

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

ALETEIA HUMMES THAINES

**ARBITRAGEM COMO REGULADORA DOS CONFLITOS ENVOLVENDO *DOMAIN*
NAMES E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL
COMO EMISSORA DE COMUNICAÇÕES DECISIONAIS**

**SÃO LEOPOLDO/RS
2018**

Aleteia Hummes Thaines

Arbitragem como Reguladora dos Conflitos Envolvendo *Domain Names* e a
Organização Mundial da Propriedade Intelectual como Emissora de
Comunicações Decisionais

Tese apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Doutor em
Direito Público, pelo Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo/RS

2018

T364a Thaines, Aleteia Hummes
Arbitragem como reguladora dos conflitos envolvendo *domain names* e a organização mundial da propriedade intelectual como emissora de comunicações decisórias / Aleteia Hummes Thaines -- 2018.
284 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

1. Arbitragem. Propriedade Intelectual. Nomes de Domínio. Organizações produtoras de decisão. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU347.91 347.77

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

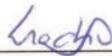
A tese intitulada: “**ARBITRAGEM COMO REGULADORA DOS CONFLITOS ENVOLVENDO DOMAIN NAMES E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO EMISSORA DE COMUNICAÇÕES DECISIONAIS**”, elaborada pela doutoranda **Aleteia Hummes Thaines**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

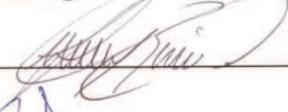
São Leopoldo, 22 de fevereiro de 2018.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,

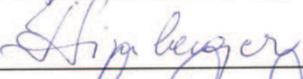
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

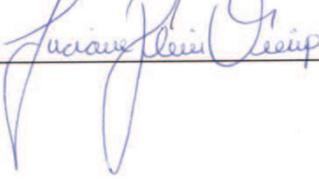
Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha 

Membro: Dr. Jacson Roberto Cervi 

Membro: Dr. Gilmar Antonio Bedin 

Membro: Dra. Têmis Limberger 

Membro: Dra. Luciane Klein Vieira 

Dedico esta Tese às pessoas mais importantes da minha vida, dentre as quais destaco: meu amado filho, João Marcelo Thaines Meleu, pelos momentos de amor e alegria incondicionais, mesmo nos momentos em que eu não podia estar, fisicamente, ao seu lado. Ao meu amado filho Pedro Lucas Thaines Meleu (*in memoriam*), por ter me ensinado que devemos viver todos os dias como se fosse o último. Amo muito vocês, meus pequenos. Ao meu adorado esposo, Marcelino Meleu, pelo amor, paciência e dedicação demonstrados todos os dias, bem como pela força e apoio nos momentos difíceis (e que foram muitos nesses últimos anos), pois tu nunca me deixaste desistir. À minha mãe, Lourdes Hummes Thaines, pelo amor e socorro nos momentos difíceis que enfrentei.

Estendo essa dedicatória, ao meu querido amigo, professor e orientador, Dr. Leonel Severo Rocha, pelo carinho, amizade e paciência que me transmitiu seus ensinamentos. A vocês, muito obrigada por sempre estarem ao meu lado, me incentivando e celebrando as minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

- * A Deus por ter me dado força para enfrentar todos os percalços e chegar até aqui;
- * Principalmente aos meus filhos, que transformaram e deram sentido à minha vida, propiciando paz nos momentos em que me encontrei incapaz de prosseguir. Prossigo por você e para você, João Marcelo!;
- * Ao meu esposo, à mãe e aos demais familiares e amigos que sempre me incentivaram e torceram pelas minhas conquistas;
- * À minha sogra Zaida Maria da Silva, pelo apoio e suporte no dia a dia;
- * À minha irmã Luceleia Hummes Mader e ao meu cunhado Edson Juliano Antunes Mader, pelo apoio e amizade sincera;
- * Aos meus queridos vizinhos e amigos Diocete, Júlio e Daniele, pelo apoio, estima e companheirismo em todas as horas;
- * À minha querida amiga Maria de Fátima Villela, pela amizade sincera e pelo carinho;
- * Aos velhos e legítimos amigos, bem como aos novos, em especial aos colegas do curso de Direito da FACCAT e aos ex-colegas do curso de Direito da UNOESC, *campus* Chapecó;
- * À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo apoio e recurso financeiro que financiou meus estudos por meio da concessão de bolsa.
- * Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e técnicos, especialmente à secretaria deste PPGD, onde destaco a querida amiga Vera Loebens e o Ronaldo Cezar Rodrigues, bem como aos demais profissionais do curso de Direito desta Instituição;
- * Aos colegas de doutorado, especialmente aos queridos amigos Paulo Júnior Trindade dos Santos e Raquel von Hohendorff;

* Agradeço, por fim, de forma muito especial, ao meu professor orientador, Dr. Leonel Severo Rocha, a quem devo a oportunidade de apresentar esta Tese. Agradeço pelos conhecimentos transmitidos, pelo incentivo, pela amizade, disponibilidade e dedicação.

“Uma crítica consistente na área de Ciências Sociais necessita ser transdisciplinar. Não é mais possível refugiar-se na falsa solidez dos saberes estanques. Estes, geralmente, são autoritários”.¹

¹ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 18.

RESUMO

A presente Tese doutoral tem como tema o instituto da arbitragem para a solução de controvérsias relativas aos nomes de domínio e a OMPI, enquanto organização detentora de poder decisional. Para tanto, enfocará a arbitragem internacional, numa perspectiva sistêmico-organizacional, e seus fundamentos para a solução de controvérsias envolvendo os nomes de domínio a partir da Política Uniforme de Resolução de Conflitos da ICANN e a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, enquanto atores de produção de decisões. O problema de pesquisa eleito reside no seguinte questionamento: As decisões comunicativas oriundas do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI proporcionam soluções adequadas aos conflitos sobre *Domain Names* e se revelam aptas a balizar a efetivação do instituto da arbitragem naquelas disputas? Visando à indagação proposta, estabeleceu-se como objetivo geral compreender a arbitragem como meio adequado para a resolução dos conflitos envolvendo os nomes de domínio a partir da atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI e a vinculação de suas decisões. De modo específico, a pesquisa pretende: (a) estudar a teoria das organizações e os aportes da Teoria Sistêmica Luhmanniana; (b) analisar os signos distintivos, enquanto elementos do Direito de Propriedade Intelectual, e a importância da proteção ao Sistema de Nomes de Domínio em uma sociedade globalizada e de alta concorrência comercial; (c) apresentar a arbitragem como instituto não jurisdicional de resolução de conflitos para a redução de complexidade das controvérsias relacionadas aos nomes de domínios; (d) verificar, por amostragem, analisando suas decisões, a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI na resolução das controvérsias ligadas aos nomes de domínio. Para tanto, a pesquisa estabeleceu como procedimentos metodológicos: (1) a realização de levantamento bibliográfico, baseado em livros e artigos publicados em periódicos relevantes sobre a temática; (2) pesquisa documental, em que se analisaram os instrumentos estabelecidos pela ICANN e pela OMPI no que tange às políticas, regras e entendimentos jurisprudenciais dos casos envolvendo conflitos em nome de domínios. Face à vinculação à linha de pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”, foi eleito para o seu desenvolvimento do trabalho o método sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, visto que pretende descrever os sistemas (aberto e

fechado) e sua relação com o ambiente. Com a análise das decisões do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, foi possível concluir que este se constitui como organização produtora de comunicações decisórias e vinculativas para a solução das controvérsias envolvendo nomes de domínio, sendo a arbitragem a técnica eleita. Todavia, o procedimento arbitral utilizado se diferencia do tradicional, porquanto a política da ICANN considera fundamental a publicização do conteúdo das decisões, caracterizando, assim, um modelo de arbitragem “*sui generis*”, específica para casos que digam respeito a *domain name*.

Palavras-chave: Arbitragem. Propriedade Intelectual. Nomes de Domínio. Organizações produtoras de decisão. ICANN. OMPI.

ABSTRACT

This research has as theme the arbitration institute for the solution of controversies relative to domain names and the WIPO, as an organization holder of decisional power. Therefore, will focus the international arbitration, in a systemic-organizational perspective, and its elements for the solution of controversies involving domain names, from the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) of ICANN and the acting of the Arbitration and Mediation Center of WIPO, while actors of decision makers. The research problem elected lies in the following questioning: The communicative decisions from the Arbitration and Mediation Center of WIPO provide suitable solutions to conflicts over Domain Names and reveal themselves able to mark the effectiveness of the arbitration institute in those disputes? Aiming at the proposed quest, was established as the general objective, understand arbitration as appropriate means for the resolution of conflicts involving the domain names, from the performance of the Arbitration and Mediation Center of WIPO and the binding of their decisions. Specifically, this research intends: (a) study the theory of organizations and the contributions of Luhmann's Systemic Theory; (b) analyze the distinctive signs, while elements of the Intellectual Property Rights, and the importance of protection to the Domain Names System in a globalized society and high commercial competition; (c) present the arbitration as a non jurisdictional institute of conflict resolution for the reduction the complexity of the controversies related to domain names; (d) check, by sampling, analyzing their decisions, the performance of the Arbitration and Mediation Center of WIPO in resolving controversies linked to domain names. Therefore, the research established as methodological procedures: (1) the carrying out of a bibliographic survey, based on books and articles published in relevant periodicals on the subject; (2) documentary research, where was analyzed the established instruments by ICANN and by WIPO in what concerns the policies, rules and jurisprudential understandings of cases involving conflicts in domain names. Face to the linking of the research line "Society, New Rights and Transnationalization", was elected to its development of the research, the systemic method, advocated by Niklas Luhmann, which is neither inductive nor deductive, since it intends to describe the systems (open and closed) and its relation with the ambience. With the analysis of the decisions of the Arbitration and Mediation Center of WIPO, it was possible to conclude that constitutes itself an organization that produces decision-making and binding

communications for the solution of controversy involving domain names, being the arbitration the technique chosen. However, the arbitration procedure used, differs from traditional, because the policy of ICANN, considers essential to publicize the content of decisions, thus characterizing, an arbitrage model “*sui generis*” specific to cases involving the domain names.

Keywords: Arbitration. Intellectual property. Domain Names. Decision-making organizations. ICANN. WIPO.

RÉSUMÉ

Cette recherche a comme thème l'institut de arbitrage pour le règlement des litiges relatifs aux noms de domaine et les OMPI, en tant qu'organisation à pouvoir décisionnel. À cette fin, il se concentrera sur l'arbitrage international d'un point de vue systémique et organisationnel et ses fondements pour le règlement des litiges relatifs aux noms de domaine issus de la politique de résolution uniforme des conflits de l'ICANN et du travail du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, en tant qu'acteurs de la prise de décision. La question de recherche est que les décisions de communication prises par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI apportent des solutions adéquates aux conflits sur les noms de domaine et prouvent qu'ils sont en mesure de valider l'institut d'arbitrage dans ces litiges. En vue de l'enquête proposée, il a été établi comme objectif général de comprendre l'arbitrage comme un moyen adéquat de résoudre les conflits impliquant des noms de domaine, les travaux du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI et le lien entre ses décisions. Plus précisément, la recherche vise: (a) à étudier la théorie des organisations et les contributions de la théorie systémique luhmannienne; (b) analyser les signes distinctifs en tant qu'éléments du droit de la propriété intellectuelle et l'importance de la protection du système des noms de domaine dans une société mondialisée à forte concurrence commerciale; (c) présenter l'arbitrage en tant qu'institut de résolution extrajudiciaire des litiges pour la réduction de la complexité des controverses relatives aux noms de domaine; (d) vérifier, par sondage, en analysant ses décisions, l'action du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI dans la résolution des controverses relatives aux noms de domaine. Pour ce faire, la recherche a établi comme procédures méthodologiques: (1) une enquête bibliographique, basée sur des livres et articles publiés dans des périodiques pertinents sur le sujet; (2) la recherche documentaire, qui a analysé les instruments établis par l'ICANN et l'OMPI concernant les politiques, les règles et les interprétations jurisprudentielles des cas de conflits au nom des domaines. Compte tenu du lien avec la ligne de la recherche « Société, de nouveaux droits et transnationalisation », a été élu à ses travaux de développement, la méthode systémique favorisé par Niklas Luhmann, ce qui est inductive ou déductive, car elle vise à décrire les systèmes (ouvert et fermé) et sa relation avec l'environnement. Avec l'analyse des décisions du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, il a été possible de conclure qu'il constitue une organisation qui produit des communications

décisives et contraignantes pour la résolution de controverses impliquant des noms de domaine, et l'arbitrage est la technique choisie. Cependant, la procédure d'arbitrage utilisée diffère de la traditionnelle, parce que la politique de l'ICANN, estime qu'il est essentiel de faire connaître le contenu des décisions, caractérisant ainsi un modèle d'arbitrage « sui generis » à des cas spécifiques concernant le nom de domaine.

Mots clés: Arbitrage. Propriété intellectuelle. Noms de domaine. Organisations productrices de décisions. ICANN. OMPI.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Números de demandas, em nomes de domínio, protocoladas, por ano, no Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI.....	180
Gráfico 2 - Distribuição geográfica de demandantes.....	181
Gráfico 3 - Distribuição geográfica de demandados.....	182
Gráfico 4: Idiomas em que os processos de URDP foram administrados.....	184
Gráfico 5 - Percentual de demandas contestadas pelos Reclamados	195
Gráfico 6 - Decisões proferidas pelos Painéis referente aos nomes de domínio em disputa.....	196
Gráfico 7 - Posicionamento dos Painéis, nos processos analisados, em que o Demandado apresenta contestação à denúncia	197
Gráfico 8 - Posicionamento dos Painéis, nos processos analisados, em que o Demandado não apresenta contestação à denúncia	199

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA - American Arbitration Association
ACDR - Arab Center for Domain Name Dispute Resolution
ACPA - Anticybersquatting Consumer Protection Act
ADNS - Servidores Domain Name System autorizados
ADPIC - Aspectos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio
ADR's - Alternatives Disputes Resolutions
AOC - Apelação de Origem Controlada
ARPA - Advanced Research Projects Agency
Batna - better alternative to a negotiated agreement
ccTLD - Top Level Domain country code
CEE - Comunidade Econômica Europeia
CERN - Conselho Europeu para a Investigação Nuclear
CF - Constituição Federal
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CPC - Código de Processo Civil
CUP - Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial
DNS - Domain Name System
EUA - Estados Unidos da América
FIFA - Federação Internacional de Futebol
GAC - Governmental Advisory Committee
GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
gTLD - Top Level Domain generic
HTML - HyperText Markup Language
HTTP - HyperText Transfer Protocol
IANA - Internet Assigned Numbers Authority
ICANN - Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
ICSID - Centro Internacional para a Resolução de Disputas sobre Investimentos
InterNIC - Centro de Informações da Rede de Internet
IP - Internet Protocol
IP Address - Internet Protocol Address
LDNS - Servidores Locais de Domain Name System
MARC's - Modes Alternatifs de Règlement des Conflits

MASCs - Meios Adequados de Solução de Conflitos
MNATC - Métodos NãoAdversariais de Tratamento de Conflitos
NSF - Fundação Nacional para a Ciência
NSI - Network Solutions Inc.
OADR - Online Alternative Dispute Resolution
ODR - Online Dispute Resolution
OMC - Organização Mundial do Comércio
OMPI - Organização Mundial da Propriedade Intelectual
ONU - Organização das Nações Unidas
RADs - Resoluciones Alternativas de Disputas
SLD - Second Level Domain
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
TCP/IP - Protocolo de Controle de Transmissão/Protocolo de Internet
TI - Tecnologia da Informação
TLD - Top Level Domain
TRIPS - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UDRP - Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy
UNCITRAL - United Nations Commission on Internacional Trade Law
UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law
UST - Universidade de Saint Thomas
WIPO - World Intellectual Property Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS APLICADA ÀS ORGANIZAÇÕES.....	23
2.1 O Sistema Social e o surgimento das organizações como forma de diferenciação a partir da concepção luhmanniana	25
2.2 As teorias organizacionais e suas contribuições para as organizações e para os indivíduos que as compõem.....	34
2.2.1 <i>As concepções a respeito da Teoria Organizacional</i>	<i>36</i>
2.3 A compreensão sistêmica das organizações e os elementos para redução de sua complexidade	42
2.4 A organização como sistema autopoiético pautado nas decisões	47
2.5 O conflito como elemento inerente das relações humanas e/ou organizacionais	66
2.5.1 <i>Relação entre conflito, cooperação e poder</i>	<i>72</i>
2.5.2 <i>O conflito analisado a partir das organizações.....</i>	<i>74</i>
2.5.3 <i>Classificação dos conflitos a partir da concepção de Niklas Luhmann</i>	<i>75</i>
3 OS SIGNOS DISTINTIVOS COMO ELEMENTOS DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL E A PROTEÇÃO AOS NOMES DE DOMÍNIOS	78
3.1 O Direito de Propriedade Intelectual	78
3.1.1 <i>Antecedentes históricos do Direito de Propriedade Intelectual e sua evolução</i>	<i>78</i>
3.1.2 <i>Aspectos gerais acerca da Propriedade Intelectual</i>	<i>81</i>
3.1.2.1 <i>Alguns princípios fundamentais a respeito da Propriedade Industrial</i>	<i>83</i>
3.2 Os signos distintivos à luz da Propriedade Industrial	85
3.2.1 <i>Princípios norteadores dos Signos Distintivos e seu desenvolvimento jurídico</i>	<i>88</i>
3.2.2 <i>O instituto das indicações geográficas como signo distintivo e sua tutela no âmbito internacional</i>	<i>93</i>
3.2.3 <i>As marcas e sua tutela jurídica</i>	<i>97</i>
3.2.4 <i>Os nomes empresariais e títulos do estabelecimento como signos distintivos</i>	<i>102</i>
3.3 A Internet e o <i>Domain Name System</i> (DNS)	105
3.4 <i>Domain Name System</i> (DNS).....	110
3.4.1 <i>Aspectos inerentes aos registros dos Domain Name</i>	<i>114</i>
3.4.2 <i>A natureza jurídica dos Domain Name</i>	<i>115</i>

3.4.3	<i>Conflitos envolvendo Domain Names</i>	120
3.4.3.1	Conflitos entre <i>Domain Names</i> e Signos Distintivos	120
4	A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	126
4.1	Breve evolução histórica da Arbitragem	127
4.2	Tribunal de Águas de Valência.....	131
4.3	A utilização das ADRs na América Latina e o Fórum Multiportas	134
4.4	A arbitragem no contexto brasileiro	139
4.5	Conceito e natureza jurídica da arbitragem.....	147
4.6	A arbitragem como instituto para resolução de conflitos comerciais	151
4.6.1	A análise econômica para a tutela jurídica dos conflitos	151
4.6.2	<i>A arbitragem comercial internacional</i>	155
5	AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS COMO PRODUTORAS DE DECISÃO EM MATÉRIA DE <i>DOMAIN NAMES</i>: UMA ANÁLISE DAS COMUNICAÇÕES DECISIONAIS PROFERIDAS PELO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E PUBLICADAS NA “WIPO JURISPRUDENTIAL OVERVIEW 3.0”	168
5.1	A governança da <i>internet</i> e o papel da <i>Internet Corporation for Assigned Names and Numbers</i> (ICANN)	168
5.1.1	<i>Política Uniforme sobre Resolução de Disputas em Nomes de Domínio</i>	173
5.2	Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.....	178
5.2.1	<i>Entendimentos jurisprudenciais das comunicações decisórias proferidas pelos Painéis Administrativos do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, relacionados à URDP, em matéria de gTLDs</i>	186
5.2.1.1	Considerações acerca dos posicionamentos jurisprudenciais das demandas, publicadas na “ <i>WIPO Jurisprudential Overview 3.0</i> ”, envolvendo conflitos entre signos distintivos e nomes de domínio, sob a luz da URDP	187
5.2.1.2	Considerações acerca dos posicionamentos jurisprudenciais das demandas publicadas, na “ <i>WIPO Jurisprudential Overview 3.0</i> ”, envolvendo direito ou interesses legítimos do registrante do nome de registro sobre o nome em disputa	190
5.2.1.3	Considerações acerca dos posicionamentos jurisprudenciais das demandas, publicadas na “ <i>WIPO Jurisprudential Overview 3.0</i> ”, relativas à má-fé constadas no registro de nomes de domínio nos termos da URDP	192

5.2.1.4 Análise do posicionamento dos Painéis, das demandas publicadas na “ <i>WIPO Jurisprudential Overview 3.0</i> ”, referente aos três elementos do parágrafo 4º da URDP, nos anos de 2016 e 2017	194
5.2.1.5 Análise de alguns julgamentos realizados pelos Painéis do Centro da OMPI	200
6 CONCLUSÃO	226
REFERÊNCIAS	245
ANEXO A – UNIFORM DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION POLICY	262
ANEXO B – RULES FOR UNIFORM DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION POLICY (THE "RULES").....	268

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema o instituto da arbitragem para a solução de controvérsias relativas aos nomes de domínio e à OMPI, enquanto organização detentora de poder decisional. Para tanto, enfocará a arbitragem internacional, numa perspectiva sistêmico-organizacional, e seus fundamentos para a solução de controvérsias envolvendo os nomes de domínio a partir da Política Uniforme de Resolução de Conflitos (URDP) da ICANN e a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, enquanto atores de produção de decisões.

No intuito de desenvolver a temática, propôs-se como problema de pesquisa eleito o seguinte questionamento: As decisões comunicativas oriundas do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI proporcionam soluções adequadas aos conflitos sobre *Domain Names* e se revelam aptas a balizar a efetivação do instituto da arbitragem naquelas disputas?

Todavia, visando à indagação proposta, estabeleceu-se, como objetivo geral, compreender a arbitragem como meio adequado para a resolução dos conflitos envolvendo os nomes de domínio, a partir da atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI e a vinculação de suas decisões. De modo específico, a pesquisa pretende: (a) estudar a teoria das organizações e os aportes da Teoria Sistêmica Luhmanniana; (b) analisar os signos distintivos, enquanto elementos do Direito de Propriedade Intelectual, e a importância da proteção ao Sistema de Nomes de Domínio em uma sociedade globalizada e de alta concorrência comercial; (c) apresentar a arbitragem como instituto não jurisdicional de resolução de conflitos para a redução de complexidade das controvérsias relacionadas aos nomes de domínios; (d) verificar, por amostragem, analisando suas decisões, a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI na resolução das controvérsias ligadas aos nomes de domínio.

A globalização deu origem a mercados globais, habitados por consumidores globais e que exigem produtos e serviços com alto nível de excelência, devendo estes ser comercializados e distribuídos em nível mundial. Tais fatores acarretam um elevado grau de competitividade entre as empresas que estão mais restritas ao mercado local, mas que buscam consumidores em diversos países.

Em virtude dessa concorrência, as organizações tiveram que aprender a diferenciar seus produtos e/ou serviços fornecidos das demais, buscando, nos signos

distintivos, a ferramenta fundamental para distinguir e orientar seus consumidores. Porém, essa necessidade de diferenciação também perpassa pelo fortalecimento da proteção dada aos sinais distintivos pelo Direito de Propriedade Intelectual, visto que estes são considerados ativos intangíveis de grande rendimento, bem como a resolução adequada dos conflitos envolvendo esses institutos.

Ao longo das últimas décadas, a expansão da *Internet* vem aumentando o número de disputas sobre nomes de domínio, que são os identificadores usados para localizar computadores, encontrar páginas da *web*, entre outros usos na Rede Mundial. Alguns anos atrás, quando a *Internet* ainda não havia atingido o seu auge, o interesse em acessar os endereços eletrônicos, que nada mais são do que nomes de domínios, não representava uma grande preocupação para as organizações, ou mesmo, para a população em geral. Entretanto, hoje, os nomes de domínio são considerados um ativo essencial para o seu possuidor e um sinal distintivo das organizações.

Essas controvérsias são motivadas por inúmeros fatores, sendo que a solução pode se dar, em regra, por duas formas: (a) de maneira amistosa, em que as partes dialogam e chegam a uma autocomposição, sem a interferência de um terceiro; ou (b) na impossibilidade de diálogo, pela eleição de um terceiro para tratar o conflito de forma heterocompositiva.

Nesse sentido, a escolha do tema encontra justificativa na necessidade de se resolver os conflitos sobre nomes de domínios, aplicando a Política Uniforme de Resolução de Controvérsias sobre Nomes de Domínio (URDP), instituída pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) e administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação, da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Porém, observando vários institutos que tratam os conflitos de forma (extra)judicial (processo, mediação, conciliação, negociação e arbitragem), pretende-se verificar se a arbitragem constitui forma (mais) adequada para tratar conflitos envolvendo nomes de domínio. Como afirma René David², representando parcela considerável da doutrina, entende esse instituto como uma técnica que propõe tratar um conflito envolvendo interesses de duas ou mais pessoas, e/ou instituições, por

² DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international**. Paris, 1982.

meio de um terceiro (árbitro) que é eleito pelas partes e que se reveste de poderes oriundos de uma convenção privada pactuada previamente pelos interessados. Noutra sentença, pode-se refutar o caráter técnico da arbitragem, para identificá-la como instituto, proveniente de organizações (com poder) que emitem decisões que se revelam meios de comunicação simbolicamente generalizados, ou seja, não como característica ou qualidade, mas “um médium” (Luhmann).

A originalidade desse estudo consiste em abordar a temática da resolução dos conflitos envolvendo os nomes de domínio sob a luz da URDP, administrado pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, enquanto organização possuidora de poder decisório, aplicando, para a solução dessas controvérsias, o instituto da arbitragem, levando em consideração pouquíssimos estudos sobre a temática. A maioria das pesquisas já realizadas abordam superficialmente essa temática ou descrevem a Política Uniforme de Resolução de Conflitos sobre Nomes de Domínios e as regras estabelecidas pela ICANN para a resolução dessas controvérsias. Ou seja, não estão voltadas a analisar o Centro da OMPI como produtor de comunicação decisório, por meio da arbitragem.

Por esse motivo, a pesquisa estabeleceu como procedimentos metodológicos:

- a) realização de levantamento bibliográfico, baseado em livros e artigos publicados em periódicos relevantes sobre a temática, materiais esses em formato físico ou eletrônico. Ressalta-se que, devido à escassez de bibliografia brasileira, buscou-se, na literatura estrangeira, elementos para fundamentar teoricamente o estudo;
- b) pesquisa documental em que se analisaram os instrumentos estabelecidos pela ICANN e pela OMPI no que tange às políticas, regras e entendimentos jurisprudenciais dos casos envolvendo conflitos em nome de domínios.

No que tange aos casos analisados neste trabalho, ressalta-se que os mesmos foram extraídos do “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”, publicado pela OMPI no ano de 2017. Esse documento relata situações envolvendo os três principais elementos descritos no art. 4º da URDP, isto é, demandas envolvendo a identidade ou confusa semelhança de um nome de domínio e uma marca; o direito e interesses legítimos das partes envolvidas na disputa de um determinado nome de domínio, bem como o registro e a utilização deste de boa-fé.

A fim de verificar as decisões publicadas e tidas como relevantes pela OMPI, elegeram-se os julgados proferidos pelos Painéis do Centro de Arbitragem e Mediação, nos anos de 2016 e 2017, representando um total de 157 (cento e cinquenta e sete) julgamentos. Além disso, aprofundou-se a análise dos fundamentos de 10 (dez) julgados escolhidos aleatoriamente e, a título exemplificativo, para fins de extrair as razões de decidir dos árbitros/painelistas.

Face à vinculação à linha de pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”, foi eleito para o seu desenvolvimento do trabalho o método sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, já que pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente.

Com vistas a contemplar a temática abordada, este estudo divide-se em quatro partes. No primeiro capítulo, será estudada a teoria dos sistemas sociais aplicada às organizações, bem como os fatores que auxiliam na redução de suas complexidades. Ademais, será analisado o conflito como elemento inerente às relações e a sua concepção a partir de uma perspectiva Lhumanniana.

Na segunda seção, discorrer-se-á sobre os signos distintivos como instituto protegido pelo Direito de Propriedade Intelectual e a sua relação com o Sistema de Nomes de Domínio, buscando definir a natureza jurídica dos nomes de domínio e os conflitos gerados por estes e os demais sinais distintivos.

No terceiro capítulo, estudar-se-á o instituto da arbitragem como forma de resolução adequada das controvérsias envolvendo os nomes de domínio. Nesse momento, será realizado um apanhado histórico, a fim de verificar a evolução desse instituto em âmbito nacional e internacional, bem como a distinção entre a arbitragem tradicional e a aplicada nas disputas relacionadas aos nomes de domínio.

No quarto e último capítulo, pesquisar-se-á a governança na *Internet* e o papel das organizações nesse contexto. Além disso, será analisada a aplicação da Política Uniforme de Resolução de Conflitos sobre Nomes de Domínio e o papel do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI na administração dessas demandas e na comunicação decisional proferida pelos Painéis do Centro e consideradas relevantes pela OMPI, no período de 2016 e 2017.

2 A TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS APLICADA ÀS ORGANIZAÇÕES

No presente capítulo, aborda-se a Teoria dos Sistemas Sociais, aplicada às organizações, bem como os fatores que permeiam estas, enfatizando o conflito como elemento inerente das relações pessoais e/ou organizacionais, a partir de uma perspectiva luhmanniana.

Atualmente, as pessoas (físicas/jurídicas) se relacionam em grupos que podem ser classificados como “organizações”. Devido à grande difusão alcançada por estas na sociedade moderna, tornou-se um fenômeno relevante para a sociedade em âmbito mundial³, visto que, praticamente, todas as funções destas são solucionadas por alguma organização. Hodiernamente, observa-se que as necessidades dos seres humanos são condicionadas por ações propostas na esfera organizacional, passando a evoluir com o decorrer do tempo.

Historicamente, a evolução se caracteriza pela separação dos distintos tipos de sistemas: interação, organização e sociedade⁴. Na sociedade primitiva, todos eles coincidiam, pois, por exemplo, os clãs eram uma interação permanente, uma organização e uma sociedade. Contudo, foi na era das chamadas “grandes civilizações” (Egito, Mesopotâmia, Babilônia, Pérsia) que as organizações se formaram, transformando-se em grandes centros urbanos, a fim de cumprir as funções religiosas, militares e comerciais. Todavia, apesar de ter havido um grande avanço nesse aspecto, elas ainda estavam muito longe de se tornar indispensáveis para o ser humano.⁵

Mas foi com a industrialização e com a elevação do grau da monetarização da economia que foi possível um aumento na complexidade da sociedade, já que os

³ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos Editorial; Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana; Santiago do Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

⁴ Niklas Luhmann, num primeiro momento, distingue três tipos de sistemas sociais: (a) *interação*: que, na sua concepção, é caracterizada pela presença física, isto é, os presentes se percebem e estabelecem uma comunicação entre si. Esse sistema permanece enquanto dura a estada dos interlocutores; (b) *organização*: caracterizada pela capacidade de condicionar a filiação. Para se ingressar em uma organização como membro e permanecer nela, os interessados devem satisfazer as condições estabelecidas pelo sistema organizacional; (c) *sociedade*: caracterizada por um sistema que compreende todas as comunicações. Hodiernamente, um sistema único, global. *In*: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

⁵ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

sistemas organizacionais caminharam para um processo de racionalização e secularização que transformou a sociedade, levando-a à modernidade.⁶ Nesse sentido, ela experimentou um acréscimo em sua diferenciação e, como parte desse mesmo processo diferenciador, o sistema organizacional passou a ocupar um lugar central na busca e observação de soluções para os novos problemas apresentados pelo sistema social, já que eles surgiram em decorrência de sua expansão.

Já, na sociedade pré-moderna, os contatos inter-regionais de longo alcance se davam por meio do comércio que transportava, sobretudo, “bens de prestígio”⁷, reforçando, assim, a diferenciação por classes. Dessa forma, o contato exterior das sociedades regionais se sujeitava a uma diferenciação interna, consistindo, primeiramente, na distinção por segmento das economias familiares e, logo, em uma subdivisão de acordo com uma separação, por exemplo, cidade e campo, ofício, etc. Tal fato estimulava certas economias familiares a realizarem relações que cruzam as fronteiras.

Na sociedade atual, a interregionalização se sustenta na operação e cooperação de organizações, especialmente da economia, dos meios de comunicação, da política, da ciência, dos transportes, etc. A economia está entrelaçada, mundialmente, não só por seus mercados, mas pela forma organizacional com que atua.⁸ Na concepção de Luhmann⁹, as organizações são também sistemas sociais diferenciados, mas, por sua própria dinâmica, se interpõem aos sistemas funcionais da sociedade. Sua evolução obedece a necessidade de tomar decisões e comunicar essas para fixar os pontos de partida das próximas. Colocam-se entre as organizações e o subsistema funcional, por um lado, e a interação entre presentes, por outro, e a todos os setores da sociedade faz-se necessário o eixo de alcance mundial. O autor ainda justifica que, em virtude das condições modernas, não há como existirem sociedades regionalizadas, mas se pode estabelecer uma diferenciação em um sistema de sociedade globalizada, dividindo esta em subsociedades.

⁶ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 124.

⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

Assim, Mansilla¹⁰ afirma que, nos dias de hoje, os diferentes tipos de sistemas se encontram separados em seus modos de constituição, mas ainda mantêm importantes relações entre si, pois a sociedade é una, porquanto constitui um sistema global¹¹ que inclui todas as comunicações possíveis, reproduzindo-se, assim, em cada interação, sendo que as organizações realizam seu trabalho em múltiplas interações.

2.1 O Sistema Social e o surgimento das organizações como forma de diferenciação a partir da concepção luhmanniana

Nas sociedades arcaicas, por exemplo, o sistema familiar satisfazia todas as necessidades da vida social. Era no seio familiar que o homem era socializado e recebia sua formação, da mais rudimentar até a mais avançada, o que permitia que ele se integrasse, sem dificuldade, na vida adulta e que, posteriormente, formasse o seu próprio seio familiar. O homem, nessa sociedade, somente saía de sua família para formar outra. Entretanto, nesse período, as organizações não eram completamente inexistentes, visto que confeccionavam artefatos de guerra e trocavam estes com outros grupos de pessoas.¹²

Para as sociedades mais antigas, o trabalho significava, para o indivíduo, sua sobrevivência. Com o transcurso do tempo e a evolução da sociedade, aumentou-se a determinação social do trabalho e a distribuição do produto. Nota-se uma forma de diferenciação social e doméstica dos papéis laborais que se complementam com ajuda recíproca e de grupo. Já o surgimento das sociedades hierarquicamente ordenadas, fundado no modelo de centro/periferia, tem no trabalho a representação político-jurídica. Em todos esses casos, surge a contraposição de papéis regulados pela demanda, porém as condições institucionais restringem suas exigências e, com ela, a complexidade e flexibilidade que podem alcançar.¹³

¹⁰ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

¹¹ Nada pode ser observado fora do sistema social, como Luhmann já alerta nas primeiras páginas de sua grande obra "La sociedad de la sociedad". In.: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

¹² MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

¹³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

Isto pode mudar na medida em que o acesso social ao trabalho transcorra por meio do indivíduo. Contudo, Niklas Luhmann¹⁴ alerta que isso não afeta a determinação social do trabalho, pois as organizações substituem as dependências sociais externas pelas dependências autoproduzidas. São, assim, independentes das reciprocidades surgidas casualmente em casos de necessidades e regulam o trabalho como ocupação que se repete com regularidade e que já depende das flutuações do mercado e de outros financiamentos.

O autor menciona ainda que essa transição para o trabalho recrutado individualmente não só pressupõe a economia monetária, mas o torna atrativo em virtude do recebimento de remuneração, baseando-se, ainda, na possibilidade de se assegurar, juridicamente, o cumprimento dos contratos de trabalho.

Dessa forma, os sistemas funcionais para a economia, o direito e a educação proporcionam as condições decisivas para o surgimento das organizações de uma forma sistêmica, sem que isto signifique que somente haja organizações nesses sistemas. Por esse motivo, na concepção de Luhmann¹⁵, as organizações possibilitam interdependência social compatível com a autopoiese¹⁶ e com a clausura operativa¹⁷

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

¹⁶ “El concepto de autopoiesis fue formulado por el biólogo chileno Humberto Maturana al intentar dar una definición a la organización de los organismos vivos. Un sistema vivo, según Maturana, se caracteriza por la capacidad de producir y reproducir por sí mismo los elementos que lo constituyen, y así define su propia unidad: cada célula es el producto de un retículo de operaciones [...] internas al sistema del cual ella misma es un elemento; y no de una acción externa. La teoría de los sistemas sociales adopta el concepto de autopoiesis y amplía su importancia. Mientras en el ámbito biológico se aplica exclusivamente a los sistemas vivos, según Luhmann se individualiza un sistema autopoietico en todos los casos en los que se está en la posibilidad de individualizar un modo específico de operación, que se realiza al y sólo al interior. De esta manera se individualizan dos niveles posteriores de constitución de sistemas autopoieticos, caracterizados cada uno de ellos por operaciones específicas: sistemas sociales y sistemas psíquicos.” *In.*: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glossário sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 39.

¹⁷ “Todos los sistemas autopoieticos se caracterizan por la clausura operativa [...]. Con este concepto se indica el hecho de que las operaciones que llevan a la producción de elementos nuevos de un sistema dependen de las operaciones anteriores del mismo sistema y constituyen el presupuesto para las operaciones posteriores [...]: esta clausura constituye la base de la autonomía del sistema en cuestión y permite distinguirlo de su entorno. En el caso de un sistema vivo, aunque la reproducción de los elementos utilice materiales externos al organismo [...], las transformaciones que llevan a la producción de una célula nueva son exclusivamente internas: nunca se presenta la producción de una célula fuera de un organismo vivo. Esto es también válido para los otros tipos de sistemas autopoieticos: las operaciones de un sistema social, las comunicaciones, son el resultado de comunicaciones precedentes y suscitan a su vez comunicaciones posteriores. [...] El concepto de clausura operativa es la consecuencia de la tesis mediante la cual ningún sistema puede operar fuera de sus propios límites. Cada sistema tiene naturalmente un entorno y permanece dependiente de la compatibilidad con el mismo [...]: si no se presentara la participación de las conciencias, por ejemplo, un sistema social no

dos sistemas funcionais; mesmo que elas pressuponham condição para individualizar o processo de recrutamento e de distribuição de pessoas em postos de trabalho.

O esclarecimento das condições prévias para uma evolução do trabalho organizado proporciona indicações importantes sobre as particularidades desta forma de sistema. As organizações são uma forma determinada de tratamento com a dupla contingência¹⁸. Cada qual pode atuar de outra maneira e corresponder ou não aos desejos e expectativas. Aqui se vincula mediante a entrada e corre o perigo de perder a filiação quando se opõem. Estar junto a uma organização, por si só, não é um *status* socialmente necessário. O vínculo se adquire por decisão, podendo também se extinguir por ele. Por isso, a solução para o problema da dupla contingência está no fato de a filiação poder condicionar não só o que diz respeito ao ingresso na organização, mas a manutenção da posição.¹⁹

Considerando o fato de que essa relação se baseia em decisões e que a conduta dos seus membros, em situação de decidir, depende do comprometimento, pode-se caracterizar as organizações como sistemas autopoieticos sobre a base operativa de comunicação de decisões,²⁰ visto que elas produzem decisões a partir de decisões e são sistemas operativamente clausurados. Na sua forma de decidir, também se encontra um momento de indeterminação estrutural e, desde que esta decisão provoque outras decisões, esta indeterminação estrutural se reproduz em

podría reproducirse." *In.*: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glossário sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 40.

¹⁸ "El concepto de doble contingencia (o contingencia social), que tiene origen en la teoría sociológica de Talcott Parsons, indica el hecho de que tanto Ego como Alter observan las selecciones del otro como contingentes. [...] La selectividad de los sistemas constitutivos de sentido siempre es contingente. Las operaciones de dichos sistemas (sociales y psíquicos) pueden presentarse de maneras diferentes. La contingencia es entonces el punto de partida para los problemas de coordinación de selectividad en los sistemas sociales, en cuanto las posibilidades de comunicar y pensar son unicamente posibilidades: pueden presentarse de manera diferente a las expectativas. Contingencia significa entonces posibilidades de desilusión y necesidades de correr riesgos. En la dimensión social, este problema se manifiesta como doble contingencia: toda selección depende ya sea de un Ego o de un Alter, entendidos ambos como sistemas constitutivos de sentido. [...] La doble contingencia es el problema basal del orden social: el problema de la coordinación de las selecciones, imprevisibles y contingentes, de un Ego y de un Alter que se observan reciprocamente. Ambos interlocutores observan la doble contingencia y la indefinibilidad para el comportamiento que se deriva de ella: nace de ella una circularidad tautológica [...], que no depende ni de Ego ni de Alter, de reenvíos continuos de Ego a Alter y vice-versa [...]" *In.*: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glossário sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 90-91.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedade**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

²⁰ Por exemplo, quando ocorre um conflito interorganizacional, estas procuram uma terceira organização para decidir sobre essa demanda, muitas vezes utilizando-se do instituto da arbitragem.

cada uma delas. A produção de decisões a partir de uma decisão alcança absorver incertezas, embora as novas necessidades para decidir sempre desempenhem um fundo incerto. Aumenta a demanda de mais decisões, e somente assim é possível a clausura operacional.²¹

Por esse motivo, as organizações geram possibilidades de decisões, colocando essas como contexto de outras. Nesse aspecto, pode-se prever a subordinação de ordens, determinar programas de trabalho, prescrever vias de comunicação, regulamentar o emprego de pessoas, tudo isso sendo traduzido em forma de decisão. Como resultado, se alcança um sistema autopoietico que se distingue por sua forma particular de operacionalizar, ou seja, produzir decisões mediante decisões. Contudo, as decisões, como toda comunicação²², dependem da consciência.²³

Esse fator traz um aspecto importante, visto que a consciência participa da hora de decidir, levando em consideração a percepção. Essas premissas institucionais são, especialmente, relevantes para o trabalho administrativo, embora, ao lado delas, existem muitas outras formas de trabalho que se fundamentam na percepção de assuntos não linguísticos para filtrar a eventual demanda de decidir. Em todo o caso, os sistemas organizacionais nesta interface, entre comunicação e consciência, dependem menos da razão do que das percepções que se processam conscientemente.²⁴

Essas deliberações intermediárias deixam intacta a tese de que uma organização não consiste de outra coisa senão da comunicação de decisões. Essa base operativa possibilita a clausura de um sistema autopoietico particular. Na concepção de Luhmann²⁵, autopoiese quer dizer reprodução a partir de produtos próprios. Toda procedência deve ser tratada recursivamente na organização como

²¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

²² Comunicação em Niklas Luhmann significa “[...] el último elemento o la operación específica de los sistemas sociales. Se presenta por la síntesis de tres selecciones: 1) emisión o acto de comunicar; 2) información; 3) acto de entender la diferencia entre emisión e información.” *In*: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU: glossário sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 59.

²³ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução Silvia Pappé; Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura; Javier Torres Nafarrate. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

²⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

decisão própria e ser interpretada de novo de acordo com necessidades atuais de decisão. Na sequência da própria decisão, a organização define o mundo com o qual tem que se conectar. No âmbito de movimentos correspondentes disponíveis, pode ocorrer uma limitação no código problema/solução de problema, esquema em que os problemas servem para definir possibilidade de solução, mas também, ao contrário, isto é, em que as possibilidades provadas podem servir para ajustar correspondentemente as definições de problemas ou para buscar que as rotinas existentes apareçam como soluções para estes. Finalmente, a autopoiese também encontra expressão no fato de que todas as estruturas estão subordinadas às operações, ou seja, que devem conceituar-se como resultados de decisões. A organização conhece estruturas como premissas de decisão sobre as quais ela mesma havia decidido.²⁶

Enquanto os sistemas de interação só podem tomar em conta seu entorno, ativando os presentes e interiorizando a diferença de presente/ausente, as organizações possuem mais possibilidades de comunicar-se com sistemas e seu entorno. Constituem o único tipo de sistema social que dispõe desta possibilidade, sendo que, se os demais sistemas quiserem adquiri-la, deverão organizar-se, pois a autopoiese pressupõe, como base de decisão, um “comunicar-se para fora”. De fato, o interior do sistema de comunicação só pode efetuar-se na rede recursiva da própria atividade decisora do sistema, ou seja, somente pode realizar-se como decisão. A “comunicação para fora” não contradiz, então, o sistema de clausura operacional do sistema; pelo contrário, a pressupõe. As organizações se comunicam com organizações e, por isso, com frequência, tratam os indivíduos como se fossem organizações ou como se fossem incapacitados, necessitando estes de ajuda ou de instruções especiais.²⁷

O fato de as organizações poderem se “comunicar para fora” garante sua estrutura hierárquica, ou seja, uma hierarquia em todos os sentidos. Por um lado, no caso das organizações, as mesmas podem formar subsistemas dentre dois subsistemas. A diferença do sistema da sociedade é que a organização prefere e

²⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

²⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

realiza uma hierarquia setorial. Por outro, se formam, simultaneamente, com cadeias de comando, assegurando decidir conflitos formais, tornando o sistema acessível.²⁸

Observa-se que essas situações dizem respeito à sociedade moderna²⁹, pois seria inútil buscar essas características nas sociedades tradicionais. Quando se fala em sociedade/interação e, também, em sociedade/organização, a retrospectiva histórica permite ver que as sociedades arcaicas não são capazes de distinguir, com clareza, os diversos tipos de sistemas, pois esta mesma sociedade se entende como uma associação de membros à qual pertencem alguns seres humanos e outros não. Nas sociedades estratificadas, existe uma alta mobilidade entre assentamentos e tribos, em que os indivíduos são expulsos caso cometam algum delito, porém o grau de autorregulação dessas condições é baixo. Já as sociedades que ocupam grandes espaços podem suportar melhor, internamente, os problemas de mobilidades, embora sempre se tratará de inclusão/exclusão de seres humanos³⁰, que constitui uma delimitação decisiva de capacidade de regulação.

Os tipos de organizações que se formam nas sociedades tradicionais se ajustam ao modelo de corporação, sendo válidos sobre todas as unidades. Nesse tipo de sociedade, também se enfatiza a questão do pertencimento como sinônimo de plena inclusão³¹. Dessa forma, podem instituir regras rigorosas, mas estas não são

²⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedade**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

²⁹ Aqui, não adentra-se nas discussões sobre a passagem para a modernidade (pré-modernidade, pós-modernidade, transmodernidade, etc.). Nesse sentido, traz-se, para ilustrar, a concepção de modernidade em Luís Alberto Warat, que se refere “[...] à modernidade como condição cultural. Quando se trata de falar em modernidade como condição, está se fazendo referência a um fenômeno de organização cultural, um paradigma que surge para o ocidente desde o século XVI e persiste até o século XX, não tendo seu fim nada a ver com o emblemático ano 2000. O que dela perdura não é outra coisa que alguns de seus enclaves decadentes, por muitos conhecidos como pós-modernidade”. WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. I. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 178.

³⁰ Sobre a exclusão de seres humanos, Adela Cortina (filósofa espanhola e catedrática da Universidad de Valência), por exemplo, alerta para uma “aporofobia” na Europa. O termo aporofobia é um neologismo que une dois termos gregos: “aporos” que significa pobre, ou seja, aquele indivíduo desprovido de patrimônio, e; “fobia”, medo exagerado ou aversão a algo. Então, para Cortina, aporofobia indicaria um sentimento de aversão/rejeição para com os pobres. Para ela, “no marginamos al inmigrante si es rico, ni al negro que es jugador de baloncesto, ni al jubilado con patrimonio: a los que marginamos es a los pobres”. In: CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. **Ética**. Madrid: Santillana, 1996, p. 70). Nesse sentido, pode-se observar a situação dos imigrantes ilegais chegando a todo momento nos países europeus, ilustrado, especialmente, pela imagem de um menino sírio, Alan, que foi encontrado morto numa praia da Turquia, após tentar sair da Síria. Essa imagem se tornou um símbolo da crise migratória que já matou milhares de pessoas do Oriente Médio e da África. Esses imigrantes tentam chegar à Europa para escapar das guerras e perseguições políticas/religiosas.

³¹ Novamente invocando as lições de Adela Cortina, pode-se considerar que a inclusão pelo pertencimento constitui a base da cidadania, já que a filósofa espanhola destaca que esta “[...] pode representar um certo ponto de união entre razão senciente de qualquer pessoa e esses valores e normas que consideramos humanizadores. Precisamente por pretender sintonizar-se com dois de nossos mais profundos sentimentos racionais: o de pertença e uma comunidade e o de justiça dessa

entendidas somente como premissas de decisão, pois esta autoridade não se funda em decisões.³²

Já a sociedade moderna pode ser considerada o sistema clausurado de todas as comunicações. Dispõe de sistemas autopoieticos cujas operações consistem em decisões que se reproduzem em si mesmas. As organizações podem coordenar grandes quantidades de interações entre si, produzindo a sincronização dessas em seus passados e futuros, podendo se realizar, sempre e forçosamente, em simultaneidade. Por esse motivo, ela se sucede mediante a técnica de decidir, com premissas de decisão, sobre a base de uma disposição, aceitando uma zona de indiferença, garantida pelo pertencimento à organização.³³

Em razão disso, Luhmann³⁴ afirma que os sistemas autopoieticos organizacionais compensam os lapsos de autoridade que são inevitáveis quando a sociedade passa do modelo estamental para a diferenciação funcional, pois as organizações instituem seus próprios procedimentos de absorção de incertezas. Em cada local de processamento de informação se condensam essas, chegando à conclusão de que, em outros locais, não se verificam mais, em parte porque faltam tempo e competência e, de outra banda, porque é difícil formular bons questionamentos, sobretudo por não ser obrigado a fazê-lo. Nesse sentido, absorção de incertezas significa assumir a responsabilidade pela exclusão de possibilidade.

Esse modelo de substituir decisões por decisões é a autopoiese do sistema, convertendo, em forma de registro (mas não só), incertezas condicionadas pelo mundo das certezas internas do sistema, devido ao fato de as organizações se acostumarem e concordarem com os riscos, os conflitos e as competências, etc. Nesse aspecto, elas encontram na absorção das incertezas uma confirmação difícil de ser substituída. Por isso, é possível explicar a apatia atribuída, com frequência, às organizações como “burocracia”, pois, debaixo de toda certeza de decisão, se alastra a incerteza, porém, tal fato não exclui a irritabilidade do sistema.³⁵

mesma comunidade”. In: CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 16.

³² LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

³³ LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução Silvia Pappé; Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura; Javier Torres Nafarrate. 3. ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

³⁵ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

Para esse processo de absorção de incerteza, são dispensáveis as fontes de autoridades externas, sendo que a organização pode livrar-se delas. Aos poucos, o processo de recrutamento faz uso de diferenças socialmente estabelecidas na seleção de pessoal. Elas aproveitam o recrutamento de pessoas para aquisição de recursos, resultando numa autoridade interna independente da ordem de competências e do poder de comando, visto que, por meio dos indivíduos, pode se abrir um acesso especial e diferenciado sobre os recursos do entorno.³⁶

No que tange à sociologia clássica de Max Weber, Luhmann³⁷ enfatiza que elas não apresentam, com precisão e de forma realista, como se realizam essas exigências no âmbito organizacional. Quem trabalha dentro de uma organização conhece o alto grau de personalização das observações, em especial as relações com a evolução do trabalho e da carreira.

Dada a crescente complexidade de decidir, pautada em decisões baseadas nelas mesmas, a autopoiese desenvolve estruturas que se acomodam a ela, gerando uma tendência a decidir/não decidir. Para o tratamento de seus próprios defeitos, pode, unicamente, aplicar de novo os mesmos meios de produção, ou seja, as decisões, pois sempre terá que se decidir de novo, visto que falta motivação para seguir adiante nas decisões, por conta das resistências externas e internas que se impõem. Nesse sentido, o pensamento moderno se utiliza de uma dupla concepção, ou seja: fala-se de organização quando se quer indicar as necessidades e os aspectos positivos desse fenômeno; e de burocracia para ressaltar os aspectos negativos.

Assim como as interações, as organizações necessitam de uma unidade do sistema da sociedade, podendo surgir, livremente, sem a “pressão do sistema”, organizações que não se relacionam com nenhum sistema funcional da sociedade. Todavia, todas as organizações tiram proveito da complexidade do sistema social. É inegável que a maioria das grandes organizações se forma a partir de uma funcionalidade e, desta maneira, assumem um papel principal. Nessa perspectiva, podem-se distinguir as organizações como econômicas, estatais, políticas, escolares, científicas, jurídica e legislativa. Entretanto, é claro que o modo como realizam as possibilidades organizativas varia de um sistema funcional para outro. Por esse

³⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

³⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

motivo, limita-se, aqui, a esclarecer quais as relações que existem entre os sistemas funcionais e as organizações (sendo estas o foco do presente trabalho), partindo da premissa de que, em ambos os casos, se localizam sistemas autopoieticos.³⁸

As organizações que operam dentro dos sistemas funcionais devem considerar os sistemas sociais operativamente clausurados e autônomos, pois somente com esses requisitos é que elas relacionam suas próprias operações com os respectivos sistemas funcionais, identificando-os como tribunais, escolas, etc. Luhmann³⁹ aponta que “Distinto de como lo piensa la concepción dominante (orientada a la política), las organizaciones de los sistemas funcionales no sirven para ejecutar o ‘implementar’ las decisiones que se toman em las centrales”. As decisões, assim, só podem ser tomadas dentro das organizações que formam parte de uma rede organizacional. Para reconhecer a função da organização no estabelecimento da sociedade funcionalmente diferenciada, deve recordar-se que as organizações são os únicos sistemas sociais que podem comunicar-se com seu entorno, sendo que nenhum outro sistema mais pode.

Os sistemas funcionais consideram a inclusão, ou seja, o acesso para todos; já as organizações excluem todos, exceto os membros eleitos de maneira altamente seletiva. Essa diferença é decisiva para a função porque, com a ajuda das organizações formadas internamente, os sistemas funcionais podem regular sua própria abertura (para todas as pessoas, ainda que de forma distinta). A diferenciação desses modos de formação de sistemas possibilita praticar coisas simultaneamente: inclusão/exclusão, permitindo também manter a diferença com uma alta complexidade do sistema, a fim de resolver as contradições inclusão/exclusão com a ajuda dessa complexidade. Nesse caso, o princípio da igualdade é interpretado, pelos juristas, não como uma proibição as desigualdades, mas como uma proibição à arbitrariedade, fazendo referência à organização como instrumento de especificação regulativa.

Para Niklas Luhmann⁴⁰, um ponto importante na discussão das organizações é que elas desenvolvem uma dinâmica própria que é assumida no sistema funcional mediante procedimentos de observação de segunda ordem, tudo sob a condição de

³⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

³⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007, p. 668.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

estar se atualizando permanentemente, por exemplo: nas diretrizes estabelecidas pelo mercado, na opinião pública, nos textos jurídicos, etc. O autor ainda ressalta que não é fácil acostumar-se com essa perspectiva teórica, já que ela se fundamenta na clausura operativa e na autopoiese, explicando como é possível, na sociedade, o surgimento das organizações e como que, de maneira autônoma, elas contribuem para a diferenciação social. Luhmann ainda esclarece que a sociedade moderna depende das organizações, muito mais do que qualquer sociedade que precedeu. Alerta, inclusive, para a falta de uma expressão que indique a unidade dos sistemas sociais organizados e, por via de consequência, a necessidade de se construir uma Teoria das Organizações apropriada.

2.2 As teorias organizacionais e suas contribuições para as organizações e para os indivíduos que as compõem

As modificações experimentadas pela sociedade, seus subsistemas e organizações que estão nela inseridas influenciaram, diretamente, a transformação das organizações, pois seu entorno está cheio de oportunidades e desafios que devem ser encarados com configurações estruturais adequadas, ou seja, capazes de reduzir, convenientemente, as complexidades ambientais.⁴¹

Durante o século XX, tem-se mantido vigente um modelo organizacional que pode demonstrar a sua adequação através dos anos. Não obstante, os avanços tecnológicos, a globalização da economia, o surgimento dos regionalismos, a diversificação das demandas, entre outros fatores, têm conduzido a uma situação em que se faz necessário pensar em uma nova forma de organização, em um modelo que, segundo Darío Rodrigues⁴², já se pode vislumbrar.

Observa-se que as organizações constituem um fenômeno característico da sociedade moderna que se relacionam com a sociedade, de tal maneira que constituem um meio pelo qual os diferentes subsistemas funcionais da sociedade buscam soluções específicas para os problemas que estas enfrentam. Nesse sentido,

⁴¹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

⁴² MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

faz-se necessário pautar algumas definições clássicas de organização e as características desse sistema.

Para Talcott Parson⁴³, as organizações são unidades sociais ou agrupamento de pessoas, construídas em forma deliberada e reconstruídas para alcançar fins específicos. Em contrapartida, Chester Barnard⁴⁴, estudioso na área de tomada de decisões, define as organizações como sistemas conscientemente coordenados de atividades ou forças de duas ou mais pessoas.

Já para Mansilla⁴⁵, as definições anteriores apontam para a deliberação, o consciente, o contratual e a criação de uma organização como característica central nela mesma. Porém, para o autor, a diferença entre ambas é evidente, visto que, para Parsons, uma organização é composta por um grupo de pessoas, estabelecendo que elas são sistemas sociais formados por ações orientadas, normativamente, para alcançar uma finalidade. E, para Barnard, as atividades das pessoas é que compreendem elementos constituintes do sistema organizacional.

Entretanto, Niklas Luhmann⁴⁶ afirma que as organizações são sistemas sociais de tipo próprio, caracterizados por sua capacidade de propor condições que devem ser cumpridas por quem quer continuar pertencendo a ela. Esses sistemas unem a alta especificidade de comportamentos requeridos à generalização da motivação. Para o autor, devido a suas particularidades, a organização pode ser utilizada pela sociedade (sistema social) como mecanismo eficiente de resolver problemas, podendo, muitas vezes, reduzir a sua complexidade de tal forma que o resultado final pode ser insatisfatório ou insuficiente.

Darío Rodríguez Mansilla⁴⁷ caracteriza as organizações por: (a) estarem definidas e desenhadas numa racionalidade de adequação de meios e fins, ou seja, nelas existe uma divisão do trabalho que tem sido realizado de forma consistente como resultado para buscar a forma racional mais possível; (b) evidencia no poder uma divisão caracterizada por diversos postos hierárquicos, a fim de facilitar a

⁴³ PARSONS, Talcott. **Estructura y proceso em las sociedades modernas**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

⁴⁴ BARNARD, Chester. **The functions of the Executive**. 30th anniv edition. Cambridge: Harvard University Press, 1968.

⁴⁵ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

⁴⁷ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

coordenação e o controle do cumprimento das obrigações laborais; (c) canalizar a comunicação como forma subordinada de melhorar a eficiência, de maneira a conseguir uma adequada coordenação das atividades; (d) existir organizações em um entorno que abarcam todo o exterior da organização, ou seja, outras organizações, clientes, sociedade global, economia, sistema legal, etc. Nessa seara, a organização se encontra adaptada permanentemente a seu entorno, de tal forma que se supõe, mutuamente, que não há organização sem entorno e não há entorno sem organização; (e) seus membros constituírem parte do entorno interno das organizações. Esses pontos remetem a uma dupla contingência organizacional, pois, em todas elas, é necessário se harmonizar as contingências (das regras que regulam o comportamento humano e da conduta das pessoas).

A existência das organizações está condicionada a coincidência, coordenação e limitação mútua das contingências, a fim de permitir, assim, que o sistema organizacional se constitua. A dupla contingência não é um simples somatório de ambas as contingências, mas, sim, uma nova contingência: a organização efetiva. Nesse sentido, o sistema organizacional somente é viável se a dupla contingência implicar contato entre regras e comportamentos.⁴⁸

2.2.1 As concepções a respeito da Teoria Organizacional

Na concepção de Darío Rodríguez Mansilla⁴⁹, a origem da teoria organizacional possui três vertentes distintas. A primeira é proveniente da sociologia que possuía orientação acadêmica e intenção de compreender o fenômeno social em todas as suas manifestações. Nessa linha, faz-se necessário lembrar de Max Weber e seu clássico estudo sobre burocracia. A outra é derivada da Escola de Administração, relacionada a encontrar novas e eficientes formas de conseguir com que as organizações logrem êxito, como, por exemplo, a Escola Clássica da Administração e a da Administração científica (Taylor e Fayol). E a terceira está apoiada na Psicologia Social, que nasce da mesma preocupação pela busca de fatores que incidam na produtividade e no comportamento grupal, como os trabalhos

⁴⁸ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

⁴⁹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

de Mayo, Lewin e a Escola das Relações Humanas. Entretanto, pode-se considerar ainda a Escola Neoclássica, pautada nas pesquisas de James March e Herbert Simon, que buscam resgatar os elementos da Escola Clássica aliada com fundamentos da Escola das Relações Humanas. Por esse motivo, faz-se necessário rever cada uma dessas concepções.

a) Max Weber e o estudo da Burocracia

A pesquisa científica em torno da burocratização começa com os estudos de Max Weber acerca do processo de secularização e racionalização experimentada pela sociedade ocidental. O trabalho de Weber⁵⁰ se distingue por quatro ações: (a) racionalidade orientada para a finalidade; (b) racionalidade direcionada para os valores; (c) ação afetiva, considerando o estado emocional do ator; e (d) ação tradicional.

Darío Rodríguez Mansilla⁵¹ observa que Weber via a racionalização do mundo ocidental como um processo progressivo, tendo estudado eles em várias esferas (religiosa, legal, política, econômica, organizacional, etc.). Nesse sentido, a racionalização das operações nas empresas de grande escala (político, administrativo e econômico) tem-se traduzido numa forma burocrática de organização, até porque ela se caracteriza por sua superioridade técnica sobre qualquer outra forma organizacional, devido à sua racionalização, precisão, velocidade, clareza e redução de custos de materiais e de pessoal.⁵²

Essas instituições se encontram organizadas sempre de acordo com os princípios racionais, ou seja, divisão de funções; hierarquia dos postos de trabalho; classificação técnica e registro, por escrito, de todos os atos administrativos, regras e decisões.⁵³ Com a economia capitalista, as organizações necessitam que seus negócios sejam realizados com precisão, certeza e com maior rapidez possível. Nesse sentido, o modelo burocrático pode oferecer uma combinação favorável.

⁵⁰ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 2009.

⁵¹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

⁵² WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Tradução Waltensir Dutra. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

⁵³ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1 2009.

Para Max Weber⁵⁴, as organizações burocráticas realizam cálculos racionais, por isso, o rendimento individual de cada trabalhador é medido matematicamente, e seu comportamento torna-se previsível. Cada indivíduo se transforma em uma pequena engrenagem de uma grande máquina, sendo que sua aspiração é se converter em uma grande engrenagem. Darío Rodríguez Mansilla⁵⁵ observa que as consequências apontadas por Weber a respeito do indivíduo e referente à racionalização e burocratização são similares ao conceito de alienação em Marx, pois ambos reconhecem que os métodos modernos de organização têm aumentado a efetividade e a eficiência da produção e tem permitido ao homem um grande domínio da natureza. Entretanto, apesar dos benefícios para as organizações, esse modelo, a médio e longo prazos, poderá vir a desumanizar os indivíduos nela inseridos.

b) A Escola da Administração Científica

A Escola da Administração Científica, também denominada Escola Clássica da Administração, não tenta compreender os processos da sociedade, tampouco a elaboração de esquemas ideais que permitam a comparação entre as organizações. Ela, simplesmente, está focada em desenvolver uma investigação científica sistemática, sendo desenvolvida no intuito de explicar um sistema de regras e leis de comportamento, o qual, ao ser aplicado, resultará no máximo de eficiência para o sistema organizacional.

Entretanto, a teoria clássica divide-se em duas principais vertentes⁵⁶. A primeira, decorrente dos estudos de Frederick Taylor, enfatiza as atividades básicas que estão envolvidas no processo de produção, por meio da pesquisa dos tempos e movimentos. A segunda, caracterizada pelos trabalhos de Luther Gulick e Lyndall Urwick, preocupa-se com os grandes problemas das organizações, representando a divisão do trabalho e sua conseqüente departamentalização.

Frederick Taylor⁵⁷ batizou a teoria como administração científica, pois queria desenvolver uma ciência para cada elemento do trabalho individual. Para o autor, o

⁵⁴ WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1 2009

⁵⁵ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

⁵⁶ MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações**. Tradução de Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

⁵⁷ TAYLOR, Frederick. **Princípio da Administração Científica**. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1990.

princípio que deve reger as organizações é: oportunizar a máxima prosperidade para o empregador e também para o empregado, pois um não se sustenta sem o outro. Nesse aspecto, a divisão do trabalho foi o marco central desta teoria, já que, para o autor, não havia trabalho humano que não pudesse ser subdividido, simplificado e racionalizado; por esse motivo, havia a necessidade de assegurar uma divisão apropriada entre administradores e assalariados. Observa-se que Taylor separa, de forma definitiva, os aspectos da tomada de decisão e a execução do trabalho.

No que tange à segunda corrente da Escola Clássica, apresentam-se, aqui, os trabalhos de Gulik e Urwick⁵⁸. Os autores demonstram quatro princípios de especialização que irão servir de guia para a concentração das atividades; são eles: finalidade, processo, clientela e área geográfica. Entretanto, como qualquer outra teoria, esta também apresenta suas vantagens e desvantagens.

Darío Rodríguez Mansilla⁵⁹, ao analisar esses estudos, realizou alguns apontamentos. O primeiro deles é que a finalidade serve para orientar o grupo como um todo, a fim de alcançar os objetivos comuns, focando sempre na atividade que será desenvolvida por cada trabalhador, porém, essa prática poderá ocasionar uma duplicação de tarefas, tendendo a uma sobrecentralização. A respeito do processo, este permite o uso da especialização técnica, aceitando a utilização de mecanismos que auxiliam no trabalho, mas, em contrapartida, tendem a segmentar as metas gerais, requerendo, assim, maior atenção e coordenação. Com relação à clientela, observa-se uma redução no número de departamentos, minimizando o tempo gasto com cada tarefa; contudo, minimizam-se também as vantagens da especialização das funções, gerando um aumento de recursos e instalações. No que concerne à área geográfica, verifica-se um aumento de coordenação dentro das fronteiras físicas e uma melhora na adaptação do programa total e das necessidades locais. Entretanto, pode acarretar um aumento na dificuldade de manter as políticas gerais uniformes e um acréscimo no custo da supervisão.

Constata-se que, a partir da Escola da Administração Científica, se iniciou uma grande avalanche de pesquisas e trabalhos em universidade, que pretendiam determinar novas formas de racionalização de diversas atividades laborais. Ela era

⁵⁸ GULIK, Luther; URWICK, Lyndall. **Papers on the Science of administration**. New York: Institut of Public Administration, 1937.

⁵⁹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

vista como um instrumento racionalmente planejado. Seus fins não eram discutidos. A estrutura devia procurar traduzir esses fins em condições de relações racionais e meios adequados para atingir os objetivos. A estrutura de autoridade era hierárquica e procurava integrar a organização em uma ordem que garantisse a adequação dos comportamentos. Tal modelo organizacional parecia ter se instalado definitivamente, mas este cenário de otimismo e confiança escondia um desastre (crise de 1929)⁶⁰ que levaria muitas empresas à falência.

c) A Escola das Relações Humanas

A Escola das Relações Humanas, também denominada Teoria das Relações Humanas, ganha relevo a partir da grande depressão gerada pela quebra da bolsa de valores de New York (crise de 1929)⁶¹. Essa teoria traz uma nova perspectiva no que diz respeito à administração, pois procura identificar a interligação entre o sentimento e as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores.

É a partir desse momento que o homem deixa de ser visto como “homem econômico”⁶² e passa a ser visto como “homem social”.⁶³ Essa teoria passou a tentar

⁶⁰ “Los logros acumulados en la época eran impresionantes, la confianza en lo que se llegaría a hacer era enorme y creciente. La administración científica parecía haberse instalado definitivamente, como la forma más adecuada de dirigir y de contribuir al progreso ilimitado. Sin embargo, en este ambiente de optimismo y confianza en el futuro, se estaba incubando el desastre que llevaría a la quiebra a muchas empresas y a la pérdida de la confianza ciega en las posibilidades ilimitadas de racionalización del comportamiento humano en las organizaciones: la crisis de 1929”. In: MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

⁶¹ No final da década de 1920, um grupo de pesquisadores realizou experimentos nos laboratórios da Western Electric, em Hawthorne. A pesquisa estava pautada nos estudos da análise fisiológica do trabalho, uma vez que pretendia determinar o nível ótimo de iluminação requerido para aumentar a produtividade a índices máximos. Nesse caso, o resultado obtido em relação aos incrementos da produtividade, independente da quantidade de luz disponível, indicaria que a explicação não poderia ser deduzida dos princípios que orientaram a investigação. Por esse motivo, era necessário buscar uma alternativa teórica para responder tal fenômeno. Então, surge a Teoria das Relações Humanas, que, a partir dessa observação, elaborará uma justificativa para o fato. In: MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

⁶² A concepção de “*homo economicus*” surge no século XX, com a Teoria Clássica, preconizada por Taylor, cuja preocupação era a máxima eficiência no trabalho concebida por métodos e sistemas de racionalização, e por Fayol, que estabeleceu princípios para a boa administração. Para a Teoria Clássica, o sistema de trabalho deveria ser aperfeiçoado por meio da racionalidade, sempre objetivando uma máxima eficiência. Sob essa perspectiva, observa-se que a teoria reduziu o indivíduo/trabalhador a um simples executor de tarefas repetitivas, motivado, exclusivamente, por recompensas econômicas e financeiras, mecanizando-se cada vez mais. (MOTTA, Fernando C. Prestes. **Teoria Geral da Administração**. 2 ed. São Paulo: Ed. Pioneira, 2002).

⁶³ A concepção de “homem social” surge a partir de 1930, tendo como grande estudioso Elton Mayo, que propôs a Teoria das Relações Humanas. Essa teoria criticava a Teoria Clássica que primava pela eficiência técnica, reduzindo o indivíduo a um ser apenas motivado por recompensas econômicas e financeiras. Para a escola das Relações Humanas, o indivíduo passa a ser entendido de outra maneira,

compreender a importância dos fatores psicossociais como a atenção que se dedicava ao grupo ou aos processos grupais na produção. Ela estudava a influência do grupo sobre os indivíduos/trabalhadores e quais as suas motivações, chegando à conclusão de que as recompensas não econômicas eram muito importantes. Porém tal teoria também foi criticada, e uma das principais críticas diz respeito à facilidade com que os operários podem ser manipulados pelos empresários. Contudo, os trabalhos da Escola das Relações Humanas gerou um grande interesse dos círculos acadêmicos, por comprovações e descobertas de novos fenômenos relacionados com o trabalhador, entendido, agora, como um ser social.⁶⁴ Em contrapartida, observa-se que tal teoria se descuidou, totalmente, das condições estruturais, o que acarretou a formação de novos estudos.

d) **Escola Neoclássica**

No final dos anos 1950, houve a necessidade de se estudar uma nova conceituação para a teoria organizacional, capaz de retomar os aspectos estruturais de uma organização, sem deixar de lado o homem como ser social. Em 1958, James March e Herbert Simon⁶⁵ publicaram a obra “Organizações”, a qual retoma o tema da racionalidade e dos desenhos estruturais, sendo, por isso, considerado um enfoque neoclássico.

A diferença central com a teoria clássica tradicional se encontra no fato de que o enfoque é mais acadêmico do que normativo, visto que se estudam as formas efetivas em que as finalidades de uma organização são realizadas. March e Simon⁶⁶ mostram a necessidade de considerar, no desenho organizacional, distintos mecanismos e unidades especializadas no cumprimento de funções indispensáveis para o seu adequado funcionamento. Nesse aspecto, constatou-se que as organizações requerem instrumentos de controle para comprovar o cumprimento das ordens e a adesão efetiva aos regulamentos. O controle pode ser efetuado utilizando-se a

ou seja, como um homem social, humanizando este, pois o mesmo necessita de segurança, afeto, reconhecimento social, prestígio para obter a sua autorrealização. (CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral da Administração: abordagens prescritivas e normativas**. 7 ed. São Paulo: Editora Manole, v. 1, 2013.

⁶⁴ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁶⁵ MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações**. Tradução de Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

⁶⁶ MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações**. Tradução de Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

hierarquia de autoridade, porém, quando esta não é suficiente, tem-se de desenvolver agências de controle especializadas, com regras que deverão ser controladas.⁶⁷

March e Simon⁶⁸ indicam que não existe uma regra única para a forma de desenho organizacional, sustentando que as organizações se baseiam em dois modos de divisão do trabalho: (a) a divisão do trabalho com vista em uma tarefa (especialização horizontal); (b) divisão do trabalho baseada no poder (especialização vertical); nesse caso, as tarefas são de execução ou de decisão. A tomada de decisão se divide de tal maneira que os níveis mais elevados estabelecem as linhas mais amplas de política, e os inferiores realizam esta política mais detalhadamente. Além desse enfoque, os autores ainda enfatizam a questão da resolução de conflitos organizacionais como forma de aumentar a eficiência dentro e fora das organizações.

2.3 A compreensão sistêmica das organizações e os elementos para redução de sua complexidade

As três correntes a respeito do estudo da teoria organizacional caminharam em paralelo com a compreensão sistêmica das organizações. Embora não apresentem uma linguagem comum, podem resultar em uma concepção teórica compartilhada. A teoria sistêmica estava se constituindo desde o final da década de 1920 e ganhou relevância em decorrência de diversos estudos nos anos 1950, tendo sido acolhida com entusiasmo pelos teóricos que estudaram as organizações nos anos 1970.⁶⁹

Um dos relevantes estudiosos sobre o tema foi Talcott Parsons⁷⁰, que procurou compreender as organizações como subsistemas da sociedade, inspirando grande parte da sociologia organizacional norteamericana, enfatizando a importância das metas como o ponto de conexão entre a organização e a sociedade. Para ele, as organizações devem cumprir uma meta, tendo como função o respeito à sociedade, bem como constatar a importância da influência dos demais processos

⁶⁷ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁶⁸ MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações**. Tradução de Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

⁶⁹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁷⁰ PARSONS, TALCOTT. **Estructura y proceso en las sociedades modernas**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

institucionalizados. O autor ainda assinala a capacidade da organização de interagir com o seu meio e obter os recursos adequados, fazendo com que os mecanismos de influência pertencentes à sociedade operem em favor da organização.

Em meados da década de 1960, a Teoria dos Sistemas Abertos, elaborada por Ludwig von Bertalanffy⁷¹, é trazida, no âmbito das organizações, por Daniel Katz e Robert Kahn⁷², que desenvolveram um modelo de organização mais amplo e complexo, mediante a aplicação da Teoria Geral dos Sistemas e da teoria das organizações. Logo, os autores compararam as possibilidades de aplicação das principais correntes sociológicas e psicológicas na análise organizacional, propondo que a teoria organizacional se libere das restrições e limitações dos enfoques prévios e utilize a Teoria Geral dos Sistemas.

Segundo o modelo proposto por Katz e Kahn⁷³, a organização apresenta características típicas de um sistema aberto: (I) importação de energia (*input*): a organização recebe insumos do ambiente e necessita de provisões renovadas de energia de outras instituições, de pessoas e do meio ambiente material, pois nenhuma estrutura social é autossuficiente nem independente; (II) transformação (processamento): os sistemas abertos transformam a energia disponível, ou seja, a organização processa e transforma seus insumos em produtos acabados, mão de obra, serviços, entre outros; (III) exportação (*output*): os sistemas abertos exportam certo produto para o ambiente, isto é, o que surge da organização é utilizado, consumido e rejeitado pelo entorno desta; (IV) os sistemas como ciclos de sucesso: o funcionamento de qualquer sistema consiste em ciclos repetitivos de importação-transformação-exportação. O produto exportado ao entorno constitui a base para a

⁷¹ Para Ludwig von Bertalanffy, “Concepções e pontos de vista gerais semelhantes surgiram em várias disciplinas da ciência moderna. Enquanto no passado a ciência procurava explicar os fenômenos observáveis, reduzindo-os à interação de unidades elementares investigáveis, independentemente umas das outras, na ciência contemporânea aparecem concepções que se referem ao que é chamado, um tanto vagamente, “totalidade”, isto é, problemas de organização, fenômenos que não se resolvem em acontecimentos locais, interações dinâmicas manifestadas na diferença de comportamento das partes quando isoladas ou quando em configuração superior, etc. Em resumo, aparecem “sistemas” de várias ordens, que não são inteligíveis mediante a investigação de suas respectivas partes isoladamente. [...] Isso indica uma modificação geral na atitude e nas concepções científicas. [...] Essas considerações conduzem ao postulado de uma nova disciplina científica que chamamos de Teoria Geral dos Sistemas. Seu objetivo é a formulação de princípios válidos para os “sistemas” em geral, qualquer que seja a natureza dos elementos que os compõem e as relações ou “forças” existentes entre eles. A Teoria Geral dos Sistemas, portanto, é uma ciência geral da “totalidade”, que até agora era considerada um conceito vago, nebuloso e semimetafísico.” *In.*: BERTALANFFLY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães. 5. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010, p. 61-62.

⁷² KATZ, Daniel; KAHN, Robert. **Psicología social de las organizaciones**. Ed. México: Trilhas, 2004.

⁷³ KATZ, Daniel; KAHN, Robert. **Psicología social de las organizaciones**. Ed. México: Trilhas, 2004.

fonte energética que permitirá repetir o ciclo; (V) entropia negativa: entropia é uma lei universal (segunda lei da termodinâmica), segundo a qual todas as formas de organização se movem para a desorganização, pois, para sobreviver a um estado de organização improvável, elas necessitam importar mais energia do que gastam; (VI) informação como insumo: os sistemas abertos recebem também insumos, de tipo informativo, que proporcionam sinais para a estrutura sobre o ambiente e sobre o funcionamento na relação com este; (VII) estado de equilíbrio e homeostase dinâmica: nesse sentido, os sistemas abertos se caracterizam por um estado de equilíbrio, ou seja, existe um fluxo contínuo de energia advindo do ambiente exterior e uma contínua exportação de produtos do sistema; por isso, o sistema tende a manter seu caráter básico, tentando controlar os fatores externos; (VIII) diferenciação: a organização tende a multiplicar e elaborar funções, o que traz também multiplicação de papéis e diferenciação interna; (XIX) Equifinidade: dentro de uma organização, existem muitos meios para se chegar ao fim. Um sistema pode alcançar o mesmo estado final, partindo de condições iniciais diferentes e seguindo caminhos distintos; (X) limites de fronteira: a organização apresenta barreiras entre o sistema e o ambiente, definindo, assim, o campo de ação do sistema como também o seu grau de abertura com relação ao ambiente.

Por esses motivos, as organizações para a Teoria dos Sistemas Sociais constituem uma classe do sistema aberto, possuindo propriedades peculiares e comportando outras características comuns de todos os sistemas abertos. Todos os sistemas sociais, incluindo as organizações, se fundamentam em atividades estandardizadas de uma quantidade de indivíduos, porém essas atividades são complementares e independentes com respeito a algum produto com resultado comum, sendo repetidas, relativamente duradouras e relacionadas com o espaço e o tempo.⁷⁴

Observa-se que o enfoque dos anos 1960 se encontra muito útil para a compreensão dos distintos processos organizacionais, tanto interno como externo (entorno). Entretanto, na mesma época, se produz um conjunto de investigações interessadas em aprofundar a relação sistema/entorno. Nesse aspecto, podem-se destacar, ainda, os trabalhos de Paul Lawrence e Jay Lorsch, denominados Teoria

⁷⁴ KATZ, Daniel; KAHN, Robert. **Psicología social de las organizaciones**. Ed. México: Trilhas, 2004.

das Contingências⁷⁵, e os de Walter Buckley⁷⁶, que incorpora maior quantidade de elementos cibernéticos e sociológicos para a elaboração de um marco de conceituações que permitam compreender as organizações como sistemas sociais. Por esse motivo, elas são concebidas como um sistema composto por diversos subsistemas, delimitados pelo seu entorno, mediante fronteiras identificáveis.

A Teoria Sistêmica, nesse diapasão, serve como um firme suporte para a ideia de uma organização cuja relação com seu entorno pode ser compreendida em termos de redução de complexidade, pois, para ela, um sistema é sempre menos complexo que seu ambiente, razão pela qual deve operar seletivamente com a variedade oferecida pelo ambiente. Já Niklas Luhmann⁷⁷ salienta que a complexidade de um estado de coisas se encontra relacionada com o nível de informação de que se dispõe, ou seja, se torna difícil prever o estado futuro porque não se conhecem os critérios de seleção que operam, afirmando-se que se está frente a um alto grau de complexidade.

A Teoria dos Sistemas Sociais, no que tange à ideia de organização, serve como um suporte para compreender sua relação com seu entorno, podendo ser relacionada com a redução da complexidade,⁷⁸ pois um sistema é sempre menos

⁷⁵ Com a investigação de Lawrence e Lorsch (1966), surge a Teoria da Contingência. Os pesquisadores trabalharam com 10 empresas de plásticos, empacotados e recipientes e concluíram que os problemas organizacionais básicos são a diferenciação e a integração, pois as indústrias com elevado desempenho apresentam uma maior adaptação às necessidades do ambiente por meio da alta diferenciação, principalmente nos departamentos relacionados diretamente com o problema ambiental. Também se apresenta uma integração interdepartamental por meio de uma necessidade de trabalho conjunto e integrado. Baseados nesses resultados, eles formularam a Teoria Situacional de Contingência, em que as organizações devem ser sistematicamente adequadas às condições ambientais e às tecnologias e que não existe uma única maneira de organizar. Essa teoria apresenta algumas características básicas: (a) a organização é um sistema aberto; (b) na organização existe uma linha tênue entre as variáveis externas (diferenciação e integração organizacional) e o tipo de solução utilizada nos conflitos interdepartamentais e interpessoais; (c) as variáveis ambientais funcionam de forma independente, e as variáveis organizacionais são independentes. Por isso, se procura explicar, com essa teoria, que não há nada de absoluto nos princípios organizacionais. Os aspectos universais e normativos devem ser substituídos pelo critério de adequação entre organização, ambiente e tecnologia. Nesse sentido, consultar: *In*: LAWRENCE, Paul; LORSCH, Jay. **Desarrollo de organizaciones: diagnósticos y acción**. Edita Addison-Wwlsley Iberoamericana: Madrid, 1973.

⁷⁶ Para Buckley (1967), as teorias predominantes à época foram construídas nos modelos de sistemas mecânicos e orgânicos, elaboradas em anos anteriores e que resultam inadequadas para abordar o topo de sistema representado pelo domínio sociocultural. Por isso, ele se propõe estudar os princípios e os métodos da moderna Teoria dos Sistema, enquanto esta puder servir de base para um modelo mais apropriado para a análise sociocultural. O novo conceito de sistemas se baseia na ideia de que a chave das diferenças substantivas entre os sistemas reside no modo em que estes se encontram organizados, nos mecanismos e dinâmicas particulares e nas interrelações das partes com o meio. Nesse sentido, consultar: *In*: BURCKLEY, Walter. **La sociología y la teoría moderna de sistemas**. 2. ed. Amorrortu: Buenos Aires, 1973.

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

⁷⁸ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

complexo que seu ambiente. Os sistemas organizacionais atuam seletivamente com a complexidade de seu entorno, estabelecendo distinções que permitem orientar suas ações e diferenciando-se, internamente, de acordo com as distinções que estão presentes em seu entorno.⁷⁹

Darío Rodríguez Mansilla⁸⁰ elenca três elementos de complexidade que são comumente identificados nas organizações: diferenciação horizontal, diferenciação vertical e dispersão espacial. A diferenciação horizontal consiste na maneira em que as tarefas realizadas, pela organização, são divididas entre seus membros, visto existirem duas formas de divisão. A primeira delas consiste em dar aos membros mais especializados uma gama extensa de atividades, o que poderá ocasionar um problema de coordenação. A segunda divide, minuciosamente, as tarefas, visando que os especialistas as realizem de forma eficiente e satisfatória.

Com relação à diferenciação vertical, essa diz respeito às hierarquias, podendo ser medida pelo número de posições que ocupam os subordinados e o executivo principal.

A dispersão espacial, por sua vez, pode ser considerada uma forma de diferenciação horizontal e vertical, ou seja, as atividades podem ser dispersas fisicamente, segundo as funções horizontais e verticais, por meio da separação de centros de poder ou de trabalho. Entretanto, a dispersão espacial pode se converter em um elemento independente, quando uma organização realizar as mesmas funções, com igual divisão de trabalho e arranjos hierárquicos em múltiplos locais.

Nesse aspecto, as organizações tendem a ser consideradas mais complexas à medida que o meio que as rodeia é mais complexo, pois a forma específica que elas adotam depende das condições do meio externo ao qual estão expostas e se somam às considerações de tamanho, das tradições dentro delas e de suas características.⁸¹ Contudo, uma das formas de reduzir complexidade seria a formalização organizacional.

A formalização organizacional é caracterizada pelas normas e procedimentos projetados para lidar com as contingências enfrentadas pela organização. Quanto

⁷⁹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁸⁰ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁸¹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

mais recorrente e rotineiro é um procedimento, mais formalizado pode encontrar-se. Porém, os casos particulares podem não estar formalizados; nessa situação, deve-se tomar a decisão baseada no caso concreto. Contudo, formalização, necessariamente, não deve significar norma escrita, pois, dentro das organizações, podem existir normas de caráter formal, mas que não estão editadas.⁸²

Todavia, Darío Rodríguez Mansilla⁸³ alerta que uma extrema formalização dentro de uma organização pode provocar uma insegurança nos indivíduos, pois os mesmos se agarram às normas para evitar equívoco nas decisões. Além disso, essa extrema adesão à normativa pode trazer também consequências negativas para as pessoas externas à organização; por exemplo, seus clientes podem frustrar-se pelo tratamento impessoal e burocrático que recebem.

A formalização, assim como a profissionalização, estão projetadas para organizar e regular o comportamento dos membros que compõem as organizações. Ela é um processo pelo qual são estabelecidas normas, procedimentos e meios para assegurar que estas serão cumpridas. Porém, a formalização pode desencadear um problema, caso as funções estabelecidas por ela forem ambíguas ou contraditórias, gerando conflitos decorrentes de sua instituição. Apesar disso, ela não pode ser considerada negativa ou positiva para a organização, visto que constitui um elemento da estrutura organizacional que irá variar conforme a situação.⁸⁴

2.4 A organização como sistema autopoietico pautado nas decisões

Na década de 1970, produziu-se uma importante transformação na Teoria dos Sistemas. Essa transformação é de tal envergadura que Luhmann a caracterizou como quebra de paradigma. Esse novo padrão é a autorreferência⁸⁵ e encontra-se

⁸² MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁸³ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁸⁴ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁸⁵ "El concepto de autorreferencia indica el hecho de que existen sistemas que se refieren a sí mismos mediante cada una de sus operaciones. Se trata de sistemas (orgánicos, psíquicos y sociales) que pueden observar la realidad sólo mediante el autocontacto. Se presenta la autorreferencia cuando la operación de observación está incluida en lo que se indica, es decir, cuando la observación indica algo a lo que pertenece. Un sistema social, por ejemplo, puede producir sólo comunicación y es capaz de considerar la realidad sólo comunicando; la autorreferencia está implícita en toda comunicación en forma de emisión. Del mismo modo una conciencia sólo puede pensar y la realidad adquiere importancia sólo como objeto de referencia de los pensamientos." *In.*: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO,

pautado no conceito de autopoiese, elaborado no Chile pelos biólogos Humberto Maturana e Francisco Varela⁸⁶. A recepção desta é recente e possui variadas possibilidades e limitações. Contudo, para Darío Rodríguez Mansilla, o trabalho mais relevante é o de Niklas Luhmann, realizado na Alemanha, que considera as organizações como sistemas autopoieticos compostos por decisões⁸⁷.

Maturana e Varela contribuíram com o avanço da noção de sistema quando afirmaram que a cognição e os organismos vivos constituíam-se sistemas autopoieticos, reconhecendo que o que caracteriza os seres vivos é sua organização.⁸⁸ Eles estavam se referindo a sistemas capazes de produzir-se a si mesmos, elaborando os seus próprios elementos. A autopoiese é um modo de operar e supõe que os sistemas estejam constituídos como uma rede de produção de componentes que, ao operarem, produzem seus elementos.⁸⁹

Após 1980, Niklas Luhmann utiliza as ideias de Maturana e Varela e realiza a passagem da vida para a comunicação. Para ele, a questão central para se entender um sistema como autopoietico, no que tange aos sistemas sociais, é a comunicação que, no caso das organizações, comunica decisões gerando perspectivas para novas decisões. Por esse motivo, as organizações, como todo sistema autopoietico, têm em seu entorno uma relação de acoplamento estrutural no qual o sistema está sempre permanentemente acoplado em seu entorno. Esses sistemas desenvolvem sensibilidades relacionadas com o seu entorno e devem incorporar, em sua estrutura, certas sensibilidades que, ao serem atingidas, provoquem em seu sistema transformações estruturais que possibilitem manter a situação de acoplamento estrutural com aquele. Essas situações de adaptações Luhmann chama de "irritabilidade", pois, em decorrência dessas irritabilidades, o sistema adapta-se às transformações de seu entorno.⁹⁰

Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glossário sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 44.

⁸⁶ ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autopoiese. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**: constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6.

⁸⁷ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁸⁸ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**: las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires: Lumen, 2003.

⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

⁹⁰ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

Nesse aspecto, Darío Rodrigues Mansilla⁹¹ entende que o lugar mais adequado para aplicar os conceitos da Teoria dos Sistemas Sociais, proposta por Luhmann, são as organizações. O autor menciona que os estudos de Talcott Parsons⁹², que tenta compreender as organizações como subsistemas sociais e que inspira grande parte da teoria organizacional desenvolvida nos Estados Unidos, enfatiza a importância do ponto de conexão entre as organizações e a sociedade, ressaltando, também, os processos institucionalizadores que influenciam as organizações e as normas sociais. Parson analisa a capacidade das organizações de interagir com seu meio e de obter os recursos adequados para operar os mecanismos de influência da sociedade a favor das organizações.

Niklas Luhmann, por sua vez, enfatiza que as organizações surgem no interior da sociedade e têm seu entorno social constituído pela comunicação, pois é o único sistema social capaz de comunicar-se com seu entorno. As organizações emitem declarações e normas, bem como fazem publicidade de seus produtos e/ou serviços. Por isso, a sociedade não só está no entorno das organizações como faz parte dela, porque, cada vez que um representante dela emite uma declaração ou dá uma ordem a seu subordinado, se produz uma comunicação que caracteriza tanto a autopoiese da organização como a autopoiese da sociedade.⁹³

Para Niklas Luhmann⁹⁴, as organizações são sistemas sociais cujos elementos são comunicações sobre decisões. Todo sistema social, de acordo com a teoria luhmanniana, se constrói a partir de elementos gerados pelo próprio sistema, sendo esses as comunicações. No caso das organizações, esses elementos são comunicações atribuídas como decisões, visando assegurar sua conexão com outras comunicações de decisão; em decidir se está consciente da possibilidade de eleger alternativas, ou seja, se está consciente de que se pode eleger de outra maneira, e é aí que algumas pessoas, extremamente flexíveis, têm problemas para tomar decisões triviais.

⁹¹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁹² PARSON, Talcott. **Estructura y proceso em las sociedades modernas**. Madri: Institutos de Estudios Políticos, 1966.

⁹³ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

⁹⁴ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

Luhmann⁹⁵ também define a organização como um sistema complexo, constituído por decisões inter-relacionadas. A organização, assim definida, é um sistema auto-observador capaz de diferenciar a si mesmo em uma distinção a respeito de seu entorno. O entorno que a organização observa – e em referência ao qual se diferencia – é resultado da própria operação de distinção da organização. Darío Rodríguez Mansilla⁹⁶ utiliza a terminologia de von Foerster para explicar que a organização é uma máquina não trivial, já que é capaz de observar seus próprios estados antes de proceder a uma operação qualquer. Para ele, as máquinas triviais, assim como as organizações, são sistemas históricos de predição muito difícil, porque orientam seus comportamentos não só pelos estímulos provenientes do entorno, mas por seus próprios estados e história de mudanças.

A organização se encontra acoplada estruturalmente a seu entorno, o que demonstra a existência de uma adaptação permanente dela e das condições deste. A tese do acoplamento estrutural sustenta que a adaptação é uma condição de possibilidade dos sistemas. Não existe um sistema desadaptado: ou um sistema está adaptado e existe, ou não está e, conseqüentemente, não existe. Os sistemas se encontram adaptados a seu entorno enquanto continua a operar como sistema. Levando em consideração que o mesmo sistema é que define o entorno e ele próprio mede seu êxito, o processo de melhoramento dos índices alcançados por ele, incluso na mesma avaliação destes indicadores, são, basicamente, processos internos do sistema que têm lugar sem considerar aspectos que poderiam ser considerados importantes. Este é o motivo de ser tão difícil incorporar, no processo de decisão organizacional, mudanças de estratégias que foram bem sucedidas no passado. O entorno mudou; o mesmo sistema varia o seu acoplamento estrutural com seu entorno, mas ele insiste sobre as estratégias que lhe deram satisfação no passado⁹⁷.

Um sistema complexo formado por decisões supõe que estas serviriam como premissas para outras decisões. Porém, um sistema é complexo quando inclui tantos elementos que já não se podem relacionar. Entretanto, as relações devem produzir-

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

⁹⁶ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

se de forma seletiva. Essa seletividade significa eleição entre alternativas, além de expressar que, a partir desta, se possibilitam e se impedem novas decisões.

Para que as decisões possam servir como premissas de outras decisões, é necessário que possam corrigir certas determinações de sentido e que sejam capazes de indicar os pontos críticos em que o decidir posterior ocasione contradições com o decidir anterior. Isto quer dizer que as decisões vão abrindo ou fechando caminhos para o decidir posterior. Em se tratando de decisões, é possível que o decidir posterior se afaste do caminho almejado do decidir prévio, sendo esse considerado um ponto crítico⁹⁸.

Luhmann⁹⁹ entende que a complexidade se constitui nos sistemas organizacionais como decisão. Segundo essa concepção, a complexidade não é um obstáculo para o decidir, mas a condição para que os sucessos possam aparecer como decisões seletivas e para que possam ser utilizados como elementos para a construção do sistema. Isto significa que o elemento organizacional não é algo naturalmente disponível, mas um artefato do mesmo sistema, uma condição de sua possibilidade.

A complexidade refere que as diferentes decisões abrem possibilidade, oferecem alternativas. É por essa razão que a necessidade da seletividade e da decisão é um mecanismo seletivo que permite gerar as bases para uma nova decisão que também deverá ser seletiva. As organizações não só geram os elementos que a compõem, mas definem a sua própria forma, conforme vão processando a seletividade e a conexão entre as decisões prévias e posteriores. No caso das organizações, as decisões só podem se decompor nelas mesmas e só podem melhorar mediante elas, dado que os sistemas não podem mudar o nível de emergência de seus elementos, sem deixar de ser uma ordem de um tipo determinado.¹⁰⁰

Assim se compreende a organização como sistema autorreferente que define a sua relação com seu entorno em termos de sentido e que se diferencia deste nos mesmos moldes, tornando-se significativo para o sistema, ou seja, um sistema

⁹⁸ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

¹⁰⁰ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

autorreferente produz em si mesmo a diferença entre sistema/entorno. Darío Rodríguez¹⁰¹ ressalta que este ponto teórico conduz à reformulação dos conceitos fundamentais do estudo das organizações, para dar um maior aprofundamento e obter uma perspectiva que permita entender com clareza a complexidade dos fenômenos organizacionais da sociedade moderna. As organizações se diferenciam em seu entorno e emergem como sistema social autorreferente na mesma operação de distinção.

A organização assim entendida é um sistema autopoietico¹⁰² que gera os elementos que os compõem. Este sistema é autorreferente, de tal maneira que define o seu entorno em termos de se tornar compreensível para ele, ou seja, em seus próprios termos. Em outras palavras, uma organização está formada por decisões que as geram, definindo como decisão toda ação do entorno que seja significativa para ela, ou seja, elas vivem em um ambiente organizacional pautado na decisão, esperando que este decida os problemas sociais. A ação organizacional sobre o entorno consiste também em decidir, em amarrar decisões com sentido, em criar organizações.

A relação da organização com seus próprios membros não é a de um sistema e seus componentes, mas de um sistema com seu ambiente, com o ambiente no qual se encontra o acoplamento estrutural, ou seja, com seu ambiente externo. Com relação à decisão, a organização estabelece as condições que os membros devem cumprir, visto que necessita disso para manter o *status* de pertencimento a um sistema organizacional. Por esse motivo, as organizações se constituem como um sistema autopoietico de outro nível, que cria outro nível de emergência: o das comunicações e o das decisões. É por isso que os membros, enquanto sistema autopoietico de personalidade, se relacionam com a organização e contribuem com o fluxo autopoietico de decisões que constituem as organizações.¹⁰³

Nessa seara, Niklas Luhmann¹⁰⁴ aborda que as organizações adotam decisões a respeito de seus membros, possuindo um viés organizacional, sendo,

¹⁰¹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

¹⁰² MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5ª ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p. 103.

¹⁰³ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5ª ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

¹⁰⁴ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

neste contexto, conceituadas como decisões. Toda a ação que não representa uma decisão não terá efeito organizacional, porque o sistema de decisões é fechado operacionalmente e se encontra determinado estruturalmente. A decisão, no entanto, deverá ser comunicada, para poder fazer parte da autopoiese organizacional e surtir efeito.

Mansilla¹⁰⁵ traz à tona as possibilidades que a tese de Luhmann representa para o desenvolvimento organizacional, pois ela compreende os sistemas organizacionais como a sua relação com o entorno social. No entanto, essa investigação também possui entraves, especialmente no que tange à capacidade de redefinição das possibilidades de ações organizacionais e intervenções nessas organizações. Essas modificações implicam sempre mudança de estado em um sistema estruturalmente determinado.

Contudo, se, por um lado, é difícil intervir em um sistema autopoietico, operacionalmente fechado e determinado estruturalmente, por outro, não é intransponível, visto que ele está condicionado a características autopoieticas que, para serem efetivas, deverão subordinar toda a intervenção na autopoiese sistêmica. Não pode haver nenhuma intervenção na organização, mas poderá provocar mudanças em um sistema determinado estruturalmente. Porém, só é válida como intervenção, ou seja, como modificação de um sistema organizacional aquela perturbação permitida pelo sistema. A intervenção na organização deverá implicar mudança do sentido, ou seja, na forma que se define a relevância ou não das decisões organizacionais.

Darío Rodríguez Mansilla¹⁰⁶ traz um exemplo para ilustrar esse processo:

[...] un proceso de democratización en el interior de la organización lleva a un cambio en el sentido organizacional por cuanto más personas intervienen en la toma de decisiones. Esto significa cambios sustanciales, debido a que se aumenta la complejidad del sistema y surgen – junto a este aumento – nuevas formas de reducción de esta complejidad aumentada.

Nesse aspecto, toda intervenção é subordinada à autopoiese sistêmica, significando que o sistema organizacional pode ser definido por um conjunto de

¹⁰⁵ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5ª ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

¹⁰⁶ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5ª ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011, p. 105.

decisões que geram outras decisões, em condição de clausura operacional. Uma ação, num primeiro momento, não relevante para a organização, pode passar a fazer parte do sistema organizacional, podendo utilizar as decisões como gatilho para sua alteração. Porém, se essa alteração vai além do que a estrutura definiu como possível, o sistema organizacional se desintegra.¹⁰⁷ Para o autor, o entorno é uma fonte de constantes perturbações que o sistema enfrenta, experimentando mudanças de estado, sendo alguns possíveis e outros destrutíveis. Ele traz, como exemplo, a política econômica que, dependendo das circunstâncias, poderá extinguir uma organização. Isso demonstra que elas são mutáveis, isto é, não se trata de entidades estáticas.

As decisões adotadas pelas organizações operam em um ambiente de complexidade “prefigurada”¹⁰⁸, causando a sua redução. As organizações constroem premissas decisórias que são produtos de suas próprias decisões, gerando validade para o sistema. Isso também gera uma diferenciação significativa com relação ao seu entorno e também com outras organizações. Essas premissas são inerentes ao processo de decisão assumido pelas organizações. James March e Herbert Simon¹⁰⁹ consideram que os programas de decisão¹¹⁰ orientam para uma tomada destas, abrindo espaço para que ela seja, efetivamente, o produto de uma seleção entre as alternativas viáveis.

Além disso, os programas de decisão podem ser diferenciados de acordo com o *input/output*. Os programas orientados pelo *input* se chamam de “programas condicionais”, e os orientados pelo *output* são denominados “programas fins”. Luhmann¹¹¹ trata essa diferenciação como introdução de uma diferença artificial que

¹⁰⁷ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

¹⁰⁸ Darío Rodríguez Mansilla entende que uma organização, ao decidir sobre uma determinada temática, produz uma redução de complexidade que permite uma construção de complexidade secundária, uma vez que decidem as premissas que geraram as decisões. Nesse sentido, consultar: MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p. 106.

¹⁰⁹ MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações**. Tradução de Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

¹¹⁰ Um exemplo dos programas de decisão são as regras entregues aos executivos dos bancos sobre as taxas de juros que podem oferecer a seus clientes, que incluem uma certa margem de disponibilidade, porém, há certos limites. Se ultrapassar esses limites, o executivo deverá consultar o seu chefe para verificar a viabilidade da concessão. Nesse sentido, consultar: MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, p. 106.

¹¹¹ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

é construída dentro do próprio sistema e se sustenta mediante decisão. Os programas condicionais têm a forma de: “apenas se ... então” e, segundo o autor, se desencadeiam no passado da operação, permitindo certo grau de indefinição. A indefinição, que está ligada ao “apenas se”, pressupõe a necessidade de interpretação acerca da presença ou ausência da condição desencadeante. Já a indefinição relacionada ao “então” deixa graus de liberdade para a decisão que poderá ser adotada. Os programas-fim, por sua vez, orientam o futuro, porém seu problema consiste em tratar, no presente, o futuro que é incerto e desconhecido, como algo que se conhece. Apesar de as organizações poderem aprender com suas experiências passadas, o futuro mantém sua incerteza.

Ademais, ainda existe uma relação entre os programas de decisão e os riscos, conforme aponta Niklas Luhmann¹¹², pois os riscos podem ser derivados de decisões tomadas incorretamente. Para que isso não ocorra, devem-se analisar as consequências que se deseja alcançar e quais que deveriam ser evitadas. Outra consideração importante do autor é que os programas permitem que o sistema organizacional defina suas próprias sensibilidades a respeito do entorno, podendo ou não pôr em prática esses programas, porém ambas as situações podem trazer resultados a esse sistema.

Outro ponto considerado relevante pelos estudiosos da Teoria das Organizações é o poder. Entretanto, por um longo tempo, se definia o poder como uma característica pessoal que permitia ao indivíduo impor ao outro a sua vontade. Hoje, já se reconhece o poder como algo inerente das relações pessoais e organizacionais.

Dario Rodrigues Mansilla¹¹³ traz a concepção de poder em Crozier, explicando que este surge em uma relação de intercâmbio e negociações mútuas, visando superar uma resistência. Sobre a base de condições estruturais e da situação, a relação desigual de intercâmbio abre, a um dos envolvidos, a possibilidade de impor sua vontade e interesses. Para Luhmann¹¹⁴, o poder tem o trabalho de transmitir e de ser capaz de influenciar a seleção das ações ou omissões frente a outras

¹¹² LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

¹¹³ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

¹¹⁴ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpress. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

possibilidades. Ele aumenta se for capaz de manter-se incluso, apesar de alternativas atrativas para a ação ou para a inércia, sendo que este crescimento deverá estar relacionado à elevação da liberdade por parte de qualquer um que está sujeito a ele.

Nesse aspecto, o poder deve se diferenciar da coerção para fazer algo concreto e específico. Para Luhmann¹¹⁵, a coerção significa a renúncia da generalização simbólica, pois a pessoa que o exerce deve assumir a carga da seleção, sendo que a decisão deve estar no mesmo patamar em que é exercida a coerção, pois, geralmente, ela está presente quando se tem a ausência de poder. O uso da coerção somente pode centralizar-se em sistemas muito simples, o que não é o caso das organizações.

A função do poder consiste na regulação da contingência. Em se tratando de organização, pode-se dizer que ela é uma oportunidade para aumentar a probabilidade de combinações improváveis. As probabilidades reais têm a tendência de ser autorreforçadas, ou seja, se um indivíduo sabe que algo é provável, prefere considerar que o sucesso efetivamente ocorrerá. Por esse motivo, Luhmann¹¹⁶ afirma que a função catalizadora do poder está baseada em causas complexas e intrínsecas, em virtude de o poder estar diretamente relacionado com o meio de comunicação simbolicamente generalizado. Afirmando isso, o autor também está diferenciando essa conceituação das teorias clássicas sobre o poder. Para ele, a teoria dos meios de comunicação concebe o fenômeno do poder sobre uma diferença entre o código e o processo de comunicação, não estando em posição de atribuir poder a uma pessoa como propriedade ou faculdade, já que esta comunicação é guiada por um código.

Para Luhmann¹¹⁷, o poder também se distingue de outros meios de comunicação em que seu código supõe a existência de pessoas em ambos os lados da relação de comunicação, produzindo a complexidade por meio da ação e não somente por meio da experiência. Nesse contexto, deve-se compreender a transmissão de uma ação selecionada outra e de como ela afeta as pessoas envolvidas. Dessa forma, se espera que a pessoa sujeita ao poder seja alguém que eleja a sua própria ação e que tenha a possibilidade de autodeterminação, pois

¹¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

somente por esta razão os instrumentos de poder se relacionam com eleição autorrealizada. O êxito de qualquer ordenamento de poder consiste na diferenciação aumentada de situações e seleções, com a possibilidade de alcançar essas diferenças.

Para que isso se efetive, é necessário traçar um caminho indireto, por via das negociações muito presentes nas organizações. Se o poder vai efetuar uma combinação de alternativas elegidas e se outras alternativas estão em jogo, a probabilidade desta combinação somente pode ser sustentada ao coordenar, em paralelo, a eliminação de alternativas. Luhmann¹¹⁸ entende que o código de poder deve originar uma relação entre relações. Nesse entendimento, surge a possibilidade de unir, condicionalmente, a combinação de alternativas menos prejudiciais, também entendidas como possibilidade que deva ser evitada, sendo que esta união motiva a transferência de seleções de ações do portador deste para a pessoa sujeita a este.

A prevenção de sanções que, igualmente, são consideradas possibilidades, é indispensável para o funcionamento do poder. As instituições altamente complexas, que necessitam mais de poder do que as simples, muitas vezes precisam modificar a proposição do exercício do poder e a aplicação de sanções, devendo gerenciar uma incidência cada vez menor de alternativas desfavoráveis. A diferença entre favorável e desfavorável depende da expectativa e da perspectiva oferecida no momento. O poder é uma possibilidade constante ao portador deste, bem como um atributo. Por esse motivo, não pode ser o tempo todo e sobre todas as pessoas de forma contínua.

119

A formulação do poder que pode parecer necessária e que tem por objetivo clarear e produzir uma definição da situação é difícil e problemática. Nos sistemas sociais organizados, existem equivalentes instituições que possuem competências e são reconhecidas pelas normas válidas, como, por exemplo, os Tribunais e/ou Centros de Arbitragem em Mediação. Isso ocorre devido ao fato de o código do poder se unir ao esquematismo binário da legalidade/ilegalidade que amplia o grau de mecanização do poder. Por isso, o código do poder tem de formular, conjuntamente,

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹¹⁹ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

a motivação e a credibilidade da motivação do portador do poder, e, para que isso ocorra, é necessária a efetivação de um poder organizado.¹²⁰

Luhmann¹²¹ ressalta que, ao se analisar as funções e a estrutura de um código do poder simbolicamente generalizado, pode-se encontrar problemas resultantes que não serão tratados dentro da esfera de ação de um sistema de referência. Nesse sentido, o autor menciona um tipo diferente de sistema, a organização. A possibilidade de aumentar e transmitir a seletividade não exige somente uma estrutura simbólica do meio de comunicação, formada dentro dos subsistemas do sistema social, mas também pode-se conceber a criação de outros tipos adicionais de sistemas, como é o caso das organizações.

A formação do sistema organizacional, juntamente com o sistema social, é resultante da forma de conduzir os meios de comunicação e, especialmente, de atender aos procedimentos característicos para a formação de um sistema. Os sistemas organizacionais se formam pautados no desenvolvimento de regras próprias para a tomada de decisões, assim como formulam alternativas para lidar com o problema da contingência¹²².

A organização presume que o rol dos membros de um sistema é contingente, ou seja, que um membro poderia chegar a ser membro, mas também poderia deixar de ser. Esta seria a área de contingência. Outra situação está pautada nas regras que constituem o rol de membros e as que designam a conduta da organização, pois elas também se definem contingentemente. Por sua vez, podem ser aplicadas, positivamente, com base nas decisões e, devido a isso, seu próprio rol de validação é considerado contingente na sua origem, na sua mudança ou por meio das comparações com os sistemas do entorno. As áreas de contingência podem apoiar-se e fomentar-se entre si para que ambas sejam proeminentes e distintivas. Desse modo, a organização é um modo particular de formar sistemas e aumentar e reduzir as contingências. Este princípio é realizado nos sistemas organizacionais e se formula por meio de cargos de identificação. Cada cargo indica um ponto que une programas

¹²⁰ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹²¹ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹²² LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

de condutas contingenciais, sendo que, ao mesmo tempo, a identidade é utilizada como ponto de conexão para reduzir a arbitrariedade das contingências.¹²³

No que tange ao contexto de poder nos sistemas organizacionais, Luhmann¹²⁴ observa que o código do poder estabelecido por meio da sociedade como um todo é uma variedade de modos, assinalando a possibilidade de realizar novas combinações de poder e restringi-las por meio das organizações. Nesse sentido, tem-se o poder pessoal e o poder organizacional. O poder organizacional é considerado, pelo autor, como sensível a um grande número de situações presentes dentro das organizações, especialmente em época de recessão econômica. Além disso, as sanções do poder organizacional ocorrem com raridade, pois é uma alternativa de evitar aspectos negativos, visto que sempre terá caráter oficial. Já com relação ao marco formal das regras do sistema organizacional, o poder organizacional serve para estabilizar as regras contingentes, por possuir também um caráter oficial.

Assim como o poder, a confiança pode ser considerada um mecanismo para a redução de complexidade que permite oferecer, às partes, segurança nas decisões tomadas pelas organizações. A necessidade de confiança pode ser considerada como um ponto de partida correto e apropriado para a derivação de regras, visando almejar uma conduta apropriada. Mostrar confiança é antecipar o futuro. Para Luhmann¹²⁵, somente se envolve a confiança quando a expectativa confiável faz diferença para a decisão; caso contrário, tem-se apenas uma simples esperança. Ela sempre recairá em uma alternativa crítica, em que o dano resultante de uma quebra de confiança pode ser maior que o benefício desta. Nesse aspecto, observa-se que a confiança reflete a contingência e a esperança a elimina.

Por outro lado, não tem como supor que os riscos e as bases da confiança serão considerados racionalmente, antes de acontecer qualquer coisa. Ela emerge, gradualmente, das expectativas de continuidade, que se formam como princípios firmes com que se podem conduzir os atos cotidianos. Por esse motivo, a confiança reduz a complexidade e adquire importância na estrutura social cada vez mais organizada, especialmente nas organizações, pois a generalização, em todas as suas

¹²³ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹²⁴ LUHMANN, Niklas. **Poder**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹²⁵ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

formas, e a formulação da confiança, em especial, supõem a existência de sistemas como apoios a suas operações, sistemas que não são, por si só, suficientemente complexos para reproduzir dentro de si mesmo, mediante processos internos, certas relações com o mundo.¹²⁶

Luhmann¹²⁷ ressalta que qualquer pessoa que enfrenta o problema de confiança e desconhece as ações futuras da outra parte pode experimentar a sensação de um rompimento de confiança, o que pode ser facilmente barrado pelas disposições legais que dão segurança especial às expectativas particulares e aplicam sanções. Entretanto, a confiança e a lei podem seguir sendo congruentes uma com a outra em sistemas sociais simples, mas não nos complexos, como é o caso das organizações e das decisões emanadas por estas.

A confiança é um elemento-chave para a produção de sentido no Direito. Nesse aspecto, apesar de se ter várias teorias que tratam a respeito da confiança, aqui ela é trazida à tona numa perspectiva luhmanniana, observando-se não só como uma relação pessoal, mas também sistêmica, visando fornecer subsídios para uma mudança na interpretação das relações jurídicas perante a complexidade social.

Como já referido, para a Teoria dos Sistemas Sociais, proposta por Niklas Luhmann, a confiança vem a ser um mecanismo para a redução de complexidade, isto é, um conceito funcional que soluciona problemas em decisões arriscadas, enfrentadas, diariamente, pela sociedade. A partir disso, cabe aqui ressaltar o posicionamento do autor para conceituar a confiança e como esta opera em uma sociedade complexa.

Luhmann¹²⁸, ao tratar do tema da complexidade social, enfatiza o estudo da confiança no sentido de ampliar as possibilidades de ação no presente, orientando para que o futuro seja confiável, diminuindo, assim, eventuais conflitos sociais. Entretanto, ela não deve ser entendida como eliminação de eventuais perigos. Para o autor, a confiança é uma aposta no presente, voltada para o futuro e que se fundamenta no passado. Nesse contexto, a confiança reduz a complexidade social, na medida em que supera a informação disponível e generaliza as expectativas de

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹²⁷ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹²⁸ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

comportamento para substituir a insuficiente informação por uma segurança internamente garantida.

Dessa forma, o primeiro conceito que deve estar claro é a complexidade, visto que Niklas Luhmann¹²⁹ assinala que ela tem a ver com a atualidade, a qual significa contingência (possibilidade) e contingência significa risco, porque a confiança, numa perspectiva funcional, está aberta a todos os tipos de possibilidades que se atualizam a cada instante e que forçam decisões com o risco que isso implica.¹³⁰ Devido a essa complexidade, é possível observar a confiança por uma perspectiva reflexiva, multidimensional e assimétrica, como, por exemplo, o sentido do justo¹³¹.

A Teoria dos Sistemas Sociais ressalta que a confiança implica uma relação problemática com o tempo. Luhmann¹³² afirma que o presente adquire um *status* especial graças à sua função de integrar o tempo e a realidade e de representar um conjunto de construções que integram o futuro e o passado, ou seja, um integra expectativas (futuro) e o outro, experiências (passado) no presente. Além disso, deve-se diferenciar a confiança daquilo que se mantém como memória das expectativas vividas no dia a dia, isto é, diferenciando a familiaridade da confiança, pois, segundo a teoria luhmanniana, o passado prevalece sobre o presente e o futuro, sendo que os elementos essenciais da experiência devem representar na história, sendo esta a forma mais importante de reduzir complexidade.¹³³

O familiar seria um equivalente funcional da confiança, uma alternativa que também reduz complexidade, com uma única exceção que faz referência ao passado,

¹²⁹ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 1998.

¹³⁰ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpress. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹³¹ Luhmann insere, de modo peculiar, a concepção de justiça “[...] dentro de sua sociologia e teoria autopoietica do direito [...]”. Assim, “a justiça ‘autopoietica’ do direito, como autodescrição *funcional* do sistema jurídico pressupõe um necessário grau de *indiferença* em face da policontextualidade dos problemas emergentes no sistema social. [...] propõe Luhmann que a ideia da *imperfeição* do direito e de sua justiça reside na própria construção de uma estrutura conceitual adequada que não exclui nem pode excluir a eventualidade da percepção da injustiça pelo direito; coloca-se a relação entre o justo e injusto como elemento de auto-observação (interna) do sistema jurídico, ou seja, o injusto não está excluído do direito, pois faz parte da história jurídica como elemento necessário para o aperfeiçoamento do processo funcional. O problema da injustiça é visto como irritação autoproduzida para o aperfeiçoamento do *justo* juridicamente possível, como estímulo constante a uma *auto-observação* do sistema em torno de sua função”. In: VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 294-295.

¹³² LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpress. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹³³ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpress. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

para o que se viveu, guiando, assim, a tomada de decisões para o futuro. Niklas Luhmann¹³⁴ alerta que, na sociedade moderna, o risco vem formar a parte familiar; por essa razão, num futuro cheio de possibilidade, existe a chance de sofrer decepções. Por esse motivo, a história deixa de ser um lembrete das coisas experientes e torna-se, simplesmente, uma estrutura padrão que é a base para a confiança em sistemas sociais¹³⁵.

Ademais, o conceito de confiança mantém uma relação com a dimensão social do sentido, sendo que, para Luhmann¹³⁶, tudo o que é respectivamente igual, como um alter-ego, articulando a relevância para cada experiência do mundo e a fixação do sentido, possui uma relevância universal. Assim, todos os objetos e temas são relevantes; por isso, cada um tem um horizonte de possibilidades, um potencial para aceitar uma seleção arriscada e negar outras possibilidades. Nesse sentido, a teoria luhmanniana afirma que a contingência é o atributo principal da sociedade moderna para decidir não só frente às possibilidades que se necessita selecionar, mas também quanto às possibilidades que podem ser cumpridas nas decisões tomadas.

Num mundo socialmente compreensível, a contingência é, ao mesmo tempo, subjetiva e universal, uma vez que cada ego conta com um horizonte de possibilidades, devendo relacionar-se com a outra parte, que também conta com as mesmas possibilidades, para selecionar, negar e decidir o que pode ser mais viável para reduzir a complexidade, ou seja, para Luhmann, isso acarreta uma dupla contingência que é vista como a possibilidade de negação que pode reter e estabilizar. O autor¹³⁷ entende que esta duplicação compreende toda a estrutura e que existe um potencial generalizado para conceber essas seleções que implicam negações, visando reconstruir outras possibilidades. Nesse caso, a negação é um potencial incluso em qualquer relação social.

Contudo, quando se trata de um problema de dimensão social, a confiança vem a ser um pré-requisito para poder aceitar ou recusar o risco pelo cumprimento das expectativas geradas pela parte contrária. Tanto um quanto o outro necessitam

¹³⁴ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹³⁵ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 1998.

solucionar problemas presentes em situações determinadas; sendo assim, a confiança probabiliza uma solução para as relações sociais, implicando a redução da complexidade.

A confiança envolve, portanto, tolerar a incerteza do futuro e aceitar o risco, sabendo-se que se teve a oportunidade de selecionar outras possibilidades. É um investimento arriscado que permite que, no futuro, se escolham outras possibilidades, a fim de não gerar decepções¹³⁸. Por esse motivo, a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann traz à tona elementos que tratam da confiança pessoal e também da sistêmica.

Para se vivenciar um mundo que seja socialmente compreensível e para que se possa tomar decisões arriscadas em qualquer tempo, o sistema de consciência resulta ser de suma importância. Nesse sentido, esses sistemas, juntamente com os sistemas psíquicos, são essenciais para a construção da sociedade. A consciência, enquanto sistema fechado, é inacessível para os outros sistemas autopoieticos, ou seja, nem o corpo nem a comunicação são capazes de determinar o fluxo dos pensamentos, mas são capazes de oferecer alguns estímulos, a fim de a consciência livre agir de acordo com suas próprias estruturas.¹³⁹

Para a teoria luhmanniana, nem os sistemas sociais (comunicação) nem os sistemas biológicos são capazes de interferir na consciência, podendo somente estimulá-la. Porém, o estruturalismo funcional de Talcott Parsons tratou de resolver o problema da socialização a partir de um conjunto de valores coletivos, um contexto de condições de ação que pudessem efetuar uma ação social, o que implicaria nossa liberdade de ação¹⁴⁰ que emerge de um processo de aprendizagem determinado, *a priori*, por uma integração normativa das experiências e dos atores.¹⁴¹

Neste nível, a confiança pessoal será um pré-requisito básico para poder atuar, já que a aprendizagem permite a tomada de decisões a partir dos estímulos que se originam dos contextos sociais. A diferença da confiança social, que possui uma relação com o outro (alter-ego) e a confiança pessoal, tem a ver com a reafirmação

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpress. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpress. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Teoría de los sistemas sociales**. Universidad Iberoamericana/Universidad de los Lagos, Santiago, Chile, 1999.

da personalidade de que um é, particularmente, responsável para aprender a confiar nos sistemas sociais.¹⁴²

Assim, confiar em outras pessoas diz respeito a aprender a tolerar as diferentes formas de considerar o mundo, ou seja, aprender a confiar nos mais variados sistemas funcionais que operam na sociedade moderna. Por esse motivo, pode-se considerar que a confiança sistêmica reside na formação dos sistemas sociais oriundos da coordenação de expectativas que também se originam da participação dos diferentes sistemas funcionais.

Entretanto, para que haja confiança sistêmica, os sistemas sociais devem ter a capacidade de reduzir a complexidade e regular as incertezas da sociedade. Se os sistemas sociais oferecem confiança é porque solucionaram um problema específico de risco e processaram as frustrações emergentes da sociedade. Dessa maneira, podem transformar as condições de emergência em condições de persistência.¹⁴³

Por isso, há a possibilidade de o presente durar para as futuras ações e abrir novas perspectivas de futuro para que os indivíduos se comprometam com as normas e os valores, pois, para Luhmann¹⁴⁴, o autocompromisso com as normas e valores é um aspecto intrínseco na vida social, mas este compromisso não se produz porque os homens consideram a vida na ordem social e a honram, como uma espécie de consenso constitucional. Não existe tal contrato social, visto que não existe a situação eletiva pressuposta no argumento. Contudo, existe a necessidade de especificar tais generalizações em que são mais arriscados e sensíveis as decepções. Só neste lugar é que se encaixa o papel da padronização, pois são desenvolvidos padrões de medidas de generalizações necessários.

As experiências se generalizam na medida em que os sistemas sociais cumprem as expectativas dos indivíduos e da sociedade, porque sabe-se que são eficazes para assumir o comando das decepções, podendo estabilizar e confiar nas normas, já que os indivíduos têm a garantia de que poderão aplicar essas normas caso alguém traia a sua confiança. Dessa maneira, se aceita que os sujeitos individuais aceitem as funções em suas interações sociais e se comprometam com as

¹⁴² LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹⁴³ LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1 reimpres. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

¹⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Teoría de los sistemas sociales**. Universidad Iberoamericana/Universidad de los Lagos, Santiago, Chile, 1999.

obrigações e responsabilidades que devem cumprir no momento de participar do sistema social. Assim, a combinação do indivíduo com a formação dos sistemas sociais, na confiança pessoal e sistêmica, reflete a possibilidade de se garantir uma ordem social.

Contudo, essa ordem somente será garantida se estiver pautada na comunicação. A comunicação¹⁴⁵ pode ser vista como um processo central em todo grupo humano. Ressalta-se que a comunicação aqui apresentada está focada na Teoria dos Sistemas Sociais, visto que a concepção luhmanniana sustenta que os sistemas sociais se constroem sobre comunicações.

A comunicação, nesse aspecto, é a base de todo o sistema social, mas não é algo que se origina de forma automática na organização social. Pelo contrário, Luhmann salienta que se deve cultivar a comunicação para que esta contribua com a organização e suas relações sociais. As organizações que dependem da comunicação para tomar as suas decisões podem, efetivamente, interconectar-se, desde que o problema comunicacional esteja presente. Por esse motivo, é possível diagnosticar a existência de dificuldades de comunicação sem risco de equívocos em, praticamente, todas as ocasiões e em todas as organizações. A efetividade das comunicações permitirá à organização a tomada de decisões e, automaticamente, gerará um clima de confiança e segurança.¹⁴⁶

Niklas Luhmann¹⁴⁷ ressalta que os sistemas sociais são sistemas de comunicação que geram comunicações em clausura operacional, isto é, só as comunicações podem formar parte do sistema, dado que as ocorrências fora deste não gerarão nenhum impacto, ao menos que seja transformado em comunicação.

Para o autor, os sistemas psíquicos de consciência são sistemas autopoieticos de pensamento, já os sistemas sociais (como as organizações) são sistemas autopoieticos de comunicação, sendo que um é o entorno do outro, ou seja, a comunicação ocorre em torno do sistema psíquico e este, por sua vez, se encontra acoplado, estruturalmente, ao sistema social das comunicações.

Quando se trata de organizações, busca-se aumentar a eficiência das comunicações, visando reduzir complexidades e gerar confiança nas decisões

¹⁴⁵ Como já referido, com base em uma perspectiva tridimensional: recepção, cognição e emissão.

¹⁴⁶ MANSÍLLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

¹⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

emanadas por elas, com o fim de dar sentido à comunicação organizacional e eliminar as comunicações probabilísticas que podem ser prejudiciais.¹⁴⁸ Luhmann, por sua vez, estima que a comunicação não ocorre por mero acaso, enfatizando a sua improbabilidade e assinalando a existência de três improbabilidades que devem ser superadas.¹⁴⁹

A primeira diz respeito à improbabilidade do que se entende e do que se quer dizer, podendo ser diminuída mediante a linguagem. Os sistemas organizacionais tratam desse problema criando linguagens próprias e desenvolvendo temáticas adequadas às características das organizações e de seus membros. A segunda retrata a impossibilidade de se ter acesso a pessoas que não se encontram presentes. Tradicionalmente, as organizações vêm solucionando esse problema quando do uso de tecnologias que oferecem maiores oportunidades de se alcançar todos os membros da organização, evitando-se, assim, ruídos na comunicação. A terceira relaciona-se com a improbabilidade de outras pessoas aceitarem a comunicação recebida, ou seja, incorporando-as como premissa para as decisões organizacionais, pois as organizações são meios simbolicamente generalizados de comunicação, utilizando-se desta para aumentar a probabilidade de aceitação do que é comunicado, do poder e da autoridade definida formalmente na estrutura organizacional.¹⁵⁰

Entretanto, a improbabilidade da comunicação não será superada de maneira definitiva. As comunicações organizacionais continuam sendo difíceis, pois, à medida que uma determinada improbabilidade diminui, aumentam as outras.¹⁵¹ Nessa perspectiva, pode-se observar que as organizações configuram o seu entorno utilizando-se da informação para orientar as suas decisões. Todavia, esse cenário gera irritações no sistema, isto é, conflitos sociais.

2.5 O conflito como elemento inerente das relações humanas e/ou organizacionais

¹⁴⁸ MANSÍLLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

¹⁴⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

¹⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

¹⁵¹ MANSÍLLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

O conflito é um fenômeno inerente às relações humanas e está presente nas organizações, pois cada vez que se depara com expectativas contraditórias, que se deseja um recurso que é considerado escasso ou que se enfrenta um obstáculo em algum projeto, o indivíduo envolve-se em um conflito.¹⁵² Nesse sentido, se torna importante traçar alguns conceitos e ideias básicas sobre conflito, a fim de esclarecer e diferenciar as várias teorias existentes sobre o tema.

A análise e o estudo dessa temática implicam uma grande variedade de elementos, sendo um assunto de suma importância para a resolução dos conflitos por meio do instituto da arbitragem. Para iniciar o estudo proposto, faz-se necessário distinguir alguns conceitos que, tradicionalmente, causam confusão.

a) Acordo: refere-se à decisão tomada pelas partes num conflito, buscando algumas regras e fazendo uso delas para regular a situação.¹⁵³ Normalmente, os acordos são decisões tomadas mediante um conflito que não apresenta outra solução. Porém, na maioria dos casos, o acordo não finaliza o conflito, mas simplesmente o adia;¹⁵⁴

b) Competição: em relação aos conflitos, a competição se refere a uma determinada forma de atuar, junto com cada uma das partes que se preocupa com aquilo que afeta seus próprios interesses. Cada uma enfrenta a outra com a pretensão de atender as suas necessidades. Desejam sobrepor as suas expectativas em cima das demais;¹⁵⁵

c) Cooperação: ao contrário da competição, Tjosvold¹⁵⁶ considera que ela se refere a uma ação em que as partes decidem atuar em conjunto, buscando soluções comuns que beneficiam a maioria. A ação cooperativa em um conflito implica uma preocupação pelos interesses das outras partes, primando pelo interesse comum;

d) Gestão de conflitos: esse termo observa o conflito como um elemento próprio da vida que deve ser finalizado de forma construtiva. Encontra-se, diretamente, relacionado com o âmbito empresarial/organizacional e diz respeito à

¹⁵² MANSÍLLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional:** Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

¹⁵³ VINYAMATA, Eduard. **Manual de prevención y resolución de conflictos:** conciliación, mediación, negociación. Barcelona: Ariel, 1999.

¹⁵⁴ BUSH, Robert a. Baruch; FOLGER, Joseph P. **La promesa de la mediación:** como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros. 1 ed. Buenos Aires: Granica, 2006.

¹⁵⁵ TJOSVOLD, Dean. Interdependence approach to conflict management in organizations. *In.*: RAHIM, M. A. **Managing conflict:** na interdisciplinária approach. p. 41-50. New York, Praeger Publishers, 1989.

¹⁵⁶ TJOSVOLD, Dean. Interdependence approach to conflict management in organizations. *In.*: RAHIM, M. A. **Managing conflict:** na interdisciplinária approach. p. 41-50. New York, Praeger Publishers, 1989.

possibilidade de encontrar dinâmicas e modelos visando ao término do conflito. Ramsbothan, Woodhouse e Miall¹⁵⁷ ressaltam que esta expressão está associada com conceito de conflito regulado;

e) Pacificação: conceito relevante no campo dos conflitos, pois se refere ao processo que dirige a redução das tensões com a finalidade de promover circunstâncias serenas que permitam às partes em conflito resolverem-no por si mesmas.¹⁵⁸ A pacificação modifica as percepções negativas, recuperando a segurança. Contudo, não existe uma única forma de pacificação, pois cada conflito exige um tratamento/solução adequado(a).

Além disso, ao se estudar essa temática, também se deve distinguir os diferentes tipos de conflitos. Entretanto, aqui se faz um recorte epistemológico, pois o tipo que interessa, para esse trabalho, são os conflitos organizacionais e interorganizacionais.

Quando se aborda o tema conflito, este ganha destaque nas mais diversas filosofias sociais e teorias sociológicas, pois "[...] evoca antinomias clássicas entre integração e ruptura, consenso e dissenso, estabilidade e mudança, de tal forma que a oposição entre conflito e ordem se inscreve no próprio fundamento do sistema social"¹⁵⁹. Por este ser um fenômeno natural presente no sistema social, deve ser considerado inerente ao ser humano¹⁶⁰. As disputas são uma constante histórica, já que têm aparecido em todas as épocas e sociedades. Ralf Dahrendorf¹⁶¹ aponta que, se não houvesse o antagonismo social, não haveria transformações sociais ou estas ocorreriam de forma muito lenta, o que faria da sociedade algo quase estático.

Um aspecto que deve ser levado em conta quando se pesquisa a teoria dos conflitos são as diferentes denominações usadas para pautar os estudos; as expressões mais utilizadas são: “tratamento de conflitos”, “gestão de conflitos” e “resolução/solução de conflitos”, sendo que cada uma delas estuda a temática numa perspectiva, porém com a mesma finalidade. Apesar das várias terminologias, o

¹⁵⁷ RAMSBOTHAN, Oliver; WOODHOUSE, Tom; MIALL, Hugh. **Contemporary conflict resolution**. Cambridge: Polity Press, 2011.

¹⁵⁸ VINYAMATA, Eduard. **Manual de prevención y resolución de conflictos**: conciliación, mediación, negociación. Barcelona: Ariel, 1999.

¹⁵⁹ BIRNBAUN, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond (Orgs.) **Tratado de Sociologia**. Trad. Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995, p. 247.

¹⁶⁰ MELEU, Marcelino. **Jurisdição comunitária**: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

¹⁶¹ DAHRENDORF, Ralf. “Hacia una teoría del conflicto social”, en Amitai y Eva Etzioni (Comp.) *Los cambios sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

necessário é conhecer as causas de um conflito para transformá-lo, evitando-se, assim, um novo conflito.

Nesse sentido, tem-se uma visão positiva do mesmo e a sua possibilidade de transformação. Dentro dessa linha de investigação, encontra-se Bush e Folger¹⁶², que trazem o reconhecimento como um dos elementos mais importantes da transformação, isto é, a capacidade de reconhecer os interesses e as necessidades dos outros como se fossem suas.

Outro fator relevante, trazido por Schnitmann¹⁶³ é a cooperação, já que a transformação do conflito está fundada na necessidade de respostas cooperativas onde todos possam sair ganhando, mesmo que esse ganho seja reduzido. Já Rapoport¹⁶⁴ trata da cooperação por meio da teoria dos jogos, enfatizando que a melhor forma de cooperação é aquela em que cada envolvido cede um pouco, almejando um ganho mútuo.

Com a finalidade de desenvolver essa temática, traz-se à baila algumas teorias. Contudo, em que pese esta pesquisa tratar dos conflitos de caráter organizacional, as ideias desses pesquisadores servem para ampliar a linha de investigação, visando entender o conflito sob várias perspectivas. Para tanto, utilizar-se-á a obra de Ronald J. Fisher, intitulada “*Interactive Conflict Resolution*”.

O pesquisador ao qual se faz referência é John Burton, que pode ser considerado um dos autores mais importantes, especialmente quando se trata de conflitos internacionais. À medida que ele desenvolve a sua teoria, cria um método chamado “*controlled communication*”¹⁶⁵. O objetivo dessa metodologia era permitir a presença de uma terceira pessoa imparcial nas discussões, cuja função é regular a comunicação, visando criar uma atmosfera tranquila, em que os envolvidos podem examinar e explorar suas percepções. Fisher¹⁶⁶ argumenta que o papel essencial dessa modalidade é controlar a comunicação para criar uma atmosfera não ameaçadora, na qual os participantes podem examinar suas percepções e

¹⁶² BUSH, Robert a. Baruch; FOLGER, Joseph P. **La promesa de la mediación: como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros**. 1 ed. Buenos Aires: Granica, 2006.

¹⁶³ SCHNITMAN, Dora Fried. Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos. In: SCHNITMAN, Dora Fried (Comp.). **Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas**. Barcelona: 2000.

¹⁶⁴ RAPOPORT, Anatol. **Game Theory as a Theory of Conflict Resolution**. Dordrecht-Holland/Boston: D. Reidel Publishing Company, 1974.

¹⁶⁵ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁶⁶ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

interpretações erradas sobre o conflito e, depois, em conjunto, explorar os pontos comuns e resolver o conflito por meio do desenvolvimento de interesses mútuos.

O *controlled communication* propõe a presença de uma terceira pessoa, que atua como um facilitador. Sua única função é ajudar a explicar a origem do conflito por meio de uma análise, traçando comparações com outros conflitos. Nesse sentido, Burton sugere uma re-percepção, visando romper com as perspectivas existentes, fazendo com que as partes, em conjunto, promovam novas possibilidades. Esse fator promove uma mútua satisfação das partes, além de criar novas soluções.¹⁶⁷ Observe-se que esse processo está pautado na comunicação, recaindo sobre os envolvidos a responsabilidade de resolverem seus conflitos mutuamente, de forma que todos saiam ganhando.

Fisher¹⁶⁸ ainda enfatiza outro estudo de Burton com relação à teoria dos conflitos, que permite entender os tipos de conflitos, analisando a natureza deste para dar-lhe o melhor tratamento. Burton propõe, para a resolução destes, a adoção de medidas que visem remover as fontes conflitivas e promover condições, controlando o comportamento das partes por relações de colaboração.

Assim como Burton, Herbert Kelman ajuda a aprofundar as investigações sobre a teoria do conflito. O método desenvolvido por Kelman¹⁶⁹ se caracteriza pela presença de três ou seis membros que atuam como representantes de cada parte. As discussões são desenvolvidas numa mesa redonda, para facilitar a “negociação”, e é dirigida pelos representantes dos envolvidos e por uma terceira pessoa. Os participantes expõem, para o terceiro imparcial, suas percepções do conflito e as possibilidades para a sua resolução. Quando cada parte entende a posição do outro, a discussão se dirige para a busca da uma solução. Ao longo desse processo, observa-se que o terceiro imparcial age, assim como na teoria de Burton, como um facilitador da comunicação, analisando o conflito e buscando soluções criativas.

Por outro lado, as pesquisas de Edward Azar permitem realizar uma análise sobre a progressão dos conflitos. Ele se deteve em estudar e regular conflitos violentos, com o objetivo de proporcionar segurança e estabilidade para a dignidade da pessoa humana, porém, em nenhum momento buscou pautar suas discussões no poder militar e na criação de ameaças por meio da força. Muito pelo contrário, se

¹⁶⁷ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁶⁸ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁶⁹ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

deve em observar a necessidade de explorar as relações entre os conflitos e os fatores de desenvolvimento, tais como: desigualdade estrutural, má distribuição de recursos e proteção de desenvolvimento não efetivo.¹⁷⁰

A base da teoria de Azar¹⁷¹ se identifica com as causas dos conflitos prolongados; entretanto, ele entende que cada indivíduo, tradicionalmente, se move pela necessidade de satisfazer suas próprias vontades, sendo que esse tipo de atitude resulta, na maioria das vezes, em conflitos. Ronald J. Fisher¹⁷² ressalta que essa metodologia possui dificuldades de uma aplicação exitosa, pois a satisfação do conflito depende de estratégias e ações que levem à sua resolução, além de depender das propriedades dele.

Azar propõe a “*protracted social conflict*”, centrando-se no estudo de crises periódicas, com as quais se acumulam os efeitos de vitimização. Esses efeitos somente podem ser dirigidos mediante a ação contínua da transformação. O pesquisador combina as intervenções, a curto prazo, com as de longo prazo, visando poder transformar a situação conflitiva. Essa opção oferece ajuda para criar novas alternativas e para diminuir as desigualdades. Mas, para que isso ocorra, é necessário o encontro frente a frente dos grupos envolvidos no conflito, visando explorar, mutuamente, todas as necessidades, discutindo aquilo que satisfaria seus interesses.¹⁷³

Já Bryan Wedge, psiquiatra americano e estudioso da teoria do conflito, pauta seus estudos em três hipóteses. A primeira entende que a comunicação entre os grupos em conflito altera as imagens intergrupais a favor de transformar os domínios de uns sobre os outros. Em segundo lugar, os programas de cooperação ajudam a reduzir as imagens hostis existentes entre as partes conflitantes. Já a terceira tem seu cerne na cooperação e na comunicação como forma de reduzir os litígios.¹⁷⁴

O desenvolvimento desse método de intervenção consiste, segundo Fisher¹⁷⁵, em cinco estágios: (a) o intermediário estabelece um primeiro contato com cada parte e inicia o processo de diálogo; (b) se definem os interesses de cada lado, a fim de identificar os interesses comuns, alguns dos quais se podem satisfazer por meio da

¹⁷⁰ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁷¹ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁷² FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁷³ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁷⁴ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁷⁵ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

comunicação entre as partes; (c) se reúnem os membros de ambas as partes para estabelecer um contato; (d) se preparam as partes para participar dos programas de cooperação; e (e) a conclusão da ação se dá com a prática dos programas de cooperação que são estabelecidos.

Observa-se que essas intervenções podem ser agrupadas em várias atividades informais, muitas vezes contando com organizações não governamentais, sendo que tal metodologia poderá, perfeitamente, ser empregada pelas organizações para dirimir seus conflitos.

Assim como Wedge, Vamik Volkan¹⁷⁶ é também um psiquiatra americano que dedicou seus estudos para compreender e reduzir os conflitos intergrupais, especialmente os conflitos que se prolongam no tempo, e desenvolveu alguns métodos de interação. Ele considerava que a metodologia oficial empregada para resolver as situações conflitivas era inadequada, pois era marcada por processos que ressaltavam a vitimização e a proteção, enquanto que, na sua opinião, deveriam ser levados em conta os elementos emocionais e psicológicos trabalhados por meio dos aspectos políticos e econômicos. Para ele, o tratamento dos conflitos de forma humanizada traria uma confiança entre as partes que permitiriam a realização de um trabalho em conjunto, isto é, a negociação.

Por esse motivo, encontra-se, nesse modelo, a figura de um terceiro, que teria a função de facilitar a comunicação entre os envolvidos, permitindo estabelecer uma aproximação entre as partes, influenciando nas decisões destas, a fim de promover uma solução do conflito. Com a utilização dessa metodologia, Volkan é capaz de demonstrar, para as partes, como seus conflitos podem acarretar consideráveis perdas, fazendo com que percebam a importância do diálogo e a possibilidade de, juntos, criarem novas escolhas e posições.¹⁷⁷

2.5.1 Relação entre conflito, cooperação e poder

Para tratar da teoria do conflito, faz-se necessário delinear algumas relações. Num primeiro momento, relacionar-se-á o conflito com a cooperação e, em seguida, analisar-se-á o conflito associado ao poder.

¹⁷⁶ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

¹⁷⁷ FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

a) Conflito e cooperação

A relação entre o conflito e a cooperação permite investigar a forma mais adequada para regulação positiva de uma situação conflitiva. Entretanto, para se iniciar o estudo, deve-se definir a ideia de cooperação.

Morton Deutsch¹⁷⁸ se refere à cooperação como uma ação na qual as pessoas cooperam quando suas metas são compatíveis. Nesse aspecto, percebe-se que existe um ganho mútuo entre as partes. O autor ressalta que, em uma situação cooperativa, quando um participante se comporta de forma a aumentar suas chances de realização, ele, automaticamente, aumenta as chances do outro, diferente do que ocorre em uma situação competitiva, em que cada participante trabalha para aumentar suas expectativas e diminuir as dos outros. A cooperação permite que os envolvidos em situações conflitivas se vejam como colaboradores que participam, conjuntamente, na busca de soluções favoráveis para todas as partes, ou seja, que desenvolvam atitudes positivas mediante uma comunicação aberta. Isso resulta na satisfação de ambos, pois a solução foi encontrada mutuamente.

Um dos autores que estuda a relação de cooperação com o conflito é Anatol Rapoport¹⁷⁹ a partir do desenvolvimento da Teoria dos Jogos. Ele aplica métodos matemáticos para mostrar como respostas cooperativas são mais favoráveis para a resolução de conflitos. Para Rapoport, em toda situação conflitiva existe a cooperação, em que cada parte atua de forma egoísta, perseguindo, unicamente, seus próprios interesses. Porém, esse não é o tipo de cooperação que leva a um ganho mútuo. A posição desejada é quando a cooperação consiste em analisar os interesses próprios, assim como os interesses das outras partes, buscando alternativas viáveis para a solução dos conflitos.

Entretanto, para que a cooperação entre as partes seja levada adiante, faz-se necessário estabelecer um processo de comunicação, em que deverá se indagar as necessidades, interesses, percepções e crenças dos envolvidos. Por meio da comunicação, se revelam as semelhanças, e são essas que tornam a cooperação viável, pois essa técnica tenta eliminar os interesses individuais, a fim de buscar um acordo entre os interesses de ambas as partes.¹⁸⁰

¹⁷⁸ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict:** constructive and destructive processes. London: Yale University Press, 1977.

¹⁷⁹ RAPOPORT, Anatol. **Peace:** an idea whose time has come. Michigan: University of Michigan, 1992.

¹⁸⁰ RAPOPORT, Anatol. **Peace:** an idea whose time has come. Michigan: University of Michigan, 1992.

b) **Conflito e poder**

O poder, como um meio de comunicação simbolicamente generalizado, mantém uma estreita relação com as situações conflitivas. O tratamento adequado do conflito está relacionado à capacidade das partes de trabalhar em conjunto para obter benefícios mútuos. Helena Cornelius e Shoshana Faire¹⁸¹, ao tratarem dos conflitos, desenvolveram um modelo de poder cooperativo que está ligado ao modelo de conflito e à forma de regulá-lo. As autoras propõem um triângulo de poder em que estão presentes: o papel do perseguidor, que se apoia nas recompensas, castigos e autoridade; o papel do salvador, que proporciona apoio e presta todo tipo de ajuda; e o papel da vítima, que é, de certa forma, impotente frente às situações, pois não pode consertar as coisas, precisando da ajuda de alguém.

Esses três papéis que aparecem nas relações de poder podem transformar, com relação ao poder cooperativo, em três diferentes funções, ou seja, o perseguidor pode ensinar, o salvador pode mediar os conflitos e a vítima pode aprender a resolver. Essas formas de analisar as relações de poder permitem buscar soluções criativas e encontrar relações cooperativas entre as diferentes partes.¹⁸²

2.5.2 O conflito analisado a partir das organizações

Para a gestão organizacional pautada na teoria dos sistemas sociais, o conflito é analisado sob diferentes perspectivas. A Escola da Administração Científica, por exemplo, entende que o conflito não encontra um lugar explícito, uma vez que todos os esforços teórico-científicos estão voltados para o estabelecimento de formas de relação de trabalho que eliminam as possibilidades do surgimento de conflitos. Para a Escola das Relações Humanas, o conflito também é indesejável, pois o sistema social tem uma estrutura funcional, em que cada parte contribui com o todo, de tal maneira que é impossível que tais conflitos apareçam¹⁸³.

¹⁸¹ CORNELIUS, Helena; FAIRE, Shoshana. **Tú ganas yo ganho**: como resolver conflitos creativamente. Madrid: Gaia, 1998.

¹⁸² CORNELIUS, Helena; FAIRE, Shoshana. **Tú ganas yo ganho**: como resolver conflitos creativamente. Madrid: Gaia, 1998.

¹⁸³ Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

Robert Merton¹⁸⁴, um dos autores funcionalistas, em 1949, introduziu o conceito de disfunção, pois, para ele, os conflitos são disfunções que têm como consequência a diminuição da adaptação do sistema. Lewis Coser¹⁸⁵ compartilha da teoria de Merton quando conceitua o conflito como disfuncional, porém discorda que eles sempre serão disfuncionais. Para o autor, cada conflito tem elementos integradores e contribui, de certa forma, para unir as partes ao sistema.

Já Ralf Dahrendorf¹⁸⁶ propõe uma teoria do conflito e concebe esta como onipresente, caracterizando-se pela oposição de interesses. Dessa forma, entende que o conflito é um fato estrutural, uma vez que sua origem não está no indivíduo, mas nas estruturas sociais. Para o autor, o conflito pode ser dividido em fases. A primeira fase é latente; logo, se fazem manifestos, em seguida as partes se organizam e, finalmente, o conflito é regulado.

Em sua teoria, ele também distingue as dimensões, intensidade e violência, fatores esses que podem fazer variar os conflitos. Mansilla¹⁸⁷, ao analisar a teoria de Dahrendorf, explica que a intensidade se refere ao grau de importância que tem o conflito para os envolvidos; já a violência está relacionada com as formas de expressão, ou seja, os meios utilizados pelos indivíduos conflitantes para impor os seus interesses. Entretanto, o conflito pode ser muito intenso, mas não violento, como é o caso de uma negociação diplomática entre nações acerca da autonomia de uma delas, ou, no caso de uma disputa entre organizações que elegem o instituto da arbitragem (instituto este que será analisado posteriormente) para resolver o conflito. Pode, também, ser muito violento, mas pouco intenso, como um insulto a um fundamentalista, o que pode terminar com muitos mortos.

2.5.3 Classificação dos conflitos a partir da concepção de Niklas Luhmann

Para Luhmann, os sistemas sociais estão constituídos por comunicações. A comunicação é aquela operação autopoietica que se refere, recursivamente, a si mesma, em sentido retrospectivo e prospectivo, e, assim, produz sistemas sociais. Ela só existe como sistema social e, unicamente, nesses sistemas. Ao levar a cabo a

¹⁸⁴ MERTON, Robert. **Teoría y estructura sociales**. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

¹⁸⁵ COSER, Lewis. **Nuevos aportes a la teoría del conflicto social**. Buenos Aires: Amorrortu, 1970.

¹⁸⁶ DAHRENDORF, Ralf. **Sociedad y libertad**. Madrid: Tecnos, 1966.

¹⁸⁷ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011.

comunicação, cada organização não só se reproduz em si mesma, mas, como todo sistema social, sempre reproduz também a sociedade.¹⁸⁸

Niklas Luhmann, a partir da sua teoria da comunicação, entende que o conflito se produz quando uma determinada comunicação é rejeitada e quando essa rejeição é tematizada na comunicação. Isto traz, por consequência, que esses sistemas não permitem o conflito, pois só admitem um tema de cada vez, de modo que, em um sistema interacional, ou se está em conflito ou não. Entretanto, é possível que esse conflito tenha lugar em outros eventos comunicativos não relacionados diretamente com o conflito em tela. Em uma organização, por tratar-se de um sistema de maior complexidade, é possível que o conflito se produza e siga seu curso, sem que isto signifique, necessariamente, a paralização completa das atividades organizacionais.¹⁸⁹

Em nível organizacional, o conflito pode ser distinguido entre conflito intraorganizacional e interorganizacional. Conflito intraorganizacional diz respeito aos conflitos referentes à departamentalização da organização, ou seja, são produtos de um processo de diferenciação, condizendo com os diferentes departamentos que possuem linguagens distintas e que, por sua vez, observam, de forma diferente, os problemas da organização.¹⁹⁰

Já os conflitos interorganizacionais ocorrem, muitas vezes, entre as diferentes organizações que competem em um mercado e se encontram em uma mesma situação. Em diversos casos, se faz uso de instrumentos que beiram à ilicitude, visando obter vantagens e deixar os seus concorrentes fora do mercado. No entanto, a concorrência, em um mercado, não é a única fonte de conflitos interorganizacionais. O controle que exercem os institutos fiscais sobre as atividades das organizações produtivas podem ser outro exemplo de ambiente propício para o surgimento de situações conflitantes. Outra situação que pode acarretar controvérsias são as organizações criadas com a finalidade de proteger interesses, pois elas podem,

¹⁸⁸LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

¹⁸⁹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5ª ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

¹⁹⁰ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5ª ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

facilmente, entrar em conflito com outras organizações que, supostamente, afetam os interesses que elas defendem.¹⁹¹

No que tange à solução desses conflitos organizacionais, somente os conflitos manifestos podem ser resolvidos. Muitas vezes, o conflito permanece oculto, o que faz as partes atuarem de uma maneira velada, ocasionando, assim, um aumento na tensão. Porém, quando os membros de uma organização enfrentam uma situação insatisfatória, podem optar por entrar em um conflito e, eventualmente, em um processo de solução, ou ignorá-lo, a fim de evitar o conflito e um possível desgaste.¹⁹²

Com relação aos conflitos enfrentados pelas organizações, muitos deles dizem respeito aos direitos tutelados pela Propriedade Intelectual, visto que as organizações, para firmarem-se e se distinguirem de outras, num mercado globalizado e altamente competitivo, necessitam consolidar seus signos distintivos, tais como: marcas, nome empresarial, indicações geográficas ou, até mesmo, os nomes de domínio, acarretando, em muitos casos, disputas que questionam direitos e interesses legítimos sobre estes. Tal situação será analisada no próximo capítulo.

¹⁹¹ MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5ª ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

¹⁹² MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional**: Elementos para su estudio. 5ª ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

3 OS SIGNOS DISTINTIVOS COMO ELEMENTOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PROTEÇÃO AOS NOMES DE DOMÍNIOS

Neste capítulo, realizar-se-á um estudo sobre os signos distintivos como elementos do Direito de Propriedade Intelectual. Serão analisados também os Sistemas de Nomes de Domínio e a sua relação com a propriedade intelectual, além dos conflitos gerados envolvendo esta temática.

3.1 O Direito de Propriedade Intelectual

Um dos fatores que diferenciam o ser humano de outros seres é a sua capacidade de criação. Desde os primórdios, o homem busca formas de melhorar as suas atividades diárias e solucionar os problemas encontrados. Com a evolução da espécie, as necessidades também aumentaram, fazendo com que o ser humano crie instrumentos para auxiliá-lo no trabalho, na obtenção de alimentos e também na defesa. Assim, o homem pré-histórico inventou o fogo, a lança, o arco e a flecha, entre outros. Entre o homem primitivo, de existência quase animal e o ser civilizado atual, há uma grande distância, podendo-se afirmar que esse processo de evolução é característica fundamental do ser humano.¹⁹³

Para proteger essas criações de nível intelectual, bem como os seus criadores, nascem normas jurídicas e, por via de consequência, surge o chamado Direito Intelectual, que ampara e tutela as atividades oriundas do intelecto humano.

3.1.1 Antecedentes históricos do Direito de Propriedade Intelectual e sua evolução

O Direito à propriedade intelectual existe na esfera jurídica desde a antiguidade; entretanto, dada a forma como se exteriorizava a atividade intelectual, não existiam normas jurídicas especiais para resguardá-lo, até porque os casos de imitações e plágios eram excepcionais, não necessitando, assim, de regulação

¹⁹³ SATANOWSKY, Isidro. **Derecho Intelectual**. Vol. 1. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1954.

especial para proibi-las.¹⁹⁴ Todavia, a falta de proteção jurídica não significava que esse direito não existia na antiguidade. Ao contrário, havia um reconhecimento popular, pois, por exemplo, quando um plagiário era descoberto, esse era castigado moralmente pela opinião pública e pelos mesmos autores que haviam sido plagiados.¹⁹⁵

No século XV, com a criação da imprensa, foi possível a difusão das obras escritas, transformando elas em benefícios para o autor, já que se tornaram objeto de comercialização. Nesse momento, houve uma preocupação com a cópia das obras. Para evitar o plágio, em 1470, foram conferidas as primeiras proteções, autorizando os impressores, de forma exclusiva, a explorarem a impressão de obras muito antigas. Porém, os autores não estavam se beneficiando com essa proteção, visto que todos os benefícios pecuniários da obra ficavam com o editor¹⁹⁶.

Como a prática de impressão das obras se transformou num comércio, os editores começaram a contratar os autores e a pagar-lhes¹⁹⁷, sendo que, no século XVII, ocorreu a implementação de disposições visando assegurar aos autores das obras um percentual da remuneração obtida pelos impressores¹⁹⁸. Em 1710, a fim de combater a pirataria intelectual, o parlamento inglês aprovou, em 10 de abril, o *Statute of Ane*, configurando o primeiro sistema legal de Propriedade Intelectual¹⁹⁹,

¹⁹⁴ Friedlander menciona, no que tange à atividade literária, que “[...] sostienen que de algunas obras literárias se hacían hasta mil ejemplares, lo cierto es que generalmente se sacaban pocas copias, puesto que debían ser manuscritas. Adquirían essas obras los pocos ricos cultos que existían, y así para el autor no constituía ningún medio de enriquecimiento la multiplicación de sus obras. Geralmente los autores eram protegidos por algún gran personaje (Mecenas) o por el Estado (Atenas), y eso les permitía dar expresión concreta y tangible a las elucubraciones de su génio.” E continua, “Los escritores y los músicos, así como los artistas plásticos, trabajaban al amparo acogedor de las comunidades religiosas, de las cortes reales, de los príncipes de sangre e de las Iglesias, que subvenían a su existência, con dádivas e retribuciones de diversa índole. Las obras de los pintores e escultores eran difíciles de imitar, porque no existía forma de copiar mecánicamente la escultura o pintura, y el imitador debía ser tan artista como el autor original, siendo por ello muy raro que un verdadero artista reprodujera lo que había hecho outro.” (FRIEDLANDER, *apud* SATANOWSKY, Isidro. **Derecho Intelectual**. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, V. 1, 1954, p. 9.

¹⁹⁵ A própria lei havia sido influenciada por essa proteção ao autor, como se pode observar no livro XLI, Digesto, título 65, princípio, e no livro XLVII, título 2º, 14, parágrafo 17, que disciplinava o castigo a quem roubasse um manuscrito, significando que a lei romana considerava os manuscritos como uma propriedade especial, a do autor, sancionando seu roubo de forma diferente das demais propriedades. Nesse sentido, consultar: *In*: SATANOWSKY, Isidro. **Derecho Intelectual**. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, v. 1, 1954.

¹⁹⁶ SATANOWSKY, Isidro. **Derecho Intelectual**. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, v. 1, 1954.

¹⁹⁷ SATANOWSKY, Isidro. **Derecho Intelectual**. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, v. 1, 1954.

¹⁹⁸ MAZARIEGOS, Cilia Judith Castellanos. **Necesidad de Creación de Juzgados con Competencia Específica en Materia de Propiedad Intelectual**. 2012. 103 f. Especialização (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) – Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012.

¹⁹⁹ MAZARIEGOS, Cilia Judith Castellanos. **Necesidad de Creación de Juzgados con Competencia Específica en Materia de Propiedad Intelectual**. 2012. 103 f. Especialização (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) – Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012.

outorgando um direito exclusivo de produção para o autor, por vinte anos e, para as obras novas, por quatorze anos, com possibilidade de prorrogação pelo mesmo prazo. Essa proteção dada, num primeiro momento, para os autores, se estendeu para os editores por meio da jurisprudência. O Estatuto tinha por objetivo assegurar a difusão das obras de interesses públicos e, ao mesmo tempo, proteger os direitos dos autores. Por esse motivo, se exigia que cada exemplar fosse impresso com a menção *copyright*.²⁰⁰

Outros países, como a França, Suécia, Estados Unidos, entre outros, também passaram a proteger os direitos dos autores, inclusive ampliando essa proteção para os compositores musicais, artistas, pintores e escultores. Dessa forma, foi reconhecido o direito autoral como um direito natural, conferindo ao autor a titularidade da obra, visto que se considerava um trabalho proveniente do pensamento humano.²⁰¹

Mas foi somente no século XIX que as obras literárias e artísticas ganharam proteção de cunho internacional com a Convenção de Berna, promulgada em 1886.²⁰² Tal convenção ampliava o prazo de proteção do direito autoral, estendendo esse prazo, inclusive, para depois da morte do autor, passando este para seus herdeiros.

No que tange à propriedade industrial, esta começa a carecer de proteção a partir da Revolução Industrial, pois começavam-se a empregar novas tecnologias para a criação de máquinas e equipamentos, visando aumentar e facilitar o processo produtivo, gerando riqueza. Com a expansão do capitalismo e o desenvolvimento dessas tecnologias, se criaram legislações de proteção à propriedade industrial. A mais importante delas é a Convenção de Paris, de 1883,²⁰³ que deu origem ao chamado sistema internacional de proteção à propriedade industrial.

²⁰⁰ SATANOWSKY, Isidro. **Derecho Intelectual**. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, v. 1, 1954.

²⁰¹ MAZARIEGOS, Cilia Judith Castellanos. **Necesidad de Creación de Juzgados con Competencia Específica en Materia de Propiedad Intelectual**. 2012. 103 f. Especialização (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) – Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012.

²⁰² A Convenção de Berna diz respeito à proteção das obras e direitos dos autores. Ela está pautada em três princípios básicos, que contêm uma série de disposições que determinam a proteção mínima que deve ser conferida ao autor. Prevê também disposições especiais para os países em desenvolvimento que quiserem valer-se dela. Nesse sentido, consultar: *In*: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886)**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne>>. Acesso em: 02 maio 2017.

²⁰³ A Convenção de Paris se aplica à propriedade industrial em sua concepção mais ampla, incluindo as patentes, as marcas de produtos e serviços, os desenhos e modelos industriais, os modelos de utilidade (uma espécie de “pequena patente” estabelecida na legislação de alguns países), as marcas de serviços, os nomes comerciais (a denominação que se emprega para a atividade industrial ou comercial), as indicações geográficas (indicações de procedência e denominações de origem) e a repressão a concorrência desleal. Nesse sentido, consultar: *In*: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA

Com o avanço da globalização, especialmente durante o século XX, a propriedade intelectual ganhou força e, a partir desse momento, há a necessidade de criação de uma organização em nível mundial para garantir a proteção do direito intelectual e de suas partes. Visando suprir essa necessidade, em 1967, foi criada a *World Intellectual Property Organization (WIPO)*²⁰⁴.

3.1.2 Aspectos gerais acerca da Propriedade Intelectual

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI)²⁰⁵, em seus mais variados documentos, caracteriza a propriedade intelectual como algo mais amplo que a propriedade industrial. Ela salienta que a propriedade industrial não é um bem tangível, como uma indústria ou matéria prima para a produção industrial, mas algo intangível que, na maioria dos casos, possui um extremo valor monetário. Por esse motivo, a propriedade intelectual é tratada como um tipo especial de propriedade, já que o proprietário (titular) poderá dispor dela como bem entende, e nenhuma outra pessoa poderá utilizá-la, legalmente, sem o seu consentimento. Entretanto, o exercício desse direito está sujeito a limitações geralmente reconhecidas. A partir desses aspectos, a propriedade intelectual se divide em dois ramos: propriedade industrial e direito do autor.

O direito do autor guarda relação com as criações artísticas, sendo que, na maior parte dos idiomas europeus, este se chama direito de autor. A expressão “direito de autor” faz referência ao autor principal, já que diz respeito às criações literárias e artísticas, que só podem ser executadas por este e com seu consentimento. Isso leva em consideração as produções de cópias de obra literária ou artística, como, por

PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883)**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>>. Acesso em: 02 maio 2017.

²⁰⁴ A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) é uma das 16 agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1967, com sede em Genebra. Sua abrangência é internacional, sendo esta criada para promover a proteção da propriedade intelectual em todo o mundo por meio da cooperação entre os Estados e, quando apropriado, em colaboração com qualquer outra organização internacional. A OMPI possui competência para promover o desenvolvimento de medidas destinadas a facilitar a proteção eficiente da propriedade intelectual em âmbito global, bem como harmonizar as legislações nacionais nesta área. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Inside WIPO**. Disponível em: <www.wipo.int/about-wipo/en/>. Acesso em: 04 maio 2017.

²⁰⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Main aspects of Industrial Property. Roundtable on Intellectual Property and Indigenous Peoples**. Geneva, July 23 and 24, 1988. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_indip_rt_98/wipo_indip_rt_98_3_add-annex1.html>. Acesso em: 02 maio 2017.

exemplo, um livro, uma pintura, etc. A segunda expressão, “direitos do autor” ou direitos dos autores, faz referência aos direitos da pessoa criadora da obra artística ou literária, ou seja, seu autor, sendo esta denominação reconhecida pela maioria das legislações, visto que o autor possui alguns direitos específicos sobre sua criação.

Outro ramo da propriedade intelectual é a propriedade industrial que, na concepção de alguns autores, possui um entendimento equivocado, pois não se trata de uma propriedade relativa a bens móveis e imóveis utilizados para a produção industrial, mas um tipo de propriedade que guarda relação com a criação do engenho humano. Normalmente, essas criações são as invenções, os desenhos e os modelos industriais. Dessa forma, as invenções podem ser consideradas a solução para os problemas técnicos; já os desenhos e modelos industriais são as criações estéticas que determinam a aparência dos produtos industriais. Porém, a propriedade industrial não inclui somente esses institutos; ela também engloba as marcas industriais, comerciais e de serviços, os nomes e designações comerciais, protegendo aqui os *domain names* (nomes de domínio), incluindo também as indicações geográficas (indicações de procedência e denominações de origem), bem como a proteção contra a concorrência desleal.

Nesse aspecto, as características de criação intelectual existem, mas são menos predominantes, pois o que importa é o objeto da propriedade industrial que consiste, tipicamente, de sinais que transmitem uma informação aos consumidores, isto é, os símbolos representantes dos produtos e serviços que são ofertados no mercado. Por esse motivo, essa proteção é dirigida contra o uso não autorizado desses signos, visto que poderão induzir os consumidores a erro.²⁰⁶

Por outro lado, alguns doutrinadores²⁰⁷ utilizam a classificação tripartite dos direitos de propriedade intelectual, o que se considera a mais apropriada, visto que enfatizam as diferenças entre as categorias baseadas nos seus próprios antecedentes históricos. Nessa classificação, o direito autoral engloba as obras artísticas, científicas e literárias, às quais se agregam os direitos conexos. Segundo a terminologia

²⁰⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Main aspects of Industrial Property. **Roundtable on Intellectual Property and Indigenous Peoples**. Geneva, July 23 and 24, 1988. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_indip_rt_98/wipo_indip_rt_98_3_add-annex1.html>. Acesso em: 02 maio 2017.

²⁰⁷ PARILLI, Ricardo Antequera. La propiedad intelectual en sus diversas facetas. In.: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera (Org.). **Propiedad Intelectual: temas relevantes en el escenario internacional**. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), 2000.

empregada pelas mais variadas legislações, aqui também se tutelam os intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão.

Na área da produção comercial, estão incluídas as marcas industriais, comerciais e agrícolas, as indicações geográficas e as denominações comerciais, podendo-se enquadrar também os nomes de domínio. A criação técnica compreende as invenções industriais e os descobrimentos (que, em algumas legislações, como a brasileira, são denominados de modelos de utilidade).

Evidentemente, pode-se entender que a expressão “propriedade industrial” não condiz com a realidade de hoje, pois ela designa o segmento industrial. De fato, isso é verdade, já que, no que tange às invenções, o principal interessado é a indústria. Todavia, as marcas, os nomes comerciais e denominações, as indicações geográficas, bem como os *domain names* interessam não somente para a indústria, mas, principalmente, para o comércio e serviço. Apesar dessa contradição, o termo “propriedade intelectual” adquiriu, pelo menos na maioria dos países, um significado que abrange, claramente, não apenas as invenções, mas também todos os outros institutos mencionados²⁰⁸.

3.1.2.1 Alguns princípios fundamentais a respeito da Propriedade Industrial

Como já mencionado, a propriedade intelectual se divide em direitos do autor e propriedade industrial. Entretanto, visto que a temática dessa pesquisa está, diretamente, ligada às questões que envolvem conflitos comerciais, industriais e de serviços relacionados com a propriedade industrial, torna-se importante mencionar alguns princípios relevantes que a fundamentam e que explicam o seu desenvolvimento. Nesse aspecto, elencam-se cinco princípios básicos.²⁰⁹

a) Princípio da exclusividade

Outorga ao titular da propriedade industrial a prerrogativa de explorá-la com exclusividade, opondo-se àquelas pessoas que atentem ao seu direito. Alguns autores

²⁰⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Main aspects of Industrial Property. **Roundtable on Intellectual Property and Indigenous Peoples**. Geneva, July 23 and 24, 1988. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_indip_rt_98/wipo_indip_rt_98_3_add-annex1.html>. Acesso em: 02 maio 2017.

²⁰⁹ THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

consideram essa concessão quase como um monopólio em favor do seu titular, permitindo a este a exploração econômica dela, podendo, inclusive, licenciar o uso da propriedade industrial concedida a um terceiro²¹⁰ de forma voluntária e desde que observados os trâmites legais e a publicidade do ato. Esse princípio também protege, paralelamente, o consumidor (especialmente quando se trata de marcas), pois, por exemplo, o titular de uma marca busca diferenciar seu produto ou serviço por meio das condições de qualidade e de idoneidade, porque é o único que pode se aproveitar de sua comercialização, salvo se transferiu a concessão de sua marca a terceiros. Os instrumentos internacionais, como a Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial (CUP), de 1967, reconhecem esse princípio e exigem a sua observância.

b) Princípio da especialidade

Esse princípio irá se destinar, predominantemente, aos signos distintivos. Essa especialidade valida a exclusividade do direito sobre o bem intangível conforme a sua função. Por exemplo, o registro de signos distintivos deve ser adequado a determinada classe de produto ou serviço que representa.

c) Princípio da temporalidade

A partir dele se justifica a exclusividade dos direitos derivados da propriedade industrial por determinado tempo, sendo que, para cada modalidade, será determinado um prazo específico de proteção. Ele irá garantir que, por um período temporal, o detentor do direito de uso explore a propriedade industrial com exclusividade, restringindo toda e qualquer forma de concorrência desleal.

d) Princípio da territorialidade

Pode ser considerado o exercício do direito concedido para a propriedade industrial dentro do âmbito espacial de seu uso ou registro. Geralmente, o registro de uma propriedade industrial protege o titular dela dentro do território do Estado que a

²¹⁰ Cabe ressaltar que nem todas as modalidades de Propriedade Industrial podem ser transferidas a terceiros; a exceção está nas Indicações Geográficas, em que seu titular é, via de regra, uma associação. Além disso, uma vez concedida a Indicação a uma determinada região, esta não poderá ser transferida a outra. Nesse sentido, consultar: THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

outorga, porém também deve se considerar os acordos supranacionais de integração, como é o caso da União Europeia que aprova registros comunitários de marcas, podendo este direito ser oponível em qualquer Estado da União.

Os princípios elencados fundamentam o instituto da propriedade industrial, estando diretamente ligados aos signos distintivos.

3.2 Os signos distintivos à luz da Propriedade Industrial

O estudo dos signos distintivos compreende as Marcas, as Indicações Geográficas, os Nomes Comerciais/Empresariais, os *Domain Name*, entre outros, porém somente estes interessam à área do Direito. O dicionário Aurélio define o termo “signo” como “[...] Todo objeto, forma ou fenômeno que representa algo distinto de si mesmo”.²¹¹ Juan Carlos Martínez-Villalba²¹², por sua vez, complementa que o signo possui quatro elementos essenciais: (a) deverá ser um objeto; (b) que alude a um produto ou serviço; (c) servindo para distinguir esse objeto/coisa de outros objetos/coisas; (d) frente ao público, sendo que muitas vezes esse público é o consumidor do produto ou do serviço. Para ele, se faltar um desses elementos, não poderá ser considerado signo e, se algum dia foi, deixará de ser.

Essa distinção dos signos pode ser analisada em duas perspectivas. A primeira, do ponto de vista do consumidor, recai sobre o objeto, pois ocasionará uma distinção entre os produtos e/ou serviços oferecidos. Nesse contexto, os signos distintivos permitem aos consumidores reconhecer os produtos e/ou serviços que buscam e distingui-lo de produtos e/ou serviços similares presentes no mercado. O segundo encontra-se relacionado ao titular que o detém, pois, para este, a distinção está no direito sobre o objeto, ou seja, um direito que tutela e concede ao titular a exploração exclusiva de seus produtos e/ou serviços. Por esse motivo, os signos distintivos são considerados bens intangíveis, assim como todos os direitos protegidos pela propriedade industrial.²¹³

²¹¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. totalmente rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1853.

²¹² MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. Teoría general de los signos distintivos. **Revista La Propiedad Inmaterial**, n. 18, Noviembre de 2014, p. 191-219.

²¹³ MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. Teoría general de los signos distintivos. **Revista La Propiedad Inmaterial**. n. 18, Noviembre de 2014, p. 191-219.

Martínez-Villalbra²¹⁴ classifica os signos conforme os objetos que os protegem, visto que o direito tutela de forma especial as distinções de produtos, serviços, lugares, características, pessoas e coletividade. Essa diferenciação é muito importante para o tema em questão, sendo que cada instituto será analisado mais adiante.

a) Signos distintivos de produtos e serviços

São conhecidos como Marcas ou Marcas Comerciais. Como se verá posteriormente, a tutela desses direitos se dará, na maioria dos países, por seu registro. Tal direito garante ao seu detentor a exploração exclusiva, bem como protege este de uma possível concorrência desleal.

b) Certificados de qualidade

Estão relacionados aos padrões de qualidade de certos produtos e serviços. Essa distinção encontra-se presente em algumas legislações relacionadas ao Direito Marcário, em que existe uma divisão entre marcas ordinárias e marcas de garantia (também chamadas de marcas de “qualidade”). Essas últimas não diferenciam produtos e/ou serviços, mas as características destes. Para Martínez-Villalbra,²¹⁵ o problema das marcas de garantia é a necessidade de cumprir níveis de qualidade especificados, mas, para que isso ocorra, devem-se estabelecer mecanismos de controle efetivo, o que muitas vezes não ocorre. Na falta de legislação, seu funcionamento será pautado nas relações contratuais entre o titular da marca e seus licenciados que deverão seguir os regulamentos impostos pelo seu titular.

c) Distintivos de lugares

São chamados de Indicações Geográficas, que se dividem em Indicações de Procedência e Denominação de Origem. Os lugares que possuem uma indicação reconhecida têm seu nome protegido pelo Direito, e seus signos distinguem produtos oriundos daquela região geográfica que possuem qualidades, características e

²¹⁴ MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. Teoría general de los signos distintivos. **Revista La Propiedad Inmaterial**. n. 18, Noviembre de 2014, p. 191-219.

²¹⁵ MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. Teoría general de los signos distintivos. **Revista La Propiedad Inmaterial**. n. 18, Noviembre de 2014, p. 191-219.

notoriedade que se originam naquele território. Em 1958, ocorreu a criação do Sistema de Lisboa para o Registro Internacional das Denominações de Origens.

d) Nomes de pessoais naturais, jurídicas e comerciais

Cada indivíduo possui um signo que o diferencia dos demais, como, por exemplo, o nome, a voz, a imagem, entre outros. O nome da pessoa natural é protegido pelo Direito de Personalidade, sendo este um direito fundamental. Por esse motivo, ele é imprescritível, intransmissível e irrenunciável, sendo possível sua modificação somente em alguns casos e por procedimentos especiais. O nome empresarial (comercial), por sua vez, é o nome da pessoa jurídica, sua “razão comercial”, servindo esta para distinguir uma empresa de outra, seus negócios e atividades econômicas. As pessoas jurídicas têm direito a um nome, e sua tutela se inicia, para as de direito privado, a partir do registro de seu ato constitutivo no órgão competente. Porém, esta proteção se limita ao âmbito onde ela existe formalmente, ou seja, onde a autoridade competente permitiu a sua operação. A Convenção União de Paris (1883), em seu art. 8, disciplina que o nome comercial será protegido em todos os países da União sem a obrigatoriedade do depósito de seu registro, forma ou parte de uma marca de fábrica ou comércio.²¹⁶ Quando se trata de pessoa jurídica de direito público, constata-se que seu nome possui menor controle.

e) Distintivos de coletividades ou individualidade

A propriedade industrial separa os signos individuais dos coletivos. Todavia, nesse aspecto, não se levará em consideração o titular do direito protegido, ou seja, se é um ou são vários detentores, mas, sim, qual o objeto diferenciado: se é um indivíduo ou uma coletividade. Um exemplo são as marcas individuais e as marcas coletivas. Em países que exigem o registro de marcas coletivas, elas só podem ser registradas por meio de uma organização, associação ou instituição, não tendo, por finalidade a utilização por este ente, mas, sim, o uso pelos seus associados, afiliados ou membros do coletivo. Outro exemplo é o reconhecimento das indicações

²¹⁶ “Art. 8 - A trade name shall be protected in all the countries of the Union without the obligation of filing or registration, whether or not it forms part of a trademark.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Convenção União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883)**. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556>. Acesso em: 27 set. 2017.

geográficas, pois, apesar de seu titular ser uma associação, quem irá utilizar os selos de procedência serão seus associados.

Os signos distintivos comerciais, por serem bens mercantis imateriais, possuem um conteúdo patrimonial, e é isso que os diferenciam dos demais signos que, particularmente, se compõem de palavras, como os nomes de pessoas naturais, cujo atributo é um direito de personalidade. Eles, na maioria das vezes, possuem um grande valor dentro dos ativos das empresas que os detêm, pois, sem eles, os produtos e/ou serviços dessas organizações seriam desconhecidos no mercado, circunstância essa que justifica a sua importância.

Como qualquer outro direito, na matéria envolvendo os signos distintivos, pode-se extrair alguns princípios.

3.2.1 Princípios norteadores dos Signos Distintivos e seu desenvolvimento jurídico

Segundo Martínez-Villalba²¹⁷, os signos distintivos estão vinculados a cinco princípios gerais, que são: princípio da veracidade, da não confusão, da unidade, da boa-fé e da legítima defesa, que são aplicados a qualquer signo. Além disso, existem mais seis princípios específicos que serão aplicados aos signos distintivos convencionais, tais como: princípio da temporalidade, da territorialidade, da especialidade, da livre opção, de uso mínimo e, de registrabilidade.

a) Princípio da veracidade

Também é conhecido como princípio da identidade. Ele está relacionado ao direito à informação, à publicidade, pois possui a obrigação de retratar, transmitir a verdade sobre a realidade. Quando se trata de Propriedade Industrial, observa-se a existência de controles de identidade real muito relevantes. Por exemplo, na proteção à Propriedade Industrial, encontram-se as proibições de registro que induzem, especialmente, o consumidor a erro, ao engano ou à confusão. Em se tratando de indicações geográficas, estas necessitam identificar o lugar de procedência do

²¹⁷ MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. Teoría general de los signos distintivos. **Revista La Propiedad Inmaterial**. n. 18, Noviembre de 2014, p. 191-219.

produto²¹⁸. Já os nomes descritos, incluídos dentro das marcas, devem retratar a realidade, sendo que não será considerado lícito o uso de marcas (registradas ou não) que enganem o consumidor acerca de sua origem, qualidade, peso, tamanho, do produto e/ou serviço fornecido.²¹⁹ Além disso, deve-se considerar que o direito à identidade também será regulado e protegido pelas legislações internas, como é o caso do Direito Constitucional e do Civil.

b) Princípio da não confusão

Está diretamente ligado ao princípio da veracidade. Ele assinala que nenhum signo poderá causar confusão. O direito irá reprimir a utilização de signos convencionais que confundam o consumidor ou que não individualizem os seus produtos e/ou serviços.

c) Princípio da unidade

Irá relacionar o signo a um indivíduo, seja ele natural ou jurídico. Esse princípio não estará expressamente consagrado nos ordenamentos internos nem nos acordos internacionais. Ele deverá ser entendido de uma maneira ampla. Por exemplo, o nome comercial serve para distinguir uma determinada empresa; entretanto, quando o consumidor se depara com esse nome comercial, ele, indiretamente, relaciona este à origem das mercadorias e/ou serviços comercializados ou prestados por aquela organização, bem como a sua decoração, a sua localização, etc.

d) Princípio da boa-fé

A boa-fé é considerada um dos mais importantes princípios do direito, pois está relacionada a uma noção de justiça. Ele deverá permear todos os atos e processos que envolvam os signos distintivos, seja no âmbito interno ou externo.

e) Princípio da legítima defesa do próprio signo

²¹⁸ Nesse sentido, consultar: THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual:** o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o *case* do Vale dos Vinhedos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

²¹⁹ Se um vinho é “*Bordeaux*” sua procedência deve ser da região de *Bordeaux*, na França, assim como, se na embalagem de uma carne está descrito “carne de cordeiro”, o conteúdo desta não poderá ter outro tipo de carne; ou se em um Nome de Domínio for registrado em nome da *Adidas* o titular desse registro não poderá ser a *Nike*, pois isso induziria o consumidor à erro.

Quem detém um direito também tem o direito de defendê-lo. Caso ocorra a utilização desse signo por um terceiro que não seja titular do direito, seu detentor poderá se opor a este uso, por meio de mecanismos próprios disciplinados na legislação interna ou nos acordos internacionais. Porém, quando se trata de signos convencionais, o debate aumenta, visto que se discute a possibilidade, ou não, de registrar signos iguais ou similares em categorias diversas daquela que será usada, no intuito de realizar uma proteção defensiva (por exemplo, a marca “*Apple*” na classe alimentícia). O que se concorda, com relação a isso, é que não cabe proteção para lesão de direitos de terceiros.

f) Princípio da temporalidade

O direito sobre um signo convencional, via de regra, não será eterno, já que se determina um lapso temporal para a sua exploração.²²⁰ No caso da proteção às marcas, sua exploração exclusiva é protegida enquanto durar seu registro²²¹. Devido à vida dos signos convencionais ser rápida, em decorrência de sua natureza, o legislador poderá ampliar ou restringir a sua proteção, concedendo mais ou menos prazo, conforme for a situação.

g) Princípio da territorialidade

Princípio esse muito importante para a propriedade intelectual como um todo e que, por via de consequência, está presente na tutela dos signos distintivos. Assim, como o tempo, o espaço territorial também é um limitante para o signo distintivo. Em geral, eles não representam um direito oponível em âmbito mundial, já que as legislações e acordos disciplinam a extensão da sua proteção, baseados no seu uso, na sua notoriedade e no país onde foram registrados. Porém, tem-se uma exceção a esse princípio, pois quando se trata de signos estrangeiros que são notórios e de alto

²²⁰ Uma exceção a isso são as Indicações Geográficas, já que não possuem um período pré-estabelecido para sua exploração. Para as Indicações Geográficas, o legislador não concedeu um prazo definido para o término da proteção. Nesse aspecto, consultar: THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

²²¹ No Brasil, o registro da marca terá um prazo de validade de dez anos, contados a partir da data de sua concessão, porém seu titular poderá prorrogar esse prazo por períodos iguais e sucessivos caso lhe interesse, conforme art. 133 da Lei de Propriedade Industrial brasileira (Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996). BRASIL, **Lei n. 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

renome, a sua proteção se amplia em nível global, como, por exemplo, a marca “Google”, “Apple”, entre outras.

h) Princípio da especialidade

Esse princípio garante que o signo será registrado e conhecido conforme sua categoria. Por essa razão, no que tange ao registro de marcas, criou-se, em 1957, uma Convenção²²² que estabeleceu uma classificação internacional em que se agrupam, em 45 classes, os diferentes produtos e serviços. Cada marca possui uma relação com um produto ou serviço, e o registro em uma classe específica gera proteção para aquela categoria e, em casos específicos, há a possibilidade de tutela em outra classe. Isso permite que os titulares das marcas possam registrar signos iguais em diferentes classes, desde que se proponham utilizá-los em setores distintos do mercado. Cabe ressaltar que esse princípio não é absoluto, pois, havendo chance de confusão por parte do consumidor, esse registro não será aceito.

i) Princípio do uso mínimo

Todos os signos distintivos devem ser usados ou, ao menos, possuir um uso mínimo para permanecerem ativos, pois, caso isso não ocorra, este perderá, progressivamente, sua força de distinção. A legislação marcária exige a utilização da marca por seu titular sob pena de cancelamento e, depois de cancelada, qualquer pessoa poderá requerer o seu uso. Em alguns países, como Inglaterra e Canadá, o registro da marca é mais flexível, e esse princípio não é tão relevante, pois o que importa realmente é a distinção dos produtos e/ou serviços e não o período de utilização desta.

j) Princípio da registrabilidade

Se dá quando uma lei determina que, para o signo ser tutelado e produzir efeitos *erga omnes*, este necessitará de um registro. Dessa forma, é a partir do registro

²²² A Classificação Internacional de Bens e Serviços para o Registro de Marcas foi estabelecida por um Acordo celebrado na Conferência Diplomática de Nice, em 15 de junho de 1957, e foi revisado em Estocolmo e em Genebra, em 1967 e 1977, respectivamente, tendo sido alterado em 1979. Os países partícipes do acordo adotam e aplicam a Classificação de Nice, de forma obrigatória ou subsidiária, para efeitos de registro de Marcas. A sua décima primeira edição entrou em vigor em 1º de janeiro de 2017. (Organização Mundial da Propriedade Intelectual. **Nice Classification**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/classifications/nice/en/>>. Acesso em: 30 set. 2017).

que nasce a proteção jurídica. Esse princípio está relacionado ao direito positivo, pois somente surte efeitos quando previsto em lei.²²³

Avançando nessas considerações, constata-se que quase todos os ordenamentos jurídicos que têm por objetivo disciplinar matérias envolvendo signos distintivos apresentam, implícita ou explicitamente, os princípios elencados por Martínez-Villalba²²⁴.

Em se tratando de desenvolvimento da proteção jurídica dos signos distintivos, esta data do primeiro instrumento internacional para a proteção da Propriedade Industrial, que é a Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial de 1883²²⁵, reconhecida, em sua essência, pelo Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio²²⁶ (TRIPS)²²⁷.

Os acordos e convenções internacionais em matéria de propriedade intelectual, bem como as legislações internas protegem os signos distintivos contra a utilização, por parte de pessoas não autorizadas pelo seu detentor, por meio de procedimentos administrativos ou judiciais suficientes para lograr a observância de todos esses direitos. Esses instrumentos procedimentais visam garantir a propriedade privada e os demais direitos adquiridos, inerentes à concessão da propriedade industrial.

Para uma melhor compreensão dessas proteções, faz-se necessário estudar cada um dos signos distintivos tutelados pelo Direito.

²²³ A legislação brasileira, por meio da Lei n. 9.279/96 estabelece a proteção dos signos distintivos, marcas e indicações geográficas somente a partir do seu registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), salvo se a marca for notória ou de alto renome.

²²⁴ MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. Teoría general de los signos distintivos. **Revista La Propiedad Inmaterial**. n. 18, Noviembre de 2014, p. 191-219.

²²⁵ Atualmente, está em vigor a versão emendada em Estocolmo, no ano de 1967.

²²⁶ Esse acordo trata dos direitos de autor e conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografias de circuitos integrados, proteção do segredo de negócio e controle da concorrência desleal. Estabelece princípios básicos, quanto à existência, abrangência e exercício dos direitos de propriedade intelectual. O objetivo dele é proteger, garantir e regular os diferentes bens imateriais pelo mundo, a fim de facilitar as negociações em âmbito mundial referente aos Direitos de Propriedade Intelectual. Nesse sentido, consultar: THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

²²⁷ Sigla inglesa para designar Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

3.2.2 O instituto das indicações geográficas como signo distintivo e sua tutela no âmbito internacional

Constituem indicações geográficas²²⁸ prerrogativas admitidas internacionalmente por meio de acordos e convênios internacionais concernentes à Propriedade Intelectual e reconhecidas pela Organização Mundial do Comércio (OMC). Sob esse prisma, Salete Boff²²⁹ argumenta que o reconhecimento das indicações geográficas gera desenvolvimento, porque beneficia os produtores, os consumidores, valorizando, assim, o produto local, pois a identificação fomenta uma melhora na qualidade dos produtos, bem como garante a procedência destes.

Contudo a indicação geográfica não é um instituto novo, a origem das indicações geográficas se dá com a evolução da história da humanidade, eis que, na antiguidade, quando se reportava a algum produto, este era relacionado ao seu local de origem. Nesse aspecto, os produtos eram rotulados e distinguidos desde a antiguidade, pois, até o Imperador César, já se recebia os vinhos com a indicação de procedência, e sua produção era controlada. O sistema de controle era tão rígido que a punição para os escravos que entregavam a bebida errada era a execução. Ainda há relatos da existência de indicações geográficas que remontam ao século IV A.C., na antiga Grécia, com os vinhos de Coríntio, de Ícaro e de Rodhes, bem como em Roma, com o mármore de Carrara e com os vinhos de Falerne, o que aponta que a indicação geográfica é o signo distintivo mais antigo de que se tem notícias²³⁰.

Apesar de esse instituto já existir na antiguidade, alguns autores reforçam a tese de que a indicação geográfica conhecida hoje, em especial a denominação de origem, teve seu berço na Europa, visto que os produtores de vinhos costumavam designar o nome do vinho pela região onde este foi produzido. Essa designação se dava em decorrência de suas características, principalmente em virtude de fatores

²²⁸ Com relação a conceituação dada as indicações geográficas nas mais variadas legislações, faz-se necessária uma ressalva a respeito dos termos utilizados. No presente estudo, será utilizada a terminologia indicações geográficas como gênero, sendo a mesma dividida em Indicação de Procedência e Denominação de Origem da mesma forma que é disciplinada pelo Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) e na legislação brasileira sobre propriedade industrial.

²²⁹ BOFF, Salete Oro. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**: inovação, gestão e transferência tecnológica. Passo Fundo: IMED, 2009.

²³⁰ BRUCH, Kelly Lissandra. Indicações geográficas para o Brasil: problemas e perspectivas. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OMO, Florisbal. **Propriedade intelectual**: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

específicos, como clima, solo, altitude, etc.; por esse motivo, os produtos apresentavam atributos peculiares presentes somente naquele local.²³¹ Em virtude disso, os usos desse signo distintivo são uma consequência natural dos produtos e/ou serviços de qualidade que gozam de uma boa reputação.

Para Cristina E. Tortorelli²³², desde os tempos imemoriais, já existia uma estreita relação entre a natureza do selo de qualidade e o reconhecimento da indicação geográfica. Esse processo iniciou em decorrência do costume de se designar um produto com o nome do lugar onde foi produzido. O assentamento de pessoas em zonas específicas e o aprimoramento de matérias primas nos lugares de fabricação coadunaram com os produtores para compor suas marcas com os nomes geográficos dos lugares, sendo o seu uso compartilhado por um conjunto de produtores instalados naquela região delimitada. *Roquefort* é um exemplo dessa designação, visto que, no século XIV, Carlos V concedeu aos habitantes da cidade de Roquefort o uso exclusivo desse nome para distinguir o queijo maturado nas cavernas da região. No mesmo século, a França estabeleceu normas que proibiam dar ao vinho produzido em uma determinada região um nome diverso daquela em que ele havia sido elaborado.

Em meados do século XIX, produtores das regiões francesas de *Bourgogne* e *Bourdeaux* foram convidados para serem fornecedores oficiais de vinhos que seriam servidos em uma exposição internacional realizada em Paris. Então, para assegurar que os vinhos do evento foram produzidos naquelas regiões, os produtores classificaram seus vinhos, sendo essa classificação utilizada como base para a denominação de origem. Esse evento despertou a atenção de outras regiões francesas e também de alguns países europeus que se interessaram em instituir mecanismos para proteger seus produtos, em especial os produtos vinícolas. Essa proteção visava garantir suas características e defender seus produtos dos concorrentes. A partir desse momento, iniciou-se a construção legislativa e administrativa para identificar e proteger as indicações geográficas sobre esses produtos, passando então a configurar esta designação como um “bem”, pelo fato de

²³¹ RODRIGUES, Maria Alice Castro; MENEZES, José Carlos Soares de. A proteção legal à indicação geográfica no Brasil. **Revista da ABPI**, n. 48, set./out. 2000.

²³² TORTORELLI, Cristina Errázuriz. Indicações Geográficas y Denominaciones de Origen: Propiedad Intelectual em progreso. **Revista Chilena de Derecho**, v. 37, n. 2, 2010, p. 207-239.

agregar valor econômico e, por via de consequência, contribui para o desenvolvimento daquela determinada região.²³³

Em decorrência de a indicação geográfica constituir-se um bem jurídico, ela necessitava ser protegida. A França foi o primeiro país a instituir um selo oficial para garantir e controlar a qualidade dos alimentos produzidos em seu país. O selo chamava-se *Apelação de Origem Controlada (AOC)*²³⁴, que foi criado para regulamentar e proteger o uso dos nomes geográficos que designam produtos agrícolas e alimentares. Além disso, ela também foi pioneira em proteger juridicamente suas indicações geográficas, eis que, em 1905, instituiu a Lei sobre Fraudes e Falsificações em Matéria de Produtos ou de Serviços. Tal lei tinha a intenção de proteger a denominação de origem e a qualidade dos vinhos fabricados no País. Já em 1919, a França inovou outra vez, ao instituir uma nova lei visando consolidar o direito de propriedade sobre a denominação de origem.²³⁵

Apesar de a França ter sido pioneira na proteção das indicações geográficas em sua legislação pátria, em âmbito jurídico internacional, a regulamentação acerca dessa temática é mais antiga, iniciando pela Convenção da União de Paris (CUP), que entrou em vigor em 1883. Esse Convênio não define, mas inclui as indicações de procedência e denominações de origem entre os objetos enunciados no art. 1º, 2º²³⁶. Em se tratando de proteção a essas indicações, o Acordo, em seu art. 10, 1º²³⁷, impõe aos países signatários assegurar aos nacionais e aos demais países membros o emprego de recursos legais para reprimir eficazmente as falsas indicações geográficas, bem como legítima, como parte interessada para reclamar os direitos sobre essas indicações e a sanção em virtude do uso indevido da mesma, toda pessoa

²³³ RODRIGUES, Maria Alice Castro; MENEZES, José Carlos Soares de. A proteção legal à indicação geográfica no Brasil. **Revista da ABPI**, n. 48, set./out. 2000.

²³⁴ A Apelação de Origem Controlada é a denominação de um país, uma região ou uma localidade, que designa um produto originário dali cuja qualidade ou características são devidas ao meio geográfico, incluindo os fatores naturais e humanos. (THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013).

²³⁵ THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

²³⁶ Art. 2º. “[...] (2) The protection of industrial property has as its object patents, utility models, industrial designs, trademarks, service marks, trade names, indications of source or appellations of origin, and the repression of unfair competition”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Paris Convention for the Protection of Industrial Property** (1883). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²³⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Paris Convention for the Protection of Industrial Property** (1883). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556>. Acesso em: 15 dez. 2016.

física, produtor, fabricante ou comerciante desses produtos com sede no país de origem ou no país falsamente indicado ou, ainda, no país onde está se empregando a falsa indicação²³⁸. Contudo, muitas críticas são feitas à CUP, visto que suas normas são genéricas e se referem a toda falsa indicação, não sendo restrita às indicações geográficas. Observa-se que esses dispositivos tendem a reprimir fraudes comerciais de um modo geral, cujas sanções se dão por meio dos mecanismos de repressão à concorrência desleal.

Além da CUP, vale salientar também a importância do Acordo de Madri sobre Repressão de Indicações de Procedências Falsas ou Falaciosas sobre os Produtos²³⁹. Este acordo foi celebrado em 1891 e se refere exclusivamente à proteção de indicações de procedência de produtos no comércio internacional e também nas transações internas de cada país membro, reprimindo as falsas indicações e também as que induzam o consumidor a erro. Esse Acordo promove uma proteção muito mais forte para as indicações geográficas.

Outro acordo importante que visa proteger as indicações geográficas é o Acordo de Lisboa Relativo à Proteção das Denominações de Origem e seu Registro Internacional, criado em 1958, revisado em Estocolmo no ano de 1967 e modificado em 1979. Esse Acordo trata de um mecanismo específico de proteção à indicação geográfica. O Acordo de Lisboa inova os Tratados e Acordos que o antecederam, visto que a proteção às indicações geográficas sofreu inovações. Dentre as inovações específicas do Acordo de Lisboa, pode-se mencionar: (a) a proteção exclusiva das denominações de origem, excluindo-se as demais indicações geográficas (art. 2º); (b) a criação de um registro internacional de denominações de origem, tido como requisito para que as denominações gozem da proteção deste Acordo (art. 5º); (c) a proibição do uso indevido de denominações de origem, mesmo quando conste no produto sua verdadeira origem, contenha expressões retificativas ou, ainda, quando traga a denominação somente em sua forma traduzida (art. 3º); (d) a possibilidade temporária

²³⁸ Art. 10, 2 da **Paris Convention for the Protection of Industrial Property** (1883). ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Paris Convention for the Protection of Industrial Property** (1883). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²³⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Acordo de Madri sobre a repressão de indicações de procedência falsas ou falaciosas sobre os produtos**. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=286776>. Acesso em: 15 dez. 2016.

de utilização de denominações de origem, após o seu registro, por terceiros que não os titulares desta denominação (art. 5º).²⁴⁰

Já o Acordo sobre os Aspectos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio (ADPIC)²⁴¹, também conhecido pela sigla inglesa TRIPs, entrou em vigor em 1995 e se constitui no tratado multilateral mais completo que existe sobre propriedade intelectual, além de ser considerado um dos pilares da Organização Mundial do Comércio (OMC).

No que concerne ao instituto das indicações geográficas, este as define como um sinal distintivo que identifica um produto e/ou serviço como originário de um território ou de uma região localizada nesse espaço, tendo sua qualidade, reputação ou outras características imputadas aos fatores predominantes daquela origem geográfica. Por meio deste acordo, as partes interessadas podem impedir a utilização de qualquer indicação que sugira ou demonstre que o produto é proveniente de uma região geográfica distinta de seu verdadeiro local de origem, induzindo o consumidor a erro, ocasionando, em algumas situações, uma concorrência desleal. Por esse motivo, a parte que detém o reconhecimento poderá requerer a negatória ou a invalidade do registro de uma marca comercial ou industrial que contenha ou consista em uma indicação geográfica referente a um produto e/ou serviço não originário do território indicado, se tal registro possa induzir o consumidor a erro. Esse tratado também estabelece uma proteção especial às indicações geográficas de vinhos e bebidas espirituosas.

Nesse sentido, observa-se que ainda existe uma confusão a respeito de alguns signos distintivos; uma delas está pautada no conflito entre as indicações geográficas e as marcas, visto que elas apresentam algumas semelhanças que podem gerar ambiguidades. Em virtude disso, é necessário explorar a temática a respeito da tutela sobre marcas.

3.2.3 As marcas e sua tutela jurídica

²⁴⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Acordo de Lisboa Relativo à Proteção das Denominações de Origem e seu Registro Internacional**. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=285838>. Acesso em 15 dez. 2016.

²⁴¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Acordo sobre os Aspectos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio** (1994). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=305736>. Acesso em: 15 dez. 2016.

Com as inovações tecnológicas e o mercado globalizado, o conhecimento adquiriu, em nossa sociedade, um papel fundamental. As empresas, a cada dia que passa, estão investindo mais em inovações e tecnologias, seja para a produção de seus produtos e prestação de seus serviços ou para a divulgação destes. As consequências dessas mudanças acarretam um alto investimento em propriedade intelectual, gerando, assim, uma supervalorização de seus ativos imateriais.

A fim de diferenciar seus produtos e/ou serviços no mercado, as organizações apostam alto nos signos distintivos, sendo que o mais conhecido deles são as marcas. Elas são instrumentos de grande utilidade para o desenvolvimento de uma empresa, constituindo um patrimônio de grande valor nas operações financeiras, ou seja, quando cuidadosamente exploradas e desenvolvidas, acarretam um ativo empresarial valioso para seus titulares. Para algumas organizações, ela pode ser o mais rentável de todos. Nessa senda, é importante estabelecer direitos exclusivos para a exploração destas, reprimindo o uso indevido, já que a não proteção causaria prejuízos financeiros consideráveis às empresas detentoras delas. Um exemplo dessa garantia são as repressões contra as falsificações, geralmente de marcas de alto renome, pois, com a pirataria, as empresas acabam deixando de lucrar bilhões por ano.

Entende-se por marca de comércio ou de serviço qualquer sinal ou combinação capaz de distinguir os bens e serviços de uma empresa e outras organizações. O Acordo para ADPIC²⁴² autoriza o registro, como marcas, das palavras, incluindo o nome de pessoas, as letras, os números, os elementos figurativos e as combinações de cores²⁴³, assim como qualquer combinação desses signos²⁴⁴. Em decorrência dessa definição, observa-se que a designação se dá aos

²⁴² Art. 15, 1 do Acordo sobre os Aspectos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Acordo sobre os Aspectos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio** (1994). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=305736>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²⁴³ Em se tratando de legislação brasileira sobre Propriedade Industrial, há algumas limitações com relação ao registro de marca, uma vez que a Lei n. 9.279/96, em seu art. 124, proíbe o registro como marca de letras e algarismos, isoladamente, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva, sons e também de cores, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo. (BRASIL. **Lei n. 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direito e obrigações relativos à Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016).

²⁴⁴ Cada vez mais, as legislações internas dos países estão permitindo o registro, como marcas, de formas menos tradicionais, como signos tridimensionais, que se referem à embalagem do produto, como a garrafa de Coca-Cola e a embalagem do chocolate Toblerone; signos sonoros, como é o caso do rugido do leão que abre a reprodução dos filmes produzidos pela MGM (proteção essa concedida pela legislação canadense); sinais olfativos, como o cheiro particular de um azeite, cheiro particular de um determinado tipo de carro, ou mesmo, de um fio de bordar. Claro que em muitos países, a legislação estabelece limites para o registro, especialmente em relação ao que pode ou não ser registrado como marca. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Princípios**

objetos distinguidos por ela, podendo ser produtos (comerciais/industriais) ou serviços.

Num primeiro momento, se estabeleceu e se tutelou somente o registro das marcas industriais ou comerciais. Entretanto, devido à intensidade, variedade e complexidade do tráfego mercantil, nasceu a necessidade de proteção para as marcas de serviços, já que estas eram destinadas a distinguir, perante o mercado, os serviços prestados a muitas empresas, tais como: serviços de transporte, de seguro, de empreitada e construção, de limpeza, entre outros. Nesse contexto, a marca não teria a função de distinguir um determinado produto, mas sua distinção se daria de modo referencial.²⁴⁵ A tutela dada às marcas de serviço encontra-se presente em muitas legislações e também está prevista expressamente na Classificação Internacional estabelecida pelo Acordo de Nice.

Para a OMPI²⁴⁶, as marcas desempenham algumas funções essenciais. A função principal consiste na diferenciação de produtos e serviços de uma determinada organização para com as demais, ou mesmo, entre eles dentro da mesma empresa, pois muitas delas são detentoras de mais de uma marca. Contudo, essa individualização deve ser analisada de forma mais ampla e ser considerada a sua aplicação, definindo, assim, o alcance de sua tutela. Outra finalidade importante é que servem para denotar uma qualidade concreta aos produtos e/ou serviços a que se aplicam, levando o consumidor a confiar nesse signo, conferindo a este uma função de garantia. Entretanto, o produto e/ou serviço que possuem uma determinada marca nem sempre será produzido ou prestado pela empresa detentora desta, pois seu titular tem a prerrogativa de conceder licenças para que outras empresas a explorem. Nesses casos, a organização que possui a concessão deverá respeitar as normas e os padrões de qualidade estabelecidos pelo titular da marca. Ademais, as marcas servem para fomentar as vendas dos produtos e/ou serviços, por isso elas devem atrair o consumidor e inspirar sua confiança.

básicos de la Propiedad Industrial. 2016. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²⁴⁵ CORROZA, Hermenegildo Baylos. **Tratado de Derecho Industrial:** propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal. 2 ed. atual. Madrid: Editorial Civitas S. A., 1993.

²⁴⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Princípios básicos de la Propiedad Industrial.** 2016 Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

A Convenção União de Paris (1883)²⁴⁷, ao tutelar as marcas, estabelece algumas diretrizes que deverão ser seguidas pelos países signatários. Cada país deverá determinar, por legislação interna, os procedimentos para registro e depósito, sendo que uma marca depositada, por seu titular, em um país membro não poderá ser recusada ou invalidada pelo motivo de que não foi depositada ou registrada, primeiramente, no país de origem²⁴⁸. Além disso, seus membros se comprometem a recusar ou invalidar o registro e proibir o uso de uma marca que constitua a reprodução, imitação ou tradução suscetível de confusão com uma marca notoriamente conhecida, evitando, assim, a concorrência desleal. Eles também deverão conceder um prazo mínimo de cinco anos para que o titular da marca altamente reconhecida possa reclamar a anulação daquela.

Nesse sentido, a convenção estabelece que toda marca que estiver regularmente registrada no país de origem terá seu depósito admitido e será protegida em todos os países signatários, sendo que estes países poderão, antes de proceder ao registro definitivo, exigir a apresentação de um certificado de registro no país de origem, expedido pela autoridade competente. Somente não será aceito o registro de uma marca quando afetar direitos adquiridos por terceiros no país, em que está se reclamando a proteção ou quando não exercerem sua função essencial, isto é, não tiverem um caráter distintivo, ou ainda, quando forem contrárias à moral e à ordem pública. Ainda é conferido ao titular um direito de prioridade, ou seja, todo aquele que depositou, regularmente, uma solicitação de registro de marca em algum país membro gozará de um prazo de seis meses para efetuar o depósito em outros países, estando protegido pelo direito de prioridade.

O Acordo sobre os Aspectos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio (1994)²⁴⁹ confere ao titular de uma marca registrada o gozo do direito exclusivo, podendo o mesmo impedir que terceiros, sem o seu consentimento, utilizem, no curso de suas operações comerciais, signos idênticos ou similares daqueles que foram, pelo

²⁴⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Paris Convention for the Protection of Industrial Property** (1883). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²⁴⁸ A Convenção estabelece, como país de origem, o país onde o depositante tenha um estabelecimento comercial ou industrial ou, caso não tenha um estabelecimento empresarial, poderá ser considerado do lugar onde tiver seu domicílio, ou ainda, no país de sua nacionalidade.

²⁴⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Acordo sobre os Aspectos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio** (1994). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=305736>. Acesso em: 15 dez. 2016.

detentor, registrados, a fim de evitar confusão ao consumidor. Determina também prazo para a duração da proteção, pois cada uma das renovações de registro terá duração de, no mínimo, sete anos, podendo estas serem renovadas indefinidamente. Entretanto, para que o registro seja mantido, há necessidade do uso da marca. Caso o detentor desta não a utilize nem demonstre razões pela falta de uso seu, num período ininterrupto de três anos, seu registro poderá ser cancelado, ficando esta liberada para ser utilizada por outra empresa. Por essa razão, como já discutido, a marca constitui um direito exclusivo de seu titular sobre um signo distintivo, servindo esta para diferenciar produtos e/ou serviços frente a outros no mercado.

Ao analisar os tratados e convenções internacionais sobre a temática, extraem-se alguns princípios configuradores fundamentais do Direito Marcário. Um deles é o princípio da registrabilidade, pois a tutela do direito sobre uma marca iniciará com o depósito de seu registro no órgão competente, surtindo, assim, os efeitos jurídicos desejados. Já o princípio da especialidade estabelece que esses efeitos dizem respeito a determinados produtos e/ou serviços. Ademais, tem-se também o princípio da temporalidade, visto que a marca tem um prazo de vigência e, transcorrido esse prazo, a mesma deverá ser renovada, para que não caduque. Outro princípio é o da territorialidade, já que seus efeitos jurídicos valem em territórios determinados. Contudo, o princípio mais importante é o da não confusão. As marcas não podem causar confusão no mercado a respeito de sua procedência, qualidade ou gênero, pois trata-se de um signo criado para distinguir produtos e/ou serviços.

Apesar da grande proteção conferida aos signos distintivos e, em especial, as marcas, o risco de confusão entre esses representam uma das principais preocupações do direito intelectual e da concorrência desleal. Tanto é verdade que uma das causas de não admissão do depósito de registro de uma marca é a existência de um risco de confusão com uma anteriormente registrada ou com outro sinal distintivo, como, por exemplo, as indicações geográficas.

As marcas e as indicações geográficas são sinais distintivos cuja percepção se manifesta de duas formas: a primeira de maneira intrínseca, com atitude identificadora, e a segunda, extrínseca, como aptidão para diferenciar-se de outros signos existentes²⁵⁰. Por isso, ambas distinguem produtos e/ou serviços, protegem o consumidor e garantem a qualidade dos produtos e/ou serviços. Por outro lado, elas

²⁵⁰ MOLINA, Marcela Sandra. Conflictos entre las indicaciones de origen geográfico y las marcas em el derecho argentino. **Revista Chilena de Derecho**. Vol. 44, n. 1, p. 107-132, 2017.

também proporcionam ao consumidor informações relevantes que o ajudam a eleger os melhores produtos. Essas funções justificam a inclusão destas no direito de propriedade industrial. Apesar de serem disciplinadas em categorias diferentes, elas guardam uma estreita relação entre si. Num primeiro momento, essas similitudes justificariam uma confusão, porém, entre esses dois institutos existem diferenças consideráveis.

As marcas, como já exaurido, servem para identificar e distinguir produtos e/ou serviços de uma empresa no mercado e podem consistir em: palavras com ou sem sentidos conceituais, desenhos, emblemas, imagens ou outro sinal com capacidade distintiva. Possuem, ainda, um único titular e um valor imaterial independente do produto, gerando benefícios econômicos para este. Já as indicações geográficas identificam alguns produtos e/ou serviços oriundos de uma região geográfica determinada, podendo ser utilizada por todos os produtores instalados naquela área, acarretando o desenvolvimento regional. O uso indevido deste instituto poderá gerar graves consequências, não somente para os produtores, mas para a economia local.²⁵¹ Para evitar prejuízos consideráveis, tanto para as marcas como para as indicações geográficas, faz-se necessária uma proteção rigorosa desses dois institutos.

3.2.4 Os nomes empresariais e títulos do estabelecimento como signos distintivos

Os nomes empresariais, assim como os títulos do estabelecimento²⁵², são considerados como sinais distintivos da atividade empresarial. Por essa razão, a empresa deve ter um único nome empresarial, porquanto seu titular deve evitar a alteração deste, apesar das legislações autorizarem essa modificação, para que seus clientes/consumidores consigam reconhecer, por meio do nome, a organização

²⁵¹ Nesse sentido, consultar: THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual**: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

²⁵² Denominados também de nome fantasia. Ele serve para que o consumidor reconheça o estabelecimento comercial e o distinga dos demais. Sua função é sinalizar a sede física da empresa onde o empresário realiza as suas operações. (JUÁREZ, Jesús Alejandro Ham. **Nombre comercial**: coordinación normativa y registral con la denominación social. Su tránsito hacia la marca de servicio. 2014. 428 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social. Universitat de Barcelona, Barcelona/Espanha, 2014. Disponível em: www.tdx.cat/handle/10803/145977#?. Acesso em: 15 out. 2017).

empresarial. Especialmente num mercado globalizado, é exigido das empresas, como resultado da ordem econômica, o desenvolvimento, a individualização e a distinção destas em relação aos seus concorrentes. Dessa forma, não se pode separar o nome empresarial da pessoa, visto que há um anúncio indireto da individualização da pessoa jurídica e dos produtos e/ou serviços produzidos, prestados ou transformados por estas.²⁵³

Esses signos, entretanto, são pouco estudados em matéria de propriedade intelectual, já que esta temática está relacionada, para muitos autores, ao direito civil/empresarial, por ser considerado um direito de personalidade do empresário e não um direito de propriedade.

Contrário a essa afirmação, João da Gama Cerqueira²⁵⁴ identifica o nome como um dos elementos da propriedade industrial, pois reconhece um direito de propriedade sobre esse nome, isto é, um direito de propriedade sobre um bem incorpóreo, devendo o mesmo ser regulado pelo direito de propriedade industrial. Outro fator que corrobora esse entendimento é que o nome comercial possui um valor econômico agregado que está diretamente relacionado com seus clientes, sendo que seu titular possui o uso exclusivo deste. Para o autor, o nome comercial é a denominação exercida pelo empresário ou sociedade empresarial no desenvolvimento de sua atividade comercial, industrial ou de serviços, tornando-se um sinal que diferencia uma empresa de outra no exercício empresarial.

No que tange a essa discussão, a própria Convenção União de Paris²⁵⁵ (1883), que estabelece diretrizes para a tutela do direito de propriedade intelectual, disciplina a temática, enfatiza que os nomes comerciais²⁵⁶ são direitos protegidos pelo instituto da propriedade intelectual, outorgando a seus titulares guarda em todos os

²⁵³ JUÁREZ, Jesús Alejandro Ham. **Nombre comercial:** coordinación normativa y registral con la denominación social. Su tránsito hacia la marca de servicio. 2014. 428 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social. Universitat de Barcelona, Barcelona/Espanha, 2014. Disponível em: <www.tdx.cat/handle/10803/145977#?>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁵⁴ CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 1. 1946.

²⁵⁵ O art. 8 da Convenção da União de Paris estabelece que “A trade name shall be protected in all the countries of the Union without the obligation of filing or registration, whether or not it forms part of a trademark.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Paris Convention for the Protection of Industrial Property** (1883). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556>. Acesso em: 15 dez. 2016.

²⁵⁶ Aqui entende-se por nome comercial aquele nome usado pelo empresário ou pela sociedade empresarial inserida em qualquer ramo de atividade, seja na área da indústria, do comércio ou de serviço, servindo como traço identificador destes.

países signatários desta, sem a obrigatoriedade²⁵⁷ de ser realizado depósito ou registro, independentemente de este ser ou não parte de uma marca registrada. Além disso, quaisquer produtos que levem ilicitamente um nome comercial, no âmbito dos países membros cujo nome comercial esteja protegido, terão sua importação embargada, garantindo proteção igualitária a este e a marca registrada. Tal perspectiva demonstra, claramente, que o nome empresarial é um direito de propriedade imaterial, devendo o mesmo ser protegido pelo direito intelectual.

Por ser um sinal de diferenciação, o nome comercial cumpre diversas funções mercadológicas. A principal delas é a de identificar e diferenciar, pois identifica o empresário no exercício de sua atividade empresarial e distingue a sua atividade das demais atividades idênticas ou semelhantes. Outra atribuição é a de captar clientes, se esta empresa gozar de uma boa reputação no mercado.

Outro tratado internacional importante a respeito do assunto é a Convenção Geral Interamericana sobre Proteção Marcária e Comercial de 1929²⁵⁸, também denominada de Convenção de Washington, uma vez que caracteriza como nomes comerciais as razões sociais, os nomes de empresas/empresários individuais, sociedades empresariais, sindicatos, cooperativas e outras entidades reconhecidas pelos Estados membros, sejam estes empregados no setor industrial, comercial, agrícola/agropecuário ou de serviços, desde que possam diferenciar o negócio, a atividade ou sua finalidade. Determina, assim, como a CUP, que a proteção se dará sem a necessidade de registro ou depósito deste. Além disso, proíbe o uso ou adoção de um nome comercial idêntico ou semelhante ao legalmente adotado por outro, bem como a utilização, o registro ou depósito de uma marca cujo elemento distintivo principal seja formado por parte ou por todo nome comercial já adotado por outra empresa.

Nesse aspecto, adquire-se o direito à proteção ao nome comercial, quando da primeira utilização deste na área empresarial, cessando essa proteção no momento em que se encerram as atividades da empresa ou do estabelecimento comercial. Em decorrência disso, é outorgada ao seu titular a faculdade de impedir o uso de um signo idêntico ou semelhante, quando esse emprego for capaz de causar confusão ou risco

²⁵⁷ No Brasil, a proteção ao nome empresarial se dá a partir do momento em que o ato constitutivo da empresa é levada a registro e registrada no órgão competente.

²⁵⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Convención General Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial** (1929). Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/oas-tmcp/trt_oas_tmcp.pdf>. Acesso em: 8 set. 2017.

de associação com a empresa do detentor ou com seus produtos e/ou serviços. Contudo, quando se está diante de nomes empresariais notoriamente conhecidos, a proteção a estes é mais rigorosa, pois o uso indevido gera um aproveitamento desleal do prestígio da empresa no mercado, causando danos econômicos irreparáveis.

Apesar de toda a tutela envolvendo os signos distintivos, a fim de evitar conflitos que acarretem lesão aos consumidores e prejuízos financeiros às organizações empresariais, observa-se, ainda, uma grande confusão entre esses institutos. Tais confusões desencadeiam disputas entre eles, como é o caso das indicações geográficas e marcas, marcas e nomes empresariais e, nos últimos tempos, com o avanço da tecnologia e conseqüente expansão da *Internet*, discussões envolvendo esses signos distintivos e o registro dos nomes de domínio.

3.3 A Internet e o *Domain Name System* (DNS)

A internet hoje é um fenômeno técnico, econômico e social que transformou o mundo em pouquíssimo tempo. Cada vez mais, pessoas estão conectadas na Rede e possuem acesso a todos os benefícios a aplicações disponíveis. Porém, quando começou esse fenômeno?

Na II Guerra Mundial ocorreu a utilização de computadores eletrônicos visando processar cálculos matemáticos, a fim de sanar problemas de balística e decifrar códigos criptografados. Entretanto, foi a Guerra Fria que propulsionou o surgimento da Rede Mundial de Computadores, visto que, na segunda metade do século XX, Estados Unidos e União Soviética disputavam o domínio da tecnologia espacial. Essa disputa resultou no estudo, por parte do governo americano, para o desenvolvimento de uma rede integrando os diversos computadores da Advanced Research Projects Agency (ARPA)²⁵⁹ e de empresas financiadas por esta, rede esta que se denominou ARPANET (junção entre a sigla ARPA e o termo NET (rede em inglês)).

²⁵⁹ Advanced Research Projects Agency foi criada, em caráter de urgência, em fevereiro de 1958, em meio a um dos momentos mais dramáticos da história da Guerra Fria. Tal criação se deu após a União Soviética lançar um Míssil Balístico Intercontinental (ICBM), o primeiro satélite do mundo, o Sputnik I e o segundo satélite do mundo, dois meses após o lançamento do Sputnik I. A partir desses acontecimentos, os Estados Unidos assumiram o compromisso de serem os iniciadores e não mais a vítima de surpresas tecnológicas estratégicas, o que trouxe como resultado o desenvolvimento tecnológico do país, como, por exemplo, a criação de armas de precisão, reconhecimento automatizado de voz e a tradução de idiomas, a Internet, etc. *In*: Defense Advanced Research Projects Agency. Disponível em: <<https://www.darpa.mil/>>. Acesso em: 05 maio 2017.

Nos anos seguintes ao da criação da ARPANET, ocorreu o desenvolvimento de redes de computadores paralelas a ela, umas chamadas de LAN e outras de WAN. As primeiras eram redes locais, tendo sido desenhadas para conectar somente computadores em curtas distâncias, como, por exemplo, computadores de uma empresa que estavam localizadas num mesmo prédio. As segundas eram redes mais amplas que se conectavam a computadores de longa distância, como os localizados em outras cidades.²⁶⁰

Após inúmeras tentativas de integrar os computadores, Robert Taylor combinou as ideias de computação de rede, criadas por Licklider, e a rede de comunicação por comutação de pacotes²⁶¹, idealizada por Baran, dando início ao *Interface Message Processor* (IMP), possibilitando uma conexão remota entre os computadores, bem como fundando a base tecnológica e material para o desenvolvimento da *internet* nos anos seguintes.²⁶²

Observa-se que, num primeiro momento, o desenvolvimento das redes de computadores estava à disposição do governo norte-americano, sendo, inclusive, financiado por este. Contudo, essa era uma tecnologia que não poderia permanecer nas mãos de um único detentor, então, no final da década de 1970 e início da década de 1980, quando as principais inovações tecnológicas ganharam notoriedade, buscou-se “abrir a rede de computadores a um número maior de pessoas e países”.²⁶³ Entretanto, as redes que proliferavam ao longo desses anos operavam com diversos

²⁶⁰ COMER, Douglas E. **El libro de Internet**. 2 ed. México: Pearson Higher Education & Professional Group, 2001.

²⁶¹ “Nas redes de computadores, baseadas nessa técnica, a informação é dividida em pequenas partes (pacotes) antes de ser enviada. Cada pacote carrega o endereço de origem e o de destino, sendo que os pacotes viajam pela rede como unidades independentes de informação, podendo tomar rotas diferentes até o computador de destino, onde são reordenados e checados e a informação é então reconstituída. A comutação de pacotes permite que diversos usuários compartilhem um mesmo canal de comunicação.” Nesse sentido, consultar: CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. **A trajetória da Internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança**. 2006. 259 f. Dissertação (Mestrado em Ciências de Engenharia e Sistemas de Computação) – Programa de Pós-graduação de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 11. Disponível em: <<http://www.nethistory.info/Resources/Internet-BR-Dissertacao-Mestrado-MSavio-v1.2.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2017.

²⁶² CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. **A trajetória da Internet no Brasil: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança**. 2006. 259 f. Dissertação (Mestrado em Ciências de Engenharia e Sistemas de Computação) – Programa de Pós-graduação de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.nethistory.info/Resources/Internet-BR-Dissertacao-Mestrado-MSavio-v1.2.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2017.

²⁶³ BOLAÑOS, César; CASTAÑEDA, Marcos Alain; VASCONCELOS, Daniel. Para uma análise do desenvolvimento histórico da *internet*. In: BOLAÑO, César (Org.), **Economia Política da Internet**. São Cristóvão: Editora UF, 2007, p. 175.

protocolos, impossibilitando a sua conexão. Todavia, mais tarde, esse problema foi solucionado devido à criação do Protocolo de Controle de Transmissão/Protocolo de Internet (TCP/IP) que permitiu a conexão das redes LAN, WAN e ARPANET, projetando-se a atual *internet*.²⁶⁴

Com a ligação dessas redes ao TCP/IP, iniciou-se o desenvolvimento da *Internet*, que viria a ser uma conexão realizada por meio de computadores chamados “router”, que transportavam informações do remetente até o destinatário. Alguns anos se passaram até o sistema se tornar confiável. Durante a década de 1980, a Fundação Nacional para a Ciência (NSF), entidade governamental norte-americana, assumiu o controle dessa rede e a direcionou para fins acadêmicos. Em 1991, a entidade permitiu o acesso de particulares à *internet* e, a partir desse momento, seu crescimento superou qualquer expectativa.²⁶⁵

Em apenas alguns anos, a *internet* se consolidou como uma plataforma poderosa, mudando para sempre a maneira de se comunicar e gerando uma dimensão globalizada. Contudo, alguns aspectos impulsionaram uma recente evolução dela: um deles foi o surgimento das redes sociais e o outro, a tecnologia móvel. Essas duas inovações mudaram a maneira de as pessoas usarem *internet*. Nas redes sociais, os indivíduos passaram a se comunicar e a fazer amigos em toda parte do mundo, especialmente após a criação do *Facebook*, em 2004. A tecnologia móvel, por outro lado, levou a *internet* ao alcance de milhões de usuários, aumentando, consideravelmente, a sua área de abrangência.

Para demonstrar a expansão da *internet*, a Internet World Stats²⁶⁶ coleta e disponibiliza dados sobre essa evolução, bem como traça comparativos do desenvolvimento desta desde a sua criação. Veja-se a tabela abaixo:

Tabela 1 - Evolução do número de usuários de *Internet* de 2000 até jun. 2017

²⁶⁴ COMER, Douglas E **El libro de Internet**. 2. ed. México: Pearson Higher Education & Professional Group, 2001.

²⁶⁵ LEINER, Barry M. *et. al.* **Una breve historia de Internet**. Segunda parte. 1998. Disponível em: <<http://www2.ati.es/DOCS//internet/histint/histint2.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

²⁶⁶ Internet World Stats. Disponível em: <<http://www.internetworldstats.com/emarketing.htm>>. Acesso em 15 set. 2017.

Regiões do mundo	População (2017 leste)	População % do mundo	Usuários da Internet 30 de junho de 2017	Penetração Taxa (% Pop.)	Crescimento 2000-2017	Internet Usuários%
<u>África</u>	1246504865	16,6%	388376491	31,2%	8.503,1%	10,0%
<u>Ásia</u>	4148177672	55,2%	1938075631	46,7%	1.595,5%	49,7%
<u>Europa</u>	822710362	10,9%	659634487	80,2%	527,6%	17,0%
<u>América Latina / Caribe</u>	647604645	8,6%	404269163	62,4%	2.137,4%	10,4%
<u>Oriente Médio</u>	250327574	3,3%	146972123	58,7%	4.374,3%	3,8%
<u>América do Norte</u>	363224006	4,8%	320059368	88,1%	196,1%	8,2%
<u>Oceania / Austrália</u>	40479846	0,5%	28180356	69,6%	269,8%	0,7%
<u>TOTAL DO MUNDO</u>	7519028970	100,0%	3885567619	51,7%	976,4%	100,0%

NOTAS: (1) Estatísticas da Utilização da Internet e da População Mundial atualizadas em 30 de junho de 2017; (2) Os números demográficos (População) são baseados na Divisão de População das Nações Unidas; (3) Informações de uso da Internet da Nielsen Online, da UIT, da União Internacional de Telecomunicações, da GfK, por reguladores locais de TIC e outras fontes confiáveis.

Fonte: Internet World Stats, 2017.²⁶⁷

Estima-se que mais de 3 bilhões de pessoas possuam acesso à *internet*. Esse dado representa que 51,7% da população mundial encontra-se conectada à Rede Mundial de Computadores, sendo que 88,1% desses usuários estão localizados na América do Norte. Observa-se ainda que, mesmo nos continentes mais pobres, como é o caso da África, 31,2% da população está conectada, índice que representa um aumento de, aproximadamente, 8.503% em 17 anos.

Apesar de a *internet* não ser o ator principal desta Tese, tem-se que deixar claro alguns conceitos técnicos muito importantes, como o sistema www, http e IP.

O sistema www se desenvolveu, originariamente, do Conselho Europeu para a Investigação Nuclear (CERN) e possui como iniciais *World Wide Web* (rede de cobertura mundial). Essa rede permite obter informações depositadas em um computador por meio de um computador remoto àquele. As informações são encontradas graças a um protocolo especial, que necessita de um servidor *web*. Esse servidor *web* é um computador que armazena os documentos e os entrega ao *browser*²⁶⁸ por meio de um protocolo http.

²⁶⁷ INTERNET WORLD STATS. Disponível em: <<http://www.internetworldstats.com/emarketing.htm>>. Acesso em 15 set. 2017

²⁶⁸ *Browser*, também conhecido como navegador, é um programa que permite o acesso ou interpretação de arquivos, como por exemplo o HTML que é uma linguagem de programação. Sérgio Augusto Freitas de Souza, explica o termo “*browser*” como “[...]um programa utilizado para acessar documentos na Internet. O primeiro browser a surgir com sucesso foi Spy Mosaic. Desde o Mosaic, os browsers têm evoluído chegando, inclusive, a níveis de sofisticação próximos a de um sistema operacional [...]”. O autor ainda salienta que o *browser* deve ser entendido “[...] como um processador de texto. Qual seria a diferença básica? Primeiro, os documentos acessados pelo browser estão armazenados em outro computador; segundo, os browsers trabalham com hipertexto.”. Nesse sentido consultar: SOUZA, Sérgio Augusto Freitas de. A Internet e o ensino de línguas estrangeiras. **Linguagem & Ensino**, vol. 2, n. 1, 1999, p. 139-172, p. 145.

O http é uma sigla inglesa para *Hyper Text Transfer Protocol*²⁶⁹ que, em português, significa Protocolo de Transferência de Hipertexto, cujo sistema de informação permite a transferência de dados na *internet*. O IP, sigla inglesa para *Internet Protocol*, é um protocolo, ou seja, um conjunto único de números mundialmente reconhecidos, que permite a identificação dos computadores conectados à *internet*, sendo o responsável também pelo encaminhamento das mensagens até o seu destinatário.

No início do desenvolvimento da *internet*, os computadores eram identificados por meio de um sistema semelhante ao dos números telefônicos. Devido ao baixo número de pessoas que possuíam acesso à *internet*, era fácil conhecer os IPs que localizavam os computadores. Porém, com a expansão da Rede e com o crescimento exponencial de usuários, se tornou complicada a utilização desse sistema, levando à criação de um novo, denominado *Domain Name System* (DNS), permitindo, assim, localizar o computador sem a necessidade de conhecer o IP.

3.4 Domain Name System (DNS)

Os usuários podem acessar a Rede, de forma direta e individual, por meio de seu computador ou dispositivo móvel, mediante um provedor de acesso à *internet*, que é o responsável por oferecer a conexão. Para isso, a pessoa deve contratar um provedor de acesso à internet, que gratuitamente ou mediante pagamento, realizará

²⁶⁹ Um protocolo chamado HTTP (HyperText Transfer Protocol) é composto de 4 etapas: “[...] (1) Conexão, (2) Solicitação, (3) Resposta e (4) Encerramento. Na fase da conexão, o cliente Web (programa paginador ou browser) tenta conectar-se ao servidor. Se a conexão não for possível, o browser emite uma mensagem de erro. Se for realizada, passa-se ao segundo estágio. Uma vez, então, estabelecida a conexão ao servidor HTTP, o cliente manda uma solicitação a este servidor. A solicitação especifica que protocolo está sendo usado e o objeto desejado. Pressupondo que o servidor possa atender a solicitação (se não puder, emite uma mensagem de erro), esse então executa a resposta. É a transferência do arquivo em si. Normalmente, nesse momento, podemos ler algo como Transferring from server, ou algo parecido, na linha de status do browser. Uma vez concluída a transferência, a conexão é encerrada. Nesse momento, o browser entra em ação novamente. Se for texto, o mostra. Se for música, a toca. Se for uma figura, a apresenta. Na verdade, tudo isso pode estar presente numa só página: um documento HTML (HyperText Markup Language), que é um dos responsáveis pela popularização da Web. Um documento HTML é um documento codificado de tal forma que possa ser interpretado por qualquer computador que tenha acesso à rede. É uma linguagem que tem evoluído com o tempo. As primeiras versões de HTML permitiam somente textos. Posteriormente foram adicionadas as capacidades de apresentar figuras e sons. As versões mais recentes permitem a inclusão de vídeo digitalizado, bem como a inclusão de linguagens para a execução de programas, como Java. Os documentos que vemos no browser geralmente são HTML e carregam a extensão .htm ou .html. Um documento HTML está para o browser assim como um arquivo .DOC está para um processador de texto.”. Nesse sentido consultar: SOUZA, Sérgio Augusto Freitas de. A Internet e o ensino de línguas estrangeiras. **Linguagem & Ensino**, vol. 2, n. 1, 1999, p. 139-172, p. 144.

a conexão com o computador ou com o dispositivo móvel, por meio de cabo ou antena. O provedor, por sua vez, está conectado à Rede, e é por intermédio dele que se acessa os mais diversos *sites* em nível mundial.

Todos os computadores e dispositivos móveis que interagem com a *internet* são identificados por meio de um sistema conhecido como *Internet Protocol Address* (IP *Address*), que é um código numérico único. Mas, como esse código era de difícil memorização e com a necessidade de ampliar a infraestrutura da internet, criou-se o Sistema de Nomes de Domínio, um dos maiores sistemas existentes, sendo constituído por uma base de dados relacional destinada a associar cada IP a uma combinação alfanumérica (nome de domínio), que pode ser composto por letras, números, certos signos ou por uma combinação destes, todos eles associados a uma classificação ou codificação de tipo temático ou territorial.²⁷⁰

Os nomes de domínio são os endereços das casas virtuais na *internet*, como por, exemplo, “msf.org”, “apple.com”, entre outros. Eles correspondem, como já mencionado, a um número de IP, porém, como as sequências numéricas são difíceis de lembrar, os usuários da *internet* substituem estes por nomes de domínio que são, invisivelmente, traduzidos pelos servidores do *Domain Name System*. Pode-se dizer que o nome de domínio é um nome fictício para o identificador real do computador. O “.org”, no exemplo citado, refere-se a uma entidade organizacional, o “*Medecins Sans Frontieres*” e o “.com” refere-se a uma entidade comercial, a “Apple”. O “identificador” “msf” e “apple” é o domínio de segundo nível (SLD)²⁷¹. Já “.com” e “.org” são considerados TLDs²⁷² genéricos (gTLDs). Os TLDs de código de país, como “.br” (Brasil), “.us” (Estados Unidos), “.fr” (França) não são genéricos porque se referem a áreas geográficas específicas. O Centro de Informações da Rede de *Internet*

²⁷⁰ PANG, Jeffrey *et. al.*. **Availability, Usage, and Deployment Characteristics of the Domain Name System.** Disponível em: <<http://ai2-s2-pdfs.s3.amazonaws.com/6a30/a4a1c653ba222b04411eb023786aa855e3f5.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2017.

²⁷¹ Sigla inglesa para *Second Level Domain*. Trata-se de um domínio de nível secundário, isto é, um núcleo de endereço eletrônico, sendo um elemento alfanumérico.

²⁷² Sigla inglesa para *Top Level Domain*. É um domínio de nível superior, sendo destinado a indicar, em geral, o tipo de atividade de informação, denominado, em tal caso TLD temático, genérico ou global (gTLD), ou um território geográfico, centro principal de atividade ou território no qual está dirigida a atividade ou informação, denominado de TLD geográfico, nacional ou de *country code* (ccTLD). Em se tratando de gTLDs, estes se classificam em fechado, cujos registros são reservados a determinadas instituições ou organizações que detenham determinada natureza ou cumprem certos requisitos, como, por exemplo, “.edu”, “.gov”, “.org”, ou abertos, que são aqueles suscetíveis de serem registrados por qualquer pessoa, como, por exemplo, “.com”, “.ind”, “.net”. Nesse sentido, consultar: *In*: SILVA, Javier Torre de, LETONA, López. **Internet, propiedad industrial y competencia desleal.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

(InterNIC), atualmente, atribui nomes de domínio para os TLDs como “.com” (comercial), “.edu” (educacional), “.gov” (governamental), “.net” (rede) e “.org” (organizacional).²⁷³

Como já ressaltado, o Sistema de Nomes de Domínio é um banco de dados responsável por traduzir nomes para endereços de locais de rede, sendo sua funcionalidade indispensável para quase todos os aplicativos desta, incluindo a navegação na *web* e o *e-mail*. Apesar de não ser muito complexo, a sua implementação compreende muitos componentes diferentes. A infraestrutura de um Sistema de Nome de Domínio é composta por três componentes: computador conectado na *Internet*, servidores locais de *Domain Name System* (LDNS) e servidores DNS autorizados (ADNS). Para realizar uma pesquisa, o usuário acessa o computador que faz um pedido para o servidor LDNS configurado e que, de forma interativa, consulta os servidores ADNS necessários para resolver o mapeamento do pedido de nome para endereço.

Contudo, o *Domain Name System* permanece em constante mudança. Em 2012, a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN)²⁷⁴ permitiu um novo procedimento aplicado aos novos domínios de nível superior genéricos (gTLDs), ou seja, aplicativos para executar um registro para novos “strings” à direita do “ponto” em um nome de domínio, uma vez que esse registro é um banco de dados de nomes de domínios que associam informações do registrante em um espaço de gTLD específico. Segundo informações da ICANN, esse processo está projetado para

²⁷³ MEWES, Heather N. Memorandum of Understanding on the Generic Top-Level Domain Name Space of the Internet Domain Name System. **Berkeley Technology Law Journal**. v.. 13. jan. 1998, p. 235-247.

Disponível

em:

<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=btlj&redir=1&referer=https%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fhl%3Dpt-BR%26as_sdt%3D0%252C5%26q%3DDomain%2BName%2Bsystem%2Blaw%26btnG%3D>.

Acesso em: 27 set. 2017.

²⁷⁴ A *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) é uma corporação organizada internacionalmente, sem fins lucrativos, que é responsável pela alocação de espaço do endereço de Protocolo de Internet (IP), atribuições de identificador de protocolo, genérico (gTLD) e códigos de país (ccTLD) de nível superior, além do gerenciamento do Sistema de Nomes de Domínio e funções de gerenciamento de sistema do servidor raiz. Originalmente, a *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) e outras entidades realizam esses serviços sob contrato do governo norteamericano. A ICANN hoje executa as funções da IANA. Como uma parceria público-privada, a ICANN se dedica a preservar a estabilidade operacional da Internet, para promover a concorrência; para alcançar uma ampla representação das comunidades globais da Internet; e ao desenvolvimento de políticas adequadas à sua missão, por meio de processos ascendentes e baseados no consenso. O *Domain Name System* traduz o nome de domínio que o usuário digita no endereço IP correspondente e o conecta ao site desejado. Ele também permite que o *e-mail* funcione corretamente, para que o *e-mail* enviado atinja o destinatário pretendido. (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Disponível em: <<https://www.icann.org/get-started>>. Acesso em: 29 set. 2017.

duas fases. A primeira fase faz referência à proteção de marcas registradas e liberdade de expressão que poderá, em médio prazo, ter um impacto significativo sobre a forma de como os negócios serão conduzidos na Rede.²⁷⁵

Antes do novo processo de gTLDs, a ICANN autorizou várias entidades, ao redor do mundo, a manter seus cadastros como Registradores para que pudessem registrar também os novos nomes de domínio no segundo nível do gTLD. No caso dos gTLDs originais, as organizações que desejam possuir um endereço na *web* deverão procurar um Registrador autorizado pela ICANN para proceder ao registro um nome de domínio, incorporando ao seu nome ou à sua marca o gTLD relevante, como, por exemplo, a Nike Inc. que registrou nike.com.

A nova política da ICANN instituiu um novo programa de gTLDs que tem por objetivo aumentar competição e evitar escassez em espaços de domínio. A ICANN começou a formular esse novo programa em 2005, desenvolvendo um guia de candidatura para que o mesmo fosse aplicado em 2012. Ao formular o novo processo, a ICANN foi sensível às preocupações sobre a proteção dos direitos de propriedade intelectual nas novas cadeias de gTLD, tentando evitar usos impróprios de novos gTLDs, a fim de proteger vários interesses, como termos culturalmente específicos, marcas registradas e termos geograficamente relevantes.²⁷⁶

A introdução do novo processo de gTLD aumentou, de certa forma, a perspectiva de equilibrar os direitos de marca com outros interesses importantes no espaço de domínio. Os nomes de domínio registrados cresceram, exponencialmente, ao longo dos anos, e o número de disputadas acerca desses registros também. Contudo, cabe ressaltar que, apesar de a ICANN possuir uma Política Uniforme de Resolução de Disputas de Nomes de Domínio (UDRP)²⁷⁷, tal mecanismo não afasta

²⁷⁵ LIPTON, Jacqueline D.. Looking back on the first round of new gTLD applications: implications for the future of domain name regulation. **Mapping the Digital Frontiers of Trade and Intellectual Property**. Global Commission on Internet Governance. Research Volume Three. Canadá: Centre for International Governance Innovation and the Royal Institute of International Affairs, 2016.

²⁷⁶ LIPTON, Jacqueline D.. Looking back on the first round of new gTLD applications: implications for the future of domain name regulation. **Mapping the Digital Frontiers of Trade and Intellectual Property**. Global Commission on Internet Governance. Research Volume Three. Canadá: Centre for International Governance Innovation and the Royal Institute of International Affairs, 2016.

²⁷⁷ UDRP, sigla inglesa para designar *Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy* foi implementada pela ICANN em 1999, visando, num primeiro momento, coibir os cybersquatting, isto é, o registro de um nome de domínio correspondente a outra pessoa ou marca registrada com o intuito de má-fé do domínio do nome, seja oferecendo-o para a venda à marca registrada titular ou a um competidor de forma a interromper o negócio do titular da marca registrada. (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-em>>. Acesso em: 29 set. 2017).

a jurisdição dos tribunais nacionais, sendo que as leis domésticas, incluindo a legislação sobre marcas registradas, podem ser aplicadas a essas disputas.

Nesse sentido, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), por meio do seu Centro de Arbitragem e Mediação, é uma das organizações que estão autorizadas a administrar as denúncias envolvendo conflitos relacionados aos nomes de domínio. As queixas de maior incidência dizem respeito ao pedido de averiguação, visando constatar se a marca registrada está sendo utilizada como nome de domínio por outra pessoa, pois isso traz confusão ao consumidor (usuário da internet).²⁷⁸ Porém, as questões relativas a essas disputas serão tratadas no último capítulo.

3.4.1 Aspectos inerentes aos registros dos Domain Name

A *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) coordena os identificadores únicos a nível global, uma vez que, para se chegar a outra pessoa na *internet*, é necessário digitar um endereço na *web* (um nome ou um número), sendo que esse endereço deve ser exclusivo para que o sistema possa encontrar. Essa coordenação é essencial, pois, sem ela, não se teria uma *Internet* global. Além disso, a ICANN também auxilia nas funções da *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), que são serviços técnicos essenciais para as operações contínuas do catálogo de endereços subordinados da *internet*, denominado de Sistema de Nomes de Domínio.

A IANA tem por atribuição coordenar os parâmetros de protocolo técnico, incluindo o gerenciamento do domínio de nível superior da área de parâmetros de endereço de roteamento (ARPA), bem como a administração de certas responsabilidades associadas à gestão da zona de raiz DNS da *Internet*, como o domínio genérico (gTLD) e o código do país (ccTLD) de nível superior e a alocação de recursos de numeração da *internet*, entre outros serviços. Por todos esses motivos, a ICANN é reconhecida mundialmente como organização produtora de políticas de governança da *internet*, tema que será abordado no último capítulo.²⁷⁹

²⁷⁸ LIPTON, Jacqueline D. Looking back on the first round of new gTLD applications: implications for the future of domain name regulation. **Mapping the Digital Frontiers of Trade and Intellectual Property**. Global Commission on Internet Governance. Research Volume Three. Canadá: Centre for International Governance Innovation and the Royal Institute of International Affairs, 2016.

²⁷⁹ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>>. Acesso em: 30 set. 2017.

A ICANN mantém parceria a nível global para garantir segurança e rapidez nos registros de Nomes de Domínio, por isso mantém políticas para credenciar os operadores de registros. O papel do operador de registro dentro do ecossistema da *internet* é manter o banco de dados mestre de todos os nomes de domínio registrados em cada *top-level domain* (TLD) e gerar o "*zone file*" que permite aos computadores encaminhar o tráfego de *internet* para e de TDL em qualquer lugar do mundo.²⁸⁰

Qualquer organização que tiver a intenção de registrar um nome de domínio sob um domínio genérico de nível superior (gTLD) poderá fazê-lo usando um registrador credenciado pela ICANN, uma vez que existem vários registradores credenciados localizados em todo o mundo e que oferecem suporte nos idiomas locais. Essa relação jurídica é regida por um contrato de Registro entre as partes. Entretanto, após ter os direitos de um Nome de Domínio reconhecido, o registrante adquire direitos e responsabilidades. Os direitos incluem o acesso a informações do seu registrador sobre processos para registrar, gerenciar, transferir, renovar e restaurar o seu registro de Nome de Domínio. Já sua responsabilidade envolve a não violação de marca registrada, o fornecimento de informações contratuais precisas e a notificação imediata, a seu registrador, de qualquer alteração no contato, respondendo, rapidamente, ao pedido deste acerca de informações relacionadas ao seu registro de Nome de Domínio.²⁸¹

3.4.2 A natureza jurídica dos Domain Name

Nos últimos anos, a legislação que trata da propriedade intelectual vem sendo confrontada com o surgimento de novas tecnologias, tais como: invenções biotecnológicas, sistemas avançados de programas de computadores, entre outros. Além disso, a expansão da *internet*, como já mencionado, levantou novas questões legais acerca da propriedade intelectual, especialmente questionando o princípio da especialidade e da territorialidade. O acoplamento estrutural entre o sistema internacional, envolvendo a nomeação privada e autorregulada da *Internet* e os sistemas estritamente nacionais de registro de marcas confiados a órgãos públicos nacionais representa novos desafios que deverão ser superados pelo direito de

²⁸⁰ Internet Corporation for Assignee Names and Numbers (ICANN). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>>. Acesso em: 30 set. 2017.

²⁸¹ Internet Corporation for Assignee Names and Numbers (ICANN). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>>. Acesso em: 30 set. 2017.

propriedade intelectual. Por esse motivo, o tráfego de informações e a designação de empresas ou fontes de informações são de grande importância, sendo esta facilitada pela utilização dos nomes de domínios apropriados e constituindo um novo assunto para a propriedade intelectual, tema este específico para os ambientes digitais. Mesmo que os nomes de domínios sejam considerados sinais distintivos, ainda ocorre divergência sobre a sua natureza jurídica.²⁸²

Hodiernamente, existem três grandes correntes dispostas a explicar a natureza jurídica dos nomes de domínios e, por via de consequência, os direitos outorgados aos seus titulares. A primeira delas entende que os nomes de domínios são bens autônomos. A segunda considera que estes possuem efeito de um contrato para a prestação dos serviços entre o registrador e o titular. Já a última postura doutrinária reconhece os nomes de domínio como uma variante da primeira corrente, visto que estima que esses são novos signos distintivos das organizações empresariais e de seus produtos e/ou serviços²⁸³.

Segundo Marcos Morales Andrade,²⁸⁴ a tese de que os nomes de domínios são bens autônomos encontra guarida em doutrinadores norteamericanos, visto que, para eles, esses seriam ativos intangíveis das empresas, podendo os mesmos ser transferidos, gravados ou cedidos. Esse posicionamento é sustentado na *Anticybersquatting Consumer Protection Act* (ACPA)²⁸⁵, consolidando o argumento de que os nomes de domínio são desconectados do seu contrato de registro. Filia-se a

²⁸² GOLA, Romain. **La Régulation de L'Internet**: noms de domaine et droit des marques. 473 fl. Tese de doutorado. Université de Montréal. Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal et à Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille III. 2002. Montreal/Canadá, 2002. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2766>>. Acesso em: 26 set. 2017.

²⁸³ ANDRADE, Marcos Morales. **Natureza jurídica de los nombres de dominio en el derecho chileno**. 2004. Disponível em: <<https://www.achipi.cl/wp-content/uploads/2016/07/Morales-Marcos-Naturaleza-juridica-de-los-nombres-de-dominio1.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

²⁸⁴ ANDRADE, Marcos Morales. **Natureza jurídica de los nombres de dominio en el derecho chileno**. 2004. Disponível em: <<https://www.achipi.cl/wp-content/uploads/2016/07/Morales-Marcos-Naturaleza-juridica-de-los-nombres-de-dominio1.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

²⁸⁵ É uma lei norteamericana de proteção ao consumidor. Ela foi promulgada em 1999 e concebida para frustrar os cybersquatters que registram os nomes de domínio da Internet que contenham marcas registradas, sem intenção de criar um *site* legítimo, mas pleiteiam vender esse nome de domínio para o proprietário da marca registrada ou um terceiro. Por isso, a lei estabelece que os titulares das marcas possuem mecanismos para propor uma ação contra qualquer pessoa que, utilizando-se de má-fé, deseja lucrar com a marca registrada de outra pessoa, registrando ou usando um nome de domínio que é idêntico ou confusamente semelhante a uma marca registrada ou diluente de uma marca famosa. Assim como acontece com a UDRP, essa legislação também delinea indicadores de má-fé e de defesas para o uso legítimo. Entretanto, tal normativa não possui caráter internacional, ficando sua aplicação restrita aos Estados Unidos da América. ANTI-CYBERSQUATTING PIRACY ACT (ACPA). 1999. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/property00/domain/legislation.html>>. Acesso em: 16 out. 2017.

essa postura também o entendimento de que, se os nomes de domínio não fossem considerados bens em si mesmos, não teria como explicar a proliferação de *sites* dedicados à compra e venda desses nomes, sendo que essas operações são ofertadas e quantificadas conforme o valor mercadológico de cada nome de domínio.

A corrente que considera que os nomes de domínio são somente efeitos dos contratos de prestação de serviços entre o titular e a entidade registradora, portanto, não seriam bens e, muito menos, direitos com relação a estes, origina-se e encontra-se respalda na jurisprudência norteamericana. A decisão foi prolatada no processo entre a Umbro International, Inc. vs Network Solutions, Inc. (NSI)²⁸⁶, proferida pela Corte Suprema da Virgínia, nos Estados Unidos. Nesse processo, a empresa americana Umbro International, Inc. demandou o registrador Network Solutions, INC. (NSI) para que o mesmo embargasse vários nomes de domínios que estavam sendo contestados. Em primeira instância, o tribunal entendeu que os registros dos nomes de domínios da *internet* são “*valuable intangible property subject to garnishment*”²⁸⁷ e concluiu que a Umbro tem um interesse possessório nos nomes de domínios registrados com a NSI e que esses são uma nova forma de propriedade intelectual.

No entanto, a NSI argumenta que o tribunal de primeira instância concluiu, de forma equivocada, pois os nomes de domínios da *internet* não são uma nova forma de propriedade intelectual e justifica que o contrato de serviço de registro é a única fonte de direitos adquiridos por um registrante, visto que o titular recebe apenas o direito contratual condicional à associação exclusiva do nome de domínio registrado com um determinado número de IP, por um determinado período de tempo, pois os nomes de domínios são, simplesmente, um ponto de referência em um banco de dados de computador, ou seja, uma abreviatura para os serviços de registro que permitem que o sistema de endereçamento da *internet* reconheça um nome de domínio específico como um endereço válido.

Nesse aspecto, A Corte Suprema da Virgínia decidiu no sentido de reconhecer que o registrante do nome de domínio adquire o direito contratual de usar este de forma exclusiva e por um determinado tempo; contudo, esse direito está, diretamente,

²⁸⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DA VIRGÍNIA. **Umbro International, Inc. versus Network Solutions, Inc.** Registro n. 991168. Decisão: 21 de abril de 2000. Disponível em: <caselaw.findlaw.com/va-supreme-court/1462313.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁸⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DA VIRGÍNIA. **Umbro International, Inc. versus Network Solutions, Inc.** Registro n. 991168. Decisão: 21 de abril de 2000. Disponível em: <caselaw.findlaw.com/va-supreme-court/1462313.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

relacionado aos serviços de nomes de domínios oferecidos pela NSI, concluindo que um registro de nome de domínio é o produto de um contrato de prestação de serviço entre o registrador e o registrante.

A postura doutrinária que entende os nomes de domínio como signos distintivos empresariais é majoritária, sendo que tal posicionamento também é compartilhado e abordado nesta pesquisa. Muitos autores equiparam os nomes de domínios às marcas ou nomes empresariais, visto que eles desempenham funções distintivas, mas com as mesmas características desses sinais. Como já exposto anteriormente, os signos distintivos têm por finalidade diferenciar as empresas uma das outras, bem como seus produtos e serviços, evitando qualquer tipo de confusão para o consumidor. Nessa perspectiva, observa-se que os nomes de domínio, apesar de terem natureza e origens distintas dos demais sinais distintivos, cumprem a mesma aplicabilidade no mercado que estes, configurando-se como o principal sinal identificador e diferenciador da *internet*.

Segundo a Recomendação Conjunta Relativa às Disposições sobre a Proteção das Marcas e outros Direitos de Propriedade Industrial sobre Signos na *Internet*, adotada pela Assembleia da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial e pela Assembleia geral da OMPI, na trigésima sexta série de reuniões das assembleias dos Estados membros, realizada de 24 de setembro a 3 de outubro de 2001²⁸⁸, estabeleceu, em seu art. 2º, segunda parte, que o uso de um signo na *internet* será tutelado em um Estado membro se esta utilização tiver efeitos comerciais nesse país. Tal recomendação tem por finalidade a criação de quadro legal para os proprietários de marcas que desejam utilizá-las na *internet*. Além disso, o uso de qualquer signo distintivo na *internet* poderá ser levado em consideração para determinar se o direito de propriedade industrial foi ou não violado.

Considerando as recomendações da OMPI e as atribuições dos signos distintivos, sustenta-se que os nomes de domínios desempenham uma função técnica de identificação ou localização de computadores que, na maioria das vezes, estão, diretamente, ligados a uma organização empresarial. Por isso, pode-se afirmar que

²⁸⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Recomendação conjunta relativa às disposições sobre a proteção das marcas e outros direitos de propriedade industrial sobre signos na internet**, adotada pela Assembleia da União de Paris para a proteção da propriedade industrial e a Assembleia geral da OMPI na trigésima sexta série de reuniões das assembleias dos Estados membros da OMPI, de 24 de setembro a 3 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/marks/845/pub845.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

os nomes de domínios possuem a mesma natureza jurídica que os signos distintivos, sendo reconhecidos como signos atípicos ou *sui generis*. Portanto, independentemente do lugar que esses ocupam dentro da amplitude de gênero dos signos distintivos, os nomes de domínios cumprem a função de identificar o título que distingue os conteúdos incluídos em cada *site* dentro da *internet*, podendo tratar, por sua vez, das informações relacionadas aos produtos, serviços ou outras pertinentes às organizações empresariais. Nesse sentido, permite-se aplicar a esses algumas das principais características que regem os signos distintivos.²⁸⁹

Qualquer usuário da *internet*, em algum momento, se apoia aos mecanismos de buscas para ingressar em *sites* da rede. Para encontrar algum produto ou empresa específica, geralmente é inserido, nos buscadores, a marca comercial ou algum jogo de palavras relacionadas ao sinal dessa. Constata-se que os nomes de domínios condicionam a sua existência a elementos diferenciadores que os distingam de outros bens de natureza similar e que permitam ao consumidor identificar a atividade desempenhada a partir desse nome. Por esse motivo é que existe a necessidade de os nomes de domínio serem únicos, não podendo existir dois nomes de domínios idênticos. Entretanto, pode-se registrar um nome de domínio semelhante, alterando, por exemplo, somente a sua extensão gTDL, situação esta que acaba gerando disputas entre os nomes de domínio e outros signos distintivos.

Contudo, para que esses acontecimentos não ocorram ou para minimizar seus impactos, faz-se necessário implementar instrumentos de proteção. Ricardo Antequera Hernández²⁹⁰ ressalta que, assim como as marcas, os nomes de domínio merecem proteção jurídica, sendo tal fato justificado pelo valor agregado a esses signos, já que servem também para captar clientes ou usuários. Além disso, existe uma necessidade de proteção do consumidor em relação ao seu direito de ter acesso a uma informação que coincida com suas expectativas e não ser enganado por terceiros que registram como domínio marcas ou nomes de seus concorrentes para as mais diferentes finalidades. Pelo exposto, considera-se que os nomes de domínios

²⁸⁹ HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera. Los nombres de dominio en el ámbito del derecho mercario. In: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera (Org.). **Propiedad Intelectual: temas relevantes en el escenario internacional**. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), 2000.

²⁹⁰ HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera. Los nombres de dominio en el ámbito del derecho mercario. In: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera (Org.). **Propiedad Intelectual: temas relevantes en el escenario internacional**. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), 2000.

que possuem fins comerciais cumprem, perfeitamente, a principal função dos signos distintivos, isto é, a diferenciação. A partir disso, deve-se considerar a possibilidade de ocorrer alguns conflitos, em matéria de propriedade industrial, entre os signos distintivos e as marcas registradas, por exemplo.

3.4.3 Conflitos envolvendo *Domain Names*

A relevância do registro de sinais distintivos, em especial dos nomes de domínios, tem levado a uma extraordinária proliferação de conflitos que surgem entre os registrantes desses nomes e certos titulares de outros signos. Os empresários que detêm direitos sobre algum sinal distintivo, usados no “mundo físico”, buscam utilizar esses no espaço virtual. Visando atingir esse objetivo, eles buscam reproduzir os sinais distintivos de suas organizações empresariais em nomes de domínios, no intuito de permitir que os usuários da *internet* localizem, facilmente, seus *sites* (sua empresa e seus produtos e/ou serviços).²⁹¹ Sob essa perspectiva, ressalta-se que o registro de um nome de domínio não poderá prejudicar terceiro nem causar confusão ao consumidor, da mesma forma que não poderá gerar conflito algum em matéria de direito de propriedade industrial.

3.4.3.1 Conflitos entre *Domain Names* e Signos Distintivos

Inicialmente, as disputas de domínios eram bastante raras entre os administradores dos nomes de domínio e os titulares de marcas registradas,²⁹² mas, a partir do ano de 1996, observa-se um crescimento nos registros de nomes de domínio para fins empresariais²⁹³. Isso se dá em decorrência do monopólio que a Network Solutions, Inc. (NSI) detinha, pois era a única empresa que prestava serviços

²⁹¹ JIMÉNEZ, David López; GIRÓN Víctor Manuel Castillo. En torno al conflicto entre nombres de dominio y otros signos distintivos de las empresas: la política uniforme de solución de controversias. **Revista de Estudios Económicos y Empresariales**. N. 24, México, 2012, p. 183-217.

²⁹² ANISIMOV, Aleksey Pavlovich; RYZHENKOV, Anatoly Jakovlevich; KOZHEMYAKIN, Dmitriy Vladimirovich. Theory and practice of protection of personal names in the domain space or “renewed” cybersquatting (in terms of the states of Eastern Europe). **Information & Communications Technology Law**. Vol. 24, n. 1, 2015, p. 104-117.

²⁹³ PICASSO, Jorge A. Chávez. **Administración de conflictos entre nombres de dominio y signos distintivos**. 2004. 128 fls. Monografía. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima/Perú, 2004. Disponível em: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2239/1/Chavez_pj.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

de registro de nomes de domínio. É nesta data que os nomes de domínio começam a desempenhar duas funções primordiais: a primeira de identificador técnico de direções IP na internet e a segunda como signo distintivo empresarial, capaz de diferenciar as organizações empresariais, uma das outras e seus produtos e serviços, assim como fazem as marcas registradas. Não obstante, a NSI, nessa época, contava com uma política de resolução de conflitos que tinha limitações territoriais, visto que somente alcançava as empresas com marcas registradas nos Estados Unidos, deixando as demais empresas estrangeiras desprotegidas e a mercê dos piratas da *internet*.

Devido à sua essência, o Sistema de Nomes de Domínio permite registrar, em nível mundial, somente um único nome, o que descarta a possibilidade de ter registros de nomes de domínio iguais na rede. Essa política de registro está pautada no princípio “*first come, first served*”. O nome de domínio, como modo de endereçamento, torna possível a substituição de um endereço de IP por uma designação verbal, que é mais intuitiva e mais fácil de ser lembrada pelo usuário da rede. Por isso, um domínio bem sucedido torna um *site* reconhecido, dando a este credibilidade e agregando valor. Isso faz com que os proprietários de marcas registradas queiram usar estas como nomes de domínios nos endereços de seus *sites*.²⁹⁴

Os nomes de domínios, de certa forma, emprestam o “valor comercial” de um signo distintivo de uma organização empresarial, pois qualquer usuário/consumidor associará os *sites* registrados sobre esse endereço com o titular do signo; em geral, esse sinal será uma marca registrada. No entanto, essa situação ocasionou um grande número de abusos, por parte dos usuários da *internet*, já que estes registravam nomes de domínios com o objetivo de revendê-los ou utilizá-los para obter vantagens indevidas.²⁹⁵

Essas situações possuem duas frentes. A primeira delas consiste no registro de um nome de domínio por uma determinada empresa ou pessoa física, e o seu oferecimento mediante grande pagamento ou vantagens aos titulares das marcas

²⁹⁴ ANISIMOV, Aleksey Pavlovich; RYZHENKOV, Anatoly Jakovlevich; KOZHEMYAKIN, Dmitriy Vladimirovich. Theory and practice of protection of personal names in the domain space or “renewed” cybersquatting (in terms of the states os Eastern Europe). **Information & Communications Technology Law**. Vol. 24, n. 1, 2015, p. 104-117.

²⁹⁵ ANISIMOV, Aleksey Pavlovich; RYZHENKOV, Anatoly Jakovlevich; KOZHEMYAKIN, Dmitriy Vladimirovich. Theory and practice of protection of personal names in the domain space or “renewed” cybersquatting (in terms of the states os Eastern Europe). **Information & Communications Technology Law**. Vol. 24, n. 1, 2015, p. 104-117.

registradas.²⁹⁶ Pode também incluir a venda de produtos similares, utilizando uma “falsa marca” ou, ainda, publicar informações não confiáveis no *site*, prejudicando os negócios e a reputação do titular da marca registrada.²⁹⁷ Tal situação é conhecida como “*cybersquatting*”.

Já a outra diz respeito ao registro de uma grande quantidade de nomes de domínios requeridos por uma única pessoa, física ou jurídica, sendo que, na maioria das situações, esses nomes de domínios estão diretamente ligados a signos distintivos de alto valor agregado.²⁹⁸ Após o registro, o nome é ofertado no mercado e vendido para a organização empresarial que pagar mais, ficando esta detentora do endereço na *web*, podendo explorar todos os benefícios que esse nome lhe proporcionou.

Essas condutas são, geralmente, dolosas e estão relacionadas à má-fé, pois, nesses casos, os registrantes não possuem nenhum interesse legítimo sobre os nomes de domínio, sendo que, geralmente, a única intenção é auferir altos lucros com a venda ou o licenciamento para o proprietário de um signo distintivo já registrado. Porém, num primeiro momento, essas atividades não eram consideradas ilegais, acarretando prejuízos significativos aos titulares dos direitos desses signos, visto que estes titulares eram forçados a comprar os nomes de domínios a preços elevados. Tal situação levou os proprietários desses signos a buscar proteção de seus direitos junto aos tribunais.²⁹⁹

Com o tempo, os tribunais passaram a caracterizar essas ações como violação de direitos exclusivos sobre marcas registradas, pois, no entendimento destes, essas condutas induziam o consumidor a erro, porquanto criavam a ilusão de

²⁹⁶ PICASSO, Jorge A. Chávez. **Administración de conflictos entre nombres de dominio y signos distintivos**. 2004. 128 fls. Monografía. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima/Perú, 2004. Disponível em: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2239/1/Chavez_pj.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

²⁹⁷ ANISIMOV, Aleksey Pavlovich; RYZHENKOV, Anatoly Jakovlevich; KOZHEMYAKIN, Dmitriy Vladimirovich. Theory and practice of protection of personal names in the domain space or “renewed” cybersquatting (in terms of the states os Eastern Europe). **Information & Communications Technology Law**. Vol. 24, n. 1, 2015, p. 104-117.

²⁹⁸ JIMÉNEZ, David López; GIRÓN Víctor Manuel Castillo. En torno al conflicto entre nombres de dominio y otros signos distintivos de las empresas: la política uniforme de solución de controversias. **Revista de Estudios Económicos y Empresariales**. N. 24, México, 2012, p. 183-217.

²⁹⁹ ANISIMOV, Aleksey Pavlovich; RYZHENKOV, Anatoly Jakovlevich; KOZHEMYAKIN, Dmitriy Vladimirovich. Theory and practice of protection of personal names in the domain space or “renewed” cybersquatting (in terms of the states os Eastern Europe). **Information & Communications Technology Law**. Vol. 24, n. 1, 2015, p. 104-117.

uma relação entre o proprietário do nome de domínio e o titular da marca registrada. Por outro lado, esses problemas não estão relacionados somente com as marcas, visto que estas não são os únicos signos distintivos existentes, apesar de serem os mais comuns. Essas práticas dolosas também atingem outros signos, como indicações geográficas, nomes empresariais, entre outros.

Em virtude de os nomes de domínio serem identificadores de negócios e possuírem funções semelhantes, acabam por colidir com outros sinais empresariais, na maioria deles, como já salientado, com as marcas. As marcas são criadas para identificar ou diferenciar um produto e/ou serviço, ou uma organização empresarial de outra, enquanto os nomes de domínios servem para identificar as empresas na rede mundial de computadores. Por esse motivo, os conflitos entre marcas e nomes de domínios são tão comuns. É habitual que o titular de uma marca registrada queira ter no nome de domínio esta marca, porém este nome de domínio, contendo ela, já pode ter sido registrado. Tal situação, então, gerará uma disputa sobre a identidade ou a confusa semelhança entre o nome de domínio e o signo distintivo, bem como uma discussão a respeito de quem tem direito e interesses legítimos sobre o nome em questão. Mas, a fim de diminuir essas disputas, tem-se reconhecido que os titulares das marcas são legitimados para proibirem o registro de nomes de domínios, contendo todo ou parte da marca registrada, bem como para opor-se à sua utilização de má-fé.

No entanto, argumenta-se que, em virtude de os nomes de domínios serem signos empresariais, estes deverão ser reconhecidos como tais, devendo desassociar-se o seu registro com o debate sobre marca registrada, até porque eles possuem características diversas. Claro que a discussão sobre as funções e características destes podem estar relacionadas aos bens e/ou serviços, até porque as marcas devem ser registradas em consonância com os bens e serviços que representam. Contudo, os nomes de domínios não estão ligados a quaisquer bens ou serviços, muito embora os domínios de nível superior genéricos destinam-se a designar a atividade em que os nomes de domínios devem ser usados; todavia, a não utilização não acarretará consequências sobre a sua validade.³⁰⁰

Apesar disso, as disputas abarcando esses dois signos distintivos devem ser adequadamente resolvidas, levando em consideração as suas peculiaridades. Ana

³⁰⁰ MARINKOVIC, Ana Racki. On domain names and trademarks. *Journal of Internet Law*. Vol. 15. Issue 12. Jun. 2012, p. 29-36.

Racki Marinkovic³⁰¹ enfatiza que uma confusão entre esses sinais empresariais somente deveria existir em relação aos bens e serviços oriundos de uma determinada empresa, pois, se o conflito não possui ligação com eles, não há conexão nem violação de marcas registradas. Nesse caso, a proteção concedida, englobando a proibição e transferência de titularidade do nome de domínio, só deveria se dar se o registro do nome de domínio tirasse vantagens indevidas ou se causasse uma confusão no consumidor. Por certo que, se de forma contumaz, for utilizada a titularidade do direito marcário como único fundamento para solucionar as discussões acerca desses signos, pode-se ter decisões injustas.³⁰²

No entanto, Ana Maria Pacón³⁰³ rebate esse argumento, discorrendo que a dupla função dos nomes de domínios deve estar sujeita às regras básicas que regem o direito sobre marcas. Assim, necessitam respeitar os direitos anteriores de terceiros, especialmente no que tange aos conflitos surgidos entre uma marca registrada anterior e o uso de um nome de domínio posterior. Por outro lado, os nomes de domínios também devem respeitar as proibições que existem no direito marcário, em particular as denominações genéricas e descritivas.

Ademais, devem-se considerar as profundas diferenças estruturais que podem existir entre os diferentes regimes jurídicos que permeiam a propriedade intelectual. A proteção legal sobre as marcas, como já discutido, ilustra características distintas entre os dois principais sistemas jurídicos ocidentais (*civil law* e *common law*), quando se trata de sua aquisição, originando um obstáculo à harmonização desses sistemas e uma perfeita regulamentação em nível mundial.³⁰⁴

A partir dessas considerações, observa-se que é cada vez mais comum disputas envolvendo os nomes de domínios e outros signos distintivos, em especial

³⁰¹ MARINKOVIC, Ana Racki. On domain names and trademarks. **Journal of Internet Law**. Vol. 15. Issue 12. Jun. 2012, p. 29-36.

³⁰² GARCÍA, Eugenia Duffau. **Argumentación en base a derechos marcarios, utilizada en conflictos sobre asignación de nombres de dominio**: análisis de sus principios y criterios. 363 fl. Monografía. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2008. Santiago/Chile, 2008. Disponível em: <www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-duffau_e/pdfAmont/de-duffau_e.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

³⁰³ PACÓN, Ana Maria. Los derechos sobre los signos distintivos y su importancia en una economía globalizada. In: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera (Org.). **Propiedad Intelectual**: temas relevantes en el escenario internacional. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), 2000.

³⁰⁴ GOLLA, Romain. **La Régulation de L'Internet**: noms de domaine et droit des marques. 473 fl. Tese de doutorado. Université de Montréal. Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal et à Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille III. 2002. Montreal/Canadá, 2002. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2766>>. Acesso em: 26 set. 2017.

as marcas; por esse motivo, a ICANN estabeleceu uma Política de Resolução de Disputas de Nomes de Domínios (UDRP). Como se pode constatar, o advento da *internet* redefiniu não somente as normativas envolvendo o direito de propriedade intelectual, mas também as normas para litigar esses conflitos. Para Konstantinos Komaitis³⁰⁵, enquanto os tribunais de todo o mundo estavam tentando encontrar maneiras para lidar com as inúmeras demandas, compreendendo disputas sobre questões relacionadas à *internet*, o instituto da arbitragem foi avançando e sendo utilizado para solucionar essas questões. O autor ainda enfatiza que a arbitragem sempre levou vantagem em relação às discussões judiciais por fornecer uma rápida e, na maioria dos casos, uma forma barata de resolver várias controvérsias.

Por isso, no mundo virtual onde emergem novos fenômenos, ficando estes, muitas vezes, à margem da tradição e da cultura, a arbitragem é considerada como a única alternativa para lidar com disputas relacionadas à *internet*. Sendo assim, percebe-se que o modelo de arbitragem foi a solução lógica encontrada para dirimir as discussões entre os signos distintivos, particularmente as marcas e os nomes de domínios, levando os redatores da UDRP a pensarem que um processo arbitral teria mais sentido para esse tipo de disputa e, por via de consequência, atenderia as necessidades dos usuários da rede mundial de computadores com agilidade e a custos mais baixos.

Nesse sentido, o próximo capítulo abordará o instituto da arbitragem e as suas peculiaridades.

³⁰⁵ KOMAITIS, Konstantinos. Pandora's Box is Finally Opened: The Uniform Domain Name Dispute Resolution Process and Arbitration. **International Review of Law Computers & Technology**, vol. 19, n. 1, mar. 2005, p. 99-116.

4 A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A arbitragem é amplamente utilizada pela comunidade em nível mundial, sendo, inclusive, disciplinada em alguns tratados internacionais face à regulação do comércio internacional. Tal necessidade de regulação construiu uma relativa uniformização no âmbito do direito internacional privado, de forma a utilizar, especialmente no que tange ao direito comercial internacional, mecanismos como as convenções internacionais, as leis-modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL)³⁰⁶ e do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)³⁰⁷, além dos costumes (praxe) do comércio internacional³⁰⁸.

O aumento do volume das transações comerciais, com conseqüente acréscimo do valor econômico destas, aliado à inerente complexidade, tornou insuficiente a atuação do poder judiciário estatal para a análise dos conflitos surgidos daquelas, seja em virtude de problemas como a morosidade, os custos, a falta de sigilo, seja pelo extremo formalismo que distancia o sistema judicial estatal de resolução de conflitos da realidade mercantil internacional ou pelo despreparo de grande parte dos magistrados para julgar questões envolvendo fatos de comércio internacional. Tal cenário acabou por fomentar a busca de outras formas que não a

³⁰⁶ Sigla inglesa para *United Nations Commission on International Trade Law*, sendo este o principal órgão jurídico do sistema da Organização das Nações Unidas, no âmbito do direito mercantil internacional. Possui uma composição universal dedicada à reforma da legislação comercial em nível mundial durante mais de 50 anos. A função da UNCITRAL consiste em modernizar e harmonizar as regras de mercantis internacionais; por esse motivo, ela elabora convênios, leis-modelo e normas aceitáveis em escala mundial, além de preparar recomendações jurídicas e legislativas e apresentar informações atualizadas sobre jurisprudência referentes aos instrumentos e normas de direito mercantil uniforme, bem como a sua incorporação ao direito interno. (UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Disponível em: <www.uncitral.org>. Acesso em: 16 dez. 2017.

³⁰⁷ Sigla inglesa para *International Institute for the Unification of Private Law*. A UNIDROIT foi criado em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações, porém, com o desaparecimento da Liga, ele foi reinstalado, com base em um acordo multilateral, em 1940. Ele é uma organização intergovernamental independente, com sede em Roma. Seu objetivo é estudar necessidades e métodos para modernizar, harmonizar e coordenar o direito mercantil privado e também formular instrumentos, princípios e regras de direito uniforme. Com relação aos Estados que a compõem, esta se restringe aos Estados que aderiram ao Estatuto da UNIDROIT, sendo que os 63 Estados ligados a ela são representantes dos cinco continentes. Além disso, preparou, ao longo dos anos, estudos que serviram de base para a criação de vários instrumentos internacionais. International Institute for the Unification of Private Law. **History and overview**. Disponível em: <https://www.unidroit.org>. Acesso em 16 dez. 2017.

³⁰⁸ Nesse sentido, consultar: MELEU, Marcelino. **Jurisdição comunitária**: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 121-122.

judicial, para a análise dos conflitos oriundos daquelas relações, utilizando-se, particularmente, a arbitragem internacional³⁰⁹.

A expansão da arbitragem em contratos que envolvem comércio internacional ocorreu na década de 1990, quando 90% dos contratos internacionais de comércio tinham previsto, no seu interior, uma cláusula de natureza arbitral³¹⁰. A arbitragem, enquanto instituto para resolução heterocompositiva de conflitos, é exercida por um árbitro, normalmente com conhecimento técnico sobre a natureza do objeto em disputa; por isso é referida, por alguns autores, como a justiça técnica, visto que, “para evitar os erros, a ênfase se dá na ‘qualidade dos árbitros’, ou seja, na capacidade das partes - como expressão da autonomia de vontade – de fazer a escolha de árbitros ‘baseada na experiência e reputação’”³¹¹. Contudo, não se trata de um instituto novo, pois ele remonta à antiguidade.

4.1 Breve evolução histórica da Arbitragem

A instituição da arbitragem tem origens tão remotas que Salmerón³¹² chega a afirmar que esse instituto seria a primeira forma de administração da justiça. A autora menciona que algumas passagens bíblicas relatam casos em que as controvérsias eram resolvidas por árbitros. Existem também relatos gregos que narram conflitos entre heróis mitológicos que eram solucionados por sábios (um terceiro) eleito pelas partes. Em épocas remotas, quando não havia leis escritas nem tribunais, o costume presente nas relações entre os particulares estabelecia que, caso ocorresse um conflito entre eles, essa controvérsia deveria ser solucionada por um terceiro imparcial que, em geral, era amigo dos envolvidos.³¹³

Dessa forma, a origem embrionária da arbitragem pode ser encontrada nas primeiras controvérsias com a participação de um terceiro, que era representado pelo chefe da família, um sábio, um sacerdote, chefe da tribo ou de um clã, entre outros.

³⁰⁹ MELEU, Marcelino. **Jurisdição Comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 122-125.

³¹⁰ MELEU, Marcelino; TEIXEIRA, Marcelo Markus. A potencialidade da arbitragem comercial privada internacional como meio eficaz de solução de controvérsias comerciais entre empresas estrangeiras e empresas da região oeste de Santa Catarina. *In*: OLSSON, Giovanni; [et al.] (Orgs). **Educação jurídica, relações internacionais e cidadania ecológica**. Chapecó: Argos, 2013, p. 153.

³¹¹ COULSON, Robert. **ADR in America**. New York: American Arbitration Association, 1933, p. 24.

³¹² SALMERÓN, María Iboleón Belén. **El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje en consumo**. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

³¹³ SALMERÓN, María Iboleón Belén. **El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje en consumo**. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

Ainda, se analisar as primeiras tribos que habitavam as cavernas e suas relações, considerando-as como forma mais incipiente de interação social, provavelmente se identificaria a prática de arbitragem como forma, ainda que primitiva, de manutenção e preservação da integridade de seus membros³¹⁴.

Na Bíblia também se encontram casos submetidos à arbitragem, como, por exemplo, na menção da discórdia entre Jacó e Labão. Naquela passagem, Raquel, filha de Labão, rouba os ídolos de seu pai e foge com Jacó, que não sabia da atitude dela Jacó, indignado com a acusação de Labão, após permitir que houvesse uma verificação nas tendas e nos pertences, asseverou: “revistastes toda a minha bagagem; o que encontrastes aqui de todos os objetos de tua casa? Apresenta-o aqui diante dos meus parentes e dos teus e sejam eles juízes entre nós dois”³¹⁵.

Desse modo, constata-se que a utilização da arbitragem apresenta traços, além daqueles já mencionados, na Grécia antiga, no Egito e, principalmente, em Roma, sendo os romanos que atribuem aos árbitros a função de solucionar os conflitos de interesse. Na Roma antiga, a arbitragem é identificada em dois âmbitos do processo romano, de forma agrupada na “*ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Ambas as espécies vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a. C.) ao surgimento da *cognitio* extraordinária sob Diocleciano (século III d. C.)”³¹⁶.

Parte da doutrina romanista considera que, no direito romano do período Justiniano (150 a. C.), o *ordo judiciorum privatorum* estabelece que, no juízo do árbitro não oficial, está a gênese do processo e a primeira forma de fazer justiça em Roma. Nesse contexto, o doutrinador austríaco, Moriz Wlassak, refere que o processo privado romanista deriva da oficialização e legalização de antigos procedimentos arbitrais. Sendo assim, a arbitragem deve ser considerada a raiz de todo o processo romano; contudo, tal assertiva recebeu severas críticas³¹⁷.

Por esse motivo, na medida em que o Estado romano assume o monopólio da *potestas*, pode-se verificar uma convivência entre a arbitragem e o procedimento

³¹⁴ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem**: comentários à lei 9307, de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 3.

³¹⁵ GÊNESIS 31:19-37. **Bíblia Sagrada de Aparecida**. 7 ed. Aparecida: Editora Santuário, 2010, p. 54-55.

³¹⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). **A arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25.

³¹⁷ Nesse sentido consultar: METZGER, Ernest. An outline of Roman Civil Procedure. **Roman Legal Tradition**. Vol. 9, 2013, p. 1-30. Disponível em: <<https://romanlegaltradition.org/contents/2013/RLT9-METZGER.PDF>>. Acesso em: 15 out. 2017.

ordinário, tendo em vista que o árbitro “en las reclamaciones de derecho estricto podía llevar a cabo compensaciones entre las pretenciones de las partes y en general asumir la misma actitud que desempeñaba el juez *iudicia bonae fidei*”³¹⁸.

Pode-se destacar ainda que

o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um iudex ou arbiter, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado arbiter, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício.

Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império.³¹⁹

No decorrer do período, a atividade de composição da lide passa a ser completamente estatal, ou seja, suprime-se o *iudex* ou *arbiter*, e as fases *in jure* e *apud iudicem* se deslocam para as mãos do pretor, como detentor da autoridade concedida pelo Imperador, ou seja, o julgamento cabia ao imperador, por intermédio do pretor em concessão extraordinária. Nesse contexto, surge a figura do juiz como órgão estatal e o *juris dicto* - o poder de dizer o direito para a solução dos litígios - centrado no órgão estatal, na época, o império³²⁰.

Importante destacar que a arbitragem em Roma, como se viu, se apresentava como modalidade obrigatória para a solução das controvérsias, antecedendo, assim, a própria solução estatal jurisdicionalizada. Com isso, entende-se que a *alternatividade* deve ser desassociada de tal instituto, pois, normalmente, ao empregar a palavra alternativa, se estaria hierarquizando e rebaixando a arbitragem e outros institutos extrajudiciais, como, por exemplo, a mediação, se comparada ao modelo tradicional de resolução de conflitos, representado pelo processo judicial³²¹.

³¹⁸ Valiño Del Rio *apud* OLIVER, Gabriel Buigues. **La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano**: El arbiter ex compromisso. Madrid: Montecorvo, 1990, p. 19.

³¹⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). **A arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25.

³²⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). **A arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, *passim*.

³²¹ Aliás, se há algo alternativo na construção histórica das formas de tratamento de conflitos é o processo, pois, como dispõe Arruda Alvim, a história do processo pode ser dividida em seis fases

Em decorrência da queda do império romano, o Papa reveste-se numa figura política central e torna-se o homem mais poderoso entre os chefes de Estados, sendo reconhecido como um árbitro supremo que, num primeiro momento, resolve os conflitos existentes entre os príncipes e, posteriormente, começa a resolver os conflitos dos demais povos, acarretando, nesse momento, a expansão da Igreja Católica, retomando, por via de consequência, o arcaico *Dirrito Fecciali*, isto é, o direito proveniente da fé³²².

A arbitragem, se verificada a sua evolução histórica, consiste em um instituto que existe e produz efeitos, mesmo antes do surgimento da figura do legislador e do juiz estatal. Tal instituto marca presença desde a:

- a) Grécia antiga, face ao tratado firmado entre Espanha e Atenas, em 455 a. C., já continha cláusula compromissória, o que evidencia a utilização desse instituto por aquele povo e, também, a sua eficácia como meio de solução pacífica dos conflitos de interesse;
- b) Roma antiga, em razão do sistema adotado de se estimular o 'iudicium privatum-judez' (lista de nomes de cidadãos idôneos), cujo objetivo era de solucionar, em campo não judicial, os litígios entre os cidadãos.³²³

Observa-se ainda a utilização da arbitragem nas relações comerciais durante o século XI, pelo interesse dos comerciantes em resolver os seus conflitos fora dos tribunais, dando ênfase aos usos e costumes. Já no transcorrer dos séculos XVI e

principais, a saber: (a) processo civil romano (754 a. C. [01] a 568 d. C. [02]); (b) processo civil romano-barbárico (568 d. C. a 1.100 d. C.); (c) período de elaboração do processo comum (1.100 d. C. a 1.500 d. C.); (d) período moderno (1.500 d. C. a 1868 d. C.); (e) período contemporâneo (após 1868 d. C.); e (f) o período efetivamente contemporâneo (últimos 40 anos). In: ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. V.1, p. 44. Já no que concerne aos métodos não judiciais, a autotutela, por exemplo, remonta aos primórdios da convivência humana. Nesse sentido, Moacyr Amaral ressalta que a autotutela ou autodefesa "é a forma primitiva e ainda não totalmente extinta de solução de conflitos de interesses individuais ou coletivos. É o predomínio da força". (AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual**. v. 1. 23 ed. Saraiva: São Paulo, 2004, p. 4). Sobre a crítica à conceituação alternativa feita aos meios não adversariais de tratamento de conflitos, consultar: MELEU, Marcelino. **Mediação Comunitária: um novo modelo de jurisdição**. In: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T. N. G. **Temas emergentes no direito**. Passo Fundo: IMED, 2009, p. 68.

³²² "Os Romanos formaram uma cultura jurídica que influi ainda hoje, em nossa legislação. Na antiga Roma, o arcaico *Dirrito Fecciali*, isto é, direito proveniente da fé, em seu aspecto religioso, era a manifestação de uma justiça incipiente, [...]. O direito Romano já previa o procedimento *in iure* e o *in iudicio*, que significava, na presença do juiz, o primeiro, e do mediador e do árbitro, o segundo". In: CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24

³²³ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem através dos tempos. In: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). **A arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35-36.

XVII, o instituto perdeu seu prestígio, face à ascensão do monopólio estatal, retomando certa atenção no século XVIII e no início do século XIX, mas, novamente, volta a ser relegado, visto que lhe foi atribuída uma burocracia exagerada nas reformas legais instituídas por Napoleão³²⁴.

Após uma retomada ainda no final do século XIX, o interesse e a utilização pela arbitragem são “plenamente revigoradas no século XX, com a ratificação de tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais”³²⁵.

Na contemporaneidade, o instituto da arbitragem é utilizado em vários países com êxito nos conflitos privados, de ordem comercial. Nos Estados Unidos, a prática da arbitragem se expandiu muito em face do trabalho desenvolvido pela *American Arbitration Association (AAA)*, que consiste em um serviço público, sem fins lucrativos. Esta organização oferece uma ampla gama de serviços de resolução de disputas para negócios executivos, advogados, indivíduos, associações comerciais, sindicatos, administração, consumidores, famílias, comunidades e todos os níveis de governo. Os serviços são disponíveis por meio da sede da AAA em New York e de escritórios localizados nas cidades do território americano. As audiências podem ser realizadas em locais convenientes para as partes e não se limitam a cidades com escritórios da AAA. Ela serve ainda como um centro de educação e treinamento, conduzindo pesquisas sobre várias formas de alternativas para a resolução de disputas. As regras da arbitragem internacional da AAA se encontram em vigor desde 1992³²⁶.

Apesar de um fortalecimento e expansão do instituto da arbitragem pelo mundo, especialmente a partir de década de 1990, alguns modelos antigos continuam em plena execução, como é o caso do Tribunal de Águas de Valência.

4.2 Tribunal de Águas de Valência

O *Tribunal de Las Aguas de la Vega Valencia*, mais conhecido pelo seu nome abreviado, *Tribunal de las Aguas*, vem a ser a mais antiga e autêntica Instituição de

³²⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem através dos tempos. In: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). **A arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 35 e ss.

³²⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem através dos tempos. In: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). **A arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

³²⁶ Para maiores informações sobre a AAA, consultar: American Arbitration Association. Disponível em: <<https://www.adr.org>>. Acesso em: 12 out. 2017.

Justiça europeia em existência. Historiadores afirmam que esse tribunal remonta a tempos cartagineses e romanos, à época da segunda Guerra Púnica, de onde chegaram os primeiros indícios de que havia um corpo de oficiais para resolver conflitos em questão de água.

Sua organização legal, contudo, se deve aos mouros, mais especificamente aos tempos do califado de Córdoba, sendo o primeiro testemunho histórico de sua existência datado no ano de 1010 da era cristã. Todavia, sua forma atual foi concebida por Jaime I, Rei de Aragão, em 1238, que, depois de conquistar a cidade, até então dominada pelos mouros, introduziu princípios do Direito Romano. Apesar de elaborar uma legislação com base na codificação de Justiniano, Jaime I manteve os costumes da população árabe valenciana³²⁷.

Assim, o Tribunal das Águas de Valência atravessou, intacto, todas as vicissitudes históricas, sobrevivendo, por exemplo, à invasão de Napoleão em 1812-1813, à Guerra Civil de 1936-1939, tornando-se um ponto de atração mundial, além de referência de estudos para pesquisadores do Japão, da Bélgica, dos EUA, da Tailândia, do Paquistão, da Índia, da Colômbia e de muitos outros países que vinham observar a operação e aprender as virtudes do Tribunal³²⁸.

A função do Tribunal é distribuir com justiça a água que circunda a região, por meio de canais. Para tanto, a ideia central é que todos os agricultores que se utilizam dos canais são proprietários comunitários da água fornecida, na proporção da extensão de terra possuída. Como há necessidade de que a administração da água seja exemplar em tempos de escassez, a fim de que até o último campo ligado ao sistema seja abastecido e as plantações mantidas em segurança, foi criada uma junta administrativa, sendo o chefe (chamado síndico) escolhido por eleição entre os membros da Associação de Irrigadores³²⁹.

O funcionamento do Tribunal é extremamente simples: havendo conflito sobre a distribuição das águas, o denunciado é intimado pelo guarda a comparecer na quinta-feira seguinte, quando os membros do tribunal o arguem, facultando-lhe todos

³²⁷ MARTINS, Nádía Bevilaqua. **Resolução Alternativa de Conflito**: complexidade, caos e pedagogia. Curitiba: Juruá, 2006.

³²⁸ MARTINS, Nádía Bevilaqua. **Resolução Alternativa de Conflito**: complexidade, caos e pedagogia. Curitiba: Juruá, 2006.

³²⁹ MARTINS, Nádía Bevilaqua. **Resolução Alternativa de Conflito**: complexidade, caos e pedagogia. Curitiba: Juruá, 2006.

os meios de prova. Todos os procedimentos são orais (em idioma valenciano), exercidos pelos próprios interessados, sem participação de advogados. Outro detalhe interessante é: se um acusado pertence à comunidade da margem direita do rio, os oficiais da margem esquerda é que proferem a sentença e vice-versa. Essa milenar instituição, sem dúvida a mais antiga instituição de justiça europeia, foi declarada patrimônio cultural imaterial da humanidade em 2009.³³⁰

O seu histórico ressalta que

[...] sería interesante que fijáramos la atención en una serie de detalles que explican su perfecto funcionamiento y la razón de su supervivencia a lo largo de los tiempos. En primer lugar, el Tribunal no sólo tiene autoridad sobre una acequia, sino sobre el conjunto de las mismas; en segundo lugar, sus síndicos han sido elegidos democráticamente de entre los miembros regantes de su respectiva comunidad; es decir, no se trata de una autoridad superior la que impone los jueces, sino las bases las que eligen el juez para que les juzgue, por lo que siempre se busca a los miembros más honestos y justos en cumplir con su deber. Finalmente, y como pone de relieve V. Giner Boira, no son sus miembros personas legas en derecho, pues, si bien es cierto que no son personas de formación jurídica, no son desconocedores del derecho que han de aplicar, basado en unas ordenanzas que dominan a la perfección y que constituyen el corpus jurídico por el que se rige cada una de las Comunidades de las Acequias (sus turnos de riego, las obligaciones de limpieza de canales y acequias, pago de aportaciones para gastos generales de la Comunidad,...). Todo ello explica su autoridad moral, su pervivencia, el respeto que se tiene a sus sentencias, siempre acatadas hasta el punto de que no ha sido nunca necesario acudir a la jurisdicción ordinaria para el cumplimiento de las mismas.³³¹

O Tribunal ocupa um espaço bem definido dentro do ordenamento daquela sociedade, primando pela rapidez, oralidade e publicidade em sua atuação. Além disso, os julgamentos não envolvem quaisquer custos e preservam, como bem destacou Nadia Bevilaqua Martins, “aquilo que os romanos chamavam de *auctoritas*. E esta é a sua característica mais preciosa”³³², representando “um conceito de ‘virtude’ romana e que significa ‘autoridade espiritual’, no sentido da posição social do

³³⁰ Para maiores detalhes, consultar: TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE LA VEGA DE VALENCIA. Disponível em: <www.tribunaldelasaguas.org>. Acesso em: 29 set. 2017.

³³¹ TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE LA VEGA DE VALENCIA. **Historia Del Tribunal De Las Aguas**. Disponível em: <<http://www.tribunaldelasaguas.org/es/el-tribunal/historia>>. Acesso em: 29 set. 2017.

³³² MARTINS, Nádía Bevilaqua. **Resolução Alternativa de Conflito: complexidade, caos e pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 397.

indivíduo, construída por meio da experiência"³³³. Assim, pode-se considerar o *Tribunal de Las Aguas de la Vega Valencia* como o mais antigo tribunal arbitral em atividade.

A delegação de terceiros para a tomada de decisões arbitrais, como se viu, se consolidou na Europa e na América do Norte; todavia, como todas as modalidades de *Alternatives Disputes Resolutions* (ADRs), ainda é tímida na América Latina.

4.3 A utilização das ADRs na América Latina e o Fórum Multiportas

Em que pese a preferência pela designação da arbitragem como espécie do gênero Métodos Não-adversariais de Tratamento de Conflitos (MNATC) e a já referida discordância com o viés alternativo dado àquele instituto, não se desconhece que a sigla comumente apresentada pela doutrina seja a ADRs, quando se refere aos institutos como a arbitragem e mediação, além de outros que não se restringem à atividade judicial, utilizados para o tratamento³³⁴ dos conflitos.

Assim, na literatura jurídica de matriz anglo-saxônica, as *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs) constituem os Sistemas Alternativos de Resolução dos Conflitos³³⁵; na França, por sua vez, os *designa* como *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits* (MARC). Na Argentina e nos demais países iberoamericanos, tais sistemas são denominados *Resoluciones Alternativas de Disputas* (RADs) no Brasil, correspondem aos Meios Adequados de Solução de Conflitos (MASCs). Diante de uma nova realidade informatizada, especialmente decorrente do comércio eletrônico, a arbitragem também surge para solucionar as controvérsias no âmbito virtual, sendo

³³³ MARTINS, Nádía Bevilaqua. **Resolução Alternativa de Conflito: complexidade, caos e pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 397.

³³⁴ Prefere-se a contextualização terapêutica dada pela noção de tratamento, visto que se considera demasiada prepotência do direito afirmar que soluciona os conflitos sociais.

³³⁵ Sob o perfil histórico, “embora comumente se faça referência aos meios não estatais de resolução de controvérsias (*ADRs – Alternative Dispute Resolutions*, na experiência norte-americana) como instrumentos *alternativos*, em verdade essa nomenclatura induz a um equívoco, qual seja o de que esses *outros meios* teriam advindo *após* a Justiça Estatal, ao passo que a realidade histórica evidencia que os casos de autotutela é que foram pioneiros e iterativamente empregados na antiguidade e Idade Média, antes, portanto, da perfeita instituição da Justiça estatal. [...] Já a Justiça estatal adveio como um *posterius*: gradativamente, foi avocando o processo e julgamento das controvérsias não auto ou heterocompostas, à proporção que os casos de autotutela foram se reduzindo a poucas e singulares hipóteses [...]. Essa lenta e gradual evolução culminou com a atribuição exclusiva ao Estado do *jus puniendi*, e a conseqüente criminalização da justiça de mão própria”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

a arbitragem *on-line* definida como "aquela que não possui quase nenhuma ligação com o mundo concreto, passando-se inteiramente no ciberespaço".³³⁶

Daí o surgimento dos termos *Online Dispute Resolution* (ODR) ou *Online Alternative Dispute Resolution* (OADR), que são usados para a arbitragem informatizada como meio de solução de disputas, diferenciando-se da arbitragem tradicional apenas quanto ao seu aspecto formal, mantendo a mesma natureza, porquanto representam, tão somente, uma "solução de disputas comerciais por meio de procedimentos de ADR conduzidos com o uso, total ou parcial, da *Internet* e da *TI*".³³⁷

As práticas de ADRs concebem uma nova percepção no enfrentamento dos conflitos – que, saindo da lógica binária do ganhar e perder, proporcionam a opção do ganho mútuo - tiveram origem nos Estados Unidos, possibilitando principalmente "um tratamento qualitativamente melhor dos conflitos"³³⁸, especialmente após a instituição do Fórum Múltiplas Portas. Em 1948, na cidade de New York, havia a possibilidade de julgamento de litígios por um árbitro, com direito à apelação a um juiz. Já em 1952, as Cortes da Pensilvânia estabeleceram programas que instituíam a arbitragem como compulsória³³⁹.

Apesar dessas possibilidades, a população americana, em geral, demonstrava descontentamento com a administração da justiça, o que fomentou inúmeros debates acadêmicos. Em uma conferência, convocada pelo juiz Warren Burger, para resolver os problemas enfrentados pelos juízes na administração da justiça: a *Varieties of Dispute Processing*, ocorrida em 1976, o professor Frank Sander, da Universidade de Harvard, sustentou a necessidade de introduzir, no âmbito do Poder Judiciário americano, mecanismos alternativos de resolução e

³³⁶ JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção Atlas de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10.

³³⁷ JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção Atlas de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 10. Sobre procedimentos *online* de resolução de disputas, consultar ainda: HALOUSH, Haitham A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, n.º. 3, p. 355, jun. 2008

³³⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 295.

³³⁹ BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. V2. Brasília: UnB Grupos de Pesquisa, 2003, p. 250.

tratamento de conflitos, seja antes do ajuizamento de ação ou, ainda, no seu curso, por meio de uma série de opções (conciliação, mediação e arbitragem)³⁴⁰.

O juiz H. Carl Moultrie, chefe do Tribunal Superior do Distrito de Columbia, viu no conceito multiportas uma série de benefícios para os cidadãos daquele Distrito e seu sistema judicial. Em favor dos indivíduos, ele apontou o valor na disponibilidade de formas alternativas de resolução de disputas. O juiz chefe Moultrie esperava que, por meio de um tribunal de várias portas, as pessoas acessassem a justiça de forma mais ágil. Aqueles intimidados pelo processo de contencioso e aqueles que não dispunham de recursos para pagar o processo poderiam buscar alternativas mais favoráveis à resolução de seus conflitos, com a mediação ou a arbitragem. Outra vantagem residia na mudança de cultura, visto que a proposta visava estimular os cidadãos nas técnicas de resolução, de modo a participarem ativamente na construção de seus próprios acordos, ocasionando maior grau de satisfação com o resultado³⁴¹.

Dessa forma, o Tribunal Multiportas consiste em uma organização que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro, tanto para os tribunais quanto para os participantes ou conflitantes.

Com relação ao Brasil, o mesmo participa de investigações dentro da perspectiva proposta por Sander, por meio de projeto piloto vinculado à Rede de Pesquisas Internacionais em ADRs, da Universidade de Saint Thomas (UST), liderado pela professora Mariana Hernandez Crespo e em cooperação com a Faculdade de Direito de Harvard. A equipe brasileira, representada pelos diversos setores da sociedade, como juízes, advogados, estudantes de direito, professores de direito³⁴², líderes de comunidades de baixa renda, Organizações não governamentais e empresas, passou a implementar um processo de construção de consenso em relação

³⁴⁰ KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. **Catholic University Law Review**. Vol. 37. Issue 3, 1988. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1897&context=lawreview>>. Acesso em: 18 out. 2017

³⁴¹ KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. **Catholic University Law Review**. Vol. 37. Issue 3, 1988. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1897&context=lawreview>>. Acesso em: 18 out. 2017

³⁴² Entre os quais, os processualistas Kazuo Watanabe e a saudosa professora Ada Pellegrini Grinover, ambos ativos na elaboração da nova legislação processual brasileira.

ao Tribunal Multiportas, como parte de uma política nacional, mais ampla, de resolução de conflitos³⁴³.

A professora Mariana Crespo destaca que a vida cívica das pessoas na América do Sul é geralmente reduzida ao direito de voto; portanto, a participação democrática é incipiente. Para ela,

Essa situação não só debilita a região, tornando-a vulnerável à turbulência política, econômica e social, mas também deixa inexplorado o potencial de seu povo. Esse vazio participativo pode ser considerado uma das principais causas do ciclo interminável de instabilidade percebido em algumas regiões da América Latina.³⁴⁴

Com essas conclusões, a pesquisadora venezuelana começou a comparar e contrastar as alternativas que o direito de origem franco-germânico e consuetudinário, em outras partes do mundo, estabeleceu para abordar várias questões sociais. Dessa forma, ao estudar o sistema legal norteamericano e seus pressupostos fundamentais, identificou o Tribunal Multiportas, desenvolvido por Frank Sander, da Harvard Law School, como o mais apto para o enfrentamento daquele déficit democrático, no que tange ao acesso à justiça³⁴⁵.

Tal deficiência advém, entre outras, na América Latina, da disparidade entre a legislação e a práxis do cotidiano, porquanto, mesmo que a maioria das constituições do continente assegure a proteção aos cidadãos, outorgando garantia de devido processo legal, dignidade, cidadania, entre outros, e mais especificamente, o direito de acesso à justiça, esses direitos, de uma forma geral, constituem, na

³⁴³ ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.) **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 05 out. 2017.

³⁴⁴ CRESPO, Mariana Hernandez. A palavra da UST International ADR Research Network. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.) **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 19. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

³⁴⁵ CRESPO, Mariana Hernandez. A palavra da UST International ADR Research Network. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

realidade, apenas uma aspiração, já que os mecanismos de implementação são frágeis”³⁴⁶.

Para a pesquisadora da UST e líder do grupo de pesquisa com braço no Brasil, a resolução de conflitos na América Latina ainda é frágil, operando pelo que denominou “pálida sombra da lei”³⁴⁷, o que pode culminar com acordos injustos, portanto, sem garantias. Ela considera que um mecanismo participativo como o dos Tribunais Multiportas pode melhorar o cumprimento dos acordos e transformar as atitudes e normas culturais em relação às leis latinoamericanas, por considerar que a variedade de opções para acessar a justiça pode dar aos cidadãos a capacidade de se envolverem efetivamente no processo de resolução de conflitos na esfera privada.

A proposta de múltiplas opções para o tratamento dos conflitos pode significar uma decisão mais qualificada, proporcionando um melhor encaminhamento para a situação conflituosa vivenciada pelas pessoas, comunidades, empresas e outros integrantes de uma sociedade complexa e contingencial.

No Brasil, se observa que este processo de proporcionar diversas opções para encaminhar a resolução de disputas vem se acentuando. A exemplo disso, pode-se citar a Lei n. 9.099/95, que instaurou os juizados especiais cíveis e criminais, a

³⁴⁶ CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.) **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 39 e segs. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

³⁴⁷ “a sombra da lei é a influência que a lei exerce sobre as interações e transações diárias dos cidadãos. O aprimoramento da sombra da lei assegura um mínimo de justiça e age como uma avaliação comparativa para garantir acordos justos e razoáveis. Sem ela, esses acordos justos e razoáveis não poderão ser garantidos. Ela também assegura a *Batna* (*better alternative to a negotiated agreement*, ou seja, melhor alternativa para um acordo negociado) no processo de barganha, garantindo assim acordos justos. É também a possibilidade de recurso, na eventualidade de uma negociação malsucedida, ou a possibilidade de implementação no caso de não cumprimento de um acordo negociado. Por outro lado, quando a sombra da lei não existe, ou quando essa sombra é mais pálida, as partes não têm os recursos judiciais como uma *Batna*, nem possuem garantia de que terão recurso, ou implementação, no caso de falha do método alternativo de conflito eleito. O resultado é um aumento da probabilidade de acordos injustos e não equânimes”. (CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil** / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 41. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

Emenda Constitucional n. 45, de 2005, que propiciou a reforma do judiciário e a criação, entre outros, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)³⁴⁸.

Apesar das múltiplas opções relatadas, para a presente pesquisa entende-se que o instituto mais adequado para a resolução de conflitos envolvendo disputas de nomes de domínio, por sua especialidade³⁴⁹, é a arbitragem. Pode-se destacar que a arbitragem tem sido a técnica preferencial para resolver conflitos comerciais, de investimentos e disputas comerciais internacionais, como nas definições de direito público da Organização Mundial do Comércio (OMC), o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e do Centro Internacional para a Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID), entre outros. Também houve um incremento da arbitragem em disputas esportivas, como para discussões nos Jogos Olímpicos e de competições envolvendo entidades afiliadas à Federação Internacional de Futebol (FIFA), sendo que esta última possui um tribunal especial para administrar a resolução de disputas esportivas, localizado em Lausanne, Suíça.

Toda essa movimentação internacional, como se observa, tem raízes que remontam à antiguidade e foi revitalizada e instrumentalizada a partir da década de 1990, nos Estados Unidos, refletindo também no Brasil.

4.4 A arbitragem no contexto brasileiro

No Brasil, o instituto da arbitragem é previsto desde 1603, pelas Ordenações Filipinas, denominada sob o Título XVI, “Dos Juízes Árbitros”. A Constituição Política Imperial de 1824³⁵⁰, por meio do disposto em seu artigo 160, também fez referência

³⁴⁸ A ser tratado adiante.

³⁴⁹ Porquanto, considera-se que o verdadeiro escopo da arbitragem consiste em promover uma possibilidade extrajudicial à resolução de conflitos altamente complexos e técnicos, que exijam a presença de profissionais especializados, quais sejam, os árbitros. Aliás, acompanhamos as lições de Carlos Alberto Carmona, que assim destaca: “enganam-se aqueles que acreditam, ingenuamente, que a arbitragem serve sobretudo para descarregar o excesso de trabalho dos tribunais. Ledo engano! Faz-se mister perceber, antes de mais nada, que a arbitragem é um mecanismo sofisticado para a resolução de controvérsias de maior complexidade, que exijam a presença de técnico especializado. (...) Mais uma vez, enganou-se o legislador, pois não percebeu que a instituição do juízo arbitral é – para dizer o mínimo – pouco compatível com a própria idéia dos Juizados Especiais, eis que parece de todo inconveniente instituir um juízo especializado para solucionar questões de pequena complexidade”. In: CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. **Repertório IOB de Jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 24, p. 434-429, 2. quin. dez. 1996.

³⁵⁰ O artigo 160 da Constituição do Império, 1824, estabelecia que: “Prevendo que, nas causas cíveis e penais, civilmente intentadas, ‘poderão as partes nomear juízes árbitros’, cujas sentenças serão ‘executadas sem recursos, se assim o convencionarem ambas as partes’. Já o art. 161 daquela Carta política prescrevia que” sem fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se

às Ordenações do Reino. Posteriormente, o Código Comercial Brasileiro, de 1850, estabeleceu o arbitramento obrigatório para as causas entre sócios de sociedades comerciais durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia (arts. 294 e 348). Contudo, o primeiro diploma processual codificado que restringiu tal obrigatoriedade estritamente às causas comerciais foi o Regulamento n. 737, também de 1850³⁵¹.

Essa restrição acabou por impulsionar a edição da Lei n. 1.350, de 1866, que revogou aqueles dispositivos. Já em 1916, o Código Civil reduziu a arbitragem a mero compromisso (arts. 1.037 a 1.048), sendo assim entendido também pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, nos seus arts. 1.031 a 1.040 e 1.072 a 1.102, respectivamente. Sendo que o Código de Processo Civil, de 1973, manteve este instituto facultativo até o advento da lei de Arbitragem de 1996.³⁵²

Em 1975, a Convenção do Panamá sobre arbitragem, aplicável às relações comerciais internacionais, é aprovada no Brasil por meio da edição do Decreto Legislativo sob o n. 90/1995³⁵³. Tal cenário propicia o ambiente que consagrou a Lei n. 9.307/96, que veio conferir ao instituto da arbitragem uma nova formatação, privilegiando a sua eficácia e revitalizando um instituto que não passava de 'letra morta' nas legislações anteriores. Mas, como lembrou o ex-vice presidente Marco Maciel, na exposição de motivos da nova lei, isso "não resultou da falta de tradição

começará Processo algum". NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras – 1824**. Vol. I. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

³⁵¹ MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁵² MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3 ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁵³ BRASIL. Decreto Legislativo nº 90, de 07 de junho de 1995. Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, concluída em 30 de janeiro de 1975, na cidade do Panamá. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-90-6-junho-1995-360608-exposicaodemotivos-144503-pl.html>> Acesso em: 01 set. 2017. Ainda convém acrescentar que, no período anterior à edição da Lei n. 9.307/96, o Brasil ratificou vários tratados, protocolos e acordos internacionais que contribuíram para o reconhecimento do instituto da arbitragem no cenário nacional, a exemplo do Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais (1923), promulgado pelo Brasil em 1932 (cuja incidência foi diversas vezes prestigiada pelo Poder Judiciário brasileiro, mesmo em contratos celebrados antes do advento da Lei de Arbitragem, conforme precedentes do STJ, REsp. 712.566/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.09.2005 e o REsp 791.260/RS, Rel. Min. Paulo Furtado, j. 01.07.2010); Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiras ou Convenção de Montevidéu (1979); Protocolo de Las Leñas (1992).

em sua aplicação, mas da obrigatória subordinação da arbitragem à homologação judicial”³⁵⁴.

Com a Constituição de 1988, o Brasil instituiu o Estado Democrático, deixando claro, tanto em seu preâmbulo quanto em seu artigo primeiro, o reforço a essa condição. Tal modelo apresenta, entre outros, o compromisso de, tanto na ordem interna quanto internacional, promover a solução pacífica das controvérsias³⁵⁵. A partir dessa diretriz e, mesmo diante da reafirmação do princípio da inafastabilidade do acesso à justiça estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, reforça nas relações internacionais a busca pela solução pacífica dos conflitos (Art. 4º, VII)³⁵⁶, além de confirmar a faculdade de eleição de árbitros quando frustrada a negociação coletiva (Art. 114, § 1º)³⁵⁷.

A partir desse novo modelo, há uma completa inversão de paradigma, posto que agora as diretrizes constitucionais dão ênfase à dignidade da pessoa humana, bem como à participação democrática de todos os cidadãos. Com isso, tem início, em 1991, um movimento denominado “Operação Arbitrer”, liderado pelo advogado pernambucano Petronio Muniz, o qual conclamou juristas, parlamentares e outros operadores do Direito, com vistas à elaboração de um consistente anteprojeto de lei sobre arbitragem, para encaminhamento ao Congresso Nacional.³⁵⁸

Assim, é com a edição da Lei n. 9.307, de 1996, também conhecida como Lei Marco Maciel (apesar dos responsáveis intelectuais por sua elaboração terem sido os professores Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro Batista Martins), que este instituto passou a ser efetivado e impulsionado, porquanto a nova legislação trouxe

³⁵⁴ Exposição de motivos da Lei n. 9.307/96. Carmona, ao se referir ao panorama anterior à legislação de 1996, concorda que “pelo menos, dois problemas básicos criados pelo nosso atual sistema legal para que se perceba por que a arbitragem ainda é pouco utilizada, a saber, a falta de eficácia da cláusula compromissória e a necessidade de homologação do laudo arbitral”. In: CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem no Brasil: Utopia? **Repertório IOB de Jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 14, p. 274-273, 2. quinze jul. 1993.

³⁵⁵ MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. O compromisso constitucional com a pacificação dos conflitos sociais e a co-participação da comunidade cívica nas formas de tratamento. In: ROCHA, Leonel S.; MELO, M. P. **Políticas constitucionais e sociedade**: Jurisdição e democracia. Curitiba: Editora Prismas, 2016, p. 162.

³⁵⁶ TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras – 1988**. Vol. VII. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

³⁵⁷ TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras – 1988**. Vol. VII. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

³⁵⁸ O êxito da chamada Operação Arbitrer se deu cinco anos depois, em 23.09.1996, com a sanção presidencial da Lei 9.307/1996, a partir de projeto elaborado por três eminentes especialistas que, à época, Dr. Petronio teve a sensibilidade – e inquestionável acerto – de identificar e convidar para tão histórica tarefa: os ilustres Professores Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins”. GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da lei 9.307/1996. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDEUZI, Renato Resende. (Coord.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

mudanças significativas, de modo a superar obstáculos que dificultavam o exercício arbitral. Entre os avanços, podem-se destacar: a dispensa da homologação da sentença arbitral que, doravante, passa a ter a mesma eficácia que a sentença judicial; a estipulação de efeito vinculante da cláusula compromissória para a instauração da arbitragem, além da dispensa da dupla homologação para o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras³⁵⁹.

Aliás, é a controvérsia sobre a dupla homologação que apressa a sua edição, posto que, no ano de 1994, uma sociedade suíça requereu a homologação de uma sentença arbitral, prolatada em Barcelona, em face de uma sociedade comercial brasileira. Ao analisar o pedido de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206-7)³⁶⁰, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Sepúlveda Pertence, indeferiu o pedido de homologação, sob o fundamento de que o laudo estrangeiro não havia sido homologado pela justiça espanhola, mesmo com a anuência e a disposição da empresa brasileira em cumprir aquela decisão.

Inconformada com essa decisão, a sociedade suíça interpõe Agravo Regimental, o qual é provido por maioria, modificando aquele entendimento monocrático. É bem verdade que o julgamento do Agr. RegSE5206-7³⁶¹ ocorre muito

³⁵⁹ A íntegra da Lei n. 9.307/96 pode ser consultada em: BRASIL, **LEI n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

³⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agr.RegSE n. 5206-7. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30.04.2004. Íntegra da decisão em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁶¹ A referida decisão restou assim ementada: "**EMENTA: 1. Sentença estrangeira:** laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. **2. Laudo arbitral: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF.** A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de “guardião da Constituição”- se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v. g. MS 20.505, Néri). **3. 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

após a edição da Lei n. 9.307, mas suas fundamentações mostram a relevância da nova diretriz legal.

A decisão é um marco, porque, anteriormente à edição da Lei n. 9.307/96, o descumprimento da cláusula compromissória gerava tão somente os efeitos do inadimplemento contratual, ou seja, perdas e danos, o que levava a preferência pela decisão judicial. Todavia, aquele julgamento proporcionou a revisão da tese consagrada há anos pela jurisprudência do Supremo Tribunal.

Com a referida controvérsia e a entrada em vigor da nova lei, o ilustre Ministro Moreira Alves solicitou parecer ao então Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, sobre a constitucionalidade desta. Em seu parecer (n. 8.062/GB, de 17 de março de 1997), o procurador geral demonstra inexistência de vício originário de inconstitucionalidade, argumentando que “o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabeleceu que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial sua questão ou conflitos”³⁶². Este parecer balizou a tese vencedora que declarou não haver inconstitucionalidade nos dispositivos da Lei n. 9.307/96.

As resistências à nova legislação destacadas no julgamento do STF representaram uma parcela das críticas que a instituição da arbitragem (agora com nova roupagem) sofreu desde sua elaboração. Desde o projeto de lei que antecedeu a legislação, o PL n. 78/92, do então Senador Marco Maciel, ela sofreu restrições, especialmente no que concerne à indicação de que a arbitragem poderá ser por

de futuros conflitos da **cláusula compromissória** e a garantia constitucional da universalidade 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 ofende o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluindo 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. 421, por violação da garantia de universalidade da jurisdição do Poder Judiciário”. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agr.RegSE n. 5206-7. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30.04.2004. Íntegra da decisão em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>> Acesso em: 30 out. 2017.

³⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agr.RegSE n. 5206-7. Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30.04.2004, p. 25. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 30 out. 2017.

'equidade', com base nos 'princípios gerais de direito', nos 'usos e costumes', conforme exposto no art. 2º e seus parágrafos da Lei 9.307/96. Tais termos podem indicar um campo de textura aberta³⁶³, pois representam expressões vagas e/ou polissêmicas e sugerem uma permissibilidade ao aplicador³⁶⁴.

Apesar dos pontos controversos, o projeto foi aprovado, fazendo surgir uma legislação que privilegia uma participação democrática, visto que, expressamente, considera que o árbitro (ou árbitros, pois pode haver uma multiplicidade de indicados conforme disposto no § 1º do art. 13, da Lei n. 9.307/96) pode ser qualquer pessoa capaz, desde que goze da confiança das partes (art. 13, da Lei n. 9.307/96), não necessitando, para tal atribuição, possuir formação superior, desde que preencha o requisito de capacidade, tanto no âmbito civil quanto técnico, a fim de propiciar uma análise mais acurada do caso que examinará, o qual, em sua grande maioria, apresenta debate de questões técnicas, as quais necessitam de "conhecimentos altamente especializados"³⁶⁵.

Dessa forma, a arbitragem, desde 1996, se consolidou no Brasil como um meio privado de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais e disponíveis³⁶⁶, uma das espécies do gênero heterocompositivo, que é conduzida por um árbitro que, a exemplo do magistrado no processo judicial, apresenta uma resposta na forma de sentença: a sentença arbitral, que como a sentença judicial transitada em julgado, é

³⁶³ Para Hart, "a textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso. Entretanto, a vida do direito consiste em grande parte em orientar tanto as autoridades quanto os indivíduos particulares através de normas precisas, que, diversamente das aplicações de padrões variáveis, não lhes exijam uma nova decisão a cada caso". *In*: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Essa indeterminação é atacada, entre outros, por Ronald Dworkin, que destaca, a partir da constatação de que mesmo "no caso do conceito de infração legal, existem controvérsias relativas a princípios morais que subjazem a um problema aparentemente linguístico"; por isso, "a teoria do direito deveria responder a essa preocupação explorando a natureza da argumentação moral, tentando de esclarecer o princípio da equidade que os críticos têm em mente, para ver se a prática judicial satisfaz realmente esse princípio". *In*: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

³⁶⁴ Uma crítica específica a essa terminologia no texto do projeto aprovado foi elaborada por Otto Gil. *In*: GIL, Otto E. V. A nova Regulamentação das Arbitragens: Projeto de Lei do Senado n.º 78/92, do Senador Marco Maciel. **R. Inf. Legisl.** a. 30. n. 118, abr./jun. 1993, p. 427-434. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176143/000476793.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁶⁵ MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos**: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 72.

³⁶⁶ Nos termos do art. 1 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), a arbitragem se limita à capacidade de contratar e aos direitos patrimoniais disponíveis.

considerada título executivo³⁶⁷ judicial, como dispõe o art. 515, VII do CPC³⁶⁸. Todavia, ao contrário da decisão prolatada pelo poder judiciário, ela é proferida de forma mais ágil, pois leva apenas alguns meses a ser lançada.

As vantagens da arbitragem, a partir da Lei n. 9.307/96, ficam em evidência, quais sejam: a consagração da autonomia de vontade das partes; celeridade na apreciação do conflito; sigilo das questões envolvidas; baixo custo (considerando as despesas judiciais e o impacto financeiro advindo da demora da decisão); especialidade na resolução do conflito, além da possibilidade da escolha das regras de direito, sejam processuais ou materiais, a serem empregadas.

Todavia, face à necessidade de execução judicial, constatado o inadimplemento da obrigação descrita no laudo, pode-se concluir que a arbitragem possui uma característica híbrida³⁶⁹, porquanto, ao mesmo tempo que é invocada pelas partes que outorgam ao árbitro (geralmente um especialista na matéria debatida) poder para apreciar o mérito, o seu cumprimento dependerá, como referido, da atuação do Poder Judiciário. É justamente essa transformação da sentença arbitral em título executivo judicial que, por via de consequência, lhe confere eficácia como sentença declaratória ou constitutiva, aliada à desnecessidade de dupla homologação daquela, permitindo ao Brasil conquistar o respeito mundial no que concerne à legislação arbitral.³⁷⁰

Observou-se também no judiciário o acolhimento do instituto da arbitragem, visto que, além da decisão do STF já relatada, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, em 2012, editou a Súmula n. 485 para consagrar que “a Lei de Arbitragem

³⁶⁷ Conforme dispõe o Art. 31 da Lei n. 9.307/96, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

³⁶⁸ BRASIL, **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 18 dez. 2017.

³⁶⁹ Sem desconsiderar a existência de polêmica envolvendo a natureza da arbitragem, se judicial ou não. Para Carlos Alberto Carmona, tal polêmica não se justifica, já que em “[...] a lei 9.307/96 determinando que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator de emperramento da arbitragem. Certamente surgirão críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual - e muito menos jurisdicional - fora do âmbito da tutela estatal estrita”. In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.037/96. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38. De outro lado, entre outros, Sérgio Pinto Martins aduz que tem “a arbitragem natureza de justiça privada, pois o árbitro não é funcionário do Estado, nem está investido por este de jurisdição, como acontece com o juiz”. In: MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 39.

³⁷⁰ MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 179.

aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”.³⁷¹

Antes disso, inúmeras inovações foram incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a evidenciar uma reforma do judiciário. Um marco importante se dá com a Emenda Constitucional n. 45³⁷², que, além de criar o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estabelece a alteração da competência para o reconhecimento e homologação de sentenças estrangeiras, incluindo aquelas proferidas pelos árbitros. A partir da edição daquela emenda, a competência passa do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tal mudança ocorreu pela especialização do STF, tornando-o uma corte eminentemente constitucional, que, por via de consequência, acabou por direcionar os procedimentos relacionados às matérias que não digam respeito à afronta direta à Constituição, para o STJ. Com essa alteração, o STJ, por meio da edição da Resolução n. 9, de 04 de maio de 2005, criou classes processuais de Homologação de Sentença Estrangeira.³⁷³

Em 2010, com a Resolução n. 125, de 29 de novembro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) implementou a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do poder judiciário. Entre outras ações, determina aos tribunais que criem núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, coordenados por juízes e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área (art. 7º), além de incentivar capacitação permanente dos membros do judiciário (art. 7º, V). A referida capacitação deve ocorrer por meio de cursos que, no conteúdo programático de seu módulo teórico, necessariamente aborde a cultura da paz e métodos de solução de conflitos, entre os quais a arbitragem (Anexo I, alínea “c” do item 1.1)³⁷⁴.

³⁷¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 485**, de 01 de agosto de 2012. “a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁷² BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁷³ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 9**, de 04 de maio de 2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Disponível em: <<http://justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/resolucao-no-9-05-1>>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do

Aliás, foi somente “a partir da mudança de atitude no Legislativo, no Executivo e no Judiciário”, que o paradigma vinculado ao monopólio da jurisdição no Brasil foi superado, ou seja, quando “se deslocou a importância dos atores envolvidos no processo decisório”, porquanto era importante perceber que o “sistema ‘Poder Judiciário’ é um sistema inserido em um sistema maior: o sistema social. Os juízes participam de ambos os sistemas, embora com responsabilidades distintas³⁷⁵.

Nessa onda³⁷⁶, ao longo dos últimos anos, foram surgindo novas legislações, seja para adequar o sistema ao novo paradigma, seja para atualizar as já em vigor, como ocorreu com a diretriz sobre arbitragem. Dessa forma, em 2015 surgiu a Lei n. 13.129³⁷⁷, de 26 de maio, que visa alterar a Lei n. 9.307, atualizando o instituto da arbitragem à nova legislação processual (Lei n. 13.105/15) e lhe outorgando novas prerrogativas, como ocorreu com a ampliação da arbitragem, que agora passa a admitir casos envolvendo a administração pública.

4.5 Conceito e natureza jurídica da arbitragem

René David define que a arbitragem consiste em uma técnica capaz de solucionar conflitos envolvendo duas ou várias pessoas, por um árbitro ou multiplicidade de árbitros que detêm poder, resultante de convenção privada, outorgando sentença sem estarem investidos dessa missão pelo Estado.³⁷⁸

Existe um consenso na doutrina, com pequenas variantes, de que a arbitragem consiste em um método de solução extrajudicial de controvérsias, que se origina da autonomia de vontade das partes, manifesta em um negócio jurídico, porquanto assumem o compromisso de submeter a análise de eventuais discussões daquele negócio a um árbitro eleito, direta e indiretamente, por elas. A arbitragem, como um processo (extrajudicial) que é, também se vincula às garantias da ampla

Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 30 set. 2017.

³⁷⁵ FALCÃO, Joaquim. Estratégias para a reforma do judiciário. In: BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio R. T (Coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

³⁷⁶ Aqui aproveitando a noção de transformação apresentada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no que tange ao acesso à justiça. Aliás, tais autores destacam o juízo arbitral como “uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 82).

³⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

³⁷⁸ DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international**. Paris, 1982.

defesa e contraditório.

Ela tem um caráter consensual, visto que, ao ser eleita, as partes almejam, desde logo, impedir a confrontação direta e traumática (já que pode inviabilizar negócios futuros ou comprometer a imagem e nome dos envolvidos) por eventuais desavenças oriundas da relação contratual que estabeleceram. Ao escolher a arbitragem, as partes optam por um procedimento privado de solução de controvérsias, no lugar de litigarem (por anos) nos foros judiciais.

Com isso, é inegável que a arbitragem está voltada para uma jurisdição voluntária, livremente estabelecida pelas partes, e seus fundamentos podem ter natureza contratual e, de alguma maneira, estar regida por disposições substantivas.³⁷⁹ Todavia, existe um debate doutrinário em torno da natureza jurídica da arbitragem, o qual originou diversas teorias: (a) as denominadas contratualistas ou privatistas, que põem o compromisso arbitral assumido como qualquer exercício da autonomia de vontades exercido em qualquer contrato; (b) as jurisdicionalistas ou processualistas, que entendem ser a função do árbitro similar à dos juízes e os laudos arbitrais iguais a sentenças; (c) as intermediárias ou sincréticas, que mesclam as anteriores.

a) Teoria contratualista

Para Salmerón³⁸⁰, essa teoria está presente no início dos procedimentos arbitrais. Significando, no que tange a um compromisso arbitral,

[...] una renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial. Si una de las partes comprometentes, citase ala otra ante el juez, el demandado puede impedir el examen del fondo mediante la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia ni de litispendência, sino de renuncia al procedimiento de conocer por la autoridad judicial. Lo que las partes sustituyen al proceso es afin al proceso en su figura lógica, es una definición de controversias, mediante un juicio ajeno: pero el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada, no actúa la ley, no obra, sus facultades derivan de la voluntad de las partes expresadas de

³⁷⁹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Notas y estudios sobre el proceso civil**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [20-]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/894/2.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

³⁸⁰ SALMERÓN, María Iboleón Belén. **El proceso arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje en consumo**. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

conformidad con la ley; su decisión (sentencia arbitral o laudo) es irrevocable por voluntad de las partes y pero no es ejecutiva [...]”³⁸¹.

Nesse aspecto, as partes têm a faculdade de disposição sobre seus direitos, podendo resolver os conflitos da forma que desejarem e podendo também eleger um terceiro para que o mesmo solucione suas controvérsias. Porém, para que isso ocorra, as partes necessitam se comprometer com o compromisso e acordar previamente, pois ambas devem estar de acordo. Nas palavras de César Fiuza, o “[...] compromisso é negócio jurídico plurilateral, assim como o contrato de sociedade. A vontade dos compromitentes não é antagônica, mas dirigida para o mesmo sentido, qual seja, submeter suas contestações a decisão de um ou mais árbitros”.³⁸² Por esse motivo, o compromisso irá se configurar em um contrato.

Entre os contratualistas, ainda se podem destacar as posições de Humberto Briseño Sierra, ao afirmar que a arbitragem evidencia que somente a discussão jurídica, a trilogia dos sujeitos, o acordo ou decisão arbitral são os aspectos comuns, porquanto a natureza, que de fato dá origem ao instituto, é o consenso das partes em submeter e confiar eventuais disputas a um terceiro, o árbitro³⁸³. Ainda Fernando Cantuarias Salaverry e Manuel Aramburú Izaga definem a arbitragem como um meio privado de solução de controvérsias, mediante a intervenção e decisão de terceiro, também privado, a quem as partes, de maneira voluntária, decidiram submeter seus conflitos, aceitando, de antemão, acatar futura decisão³⁸⁴.

Para essa corrente, a função da arbitragem é mediar um contrato que aceitou, em suas cláusulas, a possibilidade de haver uma decisão arbitral, se ocorrerem controvérsias.

b) Tese jurisdicionalista

A base que sustenta essa teoria está pautada na função que exercita o árbitro e na finalidade buscada pelos interessados. Ela defende que a natureza jurisdicional da arbitragem, ao centrar as atenções nos efeitos que a lei atribui a um laudo arbitral

³⁸¹ CHIOVENDA, José. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo I, Madrid. Ed. Reus, 1922, p. 127-130.

³⁸² FIUZA, CÉSAR. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 91.

³⁸³ SIERRA, Humberto Briseño. **El Arbitraje en el Derecho Privado**. México: Imprensa Universitária, 1963.

³⁸⁴ SALAVERRY, Fernando Cantuarias; IZAGA, Manuel Aramburú. **El Arbitragem en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras**: Lima: Fundación M. J. Bustamante De La Fuente, 1994.

(ou seja, sua forma executiva), pode produzir efeitos iguais à coisa julgada.³⁸⁵ A manifestação de vontade das partes, mediante o compromisso arbitral, e a posterior eleição dos árbitros não passam de condições que a lei vincula ao conferir poderes jurisdicionais aos árbitros, transferindo, de certa forma, para eles, a função jurisdicional que habitualmente desempenham os juízes e os tribunais.

Ludovico Mortara, principal articulador desta teoria, vem defendendo, desde meados do século XX, na Itália, que a arbitragem somente existe porque uma lei a instituiu. Também porque a mesma lei instituidora é que concebe que as partes sejam investidas de certo grau de soberania, poder este inerente ao Estado, revelada na resolução de um conflito, com absoluta autoridade, visto que pactuaram um compromisso arbitral³⁸⁶. Entendem ainda que as consequências que derivam do caráter jurisdicional da arbitragem também levam a sustentar que o laudo é um ato de jurisdição de origem privada, mas jurisdição³⁸⁷.

c) Teoria Mista

Esta teoria entende a arbitragem como um instituto de natureza contratual, na sua origem, e jurisdicional em seus efeitos, de modo que as atividades de natureza contratual estariam reguladas por matérias pertencentes ao Direito Civil e as atividades jurisdicionais estariam ligadas ao Direito Processual (eficácia do laudo, execução).³⁸⁸

A essência da arbitragem está vinculada ao princípio de liberdade e disposição das partes para elegerem uma terceira pessoa para resolver as suas controvérsias. Ela tem elementos de ordem contratual, porém também tem limites

³⁸⁵ SALMERÓN, Maria Iboleón Belén. **El proceso arbitral**: una perspectiva procesal del arbitraje en consumo. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

³⁸⁶ Ludovico Mortara *apud* FREYRE, Mario Castillo; KUNZE, Ricardo Vásquez. **Arbitraje**: El juicio privado – la verdadera reforma de la justicia. Vol. 1. Lima: Palestra Editorias, 2007.

³⁸⁷ FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara Feldestein de; HERBÓN, LEONARDI DE. **El arbitraje**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. Ou seja, pode-se observar nesta posição, uma vinculação ao monismo estatal rígido. Acompanhamos a noção de jurisdição como um sistema autopoietico sustentada por Marcelino Meleu. *In*: MELEU, Marcelino. **Jurisdição Comunitária**: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. Até porque, como bem destaca Leonel Severo Rocha, “o sistema do direito é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por um ambiente, aplica uma distinção específica (condição binária: Direito/Não Direito) mediante uma comunicação peculiar (comunicação jurídica).” ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. *In*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 39.

³⁸⁸ SALMERÓN, Maria Iboleón Belén. **El proceso arbitral**: una perspectiva procesal del arbitraje en consumo. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

provenientes da ordem pública. Todavia, as decisões não podem ser consideradas bem uma sentença, mas são tipicamente laudos que indicam a resolução dos conflitos pactuados, previamente, pelas partes.

Esta teoria, portanto, tem como fundamento a contrariedade a posições extremadas em torno da arbitragem, sem descartar os elementos da teoria contratualista ou da teoria jurdicista, postulando uma concepção que se nutre de ambas as teorias, tomando o que considera útil de cada uma delas.

4.6 A arbitragem como instituto para resolução de conflitos comerciais

O advento da globalização com queda de barreiras comerciais, abertura de zonas de livre comércio, a expansão e velocidade das informações, aliados ao surgimento do *e-commerce*, aumentou exponencialmente o volume das transações comerciais, especialmente de cunho internacional, o que gera também um aumento no surgimento de conflitos nas relações comerciais. Para solucionar esses conflitos na área comercial, as organizações, preferencialmente, estabelecem o instituto da arbitragem, face à sua celeridade, sigilo e baixo custo, se comparado ao procedimento judicial.

Assim, arbitragem é considerada um importante instituto de exercício da função jurisdicional na solução dos conflitos de interesses, dentre os meios adequados para o tratamento de controvérsias, especialmente em disputas internas envolvendo questões complexas, sobretudo nas relações contratuais de natureza empresarial, o que leva a um aumento na convenção de cláusula arbitral nos instrumentos contratuais.

4.6.1 A análise econômica para a tutela jurídica dos conflitos

Para Richard Posner, a análise econômica do direito e seus efeitos compreende dois ramos. Embrionariamente, baseado nas discussões de Adam Smith e Jeremy Bentham, houve uma restrição à análise da legislação específica àquelas que regulamentam as atividades econômicas³⁸⁹, sem, portanto, ampliar o horizonte de análise, para incorporar outras legislações que compõem o sistema jurídico. Com

³⁸⁹ POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

os trabalhos de Ronald Harry Coase³⁹⁰, Guido Calabresi, Pietro Trimarchi, Henry Manne e Garry Becker³⁹¹, um segundo ramo surgiu na década de 1969, propiciando uma observação afeita à efetiva junção entre os institutos do Direito e Economia, valendo-se de conceitos da teoria econômica para o estudo do Direito. Tal ramo propõe que a análise econômica tinha como finalidade explorar de modo crítico regras jurídicas que não permitiam uma extensão econômica, como as regras contratuais, de responsabilidade civil, Direito Penal e Processual.³⁹²

Antes, no início da década de 1950, surge o primeiro programa de Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos, tendo Arron Director, professor de Economia, que lecionava a disciplina *Economic Analysis and Public Policy* na Universidade de Chicago, como precursor e primeiro responsável a vincular o Direito e a Economia de forma interdisciplinar. Em 1958, o referido professor fundou o *Journal of Law and Economics*, com o propósito de divulgar seu entendimento de que a regulação econômica não é função do Estado, mas, sim, do próprio mercado³⁹³.

O referido trabalho foi inspirado no pensamento do economista britânico Ronald Coase³⁹⁴, que é considerado um dos pioneiros em torno dessa nova escola

³⁹⁰ “Em seu famoso artigo sobre custo social publicado em 1961, Coase analisa a relação entre responsabilidade civil e alocação de recursos, o mesmo tema do primeiro artigo de Calabresi sobre a teoria jurídica dos acidentes ou acontecimentos inesperados, escrito independentemente do trabalho do outro autor e publicado no mesmo ano”. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 7.

³⁹¹ “O marco teórico da proposição do paradigma contemporâneo do estudo integrativo direito-economia reside nos trabalhos pioneiros de Ronald Harry Coase (Universidade de Chicago), *The Problem of Social Cost* (1960), de Guido Calabresi (Universidade de Yale), *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961) e Gary Becker (Universidade de Chicago), *Crime and Punishment: Na Economic Approach* (1968). O marco teórico principal da aceitação do movimento de direito e economia e de sua divulgação reside no trabalho de Richard Posner (Universidade de Chicago), *Economic Analysis of Law* (1973). Contudo, não devemos esquecer a influência marcante de Aaron Director na Universidade de Chicago desde a segunda metade dos anos 1940. Outro marco importante foi a criação, também na Universidade de Chicago, do *Journal of Law and Economics* em 1958, que se tornou o principal meio de divulgação dos trabalhos e pesquisas na área”. (COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 17. Ver também PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 87).

³⁹² DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

³⁹³ DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 2001.

³⁹⁴ A importância dos trabalhos de Ronald Coase foi identificada pelo interesse e aperfeiçoamento de suas posições por outros estudiosos, que acabaram criando “diferentes Escolas de *Law and Economics*, tais como: [...] a Positivista (vinculada a Universidade de Chicago), a Normativista (Universidade de Yale) e a Funcional (que é espécie de mistura das Escolas Positivista com a Normativista, fortemente vinculada à Universidade de Virgínia). Todavia, para Cooter, foi Oliver Williamson quem tenha de melhor modo definido e identificado o ponto central dos custos de “transação. Este autor entendeu que estes últimos constituem elementos particularmente importantes nas situações onde os agentes econômicos fazem investimentos específicos em suas relações”. *In*:

de Direito e Economia, com a publicação, em 1937, de seu artigo *The nature of the firm*, referindo-se a uma nova concepção da análise econômica, que concebe problemas relacionados aos custos de transação e ao desenvolvimento de uma teoria sobre a existência da empresa³⁹⁵. Todavia, a principal contribuição de Ronald Coase refere-se à ideia dos custos de transação, estampada com a publicação, em 1960, do trabalho intitulado *The problems of social cost*, no *Journal of Law & Economics*, da Universidade de Chicago³⁹⁶, que acabou por receber o Prêmio de Ciências Econômicas em memória de Alfred Nobel, em 1991.

Com o livro *Economic Analysis of Law*, publicado pela primeira vez em 1973³⁹⁷, Richard Posner tem por objetivo analisar, economicamente, uma vasta área do Direito utilizando a chamada teoria neoclássica, que se baseia na ideia de um mundo hipotético sem os custos de transação³⁹⁸. No entanto, a tese formulada por Posner, a partir da segunda metade da década de 1970, sobre a maximização de riqueza como fundação ética para o Direito, é consolidada, passando a obra *The Economics of Justice* de 1983 a ganhar destaque no cenário mundial. Sua ideia original concentra-se na possibilidade de as instituições jurídico-políticas serem avaliadas em função da maximização da riqueza e, por essa razão, sofreu críticas por ser considerada uma teoria radical; por tal razão, modificou seu ponto de vista no início dos anos 1990.³⁹⁹ Com a mudança de seu posicionamento, converteu-se ao pragmatismo jurídico⁴⁰⁰, relativizando a maximização da riqueza com desprezo ao caráter fundacional do Direito.

TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, jun. 2007, p. 85.

³⁹⁵ COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economia**, New Series, v. 4, nº 16, p. 386-405, nov. 1937.

³⁹⁶ COASE, Ronald Harry. The problems of social cost. **Journal of Law & Economics**, vol. 3. p. 1-44. out. 1960. “Na década de 1980, Chicago tornar-se-ia o farol econômico para diversas experiências de reformas do Estado e da Economia em diversas partes do mundo, algumas delas desastrosas como a política neoliberal brasileira”. (COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. XXXI)

³⁹⁷ POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**. 4th. ed. Boston: Little Brown, 1992.

³⁹⁸ TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. **A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito**. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 84, jun. 2007.

³⁹⁹ POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴⁰⁰ “O núcleo do pragmatismo jurídico é a decisão pragmática, e o núcleo de decisão judicial pragmática é a promoção de maior conscientização judicial e a preocupação com as consequências, e, assim, uma disposição para estabelecer as bases de decisões políticas em fatos e consequências em vez de conceitualismos e generalidades”. (POSNER, Richard Allen. Legal pragmatism. In **Metaphilosophy**. Oxford, Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd. v. 35, ½, jan. 2004, p. 150).

Da perspectiva pragmática, novos contornos foram atribuídos à eficiência como critério de utilidade ao Direito. Na acepção de Posner, as coisas devem ser significadas no âmbito social, sem caráter imanente. Nessa ótica, assevera o jurista que as “realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências. Isso conduz à rejeição de todos os critérios fundamentais que possam, de forma absoluta, pautar a normatividade do Direito”.⁴⁰¹ Nesse panorama, no processo decisório, as consequências sociais e econômicas dos atos dos envolvidos devem ser levadas em consideração.

No campo das relações comerciais, os custos das transações estão cada vez mais aliados à forma de gestão e governança, o que estimulou inclusive a expansão de programas de *Compliance* que, de forma resumida, no que concerne à preocupação com os custos, define três aspectos, quais sejam: (1) custos de manutenção, que abrangem os custos para executar e promover essa política, como custo de pessoal, treinamento, comunicação e consultoria; (2) de não conformidade, que abrange as penalidades, multas e tributos, custo de remediação, perda da receita, interrupção dos negócios e perda da produtividade, impacto no capital, danos à reputação da empresa, de seus empregados e da marca, despesas com advogados, custas judiciais e valor/hora da alta administração; e (3) de governança, que observa as despesas de manutenção, da diretoria e dos comitês, custos legais e jurídicos, contratação de auditoria externa e relacionamento com investidores e comunicações⁴⁰².

Todo esse cenário, ocasionado pela alta competitividade do mercado, leva, além da necessidade de melhorar a eficiência da organização, a alinhar a perspectiva econômica com os instrumentos jurídicos disponíveis. No caso da presente pesquisa, aponta-se a possibilidade de redução dos custos de transação como incentivo econômico para a instituição da arbitragem para os conflitos envolvendo relações comerciais, atinentes aos nomes de domínios, visto que tal instituto garante a especialidade das decisões e prazo reduzido para a sua apresentação, o que

⁴⁰¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? **Revista de Direito UNIFACS**, n. 160. p. 11-12, out. 2013, Disponível em:

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 16 set. 2017.

⁴⁰² RODRIGUES, Paulo César. Contract management, governança e compliance, 2005. *IN: PROGRAMAS DE COMPLIANCE: a norma AS 3806:2006*. São Paulo: Risk Technology Editora, 2006. (Série Risk Management).

certamente proporciona uma redução de custos, porquanto entendem-se as ADRs como importantes técnicas de auxílio a programas de *Compliance* empresarial.⁴⁰³

4.6.2 A arbitragem comercial internacional

O apoio comercial fundamenta-se em decisões políticas, levando em conta a economia, seu estado social, grau de desenvolvimento e ordenamento, assim como a adequação dos sistemas legais. O comércio internacional possui uma lei própria, uma *lex mercatoria* e também seu próprio sistema de normas; por esse motivo, ele faz da arbitragem seu próprio sistema jurisdicional.⁴⁰⁴ A arbitragem se torna um meio para resolver os conflitos relativos ao comércio internacional de forma célere e eficaz.

No direito internacional, são as transações as figuras que, tradicionalmente, têm servido como meio direto para extinguir obrigações, pois nas transações se negocia, se conversa e se chega a um acordo, muitas vezes realizando-se concessões. Porém, se não existe a possibilidade de se transacionar, pode-se buscar a solução da controvérsia em uma terceira pessoa que pode oferecer, dito de forma simplificada: (a) uma análise neutra das possibilidades no intuito de as partes caminharem para um acordo, baseando-se em técnicas psicológicas, para entender o que cada parte quer (alguns doutrinadores entendem essa técnica como mediação)⁴⁰⁵; (b) um árbitro ou um tribunal arbitral que seja proveniente de um contrato anterior com cláusula de arbitragem, por livre vontade dos envolvidos; e (c) um tribunal *judicia*, para que a justiça estatal resolva a controvérsia.⁴⁰⁶

A arbitragem comercial internacional tem o intuito de criar tribunais arbitrais, que serão formados por árbitros de vários países, colocando-se à disposição dos envolvidos para a solução de seus conflitos. Entretanto, para que isso ocorra, é sempre necessário estar estabelecido, previamente, pelas partes, o compromisso arbitral em que disciplinará as regras que serão seguidas, bem como o compromisso

⁴⁰³ Neste aspecto estamos elaborando artigo (ainda no prelo) para esclarecer a vinculação das ADR's aos programas de *Compliance*, detalhando as vantagens daquelas técnicas para a redução dos riscos empresariais.

⁴⁰⁴ ETCHEVERRY, Raul Anibal. El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

⁴⁰⁵ ETCHEVERRY, Raul Anibal. El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

⁴⁰⁶ ETCHEVERRY, Raul Anibal. El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

de que a decisão será respeitada e cumprida pelos envolvidos; por isso, se fundamenta esse instituto no livre consentimento.

O processo de mundialização que se intensificou após as duas guerras mundiais⁴⁰⁷ está voltado à dominação de mercados. O avanço tecnológico e a abertura de fronteiras demonstram a complexidade do impacto causado pela globalização/mundialização⁴⁰⁸ da economia e expansão das empresas transnacionais que fez surgir novas relações comerciais, tanto entre particulares como entre particulares e Estados. Diante desta nova realidade, em regra, se tem optado pela utilização da arbitragem como forma de resolver as controvérsias.

A referida dominação⁴⁰⁹ evidencia uma lógica de governança por números, caracterizada por análise de riscos, custos, capital humano, entre outros. Nesse cenário, o poder⁴¹⁰ não está mais ligado ao governo soberano, mas à governança eficaz, que trabalha com uma lógica de mercado⁴¹¹ e proporciona “o surgimento dos denominados atores não estatais”⁴¹², que participam ativamente nas decisões da

⁴⁰⁷ Para a professora Odete Maria de Oliveira, em que pese o Estado moderno soberano ter se consolidado na Europa entre os séculos XV e XVI, fazendo surgir significativas relações internacionais, foi a Primeira Guerra Mundial, ocorrida entre os anos de 1914 e 1918, o principal marco histórico das Relações Internacionais. Isso porque, nas palavras da autora, “tão dramático pesadelo conclamava urgência na solução de muitos problemas e na formalização de um objetivo consensual de paz internacional: o Pacto da Liga das Nações”. Após o episódio da primeira grande guerra, as Relações Internacionais consolidaram-se como disciplina. Segundo Esther Barbé, em 1919, na Universidade de Gales, na Inglaterra, foi criada a cátedra Woodrow Wilson, com o propósito de estudo das Relações Internacionais. Nas décadas que se seguiram, inúmeras pesquisas foram realizadas no sentido de aprofundar o entendimento no âmbito das Relações Internacionais, aplicando-se teorias existentes aos acontecimentos dessa época. Nesse sentido, consultar: OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação*. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 38.

⁴⁰⁸ Para Supiot, a globalização é uma das etapas do processo de mundialização. (SUPIOT, Alain. **O Espírito da Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014).

⁴⁰⁹ Que toma o planeta como mercado único, redimensiona suas prioridades, afastando qualquer compromisso nacional, pois “não é mais a parte que determina o todo, mas o inverso. Sua operacionalidade é ditada pela competição global. As especificidades nacionais são, neste caso, secundárias, sendo levadas em conta apenas quando as políticas totalizantes estiverem traçadas de antemão.” (In: ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 156).

⁴¹⁰ Para Olsson, “o debate sobre o poder está, de uma forma ou outra, integrado permanentemente nas relações humanas ao longo do tempo. Seja no seu aspecto empírico, de exercício direto nas relações, seja mesmo no aspecto normativo, como uma potencialidade ou dever ser, o poder ocupa o centro do debate político. A compreensão do poder, assim, é essencial para o entendimento dos contornos da própria política, como dimensão das relações da vida em sociedade e para a compreensão dos próprios limites e possibilidades dessa convivência”. OLSSON, Giovanni. *O poder político no espaço global: o protagonismo dos atores estatais e não estatais*. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 135.

⁴¹¹ SUPIOT, Alain. **O Espírito da Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 184.

⁴¹² OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos*

sociedade internacional contemporânea.

Com o surgimento de novos atores internacionais, ocorreu uma ressignificação das relações internacionais, o que proporcionou o aumento da complexidade. Aliás, como bem definiu Leonel Severo Rocha⁴¹³, vive-se em um momento em que a complexidade se manifesta, pois surgem muitas culturas diferentes e espaços de identidade em construção e sempre questionáveis, o que evidencia a impossibilidade de observações verdadeiras, tranquilas e seguras.

No campo daquelas relações, o aumento da complexidade estabeleceu uma polaridade incerta e acentuou os vínculos de interdependência, especialmente no que tange ao comércio internacional, entre os principais atores que atuam no âmbito das relações internacionais.

As consequências mais evidentes desse aumento de complexidade proporcionou o surgimento dos novos atores que, por sua vez, multiplicam as possibilidades de relações no interior da sociedade internacional, diversificando seus pólos de referência, muito além do modelo estatal. A partir desse contexto, ocorre um intenso processo de intercâmbio, em que participam os diversos atores internacionais, que tanto podem aumentar os fluxos internacionais como também podem ocasionar riscos, aprofundando as relações assimétricas entre os países participantes da sociedade internacional, chegando-se ao limite de estabelecer relações de pura dependência e vulnerabilidade.⁴¹⁴

Neste contexto, a “vulnerabilidade pode ser definida como a sujeição de um ator a custos impostos por eventos externos, mesmo depois de ter alterado políticas”⁴¹⁵. No caso de decisão arbitral, em sede de disputa de nomes de domínio, pode ocorrer de um agente, mesmo após ter deixado de usar o nome alheio, ter que indenizar por eventuais perdas e danos ao legítimo proprietário, reconhecido por aquela decisão.

Aquele intercâmbio, com a fragilização da soberania e da autonomia do Estado, ocasiona novas possibilidades políticas, sociais e comerciais no âmbito das

de Fundamentação. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1. p. 20.

⁴¹³ Nesse sentido, consultar: ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. *In*: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁴¹⁴ KEOHANE, Robert, NYE, Joseph S. **Poder e interdependência: la política mundial en transición**. Trad. Heber Cardoso Franco. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano, 198[?].

⁴¹⁵ KEOHANE, Robert, NYE, Joseph S. **Poder e interdependência: la política mundial en transición**. Trad. Heber Cardoso Franco. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano, 198[?], p. 26.

relações internacionais. Com isso, ocorre o crescimento da importância dos demais atores internacionais, em especial as organizações internacionais multilaterais, que são fundamentais para a manutenção e ampliação dos fluxos internacionais, para a discussão dos temas comuns e para a formulação de regimes internacionais.⁴¹⁶

Assim, tais atores tornam-se indispensáveis ao funcionamento da sociedade internacional da atualidade, o que desloca o centro dessa sociedade da coexistência dos diversos atores para a convivência, provocando um acréscimo dos vínculos de interdependência e “[...] um aumento da demanda por meio de solução pacífica de controvérsias”⁴¹⁷. Para Bedin⁴¹⁸, isso aumenta, significativamente, o papel potencial das instituições e das normas jurídicas internacionais, que passam a ter uma grande importância na constituição de referências para o comportamento dos atores internacionais e, em especial, na redução das incertezas dos fluxos internacionais, reduzindo assim complexidade.

Nesse sentido, é importante destacar que não se pode compreender a sociedade moderna sem a ideia de sistema que reduz complexidade, pois é ele que viabiliza a comunicação. Em Parsons, é o sistema que permite a comunicação e a existência da própria sociedade, explicando a possibilidade de ação racional. Já Weber, ao aprofundar a teoria dos sistemas afirma que se trata de uma teoria geral de ação social onde todos os sistemas encontram-se interrelacionados⁴¹⁹, pois uma questão econômica que vem desta área irá comunicar-se com o sistema político e outros.

As relações de interdependência que vão se tornando cada vez mais complexas e que, portanto, exigem redução pelo sistema social, adquirem características distintas cada vez mais fundamentais⁴²⁰. Para Odete Maria de

⁴¹⁶ BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária.** Ijuí: Unijuí, 2001.

⁴¹⁷ RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **O que são relações internacionais?** São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 41.

⁴¹⁸ BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária.** Ijuí: Unijuí, 2001.

⁴¹⁹ Para Parsons, a ideia de sistema político é mais rica que a noção de Estado, por isso, diferentemente do juridicismo, a sua teoria não considera a noção de Estado. *In*: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia.** 2 ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2005, p. 191.

⁴²⁰ Segundo Robert O. Keohane; Joseph S. Nye, três características distintas cada vez mais fundamentais: (a) são relações que possuem canais múltiplos de conexão no interior da sociedade internacional, que incluem tanto nexos informais entre elites governamentais como acordos formais entre agências de serviço exterior, nexos informais entre elites não governamentais (“cara a cara” ou mediante o uso de telecomunicações) e organizações transnacionais (tais como bancos ou corporações multinacionais). Esses canais podem apresentar-se como relações interestatais, transgovernamentais e transnacionais. As relações interestatais são os canais normais de relações

Oliveira, tais relações “ocupam dimensões de destacada relevância à caracterização complexa e interdependente da sociedade internacional contemporânea, apresentando-se globalizada e ostentando singular desempenho de relações transnacionais”⁴²¹.

Portanto, não há

[...] como refutar o papel dos atores não estatais junto ao fenômeno mutante da sociedade contemporânea: primeiramente, porque projetam-se além dos limites do próprio Estado; depois porque em seu transcendente protagonismo deverão circundar o fenômeno em si mesmo, no seio do qual gravitam inúmeras e diversificadas relações – um emaranhado – integradoras do grande universo mundial: a sociedade internacional contemporânea, sua própria realidade social, na qual o Estado como unidade política desempenha sua função, ao lado dos demais atores não estatais, envolvendo todos nessa teia de tão complexa dimensão [...]”⁴²².

Aliás, a atuação de atores não estatais, como a ICANN, revela serem aqueles detentores de um poder de influência, “inquestionável junto as dimensões jurídicas em tempos de globalização e interdependência como os vividos nos presentes dias”⁴²³, posto que o “agente internacional, cujas relações, ações e interações podem influenciar e até condicionar a condução da sociedade internacional contemporânea”⁴²⁴, no caso, no que concerne à proteção da propriedade imaterial,

internacionais entre os governos dos Estados; as relações transgovernamentais são as relações estabelecidas para além dos governos dos Estados; as relações transnacionais são as relações que superam os pressupostos dos Estados-nações, indo além de suas estruturas; (b) são relações que possuem, como agenda, uma multiplicidade de temas, que não estão hierarquizados clara e solidamente. Essa ausência de hierarquia significa, entre outras coisas, que a segurança militar não domina consistentemente a agenda das relações de interdependência. Muitos dos temas surgem do que se costumava considerar como política interna, com o que a diferenciação entre temas internos e externos fica bastante diluída. Portanto, a política não se detém mais em círculos fechados, diluindo-se as fronteiras e complexificando as ações dos atores internacionais; (c) são relações em que a força militar não é empregada pelos governos contra outros governos da região ou da aliança de que o Estado faça parte. Nesse sentido, a força militar tornou-se irrelevante para resolver muitos problemas internacionais, em especial os decorrentes de desacordo sobre questões econômicas e questões comuns a diversos atores internacionais, como os problemas do meio ambiente. *In*: KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Poder y interdependencia: la política mundial en transición**. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano, 198[?], p. 41.

⁴²¹ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação*. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 53.

⁴²² OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação*. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1 p. 55.

⁴²³ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação*. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 64.

⁴²⁴ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos*

revelada nos nomes de domínio, visto que “a práxis internacional tem reconhecido a determinados atores não estatais a destinação de certos direitos e obrigações internacionais”.⁴²⁵

O comportamento dos atores estatais e não estatais é dado por certas condicionantes, entre elas a econômica, haja vista a crescente expansão das relações econômicas, financeiras e comerciais em âmbito global, que faz emergir um novo mercado mundial, marcado pela competitividade e a necessidade de disciplinamento do comércio, por organismos como a Organização Mundial do Comércio (OMC), a fim de evitar práticas prejudiciais em negociações em nível mundial.⁴²⁶

Outra condicionante do comportamento dos atores não estatais, como a ICANN, objeto da presente pesquisa, é a tecnológica. A transferência para as máquinas, da criação intelectual do homem, faz surgir um conjunto convergente de tecnologias, entre elas: a computação (*software* e *hardware*), que merecem ser protegidos, visto que se constituem tanto elemento decisivo no sistema de produção quanto força direta deste sistema⁴²⁷.

Com isso, “a imaginação, a criação e a organização em rede são os novos instrumentos do processo de tecnologia informacional”⁴²⁸, relacionada a um desenvolvimento sem precedentes na história da informação, o que faz com que as relações de poder de atores não estatais, como, por exemplo, das corporações transnacionais, atinjam destacado protagonismo, já que também “evoluíram com os impactos desse avanço tão extraordinário das tecnologias e sua interação com os demais conhecimentos e técnicas, passando a coexistir juntamente tanto o império de dominação econômica como o fantástico processo inovador”⁴²⁹.

de Fundamentação. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 64.

⁴²⁵ OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação*. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 65.

⁴²⁶ Pereira Castañares, *apud* OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação*. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 68.

⁴²⁷ Pereira Castañares *apud* OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação*. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 90-92.

⁴²⁸ Pereira Castañares, *apud* OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação*. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores não estatais**. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 95.

⁴²⁹ Pereira Castañares, *apud* OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais, Direito e Atores Não*

Tal processo é dado pelos conhecimentos tecnológicos, que proporcionam o surgimento de um novo poder, o poder da informação eletrônica, “na qual a mídia, as imagens digitadas e as montagens fantásticas utilizadas constituem o eixo de sustentação ideológica da geração desse poder”⁴³⁰, que acaba constituindo um capital imaterial, como, por exemplo, os *Domain Names*.

Tal capital, se for apropriado indevidamente por alguém, pode constituir violação de registro de nomes de domínio na *internet*. A primeira disputa que discutiu esse tipo de situação ocorreu no sistema americano e envolveu o caso dos cursos Kaplan e o Princeton Review, a qual foi a primeira empresa a ser demandada por violação de direito no registro de nomes de domínio na *internet*.

Em fevereiro de 1994, a escola Princeton Review criou uma *home page* na *internet* e registrou o domínio sobre o nome “review.com”, todavia, além de efetuar aquele registro, registrou também o domínio “kaplan.com”. Assim, o internauta que acessasse o domínio “kaplan.com” encontrava informações sobre o curso Princeton, bem como informações maldosas do seu concorrente, o curso Kaplan, que demanda a Princeton Review perante a Corte do Distrito de Manhattan, nos Estados Unidos, alegando que este curso estava violando a lei de propriedade industrial, bem como praticando atos de concorrência desleal. Aquela Corte sugeriu que as partes se submetessem à arbitragem, o que foi feito por ambas. No processo arbitral, os árbitros entenderam, baseados na lei de marcas americana, que o curso Princeton Review não possuía direito sobre o nome de domínio Kaplan e condenaram aquele curso a transferir o nome de domínio ao curso Kaplan, bem como ao pagamento de U\$20.000,00 (vinte mil dólares) a este⁴³¹.

Nesse contexto, a arbitragem ganha destaque como instituto de solução às violações daquela natureza, sendo as Câmaras e Tribunais Arbitrais que, para fins desta pesquisa, serão consideradas atores não estatais, que agem por intermédio de organizações específicas, como a ICANN.

Estatais: Delineamentos de Fundamentação. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder**: cenários e protagonismo dos atores não estatais. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 95.

⁴³⁰ Pereira Castañares, *apud* OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais, Direito e Atores Não Estatais: Delineamentos de Fundamentação**. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder**: cenários e protagonismo dos atores não estatais. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 96.

⁴³¹ IN THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT. Disponível em: <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C05/05-20049-CV0.wpd.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

A arbitragem, nesse aspecto, vem crescendo como técnica para responder aos efeitos da globalização e sofisticação do comércio, incluindo a utilização de tecnologias, gerando novas e variadas formas de intervenção nas relações comerciais.

Os tribunais arbitrais, geralmente, são constituídos por três árbitros, um deles de cada nacionalidade dos envolvidos e um terceiro de nacionalidade diversa, escolhido pelas partes, podendo, no caso do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, quando o mesmo administra as controvérsias envolvendo os nomes de domínio, ser composto por somente um árbitro.

A arbitragem se caracteriza pela solução pacífica de controvérsias. Nesse sentido, os árbitros exercerão as atividades com poderes preestabelecidos pelas partes. Esse contrato informando como se dará o procedimento arbitral é denominado compromisso arbitral. O resultado desse processo arbitral chama-se laudo arbitral, que deverá ser respeitado e cumprido pelas partes, já que as mesmas consentiram, previamente, em se submeter à arbitragem.

Bernardo Cremades⁴³² destaca que a eficiência da arbitragem comercial internacional se respalda na voluntariedade das partes e também no prestígio dos tribunais arbitrais. Além disso, entende que, nas disputas comerciais, as organizações requerem segurança, de modo a não acolher que as empresas sejam submetidas a ações judiciais, mas à arbitragem, evitando, por vezes, um litígio que poderia ser economicamente mais custoso e demorado, se levado à justiça.

As vantagens, em comparação com a análise jurídica das controvérsias no contexto comercial, centram atenção à celeridade, confidencialidade (que não é absoluta)⁴³³, flexibilidade dos procedimentos (valorização da autonomia das vontades), prevalência da oralidade/informalidade do procedimento, possibilidade da escolha de leis e local para análise do caso concreto, facilidade de execução das sentenças, maior disponibilidade de se aceitar a decisão e especialidade/tecnicidade do árbitro (pode ser alguém conhecedor especializado da matéria, objeto do conflito).

Mas a facilidade de execução das sentenças arbitrais originou tratados e convenções. A Convenção de Genebra, assinada em 26 de setembro de 1927⁴³⁴, foi

⁴³² CREMADES, Bernardo M. **El proceso arbitral en los negocios internacionales**. Alternativas a la justicia institucional. Arbitraje y Conciliación. Conferencias, 1986.

⁴³³ Como no caso das decisões de nomes de domínio, tema que será tratado no último capítulo.

⁴³⁴ Íntegra da Convenção em: ABREU, Miguel Cancellá de *et. al.* **A arbitragem voluntária a mediação de conflitos**: legislação comentada dos espaços de língua portuguesa. Coimbra: Concórdia, 2008.

um marco inicial importante, todavia a exigência da dupla homologação dificultava a resolução de controvérsias atinentes à arbitragem internacional utilizada para relações comerciais, visto que o desenvolvimento destas, principalmente após a década de 1950, acentuou-se nas relações internacionais.

Com a insuficiência daquela Convenção, o instrumento jurídico de maior adesão, entre os países para reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, é, atualmente, a Convenção de New York, que amplia o conceito de sentenças arbitrais, para considerar “não apenas as sentenças proferidas por árbitros nomeados para determinados casos, mas também as que forem proferidas por órgãos de arbitragem permanentes aos quais as Partes se submetem”.⁴³⁵ A adesão para tal ordenamento é maciça entre os países que atuam no comércio internacional⁴³⁶.

Outro ordenamento importante para a utilização da arbitragem comercial internacional foi elaborado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) - principal órgão jurídico no âmbito do direito mercantil internacional⁴³⁷, que objetiva harmonizar as regras daquele comércio – em 21 de julho de 1985, sendo conhecida como Lei Modelo da CNUDMI/UNCITRAL.

Apesar da diversidade de ordenamentos amparando o instituto da arbitragem para a resolução dos conflitos comerciais internacionais, uma questão importante da arbitragem internacional diz respeito à postura do árbitro para a aplicação de

⁴³⁵ Artigo 1, item “2” descrito por: ABREU, Miguel Cancellata de *et. al.* **A arbitragem voluntária a mediação de conflitos**: legislação comentada dos espaços de língua portuguesa. Coimbra: Concórdia, 2008, p. 275. No que tange aos países signatários, até a presente data, o rol já superou o número de 150 países, conforme dados disponíveis em: NEW YORK ARBITRATION CONVENTION. **Contracting States** - List of Contracting States. Disponível em: <<http://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

⁴³⁶ A promulgação pelo Brasil ocorreu com a edição do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Na exposição de Motivos anterior àquele Decreto, desenvolvida em 1999, pelo Ministro das Relações Exteriores da época, Luiz Felipe Lampreia destaca que: “[...] 3. A Convenção de New York de 1958, destinada a reduzir o número de disputas levadas aos tribunais e a viabilizar o resgate do ideal de justiça rápida é um instrumento jurídico de caráter quase universal, que conta atualmente com mais de cem ratificações. No âmbito do Mercosul, o Brasil é o único país que ainda não o fez. Na América Latina, a adesão é quase total. O principal argumento em favor desse *modern instrument* é o fato de que o mesmo proporciona a segurança jurídica necessária à atração de investimentos estrangeiros, ao garantir soluções rápidas, justas e equânimes de eventuais disputas comerciais. 4. A adoção pelo Brasil, no plano interno, da Lei de Arbitragem n. 9.307/96 (Lei Marco Maciel) representou a adequação do País à prática internacional, ao proporcionar o preenchimento da lacuna até então existente na legislação brasileira, que não contemplava os procedimentos para dar validade, em território nacional, aos laudos arbitrais proferidos no exterior”. *In*: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5. N. 18, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, jul.-set. 2008, p. 249.

⁴³⁷ Para maiores detalhes, consultar: UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Disponível em: <www.uncitral.org>. Acesso em: 16 dez. 2017.

determinada regra imperativa⁴³⁸. Normalmente, uma dessas regras diz respeito ao dever de confidencialidade que deve permear todo o procedimento arbitral, ou seja, desde a pactuação do compromisso até a execução da sentença.

Trata-se, portanto, do dever imposto, tanto às partes quanto aos árbitros, de não divulgarem dados e informações colhidos com o procedimento arbitral. Tal sigilo, no âmbito das relações comerciais, tem a função de proteger pessoas físicas, jurídicas e Estados que optaram pela arbitragem, do uso indevido das informações por terceiros que, utilizando de má-fé, tenham informações privilegiadas que causem perdas ou ganhos ao mercado.

A legislação brasileira sobre a arbitragem, Lei n. 9.307/96, ao tratar do cumprimento da Carta Arbitral, determina que será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem⁴³⁹. Tal segredo, como referido, constitui uma das principais características da arbitragem na grande maioria dos sistemas jurídicos mundiais. Privacidade e confidencialidade são características que tornam o procedimento, particularmente, interessante para a resolução de disputas comerciais.

Com isso, o fato de que há uma disputa legal entre duas ou mais partes pode não ser revelada, não só durante a pendência dos processos de arbitragem, mas também depois de uma sentença proferida, o que é tido como uma vantagem considerável para a eleição do procedimento. Para a teoria contratualista, que, como referido, destaca a natureza jurídica da arbitragem como originada pela vontade das partes, por meio do pacto contratado, a relação é de direito privado; portanto, se houve estipulação de confidencialidade, esta deve ser respeitada sob pena de desconfigurar o procedimento arbitral.

Já os jurisdicistas, por considerarem que a arbitragem advém da lei estatal, portanto norma de direito público, se a confidencialidade afrontar as diretrizes estabelecidas nos ordenamentos que envolvem as partes, a confidencialidade deve ser afastada, haja vista que as regras imperativas estatais preponderam sobre a

⁴³⁸ Aqui entendida, “na tradição do direito internacional privado, aquelas que reclamam aplicação a determinado caso, não podendo ser pela vontade das partes, tampouco pelas regras de conflito de determinada legislação”. MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? In: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5. N. 19, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, out.-dez. 2008, p. 32.

⁴³⁹ BRASIL. Parágrafo único do art. 22-C da LEI N. 9.307, de 23 de setembro de 1996. BRASIL, **LEI n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

imperatividade da confidencialidade estabelecida pelos conflitantes. Todavia, “a aplicação das regras imperativas estranhas à *lex contractus* não é, *a priori*, nem afirmada e tampouco rejeitada, mas, sim, considerada a partir da existência de uma conexão dessas regras ao caso”⁴⁴⁰.

A solução de controvérsias envolvendo disputa de nomes de domínio, objeto da presente pesquisa, representa um dos casos que merecem modulações na conceituação tradicional dos elementos que compõem o instituto da arbitragem. Nesses casos, a publicização do verdadeiro legitimado em usar um nome de domínio específico pode afastar usos indevidos e prejuízos ao legítimo proprietário e a terceiros que, eventualmente, transacionaram, induzidos em erro, com o denunciado naquele tipo de arbitragem.

A partir do reconhecimento por mais de 150 países, da executividade de sentenças arbitrais estrangeiras, pode-se identificar, ao menos naqueles ordenamentos, que há um reconhecimento das sentenças arbitrais como diretriz de ordem pública transnacional⁴⁴¹, porquanto “a arbitragem comercial internacional, por sua autonomia em relação a quaisquer ordenamentos jurídicos determinados, é um fórum privilegiado para a admissão e aplicação prática desses princípios que transcendem nacionalidades e idiosincrasias legislativas”.⁴⁴²

Dessa forma, o instituto da arbitragem comercial internacional, especialmente pelos procedimentos desenvolvidos pela ICANN, como método mais adequado de solução de controvérsias comerciais envolvendo disputa de nomes de domínio, desvincula-se de ordenamentos jurídicos nacionais, tornando-se o campo mais que propício para a criação de um conceito de ordem pública desnacionalizado, baseado na praxe do comércio internacional, uma vez que:

A diferenciação de uma ordem jurídica transnacional afeta à arbitragem comercial internacional, a partir do momento histórico em que se sedimenta que elas não mais precisam se submeter à chancela dos tribunais estatais para adquirir sua validade, desenvolve-se de forma que pode ser explicada, a partir de uma perspectiva evolutiva,

⁴⁴⁰ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *In*: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5. N. 19, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, out-dez, 2008, p. 40.

⁴⁴¹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Rio de Janeiro, 2005, p. 207.

⁴⁴² MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *In*: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5. N. 19, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, out.-dez. 2008, p. 45.

de acordo com a distinção orientada às expectativas negociais (arbitragem)/reserva de ordem pública (tribunal estatal)⁴⁴³.

Essa ampliação da noção de ordem pública (superando aquelas nacionais e internacionais) permite o reconhecimento não só de uma identidade da ordem jurídica transnacional, como a modulação da autonomia de vontade das partes em procedimentos arbitrais envolvendo disputa de nomes de domínio, caracterizando, assim, neste campo, a existência de uma arbitragem “sui generis”, que permite ao árbitro não só examinar as “regras estatais, inclusive imperativas, mas também as próprias disposições contratuais, para fazer a sua própria avaliação da licitude ou ilicitude das mesmas”⁴⁴⁴.

Se o juiz é o responsável pela ordem pública nacional e, em princípio, não se preocupa com a ordem pública estrangeira ou com a ordem pública internacional, o árbitro, por outro lado, sem jurisdição, pode garantir o respeito da ordem pública estrangeira, visando máxima eficácia da sentença. Pode, de outro modo, respeitar a lei estabelecida pelas partes, por meio da autonomia de suas vontades, disposta em contrato, mesmo contrariando a política pública estrangeira, visto que lhe é facultado levantar a questão da não conformidade das sentenças emanadas de ordem pública internacional.⁴⁴⁵

Para além da proteção internacional do direito do nome de domínio, o fato de fazer circular sentenças arbitrais estrangeiras, publicizando mundialmente as violações naquele seguimento, aliadas à aceitação/reconhecimento/homologação entre os Estados, coloca-os no rol de sistemas que garantem a propriedade privada, promovem a segurança jurídica, o que maximiza sua imagem perante a comunidade mundial, influenciando, como se sabe, no aumento de relações comerciais com parceiros estrangeiros e, por via de consequência, incrementa a recepção de investimento de capital estrangeiro⁴⁴⁶.

⁴⁴³ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *In*: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5. N. 19, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, out.-dez. 2008, p. 44.

⁴⁴⁴ MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *In*: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5. N. 19, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, out.-dez. 2008, p. 47.

⁴⁴⁵ YOUSSEF, Soud Babay. Le controle post-arbitral de la sentence internationale a l'épreuve de l'ordre public substantiel. *In*: BOSTANJI, Sami; HORCHANI, Ferhat; MANCIAUX, Sébatien. **Le juge et l'arbitrage**: vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage. Paris: Editions A. Pedone, 2014, p. 212-213.

⁴⁴⁶ O sistema do duplo reconhecimento (a exigência de uma prévia homologação da sentença arbitral por um tribunal estatal no país de origem), afastado pela decisão proferida pelo STF, no ano de 2001,

Identificada uma ordem pública internacional, releva analisar as comunicações proferidas por atores transnacionais, como, por exemplo, o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

pode ser considerado um exemplo de como o uso do princípio da ordem pública pelos tribunais brasileiros foi equivocado.

5 AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS COMO PRODUTORAS DE DECISÃO EM MATÉRIA DE *DOMAIN NAMES*: UMA ANÁLISE DAS COMUNICAÇÕES DECISIONAIS PROFERIDAS PELO CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E PUBLICADAS NA “WIPO JURISPRUDENTIAL OVERVIEW 3.0”

O presente capítulo abordará a importância da globalização da Rede Mundial de Computadores e a necessidade de uma governança da *internet*, enfatizando o papel dos atores envolvidos. Posteriormente, será discutido sobre a Política Uniforme de Resolução de Disputas sobre Nomes de Domínio e o papel das organizações na resolução desses conflitos, analisando o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI como produtora de decisão, discutindo se esta efetiva o instituto da arbitragem na solução de conflitos de URDP. Todavia, a análise das decisões proferidas estará pautada no documento “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”⁴⁴⁷, publicado pela OMPI e que serve de referência para decisões em outros procedimentos.

5.1 A governança da *internet* e o papel da *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*

Com a globalização da *internet*, sua crescente importância como meio de comunicação e de informação em todas as esferas da vida social, política, econômica e cultural gerou a necessidade de estabelecer novos arranjos. Em face de sua natureza, fundamentalmente privada, o desafio foi criar uma estrutura descentralizada que atendesse, de forma igualitária e coordenada, os valores e as políticas dos Estados e das organizações internacionais.

Atualmente, os principais governos democráticos, especialmente aqueles que fazem parte da União Europeia e dos Estados Unidos, bem como as principais organizações internacionais convergem para um modelo multissetorial de governança da *Internet*, incluindo não apenas estes, mas também a sociedade civil. Esse modelo corresponde a uma regulamentação em que as regras aplicáveis são criadas,

⁴⁴⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

principalmente por fontes autônomas, mas que precisam ser complementadas pelos Estados e por regulação supranacional.⁴⁴⁸

Por esse motivo, a *internet* deve estar sujeita a uma governança global baseada na participação de todas as partes interessadas, devendo assegurar a unidade, a abertura, a gratuidade e a liberdade de acesso à *internet*, contrariando as tendências em restringir o acesso à *internet* e a liberdade de expressão e informação na Rede Mundial de Computadores. Ademais, essa governança deve conceder eficiência, estabilidade e segurança nas operações na rede e permitir a participação dos Estados e organizações nos processos de tomada de decisão.⁴⁴⁹

Contudo, tal tarefa não é tão simples assim, pois a regulamentação da *internet* enfrenta limites e restrições em virtude de seu caráter global que, na maioria dos casos, envolve mais de uma ordem jurídica nacional, o que impede a possibilidade de uma operação coordenada e harmoniosa. Por essa razão, a produção normativa, nesse âmbito, se dá por centros autônomos que desempenham o papel de regulação da *internet*, embora de alcance limitado. Essas regulações são verdadeiras regras de direito, visto que são caracterizadas pela generalidade e por possuírem força obrigatória e vinculativa, como é o caso da Política Uniforme sobre Resolução de Disputas em Nomes de Domínio (UDRP) estabelecidas pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). Por exemplo, uma parte interessada não poderá registrar um nome de domínio se não cumprir os requisitos e procedimentos estabelecidos pela ICANN. Esse efeito vinculativo precede o contrato de registro, que explicita as condições para a utilização do nome de domínio e também o procedimento para resolução de uma eventual disputa.⁴⁵⁰

A *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) é o resultado de uma proposta feita pela *Network Solutions Inc.* (NSI), no final dos anos 1990, ao Departamento de Comércio Americano, para que fosse substituída a *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), que era uma instituição de caráter privado que cumpria a atividade de consultoria e gerenciamento dos parâmetros de IP e nomes de

⁴⁴⁸ PINHEIRO, Luís de Lima. Reflections on Internet Governance and Regulation with Special Consideration of the ICANN. **Forthcoming, 2 Cyberlaw by CIJIC** (June 2016). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796402>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

⁴⁴⁹ PINHEIRO, Luís de Lima. Reflections on Internet Governance and Regulation with Special Consideration of the ICANN. **Forthcoming, 2 Cyberlaw by CIJIC** (June 2016). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796402>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

⁴⁵⁰ PINHEIRO, Luís de Lima. Reflections on Internet Governance and Regulation with Special Consideration of the ICANN. **Forthcoming, 2 Cyberlaw by CIJIC** (June 2016). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796402>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

domínios desenvolvida pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos da América. A intenção era conceder a este novo organismo, ou seja, à ICANN, autoridade para unir os registradores dos nomes de domínios que iriam começar a credenciar e a migrar, definitivamente, para o setor privado todas as funções concernentes aos endereços de IP.

Em junho de 1998, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual realizou, a pedido do governo americano e com a concordância dos Estados-membros, um amplo processo de consulta. O objetivo desse processo era fazer recomendações sobre problemas relacionados aos conflitos entre nomes de domínios e direitos de propriedade intelectual. No final de 1998, o governo americano reconheceu e transferiu a ICANN às funções técnicas de coordenação da *internet*, passando esta a substituir, definitivamente, a IANA.⁴⁵¹ Já em 1999, os Estados europeus conseguiram a criação do *Governmental Advisory Committee (GAC)*⁴⁵², órgão que dá voz aos governos e organismos internacionais diretamente atingidas pelas decisões da ICANN.

A ICANN é uma espécie de associação sem fins lucrativos, criada em 1998, que conta com a parceria de governos e organismos internacionais preocupados em manter a *internet* segura, estável e interoperacional; além disso, possui como função o desenvolvimento de uma política aplicável à utilização de identificadores únicos na *internet*. Ela, por sua vez, não controla os conteúdos disponíveis na rede mundial de computadores e também não trata de questões relacionadas ao acesso à *internet*. Contudo, gerencia uma vasta e complexa rede interligada de identificadores únicos, que permite a comunicação entre os computadores ligados à internet.⁴⁵³

A ICANN tem a incumbência de estabelecer políticas de atribuição de números de IP, bem como propor políticas de resolução de conflitos entre marcas e

⁴⁵¹ GOLLA, Romain. **La Régulation de L'Internet**: noms de domaine et droit des marques. 473 fl. Tese de doutorado. Université de Montréal. Faculté des études supérieures de l'Université de Montréal et à Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille III. 2002. Montreal/Canadá, 2002. Disponível em: <<https://papyrus.bib.ummontreal.ca/xmlui/handle/1866/2766>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁵² O Comitê Consultivo Governamental da ICANN, nome em português para a sigla GAC, fornece aconselhamento à ICANN sobre aspectos de políticas públicas das responsabilidades da ICANN em relação ao Sistema de Nomes de Domínios, porém não é um órgão de tomada de decisão, sendo um órgão estritamente consultivo. Ele é composto por governos nacionais e organizações internacionais numa estrutura representativa de múltiplas partes interessadas na ICANN. (INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). Governmental Advisory Committee. Disponível em: <https://gac.icann.org/?language_id=1>. Acesso em: 16 out. 2017.

⁴⁵³ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/what-2012-02-25-en>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

nomes de domínios, além de determinar as diretrizes dos novos “TLDs” a serem adicionados no sistema raiz e da delegação para o “ccTLD”. A sua estrutura representa os diversos interesses na rede mundial de computadores que contribuem para a tomada de todas as decisões. Ela é composta por três organizações de apoio que representam: (a) as organizações responsáveis pelos endereços de IP; (b) as organizações responsáveis pelos nomes de domínio; e (c) as entidades responsáveis pelos domínios de topo com código de país (com algumas exceções). Conta, ainda, com quatro comissões consultivas compostas por: (a) governos e organizações de tratados internacionais; (b) operadores dos servidores de raiz; (c) entidades responsáveis pela segurança da *internet*; e (d) a comunidade em geral, incluindo os usuários da internet. Compreende também um grupo técnico que trabalha com as organizações que idealizam os protocolos básicos para as tecnologias da *internet*.⁴⁵⁴

As decisões finais dela são tomadas por um Conselho Executivo constituído por vinte e um membros, dos quais quinze têm direito de voto, sendo que oito membros que possuem direito a voto são eleitos por uma comissão de nomeação independente e os restantes, nomeados pelas comissões de apoio. Ela conta, inclusive, com um presidente e um diretor executivo que também é membro do Conselho Executivo e que acompanha e supervisiona o trabalho do pessoal da ICANN, localizado em diferentes partes do mundo, ajudando a coordenar, gerir e implementar os diferentes debates e decisões tomadas pelos organismos de apoio e as comissões consultivas. O processo de tomada de decisão envolve questões preocupantes ou propostas de alteração à rede atual e são, normalmente, levantadas por uma organização de apoio, em que são discutidas e documentadas em um relatório que é disponibilizado à opinião pública, a fim de dar publicidade ao mesmo. Caso as alterações propostas impactem nos demais grupos que compõem o sistema da ICANN, o grupo em questão se reunirá e analisará a proposta, tornando pública a sua decisão, gerando, assim, a publicação de um segundo relatório. Ao final do processo, é fornecido, ao Conselho Executivo da ICANN, um relatório detalhado contendo todos os debates e uma listagem das recomendações propostas. O Conselho, por sua vez, analisará o relatório e aprovará ou rejeitará as considerações propostas. Caso ocorra rejeição de parte ou do todo, este voltará para a organização

⁴⁵⁴ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/what-2012-02-25-en>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

de apoio para revisão e adequação, para posterior retorno ao Conselho, a fim de ser aprovado.⁴⁵⁵

Mesmo com esses mecanismos de controle, Romain Gola⁴⁵⁶ destaca que esta organização ainda se encontra em processo de legitimidade, pois muitas das questões para as quais a ICANN é chamada a decidir vão além do campo puramente técnico e estão sujeitas a escolhas políticas, até porque ela é uma organização privada dos Estados Unidos da América que desempenha, de certa forma, o papel de “ONU da internet”, cujas ações têm alcance global, e as funções são, por natureza, governamentais, sendo esse posicionamento contestado por alguns doutrinadores americanos. Outra crítica contundente diz respeito à sua forma de operação, pelo fato de que esta opera, na visão do autor, de forma não muito democrática, pois, para ele, “*L’abstentionnisme qui affecte les démocraties modernes frappé aussi l’ICANN.*”⁴⁵⁷

Mesmo com os procedimentos de publicização das decisões e o convite para envio de comentários, o processo de tomada de decisão desta é colocado em xeque, pois muitas vezes acaba sendo sensível aos interesses econômicos, sendo que, ao controlar o Sistema de Nomes de Domínio, de certa forma, também controlam a *internet*. Uma maneira de solucionar essa situação seria ancorar a governança da *internet*, de forma multilateral, a um tratado internacional, visto que o principal motivo da criação da ICANN foi de encerrar o monopólio do NSI sobre o registro e o gerenciamento dos nomes de domínio.⁴⁵⁸

Ademais, as grandes corporações industriais detentoras de marcas registradas exercem um *lobby* intenso e efetivo para assegurar o respeito ou a extensão de seus direitos de propriedade intelectual; todavia, a fim de tentar resolver

⁴⁵⁵ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/what-2012-02-25-en>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁴⁵⁶ GOLA, Romain. **La Régulation de L’Internet**: noms de domaine et droit des marques. 473 fl. Tese de doutorado. Université de Montréal. Faculté des études supérieures de l’Université de Montréal et à Faculté de Droit et de Science Politique d’Aix-Marseille III. 2002. Montreal/Canadá, 2002. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2766>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁴⁵⁷ GOLA, Romain. **La Régulation de L’Internet**: noms de domaine et droit des marques. 473 fl. Tese de doutorado. Université de Montréal. Faculté des études supérieures de l’Université de Montréal et à Faculté de Droit et de Science Politique d’Aix-Marseille III. 2002. Montreal/Canadá, 2002. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2766>>. Acesso em: 26 set. 2017, p. 70.

⁴⁵⁸ GOLA, Romain. **La Régulation de L’Internet**: noms de domaine et droit des marques. 473 fl. Tese de doutorado. Université de Montréal. Faculté des études supérieures de l’Université de Montréal et à Faculté de Droit et de Science Politique d’Aix-Marseille III. 2002. Montreal/Canadá, 2002. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2766>>. Acesso em: 26 set. 2017.

essas controvérsias, a ICANN estabeleceu a *Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy* (UDRP)⁴⁵⁹.

5.1.1 Política Uniforme sobre Resolução de Disputas em Nomes de Domínio

A Política Uniforme sobre Resolução de Disputas em Nomes de Domínio foi aprovada pela ICANN em 24 de outubro de 1999. Essa política foi adotada por todos os registradores credenciados pelo órgão, sendo parte desta o registrador (ou outra autoridade de registro, no caso de um domínio de nível superior de código de país) e seu cliente (o titular do nome de domínio ou registrante). Ela é incorporada nos contratos de registros, estabelecendo os termos e condições relacionados com a disputa entre o cliente e/ou terceiro, além do registrador, sobre o registro e uso de um nome de domínio da *internet* registrado pelo cliente. Ao ser solicitado o registro de um nome de domínio ou ser requerida a sua manutenção ou renovação, o cliente declara e garante que as informações inseridas no seu contrato de registro são completas e precisas, bem como que tem pleno conhecimento de que o registro do nome de domínio solicitado não infringirá ou violará os direitos de terceiro. Além disso, declara que não está obtendo o registro para um propósito ilegal.⁴⁶⁰

O contrato também prevê o cancelamento, a transferência e as alterações nos registros de nomes de domínios, inclusive no curso da disputa, mediante recebimento de um pedido de um tribunal ou tribunal arbitral competente, exigindo tal ação ou por meio de uma decisão de um Painel Administrativo que exige tal ação em qualquer processo administrativo do qual o cliente é parte e que foi conduzido de acordo com a UDRP, ou então uma política posterior adotada pela ICANN.⁴⁶¹ Para isso, o reclamante deverá selecionar um Centro de Resolução de Disputas em Nome de

⁴⁵⁹ Nomenclatura inglesa para Política Uniforme sobre Resolução de Disputas sobre Nomes de Domínios.

⁴⁶⁰ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNING NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy.** (1999). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁶¹ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNING NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy.** (1999). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Domínio⁴⁶², entre os aprovados pela ICANN, e enviar a reclamação/queixa para esse fornecedor. Este então administrará o processo, exceto em alguns casos⁴⁶³.

Esta Política determina o tipo de controvérsia para as quais deve ser proposto o processo administrativo obrigatório, considerado, aqui, como procedimento arbitral, obrigando a parte a se submeter ao processo quando um terceiro, denominado queixoso, declarar ao administrador da disputa (centro/tribunal arbitral): (a) que o nome de domínio é idêntico ou confusamente semelhante a uma marca comercial ou de serviço em que o reclamante possui direitos; (b) que aquele que registrou o nome de domínio não tem direito ou interesses legítimos sobre eles, ou então; (c) que o nome de domínio foi registrado e está sendo usado de má-fé. Entretanto, neste procedimento, o reclamante deve provar que cada um desses elementos está presente.

Para que a má-fé seja evidenciada, é necessário que se comprove: (a) circunstâncias que indicam que o reclamado registrou ou adquiriu o nome de domínio

⁴⁶² Os Centros de Resolução de Disputas em Nomes de Domínio mencionado pela Política Uniforme sobre Resolução de Disputas sobre Nomes de Domínios são denominados Provedores, porém não é um provedor de *Internet*, mas um provedor de serviços para resolução dessas disputas. A Política ainda utiliza o termo fornecedor, sendo este tratado como sinônimo de Provedor. Esses Provedores, para terem legitimidade para dirimir conflitos envolvendo os nomes de domínios devem ser cadastrados e aprovados pela ICANN, devendo seguir a UDRP. Os Provedores cadastrados são: (a) Asian Domain Name Dispute Resolution Centre; (b) National Arbitration Forum; (c) World Intellectual Property Organization (OMPI); (d) The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Dispute; e (e) Arab Center for Domain Name Dispute Resolution (ACDR), listagem essa atualizada em 03 de janeiro de 2018. A partir de 2010, a ICANN começa a discutir a necessidade de uniformizar os procedimentos dos Provedores com relação à resolução das disputas envolvendo os nomes de domínios, estabelecendo então dois pilares essenciais para a operação universal desses Provedores. A primeira delas é seguir, na íntegra, as diretrizes impostas pela Política Uniforme sobre Resolução de Disputas sobre Nomes de Domínios, uma vez que a mesma determina o tipo de controvérsia que pode ser objeto da denúncia, bem como os elementos para o procedimento administrativo obrigatório, nesta tese doutoral, entendido como procedimento arbitral. O segundo diz respeito ao cumprimento das Regras estabelecidas pela Política, regras estas que tratam dos requisitos processuais que devem ser seguidos no processo instaurado, tais como: recebimento da denúncia/queixa, notificação do demandando, formas para apresentação da resposta, padronização para eleger o Painel, procedimentos que o Painel deverá observar no decorrer do processo, taxas, prazos processuais, etc. A ICANN se reserva o direito de aprovar ou cancelar o cadastro de um Provedor, caso o mesmo não esteja seguindo as diretrizes estabelecidas por ela. Nesse sentido consultar: INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **List of Approved Dispute Resolution Service Providers**. (2012). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

Ressalta-se aqui, que essa tese doutoral faz um recorte no que tange a análise das decisões tomadas pelos Provedores, estabelecendo como exemplo, as tomadas de decisões pelo Painel da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI).

⁴⁶³ Quando ocorre múltiplas disputas entre o reclamante e o reclamado, estes poderão solicitar a consolidação das controvérsias perante um único Painel Administrativo. INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy**. (1999). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>>. Acesso em: 13 out. 2017.

com a finalidade principal de vender, alugar ou transferir este ao reclamante, que é proprietário de uma marca registrada, ou a um concorrente deste; (b) que o reclamado registrou o nome de domínio para evitar que o proprietário de uma marca possa registra-lo; (c) que o reclamante registrou o nome de domínio com o intuito de interromper o negócio de um concorrente; (d) que, com o uso do nome de domínio, o reclamado teve a intenção de atrair, visando lucros, usuários da *internet* para seu *site* ou outro local *on-line*, criando uma probabilidade de confusão com a marca do reclamante quanto à fonte, patrocínio, afiliação ou endosso de sua página na *web* ou de seu produto ou serviço.⁴⁶⁴

Iniciado o procedimento, o mesmo será conduzido pelas regras disciplinadas na URDP. A responsabilidade de encaminhamento das demandas é do Centro, devendo este empregar os meios razoavelmente disponíveis para notificar o demandado. Nesse caso, ele deverá enviar a denúncia ao reclamado, por via eletrônica ou por qualquer meio preferido ou solicitado pelo demandante, na língua do Contrato de Registro, contendo todos os anexos. Além disso, o Centro de Resolução de Disputas deve enviar um pedido de verificação ao registrador, sendo que esta solicitação já incluirá a implementação de um conjunto de medidas, compreendendo, inclusive, o impedimento de realização de qualquer modificação nas informações, tanto do registrante como do registrador.

Dentro de dois dias úteis, após receber o pedido de verificação do Centro, o registrador deverá fornecer as informações solicitadas no pedido de verificação e confirmar que um bloqueio⁴⁶⁵ do nome de domínio foi aplicado. O registrador não deve notificar o reclamado até que o *status* de bloqueio tenha sido aplicado. Qualquer atualização dos dados do demandado deverá ser realizada antes do período de dois dias úteis, ou antes que o registrador verifique as informações solicitadas e confirme o bloqueio, pois qualquer modificação nos dados do reclamado, fora deste prazo, pode ser abordada pelo Painel em sua decisão.

⁴⁶⁴ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy**. (1999). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁶⁵ Boqueio significa um conjunto de medidas que um registrador aplica a um nome de domínio, que impede, no mínimo, qualquer modificação às informações do registrante e registrador, pelo demandado, mas não afeta a resolução do nome de domínio ou a renovação do mesmo. INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy** (the "Rules"). (2013). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en#5biv>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Após esse procedimento, o Centro deverá avaliar se a reclamação está em conformidade com a URDP e com as regras estabelecidas pela ICANN, devendo então dar início ao procedimento arbitral e encaminhar a queixa, juntamente com seus anexos, ao demandado.⁴⁶⁶

Ao receber a queixa, será oportunizado ao reclamado o contraditório e a ampla defesa, sendo que o mesmo deve responder esta conforme o disposto no Regulamento da Política e no prazo de vinte dias, devendo demonstrar seus direitos e interesses legítimos em relação ao nome de domínio que é o objeto da disputa. Por esse motivo, o reclamado deve comprovar: (a) que antes da notificação da demanda, o uso do nome de domínio registrado tinha conexão com uma oferta de produtos e/ou serviços de boa-fé; (b) que o reclamado tem sido conhecido pelo nome de domínio, mesmo que não tenha adquirido direitos de marca; (c) que o reclamado está fazendo uso legítimo do nome de domínio sem a intenção de desviar os consumidores de maneira equivocada ou manchar a marca em questão.

Depois do recebimento e encaminhamento da demanda, será nomeado o Painel para resolver a disputa envolvendo o nome de domínio. Mas, para que isso seja possível, cada Centro de Resolução de Conflitos deverá manter e publicar uma lista de árbitros/painelistas disponível, informando suas qualificações. Entretanto, é aconselhável, tanto para o reclamante quanto para o reclamado, que optem por ter a disputa decidida por um Painel composto por três membros, visto que cada uma das partes poderá escolher um árbitro/painelista, sendo que o terceiro membro será nomeado pelo Centro a partir de uma lista de cinco candidatos, apresentado por este às partes. A seleção de entre os cinco será realizada de forma equilibrada, no sentido de que contemple as preferências de ambas as partes. Porém, se nem o demandante, nem o demandado elegerem um Painel composto por três membros, o Centro deverá nomear, dentro do prazo de cinco dias corridos, após o recebimento da resposta ou o lapso do prazo para a sua apresentação, um único árbitro/painelista constante na sua listagem. Após a designação completa do Painel, as partes serão notificadas da composição do mesmo e da data em que, na ausência de circunstâncias

⁴⁶⁶ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNING NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy** (the "Rules"). (2013). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en#5biv>>. Acesso em: 13 out. 2017.

excepcionais, terá o processo julgado, devendo a decisão sobre a disputa ser encaminhada pelo Painel ao Centro de Resolução de Controvérsias.⁴⁶⁷

Com relação às taxas, estas serão cobradas pelo Centro de Resolução eleito em conexão com qualquer disputa perante um Painel Administrativo. As taxas de um Painel com um único membro ou com três membros serão integralmente pagas pelo reclamante, salvo quando a eleição para um Painel de três membros contar com a participação do demandado, caso em que as taxas aplicáveis serão compartilhadas igualmente entre as partes.⁴⁶⁸

O pedido realizado pelo reclamante, em qualquer processo perante um Painel, deve limitar-se a exigir o cancelamento do seu nome de domínio ou a transferência do registro deste para ele. O Centro de Resolução de Conflitos deverá notificar as decisões tomadas pelo Painel, sendo que todas elas serão publicadas, na íntegra, no site da OMPI, exceto quando o Painel Administrativo determinar, em casos excepcionais, a publicação de somente parte da decisão.

No entanto, a obrigatoriedade de submissão de uma disputa sobre nomes de domínios aos processos estabelecidos na Política da ICANN não impede que, tanto o reclamante como o reclamado recorram ao judiciário para solucionar esse litígio, mesmo antes que o processo seja iniciado ou após tal processo ser concluído. Se um Painel Administrativo decidir que o registro do seu nome de domínio deve ser cancelado ou transferido, aguardar-se-ão dez dias úteis para a implementação desta decisão, já que as partes poderão recorrer ao judiciário para dirimir essa controvérsia. Então, somente após a sentença judicial final é que se efetivará o que foi decidido.⁴⁶⁹

Com relação a este procedimento arbitral, constata-se que o espaço mais importante para dirimir as disputas relacionadas aos nomes de domínios é o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Internacional de Propriedade Intelectual, o qual será explicado a seguir.

⁴⁶⁷ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy** (the “Rules”). (2013). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en#5biv>>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁶⁸ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy**. (1999). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>>. Acesso em: 13 out. 2017.

⁴⁶⁹ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy**. (1999). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>>. Acesso em: 13 out. 2017.

5.2 Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual

No contexto de proteger a propriedade industrial, o Sistema de Nomes de Domínio encara inúmeros desafios que, devido ao caráter global da *Internet*, o obrigam a adotar um enfoque internacional. Desde 1998, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual faz frente a esses desafios e auxilia no desenvolvimento de soluções específicas, primeiramente sobre a gestão dos nomes de domínio e, depois, sobre o reconhecimento dos direitos e do uso desses nomes no Sistema de Nomes de Domínio na *Internet*. Por esse motivo, o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI põe à disposição dos proprietários de marcas mecanismos internacionais eficazes para combater o registro e a utilização de má-fé dos nomes de domínios que violam os direitos conferidos a estas.⁴⁷⁰

O Centro de Arbitragem e Mediação é um órgão independente e imparcial que faz parte da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e foi criado em 1994. Está estabelecido em Genebra, na Suíça, possuindo também um escritório em Cingapura. Ele surgiu para resolver disputas comerciais privadas, em nível internacional. Os procedimentos de arbitragem e mediação foram desenvolvidos por importantes especialistas em resolução de controvérsias de caráter global, sendo o mesmo amplamente reconhecido como fórum apropriado para resolver litígios, na área tecnológica, de entretenimento e disputas envolvendo a propriedade intelectual, especialmente no que tange aos *domain names*.⁴⁷¹

Na administração de disputas relacionadas à *internet* e ao comércio eletrônico, o Centro empregou recursos significativos para o desenvolvimento de um quadro legal e operacional que pudesse dar conta, de forma satisfatória, dessas demandas. Por essa razão, como já mencionado anteriormente, o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI é reconhecido como o principal fornecedor de serviços de resolução de disputas para litígios decorrentes do registro abusivo de

⁴⁷⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. WIPO General Assembly. **WIPO Arbitration and Mediation Center, including Domain Names**. 23 Ordinary Session. Geneva, October, 2, 2017. Disponível em: <www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_49_14.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

⁴⁷¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Arbitration and Mediation Center**. Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/center/background.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.>

nomes de domínio na *internet*⁴⁷², pois se propõe resolver, de forma rápida e a custos baixos, essas controvérsias sem a necessidade de litígios judiciais.⁴⁷³

As taxas pagas relacionadas às demandas dizem respeito a qualquer procedimento arbitral de nome de domínio que será administrado pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI e acordo com a URDP. Para um Painel único (um único árbitro/painelista), as taxas variam de acordo com o número de nomes de domínios incluídos na demanda: (a) de 1 a 5 nomes de domínio, o valor é de US\$ 1.500,00, sendo US\$ 1.000,00 para o árbitro/painelista e US\$ 500,00 para o Centro da OMPI; (b) de 6 a 10 nomes de domínios em uma única demanda, o valor é de US\$ 2.000,00, sendo US\$ 1.300,00 para o árbitro/painelista e US\$ 700,00 para o Centro da OMPI; (c) se a demanda incluir um número superior a 10 nomes de domínio, o demandante deverá consultar o Centro da OMPI para saber o valor que deverá pagar. Já para um Painel Triplo, ou seja, composto por 3 (três) árbitros/painelistas, as taxas também variam de acordo com o número de nomes de domínios incluídos na queixa: (a) de 1 a 5 nomes de domínio, o valor é de US\$ 4.000,00, sendo US\$ 1.500,00 para o árbitro/painelista presidente do Painel, US\$ 750,00 para cada co-árbitro/painelista e US\$ 1.000,00 para o Centro da OMPI; (b) de 6 a 10 nomes de domínio, o valor é de US\$ 5.000,00, sendo US\$ 1.750,00 para o árbitro/painelista presidente do Painel, US\$ 1.000,00 para cada co-árbitro/painelista e US\$ 1.250,00 para o Centro da OMPI; (c) acima de 10 nomes de domínio presentes numa mesma queixa, o reclamante deverá consultar o Centro da OMPI para verificar o valor a ser pago. Observa-se que a taxa é constituída por um montante a ser retido pelo Centro da OMPI, a título de taxa de administração, e o restante do valor é encaminhado para o(s) árbitro(s)/painelista(s).⁴⁷⁴

A aplicação da URDP, pelo Centro, se limita aos casos envolvendo disputas de marcas registradas e nomes de domínios. Desde a implementação da *Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy* (URDP), pela ICANN, em outubro de 1999 até dezembro de 2017, o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI recebeu 39.197

⁴⁷² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Arbitration and Mediation Center**. Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/center/background.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

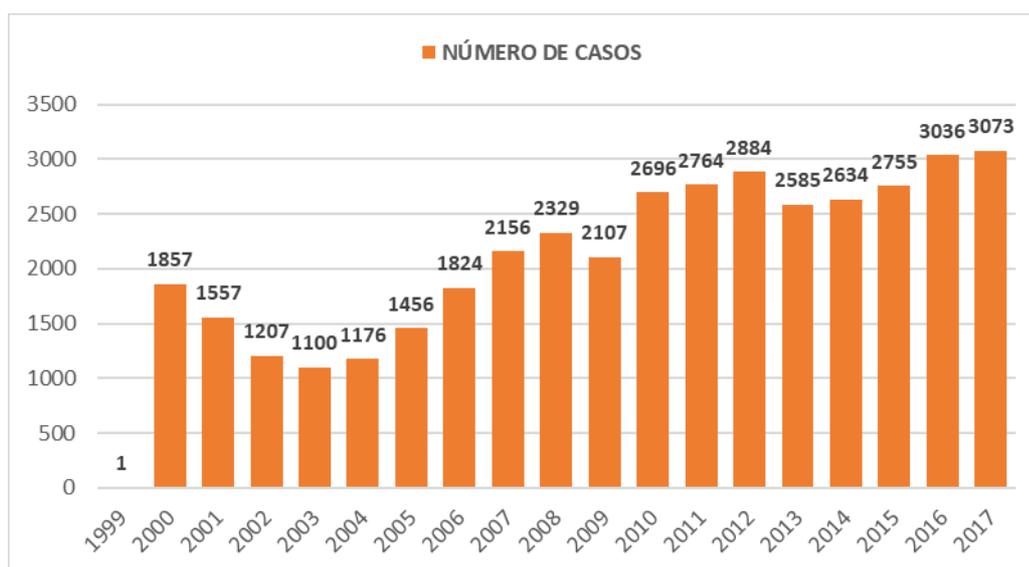
⁴⁷³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Domain Name Dispute Resolution**. Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/domains/index.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

⁴⁷⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Schedule of Fees under the URDP** (valid as of December 1,2002). Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/domains/fees/index.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

(trinta e nove mil, cento e noventa e sete)⁴⁷⁵ demandas, disputas essas envolvendo extensões gTLDs e ccTLDs de nomes de domínios.

No gráfico a seguir, pode-se verificar a evolução do número de demandas, em *domain name*, por ano.

Gráfico 1 - Números de demandas, em nomes de domínio, protocoladas, por ano, no Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI



Fonte: Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁴⁷⁶

Observa-se que, ao longo dos anos, vem ocorrendo um aumento considerável no número de denúncias protocoladas junto ao Centro. Esses índices têm variado de ano para ano. Entretanto, constata-se uma elevação de 18,88% no número de queixas arquivadas entre os anos de 2013 a 2017. Em 2016 e 2017, os processos ultrapassaram a marca de 3.000 (três mil)/ano. Tais fatores podem ser decorrentes do acréscimo no nível de confiança das partes envolvidas nas comunicações decisórias proferidas por essa organização.

As disputas do Centro da OMPI envolvem partes com base nas mais diferentes jurisdições, incluindo, por exemplo, Áustria, China, França, Alemanha, Hungria, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Países Baixos, Panamá, Espanha, Suíça,

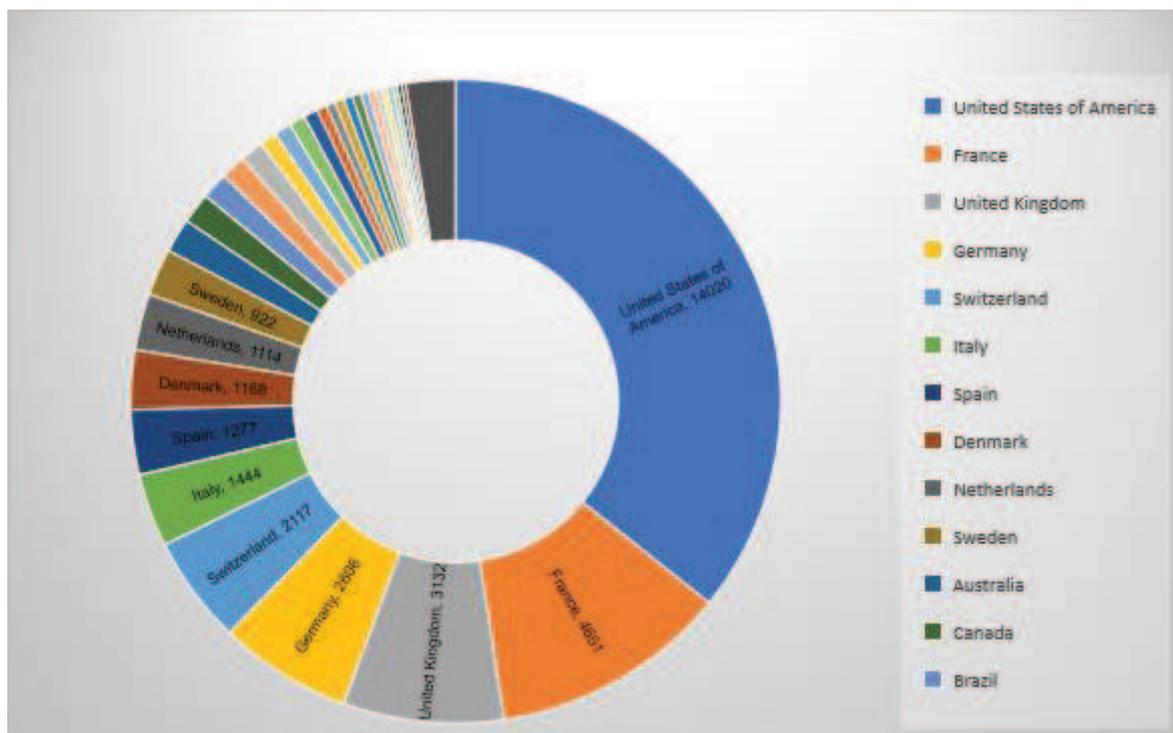
⁴⁷⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Total numbers of cases by year.** Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp>. Acesso em: 03 jan. 2018.

⁴⁷⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Total numbers of cases by year.** Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp>. Acesso em: 03 jan. 2018.

Reino Unido, Camarões, Congo, Chipre, Dinamarca, Estados Unidos, entre outros, disponibilizando uma visão geral dos números de processos, bem como exemplos descritivos desses casos.

Os indicadores da OMPI⁴⁷⁷ demonstram que as partes mencionadas nas demandas submetidas ao Centro vieram de 178 países, sendo que, em função dos contratos de registro pelos quais são regidos os nomes de domínio em questão, os procedimentos relativos à URDP foram administrados em 21 (vinte e um) idiomas, o que reflete a abrangência e a importância internacional desse Centro nas soluções dessas controvérsias, conforme demonstram os gráficos 2, 3 e 4 a seguir.

Gráfico 2 - Distribuição geográfica de demandantes



Fonte: Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁴⁷⁸

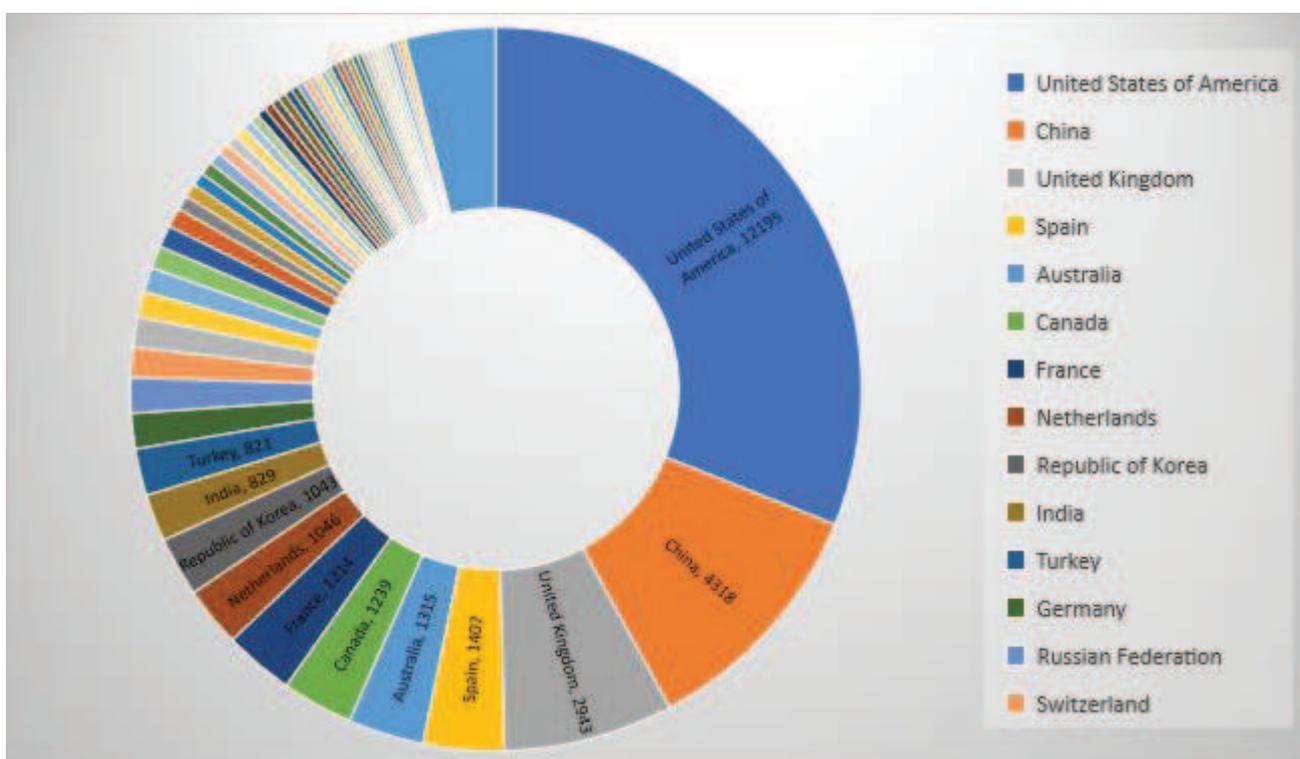
⁴⁷⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. WIPO General Assembly. **WIPO Arbitration and Mediation Center, including Domain Names**. 23 Ordinary Session. Geneva, October, 2, 2017. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aV3sWGwsDrMJ:www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_49/wo_ga_49_14.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 dez. 2017.

⁴⁷⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Geographical Distribution of Parties**. Disponível em: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/countries_a-z.jsp>. Acesso em: 03 jan. 2018.

Observa-se que os Estados Unidos são o país com maior número de demandas arquivadas no Centro. As empresas norte-americanas propuseram 35,77% das denúncias contra 11,87% propostas pela França, que vem em segundo lugar, contando com 4.651 processos apresentados. O Brasil está em 14º lugar, com 526 queixas, correspondendo 1,34% das demandas.

Os dados apresentados sugerem um alto grau de confiabilidade nos procedimentos oferecidos pelo Centro, já que se trata de um sistema complexo formado por decisões que servem de premissas para outras decisões propostas.

Gráfico 3 - Distribuição geográfica de demandados



Fonte: Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁴⁷⁹

Com relação à distribuição territorial dos demandados, verifica-se que os Estados Unidos também se encontram no topo da lista, com 12.195 queixas arquivadas no Centro, representando um índice de 31,11%. Em segundo lugar, tem-

⁴⁷⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Geographical Distribution of Parties**. Disponível em: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/countries_a-z.jsp>. Acesso em: 03 jan. 2018.

se a China, representando 11,02% dos reclamantes. Já o Brasil está em 19º lugar, com 397 denúncias arquivadas junto ao Centro.

No que tange ao idioma utilizado nos procedimentos URDP, salvo acordo em contrário entre as partes, o padrão do processo será a língua em que foi assinado o contrato de registro do nome de domínio, podendo o Painel determinar o contrário. Essa situação se dá a fim de garantir que as partes compreendam o teor da demanda e que sejam tratadas com igualdade, além de oportunizar que cada uma delas apresente suas razões.⁴⁸⁰

Ao longo do tempo e das decisões dos Painéis da OMPI, estes compreenderam que alguns cenários poderiam justificar a autorização de realização do procedimento, em idioma diverso do que consta no contrato de registro, como, por exemplo, evidências de que o demandado pode entender a língua da denúncia; casos anteriores envolvendo o reclamado em um determinado idioma; casos envolvendo múltiplas demandas; entre outros.

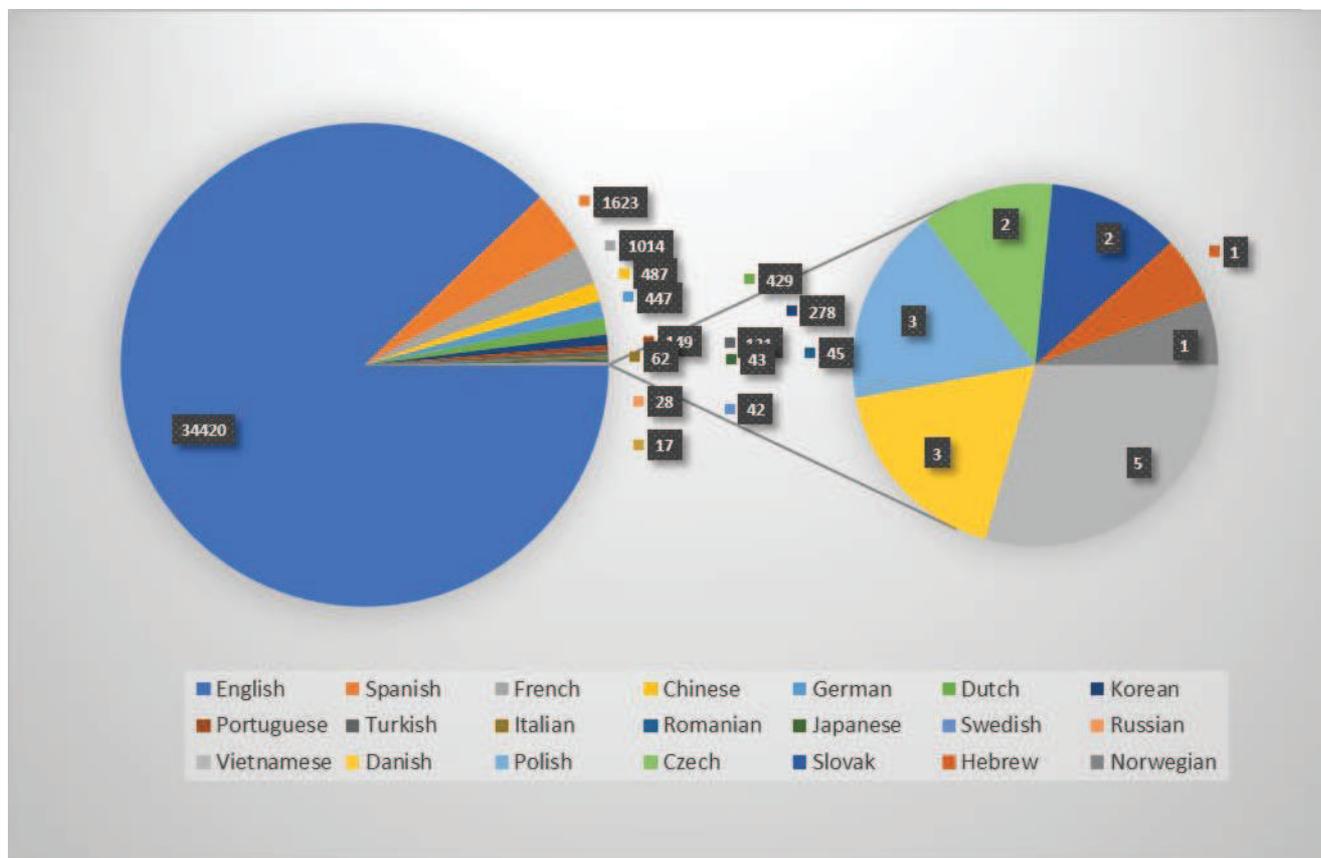
Caso o Painel não determine um idioma diverso do estabelecido no contrato de registro, as partes - geralmente o reclamante - podem solicitar que o processo seja administrado em uma língua diferente. Isso se dá após a confirmação, por parte do Registrador, dos termos do contrato. Nesse momento, o Centro notificará as partes da discrepância entre o idioma do contrato de registro e da denúncia, sendo o reclamante convidado a traduzir a queixa, ou apresentar, formalmente, as razões pela qual entende que a demanda deve ser administrada no idioma da denúncia. Após essas notificações, os documentos apresentados pelos interessados serão encaminhados ao Painel que determinará o idioma do procedimento. Em casos excepcionais e para atender ao devido processo, ele poderá solicitar que a denúncia proposta seja traduzida na língua do contrato de registro.⁴⁸¹

Porém, observa-se que isso são casos esporádicos, uma vez que a língua predominante é o inglês.

⁴⁸⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

⁴⁸¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

Gráfico 4: Idiomas em que os processos de URDP foram administrados



Fonte: Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁴⁸²

No gráfico acima, constata-se que 87,77% das demandas administradas estão na língua inglesa, uma vez que esta foi utilizada em 34.420 casos. Contudo, como já mencionado, o Centro também já administrou processos em outras línguas, como chinês, francês, português, coreano, vietnamita, hebraico, entre outros. Tais dados demonstram a relevância internacional do Centro e, mais uma vez, a confiança depositada, especialmente pela parte demandante.

Além disso, os procedimentos para solução de controvérsia em nomes de domínios, oferecidos pelo Centro, foram e são utilizados por empresas, instituições e até por pessoas físicas dos mais variados segmentos, caracterizando que os serviços do Centro são acessíveis não somente para as organizações, mas para todo indivíduo

⁴⁸² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **All Case Languages (Ranking):** all years. Disponível em: < http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/languages_yr.jsp?year=>. Acesso em: 03 jan. 2018.

que demonstrar que o nome de domínio registrado viola os seus direitos como titular de uma marca.

Para dar conta do número elevado de demandas, o Centro conta com mais de 1.500 (um mil e quinhentos) profissionais com experiência em resolução de disputas e conhecimento especializado em litígios de propriedade intelectual, podendo auxiliar as partes na seleção de árbitros, mediadores e especialistas em base de dados.

Para dar lisura e manter a imparcialidade dos árbitros/painelistas nas decisões proferidas nos Painéis, além de auxiliar as partes a selecionar os membros do painel, adequadamente qualificados, o Centro possui uma listagem de pessoas *experts* e que concordam em atuar nos Painéis Administrativos de Disputas de Nomes de Domínio. Os árbitros/painelistas vêm de diferentes regiões do mundo e são reconhecidos por sua imparcialidade, bom julgamento e experiência como julgadores e como especialistas nas áreas de Direito de Propriedade Intelectual, comércio eletrônico e *internet*.

O Centro, ainda, antes de realizar a consulta de um árbitro/painelista, verifica com cada potencial julgador se existem fatos ou circunstâncias, passadas ou presentes ou que podem vir a surgir num futuro previsível, que podem macular a independência e a imparcialidade dessa pessoa aos olhos de uma ou de ambas as partes, no decorrer do processo. A fim de cumprir, rigorosamente, os prazos estabelecidos na URDP, o Centro também questiona o possível árbitro/painelista sobre o seu comprometimento com o tempo necessário para desempenhar seus deveres, de forma responsável e dentro dos prazos exigidos.⁴⁸³

Ressalta-se também que todas as decisões proferidas pelos Painéis Administrativos do Centro estão publicadas em seu *site*. Em 2017, o Centro publicou uma revisão geral das decisões dos Painéis que abarcam mais de 100 temas relativos às controvérsias, referenciando mais de 1.000 (um mil) casos considerados relevantes, visando dar transparência às decisões e manter a coerência da jurisprudência relativa à Política Uniforme da Organização⁴⁸⁴, no intuito de consolidar,

⁴⁸³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. WIPO General Assembly. **WIPO Domain Name Panelists**. Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/domains/panel.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

⁴⁸⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. WIPO General Assembly. **WIPO Arbitration and Mediation Center, including Domain Names**. 23 Ordinary Session. Geneva, October, 2, 2017. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aV3sWGwsDrMJ:www.wipo.int/edocs/mdo>>

ainda mais, a confiança depositada pelas partes na OMPI, bem como demonstrar a eficácia das decisões proferidas. Tal documento será objeto de análise desta pesquisa, no que tange às decisões relevantes para cada tema sobre as disputas de *Generic Top Level Domains* (gTLDs) proferidas pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI.

5.2.1 Entendimentos jurisprudenciais das comunicações decisórias proferidas pelos Painéis Administrativos do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, relacionados à URDP, em matéria de gTLDs

Como já discutido, desde a criação da Política Uniforme sobre Resolução de Disputas em Nomes de Domínios (URDP), a OMPI, em 2017, processou mais de 39.000 (trinta e nove mil) casos relacionados a litígios de nomes de domínio, sendo estes julgados por quase 500 (quinhentos) especialistas que abrangem cerca de 65 (sessenta e cinco) nacionalidade e 21 (vinte e uma) línguas, bem como envolvendo partes de mais de 178 (cento e setenta e oito) países.

Por isso, à medida que o *Domain Name System* (DNS) se expande, também aumentam os casos de *cybersquatting* e, conseqüentemente, os danos causados aos consumidores, tornando-se muito importantes os investimentos na Política de Resolução de Controvérsias, relacionados os nomes de domínios.

Para a OMPI, a publicação da “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”⁴⁸⁵ promove a transparência e a acessibilidade em matérias das decisões proferidas pelos Painéis ligados ao Centro de Arbitragem e Mediação, além de explanar, de forma resumida, os pontos de vista dos árbitros/painelistas sobre uma série de questões substantivas e processuais comuns e importantes, visando a um auxílio na previsibilidade, claro que sempre considerando os fatos e circunstâncias particulares de cada caso.

Para fins deste estudo, serão analisados, a título de exemplo, as jurisprudências publicadas na “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*” e consideradas

cs/govbody/en/wo_ga_49/wo_ga_49_14.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 dez. 2017.

⁴⁸⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

relevantes pelo documento, abrangendo os anos de 2016 e 2017, por serem decisões recentes. Esses julgados estão em consonância com o parágrafo 4º da *Uniforme Domain Name Dispute Resolution Policy* (URDP).

O parágrafo 4º da URDP, como já estudado, disciplina a obrigatoriedade do detentor do registro do nome de domínio se submeter a um processo administrativo, aqui entendido como arbitral, sempre que um terceiro declarar a um fornecedor de serviços de resolução de controvérsias envolvendo os nomes de domínio, no caso em tela, o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI que: (a) o nome de domínio registrado é idêntico ou confusamente semelhante a uma marca comercial ou de serviço do qual o reclamante possui direitos, considerado por este como “primeiro elemento”; (b) quando o detentor do registro do nome de domínio não tem direito ou interesses legítimos em relação ao nome, objeto da disputa, tido por este como “segundo elemento”; e (c) quando o nome de domínio foi registrado e está sendo usado de má-fé, apontado como “terceiro elemento”.

Essa análise se faz necessária para verificar se as decisões comunicativas oriundas dos Painéis Administrativos do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI proporcionam a solução adequada dos conflitos sobre *Domain Names* e se revelam aptas a balizar a efetivação da arbitragem naquelas disputas.

5.2.1.1 Considerações acerca dos posicionamentos jurisprudenciais das demandas, publicadas na “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”, envolvendo conflitos entre signos distintivos e nomes de domínio, sob a luz da URDP⁴⁸⁶

No que tange aos conflitos de marcas e nomes de domínios, a URDP engloba tanto as marcas comerciais e de serviços registradas, como as não registradas, ou seja, qualquer conflito envolvendo esses dois signos distintivos deverá ser resolvido por meio de um Centro de Resolução de Controvérsias em Nomes de Domínio, aprovados pela ICANN, no caso em debate, pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI.

Ao analisar o recebimento da demanda, o Centro da OMPI não leva em consideração a jurisdição onde a marca é válida, ou seja, onde possui seu registro,

⁴⁸⁶ Documentos e considerações disponíveis para acesso no *site* da OMPI. Nesse sentido, consultar: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

uma vez que a *internet* e o DNS possuem natureza global. Outro fator que não é considerado são os produtos/serviços para os quais a marca está registrada e a data do seu arquivamento, por não ser relevante para a discussão que compreende o conflito desses signos. No entanto, o direito sobre a marca deverá existir no momento em que a queixa é arquivada. Nesse aspecto, a URDP entende que o pedido de registro de marca que se encontra pendente, por si só, não estabelece esses direitos, visto que o requerente ainda não obteve a titularidade desta. Observa-se também que o simples fato de um nome de domínio ter sido registrado antes de o demandante ter adquirido os direitos sobre a marca não exclui a legitimidade deste em propor a denúncia e a mesma ser julgada pelo Painel, visto que existe um conflito entre os signos. Porém, apenas em casos excepcionais, o demandante poderá provar que existiu má-fé do demandado.

Caso o demandante possua uma marca registrada, em nível nacional ou regional, essa já satisfaz o requisito exigido pela UDRP para propor uma demanda. Já para estabelecer direitos sobre uma marca não registrada ou de direito comum para fins da URDP, o reclamante deverá demonstrar que sua marca se tornou um identificador distintivo que os consumidores associam aos produtos e/ou serviços fornecidos por ele. A prova deverá ser incluída na denúncia e deverá estar sustentada por uma série de fatores como: a duração e a natureza do uso da marca; a quantidade de produtos vendidos ou serviços prestados; a natureza e extensão da publicidade usando a marca; o grau de reconhecimento público real; e uma pesquisa sobre o reconhecimento da marca aplicada aos consumidores.

Segundo os entendimentos dos árbitros/painelistas do Centro da OMPI, o afiliado de um proprietário de marca comercial, como, por exemplo, uma subsidiária de um dos países ou de uma empresa *holding*, ou então um licenciado de marca exclusiva também possuem direitos reconhecidos para fins de apresentação de uma demanda pautada na URDP, desde que apresentem provas de autorização para interpor essa denúncia.

Com relação aos nomes pessoais, o titular deste poderá apresentar uma queixa com base na URDP, desde que o mesmo esteja sendo utilizado como identificador de marca registrada no comércio ou o demandante seja capaz de estabelecer direitos não registrados ou comuns, visando apresentar o caso de URDP, sempre observando que este nome deverá ser identificado como sinal distintivo dos bens e/ou serviços fornecidos pelo reclamante. O fato de se ter um nome famoso, mas

este não ser identificado como signo distintivo não basta para propor uma demanda de UDRP.

Em relação aos conflitos envolvendo indicações geográficas/nomes geográficos e nomes de domínio, via de regra, não poderão ser propostas com base na UDRP, exceto quando registrados também como marcas. Os nomes geográficos que não são utilizados em um sentido geograficamente descritivo e que estão registrados como marca teriam permissão para arquivar um caso URDP. Contudo, os Painéis entenderam que, excepcionalmente, as denominações geográficas que não estão registradas como marcas poderiam apoiar a interposição de uma denúncia da URDP se o reclamante conseguir comprovar que tem direitos suficientes para demonstrar o reconhecimento do consumidor pela sua “marca”. Entretanto, na prática, é muito difícil que isto ocorra, pois uma entidade titular dos direitos sobre o reconhecimento da indicação geográfica não terá como demonstrar os direitos sobre a marca, mesmo que não registrada, pelo fato de que uma indicação geográfica não pode ser registrada nem reconhecida como tal, por serem institutos distintos e possuírem proteções jurídicas próprias.

A fim de verificar se uma marca e um nome de domínio são iguais ou semelhantes, o Centro compara lado a lado o nome de domínio e os componentes textuais da marca, visando averiguar se a marca é reconhecível dentro do nome de domínio, objeto da disputa. Em alguns casos, essa avaliação também pode implicar uma comparação fonética. Quando a marca é reconhecida, dentro de um nome de domínio disputado, a inclusão de outros termos não impedirá a descoberta de uma confusão, sendo este reconhecido como similar. Mesmo aqueles nomes de domínio que possuem supressões de palavras comuns de uma marca registrada serão considerados, pelos Painéis do Centro, como semelhantes.

No entanto, o domínio de nível superior aplicável (TLD) em um nome de domínio, como “.com”, é visto como um requisito de registro padrão e, como tal, é desconsiderado no que tange ao reconhecimento de uma identidade ou semelhança. Mas quando o TLD aplicável e a parte do segundo nível do nome de domínio em combinação contiverem a marca registrada, os Painéis podem considerar o nome de domínio na sua totalidade para avaliar a confusão no que tange à identidade e/ou similitude.

Outra questão relevante diz respeito aos nomes de domínio que consistem ou são compostos por uma tradução ou transliteração de uma marca registrada; nesse

caso, ele será considerado idêntico ou confusamente semelhante a essa marca, para fins da URDP. Um fator que não é analisado pelos Painéis que avaliam a identidade ou a semelhança de um nome de domínio e uma marca é o conteúdo do *site* associado. Em alguns casos, os Painéis podem tomar nota do conteúdo do *site* associado a um nome de domínio para confirmar a confusão de similaridade, mas esse fato não será objeto determinante para a decisão do julgador.

5.2.1.2 Considerações acerca dos posicionamentos jurisprudenciais das demandas publicadas, na “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”, envolvendo direito ou interesses legítimos do registrante do nome de registro sobre o nome em disputa⁴⁸⁷

Para resolver as disputas que dizem respeito aos direitos ou interesses legítimos do reclamado sobre um nome de domínio, objeto da demanda, o Painel se vale das provas apresentadas na reclamação e em qualquer resposta arquivada. Ele também pode extrair inferências da ausência de uma resposta, conforme considerar apropriado, mas irá pesar todas as evidências disponíveis, independentemente de uma resposta a ser arquivada. Cabe salientar que os árbitros/painelistas avaliam os direitos reivindicados pelos requerentes ou os interesses legítimos do reclamado no momento da apresentação da denúncia.

Embora o ônus da prova, nos procedimentos da URDP, seja do reclamante, os Painéis também reconhecem que produzir esse tipo de prova poderá resultar em uma tarefa quase que impossível. Mesmo que o demandante apresente indícios de que o reclamado não possui direito ou interesses legítimos sobre um nome de domínio, o Painel oportunizará o contraditório e a ampla defesa, solicitando que o demandado apresente evidências relevantes que demonstrem possuir direitos e interesses legítimos sobre o nome de domínio em disputa.

Ademais, o demandado poderá demonstrar, para o Painel, que, como indivíduo, empresa ou outra organização, é conhecido pelo nome de domínio ou um nome correspondente ao nome de domínio, sendo que não é necessária a aquisição de uma marca registrada para comprovar os seus direitos, pois, à medida que o reclamado consiga provar, por meio de evidências concretas, que é comumente

⁴⁸⁷ Documentos e considerações disponíveis para acesso no *site* da OMPI. Nesse sentido, consultar: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

reconhecido por um nome de domínio, esse fato já daria origem a um interesse legítimo, nos termos da URDP.

No que concerne à análise de fatores para avaliar o justo uso do nome de domínio, a URDP é bastante rigorosa, sendo que não será considerado justo o uso se sugerir falsamente uma ligação entre o nome de domínio e o titular de uma marca registrada, mesmo nas circunstâncias em que o nome de domínio for composto por uma marca registrada mais um termo adicional. Nessa situação, os Painéis URDP consideram, em grande parte, que tal composição não pode constituir um uso justo, pois irão representar ou sugerir patrocínio ou endosso do titular da marca registrada.

A jurisprudência da URDP reconhece o uso de um nome de domínio para justo uso, como a liberdade de expressão não comercial que, em princípio, apoia a reivindicação de um reclamado a um interesse legítimo, nos termos da Política. Apesar disso, também existe uma série de decisões em que um demandado argumenta que seu nome de domínio está sendo usado para fins de liberdade de expressão, mas que o Painel constatou que, na verdade, isso era um pretexto para o *cyberquatting*. Os Painéis vêm entendendo que, mesmo quando o nome de domínio, objeto de disputa, é usado em relação à autêntica liberdade de expressão de caráter não comercial, gera um risco inadmissível de confusão do usuário por meio da representação.

Já nos casos em que a disputa se dá entre o uso nominativo de revendedores e distribuidores e o titular da marca registrada, os Painéis reconhecem que estes usam um nome de domínio que contenha a marca registrada do demandante para realizar vendas ou reparos relacionados aos bens ou serviços do reclamante, ofertando esses produtos de forma genuína e, portanto, tendo legítimo interesse em tal nome de domínio. Contudo, alguns requisitos devem ser preenchidos, como: (a) o demandado deve, realmente, oferecer os bens e serviços em questão; (b) o reclamado deve usar o *site* para vender apenas os produtos ou serviços de uma marca registrada; (c) o *site* deve divulgar, com precisão, o relacionamento do demandado com o titular dos direitos de marca. Entretanto, isso não se aplicará quando houver acordo prévio, expresso ou não, entre as partes, proibindo o registro ou uso de nomes de domínio, incorporando a marca registrada do demandante.

Uma dúvida que paira é se constitui um direito legítimo sobre o justo uso de um nome de domínio que contenha palavra, frase ou sigla de dicionário. Nesse sentido, os Painéis reconhecem que o simples registro de um nome de domínio

composto por uma palavra ou frase de dicionário não confere, automaticamente, direitos ou interesses legítimos ao seu detentor. Os árbitros/painelistas sustentam que esse simples argumento não é suficiente, pois, para que seja reconhecido o direito e interesse legítimo do demandado, este deverá apresentar evidências que comprovem e apoiem sua explicação de que não capitaliza a reputação da marca do demandante.

Outro aspecto relevante nos julgados é o tratamento dado pelos Painéis no que tange às reivindicações dos reclamantes de atividades ilegais (por exemplo, falsas). Nesse aspecto, os Painéis consideram, categoricamente, que o uso de um nome de domínio para atividades ilegais, como, por exemplo, a venda de produtos falsificados ou produtos farmacêuticos ilegais, distribuição de *malwares*, entre outros, não pode conferir direitos ou interesses legítimos ao reclamado. Contudo, a própria OMPI reconhece que os Painéis, muitas vezes, não estão preparados para constatar essas ilegalidades. Porém, buscam evidências que caracterizam essas práticas, tais como bens vendidos de forma desproporcional e muito abaixo do valor de mercado; imagens distorcidas de produtos indicando que eles são “réplicas”; e até apropriação indevida de imagens protegidas por direito autoral do *site* do demandante, para poderem julgar a demanda.

Além dos pontos que permeiam a discussão sobre o registro, para apoiar uma reivindicação de direitos e interesses legítimos sob a URDP, o uso de um nome de domínio não deve violar os direitos de marcas de terceiros. Em algumas circunstâncias, os Painéis avaliam, de forma conjunta, o segundo e terceiro elemento da URDP, ou seja, os direitos e interesses legítimos sobre o uso dos nomes de domínio e a sua utilização de boa-fé, pois a constatação de claros indícios de má-fé descaracteriza os direitos e interesses legítimos sobre o nome de domínio, objeto da disputa.

5.2.1.3 Considerações acerca dos posicionamentos jurisprudenciais das demandas, publicadas na “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”, relativas à má-fé constadas no registro de nomes de domínio nos termos da URDP⁴⁸⁸

⁴⁸⁸ Documentos e considerações disponíveis para acesso no *site* da OMPI. Nesse sentido, consultar: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

A má-fé é o terceiro elemento que pode ensejar uma queixa nos termos da URDP. Ela é caracterizada quando o detentor do registro de um nome de domínio se aproveita, de forma injusta ou abusiva, de uma marca registrada. As denúncias, nesses casos, deverão ser comprovadas, devendo o reclamante demonstrar tal conduta por meio de argumentos e provas disponíveis, como a captura de tela datada do *site* ao qual o nome de domínio em disputa está ligado ou, ainda, por correspondência entre as partes. Mesmo no caso de o demandado não contestar a queixa, os Painéis consideram essas alegações, desde que acompanhadas de provas contundentes, suficientes para sustentar o caso.

De um modo geral, os Painéis não consideram, por si só, a prática de registrar um nome de domínio para revenda como má-fé, mas se os membros do Painel, numa demanda, encontrarem evidências de que a intenção do demandado em registrar o nome de domínio disputado era, realmente, lucrar ou explorar a marca registrada do demandante, será configurada a má-fé.

Outra situação que poderá levar à presunção de má-fé é o simples registro de um nome de domínio idêntico ou confuso de uma marca de renome, que geralmente se dá por uma organização não afiliada. Os Painéis também encontram evidências de má-fé, quando um demandado registra um nome de domínio, no intuito de auferir lucros criando confusão nos consumidores a respeito de uma marca registrada. Outro aspecto que está sendo considerado como má-fé, no registro dos nomes de domínio, é a “participação passiva” ou a não utilização de um nome de domínio.

Sob a luz da URDP, o uso de um nome de domínio para fins diferentes de hospedar um *site* pode ser entendido como má-fé, pois, em alguns casos, o demandado se utiliza do nome de domínio para encaminhar *e-mails* enganosos, como solicitação de informações pessoais dos clientes do demandante ou, até mesmo, o envio de faturas e boletos fraudulentos para esses clientes, gerando um prejuízo considerável à imagem e à reputação do reclamante.

Uma questão que permeia as discussões nos Painéis é o fato da possibilidade de caracterização de má-fé quando um nome de domínio for registrado antes que um demandante adquira direitos de marca registrada. Nesse cenário, normalmente, os árbitros/painelistas não consideram esse registro como uma conduta lesiva, o que não significa que não possa ter ocorrido má-fé no momento do registro. Os membros dos Painéis foram preparados para essa situação, e a jurisprudência do Centro entende que pode caracterizar-se uma conduta abusiva o fato de o registro de um nome de

domínio se dar pouco antes ou após o anúncio de uma fusão corporativa, ser registrado por um ex-funcionário que teria conhecimento de um possível registro de marca, bem como posterior ao arquivamento de um pedido de marca.

5.2.1.4 Análise do posicionamento dos Painéis, das demandas publicadas na “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”⁴⁸⁹, referente aos três elementos do parágrafo 4º da URDP, nos anos de 2016 e 2017

O documento “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”, publicado pela OMPI, como já discutido, relata os entendimentos jurisprudenciais dos Painéis, trazendo as decisões relevantes aplicadas em cada temática da URDP. Nesse sentido, analisar-se-ão as decisões proferidas nos anos de 2016 e 2017, relatadas nesse documento, a fim de verificar quantas queixas foram consideradas importantes nesse período, quantas dessas foram contestadas pelo reclamado e quais foram os entendimentos dos Painéis nos casos destacados pela OMPI.

As demandas consideradas relevantes pela OMPI, arquivadas no Centro, nos anos de 2016 e 2017, e que versam sobre os elementos disciplinados no art. 4º da URDP, formam um total de 157 (cento e cinquenta e sete) processos. Em todos eles, os árbitros/painelistas buscaram resolver os conflitos entre marcas e nomes de domínios, levando em consideração a identidade ou confusa semelhança do nome de domínio em disputa com uma marca; direito ou interesses legítimos das partes no processo sobre o nome de domínio, objeto do litígio; e se o mesmo foi registrado pelo demandado e está sendo utilizado de má-fé.

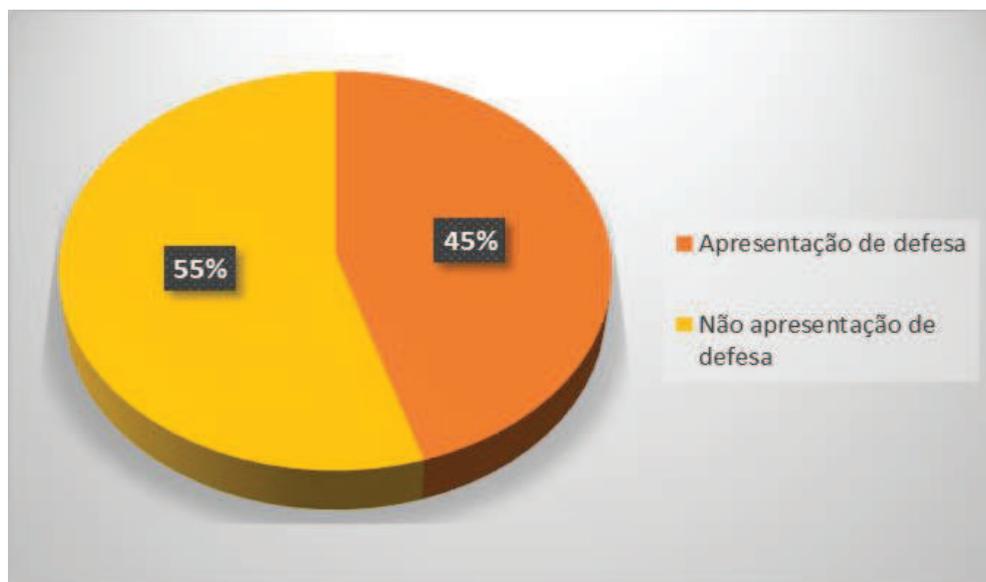
Observa-se que as jurisprudências dos Painéis são unânimes em entender que, mesmo aqueles titulares de marcas não registradas gozam de proteção dentro dos termos da Política. Entretanto, deverão demonstrar que a sua marca se tornou um signo distintivo e que os consumidores a associam aos bens e/ou serviços fornecidos pelo autor do pedido.

Outro fator importante nas avaliações dos processos de URDP diz respeito à resposta apresentada pelo demandado, contrapondo as alegações do autor.

⁴⁸⁹ Documentos e considerações disponíveis para acesso no *site* da OMPI. Nesse sentido, consultar: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

Constata-se que nem todos os reclamados, ao serem notificados pelo Centro do teor da demanda, encaminham sua resposta, conforme demonstrado pelo gráfico a seguir.

Gráfico 5 - Percentual de demandas contestadas pelos Reclamados



Fonte: Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁴⁹⁰

Na análise em tela, verifica-se que 86 processos não tiveram manifestação do reclamado, o que representa 55% das demandas apresentadas e consideradas relevantes pela OMPI, no período de 2016 e 2017. Tal situação dificulta a decisão do árbitro/painelista que, muitas vezes, necessita realizar pesquisas independentes para julgar o caso.

Porém, mesmo que o demandado não conteste a denúncia, a mesma prossegue, visto que toda e qualquer disputa relacionada a um nome de domínio registrado e uma marca deverá ser submetida à URDP. A grande discussão travada aqui é no sentido de haver ou não consentimento do demandado para iniciar o processo arbitral. Nesse aspecto, observa-se que o reclamado já estava ciente e concordou com o procedimento arbitral, no momento em que assinou o Contrato de Registro aceitando se submeter a um procedimento administrativo obrigatório, caso o nome de domínio em questão fosse objeto de disputa. Todavia, a sua não

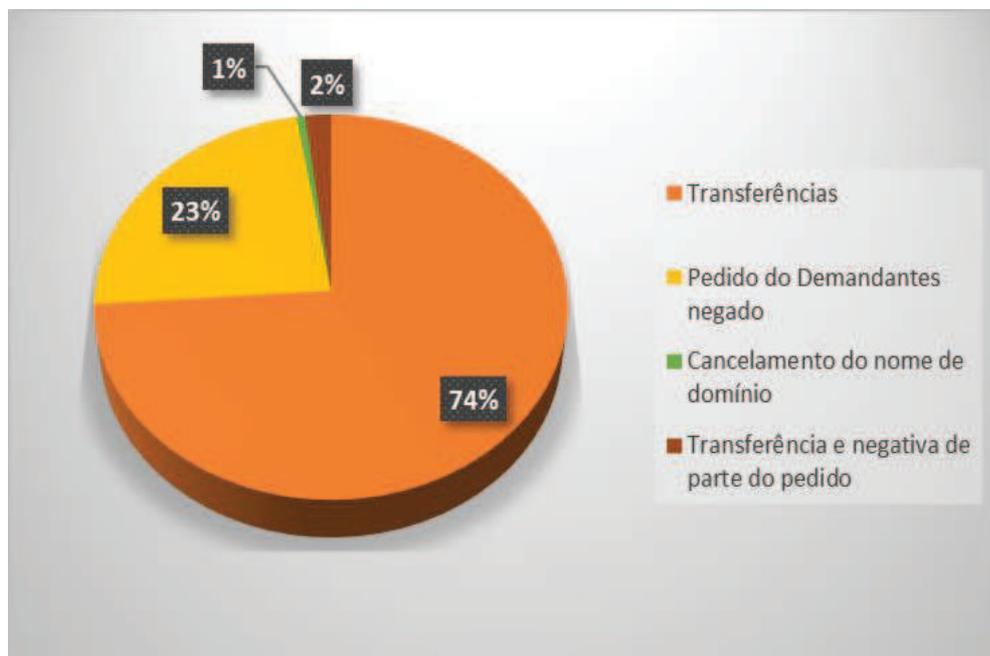
⁴⁹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

manifestação não significa uma condenação, pois, como já ressaltado, o Painel irá averiguar as alegações do demandante.

Com relação às decisões dos Painéis acerca das disputas dos nomes de domínio, pode-se observar que eles poderão ordenar a transferência do nome de domínio disputado para o demandante; entender que não prospera o direito do demandante em requerer a transferência ou o cancelamento do nome e negar o pedido do autor; ordenar que o nome de domínio, objeto do litígio, seja cancelado; ou, então, negar, em parte, os pedidos formulados na demanda, ordenando somente a transferência do nome de domínio de alguns nomes de domínio disputados.

Nesse aspecto, o Gráfico 6 retrata as decisões proferidas pelos Painéis do Centro, publicadas no “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”, compreendendo o período de 2016 e 2017, no que tange aos elementos do art. 4º da URDP.

Gráfico 6 - Decisões proferidas pelos Painéis referente aos nomes de domínio em disputa



Fonte: Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁴⁹¹

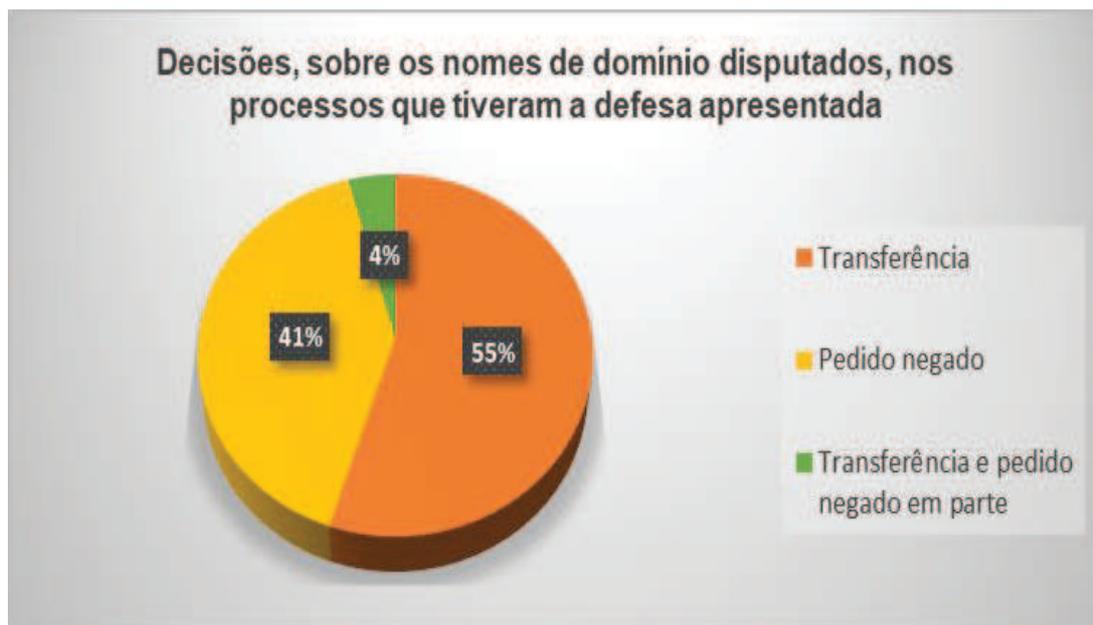
⁴⁹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

No período examinado, os Painéis da OMPI ordenaram 116 transferências de nomes de domínio para o(s) demandante(s), representando assim 74% das situações. Foi ordenado também 1 cancelamento de nome de registro, bem como 3 transferências de nome, sendo negado, em parte, o pedido do autor. No que concerne às negativas da denúncia, essas correspondem a 37 demandas, representando 23% do teor das decisões.

A respeito das decisões que ordenam a transferência do nome de domínio para o demandante, mas negam parte do pedido, constata-se que se trata de denúncias envolvendo múltiplos nomes de domínios. Nesse caso, o Painel verifica cada um deles e decide individualmente. Se este averiguar que o demandante possui direitos sobre alguns dos nomes de domínio disputados e não possui sobre os demais, ele decidirá pela transferência desses e negará a queixa no que tange aos outros.

Uma situação que, muitas vezes, pode gerar dúvidas a respeito do posicionamento dos Painéis é com relação ao teor da decisão dos processos em que o demandado apresentou defesa, ou seja, se a apresentação de uma contestação poderá ou não influenciar na decisão final do árbitro(s)/painelista(s). Nesse sentido, os gráficos 7 e 8 demonstram o resultado do julgamento nos procedimentos em que houve ou não a manifestação do demandado.

Gráfico 7 - Posicionamento dos Painéis, nos processos analisados, em que o Demandado apresenta contestação à denúncia



Fonte: Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁴⁹²

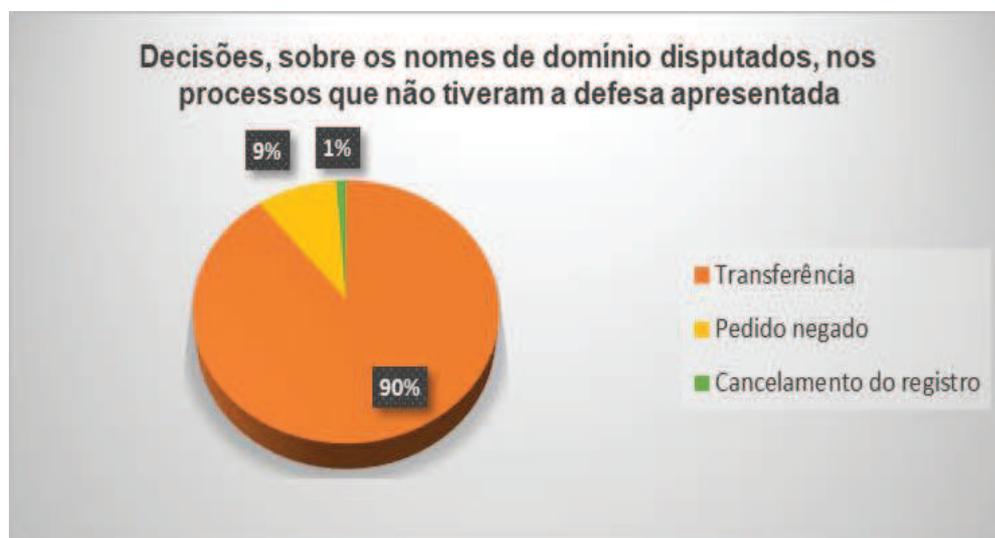
O gráfico acima representa o tipo de decisão proferida pelos Painéis nos processos em que houve manifestação do reclamado. Nesse aspecto, constata-se que 55% das demandas que tiveram manifestação, em que pese o demandado ter apresentado a sua defesa, a mesma não prosperou, levando os árbitros/painelistas a decidirem pela ordenação da transferência do nome de domínio em disputa para o demandante.

Por outro lado, também se observa que, em 41% das demandas contestadas, o demandado conseguiu demonstrar, mesmo que os Painéis possam ter vindo a averiguar que o(s) nome(s) de domínio em disputa eram idênticos ou confusamente semelhantes, que os reclamados possuíam direitos e interesses legítimos ou, então, que o nome de domínio foi registrado e está sendo utilizado de boa-fé, fatos estes que influenciaram na decisão final, ou seja, que levaram à negativa do pedido realizado pelo demandante.

Todavia, faz-se necessário ressaltar que o procedimento é obrigatório, mas a apresentação da defesa não. Mesmo que o demandado não conteste a denúncia, o processo segue normalmente, situação esta que poderá ser verificada no Gráfico 8.

⁴⁹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

Gráfico 8 - Posicionamento dos Painéis, nos processos analisados, em que o Demandado não apresenta contestação à denúncia



Fonte: Organização Mundial da Propriedade Intelectual.⁴⁹³

O gráfico acima demonstra que 9% dos processos analisados, que não possuem manifestação do reclamado, tiveram a queixa do reclamante rejeitada, tendo sua pretensão negada e, por via de consequência, permanecendo o demandado como registrante do nome de domínio em disputa.

Tal fator demonstra a lisura e imparcialidade nas decisões proferidas pelos Painéis do Centro da OMPI, pois, mesmo que o demandado não se manifeste acerca da denúncia realizada pelo demandante, isso não significa que as alegações do reclamante irão prosperar (diferente do processo judicial que a não contestação da demanda acarretará uma condenação do demandado).

Todavia, isso se deve à possibilidade que os árbitros/painelistas possuem em realizar pesquisas independentes para avaliar cada caso, verificando se o pedido do reclamante merece guarida ou não.

Nesse sentido, a fim de demonstrar como os Painéis conduzem seus julgamentos e fundamentam as suas decisões, selecionar-se-ão alguns casos decididos por estes e que se encontram publicados na “*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*”.

⁴⁹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

5.2.1.5 Análise de alguns julgamentos realizados pelos Painéis do Centro da OMPI

No intuito de analisar como os Painéis decidem, bem como fundamentam as suas decisões nos casos concretos, elencaram-se, de forma aleatória e a título exemplificativo, 10 (dez) julgamentos de demandas propostas junto ao Centro, no período de 2016 e 2017, por serem recentes e consideradas relevantes pela OMPI, estando as mesmas publicadas na "*WIPO Jurisprudential Overview 3.0*".

Caso 1: *Caso n. D2016-0186*

Demandante: *Guinness World Records Limited (Reino Unido), representado por Marshall Gerstein & Borun, LLP, (Estados Unidos da América)*

Demandado: *Solution Studio (Eslovênia)*

Nome de domínio em disputa: <guinnessworldrecords.xyz>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 28 de janeiro de 2016

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Torsten Bettinger

Data da emissão da decisão/julgamento: 21 de março de 2016

Síntese dos fatos: O Demandante é o editor da publicação "Guinness World Records", denominada, anteriormente, "Guinness Book of World Records", tendo o mesmo sido publicado, pela primeira vez, em 1955. O livro anual Guinness World Records é publicado em mais de 100 países e em 25 idiomas. O Reclamante publicou, pela primeira vez, uma edição eslovena do Guinness World Records (Guinnessova Knjiga Rekordov) em 1978. Em 2000, o Reclamante começou a publicar *on-line* em <guinnessworldrecords.com>.

O Demandado registrou o nome de domínio em disputa em 28 de agosto de 2015, muito tempo depois que o Reclamante começou a usar seu nome de domínio <guinnessworldrecords.com> e o registro de Guinness World Records na União Europeia. Ainda, o Demandante declara que o Reclamado não possui e nunca possuiu permissão para utilizar as marcas registradas ou nomes de domínio envolvendo as marcas.

O Reclamante ingressou com a denúncia no Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI em 28 de janeiro de 2016, declarando que os três elementos estabelecidos pela URDP foram satisfeitos para a propositura da demanda. O Centro notificou, formalmente, o Demandado em 09 de fevereiro de 2016, data em que se iniciaram os procedimentos. Mesmo o Demandado sendo notificado da denúncia, este não

apresentou defesa, e, em 04 de março de 2016, o Centro notificou o descumprimento das disposições por parte do Reclamado, dando andamento ao processo.

Fundamentação e decisão

A. Idêntico ou confusamente semelhante: No que tange a este item, o Painel está convencido de que o Reclamante é o proprietário da marca registrada GUINNESS WORLD RECORDS, como evidenciado nos anexos da queixa, sendo que o nome de domínio em disputa incorpora a marca registrada do Demandante na sua totalidade. O Painel conclui que a adição de gTLDs como ".com", ".net" ou ".xyz" pode ser desconsiderada ao determinar se os nomes de domínio em disputa são confusamente semelhantes à marca registrada do Reclamante. Nesse sentido, entende que o nome de domínio disputado <guinnessworldrecords.xyz> é confusamente semelhante à marca GUINNESS WORLD RECORDS.

B. Direitos ou interesses legítimos: No caso em tela, o Reclamante demonstrou *prima facie* que o Reclamado não possui direito ou interesses legítimos no nome de domínio em disputa, confirmando que não autorizou o Demandado a usar sua marca Guinness World Records e que não há conexão entre o Demandado e o Reclamante. O nome de domínio em disputa é usado apenas para direcionar os usuários da *Internet* para um *site* que promova os próprios serviços do Registrador e é corretamente caracterizado como "participação passiva". Embora a posse passiva por si só possa ser uma atividade legítima, fazê-lo não confere, como tal, direitos ou interesses legítimos no nome de domínio. Por conseguinte, o Painel conclui que o Demandado não tem direito ou interesses legítimos no nome de domínio em disputa.

C. Registrado e usado de má fé: O Painel constatou que o nome de domínio em disputa difere da marca registrada do Reclamante apenas na seleção da extensão de nível superior, indicando que o Demandado provavelmente estava ciente do potencial de confusão do usuário na *Internet*. Portanto, na opinião do Painel, é muito provável que o Demandado tenha conhecimento do Reclamante no momento em que ele selecionou o nome de domínio em disputa para registro. Nas circunstâncias deste caso, isso é suficiente para inferir má fé, levando o Painel a concluir que o Demandado registrou e está usando o nome de domínio em disputa de má fé.

D. Da Decisão: Pelas razões acima expostas, o Painel ordena que o nome de domínio disputado <guinnessworldrecords.xyz> seja transferido para o Reclamante.

Demandante: Assurances Premium SARL de Hyères (França)

Demandado: Daisuke Yamaguchi (Japão) / Whois Privacy Shield Services (Estados Unidos da América)

Nome de domínio em disputa: <mascotte-assurances.com>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 13 de julho de 2016

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Douglas Clark

Data da emissão da decisão/julgamento: 06 de setembro de 2016

Síntese dos fatos: O Demandante é uma empresa de corretagem de seguros estabelecida na França desde 1939. É especializada na elaboração de coleta de produtos de seguros automotivos, sendo subsidiária do grupo francês Favier Casanova Associés. O mesmo é titular da marca Mascotte Assurances, registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial francês desde 27 de agosto de 2014. Além disso, é proprietário do nome de domínio <mascotte-assurances.fr>, registrado em 26 de maio de 2004.

Já o Demandado é um japonês que registrou o nome de domínio <mascotte-assurances.com> em 31 de janeiro de 2015, sendo que o mesmo é usado como conexão com um modelo de *blog* do *site* em japonês. Ao tomar conhecimento do nome de domínio, objeto da disputa, o agente do Reclamante encaminhou correspondência para o Demandado, a fim de que o mesmo desistisse do nome de domínio. Na correspondência, o Demandante declara ser titular da marca registrada na França.

Por sua vez, o Demandado não respondeu a solicitação, fato que ocasionou o arquivamento da denúncia junto ao Centro, no dia 13 de julho de 2016. Em virtude da queixa, o Centro notificou, no dia 27 de julho de 2016, o Demandado sobre o processo, dando início ao procedimento. Entretanto, o Reclamado não se manifestou sobre a denúncia. Por conseguinte, o Centro notificou-o pelo descumprimento da demanda em 17 de agosto de 2016 e, posteriormente, nomeou um Painel único.

No momento da elaboração da decisão, o *site* sob o nome de domínio em disputa não remete a nenhuma página da *Web*.

Fundamentação e decisão

A. Idêntico ou confusamente semelhante: O nome de domínio disputado <mascotte-assurances.com> difere do nome do domínio já registrado pelo Demandante apenas pelo gTLD ".com", sendo o mesmo considerado, pelo Painel, idêntico à marca registrada do Mascotte Assurances, ainda que o Demandante não

possua a marca Mascotte Assurances registrada no Japão, visto que essa situação é irrelevante para fins de determinação de direitos sobre uma marca registrada.

B. Direitos e interesses legítimos: O Demandante é titular da marca registrada Mascotte Assurances e não tem negócios ou relacionamentos com o Demandado. O nome de domínio em disputa apontou para um *site* exibindo um modelo de *blog* do *WordPress*, em japonês, sobre cuidados corporais, sem relação com o nome de domínio em disputa. O Demandado não respondeu à reclamação para apresentar qualquer evidência que estabeleça direitos ou interesses legítimos sob o registro do nome de domínio disputado. Nesse aspecto, considerando a ausência de uma resposta do Demandado e o fato de que este não recebeu uma licença nem uma autorização para fazer qualquer uso da marca registrada do Reclamante, o Painel conclui que o Demandado não demonstrou quaisquer direitos ou interesses legítimos no nome de domínio em disputa.

C. Registrado e usado de má fé: o Painel concluiu que o nome de domínio em disputa foi registrado e está sendo usado de má-fé, conforme disposto no parágrafo 4º (b) (IV) da URDP, já que o Demandado está usando o nome de domínio para atrair ou obter ganhos comerciais dos usuários da *Internet* em seu *site*, gerando, no consumidor, uma confusão com a marca do Demandante. Este ainda salientou que o Reclamado não teria escolhido ou registrado o nome de domínio de boa-fé sem ter conhecimento da marca ou do nome de domínio existente do Demandado, na França, especialmente porque a marca registrada pelo Reclamante não possui significado em inglês ou japonês, fato este que demonstra que o Reclamado tinha conhecimento da marca registrada pelo Demandante.

D. Da Decisão: pelas razões expostas, mesmo que o Demandado não tenha se manifestado no processo, o Painel ordena que o nome de domínio <mascotte-assurances.com> seja transferido para o Reclamante.

Caso 3: *Caso n. D2016-2354*

Demandante: Bayer AG (Alemanha) representado pela BPM Legal (Alemanha)

Demandado: Whois Agent, Whois Privacy Protection Service Inc. (Estados Unidos da América) / Syed Hussain, IBN7 Media Group of Closter (Estados Unidos da América)

Nome de domínio em disputa: <bayermonsanto.com>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 18 de novembro de 2016

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Dawn Osborne

Data da emissão da decisão/julgamento: 25 de janeiro de 2017

Síntese dos fatos: O Demandante é titular da marca Bayer, entre outras, nos Estados Unidos, e está registrado desde 5 de abril de 1988, porém comercializa produtos farmacêuticos, com a primeira utilização registrada no ano de 1899. Em maio de 2016, circulavam rumores na mídia internacional de uma possível fusão entre o Demandante e sua concorrente, a Monsanto Co, intenção esta que se concretizou em setembro de 2016. Porém, em 12 de maio de 2016, o Reclamado registrou o nome de domínio objeto da disputa. Este endereço eletrônico apontava para uma página de estacionamento com *links* para *sites* comerciais de terceiros. O Reclamante arquivou uma denúncia no Centro em 18 de novembro de 2016.

Fundamentação e decisão

A. Idêntico ou confusamente semelhante: O nome de domínio na marca Bayer do Reclamante e na marca de terceiros Monsanto e o domínio genérico de nível superior "gTLD" ".com". O Painel conclui que a marca do Demandante é facilmente identificável no nome de domínio e a simples adição da marca Monsanto não distingue este, até porque a confusão pode ser aumentada pela adição da marca Monsanto, uma vez que a intenção do Reclamante era realizar uma fusão com esta empresa, fato esse que foi amplamente divulgado pela mídia. Nesse aspecto, o Painel considera que o nome de domínio é confusamente semelhante a uma marca na qual o Reclamante possui direitos para a finalidade da URDP.

B. Direitos e interesses legítimos: O Demandado não respondeu à denúncia nem apresentou explicações a respeito de seu direito ou interesse legítimo de registrar um nome de domínio que contenha duas grandes marcas de renome. Até porque o Demandado não parece ter marcas registradas ou direito de propriedade intelectual associado aos nomes "Bayer" ou "Monsanto". Ademais, o Demandado não parece ter usado o nome de domínio para qualquer oferta de serviços autênticos de sua autoria. Por essas razões, o Painel concluiu que o Demandado não tem quaisquer direitos ou interesses legítimos no nome de domínio, objeto da disputa.

C. Registrado e usado de má-fé: o parágrafo 4º (b) da URDP estabelece critérios para determinar que o nome de domínio foi registrado ou está sendo utilizado de má-fé. Observa-se que o Demandado se enquadra num desses critérios, visto que as circunstâncias demonstram que o mesmo registrou tal nome no intuito de vender o registro do nome de domínio para o Reclamante que é titular da marca Bayer. Além disso, o Reclamado registrou o nome de domínio no mesmo dia em que o Reclamante

tornou público a sua intenção de realizar uma fusão com a empresa Monsanto, fato esse que caracteriza uma má-fé oportunista. O Demandante ainda apresenta, nos autos, evidências de que o Demandado tem o hábito de registrar nomes de domínio que contenham nomes famosos de terceiros sem interesses legítimos de má-fé. Como o Reclamante não apresentou defesa nem se manifestou no curso do processo, o Painel concluiu que a má-fé foi demonstrada pelo Reclamante.

D. Da Decisão: Pelas razões expostas, o Painel ordena que o nome de domínio em disputa, <bayermonsanto.com>, seja transferido para a Bayer AG. Embora o nome de domínio também incorpore a marca Monsanto, a fusão pretendida dessas duas empresas torna a transferência para o Reclamante um remédio apropriado.

Caso 4: *Caso n. D2017-0006*

Demandante: *Greenvelope, LLC da Mercer Island (Estados Unidos da América) representado por Lewis Brisbois Bisgaard & Smith LLP (Estados Unidos da América)*

Demandado: *Virtual Services Corporation (Bahamas)*

Nome de domínio em disputa: <greenenvelope.com>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 05 de janeiro de 2017

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Christopher Gibson

Data da emissão da decisão/julgamento: 25 de fevereiro de 2017

Síntese dos fatos: A Reclamante é uma empresa de papelaria digital especializada em convites eletrônicos e possui a marca Greenvelope, registrada no Escritório de Marcas e Patentes dos Estados Unidos (USPTO), em 24 de janeiro de 2012, constando como data de primeira utilização no comércio o dia 4 de abril de 2009.

Já o nome de domínio em disputa foi registrado em 20 de julho de 2006, remetendo a uma página de destino, com *links* para propagandas.

Em 05 de janeiro de 2017, o Demandante arquivou sua denúncia junto ao Centro. Em 13 de janeiro de 2017, o Centro notificou o Reclamado sobre o conteúdo da demanda, porém o mesmo não apresentou resposta a ela. Por conseguinte, o Centro, em 03 de fevereiro de 2017, notificou novamente o Demandado, informando o seu descumprimento com a URDP.

Fundamentação e decisão:

A. Idêntico ou confusamente semelhante: o Demandante apresentou provas que comprovam sua titularidade sobre a marca registrada Greenvelope, com um registro dos Estados Unidos datado de 2012 e uma data de primeira utilização no comércio

datada de abril de 2009. Ele também forneceu provas para mostrar que promoveu sua marca e alcançou significativo reconhecimento após o início do seu negócio. O Painel observa que o Nome de Domínio foi registrado em julho de 2006, antes da marca registrada do Demandante. No entanto, para efeitos de verificação do primeiro elemento da URDP, a data do registro da marca não é relevante. Nesse sentido, o Painel concluiu que o nome de domínio é confusamente semelhante à marca do Demandado.

B. Direito e interesses legítimos: conforme o parágrafo 4 (a) (II) da URDP, o Demandante deve comprovar que o Demandado não tem direito ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio. No caso em tela, o Reclamante indicou que o Demandado não tem direito ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio porque não foi usado em conexão com qualquer oferta de bens ou serviços de *boa-fé*, mas, em vez disso, foi usado apenas para uma página de destino, com *links* para propagandas. Com base no registro, o Painel observa também que não há nenhuma indicação de que a Demandada tenha sido comumente conhecida pelo nome "Green Envelope". Além disso, não há evidências de que o Nome de Domínio já tenha sido usado para qualquer uso justo ou fins não comerciais, ou para qualquer outro uso que não seja como uma página de destino. Como o Demandado não apresentou uma resposta neste caso para contestar qualquer das alegações do Reclamante, ou para demonstrar seu direito ou interesse legítimo no registro do nome de domínio ora objeto desta disputa, o Painel determina que o Reclamado não possui direito ou interesses legítimos no nome de domínio.

C. Registrado e usado de má-fé: quanto ao terceiro elemento do parágrafo 4 (a) da URDP, o Painel concluiu que o Reclamante não conseguiu estabelecer que o Reclamado se registrou e está usando o nome de domínio de má-fé. Conforme mencionado, o Demandado registrou o nome de domínio em 2006, mais de cinco anos antes que o Reclamante tenha registrado sua marca e aproximadamente três anos antes que o Reclamante tenha iniciado o uso desta no comércio. Nesse aspecto, o Painel questiona como pode um nome de domínio ter sido registrado de má-fé se o mesmo foi registrado antes do registro da marca? Em resposta, a visão geral do Centro é de consenso, entendendo que, embora uma marca possa constituir uma base para uma ação UDRP sob o primeiro elemento, se um nome de domínio é registrado pelo Demandado antes que o direito de marca reconhecido do Reclamante tenha sido estabelecido pela primeira vez, o registro do nome de domínio não teria

sido de má-fé, porque o Reclamado não poderia ter contemplado o direito não existente do Demandante. Nesse caso, mesmo na ausência de uma resposta do Demandado, simplesmente não há provas fornecidas pelo Reclamante de que o Reclamado registrou o nome de domínio para, intencionalmente, confundir o consumidor no que tange à marca registrada. Apesar de o Demandado estar ciente da demanda e deixar de apresentar sua contestação, o Painel concluiu que, em vista de todas as circunstâncias referidas, o Reclamante não conseguiu estabelecer a má-fé do Demandado.

D. Da Decisão: Pelas razões expostas, a denúncia é negada.

Caso 5: *Caso n. D2017-0284*

Demandante: *BHP Billiton Innovation Pty Ltd (Austrália) representado por Griffith Hack Patent and Trade Mark Attorneys (Austrália)*

Demandado: *Oloyi (Vietnã)*

Nome de domínio em disputa: <bhpbillitonusa.com>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 14 de fevereiro de 2017

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Ian Lowe

Data da emissão da decisão/julgamento: 04 de abril de 2017

Síntese dos fatos: O Reclamante é um dos maiores grupos de recursos diversificados do mundo, empregando mais de 40 mil pessoas em mais de 100 operações em 25 países. O núcleo do Grupo ("BHP") é uma empresa cotada da BHP Billiton Ltd e da BHP Billiton Plc, cuja fusão foi concluída em 29 de junho de 2001. O Reclamante é proprietário de inúmeros registros de marcas registradas em todo o mundo, incluindo o número de registro de Estados Unidos da América 3703871, registrado em 3 de novembro de 2009, o número de registro de marca registrada da Austrália 1141449, registrado a partir de 18 de outubro de 2006, e marca internacional 986799, registrada em 16 de novembro de 2006, designando vários territórios, incluindo a União Europeia.

O nome de domínio foi registrado em 6 de fevereiro de 2017. Na data da apresentação da reclamação, o nome de domínio não remeteu a nenhuma página da *Web*.

O Reclamante tomou conhecimento do nome de domínio por meio de um *e-mail* enviado por uma pessoa que relata ter recebido uma oferta de trabalho por meio de um endereço eletrônico que remetia ao Demandante, sendo que tal oferta era falsa.

Então o Reclamante arquivou denúncia no Centro em 14 de fevereiro de 2017. Em 24 de março de 2017, o Centro notificou o Demandado sobre a demanda, dando início ao processo. Entretanto, o mesmo não apresentou resposta, sendo notificado, novamente, pelo descumprimento da demanda em 20 de março de 2017.

Fundamentação e decisão:

A. Idêntico ou confusamente semelhante: o Demandante tem direito reconhecido no *Mark*, tanto em virtude de seus diversos registros de marcas, em todo o mundo, como em função da reputação adquirida por meio do uso desta ao longo de muitos anos. Ignorando o domínio genérico de nível superior ("gTLD") ".com", o nome de domínio compreende a totalidade da marca junto apenas com o termo geográfico "EUA". Na visão do Painel, isso não prejudica a semelhança confusa do nome de domínio com a marca. Nesse aspecto, o Painel concluiu que o nome de domínio é confusamente semelhante a uma marca registrada em que o Reclamante possui direitos.

B. Direito e interesses legítimos: o Reclamante apresentou uma forte evidência *prima facie* de que o Demandado não poderia ter direito ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio, objeto da demanda. Embora não haja provas de que o Demandado tenha usado o nome de domínio para um *site* ativo, o Demandado usou o nome de domínio para uma conta de *e-mail* a partir da qual enviou ofertas de emprego não autorizadas em nome do Demandante. O *e-mail* anexado à reclamação convidava o destinatário a entrar em contato com quem se dizia ser um advogado do Demandante nos Estados Unidos da América, para providenciar o visto e outras formalidades. O Demandante sustenta que isso tem sido uma prática comum, segundo a qual os candidatos a empregos são enganados para fazer pagamentos em relação a ofertas de trabalho que não possuem conexão com o empregado pretendido.

O Reclamado não utilizou o nome de domínio em conexão com uma oferta de bens ou serviços de *boa-fé* e não há sugestão de que já tenha sido conhecido pelo nome de domínio. Além disso, optou por não responder ao Demandante ou a tomar medidas para contrariar o caso, objeto da denúncia.

Nesse aspecto, o uso de um nome de domínio para uma conta de *e-mail* a partir do qual envia ofertas de trabalho falsas e não autorizadas não pode, na visão do Painel, dar origem a direito ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio. Por esse

motivo, o Painel concluiu que o Demandado não tem direito ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio.

C. Registrado e usado de má-fé: em vista da natureza distintiva do nome de domínio, compreendendo como faz a marca, juntamente com a palavra "EUA", não há dúvida de que o Demandado agiu de má-fé. O Painel constatou que o Demandado registrou o nome de domínio para enganar os usuários da *Internet*, fazendo-os acreditar que o nome de domínio está associado ou autorizado pelo Demandante. A inferência do *e-mail* que faz a falsa oferta de emprego levaria o usuário a realizar um pagamento por serviços espúrios em conexão com a oferta de trabalho, equivalendo ao uso de má-fé, levando o Painel a concluir que o nome de domínio disputado foi registrado e está sendo utilizado de má-fé.

D. Da Decisão: pelas razões expostas, de acordo com os parágrafos 4 (I) da URDP, o Painel ordena que o Nome de Domínio <bhpbillitonusa.com> seja transferido para o Reclamante.

Caso 6: *Caso n. D2016-1193*

Demandante: *Sanofi (Paris) e Genzyme Corporation (Estados Unidos da América), ambos representados por Selarl Marchais & Associés (França)*

Demandado: *Karachi (Paquistão)*

Nome de domínio em disputa: <genzyme.com>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 13 de junho de 2016

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Tobias Malte Müller

Data da emissão da decisão/julgamento: 15 de agosto de 2016

Síntese dos fatos: Os Demandantes são a Sanofi e a Genzyme Corporation, sendo este o titular de inúmeros registros de marcas registradas para a Genzyme. Em particular, a marca comercial norteamericana foi arquivada em 27 de setembro de 1993 e registrada em 25 de outubro de 1994.

O Demandado registrou o nome de domínio em disputa <genzyme.com> em 10 de outubro de 2015. Resulta das alegações documentadas dos Reclamantes de que nenhum conteúdo é exibido no *site* ao qual o nome de domínio em disputa se resolve. Os Demandantes propuseram denúncia junto ao Centro no dia 13 de junho de 2016. O Centro notificou, formalmente, o Demandado do teor da denúncia no dia 29 de junho de 2016, data em que iniciou o processo. Contudo, o Demandado não apresentou

resposta, sendo o mesmo notificado em 20 de julho, novamente, pelo descumprimento em relação ao procedimento.

Fundamentação e decisão

A. Idêntico ou confusamente semelhante: os Demandantes apresentaram evidências de que o Reclamante *Genzyme Corporation* é titular de várias marcas registradas da Genzyme, fazendo referência particular à marca comercial norte-americana, arquivada em 27 de setembro de 1993, e registrada em 25 de outubro de 1994. Representa, assim, que as marcas e o nome corporativo são anteriores à data de registro do nome de domínio em disputa, que é 10 de outubro de 2015.

Há um consenso entre os Painéis UDRP de que um nome de domínio que contenha um erro ortográfico comum ou óbvio de uma marca registrada, normalmente, será confundido com esta marca, constituindo assim que a marca registrada com erros ortográficos continua a ser o componente dominante ou principal do nome de domínio. À luz do exposto, a opinião do Painel é de que a inversão de duas letras adjacentes do nome de domínio em disputa <genyzme.com>, no caso em questão (em que "y" segue "z" na sequência das letras), deve ser considerada um erro ortográfico comum ou óbvio da marca registrada Genzyme (em que "z" segue "y").

De fato, levando em consideração o alfabeto inglês, a letra "y" geralmente segue a letra "z" e sua inversão é um erro de digitação comum. Nesse sentido, o Painel considera tal nome de domínio em disputa idêntico à marca registrada pelos Demandantes.

B. Direito e interesses legítimos: na opinião do Painel, com base nas alegações mencionadas, os Reclamantes demonstraram *prima facie* que o Demandado não possui direito ou interesses legítimos no nome de domínio em disputa. Mesmo que nenhum conteúdo seja exibido no *site em disputa*, tal fato não pode ser considerado uma oferta de bens ou serviços de *boa-fé* nem uso legítimo não comercial ou justo do nome de domínio em disputa. Além disso, o encobrimento da identidade por parte do Demandado por trás de um serviço de privacidade também é levado em consideração, e este Painel considera que é muito provável que o Demandado tenha selecionado o nome de domínio em disputa com a intenção de tirar proveito da marca registrada dos Reclamantes, registrando um nome de domínio composto pela marca registrada e a parte distintiva de um dos nomes comerciais dos Reclamantes com a intenção de atrair usuários da *Internet* para obter ganhos comerciais.

Em virtude de o Reclamado, no caso em questão, não apresentar quaisquer alegações ou provas a este respeito, este Painel conclui que o Demandado não tem direitos ou interesses legítimos no nome de domínio em disputa.

C. Registrado e usado de má-fé: de acordo com as alegações indiscutíveis dos Reclamantes, o Demandado não usa ativamente o nome de domínio em disputa. Com referência comparativa às circunstâncias estabelecidas no parágrafo 4 (b) da UDRP, consideradas para estabelecer registro e uso de má-fé, os painéis anteriores da UDRP descobriram que a aparente falta de uso ativa do nome de domínio sem qualquer tentativa ativa de vender ou entrar em contato com o titular da marca registrada (participação passiva), não impede a configuração de má-fé.

No caso em apreço, o Painel conclui que os Demandados não apresentaram provas substanciais para sustentar a alegação de má-fé. No entanto, o Painel analisou as circunstâncias adicionais que permeiam o registro do nome de domínio disputado, *ou seja*, a falta de resposta do Demandado à carta de cessar e desistir de utilizar o nome de domínio, sua falta de resposta a esta reclamação e o fato de o Demandado esconder sua identidade por trás de um escudo de privacidade, sugerem que este estava ciente de que não tem direito ou interesses legítimos no nome de domínio em disputa e que o nome de domínio em disputa foi registrado e está sendo usado de má-fé. Esta constatação é suportada pelo fato de que a marca registrada dos Reclamantes existe há mais de vinte anos, levando o Painel a concluir que o Demandado sabia ou deveria ter conhecido a marca registrada GENZYME quando registrou o nome de domínio em disputa. À luz do exposto, o Painel concluiu que o nome de domínio em disputa foi registrado e está sendo usado de má-fé.

D. Da Decisão: pelas razões expostas, de acordo com os parágrafos 4 (i) da Política e 15 das Regras, o Painel ordena que o nome de domínio em disputa <genyzme.com> seja cancelado.

Caso 7: *Caso n. D2016-2447*

Demandante: *Crédit Industriel et Commercial AS (França), representado pela Meyer & Partenaires (França)*

Demandado: *Registration Private, Domains By Proxy, LLC (Estados Unidos da América)*

Nome de domínio em disputa: <bank-cic.net>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 02 de dezembro de 2016

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Benoit Van Asbroeck

Data da emissão da decisão/julgamento: 23 de janeiro de 2017

Síntese dos fatos: o Reclamante é o banco de depósito mais antigo da França. Foi criado em 1859 e, atualmente, tem mais de 4,7 milhões de clientes. Mais de 2.000 agências são distribuídas no território francês e 38 no exterior. Ele apresentou provas de que é dono de um grande número de marcas comerciais francesas, europeias e internacionais registradas para CIC e CIC Banques e que usa suas marcas registradas como nomes de domínio para promover suas atividades, por exemplo <cic.fr>, <cic.eu>, <cicbanque.info>, <cicbanques.com>, <cicbanques.org> e que a Euro-Information-Information é a subsidiária na área da informática do grupo Credit Mutuel-Cic e que também é proprietária dos seguintes nomes de domínio: <cicbanques.net> e <cicbank.com>.

Já o nome de domínio em disputa <bank-cic.net> foi registrado em 27 de julho de 2016, bem depois de o Reclamante ter garantido os direitos sobre as marcas registradas.

O Reclamante arquivou denúncia junto ao Centro em 02 de dezembro de 2016. O Centro notificou, formalmente, o Demandado em 14 de dezembro de 2016, data em que iniciou a demanda. Contudo, este não apresentou contestado e foi, novamente, notificado pelo Centro, sendo informado do descumprimento da URDP.

Fundamentação e decisão

A. Idêntico ou confusamente semelhante: em primeiro lugar, este Painel conclui que o Reclamante evidenciou claramente que registrou direitos de marca registrada para CIC e CIC Banques. Em segundo lugar, o nome de domínio em disputa incorpora integralmente as marcas registradas da Reclamante no qual este possui direitos exclusivos. A adição da palavra genérica "*bank*" não evita confusão ou distingue o nome de domínio em disputa da marca comercial CIC. Na verdade, uma vez que a palavra "*bank*" descreve os principais serviços do Reclamante, este Painel conclui que a adição desta palavra genérica aumentaria a confusão. Em terceiro lugar, este Painel conclui, de forma semelhante a outros painéis de UDRP, que a adição do gTLD ".net" ao nome de domínio em disputa, bem como um hífen não constituem elementos para evitar a confusão de semelhança para os propósitos da URDP.

Com base nesses precedentes e, de acordo com o parágrafo 4 (a) (I) da Política, este Painel concluiu que o nome de domínio em disputa é confusamente semelhante às marcas registradas CIC e CIC Banques do Reclamante.

B. Direito e interesse legítimo: este Painel concluiu que não há provas de que o Demandado tenha quaisquer direitos ou interesses legítimos no nome de domínio em disputa. Além disso, este Painel ressalta que não há evidências que sugerem que o Demandado, como indivíduo, empresa ou outra organização, tenha sido comumente conhecido sob a redação "CIC" ou "BANK CIC" ou que o Demandado esteja relacionado, de alguma forma, com os negócios do Reclamante. À luz dos fatos alegados pelo Reclamante, o Painel concluiu que nenhuma licença ou autorização para utilizar as marcas registradas foi concedida ao Demandado.

Depois de ter examinado o *site* que opera sob o nome de domínio em disputa, conforme evidenciado pela pesquisa e descobertas do Reclamante e do Painel, este último verifica que o *site*, atualmente, não mostra nenhuma atividade.

Por todos os motivos expostos, este Painel concluiu que o Demandado não tem direito ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio em disputa.

C. Registrado e usado de má-fé: em primeiro lugar, no que diz respeito ao registro do nome de domínio em disputa pelo Demandado, este Painel acredita, dada a reputação e o caráter renomado das marcas registradas, que o Demandado deve ter conhecido e ter conhecimento dos direitos do Reclamante sobre as marcas registradas e os produtos e serviços associados no momento do registro do nome de domínio em disputa.

Tal conclusão é comprovada pelo fato de que a marca do Reclamante é incorporada inteiramente no nome de domínio em disputa. O Demandante também demonstra que o Demandado usou um serviço de *Whols proxy* para manter sua identidade em sigilo. Outra constatação foi a utilização, por parte do Demandado, da palavra inglesa "*bank*", o que demonstra uma tentativa de confundir os consumidores e utilizar o nome de domínio de má-fé. Portanto, por todos os motivos mencionados, o Painel conclui que o Demandado registrou o nome de domínio em disputa de má-fé.

D. Da Decisão: pelas razões expostas, o Painel ordena que o nome de domínio em disputa <bank-cic.net> seja transferido para o Reclamante.

Caso 8: *Caso n. D2017-0156*

Demandante: *Bayerische Motoren Werke AG (BMW) (Alemanha), representada por Kelly IP, LLP (Estados Unidos da América)*

Demandado: *Registration Private, Domains By Proxy, LLC (Estados Unidos da América) / Armands Piebalgs (Letônia)*

Nome de domínio em disputa: <bmdecoder.com> e <bmwdecoder.com>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 26 de janeiro de 2017.

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Nick Gardner

Data da emissão da decisão/julgamento: 21 de março de 2017

Síntese dos fatos: o Reclamante é um dos principais fabricantes de automóveis e motocicletas do mundo. Possui marca comercial, de serviço e nome comercial **BMW**. Utilizou de forma contínua a BMW como marca registrada e marca de serviço desde 1917. Sob essa marca registrada o Demandante fabrica, vende e distribui uma variedade de automóveis e motocicletas e oferece inúmeros serviços, incluindo serviços de manutenção e reparação, financiamento, *leasing*, seguros e serviços de garantia, entre outros. Ele também usa e licencia esta marca em inúmeras peças e acessórios para automóveis e motocicletas e vários produtos colaterais.

O Demandante tem uma grande quantidade de registros para a marca registrada da BMW e variações em mais de 140 países ao redor do mundo. O primeiro registro desta para a BMW está na Alemanha, registrada em 10 de dezembro de 1917. Ele, como a maioria dos principais fabricantes de automóveis do mundo, utiliza uma rede de revendedores autorizados para comercializar seus veículos BMW, peças e acessórios de veículos e outros produtos, incluindo vestuário, bem como serviços como aluguel, financiamento e serviços de manutenção.

Em uso desde 1917, a marca BMW goza de uma fama inquestionável e tornou-se uma das marcas mais reconhecidas do mundo. O Reclamante, desde 1996, usa sua marca BMW em conexão com sua rede de *sites* dedicados à publicidade, promoção e/ou oferta de automóveis, motocicletas e produtos e serviços relacionados. Os *sites* do queixoso são acessíveis por meio de nomes de domínio compostos somente pela marca BMW e combinados com termos geográficos e/ou descritivos relevantes. Os nomes de domínio que possui incluem: <bmw.com>, <bmwgroup.com> e <bmwusa.com>.

Entretanto, os Demandados registraram <bmwdecoder.com>, em 24 de fevereiro de 2016. Esse nome de domínio é utilizado para oferecer relatórios de venda que contêm (ou pretendem conter) informações sobre veículos BMW e MINI, incluindo histórico do revendedor, de serviço e milhagem. Contudo, eles não são e nunca foram usuários autorizados da BMW. O endereço eletrônico, além de conter os dados da BMW, os relatórios dos entrevistados também contêm cópias não autorizadas das imagens publicitárias protegidas por direitos autorais da BMW.

Os Reclamantes também registraram o nome de domínio <bmdecoder.com>, em 27 de janeiro de 2017, imediatamente após a BMW apresentar esta denúncia e eles serem, formalmente, notificados da reclamação da BMW pelo Registrador. Eles ligam este nome de domínio a um *site* que oferece uma ferramenta não autorizada de "Decodificador BMW VIN" e relatórios não autorizados para veículos BMW.

Os Demandantes arquivaram uma denúncia junto ao Centro em 26 de janeiro de 2017, porém com o registro, por parte dos Demandados, de outro nome de domínio envolvendo a marca, a Reclamada alterou sua reclamação em 31 de janeiro de 2017, incluindo, assim, o outro nome de domínio.

Em 07 de fevereiro de 2017, os Demandados foram formalmente notificados, pelo Centro, sobre o inteiro teor da demanda e informando o prazo para apresentar contestação, dando início ao procedimento. Passado o prazo para a resposta e sem a apresentação da mesma, os Reclamados, em 1.º de março de 2017, foram notificados novamente sobre o descumprimento da URDP.

Fundamentação e decisão

A. Idêntico ou confusamente semelhante: o Reclamante apresentou provas detalhadas de que é o proprietário da marca registrada da BMW. O Painel considera que cada um dos nomes de domínio disputado é confusamente semelhante a esta marca registrada, já que esses nomes de domínio incorporam a marca registrada da BMW ou uma contração da marca registrada da BMW. Os painéis UDRP possuem jurisprudência pacífica para essa situação, sustentando que os litígios envolvendo os nomes de domínio idênticos ou confusamente semelhantes a uma marca registrada serão resolvidos pela URDP. A única diferença no presente caso é a adição, em ambos os nomes, de domínio disputado da palavra genérica "*decoder*", que é capaz de descrever um *site* que fornece ou que pretende fornecer informação técnica sobre um carro específico. Esta adição não é, na opinião do Painel, suficiente para negar a semelhança entre os nomes de domínio disputados e a marca registrada da BMW do Reclamante, concluiu este pela semelhança dos nomes de domínio disputados.

B. Direitos e interesses legítimos: o Painel não considera que o uso em questão seja de *boa-fé*, pois o Reclamante não autorizou, licenciou ou permitiu que os Reclamados registrassem ou usassem os nomes de domínio disputado ou usassem a marca registrada da BMW. O Demandante possui direitos prévios na marca registrada da BMW, que precede o registro dos nomes de domínio contestado, sendo que isto estabelece que os Demandados não gozam de direito ou interesses legítimos

nos nomes de domínio disputados, cabendo a estes o ônus de provar que possuem esses direitos ou interesses. No entanto, nenhuma evidência ou prova foi produzida pelos Demandados, o que levou o Painel a concluir que estes não possuem direito ou interesses legítimos sobre os nomes de domínio, objeto da demanda.

C. Registrado e usado de má-fé: o Painel não possui condições de determinar se o material que os Demandados fornecem sob a forma de relatórios técnicos sobre veículos específicos é exato ou não. Contudo, o Painel pode chegar a uma decisão sem determinar essa questão.

Nas circunstâncias atuais, o caráter distintivo da marca registrada da BMW e a prova da extensão da reputação que o Reclamante desfruta sobre a marca, bem como a natureza confusamente similar dos nomes de domínio disputados à marca registrada e a falta de qualquer explicação dos Demandados quanto ao motivo pelo qual eles registraram esses nomes de domínio, leva o Painel a concluir que o registro e o uso foram de má-fé.

O Painel conclui que é inconcebível que os Demandados tenham selecionado os nomes de domínio disputados de forma independente e sem conhecimento do Reclamante ou de seus produtos. Constata-se que os *sites* operados pelos Demandados nesses nomes de domínio estão, claramente, promovendo uma empresa que fornece informações técnicas sobre os veículos da BMW, não deixando dúvidas ao Painel de que os Reclamados utilizaram esses nomes de domínio para sugerir uma conexão com o Reclamante, gerando uma confusão no consumidor. É claro que, ao usar a marca registrada do Reclamado ou uma abreviatura desta, combinada com a palavra "*decoder*", eles estavam buscando atrair clientes que procuravam uma fonte de informações técnicas sobre os veículos da BMW. Não importa se as informações fornecidas são precisas ou não; o que importa é a utilização da marca nos nomes de domínio em disputa sem a autorização do Reclamante.

Como resultado, o Painel conclui que os nomes de domínio disputados foram registrados e estão sendo usados de má-fé.

D. Da Decisão: pelas razões expostas, de acordo com os parágrafos 4 (i) da Política e 15 das Regras, o Painel ordena que os nomes de domínio disputados <bmwdecoder.com> e <bmdecoder.com> sejam transferidos para o Reclamante.

Caso 9: Caso n. D2016-1340

Demandante: CKL Holdings NV (Bélgica), representada por Morton & Associates (Estados Unidos da América)

Demandado: Paul Flammea (Austrália)

Nome de domínio em disputa: <flammea.com>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 30 de junho de 2016

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Clive NA Trotman

Data da emissão da decisão/julgamento: 18 de agosto de 2016

Síntese dos fatos: o Reclamante é titular da marca Flammea, marca comunitária, registrada na União Europeia em 7 de agosto de 2008.

O Demandado é um indivíduo chamado Francesco Paul Flammea, tendo registrado, em 04 de setembro de 2006, o nome de domínio em disputa.

A reclamação foi arquivada no Centro em 30 de junho de 2016. O Centro notificou, formalmente, o Demandado sobre o teor da denúncia em 15 de julho de 2016, informando o prazo para apresentação da contestação e dando início ao procedimento. A resposta do Reclamado foi arquivada no Centro em 3 de agosto de 2016.

Fundamentação e decisão:

A. Idêntico ou confusamente semelhante: o Reclamante produziu provas satisfatórias de seus direitos sobre a marca registrada Flammea. O nome de domínio disputado <flammea.com>, desconsiderando a designação gTLD ".com", é considerado pelo Painel como idêntico à marca registrada do Demandante.

B. Direito ou interesse legítimo: o Demandante afirmou que o Demandado não possui nenhuma conexão ou licença para exploração de sua marca e, por isso, não tem direito ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio em disputa.

Por sua vez, o Demandado procura, efetivamente, estabelecer direitos e interesse legítimo no nome de domínio em disputa, comprovando que o nome dele é Francesco Paul Flammea e que ele também é conhecido como Paul Flammea e Frank Flammea. Para provar tal fato, o Reclamado encaminhou ao Centro, eletronicamente, cópia de seu passaporte e de sua licença de motorista, demonstrando que seu nome completo é Francesco Paul Flammea, de nacionalidade australiana. Nesse aspecto, o Painel não vê nenhuma razão para questionar a autenticidade dessa evidência.

A licença de motorista mostra um endereço residencial, o mesmo que apareceu no recibo para o nome de domínio em disputa emitido pela *Network Solution*, datado de

4 de setembro de 2006, e em avisos de renovação anual da *Network Solutions*, até 23 de junho de 2011, tudo em nome de Paul Flammea.

O Painel verificou que o registrante do nome de domínio em disputa continuamente, desde a sua criação, em 4 de setembro de 2006, é o Demandado Paul Flammea.

Observa-se que o componente distintivo do nome de domínio em disputa é "flammea", e as evidências demonstram, de forma convincente, que o nome de família do Demandado é Flammea, levando o Painel a concluir que ele tem sido comumente conhecido por esse nome.

Nesse aspecto, o Demandante não conseguiu comprovar que o Demandado não possui direito ou interesses legítimos no nome de domínio em disputa.

C. Registrado e usado de má-fé: embora não seja necessário proceder e determinar a má-fé, o Painel enumera, sumariamente, que o nome de domínio em disputa foi criado um ano antes da solicitação da marca registrada do Reclamante e quase dois anos antes do registro desta marca registrada. Não há provas de que o Demandado tenha algum conhecimento prévio ou motivo privilegiado para antecipar os planos de marcas registradas do Reclamante ou do proprietário anterior da marca registrada. O Painel não vê evidências de que o nome de domínio em disputa tenha sido registrado com o propósito de venda rentável ou para interromper os negócios do Reclamante, ou mesmo, para confundir os clientes deste. Nessa senda, o Painel conclui que o Reclamado registrou o nome de domínio em disputa de boa-fé e para garantir o nome da família.

D. Da Decisão: pelas razões expostas, a queixa é negada.

Caso 10: *Caso n. D2016-2608*

Demandante: *Azimo Ltd. (Reino Unido) representado por Lewis Silkin LLP (Reino Unido)*

Demandado: *Vladimir Zubkov (Reino Unido)*

Nome de domínio em disputa: <azimoreview.com.>

Data do ingresso da demanda junto ao Centro: 22 de dezembro de 2016

Árbitro/painelista: Painel único. Árbitro/painelista: Clive L. Elliott

Data da emissão da decisão/julgamento: 27 de fevereiro de 2017.

Síntese dos fatos: o Reclamante foi fundado em janeiro de 2012 e é autorizado pela Autoridade de Conduta Financeira para a emissão de dinheiro eletrônico. Além disso, ele está licenciado e regulado pela HM Receita e Alfândega como um Negócio de

Serviço Monetário. Também é o proprietário do registro comercial do Reino Unido para a Azimo, com inscrição datada de 20 de julho de 2012 e registro de marca da União Europeia também para Azimo, datado de 18 de abril de 2014 ("Marcas do queixoso"), que são utilizados em conexão com seu negócio de transferência de dinheiro *on-line*.

O nome de domínio, objeto da disputa, foi registrado em 9 de maio de 2015.

O Reclamante arquivou a demanda, no Centro, no dia 22 de dezembro de 2016. O Centro notificou, formalmente, o Demandado no dia 29 de dezembro, data em que se iniciou o procedimento. O prazo para que o Demandado encaminhasse sua contestação expiraria no dia 18 de janeiro, no entanto, o Centro recebeu um *e-mail* deste no dia 30 de dezembro de 2016, pedindo uma prorrogação de prazo que foi concedido. O Reclamante então apresentou sua defesa no dia 22 de janeiro de 2017.

Da fundamentação e da decisão

A. Idêntico ou confusamente semelhante: o Demandante é titular do registro de marca comercial no Reino Unido e na União Europeia para a Azimo, marca utilizada em conexão com o seu negócio de transferência de dinheiro *on-line*.

O Reclamante sustenta que o nome de domínio em disputa consiste em toda a sua marca (sendo "azimo" seguido da palavra descritiva "review"), tornando esta confusamente semelhante à marca registrada por ele. Esta constatação foi ratificada pelo Painel.

B. Direito e interesses legítimos: o Demandado não está, aparentemente, afiliado ao Demandante e não foi autorizado por este a usar e registrar suas marcas comerciais ou a buscar o registro de qualquer nome de domínio, incorporando essas marcas.

É claro que o registro e o uso das marcas do Reclamante precederam o registro do nome de domínio, contudo, o Demandado não disputa isso. Em vez disso, ele afirma que o nome de domínio é usado como parte de um *site* de críticas, com o objetivo de rever e criticar os serviços financeiros do Reclamante.

Nesse aspecto, o Painel estabeleceu uma série de fatores avaliados por outros painéis UDRP quando os nomes de domínio são usados para *sites* de críticas. Em termos de avaliar se, neste caso, o Demandado tem um interesse legítimo em usar as marcas do Reclamante como parte do nome de domínio, o painel avalia as seguintes considerações:

(i) O nome de domínio foi registrado e é usado genuinamente com a finalidade de criticar o proprietário da marca? Com relação a este fato, o Reclamado afirma que criou o nome de domínio para informar a outras pessoas sobre sua experiência pessoal relacionada com a Alegada no que tange á má qualidade do serviço prestado por esta. Este parece ser o caso, pois quando o *blog* do Demandado é visto - ele afirma muito proeminente no cabeçalho que se relaciona com "*My Bad Azimo Experience*". Isso sugere que o *blog* está sendo usado para criticar genuinamente o Reclamante. Porém, para fins de processo, não será levado em consideração se as críticas são justificadas ou não, mas se o Demandado tem, realmente, a intenção de criticar o proprietário da marca, independentemente do mérito ou justificção dessa crítica.

(ii) A crítica realizada pelo Demandado é bem fundamentada e não tem intenção de lucro comercial? Nesse sentido, o Painel apurou que as críticas realizadas por ele parecem estar bem fundamentadas.

(iii) Fica, imediatamente, evidente para os usuários da Internet que visitam o *site* no nome do domínio, que este não é operado pelo proprietário da marca? Na opinião do Painel, seria relativamente evidente para qualquer usuário de *Internet* razoavelmente informado e perspicaz que este é um *site* de críticas, com o objetivo de exibir deficiências e reclamações percebidas sobre o Reclamante e seus serviços financeiros.

(iv) O Reclamado se absteve de registrar todos ou a maioria dos nomes de domínio óbvios, razoavelmente adequados para o proprietário da marca? O Painel constatou que o Demandado parece ter registrado um nome de domínio único, em vez de uma variedade de nomes de domínio, que, entre outras coisas, poderiam impedir o Reclamante de exercer sua capacidade de registrar outros domínios, o que indica que o objetivo do Reclamado seria causar um incômodo ao Demandante. Em outras palavras, não há nada a inferir que o Demandado tenha ultrapassado a este respeito.

(v) O Demandado, no seu *site*, fornece um *link* proeminente e apropriado ao *site* do proprietário da marca relevante? Não há provas de que o Demandado tenha fornecido esse *link*. No entanto, a questão surge se isso é estritamente necessário nas circunstâncias em tela, dado que o *blog* do Reclamado é, aparentemente e de frente, um *site* de críticas de *boa-fé* e que nenhum outro indício de *má-fé* é evidente.

(vi) Existe a probabilidade de que o *e-mail* destinado ao Reclamante use o nome de domínio em questão? O Reclamado não parece fazer isso.

Na opinião do Painel, o Demandado cumpre quatro dos seis critérios ou considerações acima. Em suma, o Painel conclui que o nome de domínio está sendo usado como parte de um *site* de crítica e que este não é utilizado para aferir lucros, pois, pelo que se percebe, tem o escopo de ser uma queixa decorrente das alegações de má prestação de serviços.

Nesse contexto, o Reclamante não conseguiu estabelecer que o Demandado não tem direito ou interesses legítimos em relação ao nome de domínio disputado.

C. Registrado e usado de má-fé: à luz das constatações acima, é difícil concluir que o Demandado registrou e usou o nome de domínio com má-fé.

A situação, no caso em apreço, é bastante inconclusiva sobre a questão da utilização de má-fé. Em 4 de agosto de 2016, o Demandado enviou um *e-mail* ao Demandante: "If you have other questions or you want to buy my domain azimoreview.com, please contact me using this email". Isso pode sugerir o desejo de vender o nome de domínio. No entanto, nenhum valor ou valor de compra é identificado. Em 16 de setembro de 2016, o Reclamado escreveu aos advogados do Reclamante afirmando: "I did not plan to sell the domain to Azimo when I bought it as I do not plan to sell it to Azimo now".

A última afirmação é incompatível com a oferta anterior, tal como era para vender o nome de domínio. No entanto, a declaração, feita pouco mais de um mês depois, é inequívoca na medida em que indica que o Demandado não queria vender o nome de domínio nesse ponto.

A partir dessa troca de *e-mails*, parece que o Reclamado ofereceu vender o nome de domínio ao Reclamante em um ponto, mas, por qualquer motivo, não seguiu esse curso e retirou qualquer oferta de venda potencial relacionada ao nome de domínio, relativamente pouco tempo depois.

Com base no acima exposto, o Painel reluta em acreditar que o principal objetivo do Reclamado para o registro do nome de domínio era vender o nome de domínio de volta ao Reclamante por um valor superior ao seu valor nominal. Em vez disso, parece que o objetivo principal era criticar o Reclamante pela sua deficiência na prestação do serviço e que o Reclamado não tentou, seriamente, vender o nome de domínio. Por esses motivos, o Painel conclui que o nome de registro em disputa não foi registrado ou utilizado de má-fé.

Da Decisão: pelas razões expostas, a queixa é negada.

Dá análise das demandas apresentadas, constata-se que o Centro possui uma preocupação em verificar a pertinência e a veracidade das queixas arquivadas. Após o recebimento da mesma, o Centro transmite um *e-mail* para o Registrador do nome de domínio para averiguar a situação do nome, confirmar se o demandado está listado como registrante deste nome, bem como outras questões envolvendo o contrato de registro e o nome de domínio. Além disso, o Centro solicita para o Registrador que o mesmo realize o “bloqueio” do nome de registro em disputa. Caso o Centro encontre alguma incoerência entre as informações prestadas pelo Registrador e a denúncia arquivada pelo demandante, este notifica aquele para alterar a sua queixa.

Se as informações prestadas estão em conformidade com a denúncia, o Centro notifica o reclamado informando o teor da mesma e o prazo para que este encaminhe sua resposta. Cabe aqui, novamente, ressaltar que, mesmo que o demandado não apresente sua contestação, o procedimento seguirá normalmente, passando o árbitro a analisar as alegações do autor, tentando buscar provas do seu direito.⁴⁹⁴

A partir do momento em que o reclamado é notificado, inicia-se o processo. Entretanto, as regras da URDP⁴⁹⁵ estabelecem que o procedimento poderá ser suspenso, antes da designação do Painel, se essa suspensão facilitar a negociação entre as partes, visando à implementação de um acordo. Porém, para que isso ocorra, o demandante ou o demandante e o demandado, em comum acordo, devem enviar, ao Centro, um pedido de suspensão do procedimento.

Em decorrência da celeridade dos processos administrados pelo Centro, a suspensão será deferida, se for o caso, por 30 dias, podendo este ser prorrogado uma vez, por igual período. Ao notificar as partes do prazo de suspensão, o Centro encaminhará junto um formulário padrão de acordo apenas para facilitar a implementação de qualquer transferência acordada. Este formulário deverá ser devolvido, preenchido pelas partes, quando estes firmarem o compromisso.

⁴⁹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

⁴⁹⁵ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy** (the “Rules”). (2013). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en#5biv>>. Acesso em: 13 out. 2017.

Após o recebimento deste, o Centro solicitará ao Registrador que realize o “desbloqueio” do nome de registro, visando permitir a sua transferência para o controle do reclamante. Depois da confirmação, por parte do demandante, de que foi procedido à transferência do nome de domínio, o Centro arquivará o processo e reembolsará parte da taxa de depósito ao reclamante, sendo que esse valor compreenderia as despesas que seriam despendidas com o Painel.

Se não ocorrer nenhum pedido de suspensão, um Painel será nomeado para decidir o caso, sendo que este poderá ser único, composto por somente um árbitro/painelista ou triplo, composto por três árbitros/painelistas. Nessa etapa, o árbitro/painelista irá analisar se o reclamante preenche os requisitos previstos no parágrafo 4º da URDP, isto é, se o nome de domínio em disputa é idêntico ou semelhante à marca deste, podendo causar confusão no consumidor; se o demandado não tem direito ou interesses legítimos sobre o nome de domínio registrado; e se o nome de domínio, objeto do conflito, foi registrado ou está sendo utilizado de má-fé. Além disso, solicitará que as partes informem se existe alguma ação judicial, em curso, versando sobre essa disputa.

Não havendo nenhuma demanda judicial em curso, é dado prosseguimento ao processo, devendo o demandante estabelecer uma conexão com os três elementos elencados acima. Em que pese o demandante estabelecer essa ligação e preencher os requisitos necessários, isso não significa que a demanda será provida, pois o Painel deverá levar em consideração as alegações do reclamado.

Se o reclamado demonstrar que (mesmo o nome de domínio em disputa ser idêntico ou confusamente semelhante com a marca de titularidade do demandante) possui direito ou interesses legítimos sobre o nome de domínio e que este não foi registrado e está sendo utilizado de má-fé, como é, por exemplo, a situação discutida no caso 9, em que a denúncia do demandante não prosperou, tendo sido julgada improcedente.

O Painel ainda poderá realizar algumas pesquisas independentes sobre o caso. A URPD⁴⁹⁶ aceita que os Painéis realizem pesquisas direcionais sobre o assunto a ser decidido, desde que elas fiquem limitadas em assuntos de registro público e se consideradas úteis para avaliar a demanda. Tais investigações podem

⁴⁹⁶ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy** (the “Rules”). (2013). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en#5biv>>. Acesso em: 13 out. 2017.

incluir visitas ao *site* vinculado ao nome de domínio disputado, realização de buscas na *internet*, a fim de verificar o histórico do nome de domínio, acesso aos bancos de dados que contenham o registro de marca registrada, entre outras.

Após essas análises, o árbitro proferirá sua decisão, baseada nas declarações e nos documentos apresentados e de acordo com a URDP e suas regras, bem como em consonância com quaisquer regras e princípios de direito que considere aplicáveis. Após prolatar a sentença, a sua decisão será encaminhada ao Centro.

Se o Painel decidir pelo cancelamento ou transferência do nome de domínio em disputa, o Centro informará a ICANN da decisão que esperará 10 (dez) dias úteis para implementar a sentença do Painel, salvo se, nesse período, o demandado apresentar documentos comprovando que ingressou com uma ação judicial para rever a decisão. Esse fato demonstra o poder decisório da organização por meio dos Painéis Administrativos do Centro da OMPI, uma vez que vincula a ICANN a implantar a decisão destes.

Quando ocorrer de uma das partes, após o procedimento administrativo pelo Centro, ingressar com uma demanda judicial questionando a decisão do Painel, a ICANN suspenderá a implementação desta e aguardará a decisão do órgão jurisdicional. Nesse aspecto, observa-se que o sistema URDP preserva a opção das partes em resolver os conflitos envolvendo nomes de domínio na esfera judicial, mesmo que essas ações sejam propostas no curso do procedimento da Política.

As Regras da URDP⁴⁹⁷ também conferem aos Painéis autonomia para suspender, encerrar ou continuar um procedimento onde o nome de domínio em disputa também está sendo objeto de outros processos judiciais pendentes de sentença. Entretanto, os Painéis vêm emitindo decisões sobre os méritos, mesmo possuindo ações judiciais em andamento, visto que as decisões sobre essas demandas não vinculam os tribunais.

Em virtude dos aspectos apresentados, pode-se concluir que as decisões proferidas pelos Painéis, uma vez informadas ao Centro e encaminhadas para a ICANN, para a sua implementação, é de cumprimento compulsório e se revela como um efeito do poder que a OMPI, como organização, detém.

⁴⁹⁷ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy** (the “Rules”). (2013). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en#5biv>>. Acesso em: 13 out. 2017.

6 CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou o estudo da comunicação jurídica emitida pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, enquanto ator de produção de decisões envolvendo os nomes de domínio vinculado à ICANN, a partir da Política Uniforme de Resolução de Conflitos (URDP) da ICANN e a atuação do Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, enquanto atores de produção de decisões.

O problema de pesquisa eleito estava relacionado com a análise da aptidão daquelas decisões proferidas por árbitros, eleitos pelos interessados em discutir a propriedade dos nomes de domínio, bem como revelar a importância do instituto da arbitragem naquelas disputas.

Para tanto, este estudo considerou imprescindível estudar a teoria das organizações e os aportes da Teoria Sistêmica Luhmanniana, pelo fato de que a pesquisa ora apresentada se vincula à linha “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”, assim devendo ser considerada produto da referida linha de pesquisa do programa.

A partir desta linha de referência, se considera que, na atualidade, tanto as pessoas físicas - as necessidades dos seres humanos são condicionadas por ações propostas na esfera organizacional -, quanto as pessoas jurídicas se relacionam em/e com grupos que podem ser classificados como organizações, as quais assumem um protagonismo outrora inimaginado, tornando-se um fenômeno relevante para a sociedade em âmbito mundial.

As organizações, na concepção luhmanniana, tendo em vista a matriz epistemológica eleita, são consideradas sistemas sociais diferenciados, que, com dinâmica própria, se interpõem aos sistemas funcionais da sociedade, porquanto sua evolução obedece à necessidade de tomar decisões e comunicar essas para fixar os pontos de partida das próximas.

Tais comunicações, dessa forma, se colocam entre as organizações e o subsistema funcional, por um lado, e propõem a interação entre pessoas (físicas e jurídicas), por outro, com alcance mundial, visto que, para aquela matriz, em virtude das condições modernas, não há como existirem sociedades regionalizadas, mas se pode estabelecer uma diferenciação em um sistema de sociedade globalizada, dividindo esta em subsociedades.

Tal unicidade é observada a partir dos diferentes tipos de sistemas que se encontram separados em seus modos de constituição, mas ainda mantém importantes relações entre si, haja vista a mundialização da sociedade que promove relações no mesmo nível, por meio de um sistema global que inclui todas as comunicações possíveis, reproduzindo-se, assim, em cada interação.

É importante destacar, neste cenário, que as organizações realizam seu trabalho por intermédio de múltiplas interações e representam uma forma determinada para lidar com a dupla contingência, a qual está na origem de todas as interações, como destacou Parsons e continuou Luhmann, ao referir que essa perspectiva conduz diretamente à formação de sistemas sociais por lidar com expectativa sobre expectativa.

Por esse motivo, numa situação envolvendo dois agentes que se preparam para agir conforme a ação do outro (cujas intenções não podem prever), cada um deles têm que considerar as possibilidades abertas à sua própria ação e também à do outro.

É exatamente tal circunstância que permite referir que, na falta de qualquer referência que permita orientar os agentes, as ações ficam indeterminadas; daí a importância de comunicações, como as emitidas por organizações com poder de decisão sobre determina contingência.

Dessa forma, sem desconsiderar que o poder pode ser entendido sob várias perspectivas teóricas, considerou-se para a presente Tese a noção luhmanniana de que o poder representa um tipo especial de comunicação que produz vinculação de ações e decisões e que acontece em todos os âmbitos de comunicação da sociedade.

Essa perspectiva se torna interessante para o direito, especialmente porque ela vai muito além da ideia de poder como um recurso político dos Estados nacionais, ainda mais em um cenário atravessado por ações de atores e organizações internacionais, como ocorre, por exemplo, a partir das operações realizadas pelo Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI, que emite comunicações imperativas.

Aliás, na perspectiva da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, ao invés de se perguntar pelo “o que é o poder”, na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a pergunta a ser considerada é “como ocorre uma operação de poder”, o que abre uma via crítica importante para o direito, especialmente porque a concepção do poder como uma forma especial de comunicação permite entendê-lo

de modo muito mais do que aquele oriundo do poder político organizado na forma dos Estados.

Assim, considerando que o poder acontece em todas as relações de comunicação da sociedade e que não se trata apenas de um recurso do poder político, tampouco está ligado a ações baseadas em coações irresistíveis. O poder está exatamente na conexão entre ações, decisões ou comunicações sociais, e seu exercício ocorre na forma de um tipo especial de comunicação que vincula as demais comunicações oriundas dos diversos atores.

Tal relação se baseia em decisões e na conduta dos seus membros que, em situação de decidir, dependem do comprometimento, o que revela uma operação de ressignificação a caracterizar as organizações como sistemas autopoieticos, como base operativa de comunicação de decisões. Um exemplo ocorre quando, num conflito interorganizacional, as organizações envolvidas procuram uma terceira organização para decidir sobre essa demanda, muitas vezes utilizando-se do instituto da arbitragem.

A produção de decisões, por parte deste terceiro, o árbitro, ao mesmo tempo, absorve incertezas e reduz a complexidade inicial na relação narrada e cria novas necessidades a serem superadas em um fundo incerto, que aumenta a demanda de mais decisões, evidenciando a clausura operacional dos diversos centros de arbitragem e mediação com poder de decidirem sobre disputa envolvendo nomes de domínio, bem como da própria ICANN, como única organização a deter a governança da *internet*. Neste caso, significa dizer que a ICANN é quem determina o cumprimento da decisão, transferindo o domínio naquelas disputas.

A decisão que, neste contexto, prevê a subordinação das ordens ali contidas, a qual somente irá se operacionalizar quando houver, de fato, a transferência de domínio, revela sua dependência à tomada de consciência. Isso porque a comunicação é aqui entendida como um resultado tripartite – noção luhmanniana -, pois envolve recepção, cognição e emissão. No caso em análise, isso fica claro ao se observar que alguém demanda ao centro de arbitragem a violação de nome de domínio de sua propriedade. O centro arbitral, ao receber essa informação, a processa com outros elementos e, ao final, emite uma decisão.

Essas deliberações intermediárias deixam intacta a tese de que uma organização não consiste de outra coisa senão da comunicação de decisões. Essa base operativa realizada pelo centro arbitral e que evidencia a reprodução a partir de

produtos próprios é tratada recursivamente na organização como decisão própria a ser interpretada de novo de acordo com necessidades atuais de decisão.

A referida autopoiese também encontra expressão no fato de que todas as estruturas estão subordinadas às operações, ou seja, que devem conceituar-se como resultados de decisões. A organização conhece estruturas como premissas de decisão sobre as quais ela mesma havia decidido, enquanto os demais sistemas de interação só podem tomar em conta seu entorno, ativando os presentes e interiorizando a diferença de presente/ausente; as organizações possuem mais possibilidades de comunicar-se com outros sistemas e seu entorno.

Portanto, elas constituem o único tipo de sistema social que dispõe sobre esta possibilidade, sendo que, se os demais sistemas quiserem adquiri-la, deverão organizar-se, porquanto a autopoiese pressupõe, como base de decisão, um “comunicar-se para fora”. As decisões, assim compreendidas, só podem ser tomadas dentro das organizações que formam parte de uma rede organizacional.

Dessa forma, um ponto importante na discussão das organizações é que elas desenvolvem uma dinâmica própria que é assumida no sistema funcional mediante procedimentos de observação de segunda ordem, tudo sob a condição de estar se atualizando permanentemente, o que as caracteriza como sistemas sociais de tipo próprio, face à sua capacidade de propor condições que devem ser cumpridas por quem quer continuar pertencendo a ela.

Isso revela a importância de se voltar à gênese da teoria organizacional, para delimitar com precisão o tipo de organização da qual se pretende tratar. Nesse sentido, vertentes distintas se destacaram ao longo dos tempos, uma proveniente da sociologia, que possui orientação acadêmica e intenção de compreender o fenômeno social em todas as suas manifestações. Nessa linha, faz-se necessário lembrar Max Weber e seu clássico estudo sobre burocracia.

A outra deriva da Escola de Administração, relacionada a encontrar novas e eficientes formas de conseguir com que as organizações logrem êxito, como, por exemplo, a Escola Clássica da Administração e a da Administração científica (Taylor e Fayol). E a terceira, apoiada na Psicologia Social, nasce da mesma preocupação pela busca de fatores que incidam sobre a produtividade e o comportamento grupal, como os trabalhos de Mayo, Lewin e a Escola das Relações Humana.

Também pode-se considerar outra via, a da Escola Neoclássica, pautada nas pesquisas de James March e Herbert Simon, que buscam resgatar os elementos da

Escola Clássica aliada com fundamentos da Escola das Relações Humanas e mostram a necessidade de considerar, no desenho organizacional, distintos mecanismos e unidades especializadas no cumprimento de funções indispensáveis para o seu adequado funcionamento.

Em que pese a diversidade de epistemologias, mesmo dentro da sociologia, um aspecto a ser considerado diz respeito à necessidade de instrumentos de controle para comprovar o cumprimento das ordens e a adesão efetiva aos regulamentos. O controle pode ser efetuado utilizando-se a hierarquia de autoridade, porém, quando esta não é suficiente, tem-se de desenvolver agências de controle especializadas, com regras que deverão ser controladas.

Este aspecto leva para fins de pesquisa sobre comunicação emitida por centro arbitral em disputa, envolvendo nomes de domínio, a se optar pelos aportes da Teoria dos Sistemas Sociais, pois esta constitui uma classe do sistema aberto que possui propriedades peculiares e comporta outras características comuns de todos os sistemas abertos. Aliás, todos os sistemas sociais, incluindo as organizações, se fundamentam em atividades estandardizadas de uma quantidade de indivíduos, porém essas atividades são complementares e independentes com respeito a algum produto com resultado comum, sendo repetidas, relativamente duradouras e relacionadas com o espaço e o tempo.

São as organizações que surgem no interior da sociedade e têm seu entorno social constituído pela comunicação, o único sistema social capaz de comunicar-se com seu entorno. As organizações emitem declarações e normas, bem como fazem publicidade de seus produtos e/ou serviços. Por isso, a sociedade não só está no entorno das organizações como faz parte dela, porque cada vez que um representante dela emite uma declaração ou dá uma ordem a seu subordinado, se produz uma comunicação que caracteriza tanto a autopoiese da organização quanto a autopoiese da sociedade.

Todo o sistema social na matriz eleita nesta pesquisa se constrói a partir de elementos gerados pelo próprio sistema, sendo esses as comunicações. No caso das organizações, esses elementos são comunicações atribuídas como decisões, visando assegurar sua conexão com outras comunicações de decisão; em decidir se está consciente da possibilidade de eleger alternativas, ou seja, se está consciente de que se pode eleger de outra maneira. Daí a inconsistência de propostas que elejam uma única resposta correta, uma vez que, no universo organizacional, a resiliência é

fundamental, pelo fato de que a organização está acoplada estruturalmente ao seu entorno, o que demonstra a existência de uma adaptação permanente dela e das condições deste.

A tese do acoplamento estrutural sustenta que a adaptação é uma condição de possibilidade dos sistemas. Não existe um sistema desadaptado socialmente: ou um sistema está adaptado e existe na sociedade, ou não está e, conseqüentemente, não existe. Os sistemas se encontram adaptados a seu entorno enquanto continuam a operar como sistemas. No caso da presente análise, podemos destacar: ou um centro arbitral está adaptado e apto a emitir comunicações aos demais componentes do sistema social, ou não está apto para decidir e, assim, sua finalidade originária não está sendo cumprida, o que demonstra que suas operações não fazem sentido, pois não existem/não são reconhecidas pelos demais sistemas e subsistemas.

Todavia, o mesmo sistema é que define o entorno e ele próprio mede seu êxito. O processo de melhoramento dos índices alcançados por ele, incluso na mesma avaliação destes indicadores, são, basicamente, processos internos do sistema que têm lugar sem considerar aspectos que poderiam ser considerados importantes. Este é o motivo de ser tão difícil incorporar, no processo de decisão organizacional, mudanças de estratégias que foram bem sucedidas no passado. O entorno mudou; o mesmo sistema varia o seu acoplamento estrutural com seu entorno, mas ele insiste sobre as estratégias que lhe deram satisfação no passado.

Isso não quer dizer que uma decisão não terá efeito organizacional, porque o sistema de decisões é fechado operacionalmente e se encontra determinado estruturalmente. A decisão, no entanto, deverá ser comunicada, para poder fazer parte da autopeise organizacional e surtir efeito, porquanto as decisões adotadas pelas organizações operam em um ambiente de complexidade “prefigurada”, posto que decidem as premissas que geraram as decisões e que, por via de consequência, são consideradas produtos de suas próprias decisões, gerando validade para o sistema.

Isso gera uma diferenciação significativa com relação ao seu entorno e também com outras organizações, delimitando o poder de sua comunicação. Tal poder tem o trabalho de transmitir e de ser capaz de influenciar a seleção das ações ou omissões frente a outras possibilidades. Ele aumenta se for capaz de manter-se incluso, apesar de alternativas atrativas para a ação ou para a inércia, sendo que este

crescimento deverá estar relacionado à elevação da liberdade por parte de qualquer um que está sujeito a ele.

Para que isso se efetive, é necessário traçar um caminho indireto, por via das negociações, muito presentes nas organizações. Se o poder vai efetuar uma combinação de alternativas elegidas e se outras alternativas estão em jogo, a probabilidade desta combinação somente pode ser sustentada ao se coordenar, em paralelo, a eliminação de alternativas. O código desse poder deve originar uma relação entre relações, que faz surgir a possibilidade de unir, condicionalmente, a combinação de alternativas menos prejudiciais, também entendidas como possibilidades que devam ser evitadas, sendo que esta união motiva a transferência de seleções de ações do portador deste para a pessoa sujeita a este.

Contudo, quando se trata de um problema de dimensão social, a confiança vem a ser um pré-requisito para se poder aceitar ou recusar o risco pelo cumprimento das expectativas geradas pela parte contrária. Tanto um quanto o outro necessitam solucionar problemas presentes em situações determinadas; sendo assim, a confiança sustenta uma solução para as relações sociais implicando a redução da complexidade. Aliás, confiar em outras pessoas diz respeito a aprender a tolerar as diferentes formas de considerar o mundo, ou seja, aprender a confiar nos mais variados sistemas funcionais que operam na sociedade moderna.

Por esse motivo, pode-se considerar que a confiança sistêmica reside na formação dos sistemas sociais oriundos da coordenação de expectativas que também se originam da participação dos diferentes sistemas funcionais. Se os sistemas sociais oferecem confiança é porque solucionaram um problema específico de risco e processaram as frustrações emergentes da sociedade. No campo empresarial, por exemplo, políticas de *compliance* estão cada vez mais em foco, porquanto, naquele seguimento, como em outros, a redução de riscos e o aumento da confiança se imbricam de tal sorte que o índice de um influenciará no índice do outro.

Com isso, ocorre a possibilidade de o presente perdurar para as futuras ações e abrir novas perspectivas de futuro para que os indivíduos se comprometam com as normas e os valores, visto que o autocompromisso com as normas e valores é um aspecto intrínseco na vida social. As experiências se generalizam na medida em que os sistemas sociais cumprem as expectativas dos indivíduos e da sociedade.

As organizações que dependem da comunicação para tomar as suas decisões, que, por sua vez, dependerá do grau de confiança do sistema, podem,

efetivamente, interconectar-se, desde que o problema comunicacional esteja presente. Por esse motivo, é possível diagnosticar a existência de dificuldades de comunicação sem risco de equívocos em, praticamente, todas as ocasiões e em todas as organizações. A efetividade das comunicações permitirá à organização a tomada de decisões e, automaticamente, gerará um aumento de confiança e segurança.

No que tange às organizações, é imprescindível a busca pelo aumento da eficiência das comunicações, com vistas à redução de complexidades e o estabelecimento da confiança nas decisões emanadas por elas, para, em ato contínuo, outorgar sentido à comunicação organizacional e eliminar as comunicações probabilísticas que podem ser prejudiciais.

Entretanto, a improbabilidade da comunicação não será superada de maneira definitiva. As comunicações organizacionais continuam sendo difíceis, pois, à medida que uma determinada improbabilidade diminui, aumentam as outras em um *continuum* de dupla contingência. Nessa perspectiva, pode-se observar que as organizações configuram o seu entorno utilizando-se da informação para orientar as suas decisões. Todavia, esse cenário gera irritações no sistema, isto é, conflitos sociais, uma vez que, no sentido luhmanniano, nada escapa à sociedade.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o conflito é inerente ao convívio social/organizacional. O tema conflito ganha destaque nas mais diversas filosofias sociais e teorias sociológicas, pois revela antinomias clássicas entre integração e ruptura, consenso e dissenso, estabilidade e mudança, de tal forma que a oposição entre conflito e ordem se inscreve no próprio fundamento do sistema social. Assim, por este ser um fenômeno natural – e que revela antagonismos - presente no sistema social, deve ser considerado inerente ao ser humano enquanto ator social.

Dessa forma, o tratamento adequado do conflito ganha destaque, porquanto uma boa administração deste é capaz de evitar guerras e outras respostas violentas. Para o presente estudo, se considera que a organização, nos moldes aqui tratados, tem maior capacidade de promover a boa administração dos conflitos por meio do poder que detém de emitir comunicações estruturadas, de modo, simbolicamente generalizadas e vinculativas, como é o caso daquelas emitidas por organizações que tratam de disputas de nomes de domínio como signos distintivos, que são elementos da propriedade intelectual.

A partir da teoria da comunicação luhmanniana, se considera que o conflito se produz quando uma determinada comunicação é rejeitada e quando essa rejeição

é tematizada na comunicação. No caso, alguém não aceita que outrem utilize de nome de domínio no ambiente virtual, por considerar que esta é uma prerrogativa que lhe cabe. A comunicação rejeitada produz outra – comunicação para obrigar um deslocamento dos *domain names* - perante uma organização que promovera diversas outras, no curso do processo de análise da controvérsia, para, ao final, arbitrarem nova comunicação, com ordem expressa para a manutenção ou reconfiguração da propriedade imaterial vindicada.

Dessa forma, considerando os conflitos que dizem respeito aos direitos tutelados pelo direito de propriedade intelectual, surge a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, com vistas à tutela de signos distintivos utilizados por outras organizações e atores, que visam se consolidar em um mercado globalizado e altamente competitivo. Esse diferencial é exercido, em regra, por meio de definição de marcas, nome empresarial, indicações geográficas ou, até mesmo, os nomes de domínio.

É a partir da Revolução Industrial que a propriedade industrial incita mecanismos para a sua proteção, pois começava-se a empregar novas tecnologias para criação de máquinas e equipamentos, visando aumentar e facilitar o processo produtivo, gerando riqueza. Com a expansão do capitalismo e o desenvolvimento dessas tecnologias, se criaram legislações de proteção à propriedade industrial. A mais importante delas é a Convenção de Paris, que deu origem ao chamado sistema internacional de proteção à propriedade industrial.

Com o avanço da globalização, especialmente durante o século XX, a propriedade intelectual ganha força, havendo necessidade de criação de uma organização em nível mundial para garantir a proteção do direito intelectual e de suas partes. Com isso, na década de 1960, foi criada *World Intellectual Property Organization* (OMPI), que, em seus mais variados documentos, caracteriza a propriedade intelectual como algo mais amplo que a propriedade industrial. Ela salienta que a propriedade industrial não é um bem tangível, como uma indústria ou matéria prima para a produção industrial, mas algo intangível que, na maioria dos casos, possui um extremo valor monetário.

Por esse motivo, a propriedade intelectual é tratada como um tipo especial de propriedade, visto que o proprietário (titular) poderá dispor dela como bem entender, e nenhuma outra pessoa poderá utilizá-la, legalmente, sem o seu consentimento. Entretanto, o exercício desse direito está sujeito a limitações geralmente

reconhecidas. A partir desses aspectos, a propriedade intelectual se divide em dois ramos: propriedade industrial e direito do autor; todavia, parcela da doutrina utiliza a classificação tripartite dos direitos de propriedade intelectual.

Para o presente trabalho, considera-se esta última como a mais apropriada, por enfatizar as diferenças entre as categorias baseada nos seus próprios antecedentes históricos. Nessa classificação, o direito autoral engloba as obras artísticas, científicas e literárias, às quais se agregam os direitos conexos; segundo a terminologia empregada pelas mais variadas legislações, aqui também se tutelam os intérpretes, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão.

Na área da produção comercial, estão incluídas as marcas industriais, comerciais e agrícolas, as indicações geográficas e as denominações comerciais, podendo-se enquadrar também os nomes de domínio. A criação técnica compreende as invenções industriais e os descobrimentos (que, em algumas legislações, como a brasileira, são denominados de modelos de utilidade).

Os signos distintivos comerciais, por serem bens mercantis imateriais, possuem um conteúdo patrimonial, e é isso que os diferenciam dos demais signos que, particularmente, se compõem de palavras, como os nomes de pessoas naturais, cujo atributo é um direito de personalidade. Eles, na maioria das vezes, possuem um grande valor dentro dos ativos das empresas que os detêm, pois, sem eles, os produtos e/ou serviços dessas organizações seriam desconhecidos no mercado, circunstância essa que justifica a sua importância.

Com as inovações tecnológicas e o mercado globalizado, o conhecimento adquiriu, em nossa sociedade, um papel fundamental. As empresas, a cada dia que passa, estão investindo mais em inovações e tecnologias, seja para a produção de seus produtos e prestação de seus serviços ou para a divulgação destes. As consequências dessas mudanças acarretam um alto investimento em propriedade intelectual, gerando, assim, uma supervalorização de seus ativos imateriais.

A fim de diferenciar seus produtos e/ou serviços no mercado, as organizações apostam alto nos signos distintivos, sendo que os mais conhecidos deles são as marcas. Elas são instrumentos de grande utilidade para o desenvolvimento de uma empresa, constituindo um patrimônio de grande valor nas operações financeiras, ou seja, quando cuidadosamente exploradas e desenvolvidas, acarretam um ativo empresarial valioso para seus titulares. Para algumas organizações, ela pode ser o mais rentável de todos. Assim, se torna importante estabelecer direitos exclusivos

para a exploração dessas, reprimindo o uso indevido, já que a não proteção causaria prejuízos financeiros consideráveis às empresas como legítimas detentoras.

Contudo, o princípio mais importante é o da não confusão. As marcas não podem causar confusão no mercado a respeito de sua procedência, qualidade ou gênero, pois trata-se de um signo criado para distinguir produtos e/ou serviços. O risco de confusão entre esses é uma das principais preocupações do direito intelectual e da concorrência desleal. Tanto é que uma das causas de não admissão do depósito de registro de uma marca é a existência de um risco de confusão com uma anteriormente registrada ou com outro sinal distintivo, como, por exemplo, as indicações geográficas.

Nos últimos anos, a legislação que trata da propriedade intelectual vem sendo confrontada com o surgimento de novas tecnologias, tais como: invenções biotecnológicas, sistemas avançados de programas de computadores, entre outros. Além disso, a expansão da *internet* levantou novas questões legais acerca da propriedade intelectual, principalmente questionando o princípio da especialidade e da territorialidade. O acoplamento estrutural entre o sistema internacional, envolvendo a nomeação privada e autorregulada da *Internet*, e os sistemas estritamente nacionais de registro de marcas confiados a órgãos públicos nacionais representam novos desafios que deverão ser superados pelo direito de propriedade intelectual.

Nesse cenário, o tráfego de informações e a designação de empresas ou fontes de informações são de grande importância, sendo esta facilitada pela utilização dos nomes de domínios apropriados no espaço virtual, constituindo, assim, um novo assunto, uma nova complexidade a ser enfrentada pela propriedade intelectual.

Quanto à natureza jurídica dos nomes de domínio enquanto sinais distintivos, se considera que os nomes de domínios são bens autônomos, já que, para esta, seriam ativos intangíveis das empresas, podendo os mesmos ser transferidos, gravados ou cedidos, porquanto os nomes de domínio são desconectados do seu contrato de registro. Aliás, reforça esse entendimento que, se os nomes de domínio não fossem considerados bens em si mesmos, não se poderia explicar a proliferação de *sites* dedicados à compra e venda desses nomes, sendo que essas operações são ofertadas e quantificadas conforme o valor mercadológico de cada nome de domínio.

Pelas recomendações da OMPI e as atribuições dos signos distintivos, sustenta-se que os nomes de domínios, portanto, desempenham uma função técnica de identificação ou localização de computadores que, na maioria das vezes, estão

diretamente ligados a uma organização empresarial. Por isso, pode-se afirmar que os nomes de domínios possuem a mesma natureza jurídica que os signos distintivos, sendo reconhecidos como signos atípicos ou *sui generis*.

Portanto, independentemente do lugar que esses ocupam dentro da amplitude de gênero dos signos distintivos, os nomes de domínios cumprem a função de identificar o título que distingue os conteúdos incluídos em cada *site* dentro da *Internet*, podendo tratar, por sua vez, das informações relacionadas aos produtos, serviços ou outras pertinentes às organizações empresariais. Dessa forma, se aplicam aos nomes de domínio algumas das principais características que regem os signos distintivos.

Qualquer usuário da *internet*, em algum momento, se apoia nos mecanismos de buscas para ingressar em *sites* da rede. Para encontrar algum produto ou empresa específica, geralmente é inserido nos buscadores a marca comercial ou algum jogo de palavras relacionadas ao sinal dessa. Porém, com a expansão dos *web sites*, têm surgido nomes que, imediata e exclusivamente, são associados ao signo com o objeto identificado. Ademais, os nomes de domínios condicionam a sua existência a elementos diferenciadores que os distingam de outros bens de natureza similar e que permitam ao consumidor identificar a atividade desempenhada a partir desse nome; portanto, esses nomes de domínios, em sua concepção atual, devem ser únicos.

Contudo, para que esses acontecimentos não ocorram ou para minimizar seus impactos, faz-se necessário implementar instrumentos de proteção, que são justificados pelo valor agregado a esses signos, já que servem também para captar clientes ou usuários. Além disso, existe uma necessidade de proteção do consumidor em relação ao seu direito de ter acesso a uma informação que coincida com suas expectativas e que o induza a erro, enganado por terceiros que registram como domínio marcas ou nomes de seus concorrentes para as mais diferentes finalidades.

Pelo exposto, os nomes de domínios possuem fins comerciais, porquanto cumprem, perfeitamente, a principal função dos signos distintivos, isto é, a diferenciação. A partir disso, deve-se considerar a possibilidade de ocorrerem alguns conflitos, em matéria de propriedade industrial, entre os signos distintivos e as marcas registradas, por exemplo.

O Sistema de Nomes de Domínio permite registrar, em nível mundial, somente um único nome, o que descarta a possibilidade de ter registros de nomes de domínio iguais na rede. Essa política de registro está pautada no princípio "*first come, first served*". O nome de domínio, como modo de endereçamento, torna possível a

substituição de um endereço de IP por uma designação verbal, que é mais intuitiva e mais fácil de ser lembrada pelo usuário da rede. Por isso, um domínio bem-sucedido torna um *site* reconhecido, dando a este credibilidade e agregando valor. Isso faz com que os proprietários de marcas registradas queiram usar estas como nomes de domínios nos endereços de seus *sites*.

Com isso, os nomes de domínios emprestam “valor comercial” de um signo distintivo de uma organização empresarial, pois qualquer usuário/consumidor associará os *sites* registrados sobre esse endereço com o titular do signo; em geral, esse sinal será uma marca registrada. No entanto, essa situação ocasionou um grande número de abusos por parte dos usuários da *internet*, visto que estes registravam nomes de domínios com o objetivo de revendê-los ou utilizá-los para obter vantagens indevidas, ou ainda, prejudicar seu concorrente.

Sendo os nomes de domínio identificadores de negócios e possuindo funções semelhantes, acabam por colidir com outros sinais empresariais na maioria deles, como já salientado com as marcas. As marcas são criadas para identificar ou diferenciar um produto e/ou serviço ou uma organização empresarial de outra, enquanto os nomes de domínios servem para identificar as empresas na rede mundial de computadores. Por esse motivo, os conflitos entre marcas e nomes de domínios são tão comuns. É habitual que o titular de uma marca registrada queira ter um nome de domínio contendo esta. Porém, muitas vezes, isso acaba gerando conflitos, porque este nome de domínio já pode ter sido registrado. A fim de diminuir essas disputas, tem-se reconhecido que os titulares das marcas são legitimados para proibirem o registro de nomes de domínios contendo todo ou parte da marca registrada, bem como opor-se à sua utilização de má-fé.

Todavia, quando há inconformidades, busca-se a arbitragem para a resolução da disputa pela titularidade do nome de domínio. A busca àquele instituto se justifica pela especialidade, celeridade e sigilo que o caracteriza, pois o fato de que há uma disputa não poder ser revelado, não só durante a pendência dos processos de arbitragem, mas também depois de uma sentença proferida, pois é tido como uma vantagem considerável para a eleição do procedimento.

Não obstante aquelas características, o instituto ainda revela uma origem a partir da autonomia da vontade das partes, ao se comprometer a submeter eventual conflito à arbitragem e ainda concordar com a decisão proferida, por representar análise técnica especializada. A decisão, contudo, é levada, no caso de disputa de

nomes de domínio, à ICANN, que executa a transferência de titularidade dos nomes de domínio, se esta for a decisão. Todavia, a própria ICANN, por meio de resolução própria, admite a judicialização anterior, no curso ou após o procedimento arbitral.

Nessa perspectiva, em se tratando de disputa de nomes de domínio, a natureza jurídica do instituto da arbitragem a ser utilizada se vincula à teoria mista, porquanto admite pressupostos levantados pela teoria contratualista, em especial a autonomia de vontade das partes, revelada no pacto contratado, que demonstra relação de direito privado. Também admite características próprias da teoria jurídicista, que considera que a arbitragem advém de produção legislativa, portanto norma de direito público, e de jurisdição, quando houver questionamentos perante os órgãos judiciais estatais.

Em virtude da adoção da teoria mista, a confidencialidade, em regra, marcante no instituto da arbitragem, é relativizada, pois a solução de controvérsias envolvendo disputa de nomes de domínio, objeto da presente pesquisa, representa um dos casos que merecem modulações na conceituação tradicional dos elementos que compõem o instituto da arbitragem. Nesses casos, a publicização do verdadeiro legitimado em usar um nome de domínio específico pode afastar usos indevidos e prejuízos ao legítimo proprietário e a terceiros que, eventualmente, transacionaram, induzidos em erro, com o denunciado naquele tipo de arbitragem.

O reconhecimento, por mais de 150 países, da executividade de sentenças arbitrais estrangeiras, identifica, ao menos naqueles ordenamentos, a arbitragem como diretriz de ordem pública transnacional, além de apontar a arbitragem comercial internacional por sua autonomia, em relação a quaisquer ordenamentos jurídicos determinados, como um fórum privilegiado para a recepção e aplicação prática desses princípios que transcendem nacionalidades e idiosincrasias legislativas.

Dessa forma, o instituto da arbitragem comercial internacional, especialmente pelos procedimentos desenvolvidos pela ICANN, como método mais adequado de solução de controvérsias comerciais envolvendo disputa de nomes de domínio, desvincula-se de ordenamentos jurídicos nacionais, tornando-se o campo mais que propício para a criação de um conceito de ordem pública desnacionalizado, baseado na praxe do comércio internacional, visto que a arbitragem não precisa se submeter à chancela dos tribunais estatais para adquirir sua validade.

Essa ampliação da noção de ordem pública (superando aquelas nacionais e internacionais) permite o reconhecimento não só de uma identidade da ordem jurídica

transnacional, como a modulação da autonomia de vontade das partes em procedimentos arbitrais envolvendo disputa de nomes de domínio, caracterizando, assim, neste campo, a existência de uma arbitragem “sui generis”, que permite ao árbitro não só examinar as regras estatais, inclusive imperativas, mas também as próprias disposições contratuais, para fazer a sua própria avaliação da licitude ou ilicitude das mesmas.

Para além da proteção internacional do direito do nome de domínio, o fato de fazer circular sentenças arbitrais estrangeiras, publicizando mundialmente as violações naquele seguimento, aliadas à aceitação/reconhecimento/homologação entre os Estados, coloca os Centros de Arbitragem e Mediação no rol de sistemas que garantem a propriedade privada, promovem a segurança jurídica, o que maximiza sua imagem perante a comunidade mundial, influenciando, como se sabe, no aumento de relações comerciais com parceiros estrangeiros e, por via de consequência, incrementa a recepção de investimento de capital estrangeiro.

Identificada uma ordem pública internacional e a necessidade de uma reflexão jurídica que possa dar maior espaço para a complexidade, organização e decisão na observação do direito, superando matrizes clássicas, como a analítica e a hermenêutica, como bem observou Leonel Severo Rocha, releva analisar a práxis, no caso, evidenciada pelas comunicações proferidas por atores transnacionais, como, por exemplo, o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, aqui eleito para um levantamento documental.

A análise de tais decisões se mostrou importante, já que, com a globalização da *internet*, sua crescente importância como meio de comunicação e de informação em todas as esferas da vida social, política, econômica e cultural, houve a necessidade de estabelecer novos arranjos. Com isso, o desafio para o atendimento daquele cenário virtual-global foi criar uma estrutura descentralizada que atendesse, de forma igualitária e coordenada, os valores e as políticas dos Estados e das organizações internacionais.

Aliás, os principais governos democráticos, especialmente aqueles que fazem parte da União Europeia e dos Estados Unidos, bem como as principais organizações internacionais convergem para um modelo multissetorial de governança da *Internet*, incluindo não apenas estes, mas também a sociedade civil. Esse modelo corresponde a uma regulamentação em que as regras aplicáveis são criadas, principalmente, por

fontes autônomas, mas que precisam ser complementadas pelos Estados e por regulação supranacional.

Por esse motivo, a *internet* deve estar sujeita a uma governança global, baseada na participação de todas as partes interessadas, devendo assegurar a unidade, a abertura, a gratuidade e a liberdade de acesso à *internet*, contrariando as tendências em restringir o acesso à *internet* e a liberdade de expressão e informação na Rede Mundial de Computadores. Ademais, essa governança deve conceder eficiência, estabilidade e segurança nas operações na rede e permitir a participação dos Estados e organizações nos processos de tomada de decisão.

Contudo, tal tarefa não é tão simples assim, pois a regulamentação da *internet* enfrenta limites e restrições em virtude de seu caráter global que, na maioria dos casos, envolve mais de uma ordem jurídica nacional, o que impede a possibilidade de uma operação coordenada e harmoniosa. Por essa razão, a produção normativa, nesse âmbito, se dá por centros autônomos que desempenham o papel de regulação da *internet*, embora de alcance limitado. Essas regulações são verdadeiras regras de direito, já que são caracterizadas pela generalidade e por possuírem força obrigatória e vinculativa, como é o caso da Política Uniforme sobre Resolução de Disputas em Nomes de Domínio (UDRP), estabelecida pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN).

Não há como registrar um nome de domínio se não cumprir os requisitos e procedimentos estabelecidos pela ICANN. Esse efeito vinculativo precede o contrato de registro, que explicita as condições para a utilização do nome de domínio e também o procedimento para resolução de uma eventual disputa. Na atualidade, o espaço mais importante para dirimir as disputas relacionadas aos nomes de domínios é o Centro de Arbitragem e Mediação da Organização Internacional de Propriedade Intelectual, o que justifica a análise de suas decisões no presente trabalho.

A Política Uniforme sobre Resolução de Disputas em Nomes de Domínio foi aprovada pela ICANN no ano de 1999 e foi adotada por todos os registradores credenciados pelo órgão, sendo parte desta o registrador (ou outra autoridade de registro, no caso de um domínio de nível superior de código de país) e seu cliente (o titular do nome de domínio ou registrante). Ela é incorporada nos contratos de registros, estabelecendo os termos e condições relacionados com a disputa entre o cliente e/ou terceiro, além do registrador sobre o registro e uso de um nome de domínio da *internet* registrado pelo cliente. Ao ser solicitado o registro de um nome de

domínio ou ser requerida a sua manutenção ou renovação, o cliente declara e garante que as informações inseridas no seu contrato de registro são completas e precisas, bem como que tem pleno conhecimento de que o registro do nome de domínio solicitado não infringirá ou violará os direitos de terceiro. Além disso, declara que não está obtendo o registro para um propósito ilegal.

O contrato também prevê o cancelamento, a transferência e as alterações nos registros de nomes de domínios, inclusive no curso da disputa, mediante recebimento de um pedido de um tribunal ou tribunal arbitral competente, exigindo tal ação ou por meio de uma decisão de um Painel Administrativo que exige tal ação em qualquer processo administrativo do qual o cliente é parte e que foi conduzido de acordo com a UDRP ou, ainda, uma política posterior adotada pela ICANN. Para isso, o reclamante deverá selecionar um Centro de Resolução de Disputas em Nome de Domínio, entre os aprovados pela ICANN, e enviar a reclamação/queixa para esse fornecedor, que administrará, em regra, o processo.

Visando proteger a propriedade industrial, o Sistema de Nomes de Domínio encara inúmeros desafios que, devido ao caráter global da *internet*, o obrigam a adotar um enfoque internacional. Desde 1998, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual faz frente a esses desafios e auxilia no desenvolvimento de soluções específicas, primeiramente sobre a gestão dos nomes de domínio e, depois, sobre o reconhecimento dos direitos e do uso desses nomes no Sistema de Nomes de Domínio na *internet*.

Por esse motivo, o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI se constitui um *locus* privilegiado para análise e decisão sobre divergências envolvendo a titularidade de nomes de domínio. Tal centro põe, à disposição dos proprietários de marcas, mecanismos internacionais eficazes para combater o registro e a utilização de má-fé dos nomes de domínios que violam os direitos conferidos a estas.

O Centro de Arbitragem e Mediação é um órgão independente e imparcial que faz parte da Organização Mundial da Propriedade Intelectual e foi criado em 1994. Está estabelecido em Genebra, na Suíça, possuindo também um escritório em Cingapura. Ele surgiu para resolver disputas comerciais privadas, em nível internacional. Os procedimentos de arbitragem e mediação foram desenvolvidos por importantes especialistas em resolução de controvérsias de caráter global.

Na administração de disputas relacionadas à *internet* e ao comércio eletrônico, o Centro empregou recursos significativos para o desenvolvimento de um

quadro legal e operacional que pudesse dar conta, de forma satisfatória, dessas demandas. Por essa razão, como já mencionado, o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI é reconhecido como o principal fornecedor de serviços de resolução de disputas para litígios decorrentes do registro abusivo de nomes de domínio na *internet*, pois se propõe a resolver, de forma rápida e a custos baixos, essas controvérsias sem a necessidade de litígios judiciais.

A aplicação da URDP, pelo Centro, se limita aos casos envolvendo disputas de marcas registradas e nomes de domínios. Desde a implementação da *Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy* (URDP) pela ICANN, em outubro de 1999 até dezembro de 2017, o Centro de Arbitragem e Mediação da OMPI recebeu 39.197 (trinta e nove mil, cento e noventa e sete) demandas envolvendo extensões de nomes de domínios.

Observa-se que, ao longo dos anos, vem ocorrendo um aumento considerável no número de denúncias protocoladas junto ao Centro. Esses índices têm variado de ano para ano. Entretanto, constata-se uma elevação de 18,88% no número de queixas arquivadas entre os anos de 2013 a 2017. Em 2016 e 2017, os processos ultrapassaram a marca de 3.000 (três mil)/ano. Tais fatores podem ser decorrentes do acréscimo no nível de confiança das partes envolvidas nas comunicações decisórias proferidas por essa organização.

As disputas do Centro da OMPI envolvem partes com base nas mais diferentes jurisdições, incluindo, por exemplo, Áustria, China, França, Alemanha, Hungria, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Países Baixos, Panamá, Espanha, Suíça, Reino Unido, Camarões, Congo, Chipre, Dinamarca, Estados Unidos, entre outros, disponibilizando uma visão geral dos números de processos, bem como exemplos descritivos desses casos.

A análise dos indicadores da OMPI demonstrou que as partes mencionadas nas demandas submetidas ao Centro vieram de 178 países, sendo que, em função dos contratos de registro pelo qual são regidos os nomes de domínio em questão, os procedimentos relativos à URDP foram administrados em 21 (vinte e um) idiomas, o que reflete a abrangência e a importância internacional desse Centro nas soluções dessas controvérsias, conforme demonstram os gráficos em anexo.

Para dar conta do número elevado de demandas, o Centro conta com mais de 1.500 (um mil e quinhentos) profissionais com experiência em resolução de disputas e conhecimento especializado em litígios de propriedade intelectual, podendo

auxiliar as partes na seleção de árbitros, mediadores e especialistas em base de dados.

A manutenção da lisura e imparcialidade dos árbitros/painelistas nas decisões proferidas nos Painéis ficou evidenciada no levantamento, visto que, além de auxiliar as partes a selecionar os membros do painel, adequadamente qualificados, o Centro possui uma listagem de pessoas *experts* e que concordam em atuar nos Painéis Administrativos de Disputas de Nomes de Domínio. Os árbitros/painelistas vêm de diferentes regiões do mundo e são reconhecidos por sua imparcialidade, bom julgamento e experiência como julgadores e como especialistas nas áreas de Direito de Propriedade Intelectual, comércio eletrônico e *internet*.

A transparência é outra marca distintiva do Centro, posto que todas as decisões proferidas pelos seus Painéis Administrativos estão publicadas em seu *site*. Em 2017, o Centro publicou uma revisão geral das decisões dos Painéis que abarca mais de 100 temas relativos às controvérsias, referenciando mais de 1.000 (um mil) casos considerados relevantes, visando estabelecer a publicização e o ponto de partida para a manutenção da coerência da jurisprudência relativa à Política Uniforme da Organização, evitando discricionariedades e com o intuito de consolidar, ainda mais, a confiança depositada pelas partes na OMPI, além de demonstrar a eficácia das decisões proferidas.

Dessa forma, com aporte na teoria sistêmica, especialmente os trabalhos de Luhmann, que indicam uma perspectiva teórica profundamente inovadora, a qual apresenta, por meio da autopoiese, uma redefinição da ideia de diferenciação como forma de se enfrentar os paradoxos e avançar na releitura do direito, pode-se concluir que a arbitragem é o instituto regulador dos conflitos envolvendo disputas de nomes de domínio, e o Centro de Mediação e Arbitragem da OMPI, bem como a ICANN se constituem como organizações/atoras emissoras de decisões vinculativas daquela matéria, porquanto estabelecem uma autorregulamentação da forma de comunicação do sistema jurídico envolvendo a propriedade intelectual e sua interação com o meio.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Miguel Cancell de *et. al.* **A arbitragem voluntária à mediação de conflitos**: legislação comentada dos espaços de língua portuguesa. Coimbra: Concórdia, 2008.
- ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.) **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 05 out. 2017.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Rio de Janeiro, 2005.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. V.1.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual**. v. 1. 23. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.
- AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. Disponível em: <<https://www.adr.org>>. Acesso em: 12 out. 2017.
- ANDRADE, Marcos Morales. **Natureza jurídica de los nombres de dominio en el derecho chileno**. 2004. Disponível em <<https://www.achipi.cl/wp-content/uploads/2016/07/Morales-Marcos-Naturaleza-juridica-de-los-nombres-de-dominio1.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.
- ANISIMOV, Aleksey Pavlovich; RYZHENKOV, Anatoly Jakovlevich; KOZHEMYAKIN, Dmitriy Vladimirovich. Theory and practice of protection of personal names in the domain space or “renewed” cybersquatting (in terms of the states os Eastern Europe). **Information & Communications Technology Law**. V. 24, n. 1, 2015, p. 104-117.
- ANTI-CYBERSQUATTING PIRACY ACT (ACPA). 1999. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/property00/domain/legislation.html>>. Acesso em: 16 out. 2017.
- BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual. *In*: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. V. 2. Brasília: UnB Grupos de Pesquisa, 2003.
- BARNARD, Chester. **The functions of the Executive**. 30th anniv. edition. Cambridge: Harvard University Press, 1968.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

BERTALANFFLY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Tradução de Francisco M. Guimarães. 5. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.

BÍBLIA SAGRADA. GÊNESIS 31:19-37. **Bíblia Sagrada de Aparecida**. 7. ed. Aparecida: Editora Santuário, 2010.

BIRNBAUN, Pierre. Conflitos. *In*: BOUDON, Raymond (Orgs.) **Tratado de Sociologia**. Trad. Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

BOFF, Salete Oro. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**: inovação, gestão e transferência tecnológica. Passo Fundo: IMED, 2009.

BOLAÑOS, César; CASTAÑEDA, Marcos Alain; VASCONCELOS, Daniel. Para uma análise do desenvolvimento histórico da *internet*. *In*: BOLAÑO, César (Org.). **Economia Política da Internet**. São Cristóvão: Editora UF, 2007.

BRASIL, **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 dez. 2017.

_____. **Lei n. 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. **Lei n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. **Lei n. 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. **Decreto Legislativo n. 90**, de 07 de junho de 1995. Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, concluída em 30 de janeiro de 1975, na cidade do Panamá. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1995/decretolegislativo-90-6-junho-1995-360608-exposicaodemotivos-144503-pl.html>. Acesso em: 1.º set. 2017.

_____. **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. **Lei n. 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 15 de dez. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução n. 9**, de 04 de maio de 2005. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Disponível em: <<http://justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/legislacao/resolucao-no-9-05-1>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 485**, de 01 de agosto de 2012: “a Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Superior Tribunal Federal. **Agr.RegSE n. 5206-7**. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30.04.2004. Íntegra da decisão em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRUCH, Kelly Lissandra. Indicações geográficas para o Brasil: problemas e perspectivas. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OMO, Florisbal. **Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BURCKLEY, Walter. **La sociologia y la teoría moderna de sistemas**. 2 ed. Amorrortu: Buenos Aires, 1973.

BUSH, Robert a. Baruch; FOLGER, Joseph P. **La promesa de la medición: como afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros**. Buenos Aires: Granica, 2006.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. Curitiba: Juruá, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem nos Juizados Especiais Cíveis. **Repertório IOB de Jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial. São Paulo, n. 24, p. 434-429, 2. quin. dez. 1996.

_____. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.037/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Arbitragem no Brasil: Utopia? **Repertório IOB de Jurisprudência**: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, n. 14, p. 274-273, 2. quin. jul. 1993.

CARVALHO, Marcelo Sávio Revoredo Menezes de. **A trajetória da Internet no Brasil**: do surgimento das redes de computadores à instituição dos mecanismos de governança. 2006. 259 f. Dissertação (Mestrado em Ciências de Engenharia e Sistemas de Computação) – Programa de Pós-graduação de Engenharia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p. 11. Disponível em: <<http://www.nethistory.info/Resources/Internet-BR-Dissertacao-Mestrado-MSavio-v1.2.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2017.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de Propriedade Industrial**. V. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1946.

CHIAVENATO, Idalberto. **Teoria Geral da Administração**: abordagens prescritivas e normativas. V. 1. 7 ed. São Paulo: Editora Manole, 2013.

CHIOVENDA, José. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo I, Madrid. Ed. Reus, 1922.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economia**, New Series, v. 4, n.16, p.386-405. nov. 1937.

_____. The problems of social cost. **Journal of Law & Economics**. V. 3, p. 1-44, out. 1960.

_____. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa; revisão técnica de Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antonio José Maristrello Porto; revisão final de Otávio Luiz Rodrigues Junior; estudo introdutório de Antonio Carlos Ferreira e Patrícia Cândido Alves Ferreira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COMER, Douglas E. **El libro de Internet**. 2. ed. México: Pearson Higher Education & Professional Group, 2001.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORNELIUS, Helena; FAIRE, Shoshana. **Tú ganas yo ganho**: como resolver conflitos criativamente. Madrid: Gaia, 1998.

CORROZA, Hermenegildo Baylos. **Tratado de Derecho Industrial**: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia economica, disciplina de la competencia desleal. 2. ed. atual. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1993.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glossário sobre la teoría social de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emilio. **Ética**. Madrid: Santillana, 1996.

COSER, Lewis. **Nuevos aportes a la teoría del conflicto social**. Buenos Aires: Amorrortu, 1970.

COULSON, Robert. **ADR in America**. New York: American Arbitration Association, 1933.

CREMADES, Bernardo M. **El proceso arbitral en los negocios internacionales**: Alternativas a la justicia institucional. Arbitraje y Conciliación. Conferencias, 1986.

CRESPO, Mariana Hernandez. A palavra da UST International ADR Research Network. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.) **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 19. Disponível em: <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; CRESPO, Mariana Hernandez. (Org.) **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, p. 39 e segs. Disponível em: <
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf;sequence=1>>. Acesso em: 05.11.2017.

DAHRENDORF, Ralf. Hacia una teoría del conflicto social, en Amitai y Eva Etzioni (Comp.) **Los cambios sociales**. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

_____. **Sociedad y libertad**. Madrid: Tecnos, 1966.

DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international**. Paris, 1982.
DEFENSE ADVANCED RESEARCH PROJECTS AGENCY. Disponível em: <
<https://www.darpa.mil/>>. Acesso em: 05 maio 2017.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict**: constructive and destructive processes. London: Yale University Press, 1977.

DUXBURY, Neil. **Patterns of american jurisprudence**. Oxford: Claredon Press, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte da Virgínia. **Umbró International, Inc. versus Network Solutions, Inc.** Registro n. 991168. Decisão: 21 de abril de 2000. Disponível em: <caselaw.findlaw.com/va-supreme-court/1462313.html>. Acesso em: 15 out. 2017.

ETCHEVERRY, Raul Anibal. El arbitraje internacional y su incidência en el comercio internacional. *In*: PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: Editora LTR, 1998.

FALCÃO, Joaquim. Estratégias para a reforma do judiciário. *In*: BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio R. T (Coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara Feldestein de; HERBÓN, Leonardi de. **El arbitraje**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. totalmente rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FISHER, Ronald J. **Interactive conflict resolution**. New York: Syracuse University Press, 1997.

FIUZA, CÉSAR. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FREYRE, Mario Castillo; KUNZE, Ricardo Vásquez. **Arbitraje**: El juicio privado – la verdadera reforma de la justicia. Lima: Palestra Editorias, v. 1, 2007.

GARCÍA, Eugenia Duffau. **Argumentación en base a derechos marcarios, utilizada en conflictos sobre asignación de nombres de domínio**: análisis de sus principios y critérios. 363 fl. Monografia. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2008. Santiago/Chile, 2008. Disponível em: <www.cybertesis.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-duffau_e/pdfAmont/de-duffau_e.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

GIL, Otto E. V. A nova Regulamentação das Arbitragens: Projeto de Lei do Senado n.º 78/92, do Senador Marco Maciel. **R. Inf. Legisl**, a. 30, n. 118, abr./jun. 1993, p. 427-434. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176143/000476793.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 out. 2017.

GIUSTI, Gilberto. Os vinte anos da lei 9.307/1996. *In*: MELO, Leonardo de Campos; BENEDEZI, Renato Resende. (Coord.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GOLA, Romain. **La Régulation de L'Internet**: noms de domaine et droit des marques. 473 fl. Tese de doutorado. Université de Montréal. Faculté des Études Supérieures de l'Université de Montréal et à Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille III. 2002. Montreal/Canadá, 2002. Disponível em: <<https://papyrus.bib.ummontreal.ca/xmlui/handle/1866/2766>>. Acesso em: 26 set. 2017.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Notas y estudios sobre el proceso civil**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [20-]. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/894/2.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

GULIK, Luther; URWICK, Lyndall. **Papers on the Science of administration**. New York: Institut of Public Administration, 1937.

HALOUSH, Haitham A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn: Kluwer, v. 25, nº. 3, p. 355, jun. 2008

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera. Los nombres de dominio en el ámbito del derecho mercario. *In*: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera (Org.). **Propiedad Intelectual**: temas relevantes en el escenario internacional. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), 2000.

IN THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT. Disponível em: <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions%5Cpub%5C05/05-20049-CV0.wpd.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. **History and overview**. Disponível em: <<https://www.unidroit.org>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNEA NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy**. (1999). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. **Governmental Advisory Committee**. Disponível em: <https://gac.icann.org/?language_id=1>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. Disponível em: <<https://www.icann.org/get-started>>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-em>>. Acesso em 29 set. 2017.

_____. Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/welcome-2012-02-25-en>>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. **List of Approved Dispute Resolution Service Providers**. (2012). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. **Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy** (the “Rules”). (2013). Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en#5biv>>. Acesso em: 13 out. 2017.

INTERNET WORLD STATS. Disponível em: <<http://www.internetworldstats.com/emarketing.htm>>. Acesso em: 15 set. 2017.

JIMÉNEZ, David López; GIRÓN Víctor Manuel Castillo. En torno al conflicto entre nombres de domínio y otros signos distintivos de las empresas: la política uniforme de solución de controversias. **Revista de Estudios Económicos y Empresariales**. México, n. 24, 2012, p. 183-217.

JUÁREZ, Jesús Alejandro Ham. **Nombre comercial: coordinación normativa y registral con la denominación social. Su tránsito hacia la marca de servicio**. 2014. 428 f. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Mercantil, Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social. Universitat de Barcelona, Barcelona/Espanha, 2014. Disponível em: <www.tdx.cat/handle/10803/145977#?>. Acesso em: 15 out. 2017.

JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem brasileira na era da informática: um estudo das principais questões processuais. *In*: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Coleção Atlas de Arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2015.

KATZ, Daniel; KAHN, Robert. **Psicología social de las organizaciones**. Ed. México: Trilhas, 2004.

KEOHANE, Robert, NYE, Joseph S. **Poder e interdependencia: la política mundial en transición**. Trad. Heber Cardoso Franco. Buenos Aires: Grupo Editorial Latinoamericano, 198[?].

KESSLER, Gladys; FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse. **Catholic University Law Review**. V. 37, Issue 3, 1988. Disponível em: <<https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1897&context=lawreview>>. Acesso em: 18 out. 2017

KOMAITIS, Konstantinos. Pandora’s Box is Finally Opened: The Uniform Domain Name Dispute Resolution Process and Arbitration. **International Review of Law Computers & Technology**, v. 19, n. 1, mar. 2005, p. 99-116. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNACIONAL TRADE LAW. Disponível em: <www.uncitral.org>. Acesso em: 16 dez. 2017.

LAWRENCE, Paul; LORSCH, Jay. **Desarrollo de organizaciones: diagnósticos y acción**. Edita Addison-Wwlsley Iberoamericana: Madrid, 1973.

LEINER, Barry M. *et al.* **Una breve historia de Internet**. Segunda parte. 1998. Disponível em: <<http://www2.ati.es/DOCS//internet/histint/histint2.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

LIPTON, Jacqueline D. Looking back on the first round of new gTLD applications: implications for the future of domain name regulation. **Mapping the Digital Frontiers of Trade and Intellectual Property**. Global Commission on Internet Governance. Research Volume Three. Canadá: Centre for International Governance Innovation and the Royal Institute of International Affairs, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Confiança**. 1.^a reimpress. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

_____. **Organización y decisión**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana Ciudad de México, 2010.

_____. **Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Tradução Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos Editorial; Ciudad de México: ed. Universidad Iberoamericana; Santiago do Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

_____. **Poder**. 1.^a reimpress. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana: 2005.

_____. **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

_____. **Sociología del riesgo**. Tradução Silvia Pappé; Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura; Javier Torres Nafarrate. 3 ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. **Teoría de los sistemas sociales**. Universidad Iberoamericana/Universidad de los Lagos, Santiago, Chile, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MANSILLA, Darío Rodríguez. **Gestión Organizacional: Elementos para su estudio**. 5. ed. atual. Santiago/Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

MARCH, James G.; SIMON, Herbert A. **Teoria das Organizações**. Tradução de Hugo Wahrlich. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1966.

MARINKOVIC, Ana Racki. On domain names and trademarks. **Journal of Internet Law**. V. 15. Issue 12 Jun. 2012, p. 29-36.

MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Riofrío. Teoría general de los signos distintivos. **Revista La Propiedad Inmaterial**. N. 18, Noviembre de 2014, p. 191-219.

MARTINS, Nádia Bevilaqua. **Resolução Alternativa de Conflito: complexidade, caos e pedagogia**. Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem através dos tempos. *In*: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). **A arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano**. Buenos Aires: Lumen, 2003.

MAZARIEGOS, Cilia Judith Castellanos. **Necesidad de Creación de Juzgados con Competencia Específica en Materia de Propiedad Intelectual**. 2012. 103 f. Especialização (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales) – Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2012.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

MELEU, Marcelino. **Jurisdição Comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. **Mediação Comunitária: um novo modelo de jurisdição**. *In*: MELEU, Marcelino; GAGLIETTI, Mauro; COSTA, T. N. G. **Temas emergentes no direito**. Passo Fundo: IMED, 2009.

MELEU, Marcelino; TEIXEIRA, Marcelo Markus. A potencialidade da arbitragem comercial privada internacional como meio eficaz de solução de controvérsias comerciais entre empresas estrangeiras e empresas da região oeste de Santa Catarina. *In*: OLSSON, Giovanni; [et al.] (Orgs). **Educação jurídica, relações internacionais e cidadania ecológica**. Chapecó: Argos, 2013.

MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. O compromisso constitucional com a pacificação dos conflitos sociais e a co-participação da comunidade cívica nas formas de tratamento. *In*: ROCHA, Leonel S.; MELO, M. P. **Políticas constitucionais e sociedade: Jurisdição e democracia**. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. Regras imperativas e arbitragem internacional: por um direito transnacional privado? *In*: WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5. N. 19, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, out-dez. 2008.

MERTON, Robert. **Teoría y estructura sociales**. México: Fondo de Cultura Económica, 1965.

METZGER, Ernest. An outline of Roman Civil Procedure. **Roman Legal Tradition**. V. 9, 2013, p. 1-30. Disponível em: <<https://romanlegaltradition.org/contents/2013/RLT9-METZGER.PDF>>. Acesso em: 15 out. 2017.

MEWES, Heather N. Memorandum of Understanding on the Generic Top-Level Domain Name Space of the Internet Domain Name System. **Berkeley Technology Law Journal**. V. 13. Jan. 1998, p. 235-247. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=btlj&sei-redir=1&referer=https%3A%2F%2Fscholar.google.com.br%2Fscholar%3Fhl%3Dpt-BR%26as_sdt%3D0%252C5%26q%3DDomain%2BName%2Bsystem%2Blaw%26btnG%3D>. Acesso em: 27 set. 2017.

MOLINA, Marcela Sandra. Conflictos entre las indicaciones de origen geográfico y las marcas em el derecho argentino. **Revista Chilena de Derecho**. V. 44, n. 1, p. 107-132, 2017.

MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 3; ed. ver. e atual. com o projeto de lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Fernando C. Prestes. **Teoria Geral da Administração**. 2. ed. São Paulo: Ed. Pioneira, 2002.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras – 1824**. V. I, 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações Internacionais, Direito e Atores não Estatais: Delineamentos de Fundamentação. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder**: cenários e protagonismo dos atores não estatais. Ijuí: Unijuí, 2014. v. 1.

OLIVER, Gabriel Buigues. **La solución amistosa de los conflictos en Derecho romano**: El arbiter ex compromisso. Madrid: Montecorvo, 1990.

OLSSON, Giovanni. O poder político no espaço global: o protagonismo dos atores estatais e não estatais. *In*: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações Internacionais, Direito e Poder**: cenários e protagonismo dos atores não estatais. Ijuí: Unijuí, 2014. v. 1.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Convenção União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883)**. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556>. Acesso em: 27 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Acordo de Lisboa Relativo à Proteção das Denominações de Origem e seu Registro**

Internacional. Disponível em:

<http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=285838>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Acordo de Madri sobre a repressão de Indicações de Procedência falsas ou falaciosas sobre os produtos.** Disponível em:

<http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=286776>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Acordo sobre os Aspectos de Propriedade Intelectual relativos ao Comércio** (1994). Disponível em:

<http://www.wipo.int/wipolex/es/other_treaties/text.jsp?file_id=305736>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **All Case Languages (Ranking):** all years. Disponível em: <

http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/languages_yr.jsp?year=>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. **Convenção de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886).** Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/>>. Acesso em: 02 maio 2017.

_____. **Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883).** Disponível em: <<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/>>. Acesso em: 02 maio 2017.

_____. **Convención General Interamericana sobre Protección Marcaria y Comercial** (1929). Disponível em:

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/es/oas-tmcp/trt_oas_tmcp.pdf>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. **Domain Name Dispute Resolution.** Disponível em:

<www.wipo.int/amc/en/domains/index.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. **Geographical Distribution of Parties.** Disponível em:

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/countries_a-z.jsp>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. **Inside WIPO.** Disponível em: <www.wipo.int/about-wipo/en/>. Acesso em: 04 maio 2017.

_____. **Main aspects of Industrial Property. Roundtable on Intellectual Property and Indigenous Peoples.** Geneva, July 23 and 24, 1988. Disponível em:

<http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_indip_rt_98/wipo_indip_rt_98_3_add-annex1.html>. Acesso em: 02 maio 2017.

_____. **Nice Classification.** Disponível em:

<<http://www.wipo.int/classifications/nice/en/>>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. **Paris Convention for the Protection of Industrial Property** (1883). Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Princípios básicos de la Propiedad Industrial**. 2016 Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Recomendação conjunta relativa às disposições sobre a proteção das marcas e outros direitos de propriedade industrial sobre signos na *internet***, adotada pela Assembleia da União de Paris para a proteção da propriedade industrial, e a Assembleia geral da OMPI na trigésima sexta série de reuniões das assembleias dos Estados membros da OMPI, de 24 de setembro a 3 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/marks/845/pub845.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. **Schedule of Fees under the URDP** (valid as of December 1, 2002). Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/domains/fees/index.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. **Total numbers of cases by year**. Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/cases.jsp>. Acesso em: 03 jan. 2018.

_____. **WIPO Arbitration and Mediation Center**. Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/center/background.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. WIPO General Assembly. **WIPO Arbitration and Mediation Center, including Domain Names**. 23 Ordinary Session. Geneva, October, 2, 2017. Disponível em: <www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_49/wo_ga_49_14.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. WIPO General Assembly. **WIPO Domain Name Panelists**. Disponível em: <www.wipo.int/amc/en/domains/panel.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. WIPO General Assembly. **WIPO Arbitration and Mediation Center, including Domain Names**. 23 Ordinary Session. Geneva, October, 2, 2017. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aV3sWGwsDrMJ:www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/wo_ga_49/wo_ga_49_14.docx+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. **WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition** (WIPO Jurisprudential Overview 3.0). Disponível em: <<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 156.

PACÓN, Ana Maria. Los derechos sobre los signos distintivos y su importância en una economia globalizada. *In*: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera (Org.). **Propiedad Intelectual: temas relevantes en el escenario internacional**. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), 2000.

PANG, Jeffrey *et. al.* **Availability, Usage, and Deployment Characteristics of the Domain Name System**. Disponível em: < <http://ai2-s2-pdfs.s3.amazonaws.com/6a30/a4a1c653ba222b04411eb023786aa855e3f5.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2017.

PARILLI, Ricardo Antequera. La propiedad intelectual en sus diversas facetas. *In*: LÓPEZ, Marco Antonio Palacios; HERNÁNDEZ, Ricardo Alberto Antequera (Org.). **Propiedad Intelectual: temas relevantes en el escenario internacional**. Guatemala: Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA), 2000.

PARSON, Talcott. **Estructura y proceso em las sociedades modernas**. Madri: Institutos de Estudios Políticos, 1966.

PICASSO, Jorge A. Chávez. **Administración de conflictos entre nombres de dominio y signos distintivos**. 2004. 128fls. Monografia. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima/Perú, 2004. Disponível em: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2239/1/Chavez_pj.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima. Reflections on Internet Governance and Regulation with Special Consideration of the ICANN. **Forthcoming, 2 Cyberlaw by CIJIC** (June 2016). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2796402>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Economic analysis of law**. 4th. ed. Boston: Little Brown, 1992.

_____. Legal pragmatism. *In*: **Metaphilosophy**. Oxford, Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd, v. 35, 1/2, jan. 2004.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMSBOTHAN, Oliver; WOODHOUSE, Tom; MIAL, Hugh. **Contemporary conflict resolution**. Cambridge: Polity Press, 2011.

RAPOPORT, Anatol. **Game Theory as a Theory of Conflict Resolution**. Dordrecht-Holland/Boston: D. Reidel Publishing Company, 1974.

_____. **Peace**: an idea whose time has come. Michigan: University of Michigan, 1992.

REGULAMENTO DO CONSELHO DA COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA (CEE), n. 2081/92, de 14 de julho de 1992, que dispõe sobre a proteção das indicações geográficas e das denominações de origem dos produtos agrícolas e alimentícios. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992R2081&from=PT>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

ROCHA, Leonel Severo. A produção sistêmica do sentido do direito: da semiótica à autoipoiese. *In*: STRECK, Lênio Luiz; Morais, José Luis Bolzan de. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**: constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. n. 6.

_____. **A problemática jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Fabris, 1985.

_____. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. V. 5, n. 2, 2013.

_____. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. *In*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2005.

_____. Observações sobre a observação Luhmanniana. *In*: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autoipoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **O que são relações internacionais?** São Paulo: Brasiliense, 1994.

RODRIGUES, Maria Alice Castro; MENEZES, José Carlos Soares de. A proteção legal à indicação geográfica no Brasil. **Revista da ABPI**, n. 48, set./out. 2000.

RODRIGUES, Paulo César. Contract management, governança e compliance, 2005. *IN*: **PROGRAMAS DE COMPLIANCE**: a norma AS 3806:2006. São Paulo: Risk Technology Editora, 2006. (Série Risk Management).

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? **Revista de Direito UNIFACS**, n. 160. p. 11-12, out. 2013, Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 16 set. 2017.

SALAVERRY, Fernando Cantuarias; IZAGA, Manuel Araburú. **El Arbitragem en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras**: Lima: Fundación M. J. Bustamante De La Fuente, 1994.

SALMERÓN, Maria Iboleón Belén. **El proceso arbitral: una perspectiva procesual del arbitraje en consumo**. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2012.

SATANOWSKY, Isidro. **Derecho Intelectual**. V. 1. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1954.

SCHNITMAN, Dora Fried. Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos. *In.*: SCHNITMAN, Dora Fried (Comp.). **Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos: perspectivas y practicas**. Barcelona: 2000.

SIERRA, Humberto Briseño. **El Arbitraje en el Derecho Privado**. México: Imprensa Universitária, 1963.

SILVA, Javier Torre de; LETONA, López. **Internet, propiedad industrial y competência desleal**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SOUZA, Sérgio Augusto Freitas de. A Internet e o ensino de línguas estrangeiras. **Linguagem & Ensino**, v. 2, n. 1, 1999, p. 139-172.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por outra cultura no tratamento dos conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

SUPIOT, Alain. **O Espírito da Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras – 1988**. V. VII. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

TAYLOR, Frederick. **Princípio da Administração Científica**. Tradução de Arlindo Vieira Ramos. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1990.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à lei 9307, de 23.09.96**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *In.*: GARCEZ, José M. Rossani (Org.). **A arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THAINES, Aleteia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

TIMM, Luciano Benetti; JOBIM, Eduardo. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, jun. 2007.

TJOSVOLD, Dean. Interdependence approach to conflict management in organizations. *In.*: RAHIM, M. A. **Managing conflict**: an interdisciplinary approach. p. 41-50. New York, Praeger Publishers, 1989.

TORTORELLI, Cristina Errázuriz. Indicaciones Geográficas y Denominaciones de Origen: Propiedad Intelectual em progreso. **Revista Chilena de Derecho**, v. 37, n. 2, 2010, p. 207-239.

TRIBUNAL DE LAS AGUAS DE LA VEGA DE VALENCIA. Disponível em: <www.tribunaldelasaguas.org>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. **Historia Del Tribunal De Las Aguas**. Disponível em: <<http://www.tribunaldelasaguas.org/es/el-tribunal/historia>>. Acesso em: 29 set. 2017.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNACIONAL TRADE LAW. Disponível em: <www.uncitral.org>. Acesso em: 16 dez. 2017.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann**: complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

VINYAMATA, Eduard. **Manual de prevención y resolución de conflictos**: conciliación, mediación, negociación. Barcelona: Ariel, 1999.

WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5, n. 18, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, jul.-set. 2008.

WALD, Arnold (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. Ano 5, n. 19, São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, out.-dez., 2008.

WARAT, Luís Alberto. **O ofício do mediador**. I. Florianópolis: Habitus, 2001.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. V. 1. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

_____. **Ensaio de Sociologia**. Tradução Waltensir Dutra. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

YOUSSEF, Soud Babay. Le controle post-arbitral de la sentence internationale a l'épreuve de l'ordre public substantiel. *In.*: BOSTANJI, Sami; HORCHANI, Ferhat; MANCIAUX, Sébatien. **Le juge et l'arbitrage**: vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage. Paris: Editions A. Pedone, 2014.

ANEXO A – UNIFORM DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION POLICY

Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy

(As Approved by ICANN on October 24, 1999)

1. Purpose. This Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Policy") has been adopted by the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("ICANN"), is incorporated by reference into your Registration Agreement, and sets forth the terms and conditions in connection with a dispute between you and any party other than us (the registrar) over the registration and use of an Internet domain name registered by you. Proceedings under Paragraph 4 of this Policy will be conducted according to the Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Rules of Procedure"), which are available at <https://www.icann.org/resources/pages/udrp-rules-2015-03-11-en>, and the selected administrative-dispute-resolution service provider's supplemental rules.

2. Your Representations. By applying to register a domain name, or by asking us to maintain or renew a domain name registration, you hereby represent and warrant to us that (a) the statements that you made in your Registration Agreement are complete and accurate; (b) to your knowledge, the registration of the domain name will not infringe upon or otherwise violate the rights of any third party; (c) you are not registering the domain name for an unlawful purpose; and (d) you will not knowingly use the domain name in violation of any applicable laws or regulations. It is your responsibility to determine whether your domain name registration infringes or violates someone else's rights.

3. Cancellations, Transfers, and Changes. We will cancel, transfer or otherwise make changes to domain name registrations under the following circumstances:

- a. subject to the provisions of Paragraph 8, our receipt of written or appropriate electronic instructions from you or your authorized agent to take such action;
- b. our receipt of an order from a court or arbitral tribunal, in each case of competent jurisdiction, requiring such action; and/or
- c. our receipt of a decision of an Administrative Panel requiring such action in any administrative proceeding to which you were a party and which was conducted under

this Policy or a later version of this Policy adopted by ICANN. (See Paragraph 4(i) and (k) below.)

We may also cancel, transfer or otherwise make changes to a domain name registration in accordance with the terms of your Registration Agreement or other legal requirements.

4. Mandatory Administrative Proceeding.

This Paragraph sets forth the type of disputes for which you are required to submit to a mandatory administrative proceeding. These proceedings will be conducted before one of the administrative-dispute-resolution service providers listed at www.icann.org/en/dndr/udrp/approved-providers.htm (each, a "Provider").

a. Applicable Disputes. You are required to submit to a mandatory administrative proceeding in the event that a third party (a "complainant") asserts to the applicable Provider, in compliance with the Rules of Procedure, that

- (i) your domain name is identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the complainant has rights; and
- (ii) you have no rights or legitimate interests in respect of the domain name; and
- (iii) your domain name has been registered and is being used in bad faith.

In the administrative proceeding, the complainant must prove that each of these three elements are present.

b. Evidence of Registration and Use in Bad Faith. For the purposes of Paragraph 4(a)(iii), the following circumstances, in particular but without limitation, if found by the Panel to be present, shall be evidence of the registration and use of a domain name in bad faith:

- (i) circumstances indicating that you have registered or you have acquired the domain name primarily for the purpose of selling, renting, or otherwise transferring the domain name registration to the complainant who is the owner of the trademark or service mark or to a competitor of that complainant, for valuable consideration in excess of your documented out-of-pocket costs directly related to the domain name; or
- (ii) you have registered the domain name in order to prevent the owner of the trademark or service mark from reflecting the mark in a corresponding domain name, provided that you have engaged in a pattern of such conduct; or
- (iii) you have registered the domain name primarily for the purpose of disrupting the business of a competitor; or

(iv) by using the domain name, you have intentionally attempted to attract, for commercial gain, Internet users to your web site or other on-line location, by creating a likelihood of confusion with the complainant's mark as to the source, sponsorship, affiliation, or endorsement of your web site or location or of a product or service on your web site or location.

c. How to Demonstrate Your Rights to and Legitimate Interests in the Domain Name in Responding to a Complaint. When you receive a complaint, you should refer to Paragraph 5 of the Rules of Procedure in determining how your response should be prepared. Any of the following circumstances, in particular but without limitation, if found by the Panel to be proved based on its evaluation of all evidence presented, shall demonstrate your rights or legitimate interests to the domain name for purposes of Paragraph 4(a)(ii):

(i) before any notice to you of the dispute, your use of, or demonstrable preparations to use, the domain name or a name corresponding to the domain name in connection with a bona fide offering of goods or services; or

(ii) you (as an individual, business, or other organization) have been commonly known by the domain name, even if you have acquired no trademark or service mark rights; or

(iii) you are making a legitimate noncommercial or fair use of the domain name, without intent for commercial gain to misleadingly divert consumers or to tarnish the trademark or service mark at issue.

d. Selection of Provider. The complainant shall select the Provider from among those approved by ICANN by submitting the complaint to that Provider. The selected Provider will administer the proceeding, except in cases of consolidation as described in Paragraph 4(f).

e. Initiation of Proceeding and Process and Appointment of Administrative Panel. The Rules of Procedure state the process for initiating and conducting a proceeding and for appointing the panel that will decide the dispute (the "Administrative Panel").

f. Consolidation. In the event of multiple disputes between you and a complainant, either you or the complainant may petition to consolidate the disputes before a single Administrative Panel. This petition shall be made to the first Administrative Panel appointed to hear a pending dispute between the parties. This Administrative Panel may consolidate before it any or all such disputes in its sole discretion, provided that

the disputes being consolidated are governed by this Policy or a later version of this Policy adopted by ICANN.

g. Fees. All fees charged by a Provider in connection with any dispute before an Administrative Panel pursuant to this Policy shall be paid by the complainant, except in cases where you elect to expand the Administrative Panel from one to three panelists as provided in Paragraph 5(b)(iv) of the Rules of Procedure, in which case all fees will be split evenly by you and the complainant.

h. Our Involvement in Administrative Proceedings. We do not, and will not, participate in the administration or conduct of any proceeding before an Administrative Panel. In addition, we will not be liable as a result of any decisions rendered by the Administrative Panel.

i. Remedies. The remedies available to a complainant pursuant to any proceeding before an Administrative Panel shall be limited to requiring the cancellation of your domain name or the transfer of your domain name registration to the complainant.

j. Notification and Publication. The Provider shall notify us of any decision made by an Administrative Panel with respect to a domain name you have registered with us. All decisions under this Policy will be published in full over the Internet, except when an Administrative Panel determines in an exceptional case to redact portions of its decision.

k. Availability of Court Proceedings. The mandatory administrative proceeding requirements set forth in Paragraph 4 shall not prevent either you or the complainant from submitting the dispute to a court of competent jurisdiction for independent resolution before such mandatory administrative proceeding is commenced or after such proceeding is concluded. If an Administrative Panel decides that your domain name registration should be canceled or transferred, we will wait ten (10) business days (as observed in the location of our principal office) after we are informed by the applicable Provider of the Administrative Panel's decision before implementing that decision. We will then implement the decision unless we have received from you during that ten (10) business day period official documentation (such as a copy of a complaint, file-stamped by the clerk of the court) that you have commenced a lawsuit against the complainant in a jurisdiction to which the complainant has submitted under Paragraph 3(b)(xiii) of the Rules of Procedure. (In general, that jurisdiction is either the location of our principal office or of your address as shown in our Whois database. See Paragraphs 1 and 3(b)(xiii) of the Rules of Procedure for details.) If we receive such

documentation within the ten (10) business day period, we will not implement the Administrative Panel's decision, and we will take no further action, until we receive (i) evidence satisfactory to us of a resolution between the parties; (ii) evidence satisfactory to us that your lawsuit has been dismissed or withdrawn; or (iii) a copy of an order from such court dismissing your lawsuit or ordering that you do not have the right to continue to use your domain name.

5. All Other Disputes and Litigation. All other disputes between you and any party other than us regarding your domain name registration that are not brought pursuant to the mandatory administrative proceeding provisions of Paragraph 4 shall be resolved between you and such other party through any court, arbitration or other proceeding that may be available.

6. Our Involvement in Disputes. We will not participate in any way in any dispute between you and any party other than us regarding the registration and use of your domain name. You shall not name us as a party or otherwise include us in any such proceeding. In the event that we are named as a party in any such proceeding, we reserve the right to raise any and all defenses deemed appropriate, and to take any other action necessary to defend ourselves.

7. Maintaining the Status Quo. We will not cancel, transfer, activate, deactivate, or otherwise change the status of any domain name registration under this Policy except as provided in Paragraph 3 above.

8. Transfers During a Dispute.

a. Transfers of a Domain Name to a New Holder. You may not transfer your domain name registration to another holder (i) during a pending administrative proceeding brought pursuant to Paragraph 4 or for a period of fifteen (15) business days (as observed in the location of our principal place of business) after such proceeding is concluded; or (ii) during a pending court proceeding or arbitration commenced regarding your domain name unless the party to whom the domain name registration is being transferred agrees, in writing, to be bound by the decision of the court or arbitrator. We reserve the right to cancel any transfer of a domain name registration to another holder that is made in violation of this subparagraph.

b. Changing Registrars. You may not transfer your domain name registration to another registrar during a pending administrative proceeding brought pursuant to Paragraph 4 or for a period of fifteen (15) business days (as observed in the location of our principal place of business) after such proceeding is concluded. You may

transfer administration of your domain name registration to another registrar during a pending court action or arbitration, provided that the domain name you have registered with us shall continue to be subject to the proceedings commenced against you in accordance with the terms of this Policy. In the event that you transfer a domain name registration to us during the pendency of a court action or arbitration, such dispute shall remain subject to the domain name dispute policy of the registrar from which the domain name registration was transferred.

9. Policy Modifications. We reserve the right to modify this Policy at any time with the permission of ICANN. We will post our revised Policy at <URL> at least thirty (30) calendar days before it becomes effective. Unless this Policy has already been invoked by the submission of a complaint to a Provider, in which event the version of the Policy in effect at the time it was invoked will apply to you until the dispute is over, all such changes will be binding upon you with respect to any domain name registration dispute, whether the dispute arose before, on or after the effective date of our change. In the event that you object to a change in this Policy, your sole remedy is to cancel your domain name registration with us, provided that you will not be entitled to a refund of any fees you paid to us. The revised Policy will apply to you until you cancel your domain name registration.

ANEXO B – RULES FOR UNIFORM DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION POLICY (THE "RULES")

As approved by the ICANN Board of Directors on 28 September 2013.

These Rules are in effect for all UDRP proceedings in which a complaint is submitted to a provider on or after 31 July 2015. The prior version of the Rules, applicable to all proceedings in which a complaint was submitted to a Provider on or before 30 July 2015, is at <https://www.icann.org/resources/pages/rules-be-2012-02-25-en>. UDRP Providers may elect to adopt the notice procedures set forth in these Rules prior to 31 July 2015.

Administrative proceedings for the resolution of disputes under the Uniform Dispute Resolution Policy adopted by ICANN shall be governed by these Rules and also the Supplemental Rules of the Provider administering the proceedings, as posted on its web site. To the extent that the Supplemental Rules of any Provider conflict with these Rules, these Rules supersede.

1. Definitions

In these Rules:

Complainant means the party initiating a complaint concerning a domain-name registration.

ICANN refers to the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers.

Lock means a set of measures that a registrar applies to a domain name, which prevents at a minimum any modification to the registrant and registrar information by the Respondent, but does not affect the resolution of the domain name or the renewal of the domain name.

Mutual Jurisdiction means a court jurisdiction at the location of either (a) the principal office of the Registrar (provided the domain-name holder has submitted in its Registration Agreement to that jurisdiction for court adjudication of disputes concerning or arising from the use of the domain name) or (b) the domain-name holder's address as shown for the registration of the domain name in Registrar's Whois database at the time the complaint is submitted to the Provider.

Panel means an administrative panel appointed by a Provider to decide a complaint concerning a domain-name registration.

Panelist means an individual appointed by a Provider to be a member of a Panel.

Party means a Complainant or a Respondent.

Pendency means the time period from the moment a UDRP complaint has been submitted by the Complainant to the UDRP Provider to the time the UDRP decision has been implemented or the UDRP complaint has been terminated.

Policy means the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy that is incorporated by reference and made a part of the Registration Agreement.

Provider means a dispute-resolution service provider approved by ICANN. A list of such Providers appears at <http://www.icann.org/en/dndr/udrp/approved-providers.htm>.

Registrar means the entity with which the Respondent has registered a domain name that is the subject of a complaint.

Registration Agreement means the agreement between a Registrar and a domain-name holder.

Respondent means the holder of a domain-name registration against which a complaint is initiated.

Reverse Domain Name Hijacking means using the Policy in bad faith to attempt to deprive a registered domain-name holder of a domain name.

Supplemental Rules means the rules adopted by the Provider administering a proceeding to supplement these Rules. Supplemental Rules shall not be inconsistent with the Policy or these Rules and shall cover such topics as fees, word and page limits and guidelines, file size and format modalities, the means for communicating with the Provider and the Panel, and the form of cover sheets.

Written Notice means hardcopy notification by the Provider to the Respondent of the commencement of an administrative proceeding under the Policy which shall inform the respondent that a complaint has been filed against it, and which shall state that the Provider has electronically transmitted the complaint including any annexes to the Respondent by the means specified herein. Written notice does not include a hardcopy of the complaint itself or of any annexes.

2. Communications

(a) When forwarding a complaint, including any annexes, electronically to the Respondent, it shall be the Provider's responsibility to employ reasonably available means calculated to achieve actual notice to Respondent. Achieving actual notice, or employing the following measures to do so, shall discharge this responsibility:

(i) sending Written Notice of the complaint to all postal-mail and facsimile addresses (A) shown in the domain name's registration data in Registrar's Whois database for the registered domain-name holder, the technical contact, and the administrative contact and (B) supplied by Registrar to the Provider for the registration's billing contact; and

(ii) sending the complaint, including any annexes, in electronic form by e-mail to:

(A) the e-mail addresses for those technical, administrative, and billing contacts;

(B) postmaster@<the contested domain name>; and

(C) if the domain name (or "www." followed by the domain name) resolves to an active web page (other than a generic page the Provider concludes is maintained by a registrar or ISP for parking domain-names registered by multiple domain-name holders), any e-mail address shown or e-mail links on that web page; and

(iii) sending the complaint, including any annexes, to any e-mail address the Respondent has notified the Provider it prefers and, to the extent practicable, to all other e-mail addresses provided to the Provider by Complainant under Paragraph 3(b)(v).

(b) Except as provided in Paragraph 2(a), any written communication to Complainant or Respondent provided for under these Rules shall be made electronically via the Internet (a record of its transmission being available), or by any reasonably requested preferred means stated by the Complainant or Respondent, respectively (see Paragraphs 3(b)(iii) and 5(b)(iii)).

(c) Any communication to the Provider or the Panel shall be made by the means and in the manner (including, where applicable, the number of copies) stated in the Provider's Supplemental Rules.

(d) Communications shall be made in the language prescribed in Paragraph 11.

(e) Either Party may update its contact details by notifying the Provider and the Registrar.

(f) Except as otherwise provided in these Rules, or decided by a Panel, all communications provided for under these Rules shall be deemed to have been made:

(i) if via the Internet, on the date that the communication was transmitted, provided that the date of transmission is verifiable; or, where applicable

(ii) if delivered by telecopy or facsimile transmission, on the date shown on the confirmation of transmission; or:

(iii) if by postal or courier service, on the date marked on the receipt.

(g) Except as otherwise provided in these Rules, all time periods calculated under these Rules to begin when a communication is made shall begin to run on the earliest date that the communication is deemed to have been made in accordance with Paragraph 2(f).

(h) Any communication by

(i) a Panel to any Party shall be copied to the Provider and to the other Party;

(ii) the Provider to any Party shall be copied to the other Party; and

(iii) a Party shall be copied to the other Party, the Panel and the Provider, as the case may be.

(i) It shall be the responsibility of the sender to retain records of the fact and circumstances of sending, which shall be available for inspection by affected parties and for reporting purposes. This includes the Provider in sending Written Notice to the Respondent by post and/or facsimile under Paragraph 2(a)(i).

(j) In the event a Party sending a communication receives notification of non-delivery of the communication, the Party shall promptly notify the Panel (or, if no Panel is yet appointed, the Provider) of the circumstances of the notification. Further proceedings concerning the communication and any response shall be as directed by the Panel (or the Provider).

3. The Complaint

(a) Any person or entity may initiate an administrative proceeding by submitting a complaint in accordance with the Policy and these Rules to any Provider approved by ICANN. (Due to capacity constraints or for other reasons, a Provider's ability to accept complaints may be suspended at times. In that event, the Provider shall refuse the submission. The person or entity may submit the complaint to another Provider.)

(b) The complaint including any annexes shall be submitted in electronic form and shall:

(i) Request that the complaint be submitted for decision in accordance with the Policy and these Rules;

(ii) Provide the name, postal and e-mail addresses, and the telephone and telefax numbers of the Complainant and of any representative authorized to act for the Complainant in the administrative proceeding;

(iii) Specify a preferred method for communications directed to the Complainant in the administrative proceeding (including person to be contacted, medium, and address information) for each of (A) electronic-only material and (B) material including hard copy (where applicable);

(iv) Designate whether Complainant elects to have the dispute decided by a single-member or a three-member Panel and, in the event Complainant elects a three-member Panel, provide the names and contact details of three candidates to serve as one of the Panelists (these candidates may be drawn from any ICANN-approved Provider's list of panelists);

(v) Provide the name of the Respondent (domain-name holder) and all information (including any postal and e-mail addresses and telephone and telefax numbers) known to Complainant regarding how to contact Respondent or any representative of Respondent, including contact information based on pre-complaint dealings, in sufficient detail to allow the Provider to send the complaint as described in Paragraph 2(a);

(vi) Specify the domain name(s) that is/are the subject of the complaint;

(vii) Identify the Registrar(s) with whom the domain name(s) is/are registered at the time the complaint is filed;

(viii) Specify the trademark(s) or service mark(s) on which the complaint is based and, for each mark, describe the goods or services, if any, with which the mark is used (Complainant may also separately describe other goods and services with which it intends, at the time the complaint is submitted, to use the mark in the future.);

(ix) Describe, in accordance with the Policy, the grounds on which the complaint is made including, in particular,

(1) the manner in which the domain name(s) is/are identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the Complainant has rights; and

(2) why the Respondent (domain-name holder) should be considered as having no rights or legitimate interests in respect of the domain name(s) that is/are the subject of the complaint; and

(3) why the domain name(s) should be considered as having been registered and being used in bad faith

(The description should, for elements (2) and (3), discuss any aspects of Paragraphs 4(b) and 4(c) of the Policy that are applicable. The description shall comply with any word or page limit set forth in the Provider's Supplemental Rules.);

(x) Specify, in accordance with the Policy, the remedies sought;

(xi) Identify any other legal proceedings that have been commenced or terminated in connection with or relating to any of the domain name(s) that are the subject of the complaint;

(xii) State that Complainant will submit, with respect to any challenges to a decision in the administrative proceeding canceling or transferring the domain name, to the jurisdiction of the courts in at least one specified Mutual Jurisdiction;

(xiii) Conclude with the following statement followed by the signature (in any electronic format) of the Complainant or its authorized representative:

"Complainant agrees that its claims and remedies concerning the registration of the domain name, the dispute, or the dispute's resolution shall be solely against the domain-name holder and waives all such claims and remedies against (a) the dispute-resolution provider and panelists, except in the case of deliberate wrongdoing, (b) the registrar, (c) the registry administrator, and (d) the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, as well as their directors, officers, employees, and agents."

"Complainant certifies that the information contained in this Complaint is to the best of Complainant's knowledge complete and accurate, that this Complaint is not being presented for any improper purpose, such as to harass, and that the assertions in this Complaint are warranted under these Rules and under applicable law, as it now exists or as it may be extended by a good-faith and reasonable argument."; and

(xiv) Annex any documentary or other evidence, including a copy of the Policy applicable to the domain name(s) in dispute and any trademark or service mark registration upon which the complaint relies, together with a schedule indexing such evidence.

(c) The complaint may relate to more than one domain name, provided that the domain names are registered by the same domain-name holder.

4. Notification of Complaint

(a) The Provider shall submit a verification request to the Registrar. The verification request will include a request to Lock the domain name.

(b) Within two (2) business days of receiving the Provider's verification request, the Registrar shall provide the information requested in the verification request and confirm that a Lock of the domain name has been applied. The Registrar shall not notify the Respondent of the proceeding until the Lock status has been applied. The Lock shall remain in place through the remaining Pendency of the UDRP proceeding. Any updates to the Respondent's data, such as through the result of a request by a privacy or proxy provider to reveal the underlying customer data, must be made before the two (2) business day period concludes or before the Registrar verifies the information requested and confirms the Lock to the UDRP Provider, whichever occurs first. Any modification(s) of the Respondent's data following the two (2) business day period may be addressed by the Panel in its decision.

(c) The Provider shall review the complaint for administrative compliance with the Policy and these Rules and, if in compliance, shall forward the complaint, including any annexes, electronically to the Respondent and Registrar and shall send Written Notice of the complaint (together with the explanatory cover sheet prescribed by the Provider's Supplemental Rules) to the Respondent, in the manner prescribed by Paragraph 2(a), within three (3) calendar days following receipt of the fees to be paid by the Complainant in accordance with Paragraph 19.

(d) If the Provider finds the complaint to be administratively deficient, it shall promptly notify the Complainant and the Respondent of the nature of the deficiencies identified. The Complainant shall have five (5) calendar days within which to correct any such deficiencies, after which the administrative proceeding will be deemed withdrawn without prejudice to submission of a different complaint by Complainant.

(e) If the Provider dismisses the complaint due to an administrative deficiency, or the Complainant voluntarily withdraws its complaint, the Provider shall inform the Registrar that the proceedings have been withdrawn, and the Registrar shall release the Lock within one (1) business day of receiving the dismissal or withdrawal notice from the Provider.

(f) The date of commencement of the administrative proceeding shall be the date on which the Provider completes its responsibilities under Paragraph 2(a) in connection with sending the complaint to the Respondent.

(g) The Provider shall immediately notify the Complainant, the Respondent, the concerned Registrar(s), and ICANN of the date of commencement of the administrative proceeding. The Provider shall inform the Respondent that any corrections to the Respondent's contact information during the remaining Pendency of the UDRP proceedings shall be communicated to the Provider further to Rule 5(c)(ii) and 5(c)(iii).

5. The Response

(a) Within twenty (20) days of the date of commencement of the administrative proceeding the Respondent shall submit a response to the Provider.

(b) The Respondent may expressly request an additional four (4) calendar days in which to respond to the complaint, and the Provider shall automatically grant the extension and notify the Parties thereof. This extension does not preclude any additional extensions that may be given further to 5(d) of the Rules.

(c) The response, including any annexes, shall be submitted in electronic form and shall:

(i) Respond specifically to the statements and allegations contained in the complaint and include any and all bases for the Respondent (domain-name holder) to retain registration and use of the disputed domain name (This portion of the response shall comply with any word or page limit set forth in the Provider's Supplemental Rules.);

(ii) Provide the name, postal and e-mail addresses, and the telephone and telefax numbers of the Respondent (domain-name holder) and of any representative authorized to act for the Respondent in the administrative proceeding;

(iii) Specify a preferred method for communications directed to the Respondent in the administrative proceeding (including person to be contacted, medium, and address information) for each of (A) electronic-only material and (B) material including hard copy (where applicable);

(iv) If Complainant has elected a single-member panel in the complaint (see Paragraph 3(b)(iv)), state whether Respondent elects instead to have the dispute decided by a three-member panel;

(v) If either Complainant or Respondent elects a three-member Panel, provide the names and contact details of three candidates to serve as one of the Panelists (these candidates may be drawn from any ICANN-approved Provider's list of panelists);

(vi) Identify any other legal proceedings that have been commenced or terminated in connection with or relating to any of the domain name(s) that are the subject of the complaint;

(vii) State that a copy of the response including any annexes has been sent or transmitted to the Complainant, in accordance with Paragraph 2(b); and

(viii) Conclude with the following statement followed by the signature (in any electronic format) of the Respondent or its authorized representative:

"Respondent certifies that the information contained in this Response is to the best of Respondent's knowledge complete and accurate, that this Response is not being presented for any improper purpose, such as to harass, and that the assertions in this Response are warranted under these Rules and under applicable law, as it now exists or as it may be extended by a good-faith and reasonable argument."; and

(ix) Annex any documentary or other evidence upon which the Respondent relies, together with a schedule indexing such documents.

(d) If Complainant has elected to have the dispute decided by a single-member Panel and Respondent elects a three-member Panel, Respondent shall be required to pay one-half of the applicable fee for a three-member Panel as set forth in the Provider's Supplemental Rules. This payment shall be made together with the submission of the response to the Provider. In the event that the required payment is not made, the dispute shall be decided by a single-member Panel.

(e) At the request of the Respondent, the Provider may, in exceptional cases, extend the period of time for the filing of the response. The period may also be extended by written stipulation between the Parties, provided the stipulation is approved by the Provider.

(f) If a Respondent does not submit a response, in the absence of exceptional circumstances, the Panel shall decide the dispute based upon the complaint.

6. Appointment of the Panel and Timing of Decision

(a) Each Provider shall maintain and publish a publicly available list of panelists and their qualifications.

(b) If neither the Complainant nor the Respondent has elected a three-member Panel (Paragraphs 3(b)(iv) and 5(b)(iv)), the Provider shall appoint, within five (5) calendar days following receipt of the response by the Provider, or the lapse of the time period for the submission thereof, a single Panelist from its list of panelists. The fees for a single-member Panel shall be paid entirely by the Complainant.

(c) If either the Complainant or the Respondent elects to have the dispute decided by a three-member Panel, the Provider shall appoint three Panelists in accordance with the procedures identified in Paragraph 6(e). The fees for a three-member Panel shall be paid in their entirety by the Complainant, except where the election for a three-member Panel was made by the Respondent, in which case the applicable fees shall be shared equally between the Parties.

(d) Unless it has already elected a three-member Panel, the Complainant shall submit to the Provider, within five (5) calendar days of communication of a response in which the Respondent elects a three-member Panel, the names and contact details of three candidates to serve as one of the Panelists. These candidates may be drawn from any ICANN-approved Provider's list of panelists.

(e) In the event that either the Complainant or the Respondent elects a three-member Panel, the Provider shall endeavor to appoint one Panelist from the list of candidates provided by each of the Complainant and the Respondent. In the event the Provider is unable within five (5) calendar days to secure the appointment of a Panelist on its customary terms from either Party's list of candidates, the Provider shall make that appointment from its list of panelists. The third Panelist shall be appointed by the Provider from a list of five candidates submitted by the Provider to the Parties, the Provider's selection from among the five being made in a manner that reasonably balances the preferences of both Parties, as they may specify to the Provider within five (5) calendar days of the Provider's submission of the five-candidate list to the Parties.

(f) Once the entire Panel is appointed, the Provider shall notify the Parties of the Panelists appointed and the date by which, absent exceptional circumstances, the Panel shall forward its decision on the complaint to the Provider.

7. Impartiality and Independence

A Panelist shall be impartial and independent and shall have, before accepting appointment, disclosed to the Provider any circumstances giving rise to justifiable

doubt as to the Panelist's impartiality or independence. If, at any stage during the administrative proceeding, new circumstances arise that could give rise to justifiable doubt as to the impartiality or independence of the Panelist, that Panelist shall promptly disclose such circumstances to the Provider. In such event, the Provider shall have the discretion to appoint a substitute Panelist.

8. Communication Between Parties and the Panel

No Party or anyone acting on its behalf may have any unilateral communication with the Panel. All communications between a Party and the Panel or the Provider shall be made to a case administrator appointed by the Provider in the manner prescribed in the Provider's Supplemental Rules.

9. Transmission of the File to the Panel

The Provider shall forward the file to the Panel as soon as the Panelist is appointed in the case of a Panel consisting of a single member, or as soon as the last Panelist is appointed in the case of a three-member Panel.

10. General Powers of the Panel

(a) The Panel shall conduct the administrative proceeding in such manner as it considers appropriate in accordance with the Policy and these Rules.

(b) In all cases, the Panel shall ensure that the Parties are treated with equality and that each Party is given a fair opportunity to present its case.

(c) The Panel shall ensure that the administrative proceeding takes place with due expedition. It may, at the request of a Party or on its own motion, extend, in exceptional cases, a period of time fixed by these Rules or by the Panel.

(d) The Panel shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence.

(e) A Panel shall decide a request by a Party to consolidate multiple domain name disputes in accordance with the Policy and these Rules.

11. Language of Proceedings

(a) Unless otherwise agreed by the Parties, or specified otherwise in the Registration Agreement, the language of the administrative proceeding shall be the language of the Registration Agreement, subject to the authority of the Panel to determine otherwise, having regard to the circumstances of the administrative proceeding.

(b) The Panel may order that any documents submitted in languages other than the language of the administrative proceeding be accompanied by a translation in whole or in part into the language of the administrative proceeding.

12. Further Statements

In addition to the complaint and the response, the Panel may request, in its sole discretion, further statements or documents from either of the Parties.

13. In-Person Hearings

There shall be no in-person hearings (including hearings by teleconference, videoconference, and web conference), unless the Panel determines, in its sole discretion and as an exceptional matter, that such a hearing is necessary for deciding the complaint.

14. Default

(a) In the event that a Party, in the absence of exceptional circumstances, does not comply with any of the time periods established by these Rules or the Panel, the Panel shall proceed to a decision on the complaint.

(b) If a Party, in the absence of exceptional circumstances, does not comply with any provision of, or requirement under, these Rules or any request from the Panel, the Panel shall draw such inferences therefrom as it considers appropriate.

15. Panel Decisions

(a) A Panel shall decide a complaint on the basis of the statements and documents submitted and in accordance with the Policy, these Rules and any rules and principles of law that it deems applicable.

(b) In the absence of exceptional circumstances, the Panel shall forward its decision on the complaint to the Provider within fourteen (14) days of its appointment pursuant to Paragraph 6.

(c) In the case of a three-member Panel, the Panel's decision shall be made by a majority.

(d) The Panel's decision shall be in writing, provide the reasons on which it is based, indicate the date on which it was rendered and identify the name(s) of the Panelist(s).

(e) Panel decisions and dissenting opinions shall normally comply with the guidelines as to length set forth in the Provider's Supplemental Rules. Any dissenting opinion shall accompany the majority decision. If the Panel concludes that the dispute is not within the scope of Paragraph 4(a) of the Policy, it shall so

state. If after considering the submissions the Panel finds that the complaint was brought in bad faith, for example in an attempt at Reverse Domain Name Hijacking or was brought primarily to harass the domain-name holder, the Panel shall declare in its decision that the complaint was brought in bad faith and constitutes an abuse of the administrative proceeding.

16. Communication of Decision to Parties

(a) Within three (3) business days after receiving the decision from the Panel, the Provider shall communicate the full text of the decision to each Party, the concerned Registrar(s), and ICANN. The concerned Registrar(s) shall within three (3) business days of receiving the decision from the Provider communicate to each Party, the Provider, and ICANN the date for the implementation of the decision in accordance with the Policy.

(b) Except if the Panel determines otherwise (see Paragraph 4(j) of the Policy), the Provider shall publish the full decision and the date of its implementation on a publicly accessible web site. In any event, the portion of any decision determining a complaint to have been brought in bad faith (see Paragraph 15(e) of these Rules) shall be published.

17. Settlement or Other Grounds for Termination

(a) If, before the Panel's decision, the Parties agree on a settlement, the Panel shall terminate the administrative proceeding. A settlement shall follow steps 17(a)(i) – 17(a)(vii):

(i) The Parties provide written notice of a request to suspend the proceedings because the parties are discussing settlement to the Provider.

(ii) The Provider acknowledges receipt of the request for suspension and informs the Registrar of the suspension request and the expected duration of the suspension.

(iii) The Parties reach a settlement and provide a standard settlement form to the Provider further to the Provider's supplemental rules and settlement form. The standard settlement form is not intended to be an agreement itself, but only to summarize the essential terms of the Parties' separate settlement agreement. The Provider shall not disclose the completed standard settlement form to any third party.

(iv) The Provider shall confirm to the Registrar, copying the Parties, the outcome of the settlement as it relates to actions that need to be taken by the Registrar.

(v) Upon receiving notice from the Provider further to 17(a)(iv), the Registrar shall remove the Lock within two (2) business days.

(vi) The Complainant shall confirm to the Provider that the settlement as it relates to the domain name(s) has been implemented further to the Provider's supplemental rules.

(vii) The Provider will dismiss the proceedings without prejudice unless otherwise stipulated in the settlement.

(b) If, before the Panel's decision is made, it becomes unnecessary or impossible to continue the administrative proceeding for any reason, the Panel shall terminate the administrative proceeding, unless a Party raises justifiable grounds for objection within a period of time to be determined by the Panel.

18. Effect of Court Proceedings

(a) In the event of any legal proceedings initiated prior to or during an administrative proceeding in respect of a domain-name dispute that is the subject of the complaint, the Panel shall have the discretion to decide whether to suspend or terminate the administrative proceeding, or to proceed to a decision.

(b) In the event that a Party initiates any legal proceedings during the Pendency of an administrative proceeding in respect of a domain-name dispute that is the subject of the complaint, it shall promptly notify the Panel and the Provider. See Paragraph 8 above.

19. Fees

(a) The Complainant shall pay to the Provider an initial fixed fee, in accordance with the Provider's Supplemental Rules, within the time and in the amount required. A Respondent electing under Paragraph 5(b)(iv) to have the dispute decided by a three-member Panel, rather than the single-member Panel elected by the Complainant, shall pay the Provider one-half the fixed fee for a three-member Panel. See Paragraph 5(c). In all other cases, the Complainant shall bear all of the Provider's fees, except as prescribed under Paragraph 19(d). Upon appointment of the Panel, the Provider shall refund the appropriate portion, if any, of the initial fee to the Complainant, as specified in the Provider's Supplemental Rules.

(b) No action shall be taken by the Provider on a complaint until it has received from Complainant the initial fee in accordance with Paragraph 19(a).

(c) If the Provider has not received the fee within ten (10) calendar days of receiving the complaint, the complaint shall be deemed withdrawn and the administrative proceeding terminated.

(d) In exceptional circumstances, for example in the event an in-person hearing is held, the Provider shall request the Parties for the payment of additional fees, which shall be established in agreement with the Parties and the Panel.

20. Exclusion of Liability

Except in the case of deliberate wrongdoing, neither the Provider nor a Panelist shall be liable to a Party for any act or omission in connection with any administrative proceeding under these Rules.

21. Amendments

The version of these Rules in effect at the time of the submission of the complaint to the Provider shall apply to the administrative proceeding commenced thereby. These Rules may not be amended without the express written approval of ICANN.