua conveniência ao caso fático.

Nesse diapasão, o contrato é o grande exemplo da autocomposição, as partes negociam entre si direitos e deveres com o fim de solucionar o impasse. Em outros termos, os

adversários concordam em assumir obrigações razoáveis e a cada um é dado uma “vitória” almejada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p.39). Quanto à heterocomposição, pode-se citar somente 2 (dois) únicos exemplos: a Jurisdição Estatal e a Jurisdição Arbitral. Em ambos, tem-se a concordância, tácita ou expressa – no caso da última –, dos conflitantes em dirimir os desajustes de seus interesses, algumas vezes inconciliáveis, pela decisão de um terceiro – o Estado-Juiz ou o árbitro.

Fundado no supracitado embasamento, está presente o tema desse capítulo: a Convenção de Arbitragem, uma vez que, conforme exposto, a heterocomposição pressupõe a existência da consonância das vontades alheias quanto a quem e como será dirimido os conflitos dos indivíduos.

Nessa toada, convém trazer o pensamento de um dos principais precursores da teoria do contrato social, o iluminista Locke (1690) o qual concebe o homem, em seu estado natural, em pé de igualdade e sobre a vigência de um Direito natural, inerente à humanidade e derivado da razão (LOCKE, 1690, p.36), sendo o dever deste homem preservar a ordem natural. Desse modo, é dele o dever de proteger sua vida, saúde, liberdade e suas possessões, diante de afrontamentos de terceiros, sendo ônus desta faculdade observância das proporções das ações, bem assim a cada homem é imposta a função de executor e juiz dessa lei natural. Ainda nesse pensamento, o homem em estado de natureza pode negociar a função de executor e a de juiz da lei natural a um terceiro cuja autoridade o qualifique para um melhor resguardo dos bens jurídicos supracitados (LOCKE, 1690, p. 38-39). Essa transição é feita pelo contrato social.

Na Teoria do Estado Contratualista, consoante o racionalizado pelo filósofo escocês, tem-se que, por meio de uma autocomposição tácita, os homens em estado de natureza concordam em delegar as funções de juiz e executor da lei natural para um terceiro, transitando do estado jurídico de natureza para o de “governo civil”. *Id est*, o governo civil é constituído por meio da vontade dos seus “súditos”, estabelecendo a ele o encargo de salvaguardar a vida, saúde, liberdade e as possessões, de forma justa e proporcional. Trata-se, assim, de um poder delegado pela sociedade. Em suma, o seguimento teórico citado traz uma convenção de arbitragem *sui generis* como gênese do Estado Moderno.

Quanto a essa teoria, tem-se que no Brasil, desde a época imperial, está presente a noção de que o Estado Brasileiro possui o seu poder delegado pelos seus cidadãos como consta no artigo 12 da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, no artigo 2º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, no artigo 1º das Constituições dos Estados Unidos do Brasil de 1937 e 1946, no artigo 1º, §1º, da Constituição do Brasil de 1967 e, por

fim, no parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, atualmente vigente.

Nesse diapasão, tem-se que a sociedade em estado de natureza evoluiu, em algum momento, e passou a eleger representantes para o exercício da função de juízes e demais outros aplicadores da lei quanto aos direitos subjetivos sociais. Essa evolução é gradual, isto é, ainda nesse estado de natureza existiriam pessoas, as quais os indivíduos delegariam a função de dirimir seus conflitos. Isto pode ser visto ainda no pensamento de Locke (1690, p. 49). Somente quando uma coletividade tivesse delegado essa função a uma autoridade é que esta viveria no estado de governo civil – a autoridade continuaria em estado de natureza, em anarquia. Tal fato pode ser constatado na comunidade internacional.

Consoante o exposto, é possível analisar na história a evolução da arbitragem até a formação do Estado, por exemplo, na época feudal os senhores feudais elegiam entre eles alguém para dirimir seus conflitos. Sobre isto, expressa Colaiácovo e Colaiácovo (1999, p. 91): “O rei, assim como o senhor feudal, era verdadeiro árbitro, com poder para decidir sobre as penas a serem aplicadas. Suas decisões eram acatadas sem contestação pelas partes”.

Embasado neste breve esboço, quanto a uma das teorias que buscam traçar a gênese do Estado, tem-se denunciada a dinâmica das diferentes formas de resolução de conflito, bem como uma breve noção de o que é arbitragem, a sua história e função.

Como mencionado no decorrer desta pesquisa, a arbitragem é o meio alternativo de solução de conflitos e existe desde tempos imemoriáveis, estando presente no ordenamento jurídico brasileiro inicialmente no período colonial, como era previsto nas Ordenações Filipinas no tópico dos Juízes Árbítrios, do Livro III, Título XVI (MANGABEIRA; SILVA, 2012). De fato, o próprio Brasil nasceu, de certa forma, de uma arbitragem feita pela Santa Sé em que decidiu a celebração do Tratado de Tordesilhas.

Em seguida, o instituto teve diversas bases legais. Cronologicamente, foi regulado pela Constituição Imperial, no Título VI, sendo logo após pela Lei nº 1.350/1866, e sucedida pelo Decreto nº 3.900/1867, seguidos pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, até, por fim, a promulgação da Lei de Arbitragem atual, a Lei nº 9.307/1996. Com o decorrer do tempo, as mudanças legislativas modificaram as características contingentes e a efetividade do referido instituto. Contudo, o caráter essencial da arbitragem continuou o mesmo.

O meio pelo qual se ingressa na arbitragem é por intermédio de um acordo entre as partes, uma autocomposição, em que são delegados poderes a um terceiro, confiando sua

autoridade, para sopesar os conflitos presentes, passados ou futuros, de um direito subjetivo que estes tenham (PINTO, 1998, p. 269). Portanto, é uma jurisdição exercida por um particular.

Em razão dessa característica, há debates extensivos quanto à natureza desse meio alternativo ao Estado, isto é, se tem natureza privada ou pública. À *prima facie*, ambos os lados discutem fases distintas da arbitragem e os tomam como predominantes – os que defendem a natureza privada tomam o ponto do compromisso arbitral; já aqueles que pregam a natureza pública enfatizam o momento do procedimento arbitral.

Atualmente, esse milenar instituto tem o seu uso estimulado e bem propagado pelos doutrinadores como válvula de escape e saída ao moroso e caro Poder Judiciário, em razão de sua celeridade, informalidade, seu tom amistoso e de especialidade da matéria, aliado com a irrecorribilidade da decisão do árbitro (DINAMARCO, 2013, p. 32). Consoante estas vantagens, é uma opção viável para dirimir as controvérsias de direitos civis disponíveis e a escolha natural para grandes negociações entre entes privados e, até mesmo, públicos.

Diante do princípio de ganhar/poupar dinheiro, convencionou-se a arbitragem para dirimir possíveis conflitos. A máxima citada é sintetizada pelo famoso jargão “tempo é dinheiro” – já citado nesta monografia. Em decorrência deste mesmo princípio, alinhou-se a adoção do instituto com os avanços tecnológicos digitais, tornando cada vez mais comum o uso da internet, tanto na hora de instituir a arbitragem quanto na de assinar o contrato que constará a cláusula.

4.1 A Arbitragem e a sua Natureza Jurídica

Conforme exposto, a arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos. Com isto, quer se dizer ser um meio que os particulares dispõem para dirimir controvérsias presentes, futuras e passadas (DINAMARCO, 2013, p. 31). Nesse sentido, deve-se analisar os 2 (dois) momentos distintos do referido instituto: 1) a convenção; e 2) o procedimento. Tais foram legislados no Capítulo II e IV da Lei nº 9.307/1996, respectivamente.

Consoante o artigo 19 da supracitada lei, a arbitragem é instituída quando o árbitro, ou o tribunal de árbitros, aceita a nomeação, o que pressupõe a existência de uma lide e o interesse de ambas as partes em delegar ao juízo arbitral a função de decidir. Em outras palavras, é neste momento em que os inúmeros atos processuais, que farão parte do processo arbitral, começarão. Assim, tem-se iniciada a fase processual da arbitragem.

Por sua vez, antes desse momento, tem-se a chamada convenção de arbitragem a qual é a fonte obrigacional, que institui o procedimento arbitral, como preleciona o artigo 3º da Lei Marco Maciel – alcunha dada à Lei de Arbitragem cuja relatoria do respectivo projeto de lei foi do então referido senador da República. Nesse diapasão, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), de relatoria do Ministro Maurício Correia, assim destacado:

A convenção de arbitragem é a fonte ordinária do direito processual arbitral, espécie destinada à solução privada dos conflitos de interesses e que tem por fundamento maior a autonomia da vontade das partes. Estas, espontaneamente, optam em submeter os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações negociais à decisão de um árbitro, dispondo da jurisdição estatal comum. (STF – Tribunal Pleno – Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753-7 – Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Acórdão de 13/06/2002, D.J. de 04/10/2002, Ementário nº 2085-2).

Ainda no mérito da distinção dos 2 (dois) momentos, advertem Gangliano e Pamplona Filho (2014, p. 677) que:

Observe-se, porém, que a ideia de compromisso é muito mais ampla do que a de arbitragem, pois é através do primeiro que, pela manifestação livre da vontade, as partes se dirigem para o segundo, como forma de solução de interesses. Assim é preciso **não confundir o compromisso com a arbitragem**, pois isso seria identificar o instrumento celebrador com o procedimento de solução de conflito (grifos acrescidos).

Portanto, consoante o disposto, há uma distinção entre a arbitragem – o processo arbitral – e a sua fonte – o contrato – e ignorar a separação desses 2 (dois) momentos resulta em um grave erro de categoria. Caso a interpretação dessas fases seja no sentido de que a arbitragem é apenas um procedimento, há, como consequência, a limitação do convênio de arbitragem ao compromisso arbitral, em virtude de que ao processo é exigida a existência de uma lide, ou seja, seria extinta a figura da cláusula de arbitragem por esta ser firmada antes da existência da lide e ter seu objeto demasiadamente genérico. Já caso se admitisse que seria somente um acordo entre as partes, a arbitragem seria descaracterizada do método heterocompositivo para o autocompositivo, sendo a decisão do árbitro “um prolongamento” da vontade das partes.

Dito isto, a arbitragem possui sua fase contratual e, logo após, sua fase procedimental, na qual será resolvida a controvérsia que foi peticionada ao árbitro, que emitirá o laudo arbitral – uma decisão terminativa.

Consoante o esclarecido, é oportuno comentar quanto à natureza jurídica da arbitragem, debate este antigo, que a doutrina se divide em 4 (quatro) correntes: 1) privatista,

ou contratual; 2) publicista, ou jurisdicional; 3) a mista; e, por fim, 4) a autonomista (ROMANELLI; FLORES, 2015). Ambas teorias têm em seu enfoque explicar a natureza jurídica conforme as características do instituto.

A teoria privatista tem como seu foco a origem da arbitragem e como princípio basilar a autonomia das vontades das partes, bem assim prega a natureza privada do instituto, sendo, por consequência, o laudo arbitral uma extensão de tal vontade. Assim, consoante essa teoria, o conceito exato de arbitragem seria o negócio jurídico em que ambas as partes negociam, por meio de convenção privada, os meios – as regras materiais e processuais – pelos quais o árbitro decidirá a lide, sendo esse laudo uma extensão da vontade das partes.

Em contraponto à supracitada teoria, há a corrente doutrinária, a qual defende a natureza publicista do instituto, expressando o entendimento de que a arbitragem é jurisdicional em razão da delegação prevista em lei, que deu equivalência à função do árbitro à do juiz. A ênfase desse segmento doutrinário é, como visto, a lei, a qual contém a hipótese legal que, caso confirmada no mundo fenomenológico, desempenhará os efeitos jurídicos previstos, no caso, a delegação de jurisdição a um ente privado, que, para aquela situação, desempenhará a função de árbitro, dos fatos e do direito, para dirimir as controvérsias das partes.

Nesse sentido, pondera Alvim (2006, p. 58-59) que:

Fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Ambas as teorias justificam a afinidade das características da arbitragem com categorias jurídicas opostas. Em verdade, sob o crivo de uma análise apurada delas, ambas correntes doutrinárias estão aparentemente equivocadas. Conforme explanado, o instituto possui fases distintas: sua fase contratual e sua fase procedimental. Por essa razão, há a predominância privatista na primeira e publicista na última.

Nesse diapasão, é criticável a primeira teoria a sua inobservância ao desempenho jurisdicional, não sendo observadas as fases distintas da arbitragem. Por esse motivo, há a confusão entre os efeitos do instrumento celebrado e o procedimento de resolução de conflitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 677). A popularidade dessa doutrina se deu, sobretudo, antes da vigência da atual Lei de Arbitragem. Nesse período, o laudo arbitral não tinha peso de uma sentença jurídica, ficando condicionado à homologação pelo Judiciário (LIMA, 2015, p. 43).

Em igual sentido, a teoria privatista é oponível à teoria jurisdicional, por esta atribuir a categoria de Direito Público não só ao procedimento de resolução de conflito como também à visível relação privatista presente na primeira fase da arbitragem. Em outras palavras, a teoria jurisdicional estende a natureza processual da arbitragem ao contrato que firma o compromisso, confundido a convenção com o termo de arbitragem.

Com isto em mente, há o segmento doutrinário, que defende a natureza mista da arbitragem, uma vez que há a existência de características da categoria privada – a autonomia da vontade em eleger os árbitros e as normas materiais e processuais – e, bem como, publicista – o desempenho da função jurisdicional prevista em lei (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 19).

Portanto, consoante essa teoria, o instituto tem a natureza *sui generis* em razão de sua gênese negocial, mais especificamente surgir da obrigação presente em um contrato típico, que tem como consequência a atribuição da função jurisdicional a um terceiro que provocará efeitos de direito público no mundo jurídico (CRETELLA NETO, 2004, p. 15). *Id est*, essa tese explana a natureza privatista quanto à fonte e a natureza jurisdicional quanto à finalidade.

Por fim, há ainda uma nova classificação, com um viés mais voltado a um mundo globalizado. É a teoria autônoma tecida em 1965 por Rubellin-Devichi (PASSOS, 2016), a qual defende a arbitragem à parte do ordenamento jurídico, no qual está inserida e, por essa razão, não lhe é pertinente classificá-la com base em suas peculiaridades. A presente teoria é a mais nova das 4 (quatro) citadas e, de certa forma, tem um viés mais teórico que as demais.

A supracitada teoria é adotada pelo Código de Processo Civil Francês para as arbitragens internacionais, qualificando o árbitro como um juiz internacional, cujo foro é o mundo inteiro. A sua decisão terminativa é como uma decisão de justiça internacional (BONATO, 2014, p. 26).

Nesse diapasão, a arbitragem seria um sistema de solução de conflitos paralelo à jurisdição estatal e, por essa razão, não possuiria o caráter publicista defendido pelos partidários da corrente doutrinária publicista e mista (CAHALI, 2012, p. 86). A razão da rejeição do caráter judiciário da arbitragem por esse segmento doutrinário se dá por ser o Estado, consoante pensado por Montesquieu, dividido em 3 (três) poderes: o Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual com sua própria função, sendo a jurisdição, por sua vez, atribuição, em regra, do Poder Judiciário (SÁ FILHO, 2012, p. 117).

Ainda a respeito dessa teoria, é possível embasá-la com o pensamento do iluminista escocês Locke (1690), pois é claro o processo de “estatização” da jurisdição por meio do contrato social. Por essa razão, consoante essa fonte, é óbvia a transcendência do aspecto estatal

da jurisdição, não sendo incomum a existência na história de exemplos de civilizações com pluralismo jurídico, sendo muito recente o monismo jurídico (SÁ FILHO, 2012, p. 121).

Portanto, em suma, a ideia principal da supracitada corrente doutrinária pode ser simplificada no seguinte pensamento: a natureza jurídica da arbitragem transcende as legislações nacionais, operando em paralelo ao Poder Judiciário e tendo sua validade legal independente deste. Por essa razão, apesar de feita por particulares e haver o inegável exercício da função jurisdicional, ela não teria caráter de Direito Privado e nem Público. Essa visão, sobretudo, anarquista é, em termos práticos, somente aplicável nas arbitragens entre entes que ainda estão sob o estado da natureza, isto é, aos Estados-Nações.

O notável viés revolucionário está na adoção do pluralismo jurídico e evidencia os sinais de exaustão do monismo jurídico e a sua insuficiência para dirimir os problemas de uma sociedade complexa, uma vez que a cada dia se procuram mais meios alternativos à morosidade do Poder Judiciário (SÁ FILHO, 2012, p. 124).

Consequentemente, tal teoria aplicada de forma mais abrangente geraria embates desnecessários e prejudiciais à aceitação da arbitragem perante os Poderes Judiciário de cada Estado-Nação, questionando a definição moderna do Estado. No Brasil, a adoção desta doutrina ressuscitaria o findado debate quanto ao direito fundamental à jurisdição estatal esculpida no artigo 5º, XXXV, da CF/1988. Em outras palavras, há grande potencial de frustrar o desenvolvimento do instituto da arbitragem.

A respeito das 4 (quatro) correntes doutrinárias citadas, a mais aceita nos Tribunais no Brasil é a teoria mista (ROMANELLI; FLORES, 2015).

Com vista à estrutura do instituto da arbitragem, tanto sua fase contratual ou procedimental, a mais fidedigna das doutrinas expostas é a mista por ter acertado na predominância de aspectos categóricos privado e público em diferentes momentos arbitrais.

4.2 A Convenção de Arbitragem

Consoante o já explanado, o antiquíssimo instituto da arbitragem possui 2 (dois) momentos distintos: a sua fase contratual e a sua fase procedimental, sendo a primeira o foco dessa monografia e a fonte da última. Por ser um contrato, essa etapa de predominância privatista segue os mesmos preceitos legais gerais dos demais contratos.

Tal significa que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico, mais precisamente, é uma manifestação de vontade prevista em uma hipótese legal, de provar no

mundo jurídico a modificação, extinção e criação de direitos em uma relação jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 678). *Id est*, é a fonte de uma obrigação de instituir um mecanismo alternativo de solução de controvérsias presentes, futuras e passadas celebrada em um contrato por 2 (dois), ou mais, sujeitos de direito (CARMONA, 2004, p. 89).

Em virtude disto, essa convenção está subsidiariamente regida pelos preceitos de um negócio jurídico genérico (DINAMARCO, 2013, p. 73), os quais foram esmiuçados no primeiro capítulo desta monografia e serão revisitados em menor detalhe neste. É um contrato devido à existência da Lei nº 9.307/1996. Por este motivo, deve ser estudada através dos 3 (três) atributos do negócio jurídico, a existência, a validade e, por último, a eficácia.

Neste diapasão, a Lei Modelo da UNCITRAL em seu artigo 7º, item I, orientou conceito semelhante ao descrito acima. Por sua vez, a legislação brasileira dividiu o gênero da convenção de arbitragem em 2 (duas) espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral; ambos insertos em lei, respectivamente nos artigos 4º e 9º da Lei nº 9.307/1996.

À *prima facie*, as 2 (duas) espécies não possuem qualquer diferença essencial, sendo ambas um contrato de compromisso, conforme tipificado no artigo 851 do Código Civil de 2002 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 686). As diferenças mais significantes são quanto ao seu momento e as exigências formais extras às quais estão sujeitos o compromisso arbitral, consoante o artigo 9º, §§ 1º e 2º, da Lei Marco Maciel.

Ainda a respeito do conceito da convenção de arbitragem, há indícios de uma cisão doutrinária quanto a sua classificação como negócio jurídico (NANNI, 2017, p. 14), uns classificam-na como um negócio jurídico processual (GUERRERO, 2014, p.12), outros como negócio jurídico material (DINAMARCO, 2013, p. 73). Tal divergência, dá-se em razão das diferentes áreas de especialidade dos arbitralistas, que enriquecem a vertente do Direito Arbitral com conceitos e noções de sua área (NANNI, 2017, p. 14).

Por essa razão, é necessária uma investigação sobre o tema, com o fim de sopesar os méritos de cada qualificação para, no final, tecer qual tem, no momento, o melhor argumento quanto à natureza da convenção de arbitragem. Essa investigação será feita no tópico a seguir sem a pretensão de esgotar o tema.

4.2.1 A Natureza Processual e/ou Material das Convenções

Apesar da vigência do atual CPC/2015, um novo instituto do Direito, que já vinha sendo debatido anos antes (NOGUEIRA, 2011, p. 134-137), delineou formas e ganhou previsão

legal: o negócio jurídico processual. Tal figura era debatida em razão da aplicação da Teoria Geral do Direito, ou mais especificamente a Teoria do Negócio Jurídico na matéria processual (NOGUEIRA, 2011, p. 109).

O novo diploma processual aparentemente “cedeu” a tendências “privatistas”, permitindo-as em maior grau no processo, em nome de um melhor aproveitamento deste. Nessa toada, é notável o fenômeno de transcendência da velha dicotomia, que remontante ao Direito Romano, conforme o velho brocardo – imortalizado no Digesto – *publicum just est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*, em que define o Direito Público como as relações pertinentes às coisas do Estado e o Privado quanto às relações dos particulares. *Id est*, há no Direito contemporâneo a “privatização” do direito público e a “publicização” do direito privado, configurada pela aplicação de conceitos e institutos oriundos de classificações diferentes.

Nessa ordem, tem-se o fenômeno da “hibridização” das disciplinas jurídicas e uma maior comunicabilidade entre estas, devendo se ter ênfase no fato de que o Direito é uno (LIMA, 2015, p. 41-42). Por essa razão, esse evento, à *prima facie*, não é necessariamente ruim, mas desejável e, principalmente, sinal de uma saúde e desenvolvimento do Direito como uma ciência.

Conforme conceituado neste estudo, o negócio jurídico é o ato jurídico em sentido amplo, no qual há a manifestação da vontade do agente em produzir os efeitos previstos na hipótese disposta na norma, sendo a autonomia privada capaz de criar, modificar e extinguir uma relação jurídica (REALE, 2004, p. 208-209). Nesse diapasão, tem-se um conceito com elementos lógicos abrangentes que não se limita à área civil, podendo ser aplicado em qualquer outra área jurídica, desde que presentes os elementos, ou seja, a Teoria do Negócio Jurídico, por conta de sua abrangência lógica, pertencendo à Teoria Geral do Direito e não está apenas limitada à área civil (NOGUEIRA, 2011, p. 109).

Nessa toada, há espaço doutrinário para a discussão da aplicação do negócio jurídico na área do Direito Processual. Nesse sentido, os fatos jurídicos processuais em sentido amplo são permeados pela manifestação de vontade da parte – alicerçados pela autonomia privada –, afim de produzir efeitos jurídicos que modifiquem, extingam e criem uma relação jurídica processual, previsto em hipótese legal das normas processuais, sendo classificados como negócios jurídicos processuais (NOGUEIRA, 2011, p. 137). Além disto, assim como os negócios jurídicos materiais, tais também estão sob o crivo da Teoria da Tricotomia, sendo analisados sob os planos de existência, validades e eficácia (NOGUEIRA, 2011, p. 160). Tais

atos negociais, doravante o CPC/2015 em seu artigo 190, já possuem aceitação legislativa e constam como realidade em no ordenamento jurídico brasileiro.

O supracitado artigo permite às partes negociarem em uma convenção processual, antes ou durante o início do processo, os regramentos procedimentais nos processos em que se admite autocomposição. O conteúdo dessas convenções pode ser a troca do ônus probatória, versar sob poderes, faculdades e deveres das partes, estando sua validade sob o crivo do controle do Estado-Juiz, que poderá fazer de ofício ou a requerimento das partes, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015.

Em comparação com a figura contratual, presente na a arbitragem, o referido instituto processual possui aplicações mais abrangentes, pois inclui a possibilidade de se convencionar sobre direitos patrimoniais indisponíveis (VAUGH; SANTOS; SÁ, 2016). *Vis-à-vis*, na convenção de arbitragem o limite é traçado em direitos patrimoniais disponíveis (DINAMARCO, 2013, p. 75), conforme é expresso no *caput* do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996.

Pontuado o negócio jurídico processual e seus limites, é possível analisar o mérito da discussão aplicando os conceitos daquele à convenção de arbitragem, com o fim de averiguar seu objeto.

Consoante o antes visto, a arbitragem tem 2 (dois) momentos significativos: a fase contratual, na qual as partes celebram um acordo no qual se obrigam a optar por dirimir os conflitos futuros, presentes e passados, que envolvam direitos patrimoniais disponíveis por um árbitro, ou um tribunal arbitral, e a fase processual, a qual se desenvolverá conforme as regras procedimentais do instituto, estando o árbitro vinculado ou quaisquer outras regras eleitas pelas partes. Logo, há a predominância de elementos processuais e materiais a depender de em que ponto se encontra a arbitragem.

Nessa ordem, à *prima facie*, em razão dos pressupostos lógicos, a corrente doutrinária, que defende a atribuição do caráter privatista à arbitragem, rejeitará a classificação de ser ela um negócio jurídico processual, em razão de não reconhecer a presença do caráter jurisdicional nela. Por sua vez, o entendimento de que possui natureza publicista abraçará a qualificação de negócio jurídico processual, por atribuir ao mecanismo o caráter jurisdicional.

Entretanto, aqueles que assinalam o segmento doutrinário que atribui à arbitragem, observando a sua característica *sui generis*, a natureza de híbrida terá o posicionamento quanto a essa qualificação um pouco mais sofisticada.

Com isto em mente, é necessário resgatar que a convenção de arbitragem tem como seu principal efeito, e objeto, a instituição da obrigação que afasta o Poder Judiciário e distribui

a competência arbitral para dirimir os conflitos convencionados (NANNI, 2017, p. 18). Portanto, nesse fundamento, a convenção de arbitragem é um negócio jurídico material.

Entretanto, consoante os artigos 2º, §§1º, 2º, 5º e 11, inciso IV, da Lei nº 9.307 de 1996, não só se ancora em efeitos materiais desse negócio jurídico, como, também, há uma inegável disposição em modificar, criar e extinguir uma relação jurídica processual, uma vez que é facultado às partes estabelecer regras procedimentais – bem como materiais. Conseqüentemente, há a presença de um negócio jurídico processual nas convenções de arbitragem que não omitirem essas disposições procedimentais. *Id est*, as convenções de arbitragem podem ter parcela de Direito Processual.

Sendo assim, a convenção de arbitragem é negócio jurídico material, no qual as partes, fundadas na autonomia da vontade, celebram obrigação de dirimir suas controvérsias, que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis com o *animus* de que, por meio do mecanismo de resolução de conflitos, seja alterada a relação jurídica objeto do contrato. Além disso, é notável o caráter processual deste negócio, no qual, às partes, é facultado negociar regras procedimentais da arbitragem, moldando a relação jurídica processual instaurada com o início da arbitragem.

4.2.2 O Atributo Existencial da Convenção de Arbitragem e a sua Obrigação

Sumulando o já descrito no decorrer deste capítulo, o convênio arbitral é o ato jurídico em sentido amplo, pelo qual 2 (duas), ou mais, partes manifestam sua vontade em dirimir controvérsias futuras, presentes e passadas, – observando o limite de ser quanto a direito patrimonial disponível – por meio de um mecanismo alternativo de solução de conflitos, delegando a um terceiro desinteressado – o árbitro – ou a um tribunal arbitral o poder-dever de emitir decisão terminativa. É um verdadeiro contrato em que se atribui a obrigação de instaurar a arbitragem, isto é, a exclusão da jurisdição estatal e a atribuição de jurisdição a um particular, são respectivamente os efeitos negativo e positivo desse negócio jurídico material (DINAMARCO, 2013, p.73).

Ademais, vale lembrar que, a convenção de arbitragem, para existir, deve ter os seguintes elementos, sob a penalidade de sua nulidade em razão da sua inexistência, sendo eles: sujeitos de direito, a manifestação da vontade, objeto determinável e possível e a forma pela qual é manifestada de vontade (AZEVEDO, 2002, p.32-33).

Sobre o objeto do ato negocial, é criterioso salientar que sua definição comporta 2 (duas) categorias: material e jurídico. Ou seja, podem ser objeto de um negócio jurídico uma coisa material como também pode ser um conteúdo jurídico – conjunto de obrigações fixadas (GUERRERO, 2014, p. 42).

Nessa toada, a convenção arbitral exige a presença de mais de 1 (um) sujeito de direito, com interesses autônomos, dispostos a instituir a obrigação de dirimir as controvérsias por pessoas privadas, sob a égide dos artigos 1º da Lei nº 9.307/1996 e 851 do CC/2002. Tal obrigação é chamada de objeto da cláusula e do compromisso arbitral e provoca efeitos positivos e negativos, materiais e processuais.

Ante a peculiaridade da cláusula compromissória, sua estipulação deve ser sempre correlata a um contrato existente, entendimento extraído do artigo 4º da Lei de Arbitragem, *in verbis*: “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**” (grifos acrescentados). Em outras palavras, a determinabilidade do objeto desta espécie contratual está vinculada ao objeto de um contrato pré-existente. Tal característica está ligada a essa ser acessória a um outro negócio jurídico.

Tal convenção poderá ser inserida no instrumento contratual ou em documento anexo a ele, ressaltando que, nos contratos de adesão, há a obrigatoriedade de essa cláusula ser elaborada em negrito ou em apartado, com assinatura e visto específicos a ela.

Nesse diapasão, apesar do caráter acessório, conforme dispõe o artigo 8º, não é aplicável a ela o princípio gravitacional, ou seja, a cláusula arbitral é autônoma e não é afetada pela nulidade do negócio jurídico principal.

Por outro lado, imagine-se a hipótese em que 2 (dois) sujeitos celebram entre si um compromisso arbitral, o qual versará sobre todas as potenciais controvérsias de forma genérica, sendo ele vigente para todos os demais negócios jurídicos de conteúdo patrimonial disponível, que estes farão a partir daquele momento. Em evidência, este negócio jurídico é por demais abrangente e tem seu objeto indeterminável. Por esse motivo, é inegavelmente inexistente e também dissonante em relação à própria Lei de Arbitragem, em seu artigo 10, que de forma expressa exige a delimitação de seu objeto (inciso III).

Ante o exposto, dá-se ênfase à dispensa de a cláusula compromissória ter um objeto jurídico pormenorizado, em virtude de as partes não terem como prever as espécies de controvérsias que surgirão no futuro (GUERRERO, 2014, p. 48). Nesta ordem, o objeto da arbitragem será especificado quando ocorrer a controvérsia e a generalidade prevista na cláusula

será suprimida por meio da celebração de outro negócio jurídico, ou seja, o termo de arbitragem que delimitará o conteúdo a ser julgado pelos árbitros (GUERRERO, 2014, p. 48-49).

Já no compromisso arbitral, conforme visto, tem-se a exigência de ter especificado o conteúdo sobre o qual versará a arbitragem. Esta obrigatoriedade dá-se em razão da cronologia em que é celebrado o compromisso arbitral, que é após a existência da controvérsia – a divergir da cláusula compromissória. Nessa toada, o artigo 10 da Lei nº 9.307/1996, inciso III, preleciona essa obrigatoriedade e destitui a permissividade da generalidade (GUERRERO, 2014, p.47).

Consoante as observações tecidas acima, é exigido da cláusula compromissória para que esta exista o gênero da controvérsia que será versada na arbitragem, já o compromisso arbitral tem seu objeto mais específico, devendo nele ser feita a delimitação da lide.

A importância da determinação do objeto da convenção de arbitragem transcende a questão do atributo da existência destes negócios jurídicos em razão dos efeitos decorrentes da obrigação instituída, a chamada arbitrabilidade (GUERRERO, 2014, p. 43-44), e podem eivar de nulidade o laudo arbitral (GUERRERO, 2014, p. 49).

Por fim, quanto ao plano existencial ainda resta a observação em relação à forma pela qual é feita a manifestação da vontade. Em regra, os contratos podem ser expressos ou tácitos, tornando este, quando há ação dos proponentes pressupondo a celebração do negócio, e expressos, quando a manifestação da vontade é feita de forma oral, por mímica, gestualmente ou por escrito (GONÇALVES, 2012, p. 77). Entretanto, em alguns casos a lei pode exigir, com função de “filtrar as impurezas”, que a manifestação de vontade seja feita somente de forma escrita, como é da convenção de arbitragem, e por meio de instrumentos documentais que atendam a requisitos mais solenes.

Deste modo, a convenção de arbitragem para existir pode ser feita pela via oral ou expressa. Todavia, somente será válida caso tenha sido feita a manifestação por meio da via escrita, consoante prelecionado nos artigos 4º, §2º, e 10, §1º e 2º, da Lei Marco Maciel.

Explanados os elementos essenciais do plano de existência da convenção de arbitragem, é possível, então, ser tecida análise quanto aos direitos e deveres instituídos por esse contrato e quais seus efeitos jurídicos. Tal negócio tem como obrigação delegar a terceiro a função jurisdicional quanto às controvérsias de direitos patrimoniais disponíveis determinados pelas partes, e, por consequência, afastar a competência do Poder Judiciário em apreciar o mérito dessas contendas.

Antes da vigência da Lei nº 9.307/1996, a cláusula compromissória, por meio da qual se optava pela arbitragem, tinha natureza de contrato preliminar para instituir a obrigação de assinar o compromisso arbitral, que se resolveria em perdas e danos caso não cumprida (GUERRERO, 2014, p. 124). Ou seja, a cláusula arbitral não tinha como objetivo dar competência a um juízo arbitral, mas, sim, obrigar as partes a celebrar um compromisso quando havida controvérsia a ser discutida na arbitragem.

Em virtude dessa natureza, é possível teorizar a pouca utilização das arbitragens domésticas e internacionais, que adotavam cláusulas penais para garantir o cumprimento deste contrato, como forma de “gambiarra” à ineficiência da tecnologia jurídica adotada na época.

Com advento da Lei de Arbitragem, foram instituídos mecanismos que afastaram do Poder Judiciário a prerrogativa de converter a arbitragem em perdas e danos por meio dos artigos 6º e 7º da supracitada lei (GUERRERO, 2014, p. 123), que provocou questionamentos e discussões quanto à constitucionalidade de seus dispositivos, em virtude da aparente afronta ao artigo 5º, XXXV, da CF/1988, que resguarda o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Todavia, conforme ficou decidido pelo STF não há qualquer afronta ao princípio, uma vez que a lei não afasta totalmente a competência do Poder Judiciário, *in verbis*:

Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). **Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.** Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31) (STF - SE-AgR: 5206 EP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 12/12/2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958) (grifos acrescidos).

Nesse diapasão, é válido enfatizar a existência do artigo 33 da Lei de Arbitragem, o qual é um mecanismo de *check and balance*, que fundamenta o direito das partes de pleitear ação anulatória em face dos laudos arbitrais quando estes afrontarem direitos fundamentais,

tenham cometido irregularidades no decorrer do processo arbitral, tenham proferido decisões que extrapolem a convenção de arbitragem, dentre outras hipóteses. Com base em tal dispositivo, é insustentável a tese de que o Poder Judiciário é afastado da apreciação da lide, sendo supostamente desrespeitado o direito esculpido no artigo 5º, XXXV, CF/1988 (inafastabilidade de jurisdição). Em verdade, não há o tolhimento da função jurisdicional, mas, sim, delimitação de competência, atribuindo ao Poder Judiciário atuação subsidiária, em relação ao juízo arbitral quando for instituído.

Nessa toada, caso encontrada resistência no momento de instituir a arbitragem, ou seja, a recusa por uma das partes em assinar o termo de arbitragem, pode a parte resistida recorrer à assistência do Estado-Juiz para ter lavrado o compromisso arbitral, desimpedindo a instauração da arbitragem.

A arbitrabilidade possui 2 (dois) aspectos, que delimitam a competência do árbitro: objetivo e subjetivo. O primeiro determina quais direitos patrimoniais disponíveis poderão ser objeto do processo arbitral, restringindo a competência do árbitro quanto à matéria (GUERRERO, 2014, p. 44-45). Dessa forma, o laudo arbitral cujo objeto extrapola o convencionado entre as partes é passível de nulidade, consoante o artigo 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/1996 (GUERRERO, 2014, p. 49).

Tendo isso em vista, é aconselhável às partes que desejam dirimir as controvérsias no juízo arbitral redigir a convenção com sagacidade, pois uma cláusula demasiadamente específica poderá excluir a competência do árbitro e ser um obstáculo ao desejo inicial. Conseqüentemente, a estipulação de convenção mais genérica garante maior número de controvérsias imprevistas sobre a competência do árbitro e torna mais simples a sua instituição.

Nessa ordem, como forma de salvaguardar o desejo pela instituição da arbitragem, a doutrina confeccionou o princípio *favor arbitralis*, o qual prescreve que aquelas cláusulas arbitrais patológicas, quanto a sua extensão objetiva – quando possuir em seu texto expressões ambíguas ou confusas que comprometam o entendimento claro –, serão interpretadas em prol da instauração da arbitragem (DINAMARCO, 2013, p. 98). Além disto, há a tecnologia do artigo 8º, parágrafo único, da Lei Marco Maciel que institui no Brasil o princípio *Kompetenz-kompetenz*, consagrando ao árbitro o poder de decidir quanto a sua competência, em outras palavras, a delimitação da interpretação, existência, validade e eficácia da convenção arbitral (DINAMARCO, 2013, p. 94).

A existência dos artigos 6º, 7º e 8º, parágrafo único, da supracitada lei, fortalecem o instituto da arbitragem, tornando o afastamento desta mais difícil, resguardando o basilar

princípio da *pacta sunt servanda* em relação à convenção de arbitragem (GUERRERO, 2014, p.123).

Já quanto ao segundo aspecto, a arbitrabilidade subjetiva delimita quais serão os sujeitos que poderão participar ou não de uma arbitragem, definindo as fronteiras sobre quem será afetado pelos efeitos jurídicos do laudo arbitral (GUERRERO, 2014, p. 53). Em regra, somente participarão do processo aqueles que assinaram o compromisso, por ser o exercício da autonomia da vontade o fator genético da arbitragem e somente eles serão afetados nos limites da arbitrabilidade objetiva (DINAMARCO, 2013, p. 101).

Nesse diapasão, tem-se o problema quanto à ampliação da arbitrabilidade subjetiva nas questões em que há uma cláusula compromissória no estatuto de uma sociedade, em razão do aparente conflito de regras existente. Quando incluída no contrato social, desde o momento de constituição, é unânime que todos os sócios presentes e futuros estão sob a égide da arbitragem. No entanto, quando a cláusula é inserida em um contrato social já existente, há dúvida sobre arbitrabilidade subjetiva sobre os sócios anteriores à data da celebração deste negócio jurídico que não anuíram (GUERRERO, 2014, p. 62-63). A esse respeito, aponta-se que, no Direito Societário, as deliberações sociais não demandam unanimidade. Todavia, esse tema é verdadeiro ponto de interseção entre a supracitada ramificação do Direito e o Direito Arbitral, o qual é regulamentado por lei específica, cuja arbitrabilidade subjetiva é limitada àqueles que anuíram à cláusula compromissória, não podendo ser imposta àqueles que não manifestaram sua vontade em optar pelas vias arbitrais. Desse modo, pode haver um conflito de regras entre a Lei da Arbitragem e o Direito Societário.

Nessa toada, pressupõe-se que é necessária a anuência dos sócios pré-clausula arbitral para que estes estejam sujeitos a ela, em razão da exigência de manifestação expressa por escrito contida na Lei da Arbitragem (GUERRERO, 2014, p. 63). Logo, a regra da maioria não é aplicável às convenções de arbitragem no âmbito societário.

Explanados os limites da arbitrabilidade objetiva e subjetiva, é possível, então, fazer uma exposição quanto aos efeitos jurídicos provocados pela convenção de arbitragem, alguns deles já mencionados – e até mesmo explicados – no decorrer do texto desta monografia. São 2 (dois) tipos de efeitos: positivo e negativo.

O efeito positivo consiste na atribuição de competência ao árbitro para dirimir as controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais, disponíveis que sejam tema da convenção arbitral, consoante os limites objetivos e subjetivos da arbitrabilidade (GUERRERO, 2014, p.124). Com a intenção de consolidar a arbitragem no Brasil, a Lei nº 9.307/1996, em seus

artigos 6º, 7º e 8º, instituiu mecanismos que garantissem a instituição da via arbitral. Tais são verdadeiras “pedras angulares” do efeito positivo da arbitragem. Os 2 (dois) primeiros artigos tratam de suprimir a vagueza que impeçam o início da arbitragem, enquanto que o último resguarda os limites e o controle jurisdicional sobre o juízo arbitral.

Nessa toada, quando a cláusula arbitral é ausente de previsão, quanto à forma em que será iniciada arbitragem, ou seja, não há disposição quanto a como serão nomeados os árbitros, dispõe a lei que a parte interessada deve comunicar a outra, por qualquer meio de comunicação que comprove o recebimento, convocando-a com data, hora e lugar, para celebrar o compromisso arbitral com o fim de suprimir a vagueza da cláusula. Consequentemente, caso a parte convocada não apareça ou resista, a interessada poderá demandar em face dela no Poder Judiciário, para que seja celebrado o compromisso arbitral e nomeado o árbitro ou os árbitros.

Em razão da autonomia da convenção de arbitragem e o princípio *Kompetenz-kompetenz*, é permitido que o árbitro nomeado decida sobre os limites da arbitrabilidade presentes naquele negócio jurídico. Nesse diapasão, tem-se que atuação do Judiciário nesta fase é apenas de auxiliar, dando sempre o protagonismo à arbitragem.

Por fim, tem-se o efeito negativo da convenção de arbitragem que exclui do Estado-Juiz a capacidade de decidir sobre o conteúdo da arbitrabilidade acordada no compromisso (GUERRERO, 2014, p. 127). Neste sentido, o artigo 485, inciso VII, do CPC/2015 expressa que o Estado-Juiz extinguirá a ação sem resolução do mérito quando existir convenção arbitral sobre o objeto da lide, sendo ônus do réu alegar a existência da convenção antes da discussão do mérito, consoante o artigo 337, inciso X, do mesmo diploma processual, sob pena da aceitação da jurisdição estatal sobre a arbitragem, como é condicionado pelo § 6º do supracitado artigo.

Diante da disposição dos atos processuais, tem-se que é na contestação que a parte deveria alegar a existência da convenção de arbitragem, o que cria margem para manobras de má-fé, afim de que se ingresse no Judiciário para ter de antemão os argumentos da outra parte quando fosse disputar o mérito no processo arbitral (RODOVALHO, 2016). Isto ocorre em razão de ser nesta peça em que é feita a defesa do mérito, obrigando a parte a escolher entre revelar seus argumentos ou ficar sem defesa ante a possibilidade de ter a arbitragem afastada.

Graças ao advento do artigo 190 do CPC/2015, as partes poderão instituir no corpo do contrato, ou mesmo na cláusula de arbitragem, convenção processual que modifique o procedimento processual civil, instituindo a figura da petição autônoma, cuja serventia é a

alegação da existência de convenção arbitral, com o fim de evitar a litigância de má-fé citada antes do oferecimento da contestação (RODOVALHO, 2016).

Ainda quanto ao efeito negativo, o princípio *Kompetenz-kompetenz* resguarda ao árbitro a decisão quanto à existência, validade e eficácia da convenção. Entretanto, consoante o visto, não é uma competência absoluta, uma vez que o próprio CPC/2015 prevê a possibilidade de o Judiciário averiguar a existência, validade e eficácia de tal convenção, conforme antes explicado (GUERRERO, 2014, p. 130). Logo, a competência do Estado-Juiz, quando há convenção de arbitragem, é relativa, ficando assim a critério da parte renunciar, não alegando a existência da convenção de arbitragem.

Por fim, como consequência do efeito negativo, ao Judiciário só é permitido auxiliar a arbitragem, agindo, quando for necessário, com o emprego da força, isto é, na execução do laudo arbitral, quando for desrespeitada, pela parte remitente, alguma tutela antecipada concedida, dentre outros. O laudo arbitral, portanto, tem a qualidade de uma sentença, em virtude disto a legislação brasileira usa a nomenclatura de sentença arbitral, fazendo coisa julgada.

4.2.3 Os Tipos de Convenções de Arbitragem

Consoante já visto, mas agora de maneira mais precisa, a convenção de arbitragem é gênero do qual a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são suas espécies. Ambas são aptas a instituir a arbitragem e possuem suas peculiaridades.

O compromisso arbitral é o acordo extrajudicial ou judicial pelo qual as partes optam por dirimir as controvérsias sobre direito patrimonial disponível no mecanismo de resolução de conflitos alternativos que é arbitragem. Esse contrato é feito quando a controvérsia já aconteceu ou está acontecendo, podendo suprimir a vagueza da cláusula compromissória e até mesmo substituí-la.

Desse modo, o compromisso arbitral pode ser feito ainda que o contrato não possua cláusula de arbitragem em seu instrumento, ou em documento em anexo, e serve para especificar a generalidade do objeto da arbitragem, uma vez que na cláusula arbitral tem-se, normalmente, um objeto genérico em razão de não serem as partes obrigadas a antecipar futuras controvérsias.

Nessa toada, o compromisso arbitral pode ser celebrado nos autos de um processo, quando houver a resistência de uma das partes em suprimir a vagueza da cláusula de arbitragem,

dando-se a ela a nomenclatura de judicial. Ou pode ser extrajudicial, quando as partes entram em acordo e por livre e espontânea vontade assinam em instrumento particular ou público.

Tal espécie tem como elementos obrigatórios, conforme expressa o artigo 10 da Lei Marco Maciel: 1) a qualificação das partes; 2) dos árbitros ou arbitros; 3) a especificação do objeto da arbitragem; e, por fim, 4) o lugar onde será proferida a sentença arbitral. E, ainda, fica a critério das partes dispor quanto: 5) ao local onde se desenvolverá a arbitragem; 6) a anuência das partes para que o árbitro jogue por equidade; 7) o prazo para apresentar a sentença arbitral; 8) indicação de leis materiais e regras processuais aplicáveis à arbitragem; 9) a declaração de responsabilidade do pagamento dos honorários e despesas da arbitragem; e 10) a fixação dos honorários do árbitro ou dos árbitros (artigo 11 da Lei nº 9.307/1996).

Quanto à cláusula compromissória, tem-se que é o acordo antes da existência de controvérsia pelo qual as partes expressam sua vontade de revestir particulares na função de juízo arbitral, para que estes decidam os conflitos advindos dos direitos patrimoniais disponíveis presentes no contrato, ao qual a cláusula é relacionada. Neste sentido, elas gozam de maior liberalidade que o compromisso arbitral, podendo ser cheia, vazia, escalonada ou patológicas.

A cláusula compromissória cheia é aquela em que há a maioria dos 10 (dez) elementos supracitados preenchidos, sendo qualificada quando há todos os requisitos exigíveis para que seja instaurada com sucesso uma arbitragem sem o auxílio do dispositivo legal do artigo 7º da Lei nº 9.307/1996. Estes elementos devem tornar inequívoco o método pelo qual serão escolhidos os árbitros. Por este motivo se diz ser autossuficiente (AZEVEDO NETO; PEIXOTO, 2012, p. 541).

Quanto à denominada vazia, tem-se uma cláusula cujo texto apenas expressa a opção pelo mecanismo da arbitragem. Nesta convenção, não há qualquer regra que aponte a existência de regramentos convencionados pelas partes sobre como se instituiria a arbitragem (AZEVEDO NETO; PEIXOTO, 2012, p. 541). Conseqüentemente, essa é a espécie de cláusula compromissória que necessita ter sua vagueza suprimida por meio de compromisso arbitral extrajudicial ou judicial, tendo a potencialidade de estorvos econômicos às partes.

Ainda quanto à espécie de cláusulas arbitrais pode ser estipulada no corpo do texto o escalonamento de métodos de resolução de conflitos, permitindo a condição de fazer audiência de conciliação e mediação antes de se dar prosseguimento ao procedimento arbitral (LIMA, 2015, p. 71). Ou seja, são as chamadas *med-arb clause* em que é convencionado o uso de mais de um mecanismo alternativo de resolução de conflitos.

Por fim, tem-se as cláusulas compromissórias patológicas que são aquelas que apresentam vícios em sua formação que diminuem a funcionalidade da convenção de arbitragem e “aleijam” seus efeitos jurídicos em razão de: a) impedir que os efeitos vinculem as partes; b) dar demasiada margem de intervenção estatal durante ou antes do processo arbitral; c) criar obstáculos que delimitem a arbitrabilidade objetiva, a ponto de frustrar o árbitro de poder solucionar a lide; e d) prejudicar a capacidade de instaurar um procedimento arbitral eficaz (PASSOS, 2016, p. 53).

Escudado nesse entendimento, as convenções de arbitragem eivadas de patologia são aquelas cujo nível de problemática frustram as partes em obter um laudo arbitral, que solucione seus conflitos por constarem elementos que frustrem as 4 (quatro) funções que tem a convenção de arbitragem, sendo estas causadoras de morosidades e prejuízos financeiros o que, por consequência, podem até causar a nulidade da referida decisão arbitral.

4.3 A Formação da Convenção de Arbitragem no *Cyberspace*

Consoante o embasamento sustentado nos tópicos anteriores, a convenção de arbitragem é instituto de Direito Material, com indubitáveis efeitos materiais e processuais, classificando-se como negócio jurídico material, que pode carregar características procedimentais. Tal espécie de contrato passou por uma evolução tecnológica com o advento da Lei nº 9.307/1996, que solidificou sua eficácia.

Nessa toada, conforme dissertado outrora, as relações sociais, consumeristas e comerciais também foram influenciadas por uma evolução tecnológica, a internet, que as modificou a 1 (um) grau de complexidade inédito na história da humanidade, obrigando o mundo jurídico a encontrar respostas para as controvérsias dessa nova era. Consequentemente, é natural a dúvida de que velhos institutos do Direito, como é a arbitragem, possam ser utilizados com plenitude no *cyberspace*, suscitando a indagação de se há embasamentos jurídicos para celebrar uma convenção arbitral online ou são necessárias mudanças no ordenamento jurídico para que este se adapte à nova realidade do século XXI.

Nesse diapasão, as regras que regem a celebração das convenções de arbitragem no mundo digital, por ser um contrato, são as mesmas das demais espécies contratuais por correspondência presentes no CC/2002 (GUERRERO, 2014, p. 57). Escudado nesse entendimento, tem-se que há, assim, como nos demais contratos, um processo de 3 (três) fases

distintas: as negociações preliminares, ou fase de pontuação, a qual determinará a proposta definitiva e, em seguida, a aceitação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 128).

Na fase das negociações preliminares, é clara a presença de 2 (duas) partes com desígnios divergentes, que entram em comunicação para concluir em termos conciliatórios e satisfatórios para satisfazer o resultado almejado, realizando 1 (uma) *win-win situation*, ao menos na teoria (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 128-129). Esse procedimento consiste em estudos, elaborações de minutas contratuais, discussões e cálculos das vantagens e desvantagens da sua celebração, para que no fim seja produzida uma proposta final com termos razoáveis, podendo ser feita de diversas formas, inclusive online.

Consequentemente, por ainda não existir os “contornos claros” do possível negócio jurídico, não há a obrigatoriedade da celebração deste pelas partes. Nessa ordem, até a proposta final ser desenvolvida as partes estão apenas gozando de seus direitos.

Entretanto, há reservas quanto à liberdade das partes nessa fase pontual, graças aos avanços tecnológicos do Direito moderno e ao princípio da boa-fé objetiva, ambas as partes têm o dever da probidade, desde o momento das negociações preliminares até a extinção do contrato. Nesse viés, é aplicável o instituto das perdas e dos danos quando comprovado 1 (um) contorno distinguível do possível negócio jurídico e a improbidade da outra parte ao frustrá-lo, não sendo aplicáveis aos contratos preliminares (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 129-130).

Consoante esse entendimento, em virtude da vigência da Lei Marco Maciel, a convenção arbitral, como antes dissertado, teve sua natureza de contrato preliminar modificada, tornando-se autêntico contrato de compromisso (GUERRERO, 2014, p. 124), sendo, então, aplicável o instituto de perdas e danos também nos atos preparatórios quando configurados os contornos da celebração do compromisso e a improbidade da outra parte.

Quando essa fase pontual é realizada por correspondência eletrônica, *e-mail*, *WhatsApp*, *messenger* do *Facebook*, *Telegram* e outros, a parte que alegar ter sofrido perdas e danos, em razão da atitude improba da outra, pode usar as mensagens eletrônicas como documentos eletrônicos. Nesse sentido, recorda-se que deve ser provada a autenticidade e a integridade do documento eletrônico por quem o usa como meio probatório.

Ademais, caso o meio eletrônico empregado utilize o mecanismo disponível pela ICP-Brasil, o documento eletrônico não só gozará de validade como também terá revestida sobre ele a presunção *iuris tantum*.

Ultrapassadas as negociações preliminares, há a proposta, que nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 130): “consiste na oferta de contratar que uma parte faz à outra, com vistas à celebração de determinado negócio”. Essa declaração de vontade carrega como características essenciais a seriedade e a possibilidade concreta de realização, assim, sendo excluídas as meras suposições e jocosidades (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 130-131).

Na proposta, já existe a obrigação do proponente em celebrar o negócio jurídico ofertado, em virtude de já ter em seu conteúdo os termos necessários para aceitação, podendo carregar ou não prazo determinado para aceitação (GUERRERO, 2014, p. 57). Quando não há determinação do período de validade da proposta é necessário definir a quem foi feita essa proposta e se a pessoa esteve ausente ou presente.

É considerada presente a pessoa cujo contato com a proposta é direto e simultâneo entre proponente e oblato e, por sua vez, é definido como ausente quando não há o contato direto e imediato entre o proponente e o oblato (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 133). No meio digital, em regra, é considerada declaração pela pessoa ausente, *exempli gratia*: e-mail, *WhatsApp*, *Telegram* e *messenger* do *Facebook*.

Nos citados instrumentos de mídia social, existe a potencialidade, alguns maior que no outro, da comunicação imediata ao oblato, mas não é de sua essência. Já no caso da teleconferência ou ligação, por meio do *Skype*, *WhatsApp*, *Telegram* ou até mesmo *messenger* do *Facebook*, é considerado uma proposta à pessoa presente.

A nomenclatura apresentada tem como consequência o tempo de validade da proposta ao oblato, caso não tenha sido expressamente estipulado. Quando for o caso de uma proposta feita à pessoa presente, será necessária uma resposta imediata ao proponente, conforme os ditames do artigo 428, inciso I, do CC/2002. Em outras palavras, presente o oblato, sua resposta à oferta deve ser feita na hora e terá celebrado o negócio jurídico naquele momento.

Já quando for a alguém ausente e sem a previsão do prazo, tem-se como limite, segundo instrui o dispositivo contido no inciso II do supracitado artigo, o tempo suficiente para o oblato *absento* aceitar.

Nesse diapasão, a vagueza do dispositivo legal implica que, a depender do contexto da situação concreta, será avaliado o tempo mínimo para a ciência do ausente, sendo pertinente para esse estabelecimento a frequência com que o oblato usa o endereço eletrônico e o parâmetro do homem médio.

Por fim, tem-se ainda que é possível expirar a validade da proposta, caso tenha existido a retratação do proponente em tempo hábil ao conhecimento do oblato, ou seja, quando, por exemplo, é enviado um e-mail, contendo a proposta, e, algumas horas depois – antes ou até mesmo simultânea à anuência do oblato –, é enviado um e-mail, retratando a proposta, tem-se expirado o prazo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 135).

Nessa toada, há, ainda, a investigação de quando foi celebrado o negócio entre pessoa ausente, isto é, quando foi celebrado negócio jurídico quando a proposta foi realizada ao oblato *absento*. A esse respeito, a doutrina apresentou 5 (cinco) correntes: 1) a teoria da cognição, a qual instrui que será considerado realizado quando a aceitação do oblato chegasse ao conhecimento do proponente; 2) teoria da agnição, em que se dispensa para a concretização do negócio a ciência do proponente do consentimento do oblato, que se subdivide em: a) a subteoria da declaração propriamente dita, em que a mera resposta do oblato já caracterizaria como celebrado o contrato, ou seja, antes mesmo de enviá-la; b) subteoria da expedição, a qual enfatiza que se considera feito o negócio jurídico quando expedida a resposta; e c) subteoria da recepção, em que o negócio jurídico considera celebrado, quando o proponente recebe a resposta do oblato, sendo dispensada a sua ciência (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 139).

No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, está em vigor a subteoria da recepção, uma vez que, em análise minuciosa do artigo 433 do CC/2002, enfatiza-se a possibilidade da retratação do oblato até que a sua resposta seja recebida pelo proponente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 139).

Consoante o exposto, a proposta da convenção arbitral feita por meio eletrônico, tendo em vista a obrigatoriedade de ser feita por escrito, como é previsto na Lei de Arbitragem e Convenção de Nova York – bem como é instruída na Lei Modelo da UNCITRAL –, segue os ditames explicados da proposta à pessoa ausente previsto no CC/2002. Tal assertiva será explanada com maiores detalhes no tópico a seguir.

4.3.1 A Manifestação de Vontade Eletrônica

A manifestação da vontade, consoante dissertado, é elemento essencial a todo negócio jurídico. Sua importância é evidenciada não só por figurar no seu plano existencial, como também, influenciar nos atributos da validade e eficácia do negócio jurídico. Desse modo, as circunstâncias e a forma tomadas por base para a declaração de vontade do agente podem

eivá-la de nulidade ou anulabilidade, bem como permitir interpretação modificativa dos efeitos inicialmente desejados ou registrados pelas partes.

O atributo da existência, como já discutido, exige que a manifestação da vontade seja livre e consciente. Dessa forma, quando alguém sofre um constrangimento suficiente para extinguir totalmente sua liberdade, a exemplo de ser fisicamente forçado a assinar um contrato, tem-se a nulidade e a descaracterização da figura de negócio jurídico. Todavia, se houver o erro, o equívoco do agente durante a ação, a necessidade urgente que configure o estado de sobrevivência, ou até mesmo a assunção de deveres e obrigações extremamente onerosos, apontados pelas circunstâncias negociais, está-se diante de hipóteses de anulabilidade por conta da qualidade deste fato jurídico, o plano da validade.

Nesse diapasão, tem-se também que, no ordenamento jurídico nacional, a interpretação do negócio jurídico possui como ponto inicial a forma pela qual a manifestação da vontade foi feita com o intuito de dar ao contrato interpretação mais próxima da vontade interna.

Tecidas essas breves considerações iniciais, tem-se a vital importância da manifestação da vontade e a forma pela qual é feita, uma vez que se desdobram efeitos nos 3 (três) planos.

No mundo digital, a declaração da vontade deve conter 4 (quatro) qualidades, sendo elas: 1) autenticidade; 2) integridade; 3) consciência; e 4) efetiva comunicação (JUNQUEIRA, 2015, p. 36-37). Estas devem ter em seus indícios a sustentação mínima de presunção de veracidade, ou seja, a manifestação deve conter indícios da autoria de quem a fez e o conteúdo atribuído deve coincidir com o manifestado, bem como seu agente não ter incorrido nos vícios supracitados e, por fim, que a forma usada possua a idoneidade de estabelecer comunicação entre os contratantes.

Em verdade, essas presunções basilares também devem ser identificadas nas manifestações de vontade feitas no mundo fenomenológico (JUNQUEIRA, 2015, p. 37). Nessa toada, é oportuno afirmar que o *cyberspace*, apesar dos tons de lugar, é, na verdade, um instrumento suficientemente hábil a encurtar distâncias e criar uma falsa impressão de inserção em um espaço. Conseqüentemente, a internet consiste em uma rede de comunicação em que transitam *bytes* de informações capazes de replicar coisas do ponto A ao B (MARCANCINI, 1999).

Portanto, o uso de instrumentos eletrônicos para a celebração de negócios jurídicos não se distancia dos tradicionais, devendo ser visto como uma evolução na tecnologia. Sob esse

ponto de vista, é argumentável uma hipótese de linha evolutiva pela qual os homens apresentavam sua vontade e negociavam, indo das manifestações de vontade tácitas até as expressas, feitas por gesto, depois mímicas, acordos verbais, escritas pelo próprio punho e, por fim, mediante assinatura digital.

Embasado nesse argumento, a celebração de negócios jurídicos no *cyberspace* tem como óbice apenas os limites tecnológicos, sendo perfeitamente encaixada nos conceitos jurídicos presentes no ordenamento jurídico, desde que satisfaça os 4 (quatro) critérios apresentados no início deste subtópico.

A convenção de arbitragem, por sua vez, pode ser feita, sob a ótica do plano da existência, de forma expressa ou tácita. Entretanto, a Lei nº 9.307/1996 e a Convenção de Nova York condicionam e a Lei Modelo da UNCITRAL instrui, que o convênio arbitral deve ser feito por escrito. Conseqüentemente, estão excluídos, pelo plano da validade, a celebração deste compromisso por meio de teleconferências.

Nesse diapasão, à *prima facie*, os instrumentos informáticos utilizados na internet devem ser aqueles meios escritos, a exemplo de e-mail, *WhatsApp* e outros. Tal ponto será desenvolvido no tópico subsequente, onde será posto em análise o atributo da validade nas convenções de arbitragem celebradas no *cyberspace*.

Na doutrina internacionalista, já existem trabalhos que discutem a possibilidade do uso do e-mail como meio de registro da cláusula compromissória, comparando-o, por analogia, ao telegrama (BIUKOVIC, 2002, p. 347). Os argumentos sustentados por essa corrente doutrinária são as características que apresentam a mesma função e que a não previsão da Convenção de Nova York se dá pela idade do tratado, uma vez que em sua época não existia internet tal como é hoje.

O dispositivo do artigo II, item 2, da supracitada convenção expõe, *in verbis*: “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**” (grifos acrescidos). Consoante a superveniência do Decreto nº 4.311/2002, que ratificou o referido tratado internacional e o inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, estas disposições passam a complementar a Lei de Arbitragem, estando em igual status de lei federal ordinária.

Nesse diapasão, Hill (1999) aponta as seguintes desvantagens do e-mail em relação ao telegrama que obstam sua comparação ao telegrama, sendo elas: 1) o posto de telegrama dava presunção de autenticidade à mensagem, *vis-a-vis*, o e-mail é fácil de forjar e por essa razão não é possível determinar quem o mandou; 2) a integridade do conteúdo do telegrama

durante a transmissão é de difícil alteração, enquanto que e-mails não são essencialmente protegidos de mudanças durante sua transmissão; e 3) empresas de telegrama podem ser confiadas em entregá-lo, em contraposição aos e-mails, que com frequência falham em ser entregues.

Consoante essas desvantagens técnicas frente ao telegrama, é sugerido o uso da criptografia, como uma possível solução, e/ou, também: 1) a adoção da investigação do conteúdo e contexto; 2) a manutenção de cópias impressas do e-mail; e 3) a requisições de respostas do destinatário, confirmando a entrega do e-mail (HILL, 1999).

Embasado nesses fundamentos e superadas essas desvantagens, os e-mails e telegramas têm seus elementos essenciais semelhantes. Em ambos a mensagem é convertida à forma digital, transmitida por um *network* de comunicação e, então, convertida a signos inteligíveis ao homem, sendo sua única diferença que telegramas são sempre impressos (HILL, 1999).

Entretanto, consoante o pensamento sustentado por Junqueira (2015, p. 42), não há necessidade de comparar e-mails com telegramas para que os convênios arbitrais tenham validade, segundo os ditames do artigo II, item 2, da Convenção de Nova York, uma vez que, em seu texto original (este em inglês, espanhol, chinês, russo ou francês), dispõe que se trata de cláusulas exemplificativas – tal sentido foi perdido na tradução ao português, que não consta como idioma original da Convenção.

Nessa toada, os e-mails, bem como outros meios de comunicações online, capazes de oferecer presunção de autoridade e integridade, seriam hábeis a registrar a vontade das partes e funcionar como instrumentos probatórios do contrato firmado. Assim, consoante o sustentado, o e-mail funcionaria como documento eletrônico, uma vez que este transmite informações por meio de uma máquina a outro dispositivo eletrônico, o qual irá decifrá-lo a um idioma inteligível ao homem.

O uso da criptografia assimétrica ou qualquer forma tecnológica, que seja possível de garantir a integridade e autenticidade deste documento, o dá-lo-á validade probatória.

4.3.2 O Atributo de Validade da Convenção de Arbitragem Digital

Consoante o sustentado no início, o negócio jurídico é estudado em 3 (três) planos, sendo o atributo da validade o “filtro de impurezas” dele. Ademais, os negócios jurídicos para serem válidos, então, necessitam apresentar as seguintes qualidades: 1) agentes capazes; 2)

objeto lícito, possível e determinável; 3) forma prevista em lei; 4) a livre manifestação de vontade; e 5) a boa-fé (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 378). A presença destas caracterizam a harmonia do negócio com o mundo jurídico.

O negócio jurídico por ter em sua essência maior complexidade, em razão de uma maior autonomia dos particulares, pode celebrar fatos jurídicos antijurídicos (COELHO, 2012a, p. 632-633), a exemplo da fraude de credor e quando causar prejuízos desmedidos e injustos a uma das partes, em razão da má-fé, como é o caso da lesão. Em outras palavras, dada à complexidade do ato negocial, este exige um controle jurídico que proteja os agentes, bem como a sociedade dos desígnios desleais, maldosos ou descuidados, conforme explanado. A função do atributo da validade, portanto, é a de qualificar, adjetivar, um fato jurídico como lícito ou ilícito e intermediar seus efeitos jurídicos, limitando ou cassando-os.

Embasado nessa breve noção do plano da validade, tem-se que a convenção arbitral, por se tratar indiscutivelmente de um negócio jurídico, deve atender às seguintes exigências: 1) os convenientes devem gozar de suas capacidades civis ou estarem assistidos por seus representantes, quando for o caso dos relativamente incapazes; 2) o objeto do convênio deve ser lícito, possível e determinável; 3) a forma pela qual foi celebrada a convenção deve ter seguido as disposições legais; 4) as partes devem ter celebrado a negociação livres de qualquer constrangimento, desde vícios internos a externos ao agente; e, por fim, 5) a formação da convenção desde o momento da sua elaboração, a fase pontual, até mesmo depois da sua celebração, deve ter sido feita sob a égide da probidade, da lealdade das partes e da boa-fé objetiva.

Tendo em vista tais requisitos, a figura do contrato de compromisso, na forma eletrônica, que acorda a arbitragem, deve atender às mesmas demandas tradicionais, sendo os desafios a ela a forma, pois não está claro se a Lei Nº 9.307/1996 e a Convenção de Nova York admitem o registro eletrônico, e a capacidade dos agentes, uma vez que somente é possível falar nele, caso exista presunção justa da autoria dos agentes (GUERRERO, 2014, p. 58).

Tecidas as considerações iniciais, a capacidade civil é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, consoante o dispositivo do artigo 1º do CC/2002, e consiste na qualidade de exercer os deveres e direitos da vida civil. Todavia, a essa regra existem exceções ilustradas em hipóteses em que se presume a inaptidão no gozo das atividades cívicas, podendo ser relativa ou absoluta (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 384-395), devendo para cada, respectivamente, existir a assistência ou a representação de terceiro capaz na celebração da convenção de arbitragem.

A Lei de Arbitragem é clara em seu artigo 1º ao limitar o acordo arbitral a somente aqueles com capacidade civil plena, devendo os incapazes relativos ou absolutos serem, respectivamente, assistidos e representados por seus responsáveis e representantes legais. Dessa forma, a assinatura de um menor de 16 (dezesesseis) anos – é nula e inapta a produzir efeitos, assim como é o caso de um alcoólatra, não tratado, desassistido de seu responsável.

Quando se fala em arbitragem, não é raro que seus contratantes sejam pessoas jurídicas, cujos atos são praticados pelos seus representantes legais devidamente constituídos por procuração, estatuto societário ou contrato social.

Ante o exposto, é importante dar ênfase no sentido de que a superveniência da invalidade do instrumento, que constituiu o assistente do relativamente incapaz e o representante da pessoa jurídica e do absolutamente incapaz, pode ou não ter a consequência de imbuir o efeito de nulidade na convenção de arbitragem celebrada, a depender de ter sido aplicado o efeito *ex tunc* ou *ex nunc*. Assim, caso seja modulada em juízo a retroatividade, a convenção poderá ser nula.

Nas convenções de arbitragem feitas no *cyberspace*, como antes expressado, há o grande obstáculo da legitimidade, isto é, se é possível identificar se foi o titular do direito quem celebrou o contrato. Sobre esse desafio, a Medida Provisória nº 2.200-2/2001, a qual instituiu o sistema de criptografia assimétrica no Brasil, prevê a validade dos documentos digitais, que usem o mecanismo de chave pública e privada para conferir a autenticidade, ou seja, é constituído ao detentor da chave privada o dever de guardá-la e de não compartilhá-la, cabendo a ele o ônus de comprovar ter sido *hacked*, quando for o caso.

Nesse diapasão, a hipótese ilustrada acima é um problema que foge do Direito Contratual e é do mérito do Direito – em razão da realização do tipo do artigo 299 do CP/1940, falsidade ideológica (GUERRERO, 2014, p. 58).

Consoante o dissertado sobre o atributo da existência da convenção arbitral, o objeto da cláusula compromissória é genérico e consiste na obrigação de iniciar a arbitragem, revestindo particular na função de árbitro. Todavia, a convenção, apesar de autônoma, tem seu objeto jurídico correlacionado a um direito patrimonial disponível específico ou ao menos de gênero definido. Já o compromisso arbitral por ser contemporâneo à controvérsia, seu objeto deve ser determinado.

A impossibilidade de determinar o objeto da convenção de arbitragem, tanto na cláusula compromissória quanto no compromisso arbitral, torna-a inexistente e inapta a produzir seus efeitos jurídicos. Quando o convênio versar sobre controvérsias de direito

indisponível será esta nula, em razão da impossibilidade prevista no artigo 1º da Lei nº 9.307/1996.

Sob este aspecto, não há especificidades quanto à convenção de arbitragem celebrada por meios físicos ou digitais.

Em regra, a cláusula compromissória é um negócio jurídico que não exige condições complexas quanto a sua forma para que este se aperfeiçoe, sendo apenas imposto o requisito de ser escrita, consoante no artigo 4º, §1º, da supracitada lei. Nesse sentido, como é expresso no artigo II, item 2, da Convenção de Nova York, este convênio pode ser elaborado em cartas, telegrama ou outro meio de similar função, conforme o texto original (JUNQUEIRA, 2015, p. 42). Todavia, observa-se que, quando for o objeto da arbitragem um contrato de adesão, a convenção deve ser confeccionada em negrito ou em anexo com assinatura e visto especiais a ela, segundo a redação do § 2º do artigo 4º da Lei nº 9.307/1996.

O descumprimento desses requisitos, quando for o caso, poderá eivar de nulidade ou representará a ineficácia em relação à convenção de arbitragem e, por consequência, caberá uma análise cuidadosa em face dos fatos jurídicos dela derivados. Por essa razão, o meio pelo qual é confeccionado e a maneira pela qual é celebrado o convênio é de suma importância.

Ainda quanto à forma da convenção de arbitragem, há também o compromisso arbitral, extrajudicial ou judicial, o qual, a divergir da cláusula, exige maior formalidade em sua elaboração e celebração. Essa espécie de convênio pode ser feita nos termos dos autos de um processo, quando for judicial, (JUNQUEIRA, 2015, p. 35) ou por instrumento particular, ou seja, documento confeccionado por particulos seguidos pela assinatura de 2 (duas) testemunhas ou por instrumento público, em cartório.

Ante o exposto, ambas as espécies de convenção arbitral exigem como atributo de validade o requisito de ter sido celebrada em um documento escrito, sendo essa a questão nevrálgica deste contrato quando firmado no *cyberspace*.

À *prima facie*, é necessário assimilar o que é a forma escrita e qual é a sua função, antes de progredir na análise da validade dos negócios jurídicos, cujo instrumento é digital. A escrita é a forma de registrar a linguagem, pensamentos ou falas, em signos gráficos capazes de comunicar a mensagem, ou seja, é uma ferramenta de comunicação.

Em uma comparação entre o escrito tradicional e o eletrônico, inicialmente, são indistintos. Todavia, quando é aprofundada por investigação mais criteriosa, é possível afirmar que o exibido na tela do dispositivo eletrônico é apenas uma interpretação feita pela máquina e que seu registro está expresso em signos ininteligíveis a qualquer humano.

Nessa toada, aponta-se que os documentos eletrônicos, como outrora explanados, são essencialmente uma sequência de *bits* que contêm o código da coisa. Em outras palavras, se a espécie probatória tradicional é feita de átomos de uma substância, os digitais são feitos de informações, que serão decodificadas pelo computador para se revelar em signos inteligíveis ao ser humano em relação ao que foi registrado.

Nesse diapasão, tem-se uma aproximação dos documentos eletrônicos e tradicionais, uma vez que em ambos será o registro de signos que transmitem uma mensagem, sendo diferente apenas a forma sobre a qual são realizados o registro e os signos. Assim, ambos possuem funções iguais e equivalentes.

Consoante o exposto, se o conceito de documento escrito é aquele em que o suporte físico, este podendo ser de qualquer substância, é apto ao registro de palavras que relatem um fato (THEODORO JR., 2015, p. 1218), têm-se inserido dentro deste conceito os documentos eletrônicos, cuja única diferença do tradicional é a substância e os signos das palavras.

Portanto, a convenção de arbitragem celebrada no *cyberspace* cumpre o requisito dos artigos 4º, § 1º, e 9º, § 2º, da Lei 9.307/1996 e o artigo II, item 2, da Convenção de Nova York – consoante o texto original desta – de ser registrada por escrito. Entretanto, é pertinente enfatizar que a validade desse documento se trata de uma potencialidade condicionada à questão tecnológica, *id est*, se há indícios da autoria e integridade do conteúdo da convenção.

Por sua vez, a Lei Modelo da UNCITRAL de 1996, consoante as alterações feitas pela Comissão na 39ª Sessão em 2006, no artigo 7º, item 4, aponte, com intenção de abarcar as leis de arbitragem de cada país, que é satisfeito o requisito de ser confeccionada por escrito as convenções arbitrais feitas por meio de comunicação eletrônica, a exemplo do e-mail, desde que sejam aptas a gerar um registro – isto é, que estas constituam um documento.

Nessa toada, consoante a instrução da leis e tratados internacionais ratificados, no ordenamento jurídico brasileiro, as convenções de arbitragem confeccionadas em documentos digitais atendem ao requisito de serem um acordo escrito. Logo, a cláusula de arbitragem, bem como o compromisso arbitral extrajudicial podem ter como instrumento contratual um documento eletrônico.

Por sua vez, o compromisso arbitral judicial tem fundamento e respaldo legal na Lei nº 11.419/2006, a qual instaurou, em âmbito nacional, o processo judicial eletrônico no Brasil, permitindo que os atos processuais sejam feitos no formato eletrônico, por meio do uso do credenciamento eletrônico das partes e de assinaturas digitais (JUNQUEIRA, 2015, p. 35).

Dessarte, o “filtro de impureza” estabelecido pelo atributo da validade permite a manifestação da vontade pela forma digital na arbitragem, havendo preceitos legais suficientes para garantir a validade dos documentos eletrônicos, os chamados e-contratos. Todavia, as convenções de arbitragem confeccionadas em documentos, nos quais não existam os indícios da autoria e integridade, estão eivadas de invalidade. Assim, conseqüentemente, existe, então, a potencialidade de o documento ter validade, não havendo vedação expressa aos convênios arbitral no *cyberspace*.

5 CONCLUSÃO

A internet e os avanços digitais revolucionaram o mundo em proporções inéditas, sendo justo nomear a atual época de “Era Digital”. A capacidade de “encurtar” distâncias e aumentar o alcance de público a um baixo custo é um grande atrativo aos empreendedores que “inçam velas” nas “águas” do *cyberspace*. O inegável sucesso de empresas como Uber é evidência do grande potencial de empreendimentos presentes no mundo digital, e o incômodo de seus concorrentes, os quais até então, não souberam empregar a tecnologia digital, é sintoma de que os “ventos favoráveis” do processo de mercado estão em prol daqueles que usam a tecnologia digital.

Os negócios diários são feitos cada vez mais pela internet. O instituto do negócio jurídico eletrônico é o futuro do Direito Contratual, sendo cada vez mais popular, substituindo gradualmente os acordos de suporte físico. Tal previsão também pode ser aplicada às convenções de arbitragem, que ganham mais espaço graças aos empreendimentos de entusiastas e dos profissionais do Direito Arbitral, com visão aguçada para os negócios, que buscam usufruir das benesses tecnológicas em favor da arbitragem e de atender melhor aos seus clientes.

Ademais, é também inegável que os avanços tecnológicos supracitados cobram do Direito respostas e uma maior presença dos Estados-Nações no anárquico *cyberspace*. Tais pedidos não são infundados, embora nem sempre sejam arguidos por motivos nobres, haja vista ser o Direito a tecnologia de controle social usada para estabelecer ou manter a harmonia, ordem e justiça na sociedade. Em decorrência dessas características, é preciso que o Direito esteja sempre acompanhando as mudanças sociais e os *status* jurídicos de novas práticas. Tendo isto em vista, é necessário que a academia promova estudos na área e os respectivos acadêmicos estudem a interseção desse multidisciplinar assunto que envolve o “ancião” Direito Arbitral e o “recém-nascido” Direito Digital.

Nesse diapasão, o objetivo dessa monografia foi a pesquisa do *status* jurídico da convenção de arbitragem celebrada no *cyberspace*, respondendo à dúvida quanto à validade dos documentos digitais como instrumento da vontade daqueles que optam pelas vias arbitrais. Esses convênios de suporte digital têm a sua validade questionada sob o fundamento da ausência de previsão legal expressa e a existência dos artigos 4º, §1º, 9º, §2º, da Lei nº 9.307/1996, e o artigo II, item 2, da Convenção de Nova York, os quais condicionam, como requisito de validade, que a convenção de arbitragem seja feita em documento escrito.

Em resposta à aparente debilidade do *status* jurídico do convênio arbitral digital, foi elaborada nesse trabalho uma solução em favor da validade, sob os fundamentos do princípio da

liberdade de formas do contrato e do princípio da equivalência de funções. Nessa toada, a regra do Direito Civil é de que tudo é permitido, desde que a lei não vede. Logo, havendo dispositivos no ordenamento jurídico que sustentem, ainda que indiretamente, a validade de uma prática, esta já tem fundamento legal, dispensando uma lei específica que traga isto expresso.

Consoante o afirmado, ficou claro no decorrer desta monografia que um negócio jurídico existe quando tem: 1) agente; 2) objeto; 3) manifestação de vontade; e 4) um meio apto a realizar a manifestação. Por sua vez, é válido quando: 1) esse agente é capaz e tem legitimidade para negociar tal direito; 2) seu objeto é lícito, determinável e possível; 3) observa a forma advertida em lei; e, por fim, 4) estar ausente de vício na manifestação da vontade. À *prima facie*, as convenções de arbitragem digitais somente sofrem questionamento quanto a sua forma, sendo os outros demais requisitos potencialmente aceitos, analisados de caso a caso. Em outras palavras, o único óbice, ao menos em relação ao Direito Arbitral, é a exigência da forma de documento escrito, de forma geral.

Nesse sentido, a doutrina brasileira entende que documento escrito é o relato de um fato feito por palavras, não existindo qualquer referência quanto à exigência de que seja necessário serem registradas essas palavras pelo próprio punho. Em verdade, se tal restrição fosse feita a essa definição, não haveria documento impresso que pudesse ser legalmente considerado escrito. Portanto, é irrelevante se o documento é cifrado em *bytes*, uma vez que quando reproduzidos por um dispositivo eletrônico este será decodificado em caracteres legíveis ao homem.

Há quem adira à exegese dos supracitados dispositivos do Direito Arbitral motivados pela desconfiança de que nutrem, em face da tecnologia digital, bem assim em razão do desconhecimento de como esta funciona e do medo dos infames *hackers*, além de supervalorizarem a celebração de uma convenção de arbitragem. Todavia, essa resistência é infundada, em virtude da Lei nº 11.419/2006, a qual regulamenta a digitalização dos atos processuais no Judiciário brasileiro, que torna possível a celebração de compromissos arbitrais judiciais digitais e insustentável o receio citado.

Haja vista a possibilidade de, ao menos, 1 (uma) das 3 (três) modalidades do convênio arbitral eletrônico, é irrefutável o *status* legal dos contratos virtuais pelos referidos fundamentos do temor e da seriedade, uma vez que ao próprio Poder Judiciário foi chancelada a possibilidade de ratificar tal contratação por meio da digitalização de suas decisões. Nessa toada, os avanços tecnológicos na área da criptografia são suficientes para garantir, com grau razoável de certeza, a integridade, autenticidade e o sigilo dos documentos digitais.

Os argumentos que tenham suas bases no Direito Probatório e na “fragilidade” dos documentos digitais, em frente à dificuldade de estabelecer autoria e certificar a integridade

documental são ainda menos prósperos com o propósito de tornarem o instrumento inválido. Por outro lado, o conceito de documento, sustentado pela doutrina mais influente, é o de que qualquer meio capaz de preservar o relato de um fato é considerado documento. Dessa maneira, é questão inclusive pertinente aos avanços da área de criptografia.

Outrossim, o emprego do sistema de chaves públicas por meio de um certificado digital concedido por uma agência certificadora, de preferência credenciada pelo ICP-Brasil, é suficiente para garantir a integridade, autenticidade, o sigilo e, até mesmo, conferir presunção *iuris tantum* ao documento. O ICP-Brasil é instituto que goza do *status* de autarquia federal consoante a Medida Provisória nº 2.200-2/2001, e regula os documentos digitais, dando validade a eles no Brasil. Além dessas soluções, outras podem ser aplicadas para suprimir as incertezas dos documentos digitais, tornando-os aptos a serem instrumentos de contratação e tendo sua validade garantida pelo Direito Probatório.

Nesse diapasão, é claro o papel da tecnologia jurídica e da digital, não havendo quaisquer óbices legais ou tecnológicos às convenções de arbitragem eletrônicas. É nesse sentido que a Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, na versão editada em 2006, em seu artigo 7º, item 4, instrui que os Estados-Nações devem permitir os convênios arbitrais celebrados em documentos digitais.

Entretanto, apesar da solidez da validade das convenções de arbitragem eletrônicas, sob o critério de validade quanto à forma, ainda assim estas devem ser analisadas com cuidado e de caso a caso. Em razão dos possíveis vícios quanto à manifestação da vontade realizados no *cyberspace*, podem ser citados principalmente aqueles quando presentes na figura de contrato de adesão (na internet, a exemplo dos Termos de Condições existentes em quase todos os aplicativos e jogos), que não raramente versam quanto a relações de consumo. Tal assunto é de importante análise e é um possível problema concernente às futuras discussões sobre os convênios arbitrais digitais, envolvendo o Direito do Consumidor e o artigo 4º, §2º, da Lei nº 9.307/1996.

Por fim, conclui-se afirmando que há doutrina suficiente, bem como dispositivos legais no ordenamento jurídico, que embasam a hipótese confeccionada, permitindo àqueles que optem pela arbitragem ingressar nela por meio de um contrato ou um e-contrato, conforme acharem conveniente. Em outras palavras, tem-se resguardado o princípio da liberdade de forma e da equivalência de funções para o instrumento digital da convenção de arbitragem, confirmando totalmente a hipótese desta monografia.

6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. - São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Convenção de Arbitragem: Compromisso e Cláusula Compromissória Arbitral. In: CASTRO JR., Torquato Castro; CAMPOS, A. R. C. (Org.). **Dos Contratos**. 1. ed. Recife: Nossa Livraria, 2012, p. 531-558.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. 1996. Disponível em: <<https://www.eff.org/cyberspace-independence>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

BIUKOVIC, Ljiljana. **International commercial arbitration in cyberspace**: recent developments. *Northwestern Journal of International Law & Business*, Chicago: Northwestern University, v. 22, nº 3, p. 319-352, verão 2002.

CALDAS NETO, Carlos Castelo Branco. **Desenvolvimento de um Leitor de Cartões Inteligentes para Dispositivos Móveis com Comunicação BLUETOOTH**. Salvador: Dissertação de Mestrado UFB, 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CEZARIO, Leandro Fazollo. **Naturalismo vs. Contratualismo ou a completude de duas teorias**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7763>. Acesso em: 03 out 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª Edição, trad. da italiana por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. III.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral, volume 1. 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012a. ISBN 978-85-02-17360-6. Disponível em: <<http://lelivros.bid/book/download-curso-de-direito-civil-vol-1-parte-geral-fabio-ulhoa-coelho-em-epub-mobi-pdf/>>. Acesso em: 18 ago. 2017

_____. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 24. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012b. ISBN 978-85-02-15689-0. Disponível em: <<http://lelivros.bid/book/download-manual-de-direito-comercial-fabio-ulhoa-coelho-epub-mobi-e-pdf/>>. Acesso em: 19 set. 2017

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cyntia Alexandra. **Negociação, medição e arbitragem: teoria e prática**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, v. III, 2001.

_____. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**, São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANKLIN, Benjamin. **Advice to a Young Tradesman**. 1748. Disponível em: <http://www.friedrichverlag.de/shop/downloads/dl/file/id/37553/product/14133/one_nation_under_god_station_1_english_pdf.pdf>. Acesso em: 12 set. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 4: tomo I: Contratos: Teoria Geral. 10ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 4: tomo II: Contratos em espécie. 8ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. **Teoria da Arbitragem**. 1. ed. São Paulo: Ed. Rideel, 2012.

GIBSON, William. **Neuromancer**. São Paulo: Aleph, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-17479-5. Disponível em: <<http://lelivros.bid/book/download-direito-civil-parte-geral-19a-ed-2012-carlos-roberto-goncalves-em-epub-mobi-pdf/>>. Acesso em: 01 ago. 17

_____. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. V. 3. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-15723-1. Disponível em: <<https://www.e-livros.xyz/ver/direito-civil-brasileiro-vol-3-contratos-e-atos-unilaterais-carlos-roberto-gonalves>>. Acesso em: 13 out 2017.

GUERRERO, Luiz Fernando. **Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

HAYEK, Friedrich August. **The Use of Knowledge in Society**. Mar. 2001. Disponível em: <<http://www.sjsu.edu/people/john.estill/courses/158s15/The%20Use%20of%20Knowledge%20in%20Society.pdf>> Acesso em: 01 set. 2017.

HILL, Richard. **On-Line Arbitration: Issues and Solutions**. 1999. Disponível em:<<http://www.umass.edu/dispute/hill.htm>>. Acesso em: 17 out 2017.

Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. **Certificado Digital**. Disponível em: <<http://www.it.gov.br/certificado-digital>>. Acesso em: 12 set. 2017.

JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. **Arbitragem Brasileira na Era da Informática um estudo das principais questões processuais**. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Jean Carlos. **Curso de Arbitragem**: Manual do Árbitro com a Teoria dos Jogos de John von Neumann. Recife: Adsumus, 2015.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. Editora Vorazes, 1690. Disponível em: < <http://portalconservador.com/livros/John-Locke-Segundo-Tratado-Sobre-o-Governo-Civil.pdf>>. Acesso em: 5 set 2017.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **O documento eletrônico como meio de prova**. 1999. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?m=230>. Acesso em: 11 set. 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 10. ed. - São Paulo: Saraiva, 2000.

MANGABEIRA, Ednei Moreira; SILVA, Geraldo Rodrigues da. **A arbitragem na legislação brasileira como forma alternativa de resolução dos conflitos de interesses**. Revista Faculdade Montes Belos, v. 5, n. 3. Maio de 2012.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomoe IV. Forense: Rio de Janeiro, 1974.

MISES, Ludwig Von. **Ação humana**: um tratado de economia. 3.1 ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

NANNI, Giovanni Ettore. Convenção de Arbitragem: Negócio Jurídico Processual ou Material? In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; ABDALLA, Letícia; LESSA NETO, João Luiz (Organizadores). **Negócios Jurídicos Processuais na Arbitragem**. São Paulo: Ciesp, 2017. ISBN 978-85-86758-04-1. Disponível em: < <http://www.ciesp.com.br/wp-content/uploads/2017/06/electronicanegocios-juridicos-processuais-na-arbitragem.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócio jurídico processual – Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais**. Salvador: Tese de Doutorado UFBA, 2011.

PASSOS, Lucas Souza. **Cláusulas compromissórias patológicas: a interpretação da vontade das partes no Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) UFRJ, 2016.

PEREIRA, Samaris Ramiro. Certificado Digital através do algoritmo RSA. **Fasci-Tech – Periódico Eletrônico da FATEC**, São Caetano do Sul, v.1, nº 1, Ago./Dez. 2009, p. 74-86.

PINHEIRO, Alexandre; CAPELLI, Claudia; MACIEL, Cristiano. **Auditabilidade em Redes Sociais**. 2014. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/299528031_Auditabilidade_em_Reddes_Sociais>. Acesso em: 11 set. 2017

PINTO, Augusto Rodrigues. **Direito Sindical e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODOVALHO, Thiago. **CPC perdeu chance de colocar Brasil na vanguarda em processos com arbitragem**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-15/thiago-rodovalho-cpc-perdeu-chance-avancar-arbitragem-brasileira>>. Acesso em: 14 out 2017.

ROMANELLI, Bruno Camargo; FLORES, Evelyn Póvoa dos Santos. **A natureza jurídica da Arbitragem**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16416>. Acesso em: 06 out 2017.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. Análise da Admissibilidade da Resolução de Conflitos Individuais Afetos ao Direito Laboral Desportivo pela Arbitragem no Brasil. In: Melo Filho, Álvaro; SÁ FILHO, Fábio Menezes de; SOUZA NETO, Fernando Tasso de; RAMOS, Rafael Teixeira (Coord). **Direito do Trabalho Desportivo – Homenagem ao Professor Albino Mendes Baptista**. Recife: Quartier Latin, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 18ª ed. (revista atualizada e ampliada por Aricê Moacyr Amaral Santos). São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Flávio Francisco Pinto Moreira da. **Alternativa a Entidades Certificadoras de Chaves Públicas**. Porto: Dissertação de Mestrado FEUP, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 56. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-850-309-6068-1. Disponível em: <<http://lelivros.bid/book/baixar-livro-curso-de-direito-processual-civil-vol-01-humberto-theodoro-jr-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

VAUGHN, Gustavo Fávero; SANTOS, Guilherme Pizzotti Mendes Coletto dos; SÁ, Lucas Fernandes de. **Um paralelo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem**. 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245509,11049-Um+paralelo+entre+os+negocios+juridicos+processuais+e+a+arbitragem>> Acesso em: 07 out 2017.