



NOVAS TECNOLOGIAS E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Organização

Evelyn R. Araujo Barreto de Souza

Fernando Muniz Shecaira

Ronaldo Guimarães Gallo



Realização



Patrocínio



Apoio Estratégico



Apoio Institucional



“As novidades tecnológicas impactarão os métodos de resolução de conflitos, não como algo específico à modalidade, mas, face à abrangência da aplicabilidade da chamada inteligência artificial a todas as áreas das relações humanas”.

Ronaldo Guimarães Gallo

Os atuais desafios postos pela revolução tecnológica têm reflexos profundos no Direito, em especial no campo das resoluções de disputas. Há de se dizer, que em se tratando da seara das humanidades, deve-se tomar cuidado ao pugnar por respostas imediatas diante de problemas complexos. Até porque, as tecnologias de informação e comunicação desencadeiam inclusive novas relações sociais e com elas conflitos inéditos.

E é justamente sob este influxo e à luz do ensinamento kantiano de que a justiça deve se impor a todos como uma reflexão permanente, que a **ESCOLA CAMES**, pelo quarto ano consecutivo, reúne artigos de renomados especialistas que versam sobre “as **novas tecnologias e resolução de conflitos**”, colacionados no presente e-book.

Importante destacar, que as novas tecnologias de informação e comunicação se encerram como consectários da crescente internacionalização da vida, que propiciam a maior circulação de bens, pessoas e moedas desconsiderando os limites demarcados pela soberania estatal, tornando assim as disputas cada vez mais fluídas, globais e integradas.

Diante desse cenário, o sistema multiportas não estará imune às mudanças, o que significa dizer que, das práticas adotadas pelo Poder Judiciário às novas formações de *design* de sistema de disputas, emergirão métodos diferentes, arquitetados com objetivo de tornar a pacificação social mais rápida, eficiente, menos custosa e principalmente mais acessível.

Aos entusiastas das novas tecnologias e da projeção da inteligência artificial no mundo do Direito, desejamos uma excelente leitura!



**Fernando
Muniz Shecaira**



**Evelyn R. Araujo
Barreto de Souza**



**Ronaldo
Guimarães Gallo**

Autores



	Página
A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E O SISTEMA BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS Por Agenor de Lima Bento e Demetrius Nichele Macei	7
A INSUFICIÊNCIA DOS INCENTIVOS COMPORTAMENTAIS DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS Por Alex Alckmin de Abreu Montenegro Zamboni	23
NEGOCIAÇÃO COMO “SOFT SKILL” OU HABILIDADE NECESSÁRIA Por Alexandre Simões	42
PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y BRASIL Por Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda e Helena Pérez Beltrán	58
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA PREVENÇÃO A FRAUDES NO MERCADO FINANCEIRO Por Andressa Alves Silva, Cynara Bastos e Icaro Demarchi Araujo Leite	77
MEDIAÇÃO DIGITAL E A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR Por Caio Cesar Moraes Grande Guerra e Kátia de Moraes Jorge	90
OS DESAFIOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA ERA DIGITAL Por Daniel Gomes dos Santos e Ana Carolina de Morais Garcia	99
AS TECNOLOGIAS A SERVIÇO DAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS – MEDIAÇÃO ONLINE Por Douglas Prado	128
TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO ESCOLAR: UMA PROPOSTA DE GUIA Por Evelyn R. Araujo Barreto de Souza e Fernando Muniz Shecaira	147
SENTENÇA ARBITRAL PROFERIDA EM LITÍGIO ENTRE TOMADOR E SEGURADO EM SEGURO GARANTIA – EFICÁCIA DA SENTENÇA E AUTORIDADE DA COISA JULGADA SOBRE SEGURADORA TERCEIRA Por Felipe Bastos	154
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E REDUÇÃO DE LITIGIOSIDADE FISCAL Por Flávio Couto Bernardes e Tiago da Silva Fonseca	180

A EVOLUÇÃO DAS AUDIÊNCIAS REMOTAS EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS A PARTIR DA PANDEMIA Por Guilherme Vinseiro Martins	194
DICAS PRÁTICAS DE PREPARAÇÃO PARA UMA MEDIAÇÃO POR VÍDEO Por Gustavo Milaré Almeida	204
JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL EM DISPUTAS NA INTERNET Por Joaquim de Paiva Muniz e Bruna Alcino M. Silveira	220
A SUBSTITUIÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL PELOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O PAPEL DO ADVOGADO NESSA MUDANÇA Por Larine Laisner Fregonezi	259
A PROIBIÇÃO DA AUTOTUTELA Por Nathan Christian Coelho Silvestre	283
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A FUNÇÃO DO ÁRBITRO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS Por Ronaldo Guimarães Gallo	313
ARBITRAGEM E OS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRAGEM Por Thiago Rodovalho	325

A ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E O SISTEMA BRASILEIRO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Agenor de Lima Bento¹

Demetrius Nichele Macei²

Resumo

O presente ensaio trata da arbitragem tributária no Brasil, conjugado com o sistema de resolução de conflitos no sistema tributário. Para sua produção, foi utilizado o método bibliográfico de pesquisa e documental. Ao arremate, analisamos os projetos de lei que tratam da arbitragem tributária e criam o sistema brasileiro de resolução de conflitos tributários.

1. Introdução

A arbitragem é um método de composição de conflitos, realizado por terceiro imparcial, regulamentada em solo brasileiro pela Lei 9307/96, conhecida como Lei da Arbitragem. A lei, apesar de antiga no Brasil (1996), não é muito utilizada pela sociedade brasileira.

No Brasil, a tutela jurisdicional é realizada pelo Poder Judiciário, que está dividido em níveis federal e estaduais. As execuções fiscais são os tipos processuais que mais ocupam o sistema judiciário brasileiro, de forma que abarrotam o Poder Judiciário, dificultando a célere resolução de outros conflitos sociais.

O presente ensaio visa trabalhar o instituto da arbitragem na execução fiscal no Brasil e as formas de resolução de conflitos existentes, com a possibilidade ou não de adoção de outras medidas.

¹ Mestrando na UNICURITIBA, professor universitário na UNISUL, Advogado, <http://lattes.cnpq.br/3203315724168162>, e-mail: agenordelima@msn.com.

² Doutor pela PUC/SP. Professor do Corpo Permanente do PPGD do UNICURITIBA. <http://lattes.cnpq.br/8913796337992460>, e-mail: demetriusmacei@gmail.com.

Esta pesquisa, quanto ao nível, é classificada como de natureza exploratória. De acordo com Leonel e Marcomim (2015) entende-se como estudo exploratório aquele que tem o intuito de aproximar o pesquisador de um problema do qual se tenha pouca familiaridade ou seja pouco conhecido.

No que se refere à abordagem, trata-se de natureza qualitativa, afinal, conforme Minayo (2007), classificam-se como qualitativas as pesquisas que têm a finalidade de analisar o significado e se aprofundam nos aspectos da realidade não visíveis e que precisam ser expostas pelo próprio pesquisador.

A vida social, para sua correta e cordial existência, necessita de certa regulação, pois sem ela, os atores sociais seguem, cada qual o seu próprio desejo e caminho. A vida social, tal como lançada entre nós, é uma constante resolução de conflitos, de forma que devemos utilizar as técnicas necessárias no cotidiano para a sua solução pacífica e tranquila.

Para aprofundarmos o tema, devemos conceituar o que é conflito e as formas de resolvê-lo. Contudo, quem tenta conceituar conflito, acaba encontrando óbice natural no seu próprio significado.

Ao utilizar o conceito popular, podemos classificar conflito como uma falta de entendimento entre duas ou mais pessoas. Luciana Aboim Machado Gonçalves Silva (2013) disserta:

Não existe um, nem apenas um fenômeno que comporte, com propriedade, ser denominado conflito.

Assim os dilemas intrapsíquicos; as diferenças no plano exclusivo das ideias ou doutrinas, as competições e disputas esportivas, econômicas ou políticas, as manifestações violentas infensas ao limite físico da autoridade ou da autocontinência; apenas para dar alguns exemplos mais próximos.

Vale salientar, por oportuno, que o conceito de conflito pode ser diferente de acordo com a área em estudo. Ainda dos ensinamentos de Silva (2013), colhemos:

Entre os juristas que enfatizam a associação de conflito e jurisdição, há os que se inclinam por um olhar pré ou paraprocessual do problema intersubjetivo, e para esses torna-se

central a ideia de “lide” ou pretensão resistida. Outros, por sua vez, reservam o emprego do termo conflito para designar mais especificamente a ação (processo, demanda, litígio, controvérsia ou disputa) judiciária. Por esses dois olhares, todavia, o importante na caracterização do conflito é apreendê-lo como um fenômeno susceptível a alguma intervenção da justiça estatal.

Isso não autoriza, por outro lado, que em cada uma das regiões específicas do conhecimento a noção de conflito possa ser empregada de modo impreciso e mediante acepções não explicitamente delimitadas. A generalidade ou a heterogeneidade com que a noção de conflito é empregada, antes que dispensar, muito ao contrário, impõe um redobrado esforço de rigorosa conceituação. Até para que, nas pesquisas e interlocuções interdisciplinares possa ficar claro com que exata acepção, a cada momento e em cada circunstância, o termo conflito é utilizado.

Com a criação de Estados democráticos, os cidadãos devem passar a obedecer àquilo que o Poder Judiciário determina, com base nas leis aprovadas pelo Parlamento. Importante frisar que, na atualidade, as sociedades alcançaram um alto grau de complexidade e litígio. Na sociedade hodierna, o litígio passou a fazer parte do cotidiano das pessoas. Colhemos das lições de Luiz Fernando do Vale Almeida (2022):

Dessa forma, em virtude do medo, o homem teria entendido por bem abdicar de certas liberdades, criando um ente superior ao indivíduo em si e fazendo concessões a tal ente, para que este pudesse cuidar de criar limites, normas e punições para os abusos, a fim de se manter a paz social. Portanto, para Hobbes, o Estado teria nascido da necessidade do homem de criar regras para que o indivíduo, em seu estado de natureza, não atentasse contra si mesmo.

Sabemos que é "difícil definir o conflito (que se reveste de múltiplas formas em diferentes contextos), pode-se dizer que ele é um desacordo, uma contradição ou uma incompatibilidade entre posições apresentadas a partir da incompatibilidade entre objetivos, cognição e emoções" (Tartuce, 2020).

Dissertando sobre conflito, colhemos da doutrina de Messa (2021):

O tema dos conflitos na teoria social tem sido objeto de amplo debate doutrinário, com abordagem em diversas disciplinas, desde a Sociologia até a Ciência Política. O estudo dos conflitos que surgem nas relações humanas é questão controversa, pois não há na doutrina critérios coordenados e seguros para identificar num denominador comum seus elementos característicos.

Não duvidamos, contudo, que no Brasil há a cultura da sentença, ou seja, a parte necessita ser condenada por um juiz, como se este fosse um genitor, alguém que pode dizer o sim e o não com relação à vida privada das pessoas.

Há de se lembrar, também, o mito de que ambas as partes desejam um processo célere e em tempo razoável. Não é demais lembrar que no processo, sempre uma das partes não tem o desejo da rápida solução do conflito. Esta parte pode ser o autor, que tem a seu favor uma decisão interlocutória que o beneficia ou o réu, que é devedor, sabe que deve, mas que enquanto o juiz não certificar o Direito do autor, aquele nada pode fazer para satisfazer seu Direito.

Por isso, necessário é que métodos alternativos de resolução de conflitos façam parte do dia-a-dia da vida em sociedade, de forma a utilizar não apenas o Poder Judiciário como resolutor de conflitos sociais, mas também a criação e utilização de mecanismos outros aptos a aproximar as partes em litígio, de modo que possam chegar a um consenso justo sobre a pendência que os aflige.

A arbitragem não é nova no Brasil, com registros nas Ordenações Filipinas, e no Regulamento 737 de 1850 sendo, contudo, atualmente regulamentada pela Lei 9307/1996. No Regulamento 737/1850, a previsão dizia, no Título VII, Capítulo I, na sua versão original:

Art. 411. O Juízo arbitral ou é voluntario ou necessario:

§ 1.º E' voluntario, quando é instituido por compromisso das partes.

§ 2.º E' necessario, nos casos dos [arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Código Commercial](#), e em todos os mais, em que esta fórmula de Juízo é pelo mesmo Código determinada.

Atualmente, a Lei da Arbitragem está dividida em sete capítulos, quais sejam: disposições gerais, da convenção de arbitragem e seus efeitos, dos árbitros, do procedimento arbitral, da sentença arbitral, do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras e, por último, das disposições finais.

A "novel" legislação trouxe duas excelentes novidades: a primeira é a dispensa da necessidade de homologação da sentença arbitral pelo juiz de Direito, indicando uma excepcional independência ao juízo arbitral, que agora dispõe de executoriedade das suas decisões. A segunda é o caráter vinculante da cláusula compromissória de arbitragem, de forma que, se uma das partes não desejar submeter o litígio ao juízo arbitral, pode a outra exigir que se proceda da forma entabulada, deslocando a competência do juízo comum para o arbitral.

Com o novo Código, pode o réu, em preliminar de contestação, arguir a convenção de arbitragem e, com isso, deslocar a competência do juízo estatal para o juízo arbitral. A legislação processual, inclusive, proíbe o magistrado de reconhecer a convenção de arbitragem de ofício (mantendo o que havia no vetusto Código de 1973). Vale lembrar, por oportuno, que a convenção de arbitragem é matéria que, se não for arguida em preliminar de contestação, preclui, não podendo ser arguida no futuro pelo réu.

2. As propostas de regulamentação da arbitragem tributária

Atualmente, há em tramitação no Congresso Nacional, duas propostas das mais importantes que pretendem regulamentar e criar a arbitragem tributária no sistema legislativo brasileiro.

O objetivo deste capítulo é analisar cada uma das propostas, com críticas objetivas e sugestões que possam melhorar cada um dos textos legislativos indicados.

Importante consignar que é possível a alteração e criação da arbitragem tributária mediante sugestão legislativa ordinária, com a alteração das leis vigentes atualmente no País. Corrente há que discute a necessidade de alteração mediante lei complementar, tendo em vista, nessa visão, ser necessário alterar o Código Tributário Nacional, lei nacional recepcionada como lei complementar pela Constituição Federal de 1988. Contudo, o Supremo Tribunal

Federal, em julgamento da ADI 2405, sob a relatoria do ministro Alexandre de Moraes, entendeu que "[...] a Constituição Federal não reservou à lei complementar o tratamento das modalidades de extinção e suspensão dos créditos tributários, à exceção da prescrição e decadência, previstos no art. 146, III, 'b', da CF".

Que as execuções fiscais são o maior gargalo do Poder Judiciário, isso não é novidade para o operador do Direito. No relatório Justiça em Números, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2021 (último disponível na data da escrita deste artigo), as execuções fiscais eram responsáveis por 36% dos casos pendentes de julgamento, conforme abaixo transcrito do relatório:

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 36% do total de casos pendentes e 68% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 87%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2020, apenas 13 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 6,1 pontos percentuais, passando de 73% para 66,9% em 2020.

Desta forma, urge a necessidade de se deslocar a competência de julgamento das execuções fiscais do Poder Judiciário para órgão imparcial e célere de julgamento, como no caso dos tribunais arbitrais, que utilizarão a sua celeridade para decidir, de forma justa, os litígios entre o Estado e o Cidadão.

Desta forma, é de se pensar na necessidade de se criar alternativas ao uso do Poder Judiciário como solucionador dos conflitos no Brasil, em especial àqueles vinculados ao sistema tributário.

Importante mencionar, ainda antes de entrarmos especificamente no tema da arbitragem, outras formas de solução de conflito, como a mediação e a conciliação.

O atual Código de Processo Civil, de forma inovadora, traz importantes menções às formas alternativas de resolução de conflitos, explicando e traduzindo

o desejo do legislador pátrio na criação de sistemas outros de pacificação social que não o Poder Judiciário.

Diz a nova codificação processual civil brasileira:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Mais recentemente, o legislador pátrio introduziu no sistema brasileiro a lei da Mediação (Lei 13.140/2015), objetivando regulamentar e disciplinar o tão importante sistema de solução de conflitos na sociedade nacional.

Por isso, mediação é "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial e sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia" (Brasil, 2015).

Quando se fala em conciliação, esta, diferente da mediação, pode ser compulsória, nos termos do que prevê o artigo 334 do Código de Processo Civil. Assim, a conciliação pode ser conceituada como a "atividade do conciliador, que atua na tentativa de obtenção da solução dos conflitos sugerindo a solução sem

que possa, entretanto, impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado."

Tributo, nos dizeres do Código Tributário Nacional (Lei Nacional 5172/1966), é "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

Desta forma, o Cidadão só será devedor do tributo se este for instituído em lei, pois esta é a única fonte possível de criação dos tributos. De igual forma, deverá o tributo ser pago em moeda corrente, ou seja, em real. Vale lembrar que em alguns casos é permitida a dação em pagamento de bens imóveis, possibilitando a quitação do tributo com a entrega de bens imóveis ao Fisco (desde que seja do interesse deste, mediante prévia avaliação por perito). Ainda do conceito de tributo, importa lembrar que este é compulsório, ou seja, não há opção do contribuinte em pagar ou não o que lançado, este deve quitar o devido se houver a necessária previsão em lei e cumpridos os demais requisitos legislativos. Não pode o tributo, também, ser devido por ato ilícito pois, se o for, não será considerado tributo. Mais, a atividade de cobrança é plenamente vinculada, então, ocorrido o fato gerador, o fisco é obrigado a lançar o crédito tributário e a proceder a cobrança dos valores do devedor fiscal devidamente constituído.

Para tentar resolver o problema da morosidade do Poder Judiciário no trato das execuções fiscais e dos processos em geral há, em tramitação no Senado Federal, o PL 4257/2019, proposta de alteração legislativa que pretende que o executado, em execução fiscal, possa optar pela arbitragem tributária se, e somente se, garantir o Juízo estatal por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. A proposta também permite que a Fazenda Pública opte pela execução na via extrajudicial, levando o caso para um tribunal arbitral.

Nas razões do projeto de lei, o autor da proposta, senador Antonio Anastasia, expõe:

É certo que as execuções fiscais correspondem a percentual relevante desse custo. Um estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), feito em 2011, concluiu que o custo

unitário médio total de uma ação de execução fiscal promovida pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional junto à Justiça Federal é de R\$ 5.606,67. O tempo médio total de tramitação é de 9 anos, 9 meses e 16 dias, e a probabilidade de obter-se a recuperação integral do crédito é de apenas 25,8%.

Outro importante projeto em tramitação no Senado Federal é o PL 4468/2020, de autoria da senadora Daniella Ribeiro (Paraíba). Referido projeto institui a arbitragem para momento anterior à constituição do crédito tributário.

Diz a proposta legislativa:

Art. 1º A arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, observando o disposto nesta lei.

Parágrafo único. Este procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.

A proposta cria a arbitragem especial tributária, previamente ao ato de constituir o crédito tributário e, por isso, trará maior isonomia ao referido ato de constituição, atividade de competência exclusiva da autoridade fiscal e que poderá desafogar o Poder Judiciário, ao impedir a rediscussão do que decidido na esfera arbitral.

Da justificativa do texto proposto, colhemos:

O espaço da arbitragem, como medida de decisão de conflitos preventiva do lançamento tributário, é de expressivo alcance. Basta pensar naqueles casos que implicam inversão do ônus da prova, por presunções e similares, nas hipóteses de bases de

cálculo presumidas ou dependentes de arbitramento, como “preço de mercado”, “valor venal”, valor da terra nua”, pautas de valores, definição de preços de transferência, qualificações de intangíveis, hipóteses de cabimento de analogia e equidade etc. Formas alternativas para resolução de conflitos em matéria tributária podem ser desenvolvidas e aplicadas tanto de um modo preventivo, para aquelas situações antecedentes a contenciosos formalmente qualificados. O que importa é que, ao final, tenha-se um ato administrativo, unilateral, constitutivo de certeza jurídica para a Fazenda Pública e contribuintes.

É de se dizer, dessa forma, que o projeto de lei proposto pela senadora Daniella Ribeiro, apesar de muito importante, precisa de alguns ajustes, que não abordaremos neste trabalho por não ser o seu objetivo. Entendemos, contudo, que o Congresso Nacional saberá, no momento oportuno, adequar os projetos para a realidade brasileira.

Tratando da arbitragem tributária, verifica-se que não há qualquer impedimento legislativo para a sua adoção antes, durante ou depois da constituição do crédito tributário. Referida medida, inclusive, é salutar para evitar a discussão no Judiciário acerca da existência dos pressupostos de constituição do crédito tributário. Inclusive, como dito, seria positivo e benéfico ao sistema da Justiça que a discussão fosse travada antes do início da fiscalização ou, até mesmo, logo após o término do procedimento administrativo fiscal que visa a cobrança do tributo pois, assim, evitaria a submissão da referida discussão ao Poder Judiciário, sendo que a este caberia tão somente a execução forçada do título emanado da arbitragem, caso a parte perdedora não cumpra voluntariamente a obrigação declarada pelo tribunal arbitral.

Ainda, haveria a possibilidade de o devedor cumprir com a obrigação, caso saia perdedor no sistema arbitral, de forma a valorizar ainda mais a arbitragem existente.

Não é demais dizer que as decisões arbitrais são céleres e técnicas, sendo que o processo será resolvido em prazo muito menor do que aquele que o Judiciário atualmente leva para decidir (hoje, segundo o relatório Justiça em

Números, do CNJ, os processos de execução fiscal levam 6 anos e 7 meses para serem resolvidos, em média, tempo demasiado para a busca do crédito tributário).

Outro ponto de destaque na questão dos projetos de lei é que estes exigem, como regra, a garantia do Juízo, o que pode inviabilizar a utilização da arbitragem por devedores desprovidos de bens passíveis de indicação, de forma que, se prevalecer esta tese, isso pode levar ao desuso da arbitragem tributária.

A melhor tese seria a utilização dos tribunais arbitrais já existentes, possibilitando a arbitragem como forma de resolver o conflito tributário, já que a arbitragem tem se mostrado um importante meio de solução de conflitos complexos, notadamente no âmbito empresarial e dos grandes contratos administrativos, que já utilizam esta técnica em seus acordos.

Além-mar, em Portugal, o exemplo vem de forma inspiradora. O tempo médio de duração do procedimento arbitral por lá é de aproximadamente quatro meses e meio, ou seja, um prazo muito rápido para o julgamento do processo, liberando, logo em seguida, a sentença arbitral (Gonçalves, 2021).

Por lá, se criou o Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que é responsável por unificar os procedimentos arbitrais e os tribunais arbitrais em várias matérias, inclusive na área tributária.

Sem dúvidas, a especialização do CAAD fez com que o Poder Judiciário português tivesse um alívio, já que as demandas tributárias são levadas a um tribunal arbitral especializado, que julga o caso de forma célere e sem recursos.

Um sério problema a ser enfrentado, infelizmente, é o alto custo da arbitragem, não só aqui, mas também em Portugal.

A título de exemplo, uma demanda de aproximadamente 100 mil euros, com designação de árbitro, alça, de custas, 12 mil euros: um valor bastante elevado para resolver o litígio.

Ponto importante também a ser analisado é a questão de quais matérias podem ser levadas ao conhecimento do árbitro. Defendemos que todas as matérias devem ser passíveis de conhecimento, sem limitações, já que o árbitro

é pessoa gabaritada na questão e poderá resolver, com celeridade e acurácia, todas as matérias a ele postas.

Contudo, no PL 4468/2020 há uma limitação objetiva de matérias de fato, sendo vedada a discussão sobre lei em tese ou constitucionalidade de normas. Também, por lógico, é proibido o julgamento contrário a entendimentos consolidados pelo Judiciário ou que já houve decisão em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao tema da constitucionalidade, entendemos justa a proibição, já que não seria de bom alvitre que um órgão privado decida sobre constitucionalidade ou não de lei ou de ato normativo. Da mesma forma, entendemos justa a necessidade do árbitro em seguir julgamentos consolidados pelos Tribunais pátrios, com uma ressalva: essa consolidação seria apenas para os tribunais superiores ou também para os tribunais de segunda instância.

Ainda, importa lembrar que com a adoção da arbitragem tributária, muitos casos, notadamente os maiores e mais importantes, deixarão de chegar ao Judiciário e, com isso, não teremos uma jurisprudência nacional unificada sobre os temas tributários colocados à julgamento.

De igual sorte, é importante falarmos acerca da possibilidade de declaração de nulidade da sentença arbitral em matéria tributária, tema deste ensaio. O PL 4257/2019 prevê, em seu artigo 16-F, que as partes podem requerer judicialmente a declaração de nulidade da sentença arbitral se a sentença contrariar enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, recurso extraordinário com repercussão geral ou recurso especial repetitivo.

Também no texto do PL 4257/2019, este diz que se aplica, no que couber, os artigos 32 e 33 da Lei 9307/96 (Lei da Arbitragem), que dizem:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; ([Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015](#)) ([Vigência](#))

- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
 - III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
 - IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
 - ~~V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;~~ [\(Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)
 - VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
 - VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
 - VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.
- Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Por esta razão, se houver quaisquer das hipóteses mencionadas nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem, poderá a parte prejudicada requerer, perante o Poder Judiciário, a declaração de nulidade da sentença arbitral proferida.

Vale ressaltar que o controle judicial das decisões arbitrais constitui exceção à regra, pois somente pode haver referido controle se houver as hipóteses previstas na legislação, conforme expressamente disposto no artigo 33 da Lei de Arbitragem, acima indicado.

Há de se estudar, também, a forma pela qual as partes optarão pela via arbitral. Por ser um método que decide, tal qual o Poder Judiciário, as propostas legislativas referem-se que deve haver clara opção pela arbitragem, o que, como dito, discordamos, já que entendemos que a arbitragem tributária deve ser a regra do sistema brasileiro, desafogando o Poder Judiciário dos casos tributários.

Aqui, entendemos, a arbitragem deveria ser compulsória, de forma que as partes não pudessem optar pelo Judiciário, para auxiliar na redução da carga processual existente nos tribunais.

Sabe-se que, conforme dispõe a Lei de Arbitragem, há duas formas básicas de optar pela arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso

arbitral. A cláusula compromissória, por ser cláusula existente dentro de um contrato, está afastada de aplicação no Direito Tributário, pois pressupõe prévio acordo existente entre as partes, o que não cabe nessa hipótese.

Contudo, seria possível incorporar o compromisso arbitral, já que representativo de um ato, que pode ser judicial ou extrajudicial e revela o desejo das partes envolvidas em solucionar o conflito pela via arbitral. O compromisso pode ser, inclusive, o pontapé inicial da arbitragem tributária.

Em grandes contratos de concessão a arbitragem já é utilizada pelo Estado, não sem grande resistência por parte de alguns administradores. Recentemente, o Tribunal de Contas da União, em acórdão da lavra do ministro Vital do Rêgo, entendeu que caberia ao TCU analisar a razoabilidade e a adequação do cumprimento arbitral, de um modo compatível com as disponibilidades e limites orçamentários (Acórdão 3160/2020, relator ministro Vital do Rêgo).

Contudo, no PL 4468/2020 a proposta é que cada parte arque com os honorários de seu próprio advogado, dizendo:

Art. 3º A arbitragem especial de que trata esta lei observará as seguintes condições:

IX – cada parte arcará com os honorários de seus próprios advogados e eventuais assistentes técnicos ou outros profissionais indicados pelas partes para auxiliar em sua defesa perante o juízo arbitral, independentemente do resultado final;

Por isso, entendemos, há a necessidade de adequação do projeto, incluindo os honorários de sucumbência tal qual decidido pelo legislador ordinário quando da decretação do Código de Processo Civil.

3. Conclusão

Neste breve ensaio, abordamos os projetos de lei 4468/2020 e 4257/2019, ambos em tramitação no Congresso Nacional. Referidos projetos trazem benefícios para desafogar o Poder Judiciário, criando e positivando a arbitragem tributária no Brasil.

De extrema importância, a arbitragem tributária poderá trazer maior celeridade ao julgamento dos casos tributários e das execuções fiscais no sistema judicial brasileiro, evitando discussões e análise de embargos à execução pelo Judiciário, retirando do devedor fiscal a possibilidade de discutir no Judiciário o débito existente.

Trouxemos exemplos de Portugal, que utiliza, há muito, a arbitragem tributária por meio do Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD), que teve uma sensível redução dos julgamentos nos Tribunais daquele país.

A criação de câmaras de arbitragem específicas para arbitragem tributária poderia especializar a matéria e facilitar a resolução desta chaga que assola o Judiciário brasileiro.

Percebe-se que a arbitragem tributária será muito eficaz para o sistema judicial brasileiro, possibilitando o desafogamento do Poder Judiciário e trazendo maior celeridade ao julgamento dos casos postos sob a análise dos árbitros.

Bibliografia

BERALDO, Leonardo de F. Curso de Arbitragem: Nos Termos da Lei N° 9.307/96. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2405/RS, Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 20.09.2019, Processo eletrônico DJe-215, Divulg. 02.10.2019, Public. 03.10.2019.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

_____. SENADO FEDERAL. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7984784&ts=1650302080988&disposition=inline>>. Acesso em 20 jul. 2022.

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. CAAD. Disponível em <<https://www.caad.org.pt/tributario>>. Acesso em 20 jul. 2022.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. Meios extrajudiciais de solução de conflitos: manual dos MSCs. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Editora Manole, 2022.

JR., Luiz Antonio S. Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação. Disponível em: Minha Biblioteca, 10ª edição. Grupo GEN, 2020.

MESSA, Ana, F. e Armando Luiz Rovai. Manual de Arbitragem. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2021.

SALLES, Carlos Alberto, D. et al. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Disponível em: Minha Biblioteca, 4ª edição. Grupo GEN, 2021.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves D. Mediação de conflitos. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2013.

SIMMEL, Georg. O conflito como sociação (Tradução de Mauro Guilherme Pinheiro Koury). RBSE - Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 10, n. 30, pp. 568-573. ISSN 1676-8965, 1964.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. Disponível em: Minha Biblioteca, 6ª edição. Grupo GEN, 2020.

A INSUFICIÊNCIA DOS INCENTIVOS COMPORTAMENTAIS DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL PARA A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Alex Alckmin de Abreu Montenegro Zamboni³

Resumo

Este artigo busca analisar as limitações dos incentivos do sistema processual para o uso de soluções consensuais de conflitos. Tendo como base aportes da análise econômica comportamental, examina a insuficiência dos incentivos aos sujeitos processuais para se valerem de soluções não adjudicadas para os conflitos.

1. Introdução

O incentivo aos mecanismos consensuais, no sistema processual brasileiro, já é política judiciária há certo tempo, tendo-se nacionalizado como política do Poder Judiciário pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010.

Essa política foi aprofundada no atual Código de Processo Civil, promulgado em 16 de março de 2015 e em vigor desde 18 de março de 2016, que prevê que a solução consensual de conflitos deve ser promovida e que *“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”* (art. 3º, §§2º e 3º, CPC).

Na estrutura procedimental do processo judicial, porém, o único incentivo expresso para a solução consensual de conflitos é a audiência de conciliação ou mediação do artigo 334 do CPC, etapa prévia à resposta do réu.

Esse artigo aborda as limitações dos incentivos do sistema processual do CPC vigente, que desconsideram os aspectos comportamentais, psicológicos e econômicos para que as partes do processo sejam efetivamente estimuladas a promoverem a solução consensual dos conflitos.

³ Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Assistente Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Dificuldades comportamentais para a escolha do acordo face à adjudicação

Economicamente, diz-se que acordos dependem da existência de

[...] uma zona de acordo positiva – um espectro de transferência de valores do réu para o autor de modo que ambos fiquem melhores do que se aguardassem o julgamento. A disposição da zona de acordo depende de três fatores: o modo como as partes calculam as probabilidades da adjudicação [favoravelmente ou não], os custos da litigância, e suas preferências em relação ao risco. De acordo com esse modelo, contanto que as partes compartilhem de uma avaliação comum dos potenciais riscos e recompensas de continuar com a litigância, elas irão calcular conjuntamente um valor esperado para o litígio. Nesse ponto, qualquer acordo acima do valor esperado *menos* os custos antecipados é desejável pelo autor, e qualquer acordo abaixo do valor esperado *mais* os custos antecipados é desejável ao réu. Assim, partes neutras ao risco ou avessas ao risco, com expectativas similares acerca do valor da adjudicação decorrente do não acordo, terá um incentivo a pactuar um acordo que aumenta com a magnitude da zona de acordo.⁴

Os estudos nesta área, de tomada de decisão na incerteza, ou sob risco, partem da concepção de que a aversão ao risco da maioria das pessoas, como a escolha entre um resultado certo ou uma aposta, a coisa segura será mais escolhida, mesmo que seu valor esperado seja inferior ao da aposta⁵. Isso porque “as escolhas das pessoas estão baseadas não em seus valores monetários, mas nos valores psicológicos dos efeitos, em suas utilidades”⁶ e a utilidade é

⁴ George LOEWENSTEIN, Samuel ISSACHAROFF, Colin CAMERER, e Linda BABCOCK, “Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining”. *Journal of Legal Studies*, vol. 22, no.1, January 1993, ps. 135-136, tradução livre.

⁵ Por exemplo, o valor esperado de uma aposta de 80% de chance de ganhar 100 reais e 20% de chance de ganhar dez reais é 82 reais = $0,8 \times 100 + 0,2 \times 10$; mas muitas pessoas preferiram receber 80 reais, valor inferior ao esperado (Daniel KAHNEMAN, *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Trad. bras. Cássio de Arantes Leite, 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 340).

⁶ *Idem, ibidem*.

dependente da variação dos valores, inversamente proporcional à quantidade inicial⁷.

O problema constatado pela teoria do prospecto é que, nesse modelo da utilidade esperada, falta a constatação de que a experiência de utilidade esperada pelas pessoas depende da mudança, do ponto de referência em relação ao qual devem ser comparadas as variações de valores – os ganhos e as perdas⁸. Com a inclusão do ponto de referência, entram em cena as influências psicológicas das heurísticas e dos vieses, o que explica como pode haver diferentes perspectivas, de aversão ao risco ou de busca do risco, apesar da utilidade esperada dos problemas ser a mesma.

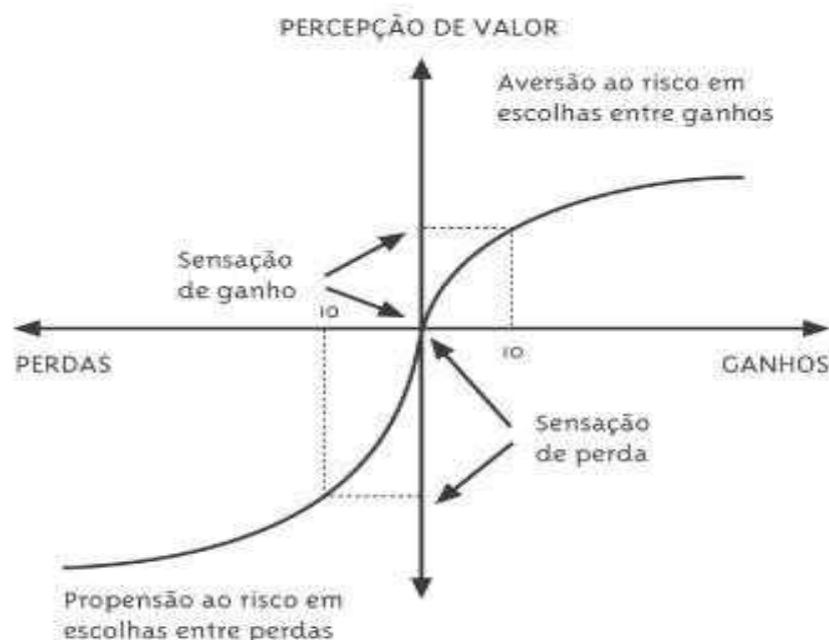
Pela teoria da perspectiva, o valor psicológico de ganhos e perdas são variáveis, conforme o ponto de referência, o *status quo*⁹, e as perdas são mais sentidas do que os ganhos, o produz um famoso gráfico elaborado por Kahneman e Tversky¹⁰:

⁷ “[...] o valor marginal decrescente da riqueza [...] é o que explica a aversão ao risco – a preferência comum que as pessoas em geral exibem por uma coisa segura em vez de uma aposta favorável de valor esperado igual ou ligeiramente maior.” (*Idem*, p. 341).

⁸ “Em teoria da utilidade, a utilidade de um ganho é aferida comparando-se as utilidades de dois estados de riqueza. [...] Nessa teoria, concede-se que as utilidades de ganhos e perdas sejam diferenciadas apenas no sinal (+ ou -). Não há maneira de representar o fato de que a desutilidade de perder quinhentos dólares poderia ser maior do que a utilidade de ganhar a mesma quantia – embora é claro ela seja. Como talvez seja esperado em uma situação de cegueira induzida pela teoria, possíveis diferenças entre ganhos e perdas não foram nem esperadas, nem estudadas. Presumiu-se que a distinção entre ganhos e perdas não importava, então não fazia sentido examiná-la.” (*Idem*, p. 347).

⁹ Ou uma expectativa de ocorrência no futuro. “A aversão à perda refere-se à força relativa de duas motivações: somos impelidos mais fortemente a evitar perdas do que a obter ganhos. Um ponto de referência às vezes é o *status quo*, mas também pode ser uma meta no futuro: não atingir uma meta é uma perda, superar a meta é um ganho. Como poderíamos esperar da dominância da negatividade, as duas motivações não são igualmente poderosas. A aversão ao fracasso de não atingir a meta é muito mais forte do que o desejo de superá-la.” (*Idem*, p. 377).

¹⁰ Daniel KAHNEMAN e Amos TVERSKY, “Prospect Theory: an Analysis of Decision under Risk”. *Econometrica*, vol. 47, no. 2 (Mar. 1979), p. 279.



11

Esse conservadorismo, a manutenção do *status quo*, justifica vários dos comportamentos dos sujeitos processuais. Neste ponto, é importante termos em perspectiva a noção do efeito dotação (*endowment effect*).

Em alguns mercados, para alguns bens, as pessoas valorizam-no mais quando os possuem do que quando não os possuem. Há diferenças entre bens e dinheiro para troca, quando são usados para a aquisição de outros bens, e bens para uso, para serem consumidos ou aproveitados¹².

Mas isso não explica como situações de grandes perdas podem ser mais desejadas do que outras, ou como grandes ganhos, menos prováveis, podem ser mais desejados em relação a ganhos menores e mais certos. Ou seja, situações em que o conservadorismo não existe, em que o *status quo* incentiva as mudanças.

É que “os pesos de decisão que as pessoas atribuem a resultados não são idênticos às probabilidades desses resultados, contrariamente ao princípio da

¹¹

Disponível

em

https://www.researchgate.net/figure/Figura-3-Representacao-grafica-da-Teoria-dos-Prospectos-Lei-de-Weber-Fechner-Fonte_fig2_39734466, acesso em 15/10/2023.

¹² KAHNEMAN e TVERSKY, *idem*, ps. 366-367.

“A influência da aversão à perda e direitos adquiridos se estende muito além do domínio das transações financeiras. Os juristas reconheceram rápido seu impacto no campo do direito e da administração da Justiça”. (*Idem*, p. 385).

expectativa”¹³. Em razão de vieses e de heurísticas cognitivos, as probabilidades objetivas não são avaliadas de forma matematicamente rigorosa pelos julgamentos das pessoas.

Mudanças de probabilidade são sentidas de forma mais forte quando ocorrem nas bordas do espectro de 0% a 100%, isto é, há mais efeito psicológico na mudança de 0 a 5% (efeito de possibilidade), do que na mesma mudança entre 5% e 10%; igualmente, há mais peso na mudança de 95% para 100% (efeito de certeza) do que na mudança de 90% para 95%.¹⁴

Com base nessas constatações, de que “as pessoas atribuem valores a ganhos e perdas, mais do que a riqueza, e [que] os pesos de decisão que atribuem a resultados são diferentes de probabilidades”¹⁵, Kahneman e Tversky propuseram o chamado padrão quádruplo, que combina as questões envolvendo riscos e perdas com as probabilidades diferentemente sentidas, o que explica muitos comportamentos que, segundo a teoria econômica do agente racional, seriam desviantes. O padrão quádruplo gera quatro cenários:

¹³ *Idem*, p. 389.

¹⁴ “A combinação do efeito de certeza e dos efeitos de possibilidade nos dois extremos da escala de probabilidade é inevitavelmente acompanhada de uma sensibilidade inadequada a probabilidades intermediárias.

[...] “Probabilidades que são extremamente baixas ou altas (abaixo de 1% ou acima de 99%) são um caso especial. É difícil atribuir um único peso de decisão a eventos muito raros, pois eles às vezes são completamente ignorados, determinados na prática como tendo um peso de decisão zero. Por outro lado, quando você não ignora os eventos muito raros, certamente atribui um peso excessivo a eles.” (*Idem*, p. 394).

¹⁵ *Idem*, p. 395.

	GANHOS	PERDAS
ALTA PROBABILIDADE – Efeito de certeza	95% de chance de ganhar 10 mil dólares Medo de decepção AVERSÃO AO RISCO Aceitação de acordo desfavorável	95% de chance de perder 10 mil dólares Esperança de evitar perda BUSCA DE RISCO Rejeição de acordo favorável
BAIXA PROBABILIDADE – Efeito de possibilidade	5% de chance de ganhar 10 mil dólares Esperança de grande ganho BUSCA DE RISCO Rejeição de acordo favorável	5% de chance de perder 10 mil dólares Medo de grande perda AVERSÃO AO RISCO Aceitação de acordo desfavorável

KAHNEMAN, *Rápido e Devagar*, ob. cit., p. 395.

Esse padrão que justifica parte das dificuldades entre a opção por um julgamento e um acordo: como o julgamento é uma aposta (pois sua probabilidade é variável, dependente de vários fatores, como as provas a serem produzidas, a interpretação do direito a ser aplicado, o livre convencimento do julgador), as posições das partes são variáveis, dependendo de como elas concebem as probabilidades dos resultados do julgamento.¹⁶

Os fatores que influenciam a definição de uma zona de acordo – as diferentes probabilidades das partes quanto aos resultados do julgamento, os custos da litigância e as preferências de riscos das partes – não podem ser considerados isoladamente. Os estímulos comportamentais para uma escolha do acordo em relação à adjudicação devem influir sobre esses elementos em conjunto, e considerando as limitações cognitivas das partes.

Como esclarece Erik Wolkart:

¹⁶ Chris GUTHRIE, “Prospect Theory, Risk Preference and the Law”. *Northwestern University Law Review*, no. 97, 2003, ps. 1.115-1.163; e Chris GUTHRIE, “Framing Frivolous Litigation: a Psychological Theory”. *University of Chicago Law Review*, no. 67, 2000, ps. 163-216.

[...]o sistema brasileiro não gera estímulos suficientes para o alcance de taxas ótimas de ajuizamento de demandas judiciais e de realização de autocomposição de conflitos, dentro ou fora do processo, o que acarreta dificuldades no enfrentamento do cenário de tragédia da justiça e na concretização dos objetivos cooperativos do art. 6º do CPC/2015. As razões da insuficiência dos estímulos passam pelo baixo custo do processo, pela (falta de) distribuição desses custos, pela estrutura remuneratória de advogados públicos e privados, pelas assimetrias informacionais e pela insegurança jurídica gerada pelo sistema.¹⁷

Mas não só, porque os estímulos não se limitam aos incentivos financeiros de alteração dos custos da litigância ou mesmo às incertezas da probabilidade da tutela jurisdicional adjudicada favorável à parte.

Não se deve ignorar que aspectos estruturais do sistema processual desincentivam os acordos, mesmo com os estímulos escolhidos na arquitetura do CPC/2015 – em especial o artigo 334. Contudo, só isso não basta, sem que as audiências sejam consideradas em primeiro lugar pelas partes e pelos sujeitos processuais.

Por causa de vieses comportamentais, em especial a heurística da representatividade¹⁸ e o viés do *status quo*, o comportamento das partes em direção ao uso das tentativas de solução consensual dependem de estímulos que vão além da mera consideração do espectro da zona de acordo.

Isso também em razão de os vieses cognitivos estudados não afetarem somente as perspectivas de probabilidades de sucesso ou insucesso das partes com a solução adjudicada. Eles também afetam percepções de outros valores que incentivam comportamentos adversariais ou consensuais das partes, como

¹⁷ Erik Navarro WOLKART, *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 766.

¹⁸ A heurística da representatividade envolve julgamentos em que se vale de estereótipos, substituindo considerações de taxas-base por julgamentos de similaridade. Essa heurística é a responsável por grande parte dos equívocos estatísticos das pessoas, pelo julgamento e pela estimativa indevida das taxas-base, em grande medida ignoradas, em desfavor de informações ou irrelevantes ou supérfluas.

questões de justiça, sentimentos de arrependimento e decepção¹⁹, e os aspectos de escolhas intertemporal.

3. Estímulos comportamentais para a tentativa de acordo

As premissas centrais da análise econômica e comportamental do Direito (*behavioral law and economics*) podem ser resumidas em:

[...] três importantes “limites” do comportamento humano, limites que problematizam as questões centrais da maximização da utilidade, da estabilidade de preferências, da racionalidade de expectativas, e do processamento ótimo de informações. Pode-se dizer que pessoas apresentam racionalidade limitada, força de vontade limitada, e autointeresse limitado.²⁰

Racionalidade limitada refere-se às limitações cognitivas e de julgamento; força de vontade limitada refere-se às condutas que sabemos que não atendem bem aos interesses de longo prazo; e autointeresse limitado refere-se ao fato de que a maioria das pessoas se importa ou age como se se importasse com os outros, mesmo estranhos, dependendo das circunstâncias. E cada um desses limites cognitivos e comportamentais influenciam alguns aspectos do Direito:

Primeiro, racionalidade limitada atinente a comportamentos de julgamento atua sempre que os atores no sistema legal devem aferir a probabilidade de um evento incerto. Segundo, racionalidade limitada atinente a tomada de decisões atua sempre que atores estão avaliando resultados. Força de vontade limitada é mais relevante quando decisões têm consequências ao longo do tempo [...]. Finalmente, autointeresse limitado [...] é relevante principalmente em situações em que uma parte se desviou substancialmente da conduta usual ou ordinária daquelas

¹⁹ Chris GUTHRIE, “Better Settle than Sorry: the regret aversion theory of litigation behavior”. *University of Illinois Law Review*, vol. 1999, no. 1, 1999.

²⁰ Christine JOLLS, Cass R. SUNSTEIN, e Richard H. THALER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”. In: SUNSTEIN, Cass R. (edit.), *Behavioral Law and Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 14, tradução livre.

circunstâncias; nessas circunstâncias, a outra parte geralmente estará disposta a incorrer em custos financeiros para punir o comportamento “injusto”.²¹

Assim, podemos dizer que os estímulos ao acordo em face da adjudicação tratam apenas de uma parte bastante específica dos vieses comportamentais, isto é, a racionalidade limitada, em especial a avaliação das chances de cada litigante e sua comparação aos custos do processo, para determinar a zona de possibilidade de acordo.

Ocorre que os estímulos analisados não concorrem para enfrentar outros problemas de limites cognitivos e comportamentais. Não há estímulos, em primeiro lugar, para superação do viés do *status quo*, da “cultura da sentença”, que considera a adjudicação como a regra no processo civil, após o processo ter sido formado. Não há estímulos também para enfrentar grande parte dos problemas de superconfiança ou de viés de autointeresse, na avaliação das probabilidades de cada parte. Igualmente, não há estímulos que considerem as naturais diferenças de avaliação decorrentes da passagem do tempo, como o desconto hiperbólico. E, por fim, há poucos estímulos ligados aos limites de autointeresse, que tratam de considerações de justiça e ressentimentos.

É por isso que entendemos que os estímulos comportamentais escolhidos pelo legislador no CPC são acanhados²², não lidando adequadamente com os desafios decorrentes do comportamento das partes, na escolha entre a adjudicação e o acordo, nem mesmo na escolha da própria consideração da possibilidade de haver uma tentativa de solução consensual. Esses desafios demandam novas medidas, em especial estímulos comportamentais leves, pouco invasivos.

3.1. Viés do autointeresse

Segundo George Priest e Benjamin Klein²³, a possível não solução de um conflito por meio do acordo decorre de erros de julgamento das probabilidades

²¹ *Idem*, p. 16, tradução livre.

²² Mesmo a escolha expressa do legislador pelo uso da opção sancionatória, de estratégia “comando e controle”, com a multa do §8º do artigo 334 do CPC.

²³ George L. PRIEST, e Benjamin KLEIN, “The selection of disputes for litigation”. *Journal of Legal Studies*, vol. 13, January 1984, ps. 01-56.

de sucesso de um caso (ou de insucesso, no caso do réu), em decorrência especialmente de informações imperfeitas e insuficientes de cada parte: “casos que não chegam a um acordo são aqueles em que os autores superestimam e/ou os réus subestimam o valor esperado de esperar uma adjudicação judicial”, e que os erros de estimativa são aleatórios, isto é, que “os casos que vão a julgamento são simplesmente aqueles azarados em que os erros das partes se somam para eliminar a zona de acordo que iria de outra forma surgir dos riscos e custos da adjudicação”.²⁴

Estudos analisados por Loewenstein, Issacharoff, Camerer e Babcock apresentam resultados contraditórios com essas previsões do modelo padrão de Priest e Klein: basicamente que, embora haja previsão adequada de seleção de casos entre adjudicação e acordo pela incerteza dos dados (como pela análise de amostras pequenas, que reduzem os acordos em razão dos vieses de representatividade no julgamento estatístico das partes), não há previsão adequada do modelo quanto à suposição de que custas mais elevadas aumentariam as chances de acordo.²⁵

Isso decorreria de outros desafios psicológicos não considerados meramente pelos custos da litigância, a existência de informações e chances mais certas, ou as preferências de riscos das partes.

Em especial, o modelo padrão de Priest e Klein não considera os vieses de autointeresse nas estimativas das partes sobre suas chances favoráveis na adjudicação, bem como a existência de outros motivos para aceitar ou não um acordo, além do motivo pecuniário.

Em resumo,

Nossos achados demonstram a importância de ambas as considerações psicológicas discutidas acima. Contrariamente à explícita suposição do modelo Priest-Klein, previsões do valor de uma causa e julgamentos de qual acordo seria justo são ambos viesados em uma maneira autointeressada. Ademais, a magnitude do viés é um forte preditor do não-acordo. Desafiando a suposição de que as partes são guiadas puramente por

²⁴ George LOEWENSTEIN, Samuel ISSACHAROFF, Colin CAMERER, e Linda BABCOCK, “Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining”. *Journal of Legal Studies*, vol. 22, no.1, January 1993, ps. 136-137, tradução livre.

²⁵ *Idem*, p. 138.

preocupações pecuniárias, nós descobrimos que a magnitude e a distribuição dos custos de se submeter a um processo adjudicatório não tem os efeitos previstos na probabilidade de acordo ou no valor deles. Apesar dos moderados incentivos pecuniários (que induziram a participação dos sujeitos de início), os disputantes pareceram mais preocupados em atingir o que eles consideravam um julgamento justo do caso do que maximizar o seu próprio valor esperado.²⁶

Por isso que a consideração das heurísticas de julgamento e dos vieses cognitivos é relevante para a formatação da melhor arquitetura de escolha, entre a adjudicação e o consenso. Em especial, esse é um dos elementos de porque a obrigatoriedade da audiência de mediação é relevante, porque é um mecanismo para enfrentar os vieses cognitivos das partes, em especial das concepções egoísticas do viés do autointeresse.²⁷

Ademais, a existência de obrigatoriedade de uma tentativa de acordo também atua para superar possíveis vieses de arrependimento e decepção das partes. O desviesamento por uma audiência de mediação ajuda no controle das percepções das partes sobre as suas chances de resultado favorável de uma adjudicação e, por consequência, controla possíveis exageros nos vieses de arrependimento e decepção.

Pode-se discutir qual a melhor formatação de momento adequado para uma tentativa de solução consensual, mas uma estrutura de obrigatoriedade da mediação não é em si ruim. Porém, apenas a obrigatoriedade não basta, sem a consideração de outros elementos a influírem nos vieses analisados.

3.2. Concepções de justiça

A teoria dos jogos tem realizado vários experimentos diversos para examinar os comportamentos cooperativos e adversariais das pessoas, cada jogo diferente apresentando diferentes posições partindo de estímulos comportamentais e vieses cognitivos diversos.

²⁶ *Idem*, p. 139, tradução livre.

²⁷ *Idem*, p. 159. Igualmente, Linda BABCOCK, George LOEWENSTEIN, e Samuel ISSACHAROFF, "Creating Convergence: debiasing biased litigants". *Law and Social Inquiry*, vol. 22, no. 4, Fall 1997, ps. 913-926.

O jogo clássico da teoria dos jogos é o Dilema do Prisioneiro²⁸. As estratégias disponíveis para cada jogador são ou cooperar (ficando calado) ou trair (delatar, confessar). “A previsão teórica do jogo é que ambos os jogadores desertarão porque, não importa o que o outro jogador faça, essa atitude responde ao interesse egoísta de cada jogador.”²⁹ Contudo, vários testes demonstram taxas de cooperação consistentes, e não desprezíveis.³⁰

A mesma previsão teórico-econômica de egoísmo generalizado existe em relação do Jogo dos Bens Públicos, jogo em que as pessoas recebem uma quantidade especificada de dinheiro para contribuírem a um fundo comum, que será depois duplicado e dividido por igual a todos. Prevê-se o egoísmo porque não contribuir com nada pode maximizar os ganhos; mas, se ninguém contribui com nada, todos terminam com a metade do dinheiro que poderiam em tese receber.

Contudo, também os testes empíricos do jogo demonstraram que a teoria não se confirma na prática, apesar de os índices de contribuição começarem altos e irem diminuindo até próximos de zero conforme os jogos são repetidos.³¹

Ambos os jogos que estudam as interfaces entre cooperação e egoísmo – Dilema do Prisioneiro e Jogo dos Bens Públicos –, demonstram que a racionalidade econômica padrão não explica em totalidade o comportamento dos envolvidos.

Segundo Thaler,

[...] uma grande proporção de pessoas pode ser classificada na categoria de *cooperadores condicionais*, ou seja, estão dispostas a cooperar se houver bastante gente cooperando. As pessoas começam esses jogos dispostas a darem aos seus colegas jogadores o benefício da dúvida, contudo, se os índices de cooperação forem baixos, esses cooperadores condicionais se transformam em caronistas. No entanto, a cooperação pode ser mantida mesmo em jogos repetidos se for dada aos jogadores a oportunidade de punir aqueles que não cooperam. [...] as pessoas

²⁸ Robert AXELROD, *A Evolução da Cooperação*. Trad. bras. Jusella Santos. São Paulo: Leopardo editora, 2010.

²⁹ Richard H. THALER, *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Trad. bras. George Schlesinger, 1ª ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, ps. 157-158.

³⁰ *Idem, ibidem*; e AXELROD, *A Evolução da Cooperação*, *ob. cit.*

³¹ THALER, *Misbehaving*, *ob. cit.*, ps. 158-159.

estão dispostas a gastar algum dinheiro das suas próprias economias para ensinar uma lição àqueles que se comportam injustamente, e essa disposição de punir disciplina caronistas potenciais e mantém robustos índices de cooperação estáveis.³²

Na mesma linha, Axelrod argumenta, com base no Dilema do Prisioneiro, que os estímulos para a cooperação dependem, basicamente, de quatro elementos: aumentar a importância do futuro, alterar as recompensas, ensinar a reciprocidade e melhorar as capacidades de reconhecimento.³³

Com base nessas constatações, podemos dizer que a escolha apenas dos incentivos pecuniários para forçar a obrigatoriedade da audiência de mediação não basta. Sem as considerações de justiça, com o reconhecimento de padrões de comportamentos das partes e dos advogados em sua conduta na escolha entre a adjudicação e o acordo, e entre padrões de acordo, os estímulos ao acordo chegam em um ambiente estéril.³⁴

Não só é importante a percepção de que as considerações de justiça dependem do reforço da importância do futuro e da fixação clara de padrões de conduta reiterada de cada “jogador”, mas também que outros vieses influenciam como essas concepções são encaradas pelos demais.

A obrigatoriedade da audiência de mediação é reforçada pelas questões envolvendo as percepções de justiça das partes; mas deve ser combinada com outros estímulos, para esclarecer o valor do futuro e os padrões de conduta reiterada dos jogadores.

Nesse ponto, assomam os problemas do princípio da confidencialidade da mediação. Em demandas repetitivas, os litigantes repetitivos possuem a vantagem de controlar o resultado do acordo também por esse aspecto, não só por considerar as estimativas de suas chances de sucesso ou insucesso na adjudicação.

³² *Idem*, p. 160.

³³ AXELROD, *A Evolução da Cooperação*, *ob. cit.*, ps. 160-161.

³⁴ Por isso que, dentre outros motivos, Marc Galanter afirma que os “que têm chegam sempre na frente”, dentre o que a possibilidade de jogar com a barganha, isto é, o julgamento das chances de sucesso da adjudicação e do acordo, escolhendo os casos a serem resolvidos por acordo e aqueles a serem julgados por um juiz (Marc GALANTER, “Why the ‘haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change”. *Law & Society Review*, vol. 9, no. 1, Fall 1974, ps. 95-160).

Controle dos limites do acordo e dos padrões de comportamento cooperativo é possível para o litigante repetitivo, que sabe como ele vem se comportando reiteradamente, e pode avaliar a importância do futuro com base em suas relações com terceiros, outros possíveis afetados pela mesma conduta objeto do processo em consideração.

Em razão da confidencialidade das audiências de mediações, aumentam as dificuldades de identificação de padrões de comportamento e de critérios de justiça pelos litigantes eventuais. Isso, por sua vez, contribui para reforçar os vieses de autointeresse na apuração das chances de sucesso na adjudicação, reforçando o ciclo dos desestímulos ao acordo.

3.3. Vieses do tempo

Por fim, uma escolha entre a adjudicação e o consenso não poderia ser examinada sem serem considerados os estímulos do tempo no comportamento dos sujeitos.

Como dito anteriormente, as pessoas apresentam consistente viés do presente, descontando o valor do futuro, o que gera diferenças nas expectativas conforme o tempo vai passando.

Em um processo judicial, o tempo é um fator muito poderoso, tendo em vista os prazos processuais durante toda a amplitude do procedimento, bem como o tempo “morto”, perdido, pelas demoras de julgamento.

Nesse ponto, há um sério problema na estrutura da obrigatoriedade da audiência de mediação: o prazo para contestação do réu e, portanto, para a continuidade do processo, está ligado à manifestação dele sobre seu interesse ou não na participação da audiência de mediação (art. 335, II, CPC), ou, se ela for realizada, após a frustração da tentativa de solução consensual (art. 335, I, CPC).

Dessa forma, o tempo do processo é dilatado, o que modifica os vieses cognitivos naturais da escolha intertemporal, do desconto hiperbólico. Para o autor, quanto mais tempo demora, há menos valor no resultado da adjudicação, de forma que um acordo será valorizado por ele em proporções mais reduzidas.

O desconto hiperbólico é mais forte no comportamento de pessoas físicas, e não de pessoas jurídicas, pela estrutura institucional destas, já que uma das vantagens da relação principal-agente é reduzir os vieses cognitivos do principal.³⁵

Por isso que seria mais adequado haver uma completa desvinculação dos prazos processuais do procedimento da tentativa de solução consensual. Um procedimento de mediação inserido dentro de um processo jurisdicional de solução adjudicada deveria correr em paralelo à solução adjudicada.

Comportamentalmente, trata-se de uma solução mais adequada, pelos vieses do tempo, apesar de não solucionar o problema principal, à primeira vista, do alegado excesso de processos, já que não se usa a mediação como obstáculo para a continuidade do processo e incentivo para encerramento de litígios. Porém, quando se considera os vieses do tempo no comportamento das partes, o prosseguimento do processo adjudicatório passa a ser um estímulo para a solução consensual, com base nas diferenças de valoração da utilidade esperada do resultado adjudicado conforme o processo vai tendo seguimento e se aproxima da sentença.

Os vieses do tempo, entretanto, não se limitam a isso. Em razão do viés do *status quo*, a inércia das partes para se submeterem a audiências de mediação é muito destacada.

O artigo 334, entretanto, é apenas um momento de tentativa de solução consensual, e seu §2º prevê que outras sessões podem ser designadas, se necessárias para a composição das partes, sem excederem o prazo máximo de 2 meses após a primeira audiência. Esse prazo limitado reduz as possibilidades de acordo, conforme o tempo vai passando, já que a maioria dos processos dura, em média, mais do que esse período.³⁶

Não se ignora que o artigo 3º, §3º, do CPC dispõe sobre o dever dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do MP de estimularem os meios consensuais de solução de conflitos a qualquer momento, durante o curso do processo. Contudo, trata-se de dever genérico, sem especificação, o que induz os vieses do *status quo*, pela inércia de ser continuado o processo até a sentença, sem qualquer posterior tentativa de solução consensual.

³⁵ THALER, *Misbehaving*, *ob. cit.*, ps. 119-120; e GUTHRIE, “Better Settle than Sorry”, *ob. cit.*, p. 82.

³⁶ Conselho Nacional de Justiça, *Justiça em números 2023*, Brasília: CNJ, 2023, p. 101.

O mesmo pode ser dito em relação à previsão do parágrafo único do artigo 694 do CPC, quanto às ações de direito de família, que prevê a possibilidade de o processo ser suspenso, a pedido das partes, a qualquer tempo, para submissão a mediação extrajudicial. Por se tratar de uma possibilidade em tempo indefinido, os vieses do tempo atuam fortemente.

De outro lado, poder-se-ia dizer que, em relação ao juiz, o artigo 359 do Código fixa dever determinado de tentar conciliar as partes, no momento de instalação da audiência de instrução e julgamento. Porém, outros vieses cognitivos acabam influenciando negativamente nesse momento, como o viés de autointeresse e os sentimentos de arrependimento e decepção, já que a conciliação seria tentada pelo responsável pela adjudicação.

Para contornar esses problemas, o mais adequado seria que a audiência de mediação não fosse considerada um momento procedimental único, mas um conjunto de atos processuais, um processo autônomo e paralelo ao processo adjudicatório, com momentos específicos para sessões consensuais serem realizadas, coincidindo com momentos importantes do processo adjudicatório. A exemplo do que já ocorre com o artigo 334, antes da contestação, outras audiências obrigatórias poderiam ocorrer próximo ao saneamento (ou julgamento antecipado) e antes do julgamento após ampla instrução.

Os estímulos comportamentais para a escolha entre a adjudicação e o acordo, assim, adviriam desses processos decisórios concorrentes e paralelos, não excludentes, o que é uma das formas de controlar os vieses do tempo, no comportamento de autocontrole das partes;³⁷⁻³⁸ assim como os vieses dos

³⁷ Diz-se autocontrole não propriamente como se a escolha pela adjudicação fosse uma conduta impetuosa, que se toma de “cabeça quente”, como seria um comportamento de se entregar à tentação e sair de uma dieta, por exemplo. Autocontrole, nesse sentido, refere-se ao comportamento de manter as mesmas expectativas e valorações consistentemente, sem mudanças conforme a passagem do tempo. Ao incluir momentos específicos para a mediação obrigatória ao longo de todo o processo, busca-se manter consistentes as expectativas das partes, para que elas não valorem de forma ilógica os termos de um acordo ou de uma solução consensual. Não que isso gere sempre os mesmos valores, de um acordo proposto e aceito liminarmente ou um acordo proposto e aceito às vésperas de uma sentença. A fixação de momentos reiterados e consistentes, contudo, contribui para que os demais vieses comportamentais tenham menos efeito na avaliação da utilidade entre a adjudicação e o acordo – em especial os vieses de autointeresse e de arrependimento.

³⁸ Sobre essa questão envolvendo cadeias concorrentes de processos e sua influência no autocontrole, é um dos resultados consistentes de pesquisas de comportamento animal, com variações de estímulos e de tempo. Vide Howard RACHLIN, *Judgment, decision and choice: a cognitive/behavioral synthesis*. New York: W. H. Freeman and Company, 1988, ps. 169-186.

sentimentos de arrependimento e decepção.³⁹

4. A insuficiência da arquitetura de escolha do CPC para incentivar a solução consensual de conflitos

De todos esses pontos, considerando as características das partes, os vieses cognitivos delas, de seus advogados e dos juízes, além dos aspectos do conflito, acreditamos ter sido possível demonstrar que a obrigatoriedade da audiência do artigo 334 do CPC deve ser encarada como um importante estímulo comportamental não só para que as pessoas considerem a opção da solução consensual em face da solução adjudicada; mas também que possam controlar seus vieses cognitivos para que a solução consensual seja a mais adequada possível ao conflito existente.

Apenas a obrigatoriedade, porém, não é suficiente. Estímulos adicionais devem ser previstos, muitos deles de caráter leve e pouco invasivo, ao contrário da multa prevista pelo §8º do artigo 334 do CPC. Informação adequada sobre as características da mediação; manifestação pessoal, específica e breve das partes sobre seu interesse na solução consensual; criação de padrões de justiça de acordos; e desvinculação do procedimento da mediação do processo judicial, ambos correndo em paralelo, com etapas sucessivas para acordos e solução adjudicada, são alguns dos estímulos que sugerimos para reforçar a obrigatoriedade da audiência da mediação no processo civil brasileiro.

A mediação não será uma solução para todos os casos, mas pode ser mais utilizada e de forma mais adequada do que no momento, no contexto de superação dos vieses cognitivos e comportamentais das partes, na escolha a ser feita entre uma solução adjudicada ou uma solução consensual.

Bibliografia

AXELROD, Robert. *A Evolução da Cooperação*. Trad. bras. Jusella Santos. São Paulo: Leopardo editora, 2010.

³⁹ Jennifer ROBBENOLT, "Litigation and Settlement". In: ZAMIR, Eyal; e TEICHMAN, Doron (edit.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 630.

BABCOCK, Linda; George LOEWENSTEIN, e ISSACHAROFF, Samuel. "Creating Convergence: debiasing biased litigants". *Law and Social Inquiry*, vol. 22, no. 4, Fall 1997, ps. 913-926.

GALANTER, Marc. "Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review*, vol. 9, n. 1, Fall 1974, pp. 95-160.

GUTHRIE, Chris. "Better Settle than Sorry: the regret aversion theory of litigation behavior". *University of Illinois Law Review*, vol. 1999, no. 1, 1999, ps. 43-90.

_____. "Framing Frivolous Litigation: a Psychological Theory". *University of Chicago Law Review*, no. 67, 2000, ps. 163-216.

_____. "Prospect Theory, Risk Preference and the Law". *Northwestern University Law Review*, no. 97, 2003, ps. 1.115-1.163.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; e THALER, Richard H. "A Behavioral Approach to Law and Economics". In: SUNSTEIN, Cass R. (edit.), *Behavioral Law and Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000, ps. 13-58.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.

_____. Emenda n. 01 à Resolução n. 125, de 31 de janeiro de 2013.

_____. Emenda n. 02 à Resolução n. 125, de 08 de março de 2016.

_____. *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Trad. bras. Cássio de Arantes Leite, 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____; e Amos TVERSKY, "Prospect Theory: an Analysis of Decision under Risk". *Econometrica*, vol. 47, no. 2 (Mar. 1979), ps. 263-291.

LOEWENSTEIN, George; ISSACHAROFF, Samuel; CAMERER, Colin; e BABCOCK,

Linda. "Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial Bargaining". *Journal of Legal Studies*, vol. 22, no.1, January 1993, ps. 135-159.

PRIEST, George L.; e KLEIN, Benjamin. "The selection of disputes for litigation". *Journal of Legal Studies*, vol. 13, January 1984, ps. 01-56.

RACHLIN, Howard. *Judgment, decision, and choice: a cognitive/behavioral synthesis*. New York: W. H. Freeman and Company, 1988.

ROBBENNOLT, Jennifer. "Litigation and Settlement". In: ZAMIR, Eyal; e TEICHMAN, Doron (edit.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, ps. 623-642.

THALER, Richard H. *Misbehaving: A construção da economia comportamental*. Trad. bras. George Schlesinger, 1ª ed., Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NEGOCIAÇÃO COMO “SOFT SKILL”

OU HABILIDADE NECESSÁRIA

Por Alexandre Palermo Simões

Advogado, Bacharel e Especialista em Direito Comercial (Pós Graduação *Lato Sensu*) pela Faculdade de Direito da USP. Negociador treinado pela Scotwork, Faleck Associados, *UCLA-Berkeley*, *University of Pepperdine* e *Harvard University (PON)*. Mediador Certificado pelo Instituto DeFamília, *MEDIARAS*, ALGI Mediação, ICFML, IMAB, *IMI* e *ADR ODR INTERNATIONAL*. Professor de Negociação, Mediação e Arbitragem no CEU LAW SCHOOL, ESA OAB/SP, IBMEC-SP e FIAP. Membro Consultor da Comissão de Mediação da OAB/SP, membro do Conselho Consultivo de Mediação do CAM-CCBC; integrante do GEMEP/CBAr. Conselheiro e Vice-Presidente Internacional do ICFML. Sócio de Ragazzo, Simões, Lazzareschi e Montoro Advogados, onde atua em Direito Empresarial, Direito Desportivo, Contratos e ADRs (Negociação, Facilitação, Mediações e Arbitragens), tendo conduzido diversas Negociações, Mediações e Arbitragens no Brasil e no exterior.

SUMÁRIO

1 - Introdução. 2 - O que é Negociação? 3 - Para que serve a Negociação? 4 - O Dilema do Negociador. 5 - ZOPA e *BATNA*. 6 - Como superar barreiras e alcançar resultados satisfatórios nas Negociações. 7 - Conclusão. 8 - Bibliografia.

“Que nós nos tornemos a mudança que buscamos no Mundo.”

Mahtma Gandhi

1. Introdução

Em uma boa parte de nossos dias cada um de nós está envolvido, e muito, com negociações de todas as ordens, por meio de escolhas e tomando decisões pessoais, profissionais.

Se pararmos para refletir iremos constatar que nossa rotina, pessoal ou profissional, envolve a tomada de decisões o tempo todo, e é dessa maneira que buscamos obter algo que queremos, ou de que tanto pesamos ser uma necessidade nossa, ou que precisamos, ou que nos interessa e/ou que signifique para nós alguma espécie de reconhecimento, conquista, privilégio, valor, desejo ou satisfação.

Assim, gostando ou não, temos e teremos que negociar e muito ao longo de nossas vidas!

Logo, e diante da inevitabilidade dessa situação, o melhor a ser feito é buscarmos o constante aperfeiçoamento dessa habilidade, aprendendo e praticando as mais variadas técnicas de negociação que formos percebendo, e usá-las na preparação e no desenho de estratégias cada vez mais flexíveis, na construção de opções por meio do diálogo e no aprofundamento e análises de alternativas nossas e dos outros, para que o tão sonhado “sim” seja atingido e refletido na celebração de um acordo ou no entendimento do motivo para não concluí-lo.

O Projeto de Negociação (*PON*) da *Harvard Law School* e tem produzido resultados fantásticos nessa direção e uma das obras que nasceram dessa iniciativa é a festejada: “*Getting to Yes: negotiating agreement without giving in*” que traduzida para nosso idioma recebeu o título de “Como Chegar ao Sim”, de coautoria de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, onde se tem a estrutura de uma negociação baseada em 7 (sete) princípios, os quais, em apertada síntese, incluem:

- i. Não barganhar com as posições;
- ii. Separar as Pessoas do Problema (e ser suave com as Pessoas e duro com o Problema);
- iii. Concentrar-se em Interesses (seus e do outro);
- iv. Avaliar as opções de ganhos mútuos (geradas por você, o outro e pelas combinações possíveis do que cada um trazer);
- v. Insistir em critérios objetivos;
- vi. Avaliar e desenvolver a sua *BATNA*, inferir sobre a *BATNA* do outro, calcular e revisar sua *ZOPA* e inferir sobre a *ZOPA* do outro; e
- vii. Tomar a decisão de firmar ou não um acordo baseado em tudo o que for obtido no procedimento acima mencionado.

Logo mais serão explicados os conceitos de BATNA e ZOPA, sendo desvendados, para que ainda não conhece, tanto o significado como a extensão e o uso desses acrônimos, ou, se preferirem, dessas duas interessantes “sopas de letras”, nas negociações.

O Professor e Antropólogo Norte-americano William Ury foi, a meu juízo, ainda mais longe nesses estudos e, em seu livro mais recente (“*Getting to Yes with Yourself*” ou “Como Chegar ao Sim com Você Mesmo”), infere que o maior adversário de cada um de nós ou o nosso maior aliado está diante do espelho, ou seja: somos nós mesmos, o que nos coloca na tarefa de primeiro chegarmos ao sim consigo mesmo, para só depois, e então, negociarmos com terceiros.

Aliás, foi exatamente à mesma conclusão que chegou o saudoso mestre Argentino e Enrique Fernández Longo, conforme se pode ler em sua majestosa obra “*La Negociación Inevitable. Conmigo y Contigo*” e que ainda, e ao que sei, não teve uma tradução para o Português. Nela Longo analisa e promove, com base em sua extensa experiência em importantes negociações, um mergulho interno e prévio ao que cada ser humano busca, e isso deve ser feito antes do mergulho natural e externo que pode ser promovido junto à outra pessoa com a qual se pretende negociar. Longo nos cita os casos exitosos do qual participou e nos quais todos os envolvidos seguiram esse sábio rumo e essa preciosa ordem.

Também é digno de menção um método chamado SCPI (“*Self Reflection for Conflict Professionals Intensive*”) que pode ser considerado um tesouro e se encontra citado na obra do Professor, advogado e mediador Gary J. Friedman que recebeu o sugestivo título “*Inside Out: how conflict professional can use self reflection to help their clients*”, e que estabelece que a autorreflexão é um caminho muito útil, interessante e efetivo para lidarmos com conflitos e tomadas de decisão.

Os profissionais que estão envolvidos com Mediação, e aí considerados tanto os Mediadores, os Advogados ou as partes (Mediandos) sabem que nesse procedimento haverá espaço (e tomara que muito) para a Negociação, de sorte que o conhecimento dessa habilidade e a identificação das formas e técnicas utilizadas será sempre de grande valia a todos.

Neste artigo a intenção é que o leitor possa refletir sobre negociação e verificar se existe algo diferente a ser feito na prática de suas negociações com a incorporação de algumas ou várias das ferramentas comunicacionais e mecanismos que, de forma sucinta, serão adiante e a seguir abordados.

Ao final, e antes de uma conclusão que aponta para o protagonismo do ser humano enquanto tomador de decisões e solucionador efetivo de problemas, registrada vai uma Bibliografia básica para que os interessados possam se aprofundar mais e ter mais detalhes sobre qualquer dos conceitos ou termos abordados nesse nosso “primeiro voo conjunto”, o qual, como se nota, será apenas curto e panorâmico.

2. O Que é Negociação?

São diversas as definições que poderemos encontrar a respeito da palavra negociação, cuja raiz latina é “*negotiatuus*” que significa em Inglês: “*to carry on business*” e em Português: “conduzir negócios”.

Uma das melhores definições dentre as que eu me recordo é que a Negociação é um meio e uma forma das pessoas, pelo diálogo, comunicarem-se e lidarem com suas diferenças.

Negociar é buscar um entendimento mútuo através do diálogo, o que evidencia a importância de uma comunicação efetiva para que a negociação se desenvolva a bem de todos.

Por sermos seres humanos é comum e usual que tenhamos interpretações e pontos de vista que sejam opostos, diferentes, diversos, distintos, contraditórios, antagônicos, discrepantes, ou conflitantes entre nós. Porém, e por dividirmos justamente a condição humana, devem existir, também, pontos em comum, ou seja, pontos de convergência e de concordância.

Por meio da negociação podemos chegar à construção conjunta de uma solução customizada, que leva em conta os interesses das partes, suas necessidades (muito mais do que suas posições ou apenas os seus direitos), logo, outra maneira de olhar para a negociação é dizer que a utilizamos para resolver nossos problemas e impasses, o que, muitas vezes, conseguimos atingir.

Negociar não pode ser apenas vencer alguém (ganhar algo dos outros, como se vê em negociações distributivas, ou competitivas), mas, envolve sim criar valor e facilitar acordos viáveis e efetivos com os outros, (negociações integrativas ou colaborativas), pois o relacionamento e a continuidade de negócios é um bem de muita importância para quem deseja negociar muito e em muitas mesas, ao longo de sua vida.

Encontramos a Negociação presente na Mediação, que é outro método não-adversarial e autocompositivo de soluções de controvérsias onde

normalmente o que se tem é a continuação (retomada) de um processo de negociação iniciado pelas partes e seus representantes, o qual tem por diferença que passa a ser feito com a ajuda e a assistência de um terceiro neutro e capacitado (chamado mediador), no qual as mediandas e seus advogados irão dialogar, sobre interesses e necessidades comuns e/ou antagônicas, e assim tentar construir uma alternativa de valor maior a elas, do que teriam em outros ambientes ou de outras formas.

A Advogada e Professora Alessandra do Nascimento e Silva Figueiredo Mourão, minha nobre colega de turma na USP, por exemplo, tem uma obra consagrada (e publicada recentemente em sua 5ª. edição) que trata de fornecer técnicas de negociação para Advogados, demonstrando que as habilidades de negociação não que ser conhecidas e praticadas por quaisquer profissões, e, sobretudo, pelos advogados, cujo futuro profissional certamente irá além de dizer quem tem ou não razão perante um tribunal ou uma corte.

Na obra já citada "*Como Chegar ao Sim: Como negociar acordos sem fazer concessões*" são indicados os 7 (sete) elementos-chave da Negociação, a saber:

- (a) Alternativas, que se constituem em possíveis ações (externas) que uma parte pode realizar sem entrar em acordo com as outras;
- (b) Interesses que são as preocupações, desejos, necessidades, esperanças, temores, e que são normalmente sentimentos subjacentes e motivadores das nossas posições, exigências e pontos de vista;
- (c) Opções que são as maneiras de se lidar com uma questão que requeira mútuo acordo das partes, mesmo que não aceitável em princípio por alguma ou qualquer uma delas;
- (d) Legitimidade que é o critério de medida de um acordo (normalmente medida que envolve o senso de justiça);
- (e) Compromissos que são declarações assumidas do que cada parte pode fazer no futuro;
- (f) Comunicação atividade que envolve as mensagens e os meios de informação que os negociadores usam e trocam entre si; e
- (g) Relacionamento que consiste no padrão de interação entre partes, seja no âmbito de uma negociação específica, ou mesmo fora desse âmbito.

As pessoas, as empresas e os seus advogados (e, diria eu, quaisquer profissionais) têm hoje em mãos uma série de métodos que podem ser combinados e utilizados de forma mais célere e eficiente, na busca de soluções para conflitos de qualquer natureza, e é no uso desse novo “cardápio” que cada um de nós deve avaliar as diversas possibilidades, conjugar métodos e técnicas de negociação, ainda que preparatórias ou paralelas à mediação ou mesmo à arbitragem ou ao ajuizamento de medidas judiciais.

Percebe-se como cada vez mais evidente o conteúdo do famoso dito popular: “Mais vale um mal acordo a uma boa demanda!”.

Eu, otimista que sou, arriscaria dizer que, portanto, e no mínimo, um bom acordo vale bem mais do que uma boa demanda!

3. Para que serve a Negociação?

Se por acaso pudéssemos ter tudo o que queremos, no momento em que queremos e do jeito e da forma em que queremos, não haveria necessidade de se negociar nada.

Reparem que os recursos dos quais dispomos (principalmente se levarmos em conta uma análise estritamente econômica) têm se tornado bens escassos, e de forma cada vez mais crescente.

Temos, hoje, que gerenciar questões que, no passado, nem imaginávamos, por conta da abundância que então havia, por exemplo, de água potável, ar puro, e de florestas em nosso planeta.

Hoje o desafio é de adotarmos práticas que impliquem em preservação do meio ambiente e trocas inteligentes para as nossas necessidades de energia, alimentação e desenvolvimento, ou do contrário nos tornaremos, nós mesmos, os “exterminadores do futuro” de toda a existência no planeta que, até aqui, é o nosso único lar.

Por conta disso surgem as soluções, tais como reciclagem, energia limpa, reflorestamento, práticas sustentáveis de produção, etc.

E cada uma dessas soluções envolve, como se percebe, muita negociação prévia e muitos acordos ao longo dessas negociações que vão desde o que faz cada indivíduo isolado, como o que ocorre em comunidades, empresas, governos e alianças multinacionais, de modo que interesses e necessidades individuais, grupais, nacionais ou globais possam ser atingidos e produzir os benefícios perseguidos ou aqueles que sejam possíveis.

Assim, negociamos para conseguir obter algo de que precisamos, necessitamos ou valorizamos, e que não conseguiríamos obter por outros meios ou de outras formas que nos fossem mais onerosas, sob qualquer outro aspecto.

Para negociar de maneira efetiva dispomos de uma caixa de ferramentas comunicacionais (perguntas circulares, abertas, investigativas, exploratórias, escuta ativa ou escuta genuína, parafraseamento, rephraseio, reenquadramento, geração de opções, acolhimento, empatia, testes de realidade, criação de valor, criação de opções, barganha, trocas, concessões, comparações, escolhas, etc.), que podemos aperfeiçoar com a prática constante e cuidadosa da negociação, a começar pelo seu planejamento (uma preparação cuidadosa com o desenho de cenários distintos, como os chamados planos A, B ou C, contemplando cenários reais, otimistas e pessimistas, análise *SWOT* (sigla que significa "*Strengths, Weaknesses, Opportunities and Threats*") com avaliação em quadrante composto de Pontos Fortes, Pontos Fracos, Oportunidades e Ameaças em cada situação e a construção de uso de estratégias flexíveis).

Abraham Lincoln tem uma frase espetacular onde se lê: "*Give me six hours to chop down a tree and I will spend the first four sharpening the axe.*", ou "*Se me derem seis horas para cortar uma árvore, eu passarei as primeiras quatro horas afiando o meu machado.*", o que deixa evidente o que é uma ótima preparação o que dela pode resultar, na prática.

É negociando que podemos entender uns aos outros.

É negociando que buscamos, na melhor das hipóteses, soluções de ganho a todos os envolvidos, entendendo-se nesse âmbito as partes que negociam e quem mais estiver ao redor delas ou seja afetado pelo resultado do que se está a negociar, e é isso o que, de fato, constitui um resultado de ganho para todos (a "*win-win-win situation*") e proporciona a perenidade dos relacionamentos pessoais, profissionais ou governamentais.

Poucas atividades trazem tanta satisfação quanto a de se solucionar um problema.

Talvez essa seja a essência do ser humano e é daí que costumamos adjetivar alguém de gênio, por exemplo.

Resolver problemas (seus e dos outros) me parece, salvo melhor juízo, ser um dos principais objetivos da Negociação.

4. O Dilema do Negociador

Em 1996, o Psicólogo Norte-americano Harold Kelley destacou-nos dois dilemas que fazem parte do cotidiano de todos os negociadores.

Um deles é o chamado “Dilema da Honestidade”; e o outro de “Dilema da Confiança”

O Dilema da Honestidade envolve a decisão de até que ponto revelar alguma verdade ou informação precisa à outra parte, pois a revelação plena de tudo à outra parte pode dar ao oponente a oportunidade de se tirar vantagem disso. Por outro lado, se a decisão for de simplesmente não se dizer nada sobre as suas necessidades e os seus desejos latentes, como é que o outro poderá contemplá-los, residindo aqui um primeiro impasse.

O outro dilema é o da Confiança e que se relaciona com quanto devemos ou não acreditar no que a outra parte nos diz ou revela, pois, se acreditarmos em tudo o que o outro nos falar, isso poderá dar novamente uma espécie de vantagem ao oponente, ao passo que se não acreditarmos em nada, ficará bem mais difícil em se chegar a um acordo.

Além disso há um outro dilema clássico que é justamente decidir entre as duas formas mais conhecidas e extremadas de negociar, COMPETIR ou COLABORAR.

Imagine um pêndulo onde, em uma extremidade estará a chamada negociação distributiva ou competitiva (onde o objetivo é obter a maior fatia de algo que está em negociação e que se entende como algo fixo, uma torta, ou uma pizza, na qual queremos a maior parte dela, ou toda ela), onde o esforço das partes é na luta por obter sua parte na distribuição do valor;

Na outra extremidade desse mesmo pêndulo está a chamada negociação integrativa ou colaborativa (onde não se negocia contra o outro, mas com o outro, e, primeiro, busca-se a expansão do objeto negociado, a expansão da torta ou da pizza, para depois sim, em um processo final de barganha, dividir-se entre ambos o que atenda melhor às necessidades e interesses de cada qual, e que possa ser aceito pelo outro), ao invés de um mero oponente, o outro torna-se um parceiro, e o objetivo é de se criar ou aumentar o valor antes de dividi-lo.

O dilema do negociador é, nessa ilustração, decidir quando é melhor colaborar e quando é melhor competir, uma vez que a negociação é uma dinâmica e vai se modificando ao longo do processo de mediação, com a variação nas assimetrias de poder, informação e tempo de que cada parte dispõe.

Poderia dizer que o negociador competitivo é mais assertivo, agressivo e previsível, pois irá defender suas posições com unha e dentes. Aqui se encontram pessoas conhecidas como “*harder-bargaining*”, que são negociadores que miram alto (valorizando o que vendem e desvalorizando o que desejam comprar), e fazem minúsculas concessões.

Já o negociador colaborativo é um negociador que valoriza a confiança, o relacionamento, e que costuma ter como consequência de seus acordos, o desejo dos demais em voltar a negociar com pessoas desse perfil. Procura o ganho mútuo, negocia baseado em interesses, não ataca as pessoas, mas ataca apenas os problemas, cujos critérios de análise são racionais e bem objetivos.

A diferença entre esses estilos é a mesma de se correr uma corrida curta (perfil competitivo) e de participar em uma maratona (perfil colaborativo), pois o primeiro terá que fazer muitas corridas com adversários normalmente diferentes, ao passo que o segundo poderá disfrutar do relacionamento e participar de poucas e boas negociações, sendo que não lhe faltarão convites para as próximas provas.

5. ZOPA e BATNA

Se compararmos a negociação a uma dança, além dos estilos acima traçados, e que podem variar ao longo da negociação, uma atenção especial deve ser dada a dois elementos que somos capazes de determinar. Um se chama ZOPA (“*Zone of Possible Agreement*” ou “Zona do Possível Acordo”) e o outro é um dos pontos dessa zona que é chamada de *BATNA* (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*) e que uma das muitas denominações em encontramos nos autores de livros de negociação em Português é “Melhor Alternativa sem o Acordo”), sendo comum a identificação com as siglas MASA, MAANA, MAAN ou MAPAN e outras não havendo ainda uma uniformização disso para a língua Portuguesa.

De acordo com a escola de Harvard, a ZOPA é “*a faixa de interesses dentro da qual o acordo pode ser negociado pelas partes*”, ao passo que a BATNA é aceita como “*o padrão em relação ao qual qualquer proposta de acordo deverá ser medida*”.

A ZOPA é, portanto, o único padrão racional e capaz de proteger a parte de aceitar termos demasiadamente desfavoráveis e de rejeitar objetivamente o que lhe for proposto ou contraproposto pelo outro e que não esteja inserido nessa sua

faixa de interesses, balizadas pelos valores ou elementos que demarcam o máximo e o mínimo aceitáveis pela própria parte.

Toda essa análise estratégica da *BATNA* e da *ZOPA* (sua e da outra parte) deve ser efetuada antes da negociação e durante o seu desenvolvimento, pois, à medida em que as informações são avaliadas, de lado a lado, a sua *ZOPA* e a sua *BATNA* podem variar, assim como as do outro.

Calcular e manter a atenção sobre eventuais variações na sua *ZOPA* e da sua *BATNA* é obrigação elementar e basilar de qualquer negociador ou negociadora.

O mais importante, na prática, é buscar acesso às informações que possam revelar ou indicar qual é a *ZOPA* e a *BATNA* de seu oponente, permitindo que você busque o melhor posicionamento do que deseja dentro da *ZOPA* comum dos negociadores, ou seja, onde, eventualmente, as suas faixas se encontrarem.

A *BATNA* é o que pode ser feito fora da mesa de negociação. Ou seja, a *BATNA* não depende do outro (nem do que ele faz ou possa fazer na negociação), mas do que terceiros (normalmente os concorrentes) podem lhe trazer de melhor do que aquilo que está sendo negociado com o outro na mesa de negociação.

A *BATNA* é justamente um dos pontos da sua *ZOPA*, e que são conhecidos ou chamados na literatura de negociação como "*Reservation Price*" (Preço de Reserva) ou "*Walk Away Point*" (Ponto de Saída da Negociação), pois se for ultrapassado o melhor a fazer é terminar a negociação e ir buscar com o terceiro algo que lhe atenda melhor (seja no aspecto quantitativo ou no qualificativo) do que aquilo que está diante das partes na mesa de negociação.

Quanto mais se pratica o cálculo e o monitoramento da *ZOPA* e da *BATNA* (repito da sua e do outro) tanto melhor e mais simples se torna a negociação.

Se não houver *ZOPA* comum (isto é uma faixa em que exista um encontro parcial da sua *ZOPA* com a *ZOPA* do outro negociador) e não houver nada mais disponível que seja capaz de ampliar a percepção de valor entre as partes, é a *BATNA* que será o elemento que indicará o momento de terminar a negociação e sem acordo, pois haverá algo melhor a ser feito do seu lado, fora dessa negociação.

Como exemplo de algo que pode ser explorado ao final pelas partes antes de decidir uma delas pelo término da negociação está na exploração e atenção aos aspectos emocionais do conflito, cabendo aqui citar uma obra fantástica do Professor Norte-americano Daniel Shapiro, com o título "*Negotiating the Nonnegotiable: how to resolve your most emotionally charged conflicts*", na qual

se discute a importância de se construir pontes onde questões duras e emocionais dividem os negociadores, mediante o uso de uma teoria chamada de “*Relational Identity Theory*”, onde ocorre a quebra e a ruptura da relação binária: “Eu versus Você” (ou “Eu versus Vocês ou “Nós versus Eles”), que é substituída pela análise mais profunda do espaço que existe entre nós, e consiga satisfazer nossas mais intransigentes emoções, indo se mais ao âmago e ao entendimento de como o “*mindset*”, isto é, a forma de pensar, de cada um foi construído e moldado.

6. Como superar barreiras e alcançar resultados satisfatórios nas Negociações?

Mais importante do que apenas a teoria da Negociação é a constatação prática de que os resultados obtidos validam a aplicação de técnicas, elementos e modelos.

Algumas negociações são até fáceis, outras, porém, se tornam mais complexas e difíceis, e algumas delas nos parecem até mesmo impossíveis de serem feitas ou realizadas.

Quanto menor o nosso poder e quanto mais limitadas as nossas opções, menos controle teremos sobre o processo da negociação e mais difícil ela se tornará para nós.

Chamamos de “*Deadlocks*” (travas, impasses ou barreiras) os momentos em que a negociação empaca e parece não conseguir mais sair do lugar a avançar.

Outro Professor Norte-americano, Deepak Malhotra, nos brinda com uma obra excelente com o título sugestivo de “*Negotiating the Impossible: how to break deadlocks and resolve ugly conflicts (without money or muscle)*” e uma outra obra, esta segunda em coautoria com o também Norte-Americano Professor Max H. Bazerman (“*Negotiation Genius*”), onde, são dados exemplos de casos concretos difíceis onde a negociação avançou por meio da melhoria na forma de comunicação entre as partes e a compreensão das diferenças entre os olhares e as percepções e visões, de um e de outro negociador, por meio da busca de um diálogo mais empático e de maior precisão diagnóstica.

Os casos, trazidos e narrados nos dois livros, sobretudo na primeira das duas obras acima citadas, são situações concretas de negociação enfrentadas e nas quais as tentativas de negociação em boa-fé falharam e que pelo menos um dos negociadores não dispunha mais de recursos ou de poder efetivo de barganha.

Nesses casos o termo “negociação impossível” foi cunhado por força da perda de esperança dos negociadores e só foi resolvido pela insistente busca do que melhor endereçasse a substância do conflito. Não havia mais nem dinheiro e nem músculos, o que obrigou a que os negociadores se apoiassem em outros elementos para quebrar os impasses verificados.

Os impasses são vencidos por força do uso de outros poderes que se aplicaram com base no uso de “*Framing*” (Poder do Reenquadramento, pois “*when you change the frame, you change the game*”), “*Process*” (Poder do Processo de Negociação, cujo papel decisivo nos resultados podem ser até mais significativos do que as barganhas em si, sobre a substância da negociação) e “*Empathy*” (Poder da Empatia, que passa pelo empoderamento, a criatividade e a vontade de poder resolver algo).

Não existe em Negociação uma fórmula que seja seguida e consiga ser aplicada com eficiência para todo e qualquer caso, mas é do acúmulo das experiências positivas e da análise sobre o que deu certo e mudou a realidade em cada caso, e reposicionou as partes para a obtenção de um acordo, que o arsenal de um bom negociador vai se estabelecendo.

Ainda mais quando o acordo é obtido depois de muitos trovões, chuva forte e ventanias, para usar de metáforas comuns a quem negocia.

É necessário um esforço constante e tremendo, uma estratégia flexível e muita perseverança, e paciência com o elemento tempo, o controle da moldura e do formato do processo de negociação para que possibilidades até então não imaginadas possam surgir e quebrar os impasses.

Outro famoso Professor Norte-americano, Robert H. Mookin, tem ao longo de sua vasta experiência confirmado os mesmos pontos, e em várias de suas obras, das quais destaco “*Beyond Winning*” que foi escrita em coautoria com Scott. R Peppet e Andrew S. Tulumello, todos também professores renomados do PON, em Harvard, conclui que a solução de problemas implica em uma orientação e um “*mindset*”, que vão além de um acúmulo puro e simples de um punhado de técnicas, sem as quais a colaboração com os demais não será possível.

Criar valor, minimizar os custos diretos, indiretos e ocultos de transação, ser ativo e criativo na busca por novas formas e possibilidades de negócio, são, de fato, elementos importantes para uma negociação bem sucedida.

Não basta que a solução atenda apenas um lado da negociação, é preciso que seja legitimado e respeitado os interesses e as necessidades do outro negociado também, valendo o mesmo para a relação advogado e cliente, por exemplo. E que se aplica em qualquer contexto

Cito uma frase do livro em questão, muito marcante e que pode ser aplicada em qualquer contexto: *“Value would be create, better deals would be made.”* (“Se o valor for criado, os acordos serão melhores”), uma vez que os resultados de uma negociação dependem do comportamento de quem dela fará parte.

7. Conclusões

Longe de querer apontar uma única forma ou a melhor forma de negociar, o presente artigo partiu da intenção do autor em provocar a reflexão sobre a habilidade de negociar que cada ser humano possui e usa.

Negociação é uma *“soft skill”* (ou em tradução livre “uma habilidade suave”) que deveria ser ensinada desde cedo nos bancos escolares, pois prepara as pessoas para situações reais de vida. Negociar tem a ver com a forma de escolha e de tomada de decisões de cada ser humano.

Tal qual um músculo que precisa ser frequentemente exercitado para se desenvolver e funcionar melhor, a Negociação carece de prática para que se obtenha seu fortalecimento.

Negociar é um processo de comunicação que passa por uma sequência lógica de etapas, envolve o relacionamento entre os negociadores, e busca alcançar objetivos que se traduzam na satisfação dos nela envolvidos.

A adoção de uma mentalidade proativa, protagonista, positiva e de autoconhecimento na Negociação é essencial para que os resultados sejam os desejados.

Aquele que sabe de onde vem, tem mais chances de saber para onde está indo.

É chegado um momento propício para a troca da (inútil?) vitimização com que a maioria de nós se coloca antes os problemas e conflitos de nossas vidas.

A troca é justamente pelo protagonismo do ser humano enquanto tomador de decisões e solucionador efetivo de problemas, pois somos nós mesmos que colhemos o que plantamos, e somos os atores principais de nossas vidas e dos nossos destinos.

Nesse contexto a solução que surja de uma negociação feita de forma integrada tende a ser a que permite a geração de opções mais criativas e que agregarão mais valor (no sentido amplo da palavra) às partes. É, portanto, mais eficaz do que as que se verificariam em outras formas de negociação, e a que melhor poderá atender, salvo melhor juízo, os interesses e as necessidades de todos os envolvidos em determinada negociação.

A negociação integrativa, pois, baseia-se principalmente na cooperação, onde as pessoas buscam satisfazer seus os interesses, para chegar a um acordo, obtendo o máximo de benefícios possíveis, como ocorre, por exemplo, no caso da simples observação do *modus vivendi* das Abelhas.

Assim, o objetivo principal da negociação é resolver conflitos entre as pessoas, as quais irão apresentar e defender seus próprios interesses, no âmbito dos recursos, bens e valores, sejam tangíveis ou intangíveis, que cada qual possui.

É chegado o momento de ser dado, em nosso meio (ou retomado), o privilégio ao diálogo, à comunicação eficaz, à escuta ativa, ao entendimento e à construção conjunta e consensual, baseada em soluções integradas, criativas, inovadoras e que resolvam os problemas, os conflitos e litígios de forma mais eficaz e cada vez mais rápida.

A regra a ser seguida, nos dizeres do quarteto constituído pelo Português António Sacavém, e pelo trio Brasileiro, Leny Kyrillos, Milton Jung e Thomas Brieu (este último com um toque, cultura e sotaque francês), em livro recente desses grandes comunicadores, intitulado “Escute, Expresse e Fale!, está indicada na maravilha do próprio título, a essência da comunicação eficiente e focada, dentre tantos conselhos úteis e práticos, em uma ferramenta poderosa, dentre tantas outras, chamada “*feedback*”.

Seguindo essa tendência, até o ensino jurídico em nosso país, tão tradicional, começa a mudar e a incluir matérias que tratem dessas novas realidades, assim como vão florescendo e se espalhando competições acadêmicas em que as práticas simuladas de negociação e outros ADRs vão sendo testadas e validadas cada vez mais, no país e, com maior destaque, no exterior.

Trata-se agora de aperfeiçoar o arsenal à disposição e usá-lo de forma estratégica, sabendo o que é que se será usado em primeiro lugar; como isso será utilizado; e quando.

Todo esse esforço e direcionamento são feitos justamente para que isso se traduza em melhores resultados para as partes, e no melhor proveito delas em relação à solução de problemas reais e conflitos.

Como seres humanos estamos negociando o tempo todo, conosco e com os outros, e só poderemos nos tornar negociadores mais aprimorados, mais hábeis e , portanto, mais felizes, na medida em que passemos a respeitar e valorizar os interesses alheios, tanto quanto os nossos.

Bibliografia

FISHER, Roger; URY, William et PATTON, Bruce . *Getting to yes: negotiating agrément without giving in* . 3rd Edition, New York: Penguin Books, 2001. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Tradução Ricardo Vasques Vieira. 1^a edição. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

FIGUEIREDO MOURÃO, Alessandra N. S. e . *Técnicas de Negociação para Advogados*. 5^a. Edição, São Paulo: Visual Law, Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2022. FRIEDMAN, Gary J. . *Inside Out: how conflict professional can use self reflection to help their clients*. Section of Dispute Resolution. American Bar Association: Chicago: ABA Publishing, 2014

LEWICKI, Roy J., SAUNDERS, David M. et BARRY Bruce . *Fundamentos da Negociação*. Tradução de Félix Nonnenmacher, 5^a. Edição, Porto Alegre: AMGH Editora, 2014.

LONGO, Enrique Fernández . *La negociación inevitable. Conmigo y contigo*. Colección Centro para um Nuevo Liderazgo. Buenos Aires: Grupo Abierto Comunicaciones, 2004.

MALHOTRA, Deepak . *Negotiating the impossible: how to break deadlocks and to resolve your most emotionally charged conflicts (without money or muscle)*. Oakland: Berret-Koehler Publishers, 2016.

MALHOTRA, Deepak et BAZERMAN, Max. *Negotiation Genius: how to overcome obstacles and achieve brilliant results at the bargaining table and beyond*. Harvard Business School: Bantam Books, 2014.

MNOOKIN, Robert H., PEPPEL et Scott R., TUMELLO Andrew S. *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press (Harvard University Press), 2000.

ROSEMBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SACAVÉM, António, KYRILLOS, Leny, JUNG, Milton et BRIEU, Thomas *Escute, Expresso e Fale!* Escolar Editora, Forte da Casa, Portugal, Junho de 2023. *Escute, expresse e fale!: domine a comunicação e seja um líder poderoso*. Rocco, Rio de Janeiro, 2023

URY, William *Como Chegar ao SIM com você mesmo*. Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. *Getting to YES with Yourself*. New York: HarperCollins Publishers, 2016.

VOSS, Christopher, RAZ, Tahl. *Never Split the Difference – Negotiating as if your life depended on it*. Harper Business (HarperCollins Publishers) New York, 2016

PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DE ESPAÑA Y BRASIL

THE CORE PRINCIPLES OF MEDIATION: ANALYSIS OF LEGISLATION IN SPAIN AND BRAZIL

Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda⁴⁰

Helena Pérez Beltrán⁴¹

Resumen

Tras la reciente aprobación de la Ley de Mediación en España (Ley 5/2012, de 6 de julio) y en Brasil (Ley 13.140 de 26 de junio de 2015), el presente artículo pretende identificar los factores que han llevado a ambos países a regular la mediación y analizar cómo recoge cada legislación los principios informadores de esta institución. Se trata una cuestión de suma importancia pues, por un lado, solo el estudio de estos principios rectores nos permitirá conocer realmente la base y la esencia del sistema de mediación y de su práctica y, por otro lado, el estudio de la legislación de otros países nos permitirá comprender mejor nuestro propio sistema.

Palabras clave: Alternative Dispute Resolution. Mediación. Principios informadores. España. Brasil.

⁴⁰ Abogada Colaborativa del International Academy of Collaborative Professionals (IACP). Administradora de empresas con Especialización en Administración Pública. Mediadora. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Máster en Mediación y Gestión de Conflictos Multidisciplinares de la Universidad Europea Miguel de Cervantes (UEMC). Máster en Políticas Públicas y Sociedad en la Universidad Estadual do Ceará (MAPPS/UECE). Especialista en Mediación Policial (UMEPOL / España). Instructor del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) en el área de la mediación judicial. Profesora del Diploma de Posgrado en Mediación y Gestión de Conflictos en la Universidad de Fortaleza (UNIFOR) y autora de diversas publicaciones de ámbito nacional e internacional. Fundadora de Observatorio Mediação Brasil. Directora Ejecutiva del Instituto Jusdialogus.

⁴¹ Profesora asociada de Derecho Constitucional del departamento de Derecho Público de la Universidad Jaume I y técnica superior de investigación de la Cátedra de Mediación Policial Ciudad de Vila-real de la Universidad Jaume I. Licenciada en Derecho por la Universidad Jaume I. Máster en Mediación y Gestión eficiente de conflictos. Máster Universitario en Acceso a la Abogacía. Ha obtenido el Certificate of Contemporary Studies de la Universidad de Coventry (Reino Unido). Profesora colaboradora del Instituto Valenciano de Seguridad Pública y Emergencias (IVASPE) de distintos cursos sobre mediación policial, profesora en el Curso de Experto Universitario en Mediación Policial y autora de diversas publicaciones de ámbito nacional e internacional.

Abstract

After the recent pass of the Law on Mediation in Spain (Law 5/2012, of July 6) and Brazil (Law 13,140 of June 26, 2015), this article aims to identify the factors that have led both countries to adopt mediation and to analyse how each legislation includes the core principles of this institution. This is a matter of utmost importance because on the one hand, only the study of these guiding principles will allow us to really know the basis and essence of the mediation system and its practice and, on the other hand, the study of the legislation of other countries allows us to better understand our own system.

Keywords: Alternative Dispute Resolution. Mediation. Core principles. Spain. Brazil.

1. INTRODUCCIÓN

La mediación es el antecedente directo del movimiento de las ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Países como Canadá, Australia y Nueva Zelanda han contribuido de manera importante al desarrollo de estos mecanismos de resolución y gestión de los conflictos. Fue en Estados Unidos (EEUU), sin embargo, donde se generó su impulso como movimiento, que posteriormente se extendería a las sociedades occidentales contemporáneas.

La tremenda crisis generada en Wall Street en 1929, con un incremento de las cifras del paro sin precedentes, motivó que fuera en los EEUU donde se diera la sustitución de los presupuestos teóricos del liberalismo económico clásico por un nuevo plan, el New Deal del presidente Roosevelt, que inició una nueva era de cambios económicos y sociales que marcaron la evolución de los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial. Básicamente, ese nuevo plan concebía una intervención estatal en las relaciones socio-económicas nunca vista antes en EEUU. A pesar de las reticencias del Tribunal Supremo americano, anclado en el pensamiento legal clásico, Roosevelt consiguió que su intervencionista National Labor Relations Act saliese adelante. Esta ley será clave en el desarrollo de la mediación laboral. Con todo ello, se afianzará en EEUU el denominado Realismo Jurídico, pieza clave para entender el movimiento ADR, pues atiende a la idea de que el Derecho, si entiende los problemas sociales (reales), es un instrumento para resolver conflictos. Si la mediación en EEUU tiene su origen en las cuestiones laborales, en la década de los sesenta del siglo XX se extendió también a los ámbitos comunitario y familiar.

Debido a esta evolución, fue poco a poco dejando de hacerse referencia a mecanismos alternativos de solución y/o resolución de los conflictos, para ir asumiendo la referencia a 'medios adecuados' de resolución de los conflictos, de manera que las siglas *ADR* que identificaban el movimiento en su origen, se siguen manteniendo. Vale mencionar que existen otros métodos utilizados en la resolución de conflictos ejemplo de negociación, la conciliación y el arbitraje, pero ninguno de ellos tiene la función de reemplazar el papel del Poder Judicial, sino que ayudará a ofrecer a las personas el acceso a la justicia.

En esa adaptación a la realidad es imprescindible destacar – se desarrolla el marco jurídico que se ofrece en la actualidad en países como España y Brasil tras la aprobación de la ley de mediación – la nueva norma permite contar con un punto de partida jurídico a la hora de su estudio, desarrollo y puesta en práctica.

La finalidad de este artículo es identificar los factores que han llevado a ambos países a regular la mediación y analizar cómo recoge cada legislación los principios informadores de esta institución, teniendo en cuenta los escenarios y la cultura particular de cada ordenamiento jurídico. Se trata una cuestión de suma importancia pues, por un lado, solo el estudio de estos principios rectores nos permitirá conocer realmente la base y la esencia del sistema de mediación y de su práctica y, por otro lado, el estudio de la legislación de otros países nos permitirá comprender mejor nuestro propio sistema, estableciendo reflexiones, comparaciones y la búsqueda de soluciones para las controversias regulatorias.⁴²

2. FACTORES QUE MOTIVARON LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN ESPAÑA Y EN BRASIL

El término mediación proviene de latín *mediare*, que significa mediar, dividir por la mitad, situarse en el medio o intervenir. Estas expresiones indican el significado original de la palabra mediación que, con el tiempo, ha pasado a conocerse como un procedimiento pacífico de gestión de conflictos en el que una

⁴² José Carlos Barbosa Moreira alerta ante el peligro de açodadas importaciones. Por ello, propone (...) la evaluación escrupulosa de la compatibilidad entre el injerto deseada y construir el cuerpo que va a acolher il, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre algunos aspectos del proceso (civil y penal) en los países anglosajones. In: **Temas de Direito Processual.**, 7. Série, São Paulo: Saraiva, 2001, p.157. Cabe mencionar que, a menudo, Institutos típicos del Common Law entran en nuestro ordenamiento de manera imprudente. Además enfatiza Leonardo Greco: -Las importaciones que hacen los institutos de derecho común siempre entran en nuestro sistema de una manera un poco extravagante, anómalo, y el sistema tiene dificultades para asimilar estos nuevos institutos o incluso termina por distorsionar sus fines o características. Il, cf. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4. Hechas estas consideraciones, reafirmamos nuestra creencia en la utilidad del estudio y análisis del derecho de otros países.

tercera persona imparcial y cualificada -escogida o aceptada por las partes- realiza actos para fomentar y facilitar la resolución de una controversia sin determinar la solución final. A través de un proceso dialógico y cooperativo, la mediación hace posible identificar los intereses y necesidades que se encuentran debajo de las posiciones opuestas, y permite preservar la relación entre las personas involucradas, pues en la mediación no surgirá un ganador y un perdedor, sino un conjunto de ganadores con sus necesidades e intereses satisfechos.

Respecto a la mediación, Juan Carlos Vezzulla (2004, p. 65) escribe:

A grande transformação do mundo ocidental a partir da Revolução Industrial trouxe a aparição de conflitos que exigiam novas abordagens. Se até este momento a imposição das decisões governamentais e a ordem social conseguiam-se pela ação repressiva, a nova configuração social e a reivindicação dos direitos tornaram necessária a introdução da negociação para evitar enfrentamentos de consequências imprevisíveis. (Vezzulla, 2004, p. 65).

El desarrollo de la institución de mediación se ha producido de manera desigual en los distintos países.

Por lo que respecta a España, han sido varios los factores que han llevado a incorporar en su ordenamiento jurídico una ley nacional de mediación. De manera sucinta, destacan: en primer lugar, la influencia externa de otros países en los que ya estaba consolidada; en segundo lugar, el fomento e impulso desde la Unión Europea para armonizar los sistemas judiciales de los Estados miembros e integrar los procedimientos extrajudiciales, destacando en el ámbito de la mediación la Directiva 2008/52/CE que instó a los Estados miembros a que la incorporaran en sus respectivas legislaciones nacionales y, en tercer lugar, el interés político por la mediación que llevó a la aprobación de normas autonómicas y a la realización por parte del Consejo General del Poder Judicial de proyectos-piloto sobre la materia (BARONA VILAR, 2013).

En América Latina, la mediación se estableció inicialmente en Argentina en 1993. Se institucionalizó de manera obligatoria en todos los procedimientos judiciales como un método alternativo de resolución de conflictos en varios

ámbitos (SALES, 2004). Finalmente, la mediación también aterrizó en suelo brasileño.

Para Warat (2004, p. 190)

[o] Brasil vem desenvolvendo formas muito particulares e diferenciadas de mediação. Existe o que poderíamos chamar de uma *Mediação Brasileira*, com perfil próprio, produto da enorme diversidade, criatividade e eroticidade de nossa cultura. (...) A cultura brasileira aceita contágios, não contaminações. A mediação no Brasil tem uma história de contágios muito rica [...].
(ênfasis en el original)

La experiencia de la mediación en Brasil comenzó en los estados de las regiones Sur y Sudeste del país, fueron las instituciones del sector privado quienes la pusieron en práctica para ayudar a resolver conflictos en zonas civiles y comerciales.

Durante los primeros años de la década del 2000, la mediación destacó en contextos con altos niveles de violencia llegando a cobrar tal importancia que el Ministerio de Justicia firmó un acuerdo con la ONG Viva Rio para la creación de "Balcões de Direitos" con el fin de proporcionar, entre otros, servicios gratuitos de asesoramiento jurídico y de mediación de conflictos con personas pertenecientes a comunidades vulnerables.

En 2005 se llevó a cabo por la Secretaría de la Reforma Judicial (SRJ), en cooperación con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el informe "Acceso a la Justicia de los sistemas alternativos de manejo de conflictos" que reunió sesenta y siete (67) programas sin fines de lucro en funcionamiento en todo el país. El informe de investigación identificó también que treinta y una (31) de las experiencias que se relacionan con la práctica de la mediación se concentraban en las grandes ciudades, especialmente en Río de Janeiro, Sao Paulo, Brasilia, Salvador y Fortaleza. A pesar de la creciente inversión que realizan las agencias gubernamentales en estas experiencias, el trabajo mostró que la inyección de recursos financieros y humanos en dichos programas seguía siendo precaria. (BRASIL, 2005).

En los años siguientes, el tema de la mediación en Brasil tuvo un lugar prominente en la agenda judicial nacional. Tras la Resolución 125/2010 del CNJ

llegó el Código de Procedimiento Civil (CPC), promulgado el 16 de marzo de 2015 y, finalmente, la Ley 13.140/2015 (Ley de Mediación), promulgada el 26 de junio de 2015. Todas estas disposiciones han supuesto el establecimiento de principios y normas sobre mediación y la defensa de la cultura del diálogo y la cooperación entre los individuos.

3. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA MEDIACIÓN EN LA LEY ESPAÑOLA 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Los principios rectores de la mediación son los pilares esenciales de esta institución, por ello, su análisis ocupa una posición especial y relevante en este artículo. Estudiarlos nos va a permitir conocer la base del sistema de la mediación y de su práctica en cada país.

La Ley española 5/2012, de 6 de julio, enumera y regula cuatro principios que analizaremos a continuación, a saber: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y la neutralidad. Asimismo, son axiomas de la mediación y por tanto, nos ayudan a contextualizar los cuatro principios básicos que acabamos de enumerar: el respeto a la voluntariedad de las partes tanto en la aceptación del proceso como en la continuidad del mismo; el reconocimiento mutuo de las partes y la legitimidad de todos los intereses; la horizontalidad, la simetría en el proceso y el enfoque hacia el futuro; la flexibilidad del proceso en cuanto que se adapta a las necesidades particulares de cada caso; la buena fe, y el respeto al marco legal, ya que la ley excluye expresamente la mediación penal, la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo (artículo 2.2 de la Ley 5/2012).

3.1 El principio de voluntariedad

En España, la mediación es voluntaria (artículo 6.1 de la Ley 5/2012). La voluntariedad es el primero de los principios a los que se refiere el legislador español y, aunque sabemos que hay distintos modos de acudir a mediación, la voluntariedad se respeta sea cual sea el impulso que lleva a iniciar la mediación, así lo refleja el artículo 6.2 de la Ley 5/2012:

Quando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe,

antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

Por tanto, la voluntariedad existe tanto si se acude a mediación de común acuerdo entre las partes cuando surge una controversia, como si se inicia en virtud del cumplimiento de un pacto previo de sometimiento a mediación en el que las partes, ante cualquier conflicto que pudiera surgir, se comprometen por escrito a intentar, en primer lugar, el procedimiento de la mediación. A estos dos supuestos se añade un tercero: acudir a mediación por derivación judicial. También aquí concurre la voluntariedad, pues las partes deciden voluntariamente si acudir o no a informarse sobre la mediación y sus efectos y, posteriormente, deciden si continuar o no con el procedimiento de mediación.

Cuestión distinta es que, sea cual sea la vía por la que se inicie el procedimiento, las partes o una de las partes pueden abandonar la mediación casi de manera inmediata tras el inicio del procedimiento. Ello en virtud del artículo 6.3 de la Ley 5/2012 que dispone que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. De esta manera, se configura la autonomía de la voluntad de las partes como eje esencial de la mediación.

Debe añadirse que la voluntariedad también se predica para el mediador, de manera que éste puede dar por terminada la mediación si considera que las circunstancias concretas del caso lo hacen aconsejable.

Mucho se ha debatido en España sobre la voluntariedad de la mediación bajo el amparo de la Directiva 2008/52/CE que, en su artículo 5.2, permite a las legislaciones nacionales estipular la obligatoriedad de la mediación o su sometimiento a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que no se impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. El debate en España solo alcanzó a estudiar si era conveniente imponer el inicio de la mediación como requisito de procedibilidad sin que, en ningún caso, se obligara a las partes a mantenerse en ella. Entre los argumentos que apoyaban la propuesta de imponer ese inicio, destacó el que la defendía por la necesidad de dar a conocer la mediación, de generar hábitos de mediación en un país que ha demostrado tener una fuerte cultura procesal y litigante. No obstante, frente a esto podría argumentarse que, para generar hábitos de mediación es necesario empezar por formarse y educar a los más

pequeños en la cultura del diálogo como vía para solucionar conflictos interpersonales. Se trata de una vía más lenta, pero sin duda más eficaz que, a su vez, respeta la libertad de los ciudadanos de elegir el método de acceso a la justicia que consideren más apropiado para resolver su conflicto.

3.2 El principio de la igualdad de las partes y la imparcialidad del mediador

El siguiente principio a analizar brevemente es la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores recogido en el artículo 7 de la Ley 5/2012. Este precepto dispone: En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas.

Es una realidad que entre las partes habrá desigualdades personales y que éstas afloraran y afectarán al desarrollo de la mediación. Por ello, el legislador con este artículo no pretende hacer igual a los desiguales sino que el mediador garantice que todos los sujetos que intervengan cuenten con los mismos derechos, posibilidades y cargas, de manera que “los fines de la mediación no queden frustrados por una desigualdad de posiciones, de participación, de decisión de alguna de las partes por el ejercicio opresivo de la otra sobre ella” (BARONA VILAR, 2013, p. 182).

Garantizar esta igualdad de las partes significa que el mediador deberá actuar con imparcialidad. Esta imparcialidad queda reflejada en la última frase del precepto citado: sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas. Asimismo, queda reforzada en otros artículos de la Ley de Mediación, concretamente y de manera específica en los artículos 13 y 17. El primero regula el deber del mediador de no iniciar o de abandonar la mediación cuando concurra alguna circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses. Entre esas circunstancias la ley incluye siempre las siguientes:

todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación y, por último, que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con

excepción de la mediación. Si concurre alguna de estas circunstancias, el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente.

El deber de revelar esta información se mantiene durante todo el procedimiento y, en particular, en la sesión informativa (artículo 17 de la Ley 5/2012).

3.3 El principio de la neutralidad del mediador

Junto a la imparcialidad, la neutralidad es el otro principio que se predica de la actividad del mediador. La neutralidad supone, conforme al artículo 8 de la Ley de Mediación, la no injerencia del mediador de manera que se permita a las partes alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación. Este es el modo para conseguir que el resultado de la mediación sea fruto del trabajo y de la colaboración de los mediados, y con ello, que éstos lo sientan como propio y tenga más posibilidades de perdurar en el tiempo.

El punto que permite diferenciar la imparcialidad de la neutralidad es que, mientras el mediador parcial no puede aprender a ser imparcial ya que depende de que concurren en él ciertas circunstancias, la neutralidad es una técnica que debe aprenderse ya que no se nace neutral, sino que se hace (BARONA VILAR, 2013).

3.4 El principio de la confidencialidad de la mediación

Por último, analizamos el cuarto principio rector de la mediación, la confidencialidad. Éste, junto al principio de la voluntariedad y la igualdad de las partes, afecta al procedimiento. La confidencialidad está vinculada intrínsecamente a la naturaleza privada de las soluciones extrajudiciales de conflictos y, por ello, los textos europeos la consideran un elemento esencial para el buen funcionamiento de la mediación.

La confidencialidad se proclama en el artículo 9 de la Ley 5/2012 en los términos siguientes:

1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.
2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:
 - a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
 - b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.
3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

De la redacción de este artículo extraemos distintos elementos:

En primer lugar, en cuanto al respeto a la confidencialidad desde un punto de vista subjetivo, éste afecta al mediador -que queda protegido por el secreto profesional-, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes, entendiéndose que entre estas últimas se incluye “a las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación (así se deriva del artículo 7 de la Directiva) y, en general, cualquier sujeto que haya participado en la mediación asesorando a las partes o asistiendo al mediador” (CORDÓN MORENO y SÁNCHEZ POS, 2012, p. 117).

Este deber de confidencialidad afecta a la esencia de la mediación pues, sin la seguridad de que todo aquello que aporten no podrá ser utilizado por la otra parte en otras sedes de tutela, las partes no encontrarían la suficiente y necesaria confianza para compartir con libertad dicha información y, por tanto, difícilmente podrían, además, llegar a un entendimiento mutuo. Ello se vincula con el artículo

10.2 de la Ley de Mediación que insta a que las partes sujetas a mediación actúen entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.

En segundo lugar, respecto al ámbito objetivo de la confidencialidad, el legislador cubre todo aquello que se haya conocido, tanto en forma escrita como oral, en las sesiones individuales y conjuntas de mediación. “Y no existe limitación temporal o plazo de mantenimiento de la obligación de confidencialidad.” (BARONA VILAR, 2013, p. 198).

No obstante, como se ha visto en la Ley de Mediación española (artículo 9.2), existen dos supuestos en los que cabe no exigir la confidencialidad. Ambos supuestos se refieren claramente

al principio de autonomía de la voluntad y de libertad de las partes, que pueden liberar de la exigencia debida de confidencialidad, y por otro lado, como consecuencia de las exigencias o preferencias, si cabe, del interés público que se persigue en un proceso penal y que supera, por fundamento político y jurídico la confidencialidad respecto de cuanto queda protegido en el marco de la mediación. (BARONA VILAR, 2013, p. 201-202).

Estas excepciones de la legislación española difieren de las excepciones a la confidencialidad que reconoce la Directiva 2008/52/CE en el artículo 7:

- a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o
- b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de mediación sea necesario para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

4. LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN A PARTIR DE LA LEY BRASILEÑA 13.140/2015

Es importante destacar que el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 166, regula de manera conjunta los principios de la conciliación y la

mediación. Por esta razón, optamos por estudiar y analizar los principios que rigen la mediación en el artículo 2º de la Ley 13.140 / 2015, conocida como la Ley de Mediación en Brasil.

En palabras de Celso Bandeira de Mello (1980, p. 230),

[...] o princípio jurídico é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

A diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales, el procedimiento de mediación no tiene ninguna forma predeterminada. En este sentido, la mediación puede estar sujeta a cambios dependiendo de dónde se lleve a cabo. Sin embargo, se pueden señalar algunos principios de la mediación que debe estar presentes sin importar el lugar o ámbito en el que ésta se desarrolle.

La Ley 13.140/2015 dispone en su artículo 1º párrafo único que, “se considera mediación la actividad llevada a cabo por un tercero imparcial y sin poder de decisión, que, escogido o aceptado por las partes, asiste y anima a identificar y desarrollar soluciones de consenso en la controversia” y, seguidamente, el artículo 2º establece que la mediación se guiará por los principios: I - imparcialidad del mediador; II - igualdad entre las partes; III - oralidad; IV - informalidad; V - autonomía de la voluntad de las partes; VI - búsqueda de consensos; VII - confidencialidad; VIII - buena fe.

Tal es la importancia de estos principios para la comprensión de la institución de la mediación que podemos afirmar que, en realidad, son elementos intrínsecos de su concepto y interpretación teleológica. Por lo tanto, cualquier disposición legal destinada a regular la mediación en sus diversos aspectos no puede dejar de contemplarlos bajo pena de desnaturalizar este mecanismo complementario de resolución de conflictos.

4.1 La imparcialidad del mediador

Según Tavares (2002, p. 68), la imparcialidad es

[...] a ausência de favoritismo ou preconceito com relação a palavras, ações ou aparência, significando, por parte do mediador, um compromisso de ajuda a todas as partes e na manutenção desta imparcialidade no levantamento de questões, ao considerar temas como realidade, justiça, equidade e viabilidade de opções propostas para acordo.

Al iniciar una sesión de mediación, el mediador debe ser consciente de que no sabe lo que es mejor para el otro, no puede interferir en la historia personal del mediado. De esta manera, se evitan prejuicios o imposiciones de valores. Ello es fundamental puesto que las únicas que tienen poder de decisión sobre su conflicto con las propias partes. Six (2001, p.244) habla sobre la figura del tercero imparcial, afirmando:

Ele se livra, com coragem, de todo meio de coerção; ele não tem nenhum braço, secular ou outro, à sua disposição. Se a justiça tem a coragem de ter os olhos vendados a fim de evitar toda discriminação, a mediação tem a coragem de ter as mãos atadas a fim de impedir toda intervenção abusiva.

Para que la mediación tenga éxito, es esencial que el mediador sea imparcial y no interfiera en las decisiones de las partes favoreciendo a uno en contra del otro.

Es importante mencionar que el mediador no puede actuar bajo la misma hipótesis de impedimento legal y la sospecha juez, ni hacer las veces de otros profesionales, como abogado, consultor, psicoterapeuta, asistente social u otro, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley mediación.

4.2 La igualdad entre las partes

Los mediados deben recibir el mismo trato en todas las etapas de la mediación. El hecho de que el mediador no tenga poder para tomar decisiones atrae a muchas personas que consideran fundamental que nadie interfiera en sus conflictos imponiéndoles una solución. Ello obliga a las partes a comprenderse y colaborar en la búsqueda de soluciones.

De forma complementaria a este poder de decisión de las partes, el principio de equidad trata de garantizar la igualdad de condiciones y de trato durante todo el procedimiento. Muskat (2003, p. 35), destaca que “a consciência de Si e do Outro é condição fundamental para superação dos preconceitos e das discriminações gerados pela diversidade e, portanto, a condição básica para se garantir, dentro das diferenças, o princípio da equidade”.

Por lo tanto, a la hora de iniciar una mediación, el mediador tiene que sentirse capaz de respetar esta igualdad y equidad para así, garantizar la calidad tanto del procedimiento como de su papel de facilitador de la comunicación.

4.3 La oralidad

El procedimiento de mediación trae en su esencia las sutilezas de una buena comunicación entre los implicados en el conflicto. En este sentido, las técnicas utilizadas por el mediador durante todo el procedimiento tienen como objetivo fomentar la práctica de la oralidad de los participantes, con el fin de aclarar las necesidades/intereses reales e identificar soluciones mutuamente beneficiosas.

Cabe destacar que en la mediación no se da prioridad a los documentos escritos o pruebas, pues se basa en la simplicidad de la oralidad; sin embargo, ello no es óbice a que el acuerdo final sea escrito y firmado por los participantes.

En el escenario de un mundo globalizado y sin fronteras, el legislador ha querido innovar al permitir la realización de la mediación a través de Internet u otros medios de comunicación que permitan la transacción a distancia, con la condición de que las partes estén de acuerdo en ello (artículo 46 de la Ley 13.140/2015).

4.4 La informalidad

La mediación es un procedimiento informal y flexible, ya que no se limita a la aplicación de las normas generales y pre-establecidas, y su estructura depende básicamente de la escogida por las partes y el mediador. Con ello se cumple uno de los fines perseguidos por la mediación: combinar la espontaneidad, la libertad y la creatividad de los participantes

Sales (2004, p.51), destaca que “a informalidade favorece, portanto, a comunicação entre as partes e entre estas e o mediador, permitindo maior

descontração e tranquilidade durante a mediação, possibilitando o encontro de uma solução favorável para ambas as partes em conflito”.

El carácter informal del proceso de mediación favorece la proximidad entre los mediados, ya que tiene como objetivo combinar la espontaneidad, la libertad y la creatividad de los participantes para la construcción de soluciones viables a las controversias que se presentan.

4.5 La autonomía de la voluntad de las partes

Con este principio, el legislador subraya que los participantes de la mediación deben ser respetados en sus sugerencias sobre la dinámica del procedimiento, en cuestiones tales como, entre otras: la necesidad de más tiempo para la toma de decisiones; el aumento del número de sesiones y reuniones individuales; la búsqueda de directrices técnicas de profesionales externos. La mediación busca respetar la realidad y necesidades de las personas involucradas en la controversia.

Las partes tienen, además y como ya se ha dicho más arriba, poder de decisión sobre las cuestiones objeto de su controversia, ya que son ellas las responsables últimas del propio progreso y de los resultados de la mediación.

4.6 La búsqueda de consenso

El camino hacia la construcción de consenso debe ser fomentado por el mediador durante el curso de la mediación. En este sentido, el mediador hará uso de técnicas que enfatizan el diálogo cooperativo, la creatividad, la empatía y la búsqueda de beneficios mutuos. Por su parte, los mediados deberán reconocer su realidad y ajustar sus propuestas a la realidad de ambos para que el acuerdo final tenga más posibilidades de ser respetado.

4.7 La confidencialidad

La confidencialidad es uno de los principios guía del procedimiento de mediación y alcanza tanto a las partes como al mediador. Con este pacto de confidencialidad se establece la confianza y el respeto suficiente para posibilitar un diálogo franco y sincero.

El legislador da una atención especial y destacada a este principio de confidencialidad. Así, además de introducirlo en la lista del mencionado artículo

2º. VII de la Ley de Mediación, le dedica una sección entera: Sección IV, La Confidencialidad y sus excepciones (artículos 30-32 de la Ley 13.140/2015).

Las excepciones a la confidencialidad con respecto a terceros están previstas en los siguientes casos (artículo 30 de la Ley 13.140/2015): a) cuando hay voluntad conjunta de las partes de que no haya secreto; b) para cumplir con el acuerdo alcanzado por la mediación y c) cuando la divulgación es requerida por la ley, en cuanto a la posible comisión de un delito o en caso de que sea necesario proporcionar información a la administración tributaria.

Merece la pena mencionar que la violación del deber de confidencialidad es un acto criminal. Si se practica por un mediador privado, se tratará de un delito en virtud del artículo 154 del Código Penal, en cambio, si se comete por un mediador judicial, se tratará de un crimen contra la Administración Pública en virtud del artículo 325 del Código Penal.

4.8 La buena fe

El principio de la buena fe es vital y esencial para el logro de la mediación. Los implicados deben estar imbuidos con el más alto grado de honestidad, prudencia y equidad. Las enseñanzas de Comte-Sponville (1997, p. 213) disponen lo siguiente:

O que é a boa-fé? É um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral. Como fato, é a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma. Como virtude, é o amor ou o respeito à verdade, e a única fé que vale. Virtude *aletheiagal*, porque tem a própria verdade como objeto. Não, claro, que a boa-fé valha como certeza, nem mesmo como verdade (ela exclui a mentira, não o erro), mas que o homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo, isto é, uma crença ao mesmo tempo que uma fidelidade.

El legislador ha querido concretar que la mediación es un procedimiento que no incluye el artificio, el engaño ni el fraude, lo que refleja la necesidad de mantener una conducta respetuosa entre los participantes.

5. CONCLUSIONES

De acuerdo con el contexto presentado, la mediación es una institución en auge que, poco a poco, está siendo aplicada en más países y extendiéndose a diversos ámbitos de actuación. Es en el momento inicial de su regulación y puesta en práctica cuando más atención se debe prestar a los elementos básicos de la mediación, fundamentalmente a los principios rectores de la mediación, pues ellos son los pilares que la sustentan y los que determinarán su esencia. Tras la identificación de los factores o motivos que han llevado a la reciente regulación de la mediación en España y en Brasil, solo analizando los mencionados principios informadores y comparando su regulación con otras legislaciones se tendrá la suficiente capacidad para comprender la esencia de la mediación y poder ser crítico con el sistema en el que se incardina.

Dada la multiplicidad de situaciones derivadas de la repercusión práctica de estos principios tanto en la legislación española como en la brasileña, se revela la importancia que poseen para una comprensión adecuada de la institución de mediación, y también para la valoración y el conocimiento crítico del propio sistema legal.

Por lo tanto, la comprensión y el análisis adecuado de estos principios y de sus derivaciones prácticas correctas contribuyen a que este nuevo mecanismo de solución de diferencias sea más solicitado por los ciudadanos. Solo entonces se puede tener una idea de cómo el éxito y la credibilidad de la mediación están directamente vinculados a la incorporación de estos principios.

REFERENCIAS

BARONA VILAR, Silvia. Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

BRASIL. Constituição Federal. 05 de outubro de 1988.

_____. Resolução n.º 125 do CNJ. 29 de novembro de 2010.

_____. Código de Processo Civil. 16 de março de 2015.

_____. Lei N.º 13.140. 26 de junho de 2015.

COMTE-SPONVILLE, André. Pequeno tratado das grandes virtudes. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CORDÓN MORENO, Faustino; SÁNCHEZ POS, M^a Victoria. La Ley de medidas de agilización procesal y la Ley de mediación: exposición de las reformas recientes de la justicia civil. Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

ESPAÑA. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Boletín Oficial del Estado. Disponíbele em:
<https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9112>. Acceso em: 23jun. 2016.

EUROPA. Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Diario Oficial de la Unión Europea. Disponíbele em:
<<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:Es:PDF>>. Acceso em: 23jun. 2016.

MACHO GÓMEZ, Carolina. Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa. In: _____. Anuario de Derecho Civil. Boletín Oficial del Estado, tomo LXVII, 2014, fasc. III. p. 931 a 996. Disponíbele em:
<https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-2014-30089500929>. Acceso em: 22 jun. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito administrativo. São Paulo: RT, 1980.

MUSZKAT, Malvina Ester. Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência. São Paulo: Summus, 2003.

SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIX, Jean-François. Dinâmica da Mediação. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Reberti, Nazareth, Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação e Conciliação. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA PREVENÇÃO A FRAUDES NO MERCADO FINANCEIRO

Andressa Alves Silva⁴³

Cynara Bastos⁴⁴

Icaro Demarchi Araujo Leite⁴⁵

Resumo

O presente artigo analisa e busca uma solução para a resolução de conflitos no âmbito da Resolução Conjunta n.º 6 de 2023 do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional, que versa sobre os requisitos para o compartilhamento de dados e informações sobre indícios de fraudes a serem observados pelas instituições autorizadas a operar pelo Banco Central do Brasil. Da Resolução Conjunta n.º 06 do BCB/CMN

A Resolução Conjunta n.º 6, de 23 de maio de 2023, publicada no dia 24 de maio de 2023 pelo Banco Central do Brasil (BCB) e pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) de forma conjunta, traz como premissa:

Dispõe sobre requisitos para compartilhamento de dados e informações sobre indícios de fraudes a serem observados pelas instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Como é possível perceber pelo dispositivo da norma, a regulação proposta pelo BCB e CMN busca gerar a obrigatoriedade de compartilhamento de dados e informações entre instituições financeiras com a finalidade de se criar uma base de dados, passível de consulta entre os participantes, voltada para indícios de fraude.

⁴³ Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito dos Contratos pela Escola Paulista de Direito. Advogada na B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão.

⁴⁴ Graduada em Psicologia pela Universidade Fumec, MBA em gestão estratégica de pessoas pela Universidade Federal de Uberlândia, Diretora de projetos na Panta Rei DHO, Docente da área de Educação Executiva do Insper.

⁴⁵ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e pela Universidade de Bologna. Advogado. Professor Titular dos cursos de Direito e Relações Internacionais do IBMEC São Paulo. Superintendente de Seguros na B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão.

Tal iniciativa, em que pese não ser inédita do âmbito privado, surge como um primeiro movimento dado pelo órgão regulador financeiro brasileiro no sentido de obrigar as entidades participantes do ecossistema a proverem mecanismos que auxiliem na prevenção à fraude.

Como é de amplo conhecimento, atividades financeiras, desde os primórdios, são objeto de fraude, e, o fato dessas atividades trabalharem com recursos monetários faz com que sejam, talvez, o alvo predileto dos mais diferentes tipos de fraudadores.

Existem fraudes dos mais diversos tipos no sistema financeiro, que evoluem conforme o próprio mercado evolui. No início das atividades bancárias, por exemplo, era muito comum a fraude realizada na falsificação de títulos de crédito. Com a evolução para sistemas eletrônicos, a fraude passou a ocorrer mediante o uso indevido de dados do cartão de crédito, por exemplo.

Já dentro de um mercado totalmente digital, é possível observar fraudes muito sofisticadas voltadas para roubo de dados (*phishing*) ou até mesmo o uso de imagens geradas por inteligência artificial representando uma determinada pessoa física, cliente de uma instituição financeira.

Esse aumento considerável do número de fraudes atrelada a novas tecnologias acendeu o alerta das autoridades regulatórias e judiciais para a necessidade de criação de mecanismos que pudessem auxiliar o ecossistema financeiro a se precaver perante essa gama de indivíduos eivados de má-fé.

Foi nesse sentido que o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional entenderam a necessidade de se registrar esses indícios de fraude em base passível de ser consultada por todos os integrantes do mercado financeiro, especificamente, conforme o artigo 1º da Resolução Conjunta BCB e CMN n.º 06/23 (RC06), as instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil⁴⁶.

Na prática, são aproximadamente 2.500 instituições brasileiras que estão intimamente conectadas com a sociedade, uma vez que realizam transferências, pagamentos, investimentos e provêm toda sorte de produtos para pessoas físicas e jurídicas.

Assim, de antemão, percebe-se que a norma poderá atingir mais de 200 milhões de indivíduos e 21,9 milhões de empresas. Com essa gama de pessoas e entidades que podem vir a ser objeto de uma fraude ou tentativa de fraude, é

⁴⁶ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução Conjunta n.º 06. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, p. 108, 24 mai. 2023.

importante que o ambiente de registro dessas informações seja seguro, eficaz e passível de solucionar eventuais problemas nas informações registradas.

Do ponto de vista da segurança, o desafio principal é que as informações ali alocadas não sejam acessadas de forma indevida por nenhuma outra entidade além daquelas que foram autorizadas a fazer parte do ecossistema, nos termos da RC06, bem como da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e de leis e regulações aplicáveis ao tema.

Especificamente sobre a eficácia, é importante que as consultas sejam realizadas de forma simples e rápida. Em determinados momentos de uma operação financeira, o tempo de consulta e autorização para realização, deve ser compatível com a melhor experiência e necessidade da pessoa física e jurídica que está realizando referida operação.

Todavia, o ponto que gostaríamos de destacar no presente artigo é sobre como solucionar os casos em que a informação indicada por uma instituição regulada pela RC06 encontra-se em conflito com outra instituição também regulada pela RC06.

Da hipótese

Vamos imaginar o seguinte problema.

A instituição financeira “A” tem como seu cliente a pessoa física “X”. Essa pessoa “X” possui uma conta há mais de 15 anos na instituição “A”. Durante esse período, a pessoa “X” movimentou uma média de aproximadamente R\$ 5 mil por mês.

Ocorre que, em um determinado momento, “X” recebe um valor de R\$ 500 mil, via transferência eletrônica instantânea (também conhecido como PIX⁴⁷), em sua conta corrente e, após cinco minutos, esse valor é transferido para duas pessoas distintas e para o próprio “X”, só que na instituição “B” da qual ele é titular de uma conta corrente.

O valor recebido na instituição “B” é de R\$ 450 mil.

⁴⁷ Nos termos do inciso XVII do artigo 3º do Regulamento Anexo à Resolução BCB nº 1, de 12 de agosto de 2020, conceitua-se o PIX como arranjo de pagamentos instituído pelo Banco Central do Brasil que disciplina a prestação de serviços de pagamento relacionados a transações de pagamentos instantâneos e a própria transação de pagamento instantâneo no âmbito do arranjo. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução BCB nº 01. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, p. 44, 13 ago. 2020.

Ao identificar essa movimentação e comparar com o histórico de movimentações que “X” possui com a instituição “A”, o administrador de “A” entende ser cabível o registro dessa atividade como indício de fraude, conforme a RC06, e assim o faz.

Uma vez registrado esse indício de fraude na base compartilhada, em conformidade com o art. 2º, parágrafo 1º, inciso III⁴⁸, será possível realizar a consulta dos dados e das informações registradas por outras entidades, inclusive a instituição “B”.

Ocorre que a instituição “B” é o local onde “X” promove a maior parte das suas operações financeiras, inclusive com o recebimento de salários e dividendos de outras atividades comerciais que porventura realize.

Adicionalmente, “B” conhece profundamente X, uma vez que possui uma relação bastante próxima em termos de produtos e atividades financeiras, não sendo nenhum pouco incomum movimentações mensais na faixa de R\$ 500 mil.

Se, por qualquer motivo, “B” resolver consultar a base de dados da RC06 e identificar um indício de fraude em nome de “X”, em função de uma movimentação atípica, porém corriqueira na visão de “B” para com “X”, resta claro que temos uma situação de conflito de visões sobre o indício de fraude entre a instituição “A” e a instituição “B”.

Nesse caso específico, como se dará a resolução desse problema e, conseqüentemente, desse conflito?

Dos conflitos

Antes de avançarmos na hipótese apresentada, convém olharmos para conflitos.

Um conflito acontece quando opiniões divergem, quando pessoas se deparam com outras com estilos diferentes, quando alguma decisão não atende os interesses da maioria, quando injustiças acontecem, enfim, muitas situações podem originar conflitos, que caracterizam a situação em que os processos e relações de qualquer natureza param de fluir e os resultados não são atingidos.

Segundo Fred Kofman,

Desde a relação com os vizinhos até a relação com a família,

⁴⁸ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução Conjunta n.º 06. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, p. 108, 24 mai. 2023.

passando pelas interações com amigos, colegas, superiores, empregados, fornecedores e clientes, as interações humanas são terreno fértil para os conflitos. Temos conflitos porque humanos que somos, não conseguimos escapar das nossas necessidades, medos, egoísmos e aborrecimento. É impossível escolher se teremos ou não conflitos; só podemos escolher como responder aos conflitos.⁴⁹

Fato é que os conflitos fazem parte da vida organizacional e pessoal. Por isso, embora alguns tipos possam e devam ser evitados, outros são necessários para o crescimento e evolução. Especialmente dentro do contexto do mercado financeiro, a criação de conflitos possibilitará uma melhor formatação para as suas soluções

Portanto, se está diante de conflitos causados por informações incorretas, falhas na comunicação e transmissão inadequada dessas informações.

Seja qual for o desafio no processo de dissolução de um conflito, diálogo, clareza, escuta ativa e respeito são fundamentais. Interagir, conversar, entender o que ocasionou o conflito, ouvir os envolvidos, buscar um “caminho do meio”, através de uma resolução criativa e colaboradora nas diferentes situações.

Nesse sentido, a disposição das informações e a garantia de que estas cheguem aos interessados é fundamental para se evitar e dirimir problemas. De toda forma, a interpretação dessas informações e a dinâmica mutante e complexa dos negócios, das relações e do mundo, exige atenção e cuidados contínuos no sentido de se verificar se as resoluções, normas ou regras estão claras, condizentes à realidade e necessidades do negócio, produto e/ou pessoas envolvidas.

Diante de um conflito a observação e análise dos fatos é a base para o início do processo de dissolução do mesmo.

Pode-se considerar quatro diferentes tipos de abordagens, sendo elas: (i) negociação; (ii) conciliação; (iii) mediação ou (iv) arbitragem. Todas buscarão delinear os caminhos para a resolução do problema.

Dentro desse contexto, é interessante observar a “escada de inferências” criada por Chris Argyris, que indica a necessidade de avaliar se existem

⁴⁹ KOFMAN, Fred. **Metamanagement – O sucesso além do sucesso**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

alternativas mais eficientes para lidar com determinado problema, bem como levantar mais dados para tomar uma decisão.

De acordo com Fred Kofman⁵⁰, a “escada de inferências” tem 4 níveis:

(i) Dados objetivos da realidade, as observações ou fatos imediatamente verificáveis para qualquer observador;

(ii) Interpretações, quadro de situação subjetivo que o indivíduo arma a partir daquilo que observa, supõe e infere;

(iii) Juízos, opiniões e interpretações que surgem sobre o que acontece. Essas opiniões surgem da comparação da interpretação com valores e parâmetros;

(iv) Conclusões e as decisões sobre como agir. Dada a interpretação da situação e os juízos que se fazem dela, tomam-se decisões.

A “escada de inferência” permite a possibilidade de construção de um modelo de solução mais sintético, objetivo e, conseqüentemente, mais ágil. Nesse sentido, será necessário dedicar tempo e atenção às necessidades dos envolvidos, compreendendo por que cada um se comporta de determinada maneira e como se pode chegar ao consenso diante de desavenças e outros desafios cotidianos.

No mercado financeiro, especificamente, para administrar bem as situações conflituosas, é preciso conhecer bem a matéria e adotar uma comunicação clara e assertiva, realizando a entrega da solução de forma rápida.

Da solução de conflitos na RC06

Da hipótese trazida acima, bem como da definição de conflito, podemos perceber que, na prática, as informações sob posse de diferentes instituições financeiras podem, muitas vezes, serem distintas e até mesmo contraditórias.

Todavia, até que ponto a publicação da RC06 é plenamente eficaz se considerarmos exclusivamente o acesso às informações (sensíveis, importante mencionar), sem que haja uma forma de solucionar potenciais conflitos entre as respectivas instituições financeiras?

E mais: o exclusivo registro de dados e indícios de fraude, cujo acesso é limitado às instituições financeiras, BCB e demais autoridades competentes, possibilitará à pessoa física envolvida nesse cenário a defesa e/ou acesso ao mercado financeiro sem que haja eventual discriminação em razão de informações que, erronea e divergentemente, sejam compartilhadas entre as

⁵⁰ KOFMAN, Fred. **Metamanagement – O sucesso além do sucesso**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

instituições sem que a discrepância quanto aos dados seja efetivamente pacificada entre tais instituições?

Nos termos do artigo 6º da RC06, as instituições são responsáveis pelas informações registradas por elas no sistema eletrônico para compartilhamento de informações:

Art. 6º As instituições de que trata o art. 1º são responsáveis:

I - pela confiabilidade, integridade, disponibilidade, segurança e pelo sigilo em relação aos dados e informações por elas registrados nos termos do art. 2º, §1º, inciso I;

II - pela implementação das funcionalidades do sistema de que trata o art. 2º, §1º;

III - pela observância aos requisitos citados no art. 4º;

IV - pela utilização dos dados e das informações por elas obtidos em consulta ao sistema eletrônico de que trata o art. 2º, §1º, e pela preservação do sigilo de tais dados; e

V - pelo cumprimento da legislação e da regulamentação em vigor.⁵¹

Entretanto, a RC06 não prevê os mecanismos a serem adotados nos casos em que a informação indicada por uma instituição diverja daquela imputada por outra instituição, ambas reguladas pela RC06.

Tal fato confirma a necessidade de existência de um ambiente que possibilite não apenas a consulta de informações sobre dados e indícios de fraudes mediante a uniformização dos requisitos mínimos para tanto, mas também de um mecanismo que permita a solução dos conflitos identificados entre as instituições reguladas pela RC06 a partir da disparidade dessas informações.

Quando se fala sobre resolução de conflitos no presente artigo, automaticamente deve se desconsiderar a possibilidade de eventual processo judicial. Afinal, a lentidão dos processos somada a competência técnica não especializada no Judiciário podem comprometer a eficácia pretendida pela RC06.

É importante que, na interoperabilidade dos registros, seja desenvolvido um ambiente que permita a adoção de um ou mais meios alternativos e extrajudiciais

⁵¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução Conjunta n.º 06. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, p. 108, 24 mai. 2023.

de resolução desses conflitos, a serem adotados pelas próprias instituições reguladas pela RC06.

Nesse sentido, podem ser considerados dois dos três principais meios alternativos de resolução de conflitos: a conciliação e a mediação.

Na conciliação, o conciliador atuará de forma imparcial, preferencialmente nos casos que não exista vínculo anterior, propondo alternativas de soluções para alcançar o acordo entre partes conflitantes.

Já na mediação, o mediador atua como um facilitador naqueles casos em que já existe um vínculo entre as partes, para que estas consigam dialogar. Diferente do conciliador, o mediador não apresenta alternativas para a resolução do conflito:

Código de Processo Civil. Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

(...)

§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.⁵²

No caso da RC06, a conciliação e a mediação são capazes de entregar pontos interessantes a fim de criar um caminho para a solução do conflito, todavia, não parece caber perfeitamente à situação que em tese busca-se resolver

⁵² BRASIL. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 13 mai. 2015.

com o presente artigo. Dessa forma, convém observar uma modalidade interessante que tem sido utilizada cada vez mais, os *dispute boards*.

Dos *disputes boards*

Segundo Maúra Guerra Polidoro,

O *dispute board* (ou comitê de prevenção e solução de disputas) é um método alternativo de solução de conflitos que consiste na formação de um comitê de especialistas imparciais que acompanhará um projeto de longa duração desde o seu princípio. O objetivo do comitê é incentivar a prevenção e auxiliar na resolução de disputas durante todo o desenvolvimento do projeto em questão.⁵³

Tudo leva a crer que a utilização do instituto do *dispute board* seja um caminho interessante para a solução do problema identificado na RC06. Porém, parece-nos que algumas situações tornam o seu uso dificultoso: (i) custos de implementação e manutenção do *dispute board*; (ii) robustez da ferramenta para uma situação ou um caso simples a ser resolvido; (iii) elevado volume de conflitos.

Cumpra mencionar que a criação de um comitê para solução de conflitos demanda pessoas disponíveis para análise do conflito de forma permanente. Mais do que isso, como os conflitos podem surgir a qualquer momento do dia ou da semana e devem ser solucionados de forma rápida, para impedir que a pessoa física ou jurídica seja prejudicada, os membros do comitê terão que ter um alto índice de disponibilidade, o que tornaria inviável sua alocação.

Da hipótese aventada no presente trabalho, temos que os casos são menos complexos do que aqueles normalmente disponibilizados para um *dispute board* padrão. Ou seja, talvez se utilize uma ferramenta interessante, porém extremamente robusta para um tema a ser decidido que, em tese, é simples.

Ademais, poderá se observar um volume relativamente alto de demandas como as da hipótese aqui mencionada. Nessa linha, uma volumetria alta demandaria a necessidade de se trabalhar de forma mais homogênea, sem necessariamente passar por uma ação humana para a sua solução.

⁵³ POLIDORO, Maúra Guerra. Dispute board é boa opção para resolução de disputas de alta complexidade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade>. Acesso em: 15. out. 2023.

Do uso da “escada de inferência” para a solução de conflitos na RC06

Ao se observar a “escada de inferência” vis-a-vis o problema aqui posto de conflito na gestão da RC06, insta listar os pontos mais relevantes para se buscar um caminho de solução para a hipótese de problema que se apresenta: (i) volumetria; (ii) disponibilidade; (iii) automação; (iv) interpretação; (v) decisor; (vi) conclusão inicial; (vii) duplo grau de conclusão; (viii) conclusão final.

Conforme mencionado anteriormente, a melhor solução não necessariamente é aquela já previamente identificada nas leis ou nos costumes. Observando o conceito da “escada de inferência”, é necessário buscar se adaptar à realidade do problema apresentado e, com isso, identificar a solução.

Na presente hipótese, será necessário passar pelos oito pontos indicados acima para que a solução seja dada de forma pacífica, final, justa e vinculante entre as partes.

A volumetria de casos que poderão surgir é relevante para a delimitação do instrumento de solução de conflito. Nesse sentido, a ferramenta deverá levar em conta um número elevado de casos que terá a necessidade de respostas rápidas.

O mecanismo precisará ter alta disponibilidade. Na prática isso quer dizer que deverá haver a necessidade de algum instrumento que não fique dependente o tempo todo do fator humano.

Essa independência se conecta com a necessidade de automação da solução. O uso de tecnologias que permitam a entrega de segurança com baixa latência, será essencial para que os casos sejam resolvidos no momento adequado.

A interpretação, necessariamente, demandará a padronização das informações. Quanto mais bem padronizadas, melhor será possível identificar um caminho de solução. Isso quer dizer que deverão ser seguidos *layouts* padronizados dos dados referentes à hipótese apresentada, somente dessa forma, a automação terá a capacidade de dar um encaminhamento inteligente artificialmente na velocidade adequada.

O decisor, especialmente na primeira análise, deve ser desmaterializado. Isso quer dizer que, com a padronização, o sistema deverá ser capaz de tomar a decisão de forma algorítmica e computacional, sem a necessidade de um ser humano organizando e interpretando as informações.

O decisor emitirá uma primeira conclusão inicial que poderá ser satisfatória para ambas as partes e, conseqüentemente, concluirá a demanda. Na hipótese

avertada no presente artigo, uma vez concluído será necessário que a instituição financeira efetive a correção do indício de fraude na sua base de dados, atualizando o ecossistema como um todo.

Importante mencionar que deverá ficar disponível para todo o ecossistema que aquele registro passou por um processo de conflito e solução. Inclusive, a análise e resultado deverão ficar disponíveis para consulta. O terceiro interessado não poderá reabrir o caso, uma vez que não é parte, somente poderá indicar novo indício se assim o desejar.

Haverá um duplo grau de conclusão, o equivalente a um duplo grau de jurisdição se compararmos por analogia ao tradicional Sistema Judiciário. Aqui uma das partes poderá recorrer para uma segunda análise, podendo trazer novos elementos que corroborem sua posição. Nesse momento, necessariamente, a análise deverá ser realizada por um decisor humano, independente, com conhecimento em prevenção a fraude e, preferencialmente, com conhecimento na área jurídica.

Esse decisor humano terá a missão de rever a conclusão inicial ofertada artificialmente pelo decisor automatizado e chegar à conclusão final que esgotará o ecossistema de solução de conflitos no âmbito da RC06.

A partir desse momento, qualquer discussão demandará, necessariamente, uma análise pelo Judiciário brasileiro, nos termos da legislação vigente.

Como é possível observar, para a construção desse caminho de solução para a hipótese decorrente de conflito no âmbito da RC06, buscou-se o conceito principiológico da “escada de inferência” com o intuito de adaptar o mecanismo ou a ferramenta para o problema em si, especialmente em função das características presente no caso em questão.

Os inúmeros meios existentes, mediação, conciliação, arbitragem e *dispute board*, atualmente, podem não se adaptar da forma mais eficaz ao problema. Nesse sentido, a “escada de inferência” permite o tratamento diferente em busca do melhor mecanismo, o que torna o ambiente mais ágil e seguro, buscando obter o melhor resultado em função da hipótese avertada.

Da conclusão

O presente artigo procurou problematizar um conflito no âmbito da Resolução Conjunta n.º 06 do BCB e do CMN. Referida norma busca a prevenção de fraudes no mercado financeiro, todavia, em função da possibilidade de

assimetria informacional na relação entre cliente e instituição financeira, por exemplo, poderão acontecer comunicações com interpretações distintas.

Para essa disparidade de interpretação, se faz necessária a criação de um mecanismo que seja simples, eficaz e rápido para o contorno desses problemas.

Ao observar as opções disponíveis, tais como mediação, conciliação, arbitragem e *dispute board*, percebe-se que todas são capazes de agregar boas oportunidades para se extinguir o conflito. Todavia, para cada uma delas existem características que não necessariamente contemplam a hipótese apresentada no presente artigo.

Dessa forma, da análise da “escada de inferências”, especialmente, buscando compreender melhor o problema em si e menos preocupado com os mecanismos atuais, identificou-se um modelo que seria passível de locupletar todas as necessidades de que a hipótese impõe, especificamente: (i) volumetria; (ii) disponibilidade; (iii) automação; (iv) interpretação; (v) decisor; (vi) conclusão inicial; (vii) duplo grau de conclusão; (viii) conclusão final.

Nesse sentido, identificou-se a possibilidade da padronização das informações para que, especialmente na conclusão inicial, a decisão seja rápida e passível de ser realizada de forma automatizada artificialmente.

Atualmente existem meios tecnológicos capazes de atender essa necessidade em que pese a possibilidade disruptiva. Ademais, a solução automatizada deverá ser generativa, ou seja, capaz de acompanhar e aprender com as novas fraudes que porventura venham a surgir.

Assim, imagina-se alcançar um caminho que seja satisfatório para atender os interesses dos reguladores, das instituições participantes do ecossistema financeiro e, especialmente, dos clientes pessoas físicas e jurídicas que poderão contar com o que há de mais moderno, seguro e eficaz do ponto de vista tecnológico e jurídico.

Referências Bibliográficas

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução BCB n.º 01. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, p. 44, 13 ago. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução Conjunta n.º 06. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, p. 108, 24 mai. 2023.

BRASIL. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 13 mai. 2015.

KOFMAN, Fred. Metamanagement – O sucesso além do sucesso. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

POLIDORO, Maúra Guerra. Dispute board é boa opção para resolução de disputas de alta complexidade. Consultor Jurídico, São Paulo, 18 mai. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-18/polidoro-dispute-board-opcao-disputas-alta-complexidade>. Acesso em: 15. out. 2023.

MEDIAÇÃO DIGITAL E A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR

Caio Cesar Moraes Grande Guerra⁵⁴

Kátia de Moraes Jorge⁵⁵

RESUMO

O objetivo do presente artigo é Identificar na literatura jurídica as plataformas digitais mais utilizadas na resolução de conflitos. A problematização pauta-se no modo da tecnologia da informação ter influência e consequente impacto na mediação digital. Diante disso, se vincula a método dedutivo associado às pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Mediação Digital; Influência; Tecnologia da Informação.

1. INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado, com a velocidade acentuada das informações, torna-se necessário dispor de múltiplos mecanismos que auxiliam a apreensão da construção de uma rede de conhecimentos com produção de conteúdos significativos, em que as pessoas consigam se comunicar, interagir e conectar.

Neste sentido, a mediação digital tem sido uma das fontes de resolução de conflitos mais utilizada na atualidade, perante a frequente necessidade de tornar as resoluções extrajudiciais céleres e eficientes, na medida em que os processos

⁵⁴ CAIO GRANDE GUERRA, mestre em Direito Constitucional no PPGDC da Universidade Federal Fluminense (UFF), Especialista em Direitos Humanos e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), bacharel em Direito pela Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO) e bacharelado em Sociologia na Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da comissão de Direito Constitucional da OAB/ RJ. Assessor do Procurador Geral do Município de Duque de Caxias. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Celso Lisboa. Pesquisador do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino-Americano (LEICLA) da Universidade Federal Fluminense (UFF) do Observatório do Acesso à Justiça na Iberoamerica da UNESA e também no Grupo de Pesquisa de Direito Internacional (GPDI) FND - UFRJ. Realizou programa de intercâmbio por convênio bilateral na Universidade de Santiago de Compostela no período 2015/2016.

⁵⁵ KÁTIA DE MORAES JORGE, estudante do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Celso Lisboa, (CUCL) 9º Período, mestre em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Área de Atuação Saúde Mental e Educação, Enfermeira e Professora pela Universidade Gama Filho (UGF), Pós graduada em Docência do Ensino Superior pelo Instituto Superior de Estudos Pedagógicos (ISEP), Pós graduada em Administração Escolar pela Universidade Cândido Mendes UCAM, Aperfeiçoamento em Políticas Públicas em Saúde Mental pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ).

judiciais constituem um grande desafio para atender a demanda das ações movidas pelas pessoas pelo Poder Judiciário.

Sendo assim, no que se refere aos aspectos históricos, verifica-se que, a Resolução de nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sofreu uma alteração em março de 2016 (Emenda 2) que instituiu, dentre outras situações, a mediação digital.

Portanto, ao ser desenvolvido pelo CNJ o sistema de mediação digital possibilitou a forma gratuita de um serviço público criado para que acordos possam ser celebrados de maneira virtual entre as partes fisicamente distantes.

Sob este aspecto, de acordo com a literatura especializada na área de direito, verifica-se que, a mediação digital tem por base facilitar a solução consensual de conflitos entre cidadãos, seja envolvendo questões de desentendimentos entre vizinhos, por contratos, em acidentes, entre outros.

Deste modo, a mediação digital é feita por meio de plataforma, onde o mediador devidamente capacitado cria um ambiente acolhedor em video conferência. Ademais, as partes podem dialogar sozinhas ou com a ajuda de seus advogados e assim, chegar a um acordo que atenda os interesses de todos.

Para tanto, o objetivo deste estudo é: Identificar na literatura jurídica as plataformas digitais mais utilizadas na resolução de conflitos. Ao passo que, a problematização pauta-se no modo da tecnologia da informação ter influência na mediação digital.

1.1 A mediação digital e as plataformas

Segundo as palavras de Fernanda Levy (2023), “a mediação é um meio consensual, voluntário e informal de prevenção, condução e pacificação de conflitos conduzido por um mediador”. Geralmente a mediação acontece quando há um relacionamento ou vínculo entre as partes anteriores ao conflito, e esta relação permanece ao longo do tempo. Contudo a mediação digital possibilita a utilização de várias plataformas digitais em que o mediador atua como terceiro imparcial, sem o poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediandos no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação

recíproca e eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito, destaca a autora supracitada.

1.2 A legislação na utilização das plataformas digitais

A mediação digital surge mediante ao CPC - Código de Processo Civil de 2015, quando em seu artigo 334 § 7º, esclarece sobre a possibilidade de se realizar a audiência de mediação ou conciliação por meio eletrônico.

De maneira paralela, a Lei de Mediação expressa no artigo 46 que “a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.(BRASIL, 2015a)

Por conseguinte, em 2016 o Conselho Nacional de Justiça editou a Emenda 2, que desenvolveu a atualização das políticas de tratamento de conflitos no Judiciário da Resolução nº 125/2010, criando o Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores Judiciais e possibilitando a implementação do Sistema de Mediação Digital. (CNJ, 2016b)

Em contrapartida, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) foi pioneiro quando dispôs de modo interno sobre a mediação de conflitos online, por meio do Provimento nº 2289/2015, fica instituída a necessidade de um cadastro para as plataformas de mediação ou conciliação online.

Ademais, a mediação é um dos procedimentos autocompositivos que foram adotados pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei de Mediação nº 13.140/2015. É um procedimento que admite a sua realização por meio de videoconferência, garantido pelo art.46 da Lei nº 13.140/2015 e a Resolução nº 125/2010 do CNJ - Conselho Nacional de Justiça, que trata da Política Judiciária Nacional de Conflito de Interesses.

Nesta seara, vale ressaltar os princípios que regem a mediação contidos na Lei nº 13.140/2015, no art. 2º, à saber:

1.2.1. Imparcialidade do mediador

No art. 5º § Único da Lei de Mediação cita-se que o mediador é o terceiro alheio ao conflito, impedindo qualquer vínculo com as partes. Enfatiza-se que é preciso manter a neutralidade.

1.2.2. Isonomia entre as partes

Cabe mencionar que, neste princípio destaca-se o tratamento igualitário entre os envolvidos. Maior preocupação entre os aspectos emocionais e psicológicos das partes.

1.2.3 Oralidade

Sob este prisma, nota-se que, os arts. 30 e 31 da Lei nº 13.140/2015 e 166 do Código de Processo Civil, fazem menção da mediação a partir do diálogo entre os sujeitos, não havendo registro ou gravação do procedimento. Há a análise das alegações orais de cada parte. Ao final da sessão ocorre uma redação de um termo contendo acordo e obrigações de cada parte.

1.2.4 Informalidade

Ao verificarmos o referido princípio, constata-se que, o art.166 § 4º do CPC - Código de Processo Civil descreve que, é um procedimento de maneira aberta, não havendo uma sequência rígida de atos a serem praticados, cujo objetivo visa facilitar a comunicação.

1.2.5 Autonomia da vontade das partes

Partindo desta premissa, o princípio supracitado, tem por base fornecer total liberdade de se recusar a participar de ato ou acordo, sem qualquer prejuízo, de acordo com o art. 2º, § 2º da Lei 13.140/2015.

1.2.6. Busca do consenso

Neste princípio cita-se, a comunicabilidade pacífica, concretização do acordo ao longo do tempo; possibilidade de um acordo futuro.

1.2.7 Confidencialidade

Nos arts. 30 e 31 da Lei nº 13.140/2015 e no art. 166 § 1º e § 2º do CPC Código de Processo Civil, caracteriza-se a questão do mediador informar sobre o sigilo no início e ao longo da sessão, a fim de que haja confiança no procedimento.

1.2.8 Boa - fé

Contextualiza-se o referido princípio, como sendo um procedimento que deve ser desenvolvido de maneira séria e leal, ainda que a cultura do litígio, do âmbito judicial estejam enraizados na sociedade.

Diante dos princípios supracitados em torno da mediação, cabe ressaltar que, torna-se essencial apresentar a seguir a resolução de disputas denominadas de *Online Dispute Resolution*.

1.3 Online Dispute Resolution: Resolução de Disputas

Ao tecermos breves reflexões no que tange ao contexto histórico da mediação digital brasileira, observa-se que, origina-se no denominado *Online Dispute Resolution - ODR*, que de acordo com pesquisadores jurídicos, o modelo supracitado foi importado dos Estados Unidos e Canadá.

Na concepção de Lima & Feitosa (2016) *Online Dispute Resolution* visa utilizar a tecnologia para realizar parte ou todo o procedimento de mediação, bem como de conciliação, arbitragem e negociação.

Cabe mencionar que, diante deste fato, a mediação online além de respeitar os princípios e características da mediação presencial, deve atender a algumas características complementares perante o rol de conhecimento dos usuários e do mediador, tais como:

- i. Qual a tecnologia a ser utilizada;
- ii. Se o procedimento será síncrono, assíncrono ou híbrido;
- iii. Questões técnicas e procedimentais relativas às funções do mediador;
- iv. Confiança no procedimento e no mediador;
- v. Segurança das informações;
- vi. Preservação da identidade e privacidade dos envolvidos;
- vii. Legislação aplicável à forma online de mediação;
- viii. Habilidades certificadas e comprovadas do mediador online (cyber mediador ou e-mediador).

1.4 Benefícios da Mediação Digital

No que se refere ao deslocamento das pessoas, a logística dos participantes da mediação digital, verifica-se que os custos são menores. Há flexibilidade, na medida em que, os envolvidos podem participar da sessão por E-mail, Whatsapp, em que as pessoas têm acesso às informações de agenda de reuniões do procedimento.

Por sua vez, há confidencialidade, já que, o mediador na gestão do processo e da plataforma digital permite e admite somente quem pertence àquele procedimento de mediação, alegam os estudiosos.

Quanto à logística facilitada, basta ter o acesso à tecnologia determinada e necessária e ocorre a sessão de mediação digital. Além disso, para as tecnologias não são necessários *softwares* complexos ou especiais, para sessões síncronas ou assíncronas.

Um outro benefício da mediação digital, pauta-se na contemporaneidade comunicacional, onde as pessoas se vêem se comunicando de diversas formas, para resolverem conflitos por via virtual. No que se refere ao tempo, é maximizado o tempo, em que as decisões são tomadas de modo mais rápido.

1.5 O operador de direito e a mediação digital

Conforme o Conselho Nacional de Justiça - CNJ com foco na Resolução nº 125/2010, que instituiu o chamado sistema multiportas brasileiro, nota-se que, teve o entendimento de não haver obrigatoriedade do advogado participar da mediação extrajudicial.

Na perspectiva da Lei de Mediação - Lei nº 13.140/2015 no art.10 elucida-se que, a mediação extrajudicial é opcional, mas os mediandos precisam estar na mesma situação, quer dizer, todos com ou sem advogados. Caso haja diferença a mediação é suspensa, perante o que comenta o art.26, a mediação judicial determina a obrigatoriedade, salvo em casos específicos.

Neste patamar, constata-se que o operador de direito é extremamente necessário já que conhece o ordenamento jurídico, cita o que é permitido por Lei e o que está vetado.

Assim, na construção de alternativas criando vários cenários, desenvolve o princípio da autonomia, ao ajudar o cliente a tomar a melhor decisão, maximiza os respectivos interesses, montando junto com ele a árvore da decisão com os elementos importantes, tem-se como exemplo: custo, tempo, probabilidades, valor esperado, valor presente, circulação da economia, então mediando chega a mediação, via advogado com eventual renegociação, retrata a literatura especializada.

2.DESENVOLVIMENTO

No intuito de desenvolver este artigo, optou-se pela interdisciplinaridade, que para literatura vigente consiste em ser não somente um método integrador, mas uma alternativa transformadora para os paradigmas atuais do conhecimento; o diálogo entre as ciências, tecnologias e saberes populares, sendo então um método produtor de novos conhecimentos.

Logo, ao visualizar o método dedutivo associado às pesquisas bibliográficas, observa-se que emergem questões do cotidiano, em que a mediação digital dialoga com a tecnologia da informação, com a legislação vigente, com as competências do operador de direito.

Pensar em situações que envolvem o direito perante a mediação digital é se posicionar além da especificidade, tornando a discussão mais frequente nas academias, nos fóruns e nos debates.

Aliás, o Tema suscita ainda vários questionamentos, pois a Mediação Digital é um assunto relativamente novo e constantemente desafia os pesquisadores a buscarem possíveis soluções na resolução de conflitos.

3.CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que, as ferramentas tecnológicas tem se tornado cada vez mais essenciais na sociedade, por apresentarem resultados mais rápidos, organizados, de baixo custo, em que o conflito é resolvido pela mediação digital, sem a necessidade de encaminhamento para a esfera judicial.

Mediante a este contexto, verifica-se que, as pessoas que acessam com frequência a rede de tecnologia da informação conseguem com maior facilidade, se informar e ter acesso aos seus direitos enquanto cidadãos.

Entretanto, um dos maiores dilemas no meio jurídico consiste em popularizar a rede virtual na qual uma parcela da população ainda se encontra sem acesso à internet, sendo assim, torna-se fundamental que haja uma implementação de políticas públicas em que se promova de maneira ampla o acesso às redes virtuais e equipamentos eletrônicos.

Considerando as gradativas mudanças no cenário da globalização, torna-se *mister* a legislação no Brasil, propor frequentes atualizações a fim de propiciar a sociedade os direitos amparados pela via estatal.

Sendo a mediação um mecanismo ideal para conflitos subjetivos, que

envolve além das questões de direito, mas também cargas emocionais e psicológicas entre as partes, defende-se a partir disto, a ideia de como a interdisciplinaridade atua neste quesito, haja vista de que o diálogo desenvolvido percorre várias fontes do direito.

É de suma importância que haja uma redução de processos judiciais objetivando equilibrar a balança de ações movidas perante a justiça. Ao nos reportarmos às empresas tecnológicas no âmbito jurídico, percebe-se que, as *Law Techs* e *Legal Techs* tem tido uma representação mercadológica significativa perante aos sistemas de automatização de resolução de conflitos.

Além disto, constata-se que, as *law techs* buscam facilitar o acesso dos cidadãos à justiça e possibilitam a visualização de informações jurídicas de modo amplo, tanto do cidadão comum como do profissional de direito, ao passo que, as *legal techs* estariam voltadas mais ao serviço dos escritórios de advocacia a fim de melhorar a produtividade de quem opera na área jurídica.

Vale destacar neste aspecto que, direito e inovação devem caminhar juntas, na medida em que tem se exigido cada vez mais dos operadores de direito habilidades, competências e atitudes , perante a necessidade de atender as pessoas com rapidez, transparência e resolutividade.

Logo, a diversidade de ferramentas tecnológicas permitem um diálogo interdisciplinar com maior eficácia e produtividade, ao sintonizar as reais necessidades de cada cidadão que utiliza a Tecnologia da Informação e atender ao expressivo quantitativo de pessoas que buscam resolver seus conflitos sem encaminhar ações ao sistema judiciário.

Referências Bibliográficas

BRASIL (2015a).CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a Resolução de nº 125/2010 do CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br> Acesso em: 10/09/2023.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (CPC). Trata da Mediação Digital. Disponível em: <https://www.trilhante.com.br> Acesso em: 10/09/2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) Disponível em: <https://www.cnj.jus.br> Acesso em: 03/09/2023.

LEI DE MEDIAÇÃO. Lei nº 13.140/2015. Disponível em:
<https://www.saberdireito.com.br> Acesso em: 10/09/2023.

LEVY, Fernanda. Trata do Tema Mediação. Disponível em:
<https://www.ambitojuridico.com.br> Acesso em: 10/09/2023.

LIMA & FEITOSA. *Online Dispute Resolution*. Dispõe sobre a Resolução de disputas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br> Acesso em: 10/09/2023.

MEDIAÇÃO DIGITAL. Disponível em: <https://www.tjes.jus.br> Acesso em:
03/09/2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Trata do Provimento nº 2289/2015.
Disponível em: <https://www.tjsp.com.br> Acesso em: 10/09/2023.

OS DESAFIOS DA AUTOCOMPOSIÇÃO NA ERA DIGITAL

DANIEL GOMES DOS SANTOS

Acadêmico do 4º período do Curso de Direito do Centro Universitário UniAraguaia.
daniel.gomes002@estudante.uniaraguaia.edu.br

ANA CAROLINA DE MORAIS GARCIA

Advogada, Sócia da CAMES Goiás, Tutora do CNJ, Instrutora do TJGO, Presidente da Comissão de Mediação e Conciliação da OAB/GO, Mediadora Judicial e Extrajudicial, Mestra em Direito Agrário pela UFC, Especialista Mediação, Conciliação, Negociação e Arbitragem pela Uni Goiás.

RESUMO

O sistema judiciário busca se modernizar há quase uma década, no intuito de reduzir os processos ativos. Por meio da Lei nº 11.419 de 19/12/2006, ocorreu uma mudança substancial em todo o país, quando diversos tribunais se adequaram para o trâmite eletrônico dos processos, inclusive as cortes superiores. Nos anos seguintes, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) implementou políticas de modernização e ferramentas de governança para avaliar o impacto da alteração e mensurar a produtividade dos tribunais, criando no ano de 2009 a plataforma do Processo Judicial Eletrônico (PJE), até hoje utilizada. Em paralelo às inovações trazidas pelo CNJ, no ano de 2010 a autocomposição tornou-se política judiciária, obrigatória em todo o país, o que seria reforçado pelo Código de Processo Civil (CPC), em vigor desde 2016. O trabalho se propõe a analisar o impacto da autocomposição implementada pelo CNJ, especialmente no âmbito virtual, considerando a regulamentação nacional, especialmente pós-pandemia de Covid-19, divisor no aprimoramento de inúmeros serviços. O método indutivo foi adotado para análise dos dados, com exploração de indicadores, em abordagem qualitativa. Os procedimentos metodológicos foram a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Mediação e conciliação. Processo Judicial Eletrônico. Acesso à justiça. Autocomposição.

1. INTRODUÇÃO

Os litígios estão presentes no meio social desde sempre, ainda que não houvesse na antiguidade a figura do Estado para a solução desses conflitos, quando as “partes” não submetiam a contenda à um órgão ou à um julgador, os conflitos eram uma realidade. Por um longo período, a humanidade experienciou a autotutela, ou seja, subjugando a outra parte à sua pretensão em uma disputa de força e poder.

A autotutela ou a autodefesa era a ferramenta disponível na antiguidade, já que muitas sociedades precisavam utilizá-la para sobrevivência, e não somente para impor pretensões econômicas ou políticas. A ausência de um sistema organizado de poder impedia que esses conflitos tivessem uma resolução distinta, apenas com o surgimento do Estado e do sistema judiciário, que houve uma centralização na resolução de conflitos.

De forma concisa, a tríade processual surge do amparo judicial diante de uma "pretensão resistida", conceito destacado por CARNELLUTI (1936), conforme destaca Theodoro Júnior:

[...]Explica Carnelluti que interesse é a “posição favorável para a satisfação de uma necessidade assumida por uma das partes” e pretensão, “a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio”, sedimentando-se a pretensão resistida. (JUNIOR *apud* CARNELUTTI, 2001, p.31)

A tutela judicial ganha destaque na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXV, que assegura proteção igualitária a todos os cidadãos, permitindo a submissão das controvérsias patrimoniais e extrapatrimoniais ao crivo do sistema judiciário.

Apesar do maior acesso à justiça após a edição da Constituição Federal de 1988, no Brasil a conciliação se expandiu a partir do ano de 2006, quando do surgimento do Processo Judicial Eletrônico (PJE), quando o CNJ lançou o programa “Movimento pela Conciliação”, que implementou em âmbito nacional a “Semana de Conciliação”, adotada por todos os estados da federação. Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2021, apontam que até 2020 foram solucionados mais de 15 milhões de processos por meio da autocomposição.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A eficácia da justiça está diretamente conexa à celeridade dos procedimentos tutelados, ou seja, o tempo pelo qual as partes ficam sem uma decisão terminativa para seus conflitos, e sabidamente esse tempo é longo e penoso, resultando em manifesta injustiça, seja pela perda do objeto ou mesmo o óbito de alguma das partes envolvidas.

Nesse contexto, de ineficácia do judiciário é que surgem tentativas de abreviar as demandas judiciais e também reduzir o seu número, ante a falta de servidores para absorver todos os processos, em todos os âmbitos da justiça. É nesse cenário que tem origem, no sistema judiciário, a mediação e a conciliação, na busca de soluções “adequadas” às disputas sociais.

Nesse contexto, busca-se demonstrar as ferramentas de mediação e conciliação inseridas no seu contexto evolutivo moderno, resgatando os princípios desses institutos nos dias atuais, especialmente a partir da Lei nº 13.140/2015, que versa sobre a mediação entre particulares como meio de resolução de conflitos, e os impactos da autocomposição presencial e virtual.

2.1 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A partir da análise das inúmeras dificuldades experimentadas pelo poder judiciário no Brasil, depreende-se que outras formas de resolução de conflitos, evitando a formação de um litígio, são fundamentais para o bom funcionamento da justiça, já que milhões de processos foram solucionados desde o ano de 2010, em virtude da Resolução CNJ n. 125/2010.

A mediação é um dos instrumentos utilizados pelas partes para se ter acesso à justiça, que não pode ser limitado unicamente pela sentença terminativa, considerando os prejuízos inseridos no contexto da tutela estatal. A mediação busca realizar uma interlocução entre as partes envolvidas, muitas vezes fragilizadas, tentando pacificar a disputa através da racionalização e negociação, fazendo com que as próprias partes construam uma solução conjunta, proporcionando um desfecho antecipado.

A mediação na resolução de conflitos possui largo histórico, sendo uma demanda derivada do Estado Democrático de Direito, considerando que a partir da Constituição Federal de 1988, com a ampliação dos direitos e maior proteção dos cidadãos houve uma grande transformação no judiciário, com o ajuizamento

de inúmeras ações judiciais, onde os autores impulsionam suas demandas para a tutela jurisdicional.

O Estado Democrático de Direito, considerando a participação ativa dos cidadãos em razão de seus direitos e deveres demanda outras medidas para a resolução de conflitos, não somente a tutela jurisdicional convencional, que entrega o “direito” a partir de uma sentença. Nesse sentido, cumpre mencionar o entendimento do jurista Humberto Theodoro Júnior:

[...] decisiva é a participação do mecanismo do direito processual no Estado de nossos tempos que se pode mesmo identificar o Estado Democrático de Direito como aquele em que as garantias fundamentais dos direitos do homem se acham adequadamente protegidas por um eficaz sistema de processo judicial. (...) Por isso mesmo, as diversas tutelas que se atribuem constitucionalmente ao processo não devem estar limitadas ao âmbito das simples declarações de princípios, mas, sim, têm de se traduzir em providências de ordem prática, reais e eficazes, com vigência efetivamente certa para cada caso concreto que se traga à solução judicial. Em outras palavras, o processo deve corresponder, em remédios práticos, àquilo que a ordem constitucional espera dele, como instrumento ágil de efetivação das garantias integrantes do sistema. (THEODORO JÚNIOR *apud* CARNEIRO, p. 54)

O autor demonstra que as garantias fundamentais do direito do homem encontram-se integradas na tutela judicial, ou seja, a efetivação de direitos e garantias passa quase sempre pela via judicial, devendo o sistema judiciário proporcionar a resolução de conflitos de forma prática, objetiva e eficaz diante de cada caso concreto. O processo deve corresponder à pretensão constitucional, sendo um instrumento ágil na efetivação de garantias.

Os meios alternativos para resolução de conflitos são integrados ao sistema judiciário justamente na tentativa de efetivar essa proteção dos direitos e garantias de uma forma célere e objetiva, antecipando o desfecho da disputa. Como meios alternativos, podemos citar a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A arbitragem consiste na resolução de disputas através da decisão de um árbitro, por força contratual, ou seja, quando da realização de um negócio ou transação as partes optaram para submeter eventuais disputas em razão do negócio à um terceiro especializado. São características dessa modalidade a prolação de uma sentença pelo árbitro (sentença arbitral), que coloca fim da disputa, e seu caráter eminentemente privado regulado pela Lei nº 9307/1996.

A conciliação é definida de um processo de resolução de disputas em que um terceiro interveniente, imparcial e neutro, conhecido como conciliador, realiza interlocução entre as partes, para se chegar à uma solução equilibrada, aceita por ambas as partes. O objetivo da conciliação é promover um acordo que atenda às necessidades de ambas as partes, evitando a necessidade de litígio judicial.

Carla Zamith Boin Aguiar compreende que:

Na conciliação, o terceiro neutro não tem o poder de decidir sobre o problema trazido pelas partes (ao menos enquanto aja na qualidade de conciliador), mas tem um papel ativo na resolução da disputa: na tentativa de chegar a um “compromisso” entre as partes, ou seja, de um balanceamento dos interesses destas, o conciliador tem uma função diretiva na promoção da conciliação e no controle e orientação da discussão sobre elementos tidos como úteis para a resolução do problema. Não obstante a decisão final ser tomada formalmente pelos contendores, o conciliador exerce um papel determinante na construção dos termos do acordo e na proposição deste às partes para que o aceitem. (AGUIAR, 2009, p.92)

O conceito de mediação refere-se a um processo no qual uma terceira parte neutra e imparcial, denominada mediador, facilita a comunicação e a negociação entre duas ou mais partes em conflito. O objetivo da mediação é ajudar as partes a chegarem a um acordo ou solução mutuamente satisfatória para suas questões, evitando o litígio. André Gomma Azevedo esclarece sobre o tema:

O mediador é uma pessoa selecionada para exercer o múnus público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, ele deve agir com imparcialidade e

ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra- pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades. O mediador, uma vez adotada a confidencialidade, deve enfatizar que tudo que for dito a ele não será compartilhado com mais ninguém, excetuado o supervisor do programa de mediação para elucidações de eventuais questões de procedimento. Observa-se que uma vez adotada a confidencialidade, o mediador deve deixar claro que não comentará o conteúdo das discussões nem mesmo com o juiz. Isso porque o mediador deve ser uma pessoa com que as partes possam falar abertamente sem se preocuparem e eventuais prejuízos futuros decorrentes de uma participação de boa fé na mediação. (AZEVEDO, 2009, p.43)

Muito embora a conciliação e a mediação possuam diversas características comuns, não são idênticas, o mediador atua mais na facilitação da comunicação entre as partes, explorando as soluções possíveis, já o conciliador estimula a resolução e propõe soluções.

Os princípios da conciliação englobam a imparcialidade dos conciliadores, a autonomia das partes na tomada de decisões, a confidencialidade das discussões, a boa-fé nas negociações, a voluntariedade da participação, a celeridade e eficiência na resolução, a flexibilidade adaptada aos conflitos, a consensualidade nos acordos e a promoção da cooperação não adversarial entre as partes. Esses princípios objetivam criar um ambiente equilibrado e cooperativo, estimulando a resolução amigável dos litígios de forma ágil e legal.

A mediação é fundamentalmente orientada para a autonomia das partes, tendo como princípios centrais, a imparcialidade do mediador, a autonomia das partes, a confidencialidade das informações, a cooperação para resolução, a voluntariedade, a flexibilidade e a criação de um ambiente não adversarial.

Embora em ambos os cenários o mediador ou conciliador participe do processo de resolução do conflito, ele não é protagonista, possui papel secundário, já que o seu poder decisório é limitado, restando impedido de forçar um acordo. O mediador tem como objetivo reaproximar as partes e receber

os interesses em debate, permitindo a resolução pelo diálogo pelas próprias partes. (SPENGLER, 2010).

2.2 A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO POLÍTICA JUDICIÁRIA

A partir do ano de 2010, ocorreu uma transformação significativa no cenário jurídico brasileiro, foi instituída uma nova e revolucionária forma para a resolução de conflitos: a autocomposição passou a desempenhar um papel central, agora inserida como uma política judiciária em âmbito nacional.

Essa mudança foi impulsionada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que desenvolveu e promoveu ativamente a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos.

Com o advento da Resolução CNJ nº 125/2010 foram criadas duas estruturas principais: os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflito (NUPEMEC's), a serem criados em todos os estados da federação, permitindo a resolução dos conflitos instaurados de forma mais célere e adequada, já que na conciliação ou mediação não há um perdedor, é um contexto mútuo de concessões.

A criação das estruturas de mediação e conciliação dentro do Poder Judiciário buscou promover soluções adequadas para as disputas recepcionadas, ante a ineficácia do judiciário na tutela jurisdicional, possibilitando uma resolução mais célere, mas ainda respaldada pela presença do próprio judiciário. Consoante definição do Conselho Nacional de Justiça:

A Política Judiciária Nacional prevista na Resolução CNJ n. 125/2010 está estruturada na forma de um tripé: no ápice está o CNJ, com algumas atribuições de caráter geral e nacional; abaixo dele estão os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs) de cada tribunal, responsáveis pelo desenvolvimento da Política Pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs); e os Cejuscs são as “células” de funcionamento da Política Pública, nas quais atuam os grandes responsáveis pelo seu sucesso, suas “peças-chave”, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução de

conflitos[...] (BRASIL, 2014.)

No mesmo sentido, a modernização dos sistemas judiciais, a incapacidade estatal de absorver os conflitos e a crescente busca de direitos por parte dos cidadãos foram fundamentais para o lançamento da política, que teve grande impacto econômico.

Nesse sentido GORETTI complementa:

A explosão de litigiosidade social resultante do fenômeno da expansão de novos direitos, associada à incapacidade dos Estados de absorver a crescente demanda pela intervenção estatal na tutela de conflitos juridicamente relevantes, agravou ainda mais a crise existente. (GORETTI, 2017, p.70)

Não há uma singularidade de eficácia na resolução de conflitos de forma eficaz, diversos meios de tratamento de conflitos são utilizados para se chegar ao fim da disputa, podendo ocorrer antes da propositura do processo, no início do processo ou mesmo fora do processo. Diversos juristas, mesmo antes da criação da referida política, já expressavam a necessidade da aplicação de outros meios de resolução de conflitos. Conforme GRINOVER:

[...]a crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o “fundamento funcional”. Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias e instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição (GRINOVER, 2008, p. 24)

A mediação do conflito deve estar fundada no caso concreto apresentado, mas não pode desprezar o indivíduo em sua humanidade, como compreende DIAS e JÚNIOR:

O conflito e a relação dialógica com o outro pode transformar-se em experiência pedagógica. O outro me incita ao encontro comigo mesmo, permite deparar-me com meu próprio desejo. [...]A Mediação não aponta apenas para o futuro; precisa, também, reconstruir simbolicamente o passado. Seu foco de atenção não é somente a situação concreta do conflito, mas, especialmente, os sentimentos dos sujeitos nela envolvidos. (DIAS; JÚNIOR, 2009, p. 219)

A Resolução CNJ n.125/2010 e a Lei 13.140/2015 e o Código de Processo Civil atual trouxeram - como vias de acesso à justiça qualificada pela resolução de conflitos de modo consensual e pela conseqüente pacificação social. Inserida dentro dessas hipóteses de acesso à justiça, está a resolução consensual por meio digital, que rompeu com o modelo tradicional originário, ampliando o acesso à justiça, já que a desnecessidade da presença física das partes permite a participação de qualquer lugar do mundo.

A previsão do Novo Código de Processo Civil de 2016 regulamenta e dá diretrizes para a atuação de mediadores e conciliadores, merecendo destaque:

a) a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos pelos tribunais, destinados à realização de audiências e pelo desenvolvimento de programas para auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (art. 165); b) os princípios que informam a conciliação e a mediação (art. 166); c) o cadastro e a capacitação de conciliadores e mediadores (art. 167); d) a possibilidade de as partes escolherem, de comum acordo, o conciliador ou mediador (art. 168); e) as formas de remuneração dos conciliadores e mediadores (art. 169); f) os casos de impedimento (art. 170); g) a impossibilidade temporária do exercício da função (art. 171); g) o prazo de impedimento de um ano para o conciliador e mediador assessorar, representar ou patrocinar as partes (art. 172); h) as hipóteses de exclusão do cadastro (art. 173); i) a criação de câmaras de mediação e conciliação para a solução de controvérsias no âmbito da administração pública (art. 174); j) a possibilidade de outras

formas de conciliação e mediação extrajudiciais (art. 175) (BRASIL, 2015, p. 45)

A composição entre as partes tornou-se obrigatória a partir da edição do Novo Código de Processo Civil, que prevê no art. 334 a obrigatoriedade de realização prévia de audiência de mediação ou conciliação pelas partes, fluindo prazo para prosseguimento da ação apenas se não houver composição, após a audiência conciliatória, adequadamente prevendo a decisão terminativa do juiz como residual, e não o inverso:

"Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência." (BRASIL, 2015, p.66)

Por seu turno, a Lei 13.140/2015, conhecida como a "Lei de Mediação", dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ela estabelece diretrizes para a utilização da mediação como forma de resolver disputas de maneira consensual, buscando evitar ou diminuir a necessidade de recorrer ao sistema judiciário.

Dentre as diretrizes trazidas pelo dispositivo podemos destacar a voluntariedade, imparcialidade do mediador, confidencialidade das informações, autonomia das partes, colaboração mútua, flexibilidade do processo, papel facilitador do mediador e a necessidade de informar as partes sobre o processo.

A voluntariedade trata-se da participação livre e sem qualquer coerção pelas partes, a imparcialidade do mediador é outra diretriz fundamental, permitindo a atuação equilibrada sem favorecer quaisquer dos envolvidos. A confidencialidade das informações compartilhadas prevê que nenhuma das informações tratadas em sede de mediação e conciliação serão utilizadas em demandas futuras ou como fundamento no processo judicial, exceto se houver previsão expressa e for de vontade das partes.

A flexibilidade permite que as partes personalizem a solução de acordo com suas necessidades e interesses individuais, fazendo os ajustes que atendam

às suas necessidades e pretensões. A facilitação é realizada pelo mediador, que atua na comunicação entre as partes, facilitando o mútuo entendimento para se chegar à solução do conflito. O mediador possui ainda o dever de informar as partes sobre o processo de mediação, seus benefícios e possíveis limitações.

A conciliação e a mediação não foram criadas ou instituídas pelo Conselho Nacional de Justiça para desonerar o Poder Judiciário, que enfrenta morosidade nos dias atuais, especialmente pela judicialização de inúmeros conflitos. Nesse sentido, o entendimento de Leonardo Carneiro da Cunha:

A mediação e a conciliação não devem ser encaradas como medidas destinadas a desafogar o Poder Judiciário, mas como o melhor e mais adequado meio de resolução de disputas. Há disputas que são melhores e mais adequadamente resolvidas pela mediação, enquanto há outras que se resolvem mais apropriadamente pela conciliação, sendo certo que há outras ainda que só se resolvem mais adequadamente pelo julgamento realizado por um juiz. A mediação e a conciliação não devem ser encaradas como alternativas a quem não foi bafejado com as melhores condições de aguardar um desfecho demorado de um processo judicial. Constituem, na realidade, medidas aptas e adequadas a resolver conflitos em determinados casos. Há, efetivamente, casos que são mais bem resolvidos por esses meios. A conciliação e a mediação constituem técnicas que se destinam a viabilizar a autocomposição de disputas ou litígios. Nelas, um terceiro intervém, contribuindo para que as partes componham por si mesmas a disputa que há entre elas. (CUNHA, 2020).

A Lei 13.140/2015 foi um passo significativo para ampliar as alternativas de solução de conflitos no Brasil, viabilizando uma abordagem mais participativa e colaborativa para a resolução de controvérsias.

2.3 A NORMATIZAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS VIRTUAIS

O poder judiciário sofreu mudanças significativas a partir do ano 2009, quando houve a criação do Processo Judicial Eletrônico (PJE), desenvolvido pelo

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o objetivo de modernizar e informatizar o sistema judiciário brasileiro, tornando os processos mais eficientes e acessíveis.

O contexto que motivou a criação do Processo Judicial Eletrônico (PJE) foi a necessidade promover maior celeridade, reduzir o uso de papel, diminuir a burocracia e melhorar a acessibilidade à Justiça. Antes do PJE, os processos eram físicos, em papel, o que frequentemente levava a atrasos e a uma maior complexidade na administração da justiça, devido à necessidade de remessa dos processos físicos entre os diversos órgãos da justiça.

A criação do PJE e sua implantação em cascata em todos os tribunais do país, assim como o desenvolvimento de sistemas derivados, permitiu uma redução expressiva na duração dos processos e eficiência da rotina interna dos órgãos, possibilitando a distribuição do processo pelos procuradores a distância.

A partir da implementação do processo eletrônico, os processos físicos migraram gradativamente para o meio digital, possuindo ainda número único de identificação com um padrão desenvolvido pelo CNJ, o que permitiu a integração de vários sistemas. No entanto, apesar da criação e aperfeiçoamento do PJE, os atos processuais continuaram a ser realizados de forma presencial, dada a escassez de recursos tecnológicos e a resistência dos próprios magistrados em desenvolver o procedimento junto aos Tribunais de Justiça.

Na esteira da evolução do processo digital, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução CNJ n. 125/2010, que criou a Política Nacional de tratamento adequado de conflitos, traçando diretrizes para a resolução consensual no âmbito do poder judiciário, criando unidades dedicadas para essa finalidade. O Anexo III, no artigo 1º do Código de Ética do Conciliador e do Mediador, da Resolução CNJ n. 125/2010 elenca princípios fundamentais necessários aos mediadores e conciliadores, como a confidencialidade, a decisão informada, a competência, a imparcialidade, a autonomia, o respeito à ordem pública e à lei vigente, o empoderamento e a validação.

No mesmo sentido da modernização, a previsão do Código de Processo Civil em seu art. 334, § 7º, já citada, previu a possibilidade de realização da audiência inicial de mediação ou conciliação por meio digital, no ano de 2015. Da mesma forma o art. 185, § 2º do Código de Processo Penal permite a realização de interrogatório do réu por meio virtual desde 2009.

O Código de Processo Civil elenca, consoante previsão do art. 166 do Código de Processo Civil em seu *caput*, os princípios da Mediação e Conciliação, que são

balizadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Cumprir destacar que Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 2º, inciso VI, estabelece que o advogado deve “estimular (...) a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”, colaborando com a resolução.

Em 2020, com a pandemia de Covid-19 foi editada pelo CNJ a Resolução n. 329/2020, com o objetivo de regulamentar e estabelecer critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19, sendo posteriormente revogada pela Resolução CNJ n. 481/2022.

A Resolução CNJ n. 358/2020 regulamentou a criação e implementação de soluções tecnológicas para facilitar a resolução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, fixando prazos para o aprimoramento do serviço:

Art. 1º Os tribunais deverão, no prazo de até 18 (dezoito) meses a contar da entrada em vigor desta Resolução, disponibilizar sistema informatizado para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação (SIREC).

§1º Os tribunais deverão dar preferência ao desenvolvimento colaborativo de sistema, nos termos preconizados pela PDPJ instituída pela Resolução CNJ nº 335/2020;

§2º Compete ao CNJ fiscalizar e acompanhar nacionalmente a implantação dos sistemas informatizados para a resolução de conflitos por meio da conciliação e mediação nos tribunais, os sistemas remanescerão passíveis de fiscalização, a qualquer momento, pelo Conselho. (BRASIL, 2020)

A referida norma teve um impacto substancial ao agilizar os procedimentos e diminuir atrasos nos processos judiciais. Ao criar um ambiente virtual para conduzir conciliações e mediações, ela possibilitou uma comunicação e negociação eficazes entre as partes envolvidas, independentemente de

limitações geográficas ou físicas. Apesar da realização em ambiente virtual, os princípios inerentes à autocomposição foram mantidos.

A partir da regulação dos atos processuais eletrônicos diversos procedimentos foram adequados à essa modalidade, não somente as audiências de conciliação, mas também oitiva de réus presos e audiências de instrução e julgamento. A realização de atos processuais por meio digital se fortaleceu em um momento singular, ante a inesperada pandemia de Covid-19, sendo um momento desafiador para o Poder Judiciário, já que a tutela jurisdicional é essencial à manutenção da vida em sociedade.

2.4 PROGRAMA JUSTIÇA 4.0 (CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou em janeiro de 2021 o programa Justiça 4.0 para tornar a prestação de serviços judiciais mais eficiente, eficaz e acessível à sociedade, instituindo e fomentando o desenvolvimento de novas ferramentas para utilização no sistema judiciário.

O programa foi desenvolvido para aperfeiçoar a gestão processual dos tribunais, melhorando a automação dos sistemas de processo eletrônico, obtendo um maior aproveitamento dos recursos humanos e tecnológicos. (BRASIL, 2021)

O programa ainda concilia o modelo de governança existente no Poder Judiciário com as novas ferramentas tecnológicas e políticas de integração, fornecendo evidências para a melhoria das políticas judiciárias e da governança do sistema. O referido programa foi lançado com 4 eixos de ação: inovação e tecnologia, prevenção e combate à corrupção e lavagem de dinheiro e recuperação de ativos, gestão de informação e políticas judiciárias e fortalecimento de capacidades institucionais do CNJ.

Dentro desses eixos de atuação o programa criou diversas soluções digitais para modernizar e tornar mais eficiente o Poder Judiciário em todo o país. Em agosto de 2021 foi desenvolvida e implementada a Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ-Br), uma plataforma global para acesso de todos os membros do judiciário, que armazena em nuvem novos sistemas, módulos e serviços para uso colaborativo.

A plataforma não depende de instalação nos dispositivos dos tribunais, sendo utilizada pelo navegador, o que confere rapidez e facilidade em sua utilização, contando com diversos módulos integrados, como Tabelas

Processuais Unificadas, Consulta Processual Unificada, Pessoas e Endereços e módulos organizacionais.

Ainda dentro da PDPJ-Br foi desenvolvida a plataforma Sinapses, que gerencia e armazena modelos de Inteligência Artificial (IA), que foram desenvolvidos para aprimorar a gestão de dados e informações pelos tribunais. Os módulos desenvolvidos são capazes de realizar a identificação de documentos de forma automática, classificando e realizando o preenchimento automatizado dos processos judiciais.

Na recuperação de ativos e combate a corrupção, o programa desenvolveu Sistema Nacional de Investigação Patrimonial e Recuperação de Ativos (Sniper), ferramenta dedicada à recuperação e ativos, apoiando os magistrados na realização de penhoras e investigações de vínculos financeiros das partes do processo. O sistema centraliza dados de relacionamento bancário, crédito, investimentos, dados fiscais e patrimônio, atingindo aeronaves e embarcações.

Como políticas judiciárias o Justiça 4.0 implementou o Balcão Virtual e o Juízo 100% Digital, adotado em todos os tribunais do país. O Balcão Virtual trata-se de uma ferramenta digital que permite o atendimento às partes e advogados por meio de videoconferência, inclusive com o juiz, quando solicitado. O Balcão Virtual prevê o atendimento remoto em todos os órgãos judiciais.

A política do Juízo 100% Digital prevê a realização de todos os atos processuais de forma digital, incluindo as audiências conciliatórias e sessões de julgamento. Os processos nos quais as partes aderirem ao Juízo 100% Digital terão todos os atos realizados por meio eletrônico, não sendo necessário o comparecimento das partes e advogados aos fóruns.

O Poder Judiciário realizou grandes investimentos na modernização de seus sistemas desde a criação do Processo Judicial Eletrônico (PJE), que só teve aderência a nível nacional no ano de 2021, com a pandemia de Covid-19, que impôs desafios ao funcionamento dos tribunais de todo o país.

2.5 A INCLUSÃO DIGITAL E O DESAFIO DO ACESSO À JUSTIÇA

A inclusão digital pode ser definida como a possibilidade de utilização e difusão do conhecimento e o acesso às ferramentas digitais pelos cidadãos. Essa utilização pressupõe um dispositivo de acesso e sua conexão à internet, permitindo a comunicação e exploração dos recursos disponíveis.

Apesar dos inúmeros avanços do Poder Judiciário com as portarias, resoluções e desenvolvimento de ferramentas e plataformas digitais, os jurisdicionados não foram recepcionados de forma global ou equalitária, já que a inclusão digital no Brasil ainda é precária, apesar da previsão legal expressa no art. 4º da Lei 12.965/2014.

Dados da pesquisa TIC Domicílios Cetic.br/2022 apontam que aproximadamente 20% da população do país não possui acesso à internet, o que representa um número de 36 milhões de brasileiros. Dentro desse número são apontados 29 milhões com grau de instrução até o ensino fundamental, 21 milhões de pretos e pardos e 19 milhões pertencentes às classes D e E, que referem diversas causas para a inexistência do acesso à internet.



Gráfico 1 – Razões da falta de acesso à internet
Fonte: Elaborado pelo autor – Dados TIC Domicílios/Cetic.br (2022)

O gráfico ilustra a carência de acesso à internet nos lares brasileiros, enfatizando que a questão não se limita apenas a promover a inclusão digital, isto é, aumentar o acesso à rede ou disponibilizar os dispositivos necessários. Pelo contrário, evidencia uma profunda desigualdade. Dado o impacto da exclusão digital que afeta um grande contingente de cidadãos brasileiros, a ausência de partes e advogados em qualquer procedimento digital não é sancionada pelo Poder Judiciário, o que implica que os juízes devem ordenar que tais procedimentos sejam realizados de forma presencial.

A autocomposição já enfrentava inúmeros desafios desde a primeira resolução que implantou as ferramentas e núcleos de resolução de conflitos, desde a capacitação de mediadores e conciliadores à falta de recursos para o

pleno funcionamento dos programas de conciliação. A pesquisa mencionada revela ainda, a composição do total de 36 milhões de pessoas que não possuem acesso à internet no Brasil:

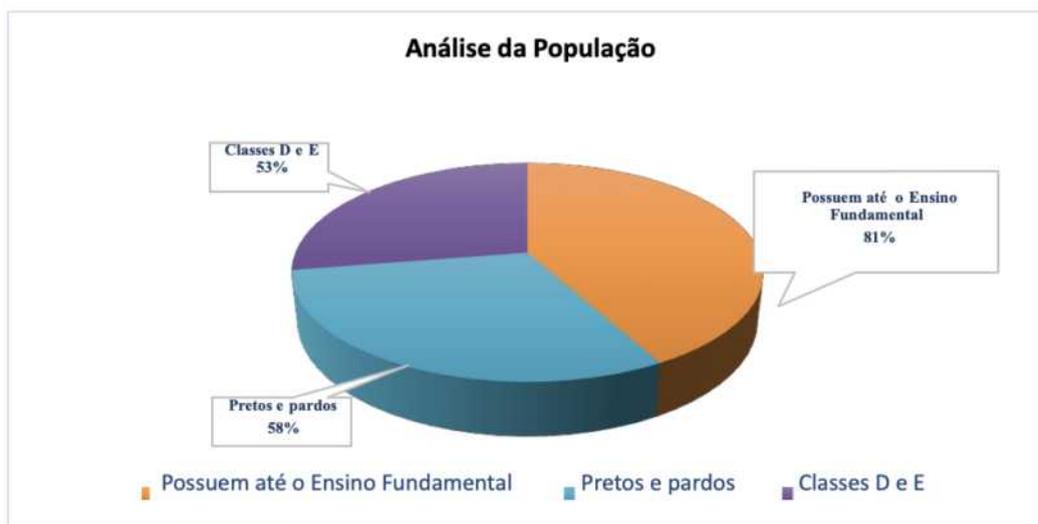


Gráfico 2 – População sem acesso à internet
Fonte: Elaborado pelo autor – Dados TIC Domicílios/Cetic.br (2022)

A partir da análise dos dados da pesquisa realizada é possível afirmar que a maioria das pessoas que não possuem acesso à internet são das classes D e E, pretos ou pardos e com baixa escolaridade, o que aponta diretamente para uma minoria marginalizada no país, um retrato fiel da estratificação social, independente de qualquer evolução tecnológica, já que a desigualdade na distribuição de renda é uma questão atemporal.

O relatório gerado a partir da análise dos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua, do IBGE (2022) aponta, considerando os três grupos das populações das regiões metropolitanas: 40% mais pobres, 50% intermediários e 10% mais ricos, que os mais ricos encerraram o ano de 2022 com salários *per capita* 31 vezes maior que o rendimento dos mais pobres: R\$ 253,95 x R\$ 7.933,66 *per capita* entre os grupos.

O acesso à internet e a disponibilidade de dispositivos para o acesso está diretamente conexo à realidade socioeconômica do país, revelando um prejuízo quase que exclusivo da população mais pobre, que ainda se recupera da defasagem salarial e das perdas pós-pandemia.

A série histórica dos rendimentos médios nas regiões metropolitanas do país, conforme apontado pelo IBGE no levantamento, parte de R\$ 1.484 em 2012 e chega a R\$ 1.644 em 2022, o que revela a grande defasagem presente nesses

valores, considerado o lapso temporal. No índice de rendimentos, são considerados os ganhos por meio do trabalho, sendo excluídas outras formas de renda, tais como benefícios assistenciais ou emergenciais pagos pela União, Estados e Municípios. (IBGE, PNAD 2022)

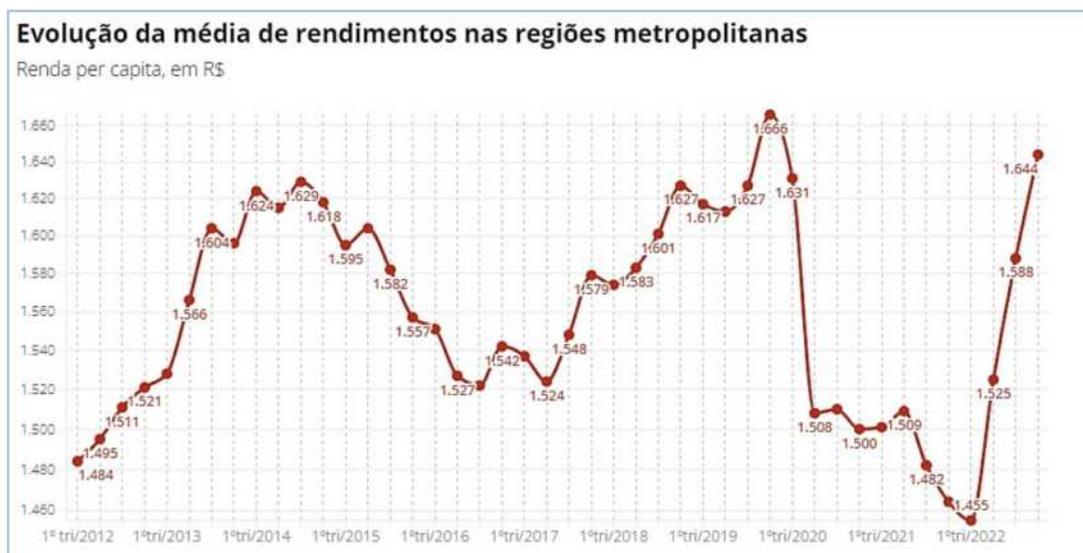


Gráfico 3: Evolução dos rendimentos nas regiões metropolitanas de 2012 a 2022
Fonte: Boletim Desigualdade nas Metrôpoles, a partir de dados da PNAD/IBGE (2022)

Em uma análise primária, é notória a desigualdade na distribuição de renda no país, especialmente nas regiões metropolitanas, considerando a disparidade da renda dos 40% mais pobres em face dos 10% mais ricos. Essa realidade econômica impacta não apenas a inclusão digital e o exercício de direitos por meio das plataformas tecnológicas, mas também o acesso a direitos básicos como saúde, alimentação e moradia.

A desigualdade social também é reforçada nos próprios números da exclusão digital apontados pelo IBGE, já que a população negra e parda enfrenta níveis mais elevados de pobreza e supressão de direitos básicos, refletindo diretamente no acesso à justiça, onde a falta de recursos financeiros e a distância geográfica dificultam o acesso à justiça pelos mais pobres.

2.6 A AUTOCOMPOSIÇÃO EM NÚMEROS NO PODER JUDICIÁRIO

Anualmente o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elabora relatórios de governança e indicadores de desempenho no Poder Judiciário, que abrange os índices de produtividade de todos os tribunais do país. Os processos são

consolidados a nível nacional e classificados por diversos critérios, permitindo ações e estratégias de melhoria por parte dos tribunais.

O Índice de Conciliação é dado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. O relatório Justiça em Números do CNJ (2023) revela um crescimento considerável de centros de conciliação (CEJUSCs) ao longo dos últimos anos.

No gráfico a seguir é possível observar as dispersões da autocomposição no âmbito do Poder Judiciário, trata-se da série histórica dos índices de conciliação, construída a partir de relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), elaborado a partir do relatório “Justiça em Números 2023:

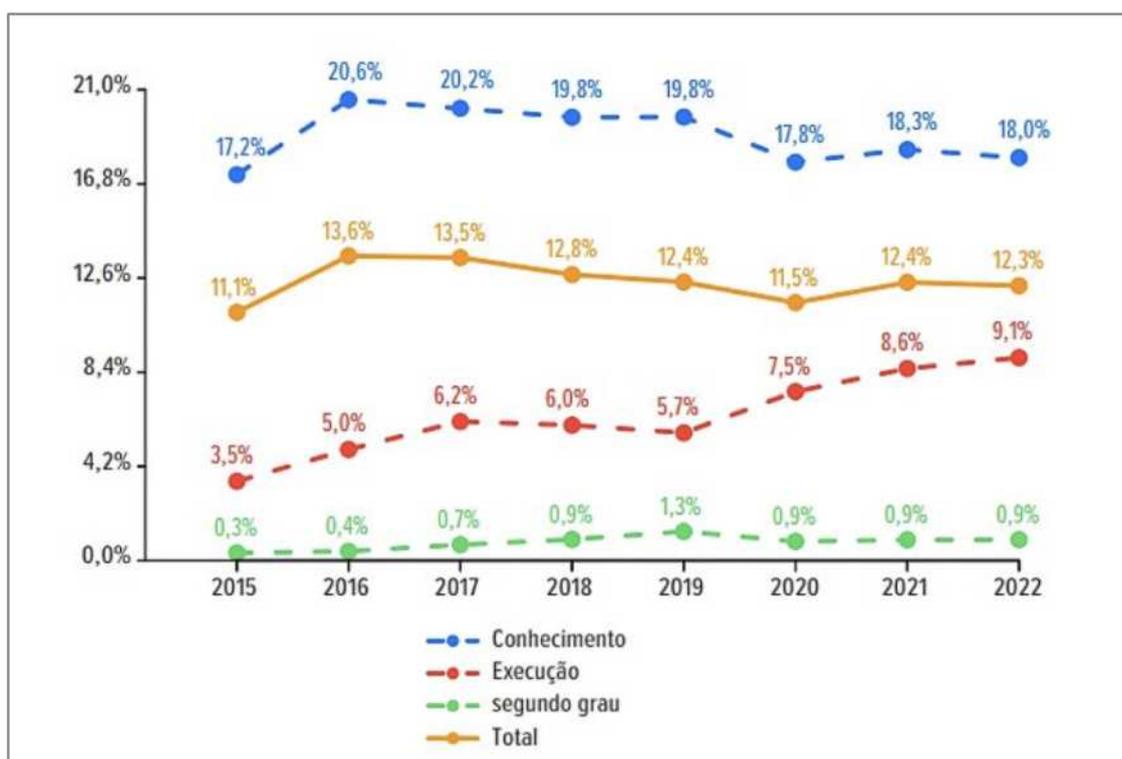


Gráfico 4: Série histórica da conciliação no Poder Judiciário
Fonte: Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números (2023)

O relatório destaca, que apesar do novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016, tornando obrigatória a realização de audiência de conciliação e mediação, houve um crescimento 4,2%. Já na análise da série histórica, que compreende o período de 2015 a 2022, nota-se que houve crescimento em escala do número de conciliações realizadas no processo de

execução, o que não ocorria até então. Todos os índices foram positivos, independente da taxa de crescimento.

É possível observar queda das conciliações no ano de 2021, em todos os processos analisados, de primeiro e segundo grau, tanto no processo de conhecimento como em processos de execução, devido à pandemia de Covid-19. A média consolidada de conciliações em todas as justiças e modalidades de processo fica em 12,3%, apresentando crescimento em relação aos anos anteriores.

Os números da conciliação nos tribunais estaduais possuem média de 11,3% no fechamento de 2022, ou seja, um aumento de 0,2% em relação ao ano anterior. O maior índice apresentado por tribunal é do Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR) com 17,5% de sucesso nas conciliações, seguido pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) com 14,3%, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) com 14,1%. No quarto lugar figura o Tribunal de Justiça do Pará (TJPA) com 13,04% e em quinto lugar o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) com 13% de sucesso.

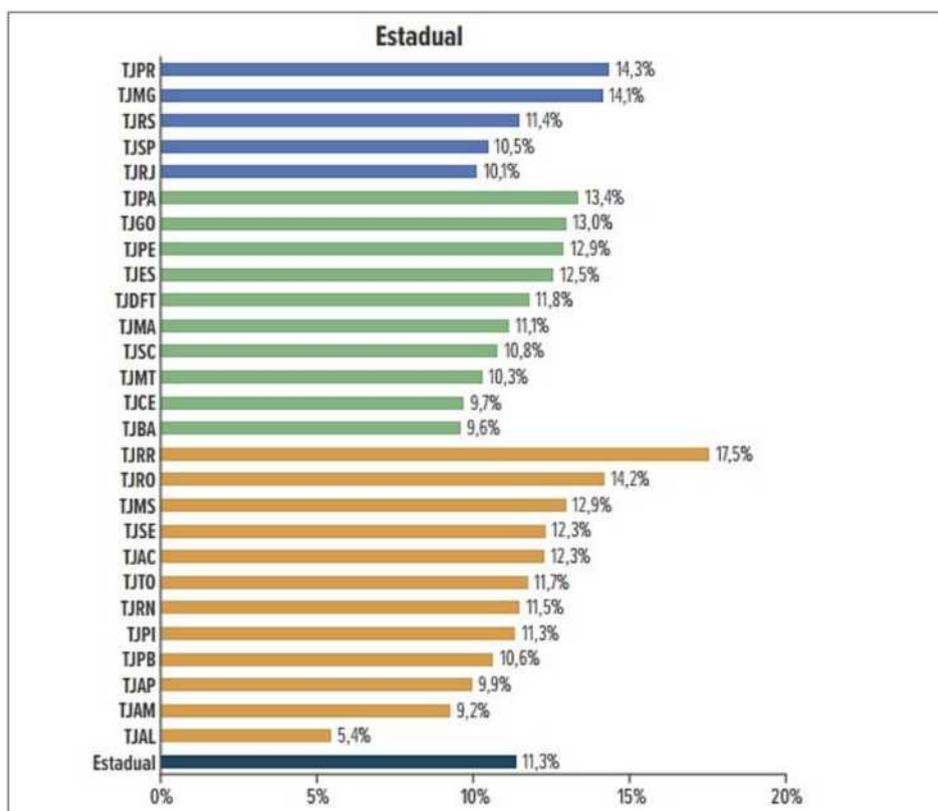


Gráfico 5: Índices de Conciliação da Justiça Estadual
Fonte: Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números (2023)

A Justiça do Trabalho permanece na vanguarda no número de acordos conforme demonstra o gráfico a seguir, com uma média de índice de conciliações de 22,1%, contra 20,5% do ano anterior (ano base 2021).

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT12) possui o maior índice de conciliação dentre todos os demais tribunais, com sucesso de 27,9% nos acordos, seguido pelo Tribunal Regional da 18ª Região (TRT18) com 26,9%. Nenhum dos tribunais do país apresenta índices abaixo de 14%, ou seja, acima da média geral apesar da disparidade regional.

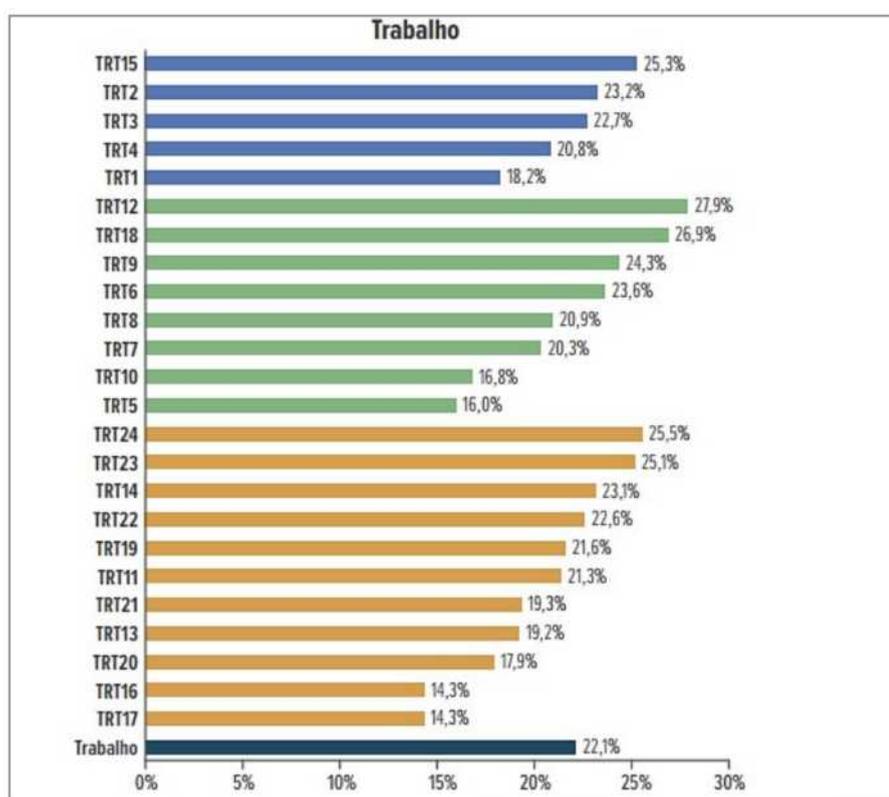


Gráfico 6: Índices de Conciliação da Justiça do Trabalho
Fonte: Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números (2023)

Na análise da conciliação conforme o grau de jurisdição, os Juizados Especiais Cíveis (JEC's) apresentam bons índices de conciliação, havendo apenas alguns tribunais estaduais que mantêm paridade no número de conciliações no procedimento comum, conforme se observa no gráfico do relatório.

Na fase de conhecimento dos juizados especiais, o índice de conciliação foi de 17%, sendo de 16% na Justiça Estadual e de 18% na Justiça Federal. Interessante notar que na Justiça Federal, são nos processos de execução dos

Juizados Especiais Federais (JEF's) em que estão os melhores resultados, com 44% de conciliação.

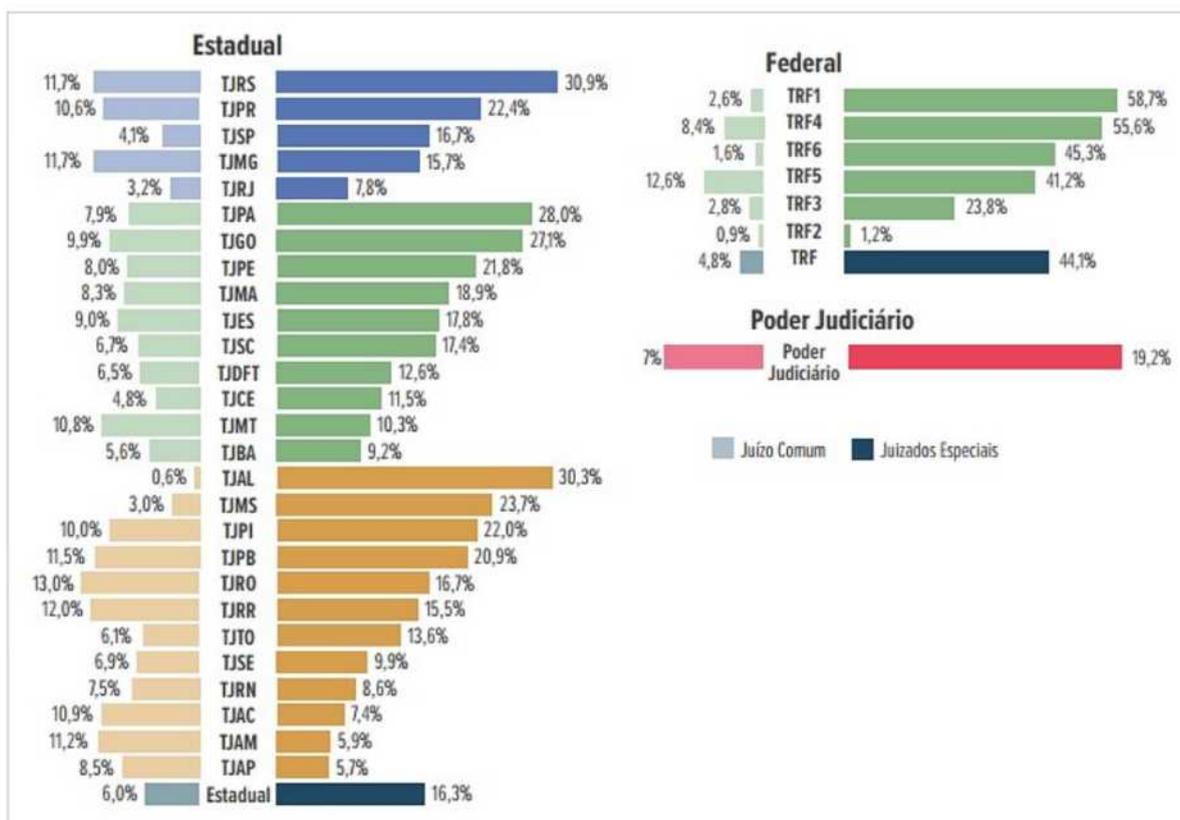


Gráfico 7: Índices de Conciliação no 2º Grau
 Fonte: Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números (2023)

A conciliação no segundo grau ficou em 0,7% nos tribunais estaduais e na Justiça Federal, 1,7% na Justiça do Trabalho e média geral de 0,9% no Poder Judiciário. Havia, ao final do ano de 2022, um total de 1.437 CEJUSC's instalados, sendo a maior parte na Justiça Estadual com 1.238 (87,8%). Na Justiça do Trabalho são 123 CEJUSC's (7,5%) e, na Justiça Federal, 76 Cejuscs (4,6%). Esse número não é grande, considerando o numero de unidades judiciárias, conforme se observa:

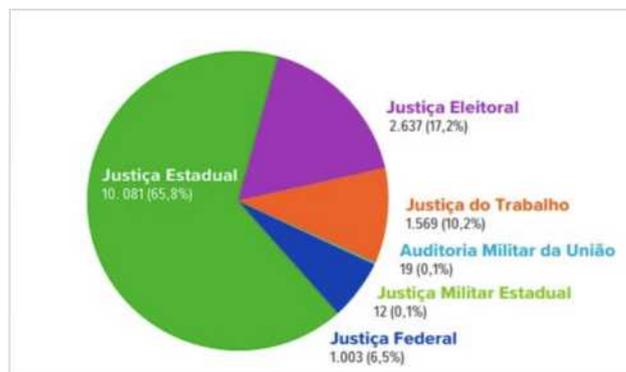


Gráfico 8: Composição do Poder Judiciário
 Fonte: Conselho Nacional de Justiça – Justiça em Números (2023)

O Poder Judiciário está organizado em 15.321 unidades judiciárias, conforme demonstrado no gráfico, dessa forma, conforme número de CEJUSC's presentes no relatório, sendo um total de 1.239 na justiça estadual, nota-se que a estrutura está presente em apenas 12,28% das unidades judiciais estaduais, o que revela a defasagem de investimentos e no aperfeiçoamento da estrutura à serviço da resolução consensual.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o ano de 2006, o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem buscando através de diversas políticas e ferramentas implementadas em âmbito nacional, novas formas de resolução de conflitos dentro do poder judiciário. Essa política pela conciliação acompanhou a evolução dos sistemas judiciais, especialmente após a vigência do novo Código de Processo Civil em 2016, que tornou obrigatória a realização de audiência de conciliação, demandando mais investimentos por parte do judiciário.

O programa Justiça 4.0 apresentou a possibilidade do trâmite integral dos processos de forma eletrônica, incluindo a prática dos atos processuais necessários, como audiências e sessões de julgamento, rompendo com barreiras geográficas, permitindo inclusive, a atuação de advogados em diversos estados sem necessidade de deslocamento.

Os índices da conciliação em todo o país revelam a importância da autocomposição, que permite soluções mais rápidas e adequadas nas disputas levadas ao judiciário, já que nessa modalidade, não há um perdedor entre as partes, que terá que arcar com custas do processo e honorários em favor do advogado da parte adversa. É inegável o impacto financeiro dos índices de

conciliação, pelo encerramento prematuro dos processos, economizando recursos humanos e materiais do Poder Judiciário, apresentando a justiça de forma breve e objetiva.

Apesar dos avanços destacados, é possível notar que o número de conciliações na série histórica, a partir da análise do relatório Justiça em Números do CNJ (2023), ainda revela dificuldades de conciliar especialmente no segundo grau de jurisdição. Em contrapartida, a conciliação nos processos de execução cresceu de forma exponencial, devendo ser creditada aos esforços dos tribunais estaduais e do trabalho.

Um ponto de destaque é que a conciliação e mediação são adotados como meios “alternativos” de resolução de conflitos, uma perspectiva que não auxilia no desenvolvimento dessas ferramentas, já que a resolução consensual é muito menos penosa que a sentença judicial, que impõe um vencedor e penaliza aquele que “perde” o processo. A resolução judicial, por meio de decisão do juiz, ante o cenário exposto, é que deveria ser considerada alternativa.

A conciliação e a mediação possuem benefícios inegáveis na resolução de conflitos, que são amparados pelo milhões de processos findos prematuramente desde o início do movimento pela conciliação, no ano de 2006, que se manteve no processo eletrônico. Não é possível desmerecer os avanços alcançados e o número de conflitos solucionados pela via consensual, o que desonerou o judiciário de forma significativa.

A análise dos dados e da literatura revela que a exclusão digital representa um dos principais obstáculos para a plena implementação da autocomposição no sistema judicial. Essa exclusão digital se manifesta em várias dimensões, incluindo desigualdades na distribuição de renda e nas condições socioeconômicas dos cidadãos. Para que a conciliação na era digital seja uma realidade efetiva, é crucial que os usuários tenham acesso às ferramentas digitais e sejam capazes de participar plenamente desse ambiente, exercendo seus direitos.

Apesar da introdução do Juízo 100% Digital como uma alternativa, a adesão a essa modalidade processual ainda não alcançou níveis satisfatórios, evidenciando a necessidade de esforços adicionais para superar as barreiras da exclusão digital e tornar a autocomposição verdadeiramente acessível a todos os cidadãos.

É fundamental ressaltar que uma parcela considerável das partes envolvidas nos processos judiciais não dispõe de acesso à internet ou dos recursos essenciais para se integrar ao Juízo 100% Digital. Muitas delas não possuem conhecimento das ferramentas digitais necessárias ou enfrentam limitações relacionadas à precariedade de seus dispositivos, o que, por sua vez, motiva os defensores a optarem pela condução presencial dos procedimentos, a fim de evitar qualquer prejuízo para as partes envolvidas.

Do mesmo modo é possível apontar o desafio da falta de investimento no âmbito estadual na conciliação e mediação. Embora muitos tribunais possuam CEJUSCs, ainda é comum que audiências de conciliação sejam realizadas por estagiários ou servidores, que não possuem capacidade técnica.

Para efetivar essa mudança de paradigma, é fundamental que haja um esforço contínuo na educação e conscientização das partes, advogados, juízes e funcionários do sistema judiciário sobre os benefícios da conciliação. Além disso, investimentos em infraestrutura, como a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC's), como mencionado anteriormente, e a definição de metas claras para a implementação da autocomposição, são medidas práticas que podem ajudar a transformar a conciliação em uma abordagem mais central no processo de resolução de disputas.

Dessa forma, o sistema de justiça pode evoluir para uma cultura em que a sentença judicial seja considerada residual, com a autocomposição como a abordagem preferencial para resolver conflitos. De fato, há uma carência significativa de investimentos na promoção de soluções consensuais no sistema judiciário.

A atual abordagem que enxerga a conciliação como uma "alternativa" em contraposição à sentença judicial, que é vista como a "regra", precisa ser reformulada. É essencial que se promova uma mudança de paradigma, passando a considerar a sentença judicial como uma opção residual e a autocomposição como a via prioritária. Essa abordagem não apenas aliviaria os encargos do Poder Judiciário, mas também se revelaria menos onerosa para todas as partes envolvidas, incluindo o próprio sistema judiciário.

Em resumo, é de extrema importância investir nas estruturas delineadas pelo Programa Justiça 4.0 e pela Resolução CNJ nº 125/2010 para fortalecer o sistema de justiça, tornando-o mais eficiente e focado nas necessidades da sociedade. Ao estabelecer metas claras, alocar recursos adequados e adotar a

conciliação como principal forma de resolver conflitos, não apenas aliviamos a carga do Judiciário, mas também promovemos uma cultura de paz e colaboração. A autocomposição passa a ser vista como regra e não apenas uma alternativa, desempenhando um papel fundamental na promoção de uma sociedade em que a resolução pacífica de disputas seja o cerne da justiça.

Nesse sentido, é crucial que os tribunais estaduais e as instituições responsáveis pela administração da justiça continuem avançando na implementação dessas políticas para garantir o cumprimento tanto das metas quantitativas quanto qualitativas. Somente por meio do compromisso contínuo com a autocomposição e investimentos na infraestrutura poderemos verdadeiramente transformar o sistema de justiça, proporcionando uma experiência mais ágil, acessível e satisfatória para todas as partes envolvidas enquanto fortalecemos ainda mais a coesão social e a resolução pacífica de controvérsias em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa*, São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AZEVEDO, André Gomma. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD, 2009.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD 2022*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html>> Acesso em 28/08/2023

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020*. Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/dlg6-2020.htm> Acesso em

27/07/2023.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. CNJ: Relatório Justiça em números. Brasília: Conselho Nacional de Justiça- CNJ, 2022. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. Resolução CNJ nº 358 de 02 de dezembro de 2020. Brasília: Conselho Nacional de Justiça- CNJ, 2020. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3604>> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. Resolução CNJ nº 125 de 29 de novembro de 2010. Brasília: Conselho Nacional de Justiça- CNJ, 2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. Resolução CNJ nº 481 de 22 de novembro de 2022. Brasília: Conselho Nacional de Justiça- CNJ, 2022. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4842>> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Brasília: Congresso Nacional, 1996. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 13 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/113140.htm> Acesso em 25/08/2023.

BRASIL. Lei nº 13.994 de 24 de abril de 2020. Brasília: Congresso Nacional, 2020. Disponível em <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113994.htm> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. Resolução nº 2 de 4 de novembro de 2015. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, 2015. Disponível em <
<https://www.oab.org.br/publicacoes/>> Acesso em 28/08/2023.

BRASIL. Política Judiciária Nacional, NUPEMECs e CEJUSCs. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em <
<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/perguntas-frequentes-7/politica-judiciaria-nacional-nupemecs-e-cejuscs/>> Acesso em 26/08/2023.

BRASIL. Programa Justiça 4.0. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2021. Disponível em <
<https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>>

CETIC. Pesquisa TIC Domicílios 2022. Centro Regional de Estudos para o desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br). Disponível em <
<https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/indicadores/>> Acesso em 28/08/2023.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Revista ANNEP de Direito Processual. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. Vol. I, 2020. Disponível em <
<https://doi.org/10.34280/annep/2020.v1i1.33>> Acesso em 28/08/2023.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. JUNIOR, Aírto Chave. Revista Novos Estudos Jurídicos.

Mediação: uma terciária de caráter político-pedagógico. Pag. 126/146. Vol.14, n. 2, 2009. GORETTI, Ricardo. Mediação e acesso à justiça. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a Instalação do setor de conciliação e mediação*. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Acesso à Justiça: Juizados. Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 37 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

AS TECNOLOGIAS A SERVIÇO DAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS – MEDIAÇÃO ONLINE

Douglas Alexander Prado⁵⁶

Resumo

O presente artigo apresenta reflexões acerca das tecnologias da informação e da comunicação empregadas na resolução de conflitos através dos sistemas de resolução de conflitos, em especial a mediação. Traz um breve histórico das ODRs (Online Dispute Resolution) bem como, a ampliação da utilização da mediação online influenciada pela Pandemia Global causada pela COVID-19. Por fim algumas reflexões sobre as vantagens e desvantagens da mediação online relacionadas com as tecnologias e os princípios da mediação.

Palavras-chave: Tecnologias da Informação e da Comunicação; Online Dispute Resolution, Mediação, Mediação online.

Abstract

This article presents reflections on the information and communication technologies employed in the resolution of conflicts through conflict resolution systems, especially mediation. It brings a brief history of ODRs (Online Dispute Resolution) as well as, the expansion of the use of online mediation influenced by the Global Pandemic caused by COVID-19. Finally, some reflections on the advantages and disadvantages of online mediation related to the technologies and principles of mediation.

Keywords: Information and Communication Technologies; Online Dispute Resolution, Mediation, Online Mediation.

1. Introdução

Não é de hoje que nosso modo de vida sofre influências cada vez mais incisivas e determinantes através das tecnologias de todos os tipos e

⁵⁶Doutorando e Mestre em Direito. Negociador, Mediador, Advogado; Sócio da DAP Conflicts Management, Mestre em Direito, Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, Designer de Sistemas de Solução de Conflitos, Integrante de diversas Câmaras de Arbitragem e Mediação, Mediador do quadro de especialistas da CAMES. Superintendente do CONIMA. Contato: douglasprado.cm@gmail.com

modalidades. A chamada quarta revolução industrial ou Revolução 4.0 trouxe de forma contumaz para a vida dos seres humanos alterações comportamentais e relacionais determinantes, fazendo criarmos dependência dessas tecnologias e estarmos conectados o tempo todo.

Estamos vivenciando um exponencial e veloz crescimento das ferramentas de internet, digitais, virtuais, sincrônicas, assincronias, inteligência artificial, aplicativos, algoritmos, 4G, 5G, wi-fi, wireless, nuvem etc. De uma forma ou de outra não há como viver em uma sociedade atualmente sem de alguma forma estarmos conectados.

O termo Revolução 4.0 foi mencionado primeiramente na Alemanha no ano de 2011 e faz referência as inovações tecnológicas relacionadas a imediata tramitação de dados e informações para a produção industrial, acessibilidade em rede a essas informações, digitalização dos sistemas e processos industriais, conexão constante com a internet, virtualização dos procedimentos para acompanhamento em tempo real etc.

Os pilares conhecidos da Revolução 4.0 são: a internet das coisas – que significa a conexão em rede de objetos físicos com dispositivos eletrônicos embarcados e permitem a coleta e troca de dados. Esses sistemas são denominados de Cyber-físicos; Big data Analytics – que em resumo são estruturas de dados extensas e complexas que utilizam novas abordagens para a captura, análise e gerenciamento de informações e segurança das informações - provavelmente o maior desafio para o sucesso da revolução 4.0, com toda essa conectividade, também serão necessários sistemas que protejam os dados que tramitam no ciber espaço e deem confiabilidade aos sistemas e para os usuários.

Nesse sentido bem menciona Maria Victória Marun:

“Se entiende por “Industria 4.0”, “Industria Inteligente” o “digitalización aplicada a la industria” a la cuarta revolución industrial, que se sustenta en la disponibilidad en tiempo real de toda información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Todo ello

se obtiene con la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía.”⁵⁷

Desse modo se torna cada dia mais difícil ignorar todas essas tecnologias em nossas vidas ou retornar a viver sem a utilização destas. Obviamente algum grupo ou sociedade no mundo deve viver ainda sem qualquer tipo de tecnologia ou de forma, ao nosso ver, primitiva, contudo a grande parte, senão a maioria da população mundial, está totalmente influenciada pela evolução tecnológica que nos toca a cada segundo não nos permitindo, por vezes, escolher não as utilizar e de igual forma influenciou e influenciou a forma de como iremos gerenciar nossos conflitos, permitindo e estimulando o surgimento de outras formas de resolução de conflitos através dos meios digitais.

2. Os ODRs – Online Dispute Resolution.

Inicialmente devemos esclarecer as terminologias empregadas, eis que o termo na língua inglesa online dispute resolution (ODR), é reconhecida em língua espanhola como RDL, ou resolución de disputas em línea, todavia poderemos encontrar diversas traduções e versões.

Acompanhando a coerência do texto, bem como a maior abrangência do termo “Sistemas”, decidimos utilizar Sistemas de Resolução de Conflitos em Linha (SRCL), com objetivo de facilitar a compreensão, bem como ampliar a gama de possibilidades de ferramentas de resolução de conflitos abrangidos pelos ODRs ou SRCL.

2.1 Breve Histórico dos ODRs

Por volta dos anos de 1996 nos Estados Unidos da América com o intenso desenvolvimento da utilização de internet e o fomento do comércio eletrônico, estudiosos sobre novas tecnologias começaram a explorar a articulação destas e os meios de resolver conflitos oriundos das relações comerciais eletrônicas, surgindo, naquele momento, a primeira ideia de do que se denominaria ODR.

Percebeu-se, desta forma, que a internet seria campo comunicacional adequado para resolver conflitos e com o passar dos anos, sob a tutela do professor americano Ethan Katsh do Centro Nacional de Novas Tecnologias Aplicadas a Resolução de Conflitos da Universidade de Massachusetts - USA, os

⁵⁷ ELISAVETSLY, Alberto. La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías. 1ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.

estudos sobre as relações entre: tecnologia, informação, comunicação, conflitos e resolução de conflitos, se intensificaram e ampliaram promovendo diversos mecanismos, plataformas, sistemas, interligação entre os conflitos oriundos da internet e sua resolução.

Assim sendo, com o aumento exponencial das transações eletrônicas e o consequente e inevitável surgimento de questões conflituosas em parcela dessas vendas e serviços oferecidos se tornou necessário o surgimento de ferramentas ou algum sistemas de resolução de conflitos efetivos oriundos dessas transações eletrônicas como objetivo claro de manter as vendas das plataformas constantes e conjuntamente ofertar aos clientes formas eficientes de resolver as questões.

Exemplos conhecidos são as plataformas Ebay, PayPal, Mercado Livre, Amazon e suas consequentes plataformas de resolução de disputas oriundas das transações realizadas.

Nesse sentido menciona Franco Conforti:

“Si nos remontásemos años atrás a nivel internacional podríamos decir que el germen se encuentra en las transacciones económicas realizadas en internet el los primeros portales de venta de bienes y servicios como por ejemplo eBay, PayPal etc. Han sido estos portales los que ante la falta total de formas de resolver conflictos derivados de las compras y ventas que realizaban por internet han comenzado a trabajar sobre formas de resolver disputas que se planteaban”⁵⁸

2.2 – O desenvolvimento dos ODRs

Ficava claro que os sistemas de resolução de conflitos tradicionais (conhecidos em língua inglesa como ADR – Alternative Dispute Resolution), e o sistema judiciário não davam respostas rápidas e a contento para os usuários dos serviços mencionados, eis que a lógica da internet e da sociedade da informação e comunicação digital são distintas.

Bem menciona sobre o tema Alberto Elisavetsky:

⁵⁸ CONFORTI, Franco. Pequeño Manual de Mediación Electrónica. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014

“Los métodos de resolución de conflictos en línea, conocidos por la expresión anglosajona Online Dispute Resolution (ODR), se originaron como consecuencia de la sinergia de la tecnología y los métodos alternativos de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution o ADR) para dirimir las disputas originadas en Internet”⁵⁹

A evolução nas décadas seguintes não só da tecnologia como as plataformas de comércio eletrônico aliado as de resoluções de conflitos foi gradativo, algumas vezes um pouco ousadas e a frente do tempo outras vezes funcionais e pontuais, o que auxiliou bastante a continuidade da relação usuário-consumidor e as empresas.

Podemos observar nesse ponto a crescente utilização das estruturas tecnológicas de informações e comunicações (TICs – Tecnologias da Informação e Comunicação), ampliação de acesso a rede de internet, o comércio eletrônico, as transações e negócios realizados em diversos níveis em ambiente virtual, a sinergia e convergência dos usuários desses ambientes com as ferramentas oferecidas para resolver impasses fez surgir uma quarta parte, que agrega as três partes tradicionais (pessoa 1; pessoa 2 e facilitador), na resolução de conflitos, a própria tecnologia.

Bem mencionam nesse sentido Ethan Kash e Janet Rifkin: “Os ODR facilitam a resolução dos conflitos através do poder transformador da tecnologia a qual se incorpora com a quarta parte no modelo tripartido tradicional de resolução de conflitos”⁶⁰

Na mesma linha menciona Franco Conforti:

“Por que se fala de quarta parte? Um processo de resolução de conflitos presencial tem no mínimo três partes, que são a) solicitante (s); b) requeridos (s); c) operador do conflito; que ao fazer de forma virtual e não presencial surge uma “nova parte: d) TICs.”⁶¹

⁵⁹ ELISAVETSLY, Alberto. La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías. 1ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.

⁶⁰ Kash,, Ethan y Rifkin, Janet. Online Dispute Resolution: Resolving Disputes in Cyberspace. Jossey-Bass, San Francisco, 2001

⁶¹ CONFORTI, Franco. Pequeño Manual de Mediación Electrónica. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014

Fato é que não é mais possível entender o ser humano do século XXI sem considerar as tecnologias que nos permeiam dia a dia, vivemos em um mundo globalizado e as revoluções tecnológicas experimentadas nos últimos tempos transformaram nosso modo de vida: não conseguimos mais sair de casa sem um smartfone, sem estar a cada minuto conferindo o Instagram, o Facebook, os e-mails, a agenda eletrônica, acompanhando a compra realizada pelo “APP” da empresa de logística ou dos correios, enfim, estamos 100% conectados.

As complexidades sociais, a globalização, as instabilidades emocionais e relacionais, bem como todos os aspectos causadas por esse contexto faz com que ocorram adaptações e evoluções nos profissionais, nas ferramentas e metodologias de resolução de conflitos para se adequarem essa realidade.

Assim, sejamos imigrantes digitais (pessoas que nasceram entre o final da década de 1980 e o início da década de 1990 e experimentaram as evoluções tecnológicas), ou nativos digitais (pessoas que nasceram após a instauração das tecnologias como as conhecemos hoje), devemos ter ciência que a evolução tecnológica na resolução de conflitos acompanhou essa evolução de diversas formas e por diversos contextos sendo certo que devem ser considerados novas possibilidades através dos Sistemas de Resolução de Conflitos Online de acesso à justiça para resolver seus impasses.

Vale dizer que já se conhece diversas formas digitais de resolução de conflitos utilizadas e consagradas envolvendo, na sua maioria, a iniciativa privada através de plataformas de resolução de conflitos criadas por startups que gerenciam essas plataformas digitais que podem ser na modalidade: assíncronas (os envolvidos não interagem no mesmo tempo e espaço); síncronas (os envolvidos interagem no mesmo tempo e espaço); híbridas ou mistas (onde ambas as modalidades de comunicação estão presentes e interagem).

A negociação assistida, a negociação automática, a mediação online e a arbitragem online, são exemplos desses procedimentos digitais de resolução de conflitos que estão presentes e disponíveis para os usuários em diversos espectros negociais e relacionais.

A negociação assistida, ou assisted negotiation, consiste na busca de um acordo entre as partes em conflito por meio de comunicação eletrônica, que normalmente ocorre através de correio eletrônico, chat ou mesmo por comunicação assíncrona pelo aplicativo da empresa de comércio eletrônico.

A negociação automática, por sua vez, é semelhante à negociação assistida, sendo a sua principal diferença o fato de que a negociação automática deve atuar na busca de um acordo apenas em relação a valores envolvidos em determinada questão não adentrando na questão de mérito.

A arbitragem online no Brasil, conquanto não exista menção expressa no texto legal (Lei 9.307/1996), também não encontra vedação e, desta forma, vem sendo utilizada e deve observar alguns critérios importantes, tais como: As formalidades previstas em lei – forma escrita da convenção de arbitragem; clareza sobre os meios de comunicação utilizados para assinatura da convenção; utilizar assinador digital encriptado e de notório reconhecimento e segurança; admissibilidade do procedimento arbitral digital observando as restrições legais; previsão expressa da possibilidade do procedimento digital ou híbrido; admissibilidade da sentença arbitral através de assinatura eletrônica dos árbitros; efetividade na comunicação às partes da sentença arbitral.

Assim sendo é cediço que diversas Câmaras de Arbitragem utilizavam há tempos formas híbridas de comunicação com as partes envolvidas no processo de arbitragem por diversos motivos, quais sejam: o uso de uma estrutura de online oferece respostas satisfatórias às principais dificuldades verificadas nos contratos vindos de relações online; a distância física das partes e as maiores taxas e custas para o processamento do pleito presencial; os custos adicionais, despesas com deslocamentos dos advogados e de tradutores (se necessário), despesas de transporte, deslocamento para outra localidade, a maior agilidade na comunicação por meios digitais e o alcance maximizado para todos; possibilidade de comunicação por aplicativos de mensagens com todos os envolvidos e a Câmara etc.

Nesse cenário se apresenta a mediação on-line

2.3 – A Mediação Online

Antes de adentrarmos nas peculiaridades da mediação online, necessário mencionar que não se tem, como nos ODRs, uma unanimidade na terminologia utilizada, por exemplo: no Brasil para a mediação de conflitos realizadas com auxílio ou por tecnologias de informação e comunicação.

Iremos ver e ouvir mediação digital, mediação online, mediação eletrônica, enfim uma variedade de termos mencionando o mesmo, inclusive destaca-se que a legislação pátria diverge, cada qual utilizando uma terminologia, a saber:

“Lei 13.140/2015 - Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.”

“Lei 13.105/2015 – art. 334 - § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.”

“Resolução 125 do CNJ – Art. 6º - X criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, §7º, do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 46 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (lei de Mediação);”

Para nosso estudo e seguindo uma linha lógica eis que, podemos incluir a mediação realizada com auxílio ou através de tecnologias da informação e da comunicação, como espécie do gênero Sistemas de Resolução de Conflitos Online, ou pelo termo em língua inglesa: ODRs, utilizaremos nesse estudo o termo – mediação online.

Pode-se definir a mediação como é um método de solução de conflitos, baseado em um procedimento judicial ou privado, que prima pela flexibilidade procedimental. Conduzido por um terceiro imparcial e facilitador, o mediador que deve ser capacitado e utilizar técnicas de diversas áreas do conhecimento com intuito de fomentar ou restabelecer a comunicação entre os envolvidos no impasse, criando ambiente propício para geração de opções positivas e sustentáveis para um eventual acordo total ou parcial, não devendo, como regra, avaliar ou opinar sobre as opções criadas, contudo exerce o papel de agente da realidade.

Ao transportar a definição para a mediação online incluímos a já mencionada quarta parte no procedimento, ou seja, as tecnologias da informação e comunicação, que através e, em conjunto com o mediador, que passa a também ter um papel de gestor de plataformas tecnológicas, garantidor da identidade das partes, e da confidencialidade durante e após o procedimento de mediação, compõe com os partes envolvidas no conflito todos os atores do processo.

A mediação online deve respeitar os mesmos princípios e características da mediação presencial, contudo, algumas características complementares devem

fazer parte do rol de conhecimento dos usuários e do mediador deste serviço, tais como: i) qual a tecnologia a ser utilizada; ii) se o procedimento será síncrono, assíncrono ou híbrido; iii) questões técnicas e procedimentais relativas as funções do mediador; iv) confiança no procedimento e no mediador; v) segurança das informações; vi) preservação da identidade e privacidade dos envolvidos; vii) legislação aplicável a forma online de mediação; viii) habilidades certificadas e comprovadas do mediador online (cyber mediador ou e-mediador).

Franco Conforti assim descreve:

“La mediación por medios electrónicos es: “Un procedimiento total o parcial, simplificado y en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respecto a los principios de la mediación previstos en la ley y que se realiza por medios electrónicos en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí misma un acuerdo con la intervención de un mediador (...)”⁶²

Alberto Elisavetsky amplia a temática desta forma:

“El primer rasgo definitorio de los métodos RDL es su apoyo sustancial en la tecnología en línea, en comparación con los métodos “clásicos” de mediación, negociación u arbitraje “cara a cara”, presenciales.

El segundo rasgo definitorio deriva del primero, y es que gracias al uso de las nuevas tecnologías, los métodos RDL, permiten la negociación, mediación y facilitación a distancia, dentro de los métodos llamados no adversariales de resolución de disputas.”⁶³

Thomas Eckschmidt, Mario Magalhães e Diana Muhr definem, em suas palavras, Meios eletrônicos para solução de conflitos da seguinte forma:

⁶² CONFORTI, Franco. Pequeño Manual de Mediación Electrónica. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014

⁶³ ELISAVETSLY, Alberto. La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías. 1ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.

“Os MESC são um processo de solução de conflitos que se estrutura em ferramentas eletrônicas que promovem a comunicação, interação e formalização de maneira eficiente (p.e. baixo custo), conveniente (p.e. não presencial e previsível em custo e prazo), e aplicável (à questão em disputa), garantindo autenticidade (veracidade das partes envolvidas), privacidade (conteúdo protegido de terceiros envolvidos), e exequibilidade (o resultado do conflito é exequível e exigível perante a lei).”⁶⁴

Observa-se que a mediação online além de todos os princípios estruturais e legais que deve respeitar agrega em suas peculiaridades conceitos, princípios, preocupações e procedimentos próprios ligados as tecnologias da informação e comunicação que em verdade são sua essência existencial.

Pensar de forma simplória que a mediação online é a mediação presencial transportada para, por exemplo, a plataforma de vídeo conferência (comunicação sincrônica), é um equívoco eis que, conquanto, principiologicamente ligadas e, procedimentalmente similares, a mediação online deve ter em conta outras questões ligadas as tecnologias, a preparação do mediador, a ampla informação e percepção das partes envolvidas, a identidade dos atores e a segurança dos dados e informações produzidas.

Por óbvios adaptações são necessárias e constantes e para cenários distintos os dois modelos de mediação podem ser mais ou menos adequados, vantagens e desvantagens da mediação online em comparação com a mediação tradicional presencial, ou mesmo de forma independente, inúmeras reflexões devem ser tomadas em conta e, condutas devem ser pensadas antes mesmo de se utilizar de um procedimento online.

Importante contextualizar a mediação online na atualidade eis que passamos por momentos difíceis pois vivenciamos uma Pandemia Global causada por um vírus que no início do ano de 2020 assolou todos os seres humanos do nosso planeta e, até hoje, mesmo com a OMS (Organização Mundial da Saúde), decretando em 5 de maio de 2023 o fim da Pandemia, sofremos efeitos da doença denominada COVID-19.

⁶⁴ ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E S; MUHR, Diana. Do Conflito ao Acordo na Era Digital. São Paulo: Moderattus. 2016

Tal fato tem ligação direta com o desenvolvimento e crescimento dos Sistemas de Resolução de Conflitos Online na atualidade e entre eles a mediação online. Conquanto, como mencionado em linhas anteriores, já existissem disponíveis para os usuários os ODRs e em especial a mediação online, inclusive com previsão legal desde 2015 na Lei de Mediação, no Código de Processo Civil e na Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, tais não estavam em estágio de desenvolvimento amplo ou de acessibilidade em larga escala.

A Pandemia Global mudou o modo de vida de todos nós, quarentena, isolamento, afastamento social, máscaras obrigatórias, higienização, sanitização, grupos de risco, teletrabalho, virtual, plataformas, ensino a distância, novo normal, são alguns termos que passamos a ouvir rotineiramente e tivemos, como aliás é característica do ser humano, nos adaptar.

Não é diferente o que ocorreu, permeados pelos efeitos colaterais da Pandemia, com as pessoas que necessitam resolver seus impasses, seus conflitos. De uma hora para outra os tribunais fecharam, os órgãos executivos fecharam, as empresas especializadas em gestão de conflitos idem, as câmaras de mediação e arbitragem de igual forma passaram a atender de forma unicamente virtual, levando os sistemas online de uma das opções para a única via.

De certo que as empresas ou órgãos públicos que haviam largado na frente no desenvolvimento ou aquisição de sistemas, plataformas, software, etc se adaptaram mais rapidamente e puderam oferecer os serviços que já tinham ou lançaram mais rapidamente esses serviços, mas não foi a regra, em especial no âmbito público, que mesmo nos dias de hoje ainda, mesmo com reais avanços e operacionalizações, vem se adaptando ou utilizando unicamente plataformas de videoconferência, ou sistemas correlatos, para realizar os serviços que lhes cabem.

Ao usuário coube e cabe decidir, no atual contexto, se para tratar de algum impasse opta pelos sistemas online de resolução de conflitos oferecidos pelo Poder Público ou a iniciativa privada, se disponíveis, ou volta a acessar presencialmente, formas de tratar conflito.

O sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman em sua teoria da sociedade líquida nos brinda com um atualíssimo pensamento sobre os avanços tecnológicos rápidos e que nos permeiam a cada segundo mencionando que “Vivemos tempos líquidos. Nada é para durar”.

Aliado a essa perspectiva vivenciamos profundas alterações no nosso modo de vida, na forma como nos relacionamos, na forma de como nos comunicamos, na forma de como nos alimentamos, na forma de como trabalhamos, na forma de como resolvemos conflitos. Assim, independentemente do final ou não da Pandemia Global, as intensas mudanças na forma de resolver conflitos já estão e ficarão, em verdade fomos obrigados a nos adaptar a elas e optar com informações objetivas e subjetivas qual vamos escolhe

2.4 As vantagens e desvantagens da Mediação Online

Como em qualquer serviço que temos acesso existem vantagens e desvantagens, na mediação online não é diferente. Estamos em adaptação constante e o número de serviços, plataformas, formas, possibilidades e requisitos para ter e acessar a mediação online são diversos.

Várias experiências positivas e bem-sucedidas podem ser levadas como paradigmas transitórios para nos basearmos na escolha de um serviço de mediação online. A lei de Mediação brasileira aliada ao Código de Processo Civil menciona unicamente a possibilidade de utilização, mas em nenhum momento, e isso seria até absurdo, definem qual a plataforma deve ser utilizada, por exemplo.

Não podemos, entretanto, deixar de observar e declinar preocupação com diversos pontos peculiares à mediação online com objetivo de dar confiabilidade a esse sistema tão profícuo de resolução de conflito seja para os usuários, seja para os mediadores, bem como para os advogados que deverão junto com as partes elaborar estratégias no estudo, escolha e decisão por qual serviço utilizar.

Assim sendo podemos, sem pretensão de esgotar o tema, mencionar algumas características marcantes da mediação online, ou como a doutrina menciona: vantagens e desvantagens em comparação a mediação presencial.

2.4.1 Vantagens

a) Custos – processo, administração, documentos físicos, tramitação, transporte, deslocamentos etc. Esses custos são menores, tanto em relação aos atores do processo como em relação a logística de todos envolvidos;

b) Flexibilidade – o desenho das reuniões, horários, atores e eventuais participantes extraordinários fica muito mais facilitado, muitas vezes ao alcance

de um e-mail ou um grupo restrito do WhatsApp onde todos tem acesso as informações de agenda de reuniões do procedimento;

c) Confidencialidade – Só terá acesso as reuniões os atores pré-determinados no processo de mediação, o mediador ganha a gestão do processo e da plataforma digital permitindo e admitindo somente quem pertence àquele procedimento de mediação;

d) Logística facilitada – os deslocamentos não são mais necessários, não importando onde esteja o ator ou parte, basta ter acesso à tecnologia determinada e necessária e a sessão acontece;

e) Tecnologias – não são necessários, na maioria dos casos, softwares complexos ou especiais, bem como, baixar aplicativos extremamente “pesados” no computador, tablet ou smartfone, para poder ter acesso as plataformas de mediação online, sejam síncronas ou assíncronas;

f) Contemporaneidade comunicacional – os seres humanos veem se comunicando de formas diferentes em comparação a décadas passadas, as tecnologias são nosso dia a dia e resolver conflitos por plataformas digitais de comunicação e informação, talvez, seja mais adequado ao nativo digital ou mesmo ao imigrante digital adaptado;

g) Tempo – o acesso é mais célere e o procedimento, desde que não haja alguma questão específica, é maximizado no tempo e nas tomadas de decisões, eis que todos os atores, podem estar conectados a um clique, uma mensagem, um telefonema etc.;

h) Mediador – mediadores, empresas de gestão de conflitos, órgãos públicos que realizem mediação online que estejam preparados, capacitados, informados e treinados em tecnologias da informação e comunicação seu uso e operacionalização são fundamentais para o sucesso da mediação online.

2.4.2 Desvantagens

a) Tecnologias – da mesma forma que as tecnologias podem aproximar e fomentar a comunicação sem grandes esforços para obtê-las ou instalá-las em equipamentos eletrônicos, elas também podem ser limitantes, eis que para utilizá-las será necessário conhecimento mínimo para operá-las, ter acesso a internet, ter mínima qualidade de serviços, disponibilidade no local, dentre outros;

b) Questões de identidade – se a mediação online não ocorrer 100% do tempo de forma síncrona, poderá ocorrer interferência na tomada de decisões

das partes envolvidas no conflito. Quando as comunicações são assíncronas não se tem como saber com absoluta certeza se foi realmente a parte que se manifestou daquela maneira;

c) Adequação das plataformas aos usuários – muitas plataformas podem apresentar idioma não compatível com o conhecimento dos atores do processo, desta forma, necessário tomar em conta essas questões para plena compressão por todos da tecnologia envolvida;

d) Assinatura eletrônica – para ter validade legal, as negociações ocorridas na mediação e, por ventura reduzidos a termo devem ter a preocupação com os protocolos de segurança não só dos meios tecnológicos utilizados, como da validade e veracidade eletrônica da assinatura postada no documento produzido, seja do local onde ocorrer a mediação ou, no caso de mediação internacional, do país onde o acordo será implementado. No Brasil já admitimos a validade da assinatura digital, todavia a atenção com as certificadoras e empresas que fornecem esse serviço devem ser preocupação latente da empresa gestora dos conflitos, do mediador, das partes, dos advogados, enfim de todos os atores da mediação online;

e) Incidentes tecnológicos – como mencionado no item “a”, diversos são os percalços que podem ocorrer em uma mediação online, em especial, na modalidade síncrona e que, podem prejudicar, interromper, causar desconfiças, desprestigiar, influenciar a saída pelas partes, enfim tumultuar o procedimento.

f) Mediador - mediadores, empresas de gestão de conflitos, órgãos públicos que realizem mediação online e que não estejam preparados, capacitados, informados e treinados em tecnologias da informação e comunicação seu uso e operacionalização podem desprestigiar, causar insegurança, desconfiança e gerar questionamentos legais sobre o procedimento.

g) Análise da Linguagem não-verbal – talvez esse seja um dos pontos mais controvertidos e questionados pelos mediadores, mediandos e conhecedores de mediação, no sentido de questionar que em ambiente digital umas das ferramentas importantes da mediação, qual seja, a análise da linguagem corporal dos mediandos, não pode ser observada a contento ou mesmo nem pode ser observada se a mediação online for de forma assíncrona. Essa é uma questão sensível e técnica da mediação que ainda não temos uma resposta efetiva ou definitiva, nem sabemos se a teremos em verdade. A mediação online não deve

ser plenamente comparada ou apenas transportada do ambiente presencial tradicional para o online, cada qual tem suas semelhanças, mas suas diferenças e talvez o âmbito de utilização, o espectro conflituoso, o tipo de relação entre as partes, a origem do conflito, a complexidade e quantidade dos envolvidos, deva ser observado para a devida escolha de qual mediação ou sistemas de resolução de conflito usar, enaltecendo a adequação.

3. Considerações Finais

A natureza humana é de evolução constante, não estaremos amanhã iguais a hoje como estamos diferentes de ontem, só por esse fato deveria ser tranquila a adaptação a novas tecnologias e novas formas de se relacionar, de estudar, de trabalhar, de consumir, de resolver conflitos etc.

Contudo essa percepção de tranquilidade e adaptação é subjetiva e relativa e a evolução em determinados contextos e sociedades é mais fácil para uns e mais difícil para outros, seja em níveis globais, regionais internacionais, nacionais, regionais internos, estaduais, municipais, locais etc.

Nesse sentido toda mudança necessita de uma maturação temporal e adaptação humana para o rompimento de paradigmas tradicionais, por exemplo: a forma de como resolvemos nossos conflitos.

Principalmente em países orientados pelo Civil Law a tradicional utilização como forma de resolver conflitos do poder estatal foi e ainda é a “Porta” mais utilizada, delegando a o estado juiz a decisão do certo e errado.

A inclusão mais acentuada da ideia dos Tribunais Multiportas do saudoso professor Frank Sander, ou seja, quando temos várias opções à escolher e adequar nossos conflitos a o sistema de resolução, permeou diversas sociedades em diferentes momentos e a adaptação a elas romperam paradigmas, na medida em que fomenta o protagonismo dos envolvidos na solução dos impasses.

Essa mudança consubstanciou-se na ampliação de opções de sistemas de resolução de conflitos para as pessoas que necessitam do auxílio, por exemplo, de um terceiro para fomentar a comunicação e negociação, caso da mediação.

Bem descreve Mariana Hernandez Crespo:

“(…) O Tribunal Multiportas é uma instituição inovadora 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 litigantes.⁶⁵

A ampliação de opções dentro e fora do Poder Judiciário tornou-se uma constante mudança de paradigma social, porquanto estamos impregnados em pensar que somente existe uma forma de solucionar conflitos e essa está atrelada ao Estado.

As legislações em vigência nos conduzem a agir e pensar de forma mais autônoma na escolha de um sistema para resolver nossos conflitos enaltecendo a utilidade, qualidade, pertinência, excelência, adequação e, no caso da mediação, profundidade no tratamento dos conflitos humanos.

É nítido que não há mais espaço para o modelo de justiça pensado apenas na decisão adjudicada, os conflitos humanos evoluíram, as sociedades evoluíram, as relações interpessoais evoluíram, a tecnologia evoluiu, a forma como nos comunicamos mudou e, os sistemas adequados de resolução de conflitos merecem completa e plena acolhida, mesmo porque visam e existem para beneficiar exatamente os usuários destes métodos.

Uma abordagem qualificada, técnica e adequada para cada situação conflituosa merece atenção, todos os sistemas têm sua real e importante função e, se adequarão para tanto. Os sistemas de solução de conflitos sejam presenciais, online ou híbridos devem agir de forma sinérgica com fito de ampliar o acesso à justiça no Brasil.

O que fica para nossa reflexão e com o ideal de permear o pensamento sobre a temática é que cada situação conflituosa pode ser abordada de uma determinada forma e por um sistema mais adequado sem excluir os outros, seja na seara privada ou judicial. Os serviços de qualidade, com segurança, confiabilidade, confidencialidade e funcionais devem ser disponibilizados aos usuários.

A mediação online e outros sistemas de resolução de conflitos por meios digitais são opções independentes de seus congêneres presenciais, são mais opções de resolução de conflitos, ampliam o acesso à justiça. As tecnologias disponíveis para resolução de conflitos são novos paradigmas a serem

⁶⁵ ALMEIDA, Tania. 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.

transpostos, como foi e ainda é sobre os sistemas presenciais de resolução de conflitos, contudo, a evolução é constante e nos toca a todo momento.

As tecnologias vieram para somar e ampliar o rol de possibilidades de acesso à justiça ou de uma solução adequada para os conflitos, contudo a informação ampla e irrestrita aliada a normas éticas, estândares, marcos, boas práticas, segurança das informações, conhecimento, compartilhamento, treinamento e viabilidade técnica devem sempre ser observados pelos usuários, bem com todos os atores envolvidos com a gestão dos sistemas de resolução de conflitos em que esfera for.

Percalços surgirão e, já existem na verdade, mas a forma de como lidaremos com eles definirá a velocidade do sucesso inevitável dos sistemas online de resolução de conflitos.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Tania. Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes ARBIX, D.do A. Resolução online de controvérsias. São Paulo: Editora Intelecto, 2017.

BUSH, R. A. B.; FOLGER, J. P. La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento. Tradução de Aníbal Leal. Barcelona: Granica, 1996.

CAHALI, F. Curso de Arbitragem. Mediação, Conciliação e Resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

.

CALCATERRA, R.A. Mediación Estratégica, Barcelona, Gedisa Editorial, 2012.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à justiça, Porto Alegre, Fabris Editor, 2002

.

CNN BUSINESS. Brasil tem mais smartphones que habitantes, aponta FGV. Site: <https://www.cnnbrasil.com.br>, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/brasil-tem-mais-smartphones-que-habitantes-aponta-fgv/#:~:text=S%C3%A3o%20242%20milh%C3%B5es%20de%20celulare%20s,a%201%20por%20pessoa>. Acesso em: 13 de novembro de 2022.

CONFORTI, F. Pequeño Manual de Mediación Electrónica. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014.

ECKSCHMIDT, T.; Magalhães, M. E. S.; Muhr, D. MESC – Meios Eletrônicos para Solucionar Conflitos – São Paulo: Moderattus, 2016.

ELISAVETSLY, Alberto. La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías. 1ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.

FOLGER, J.; JONES, T. Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales. Buenos Aires-Argentina: Paidós, 1997.

Fux, L. (coord.). Tecnologia e justiça multiportas [recurso eletrônico] - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

GRINOVER, A.P.; WATANABE, K.; LAGRASTA NETO, C.(Coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia pratico para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007.

LAGRASTA, V. F. Inovações Tecnológicas nos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - São Paulo: Expressa, 2022.

PRADO, D.A. Mediação e tecnologia: a evolução da política pública. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2023

PRADO, Douglas Alexander. Como advogar na mediação. São Paulo: Expressa Jur, 2023.

PELUSO, C., RICHA, M., GRINOVER, A., WATANABE, K., Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional. CNJ. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SCHELLING, T. The strategy of conflict, Boston, Harvard University Press, 2001.

SUSSKIND, I., CRUIKSHANK, J., Breaking the Impasse. EUA: Basic Books Inc., 1987.

SUSSKIND, R. Tribunales online y la Justicia del futuro. Espanã: Wolters Kluwer España, S.A., 2020.

TRAVAIN, L. A. L. Resolução de Disputas On-Line: Um projeto de futuro. 2ª Edição. São Paulo. Amazon, 2021.

TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO ESCOLAR: UMA PROPOSTA DE GUIA

Evelyn R. Araujo Barreto de Souza⁶⁶

Fernando Muniz Shecaira⁶⁷

Introdução

O objetivo deste artigo é examinar as técnicas da mediação escolar. Num contexto de “busca por novas tecnologias” de acesso à justiça e, sobretudo, pela utilização de técnicas diferenciadas para trazer um tratamento adequado aos conflitos. A presente abordagem revela-se vantajosa e pode trazer uma efetiva pacificação a locais em que se percebe a crescente conflituosidade que, tristemente, tem levado crianças a cometerem homicídios contra seus colegas.⁶⁸

A mediação escolar, como se verá a seguir, é uma técnica que pode ser utilizada no bojo das relações escolares que envolvam tanto alunos, quanto professores, coordenadores, diretores, pais e, até mesmo, comunidades limítrofes.

O guia que aqui tenta se produzir, se baseia numa análise crítica e em uma revisão bibliográfica dos termos em questão, lançando mão da verificação de doutrina, etnografias, e manuais de implementação dessas técnicas por autoridades administrativas. Ao término, algumas considerações finais sobre o percurso analítico aqui travado.

Sobre a mediação comunitária e a justiça restaurativa na escola;

Atualmente no Brasil, inúmeras são as experiências de mediações comunitárias, derivadas das mais diferentes motivações. No entanto, devido ao corte metodológico deste estudo, prevalecerá o caráter emancipatório e a prevenção da violência, características inerentes à mediação escolar.

⁶⁶ Doutora e Mestre em Direito Internacional e Comparado pela Universidade de São Paulo (USP). Docente da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Coordenadora Acadêmica da Escola CAMES – Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada. *Dispute Resolution Professional*. Contato: evelyn.barreto@comesbrasil.com.br.

⁶⁷ Candidato ao título de Doutor pela Universidade de São Paulo (USP) com período sanduíche na Yale Law School nos Estados Unidos da América. Mestre e Bacharel em Direito pela USP. Pesquisador e Docente de Processo Civil, Acesso à Justiça e Meios Adequados de Resolução de Disputas. Advogado orientador do Departamento Jurídico XI de Agosto – Núcleo de Práticas Jurídicas da USP. Assistente no Núcleo de Estudos de Mecanismos de Solução de Conflitos – NEMESC/USP. Coordenador de Projetos da Escola CAMES – Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada. Profissional de resolução de disputas. Contato: fernando.shecaira@comesbrasil.com.br.

⁶⁸ Conforme se vê em <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2023/10/brasil-teve-36-ataques-a-escolas-em-22-anos-pos-pandemia-concentra-quase-60.shtml>, acesso em 24 de outubro de 2023.

No que diz respeito aos processos restaurativos, devido à sua ligação com práticas anteriores ao desenvolvimento de uma teoria científica de resolução de conflitos, não é possível estabelecer um conceito único. Mas a doutrina internacional e comparada elenca várias maneiras de resolver conflitos, tais como: dialogar com uma pessoa ou grupo de pessoas que estão sendo agredidas, conversar com uma pessoa alheia ao conflito que possa consignar novos *inputs*, conversar com outras pessoas que possam ajudar na tomada de decisões.

As experiências mostram que, para desenvolver os processos de mediação escolar, como os encontros e os círculos restaurativos, é necessário um trabalho interno de sensibilização e capacitação nesses mecanismos.

A direção da escola deve ser apoiada por uma política pública de nível de Secretaria de Educação, incluindo os professores, alunos e funcionários. Todos os atores internos do sistema de educação devem participar de oficinas visando a desenvolver as competências comunicativas para mediação e transformação de conflitos, de forma que, em seguida, possam se engajar como mediadores todos os que manifestarem o desejo e a atitude adequadas para tal, constituindo, dessa forma, uma rede de mediação.⁶⁹

Mediação Escolar;

A mediação escolar ocorre nas escolas, comunidades escolares, universidades e em qualquer lugar onde haja ensino. Ao se dedicar ao estudo da mediação, uma das principais questões abordadas é a necessidade de que ela gere um acordo, um resultado prático sensível à materialidade. A promoção do diálogo, o enfrentamento às posições rígidas e a busca pelos interesses comuns são os objetivos fundamentais desse método adequado de resolução de conflitos.

Não poderia diferir, a mediação nas escolas não visa a um acordo específico, mas sim permitir que todos os alunos — tanto os de dentro quanto os de fora — se comuniquem de forma eficaz e não violenta. Ela pode ser vista como uma tática criada para lidar com conflitos, empregada em circunstâncias específicas que não demandam uma ação mais intensa do Estado.

É crucial destacar que a mediação escolar não deve ser confundida com os métodos de resolução de conflitos empregados no sistema judicial, em organizações empresariais ou em instituições privadas. Em vez disso, a mediação escolar concentra-se diretamente na promoção da harmonia na comunidade

⁶⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. Op.Cit. P.261.

educativa, priorizando uma cultura de paz em detrimento de uma cultura de diminuição de desentendimentos.⁷⁰

Conforme afirmado por Garcia Costoya, a mediação escolar desempenha um duplo papel. Por um lado, é um mecanismo ou procedimento destinado a resolver conflitos de forma pacífica e cooperativa. Por outro lado, representa um processo pedagógico que visa a aprendizagem e desenvolvimento de habilidades sociais essenciais para a vida, como a capacidade de comunicação eficaz, empatia e resolução criativa de conflitos. Nessa última perspectiva, o principal objetivo é a educação, focada na preparação dos alunos para viver em uma sociedade democrática, promovendo valores de paz e direitos humanos.⁷¹

O principal propósito, mesmo que não explicitamente declarado, do processo educativo é promover a convivência harmoniosa entre os indivíduos. Essa harmonia não implica na ausência de conflitos, mas sim na capacidade de utilizar e reinterpretar os conflitos como oportunidades de aprendizado. O objetivo real é regular esses conflitos, encontrar soluções justas por meio da aplicação de técnicas não violentas.⁷²

Os programas de mediação escolar têm por objetivo pedagógico mais imediato, segundo Jones, quatro finalidades específicas:

- i. *criação de um ambiente de aprendizagem seguro*, iniciativa que visa, dentre outras coisas, a uma redução de incidentes violentos, a uma diminuição de conflitos entre grupos de estudantes, notadamente entre grupos de raça distintos, e, também, a uma minoração das suspensões, absentismo e abandono escolar;
- ii. *criação de um ambiente de aprendizado construtivo*, ou seja, um local onde os estudantes se sintam confiantes em trocar ideias e sentimentos ao mesmo tempo em que ensine a disciplina, respeito e afeto, iniciativa que visa a melhoria do clima escolar, melhoria na empatia dos alunos, e diminuição no tempo em que professores gastam com problemas disciplinares;

⁷⁰ A própria mediação fora do contexto judiciário já entende desnecessário o acordo, sendo apenas um possível resultado da maior intercomunicação entre as pessoas, e essa característica acaba por se exacerbar ainda mais nas mediações escolares, ante às situações peculiares de seus interlocutores, usuários, mediadores, e relações subjetivas envolvidas.

⁷¹ COSTOYA, M. G. **Orientaciones para el diseño e implementación de proyectos**. 1. ed. Buenos Aires: Ministerio de Educación, Ciencia Y Tecnología de la Nación, 2004. v. 1. P. 7.

⁷² PALLARÉS, M. **Técnicas de grupo para educadores**. Madrid: ICCE, 1983. P. 103.

- iii. *melhoria nas habilidades emocionais e sociais dos alunos*, em que se busca o desenvolvimento de crianças e jovens que atuem como cidadãos responsáveis e empáticos, visando a um conjunto aprimorado de habilidades de resolução de problemas, de compreensão das suas emoções e do outro, a uma redução da agressividade e hostilidade, além do estabelecimento de uma cultura construtiva de resolução de conflitos dentro e fora do ambiente escolar;
- iv. *criação de uma comunidade de conflitos construtivos*, em que há uma total reorientação do conflito para ser visto como potencializador das relações sociais, extrapolando os limites da escola e partindo para as comunidades adjacentes, como pais, entorno, trazendo novos sujeitos ao seio escolar.

Uma técnica que se acredita capaz de alcançar todos esses objetivos, de acordo com Jares, é a mediação. Isso se deve ao fato de que a mediação oferece aos envolvidos um espaço para a resolução pacífica de seus problemas, com a assistência de um terceiro imparcial e neutro, cujo foco está na construção conjunta de soluções pelas partes. Esse método se baseia na busca de uma resolução não adversarial dos conflitos, ou seja, de forma consensual e voluntária, promovendo soluções inovadoras e preservando, ou até mesmo fortalecendo, o relacionamento entre as partes envolvidas no conflito.⁷³

Prossegue o autor aduzindo que o processo de mediação deverá (i) favorecer e estimular a comunicação e o diálogo entre os sujeitos; (ii) possibilitar a compreensão do conflito em todos os seus meandros a ambas as partes do conflito; (iii) propiciar uma análise das causas do conflito bem como separar suas posições, seus interesses e os seus sentimentos; (iv) criar um ambiente favorável à exploração de ideias criativas para a resolução do conflito; (v) reparar, quando possível, as feridas oriundas do conflito.

Etapas da Mediação Escolar;

Na Argentina, foi estabelecido um programa com uma série de etapas bem definidas que devem ser seguidas para a implementação da mediação escolar. Experiência e implementação similares foram observadas também em Madrid, conforme trouxe Seijo, em análise do colégio “Las Acacias”. Essas etapas incluem:

⁷³ JARES, X.R. **Educação e conflito: guia de educação para a convivência**. Porto: Asa, 2002.

1. Ensino a todos os envolvidos no processo de mediação, sejam eles coordenadores, mediadores, do que consiste a mediação, notadamente seus fundamentos e características;
2. Criação de um consenso entre todos os atores institucionais sobre os propósitos, alcances da mediação escolar e o compromisso requerido para ser concretizado o projeto;⁷⁴
3. Seleção dos integrantes da coordenação do projeto na instituição de ensino;
4. Informação aos pais dos alunos sobre os objetivos do projeto, bem como de sua implementação;
5. Capacitação do pessoal da instituição de ensino sobre as técnicas de mediação;
6. Trabalho em sala de aula com os alunos de todos os cursos em relação à temática da resolução cooperativa de conflitos, da educação em cultura de paz e dos direitos humanos;
7. Seleção de alunos mediadores;
8. Capacitação dos alunos mediadores pela coordenação em técnicas de mediação, para serem os alunos os seus próprios mediadores;
9. Organização de tempo e de ambientes — salas de aula organizada de maneira típica à prática da mediação — para serem realizadas as sessões de mediação;
10. Constantes e posteriores análise, avaliação e adequação do projeto uma vez implementado.

Essas equipes eram compostas pela coordenação, professores, alunos, pais e membros da comunidade local, entre outros. Isso evidencia o caráter coletivo da mediação escolar e a ênfase na formação de equipes, o que está segundo a análise de Beatris Possato sobre o fracasso do Professor Mediador Escolar e Comunitário no Estado de São Paulo, que, por sua vez, acabou atuando isoladamente.⁷⁵

⁷⁴ Beatris Possato analisou, em sua tese de doutoramento, um caso específico de implementação mal sucedida de mediação escolar no município de Campinas-SP, após a realização de um estudo etnográfico na “Escola Caixa de Aço”, e notou que um dos principais fatores para o seu insucesso foi a completa ausência de uma perspectiva clara e delimitada do que deveria ser realizado e implementado pelo Professor Mediador Escolar e Comunitário (PMEC), cf. POSSATO, 2014, Op. Cit.

⁷⁵ POSSATO, 2014. Op. Cit. P. 44

Conclusão

Neste artigo, exploramos as técnicas da mediação escolar em um contexto de busca por novas abordagens no acesso à justiça e na resolução de conflitos, especialmente diante do aumento da hostilidade em ambientes educacionais, que infelizmente levou crianças a cometerem atos graves contra seus colegas. A mediação escolar, como vimos, emerge como uma ferramenta vantajosa para promover a paz em contextos nos quais a conflituosidade é crescente.

Longe de ser uma panaceia, sobretudo porque é incapaz de lidar com situações em que crimes já se concretizaram, a mediação escolar pode diminuir a conflituosidade e trazer maior paz para comunidades inteiras, propiciando tanto que as crianças retornem sãs para suas casas, como auxiliando no seu desenvolvimento enquanto cidadãos e nos estudos.

O guia elaborado aqui baseia-se em uma análise crítica e revisão bibliográfica dos temas em questão.

Dessa forma, a mediação escolar surge como uma abordagem promissora para transformar o cenário de conflitos em ambientes educacionais, incentivando a resolução pacífica e cooperativa dos problemas e contribuindo para a construção de uma cultura de paz, enquanto este artigo tem em vista fornecer diretrizes e reflexões fundamentais para seu entendimento e implementação eficaz.

Referências

COSTOYA, M. G. Orientaciones para el diseño e implementación de proyectos. 1. ed. Buenos Aires: Ministerio de Educación, Ciencia Y Tecnología de la Nación, 2004. v.

JARES, X.R. Educação e conflito: guia de educação para a convivência. Porto: Asa, 2002.

JONES, T.S. Conflict Resolution education: the field, the findings, and the future. Conflict Resolution Quarterly, v. 22, 2004, P. 233-267.

PALLARÉS, M. Técnicas de grupo para educadores. Madrid: ICCE, 1983.

POSSATO, B. C. O Professor Mediador Escolar e Comunitário: uma mirada a partir do cotidiano escolar. 195 f. 2014. Tese (Doutorado em Educação), Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, 2014.

TORREGO SEIJO, J. C.; GALÁN GONZÁLEZ, A. Investigación evaluativa sobre el programa de mediación de conflictos en centros escolares. Revista de Educacion, Madrid, v. 347, p. 369–394, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 4ª ed. São Paulo: Método, 2015

SENTENÇA ARBITRAL PROFERIDA EM LITÍGIO ENTRE TOMADOR E SEGURADO EM SEGURO GARANTIA – EFICÁCIA DA SENTENÇA E AUTORIDADE DA COISA JULGADA SOBRE SEGURADORA TERCEIRA

Felipe Bastos

Advogado e Professor, Mestre em Direito (LL.M.) pela University of Virginia School of Law, EUA, Pós-graduado (MBA) em Direito Securitário pela Escola Nacional de Seguros, Bacharel em Direito (LL.B.) pela UERJ, Sócio de FAS Advogados. E-mail: fbastos@fasadv.com.br

Sumário

1. Introdução. 2. O Seguro Garantia: Estrutura, Função e seu Caráter Acessório. 3. O Roteiro Padrão de um Conflito entre Tomador e Segurado. 4. Os Efeitos Naturais *Ultra Partes* da Sentença. 5. A Eficácia da Sentença Arbitral sobre a Seguradora e suas Variações. 6. Casuística. 7. Conclusões. 8. Referências Bibliográficas.

Resumo

O artigo examina situação relativamente comum em sinistros de seguro garantia: duas lides paralelas são instauradas, sendo uma arbitragem entre tomador e segurado e outra um litígio judicial entre o segurado e a seguradora. Ambas confrontam a mesma questão: houve inadimplemento da obrigação garantida pelo tomador? O artigo discute quais efeitos a sentença arbitral que concluir pela ocorrência do inadimplemento produzirá sobre a outra lide pendente e, sobretudo, sobre a situação jurídica da seguradora – terceira na arbitragem. O artigo também examina a situação inversa (de ausência de inadimplemento obrigacional). Em ambos os casos, o autor propõe soluções que lhe soam cientificamente mais condizentes com o nosso ordenamento jurídico.

Abstract

The paper examines a relatively common issue that emerges in surety bond claims: two parallel disputes are instituted, one being an arbitration

between the principal and the beneficiary and the other a lawsuit between the beneficiary and the surety. Both disputes confront the same question: has the principal defaulted the obligation guaranteed by the bond? The article discusses what effects an arbitral award holding the principal to be in default will produce on the other pending dispute and, above all, on the legal position held by the surety – a third party to the arbitration. The paper also examines the opposite situation (lack of principal's default). In both cases, the author proposes solutions that in his view would be scientifically more consistent with the Brazilian legal system.

Palavras-Chave: Seguro garantia; sentença arbitral; terceiro.

1. Introdução

Nos primeiros períodos dos cursos de processo civil na Faculdade de Direito logo somos ensinados que a sentença judicial produz efeitos unicamente sobre aqueles que são partes no processo, não podendo prejudicar terceiros.

Atualmente, essa máxima se traduz na regra do art. 506 do Código de Processo Civil (CPC), cuja redação simples não aparenta dar margem a maiores discussões:

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

A formulação no diploma processual anterior era muito parecida, mas mais abrangente e específica, reforçando talvez ainda mais a ideia de que terceiros ao processo (ou seja, quem não tenha dele participado) estariam protegidos contra os efeitos da sentença:

Art. 472: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.⁷⁶

⁷⁶ É digno de nota o fato de o texto atual, distanciando nessa parte do seu antecessor, não mais referir expressamente à impossibilidade de a sentença beneficiar terceiro. Veremos adiante que diversos doutrinadores admitem esse efeito sem maiores embaraços.

E essa noção inicial de que a eficácia da sentença não deve ultrapassar os sujeitos do processo parece adquirir força redobrada quando o processo em questão se traduz numa arbitragem, vale dizer, numa disputa submetida voluntariamente pelas partes litigantes a um procedimento arbitral.

Dado que o consentimento livre das partes, fruto da autonomia da vontade, é a pedra de toque da instituição válida e regular do procedimento arbitral, afastando a jurisdição estatal, um terceiro que não tenha concordado com uma cláusula compromissória ou com compromisso arbitral estaria, portanto, ainda mais imune aos efeitos de uma sentença arbitral de que não foi parte. Em suma, é como se a ausência de prévio consentimento do terceiro para se submeter à arbitragem, nos termos da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), funcione como uma segunda camada de proteção (a par da regra do art. 506 do CPC) contra a irradiação de efeitos da sentença arbitral contra ele.

Pois bem. A regra processual existe, a arbitral *idem*. Porém, o que não nos contam nos bancos da faculdade, nem o próprio CPC dá maiores pistas, tampouco a Lei de Arbitragem, é que existem importantes exceções a tais regras. É que as exceções não decorrem, a rigor, de normas de direito processual, mas, em verdade, de questões de direito substantivo (material) que transcendem o processo e o procedimento.

A complexidade crescente das relações de direito material, em especial em matéria contratual, fez se multiplicarem casos em que terceiros são sim afetados diretamente em sua esfera jurídica por sentenças, inclusive arbitrais, proferidas em processos de que não foram (e não precisariam ser) partes.

É isso em essência o que ocorre por vezes nos litígios envolvendo o seguro garantia. É perfeitamente possível que a seguradora venha a ser afetada pelo resultado de uma sentença, judicial ou arbitral, proferida em disputa travada entre o tomador e o segurado. Uma disputa da qual a seguradora não seja parte. É disso que trataremos nesse breve artigo.

2. Seguro Garantia: Estrutura, Função e o seu Caráter Acessório

O seguro garantia é definido como o “seguro que tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações garantidas”.⁷⁷

⁷⁷ Circular SUSEP nº 662/2022, art. 2º, inciso V.

São partes do seguro garantia o tomador do seguro, que é o sujeito passivo da obrigação garantida (devedor); o segurado, que é o sujeito ativo da obrigação garantida (credor); e a seguradora, que é quem fornece a garantia ao segurado para o caso de o tomador inadimplir a obrigação garantida.

Ilustremos com um exemplo. Num contrato de fornecimento de um bem, assumindo que o fiel cumprimento do fornecimento no tempo e na forma pactuados seja a obrigação garantida, uma vez acionada pelo segurado, a seguradora irá verificar, por meio da regulação do sinistro, se o inadimplemento obrigacional (isto é, o sinistro⁷⁸) se verificou.

Caso a seguradora entenda que não houve inadimplemento, recusará o pedido de cobertura por ausência de sinistro. Inversamente, caso conclua pela ocorrência do inadimplemento, passará à mensuração dos prejuízos decorrentes desse descumprimento (ou cumprimento imperfeito) para o segurado (credor) e então classificará aqueles prejuízos cobertos sob a apólice de seguro e sua extensão. Na sequência a seguradora definirá se realizará o pagamento ou, como muitas vezes possível (porém, de raríssima execução prática), se promoverá o cumprimento específico da obrigação.

Dentro do programa contratual em que se insere, o seguro garantia exerce função de contrato acessório à relação jurídica dita por isso principal estabelecida entre o tomador e o segurado e da qual promana a obrigação garantida⁷⁹ – no nosso exemplo, o contrato de fornecimento, mas a mesma estrutura básica se aplica a qualquer outra natureza de seguro garantia⁸⁰.

O caráter acessório do seguro garantia é inegável, dado que, uma vez extinta por inexistente ou inválida a obrigação garantida, o contrato de seguro

⁷⁸ A Circular SUSEP nº 662/2021 define sinistro como “inadimplência do tomador em relação à obrigação garantida”.

⁷⁹ Art. 4º. O Seguro Garantia é um contrato vinculado ao objeto principal, devendo respeitar as suas características, dispositivos e legislação específica.

Parágrafo único. O vínculo definido no **caput** deve ser observado pela seguradora ao elaborar as condições contratuais do seguro, bem como ao emitir a apólice. (Circular SUSEP nº 662/2021).

⁸⁰ No seguro garantia judicial, por exemplo, a garantia assume feição processual e o segurado é o órgão fracionário do Poder Judiciário. No seguro garantia para licitação, no que tange à obrigação de assinatura do contrato por parte do licitante vencedor, o segurado é o órgão da administração que está conduzindo o certame.

garantia também estará fadado à extinção. O seguro garantia não tem autonomia em relação à obrigação garantida⁸¹.

O traço de acessoriedade do seguro garantia com respeito à obrigação garantida é relevante para a compreensão das razões pelas quais e como a seguradora poderá vir a ser afetada, na prática, por sentença proferida em processo entre tomador e segurado da qual não tenha feito parte.

3. O Roteiro Padrão de um Conflito entre Tomador e Segurado

Diante de uma situação de inadimplemento obrigacional a seu ver devidamente configurada⁸², o segurado avisa o sinistro à seguradora por meio de uma reclamação.

Um sinistro em seguro garantia pode produzir impactos pungentes e que extravasam as próprias fronteiras da apólice em causa. Mais do que colocar em operação o mecanismo de seguro contemplado para aquela garantia individual, o sinistro muitas vezes sinalizará para a seguradora – e a partir dela também para o painel ressegurador, composto por diversos resseguradores que também recebem em resseguro riscos de inúmeras outras seguradoras – um quadro preocupante de dificuldade ou técnica, ou gerencial ou financeira, dentre outras, quando não nas três vertentes, da tomadora.

Portanto, um sinistro em seguro garantia traduz um indicador muito relevante e repleto de significados no mercado segurador em relação ao estado do tomador em questão. Essa percepção que se forma a partir da projeção do sinistro a respeito do tomador pode repercutir muito negativamente em sua capacidade de obter novos seguros perante seguradoras para outros projetos indispensáveis para a sua saúde financeira ou até sobrevivência.

⁸¹ “Contratos principais são aparelhados de existência autônoma, independente de qualquer outro contrato, ao passo que os acessórios têm a sua vida dependente dos primeiros. Assim, é principal o contrato de locação como é acessório o contrato de fiança por ser destinado a garantir as obrigações do locatário. Prepondera a regra: *accessorium sequitur naturam sui principis*”. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Vol. III: fonte das obrigações - contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 38-39).

⁸² Por vezes a caracterização do inadimplemento obrigacional pode depender ainda da concessão de prazo oportunizando a que ele seja sanado. Nessas hipóteses o aviso anterior será categorizado como aviso de expectativa, convertendo-se em reclamação (aviso de sinistro) quando do transcurso do prazo de remediação sem que a obrigação tenha sido satisfeita pelo devedor/tomador.

Como se vê, por conta da estrutura muito própria do mercado segurador, em que riscos são pulverizados entre diversos agentes econômicos, tomadores acabam tendo fortes incentivos (ainda que fora daquela relação jurídica individual em causa) para não inadimplirem obrigações garantidas por seguro garantia.

Assim, diante dos potenciais impactos adversos severos que um sinistro em seguro garantia pode produzir contra o tomador, é muito frequente que, no contexto da sua regulação e liquidação, tomador e segurado divirjam visceralmente a respeito da materialização ou não do inadimplemento obrigacional garantido pelo seguro.

Quanto mais complexo o programa obrigacional em que o seguro garantia se insere – e.g., um contrato de construção de uma usina, de uma barragem, de uma plataforma de petróleo etc. –, mais difícil tende a ser a determinação de se de fato houve inadimplemento obrigacional.

Muitas vezes, dúvidas sinceras e genuínas poderão se colocar a respeito de qual das partes descumpriu primeiro a obrigação a seu cargo no *iter* obrigacional, se as obrigações discutidas eram suficientemente relevantes, se eram correspectivas, se o descumprimento decorreu de impossibilidade evitável por parte do tomador ou dentro do risco que o contrato que aloca etc. As possibilidades de discussões são múltiplas e as nuances e matizes se tornam quase infinitas quando a análise acerca do inadimplemento decorre, a rigor, de cumprimento imperfeito da prestação.

No âmbito da regulação de um sinistro em seguro garantia, a seguradora tem o dever de realizar o julgamento, em sede administrativa, de todas essas questões tal qual se juiz fosse daquela intrincada questão, o que frequentemente exigirá avaliações não apenas jurídicas, mas antes disso técnicas (de engenharia, físicas, químicas, contábeis, econômicas etc.), para a adequada compreensão dos fatos em causa e da extensão das perdas experimentadas.

Por essas características, sinistros nas carteiras de seguro garantia de seguradoras são geralmente menos frequentes do que a média, em número de ocorrências, da maioria dos demais ramos de seguros. Quando um sinistro relevante parece ganhar corpo, é comum que o tomador (seja ele um fornecedor, prestador de serviço, empreiteiro etc.) e o segurado (contratante do fornecimento ou do serviço, dono da obra etc.) irrompam os limites da regulação do sinistro e instaurem um litígio. A disputa poderá ser tanto uma lide judicial quanto uma

arbitragem, como costuma ocorrer nos contratos de maior valor agregado de prestações.

Mesmo diante de profundas divergências entre tomador e segurado, a seguradora, instada no âmbito do contrato de seguro garantia a regular o sinistro, não deve se quedar inerte. A seguradora precisará tomar uma decisão a respeito da ocorrência ou não do inadimplemento da obrigação garantia, exceto se existir uma decisão judicial (ou arbitral) válida que suspenda a regulação do sinistro, determinando que a seguradora se abstenha de prosseguir com os trabalhos.

Ausente tal decisão de autoridade, a seguradora dará seguimento à regulação até a sua conclusão.

Não é difícil imaginar que, se a seguradora concluir pela ausência de inadimplemento, o que levaria à inexistência de sinistro e, portanto, de cobertura securitária, esse resultado desagradará o segurado.

Inversamente, se a seguradora entender que o inadimplemento da obrigação garantida está bem configurado e, com ele, o sinistro, fazendo o segurado jus à prestação pela seguradora, o tomador é quem ficará insatisfeito.

Nesse contexto, por vezes acontece de, além da disputa entre tomador e segurado, que pode transcorrer na esfera arbitral, sobrevir também uma ação judicial ajuizada pela parte (tomador ou segurado) inconformada com as conclusões alcançadas na regulação de sinistro contra a seguradora. Geralmente esse conflito será dirimido na jurisdição estatal – perante o Poder Judiciário, portanto.

Assim, dois conflitos se instauram não necessariamente de forma simultânea, mas com algum paralelismo:

- i. Um iniciado normalmente pelo tomador contra o segurado, pleiteando a declaração de inexistência de inadimplemento de sua parte, sendo muitas vezes tal disputa em sede arbitral;
- ii. Uma ação judicial promovida pela parte insatisfeita com as conclusões do procedimento de regulação do sinistro contra a seguradora – se for o segurado o autor, buscará a declaração de existência de sinistro, guardando coerência com sua posição no acionamento do seguro e na arbitragem; e, se o autor for o tomador,

pretenderá declaração simetricamente oposta, vale dizer, de inexistência de inadimplemento e, conseqüentemente, de sinistro.

Reparem que não haverá, tecnicamente, litispendência, pois as partes em cada disputa serão forçosamente diferentes, já que a seguradora, no nosso caso paradigma, não figurará na arbitragem, mas tão somente no litígio judicial.

Mas haverá, indiscutivelmente, pontos de contato entre as duas ações, pois a questão jurídica envolvendo a ocorrência ou não de inadimplemento da obrigação garantida será o tema central de ambas as lides.

As ações serão conexas – poderá alguém ponderar –, dado que seria estranho ao sistema processual admitir que uma demanda (digamos, v.g., a arbitragem) chegasse à conclusão final de que houve inadimplemento, ao passo de que a outra demanda (e.g., o litígio judicial de que é parte a seguradora) poderia, em tese, atingir conclusão contrária, isto é, de que não ocorreu inadimplemento algum.

A existência de conexão entre as causas pode até ser debatida, mas, independentemente de ela existir ou não, a reunião dos processos, tal qual determina o art. 55, §3º, do CPC⁸³, não será possível, tendo em vista que uma tramitará em foro arbitral e outro em judicial, não se podendo desprezar a ausência de manifestação de vontade da seguradora em se submeter a um procedimento arbitral para aquele objeto, tampouco o ato volitivo do contendores de resolverem controvérsias acerca da obrigação garantida na relação jurídica principal por meio de arbitragem.

4. Os Efeitos Naturais *Ultra Partes* da Sentença

“Tanto em Roma quanto em nosso direito positivo (art. 472 CPC) é falsa a ideia de que um terceiro (portanto, sem ter tido a chance de participar do processo), em situação alguma possa ser destinatário da eficácia da sentença ou suportar o vínculo da coisa julgada.”⁸⁴

⁸³ § 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

⁸⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 14.

Conquanto não seja por óbvio uma regra escrita, é lícito dizer que, empiricamente, arbitragens costumam ser resolvidas definitivamente antes dos processos judiciais. Isso é tanto mais verdade, porque as sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais não se submetem a recursos⁸⁵, o que abrevia sensivelmente o procedimento aplicável na sede arbitral relativamente ao procedimento judicial.

Por conseguinte, salvo situações extraordinárias, a demanda envolvendo tomador e segurado acerca da ocorrência ou não de inadimplemento obrigacional será dirimida anteriormente à demanda instaurada contra a seguradora a respeito da mesma questão à luz da apólice de seguros.

Pois bem, quais os efeitos – se algum – da sentença arbitral sobre o processo judicial envolvendo a seguradora, uma terceira no procedimento arbitral?

Recordemo-nos que o art. 506 do CPC é claro ao determinar que “[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.” A questão não é tão simples como a regra do art. 506 do CPC parece prever. Doutrina e jurisprudência há muito se debruçam sobre ela.

Enrico Tullio Liebman foi um dos jusprocessualistas pioneiros a se ocupar de forma mais profunda sobre o tema. A ele se costuma atribuir o aprimoramento da compreensão de que⁸⁶:

- a) são diferentes a eficácia da sentença e a autoridade de coisa julgada, sendo autoridade de coisa julgada, na concepção de Liebman, uma qualidade que a sentença adquire (um elemento externo a ela, portanto) uma vez que ela não mais fique sujeita a recursos; b) a eficácia da sentença é igual para as partes e para os terceiros; e c) a imutabilidade (*i.e.*, o atributo que decorre da autoridade da coisa julgada) é limitada às partes.

⁸⁵ O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (art. 18, Lei de Arbitragem).

⁸⁶ CABRAL, Antônio do Passo. “Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada”, *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ*, n. 52, abr./jun. 2014, p. 31.

Em relação ao item “b”, que mais nos interessa para fins de análise, Antônio do Passo Cabral⁸⁷ esclarece o pensamento de Liebman:

Partindo da diferença entre efeito da sentença e autoridade da coisa julgada, Liebman afirma que é apenas a coisa julgada que não pode prejudicar os terceiros; porém, os efeitos da sentença podem atingi-los naturalmente. Chama o fenômeno de ‘eficácia natural’ da sentença. Portanto, segundo ele, é na estabilidade da decisão que está a diversidade de tratamento entre partes e terceiros, e não na potencial capacidade de sofrer efeitos. Apenas a estabilidade (vinculatividade) da decisão, com a preclusão das faculdades de rediscussão (próprias da coisa julgada), tocam exclusivamente as partes. Já os efeitos atingiriam normalmente tanto as partes como os terceiros.”

Para exemplificar, suponhamos que um contrato de mútuo seja firmado entre Caio e Tício, por meio do qual o primeiro empresta ao segundo uma determinada quantia em dinheiro. E que, como forma de garantir o cumprimento da obrigação de Caio de restituir a verba a Tício, Mélvio, irmão do mutuário, tenha cedido em hipoteca um imóvel seu.

Nesse cenário, se o contrato de mútuo vier a ser declarado nulo, a constituição da hipoteca também deixará de existir, mesmo que tal não tenha sido pedido na ação de declaração de nulidade do mútuo e Mélvio não tenha sido parte na demanda.

Diz-se, pois, que, no exemplo citado, Mélvio sofrerá os efeitos naturais ou reflexos (em contraposição aos efeitos diretos) da sentença, mesmo que, em termos processuais, a autoridade da coisa julgada formada na demanda não o alcance – ou seja, Mélvio poderia lançar mão de meios próprios para rediscutir judicialmente a questão, se tivesse interesse para tanto.

No caso que ilustramos, Mélvio, mesmo sendo terceiro, obteve um benefício decorrente da sentença produzida no litígio entre Caio e Tício.

A situação simétrica de prejuízo pode acontecer tanto quanto, conforme discorre Cruz e Tucc⁸⁸:

⁸⁷ *idem*, p. 43.

⁸⁸ *ob.cit.*, p. 331.

“ 3. Existem, ainda, outros sujeitos que sofrem prejuízo jurídico decorrente da eficácia da sentença *inter alios*, quando são titulares de um interesse incompatível com o objeto da decisão (*terceiros juridicamente interessados*).

Quando um terceiro que experimenta prejuízo jurídico for titular de relação jurídica ligada por um nexo de prejudicialidade, no plano do direito material, com o objeto da decisão, a relação jurídica decidida influi sobre a dependente, cujo elemento constitutivo tem aquela como suporte.

4. Se o grau de dependência entre a relação jurídica decidida e aquela que tem o terceiro como titular for de tal sorte expressivo, a produzir-lhe prejuízo jurídico, poderá ele insurgir-se contra a sentença por via indireta, submetendo o direito objeto da decisão no precedente processo à (re)apreciação judicial ou, então, poderá impugnar diretamente a sentença, com o escopo de demonstrar que ela é equivocada ou injusta. E, para tanto, como já frisado, deve ter legitimidade e interesse processual para propor a medida judicial adequada à espécie concreta.”

E o autor vai além, demonstrando suas conclusões com base em situações bem concretas⁸⁹:

“Pergunta-se: na ação entre o credor e o devedor principal, a questão da existência, validade ou eficácia da relação obrigacional declarada na sentença produz eficácia em relação ao fiador? Se, por exemplo, aquela é declarada inexistente, o credor poderá demandar o garante em sucessivo processo?

[...]

[...] A fiança dá origem, pois, a uma obrigação acessória, do fiador para com o credor do afiançado, e por isso pressupõe, *necessariamente*, a existência de uma obrigação principal, a cuja sorte está sujeita.

Declarada existente a obrigação do devedor principal, na ação que lhe foi promovida pelo credor, o fiador não é atingido pela eficácia da sentença muito menos pela coisa julgada.

⁸⁹ *idem*, p. 183.

No entanto, diante do inafastável nexo de prejudicialidade, se for reconhecida a inexistência da relação obrigacional, não há como sustentar a subsistência da fiança. Não é a coisa julgada que traz qualquer espécie de benefício ao fiador – que acaba mesmo sendo beneficiado –, mas é a eficácia da sentença declaratória que extinguindo o principal, extingue o acessório, visto não poder o credor exigir a garantia sobre um crédito não mais existe.

A declaração judicial de inexistência da obrigação principal importa necessariamente a inexistência da obrigação acessória, ao passo que a declaração da existência da primeira não implica forçosamente a da segunda.”

O Superior Tribunal de Justiça entendeu, já em mais de uma ocasião, o efeito expansivo natural (ou reflexo) da sentença decorrente de sua imperatividade, devendo ser reconhecida e obedecida por todos, distinguindo tais efeitos, contudo, da preclusividade decorrente da autoridade da coisa julgada da sentença:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. TERCEIRO INTERESSADO. EFICÁCIA NATURAL E IMUTABILIDADE DA SENTENÇA. DISTINÇÕES. EFEITOS PERANTE TERCEIROS. ART. 472 DO CPC. SÚMULA 202/STJ.

1. Não há dúvida de que a coisa julgada, assim considerada “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença” (CPC, art. 467), embora tenha efeitos restritos “às partes entre as quais é dada” (art. 472 do CPC, primeira parte), não inibe que essa sentença produza, como todo ato estatal, efeitos naturais de amplitude subjetiva mais alargada.

2. Todavia, conforme estabelece o mesmo art. 472 do CPC, a eficácia expansiva da sentença não pode prejudicar terceiros. A esses é assegurado, em demanda própria (inclusive por mandado de segurança), defender seus direitos eventualmente atingidos por ato judicial produzido em demanda *inter alios*. Aplicação da Súmula 202/STJ.

3. Precedente: REsp 1.251.064/DF, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.03.2012.

4. Recurso improvido.

(REsp 1281863/DF, 1ª Turma, Min. Relator Teori Albino Zavascki, DJe 16/04/2012).

* * *

[...] A sentença não prejudica direitos de pessoa jurídica que não foi citada para integrar a relação processual (CPC, art. 472). Como ato estatal imperativo produz, todavia, efeitos naturais que não pode[m] ser ignorados por terceiros.

(REsp 1221817/PE, 4ª Turma, Min.^a relatora Maria Isabel Gallotti, DJe 18/12/2013, RSTJ vol. 233, p. 551)⁹⁰

Retomemos a situação paradigma que alvitramos: duas lides paralelas, sendo uma arbitragem entre tomador e segurado e uma ação judicial envolvendo a seguradora e a parte insatisfeita com a conclusão da regulação do sinistro (digamos: o segurado).

Suponhamos que o tribunal arbitral tenha proferido sentença determinando que teria restado configurado o inadimplemento da obrigação que calha de estar garantida pela apólice de seguro garantia. A sentença arbitral transitou em julgado enquanto a ação judicial entre segurado e seguradora está em fase instrutória – por exemplo, uma prova pericial está sendo produzida.

⁹⁰ A decisão cita, dentre outros, Cândido de Rangel Dinamarco:

“Por alguns efeitos *reflexos* da sentença, todavia, são legitimamente atingidos certos sujeitos que não hajam sido partes no processo. Trata-se de terceiros que, embora não sejam sujeitos ativos ou passivos da própria relação jurídico-substancial versada no litígio, são titulares de outras relações jurídicas que de alguma forma se relacionam com esta ou dela são dependentes. (...) A projeção *ultra partes* dos efeitos reflexos da sentença é consequência da eficácia natural desta, que a todos se impõe na medida do objeto do julgamento proferido e sem incluir a disciplina imperativa de relações jurídicas cujo titular não haja sido parte (Liebman). A sentença que priva meu devedor de uma propriedade, julgando procedente a demanda reivindicatória que alguém lhe moveu, repercute economicamente em meu patrimônio porque já não disporei do bem para futura penhora, sendo esse um legítimo efeito reflexo que não posso evitar; mas a sentença que anula a compra-e-venda de um imóvel não implica anulação de alienações subsequentes, realizadas antes da instauração do processo, porque a isso se opõem as garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal. (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, volume III, Malheiros, 6ª edição, p. 215).”

Quais efeitos (se algum) a sentença arbitral terá sobre a ação judicial entre segurado e seguradora em curso?

Ficará a seguradora adstrita ao comando determinado na sentença arbitral no que tange a suas repercussões para fins do contrato de seguro garantia?

Em outras palavras, diante da sentença arbitral final que declarou a ocorrência do inadimplemento obrigacional, ficará a seguradora subordinada a tal conclusão e, conseqüentemente, de forma automática, a reconhecer a ocorrência de sinistro na apólice, malgrado o seu posicionamento original no sentido de que não havia inadimplemento e, com efeito, sinistro?

5. A Eficácia da Sentença Arbitral sobre a Seguradora e suas Variações

Nem o direito positivo, tampouco os tribunais e a doutrina conferem respostas pacíficas e óbvias a respeito dos impactos práticos da sentença arbitral sobre a lide paralela entre sujeitos parcialmente diversos, mas que verse sobre a mesma questão jurídica – no nosso caso: o inadimplemento contratual pelo tomador à luz do contrato de fornecimento.

Não há propriamente uma posição jurisprudencial em volume minimamente suficiente para que se possa antever com previsibilidade qual será a reação das cortes diante desse problema.

A partir dos relativamente poucos precedentes específicos existentes, quer-nos parecer que nossos tribunais tenderiam a impor à seguradora que reconhecesse eficácia ao comando proveniente da decisão arbitral.

Ou seja, a partir do trânsito em julgado da sentença arbitral que reconhecesse a imperatividade, no plano dos fatos, da situação jurídica do inadimplemento contratual, os tribunais poderiam incorrer na tentação de estender tal comando ao contrato de seguro, nada obstante essa questão ainda estivesse pendente de solução na demanda judicial específica ajuizada pelo segurado (ou pelo tomador) contra a seguradora em torno do tema. Dando um breve *spoiler*, veremos adiante um caso exatamente assim.

Muito bem. Tendo em vista que a demanda securitária – e a pretensão a ela subjacente – foi deduzida pelo segurado, e não pela seguradora, o efeito da sentença arbitral seria, portanto, o de reforçar de forma robusta, em termos probatórios, aquela situação jurídica de inadimplemento contratual, mas não de

resolver a questão de forma definitiva e hermética na relação jurídica entre a seguradora e o segurado.

É que, a fim de não fazer tábula rasa da norma do art. 506 do CPC (“[a] sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”), eventual prejuízo da seguradora decorrente da situação jurídica declarada pela sentença arbitral, poderá ser vir a ser objeto de medida judicial própria por parte da seguradora, dado que ela é terceira em relação à arbitragem.

A seguradora teria assim preservada sempre a possibilidade – e o interesse processual – de reivindicar judicialmente interesse jurídico próprio com vistas a fazer valer sua posição de que não teria havido inadimplemento obrigacional para fins do contrato de seguro. Afinal, o atributo de coisa julgada material que adere à sentença arbitral não se projeta contra a seguradora, que não foi parte daquela disputa, de sorte que o caráter de imutabilidade da sentença arbitral não é oponível contra ela.

Para que fique claro: a sentença arbitral habilitará o segurado a executá-la, como título executivo judicial⁹¹, contra o tomador, de quem poderá exigir em cumprimento de sentença os pagamentos ou cumprimento específico da obrigação inadimplida. E, no plano fático, ele poderá utilizar a sentença arbitral como um grande reforço argumentativo para instar a seguradora a prestar, transferindo a ela um ônus invertido e bastante pesado de desconstruir o inadimplemento obrigacional declarado pela sentença arbitral.

Nesse sentido, caso a resistência da seguradora persista, caberá à seguradora promover medida judicial própria deduzindo pretensão com o objetivo de comprovar materialmente a ausência de inadimplemento e, conseqüentemente, de sinistro, o qual é pressuposto da caracterização do sinistro e, com efeito, da sua obrigação de pagamento ou cumprimento específico da obrigação de fornecimento sob o contrato de seguro⁹².

⁹¹ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral.

⁹² Há controvérsia a respeito de se o terceiro afetado pela sentença transitada em julgado deverá se valer da ação rescisória ou se, diversamente, a autoridade da coisa julgada não lhe alcança, poderá se valer de ação judicial de procedimento comum para impugnar os efeitos da sentença. Também seria possível a apresentação de embargos de terceiro. Em se tratando de sentença arbitral, discute-se se a parte deveria (e poderia, dada limitação dos permissivos em *numerus clausus*) lançar mão da ação anulatória da sentença arbitral, ou mesmo de algum dos remédios processuais citados anteriormente.

O modelo acima não preza pela eficiência e economia processual, mas parece ser o mais adequado para conservar a *summa divisio* construída na ciência processual que distingue os efeitos da sentença, que pode alcançar a todos (não apenas os sujeitos do processo), da autoridade da coisa julgada, respeitando e atribuindo algum significado à regra do art. 506 do diploma processual.

E como ocorreria na hipótese inversa? Suponhamos que a sentença arbitral transitada em julgado tenha declarado que não houve inadimplemento obrigacional pelo tomador. Não há uma simetria exata na solução, como podemos perceber.

Dado que o segurado também foi parte no procedimento arbitral, não lhe seria lícito rediscutir a mesma questão já decidida em processo que contou com a sua participação também na demanda judicial paralela que estava em curso. Isso porque, nos termos do art. 506 do CPC, opera-se quanto a ele, em relação ao dispositivo da sentença arbitral proferida, o fenômeno da coisa julgada. A sentença arbitral restará imutável para ele.

Dessa forma, assumindo que a seguradora tome conhecimento da sentença arbitral validamente (abstraindo-se questões atinentes à confidencialidade do procedimento), a seguradora poderá oferecer na demanda judicial ajuizada pelo segurado exceção de coisa julgada superveniente. A coisa julgada tornaria prejudicado o regular prosseguimento do feito judicial, o que deveria ser forçosamente levado à extinção⁹³.

Esclareça-se, por fim, à luz do art. 506 do CPC, que a seguradora, beneficiada em sua esfera jurídica com a sentença arbitral que declara a ausência de inadimplemento obrigacional do tomador, embora terceira em relação ao procedimento arbitral, restará também vinculada ao seu conteúdo decisório mais benéfico.

A seguradora será alcançada, em função justamente do resultado benéfico, pelo manto da coisa julgada, mesmo porque lhe faltaria interesse processual para

⁹³ Solução semelhante propõe Cruz e Tucci, quando examina o caso da ação ajuizada pelo credor em face do fiador. Diz ele em relação a “situação na qual o fiador argui como matéria de defesa as denominadas exceções extintivas da obrigação principal (pagamento, novação, prescrição, remissão, nulidade absoluta) que, por via indireta, resolvem a fiança, em razão de sua natureza acessória. Referida defesa, embora normalmente oponível pelo devedor, é também dedutível pelo fiador, porquanto produz efeito extintivo em relação à fiança. Nessa caso, dado que o liame obrigacional foi extinto, o devedor, se no futuro vier a ser demandado, poderá opor ao credor exceção de coisa julgada. Ao credor é vedado rediscutir a sua pretensão em juízo, porque já definitivamente rechaçada por decisão judicial...” (*ob. cit.*, p. 275).

reabrir a questão. Nesse sentido parece progredir o escólio de Cruz e Tucci⁹⁴, a quem nos alinhamos:

“ 5. Enquanto a eficácia da sentença pode trazer prejuízo ao terceiro, a imutabilidade da decisão, por força das consequências processuais que daí advêm, vincula-o tão-somente quando lhe propiciar benefício.

6. Desse modo, alguém, estranho ao processo, pode ser beneficiado pelo respectivo resultado. De um lado, encontram-se os *terceiros beneficiados de fato*, que acabam sendo favorecidos, e, de outro, os *terceiros juridicamente beneficiados*, que se subordinam à autoridade da coisa julgada. Nessa derradeira situação, a extensão *ultra partes* ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes ou então é titular de relação conexa com a que foi decidida.

7. Esse fenômeno ocorre toda vez que a situação subjetiva do terceiro for favorecida pela sentença proferida em processo *inter alios*. A coisa julgada, em tais casos, não lesa o direito de alguém que, embora não tenha integrado o contraditório num determinado processo, foi beneficiado pelo respectivo resultado.

8. Nessas condições, com o trânsito em julgado da sentença e a consequente imutabilidade do comando que dela emerge, não se vislumbra, em relação ao terceiro, qualquer violação, necessidade de modificação ou estado de incerteza atual, que possa gerar-lhe interesse processual para agir contra a coisa julgada que lhe propiciou vantagem.”

6. Casuística

Tramitou perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro demanda rumorosa que toca exatamente a questão da vinculação da seguradora à sentença arbitral proferida em disputa travada entre tomador e segurado.

⁹⁴ *ob. cit.*, p. 332.

No caso em questão, o tomador é a Wind Power Energia (WPE); as seguradas são as empresas Bom Jesus Eólica S/A (Bom Jesus) e outras; e a seguradora é a Chubb Seguros Brasil S/A (Chubb, antiga ACE).⁹⁵

Discute-se na demanda judicial (ação de cobrança) ajuizada por Bom Jesus *et al.* (Eólicas) contra a Chubb obrigação de indenizar da seguradora sob a apólice de seguro garantia adiantamento de pagamentos referente ao adiantamento pago por Bom Jesus e outras à fornecedora LM Windpower do Brasil pactuado com a WPE, bem como sob apólice de seguro garantia executante construtor (*performance bond*).

Em paralelo, foi instaurada por Bom Jesus *et ali* arbitragem contra a WPE, tendo sido formulado pela requerida contra as requerentes pedido contraposto (*counterclaim*).

Em síntese muito apertada, na ação judicial foi proferida sentença de improcedência da pretensão deduzida pelas seguradas contra a seguradora. A sentença se louvou em laudo pericial para descaracterizar o inadimplemento contratual pela tomadora, desqualificando assim o sinistro sob a apólice.

Contudo, enquanto a demanda judicial seguia em fase recursal, em sede de embargos de declaração em apelação cível, sobreveio sentença arbitral transitada em julgado que

[...] julgou procedentes os pedidos formulados pelas requerentes, em 26/04/2017, para condenar a requerida a lhes devolver o valor de R\$ 7.016.210,24 (sete milhões, dezesseis mil, duzentos e dez reais e vinte e quatro centavos), atualizados monetariamente desde a data do efetivo pagamento, que foram pagos aos fornecedor LM WINDPOER DO BRASIL (LM), descontando-se eventuais importâncias recebidas da ACE SEGURADORA S/A, atual CHUBB SEGUROS BRASIL, neste processo, bem como a pagar todos os custos, incluindo, mas não se limitando, os honorários de sucumbência e despesas incorridas pelas requerentes em razão da arbitragem, acrescidas de correção monetária e juros legais. E julgou improcedentes todos os pedidos contrapostos formulados pela requerida (indexador 5646 – fls.

⁹⁵ Tramita o processo de forma reservada apenas aos advogados habilitados na causa, de modo que tivemos acesso limitado apenas aos acórdãos prolatados pelo TJRJ.

Diante do surgimento da sentença arbitral final, que concluiu a questão sobre o inadimplemento da tomadora de forma diametralmente oposta à demanda judicial pendente, o TJRJ houve por bem julgar extinto o processo referente à ação de cobrança das seguradas contra a seguradora. Fê-lo sob o fundamento de que

[...] a eficácia natural da sentença, subjetivamente ilimitada, produz efeitos concretos sobre todas as relações e situações jurídicas que tenham conexão com o objeto do litígio.

É o caso dos autos, em que os efeitos da sentença transitada em julgado na Justiça Arbitral se aplicam não só às partes, mas também ao terceiro garantidor dos negócios celebrados (*ultra partes*), porquanto reconhecido expressamente que a rescisão de pleno direito dos contratos ocorreu por culpa da tomadora WPE, o que caracteriza sinistro e, conseqüentemente, obriga a seguradora ao pagamento das coberturas contratadas em favor das EÓLICAS, certo que, como destacado no item 242 daquela decisão (antes reproduzido), eventual inadimplência das requerentes não impediria a aplicação da cláusula contratual resolutiva (23.1.1).

Assim, havendo a arbitragem decidido, em caráter definitivo e imutável, a responsabilidade pelo desfazimento dos contratos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, fica obstada sua rediscussão no processo judicial, reverberando a eficácia da sentença de procedência sobre o terceiro garantidor da obrigação. Tem-se, então, uma causa prejudicial - externa, evidentemente - a esta demanda, com partes distintas, na qual restou definida, de maneira estável e irrecorrível (art. 18 da Lei 9.307/96), a culpa pela extinção dos negócios jurídicos principais, que estão direta e intrinsecamente conectados com os pactos acessórios, os quais, por sua vez, integram o objeto do presente litígio. Não pode a Justiça estatal, portanto, rever a sentença arbitral (o mérito), salvo se houver alguma ilegalidade, cabendo-lhe,

⁹⁶ Trecho do acórdão prolatado nos embargos de declaração na Apelação Cível nº 0404328-75.2015.8.19.0001 - fl. 6500.

isto sim, efetivar o seu cumprimento, diante da autoridade e eficácia que ostenta.

Dessa forma, reconhecida a culpa da WPE e a ocorrência de sinistro, deve a Seguradora ré indenizar os valores previstos nas apólices dos Contratos de Adiantamento de Pagamento (R\$ 68.208.000,00) e de *Performance Bond* (R\$ 37.580.164,80), no total de R\$ 105.788.164,80 (cento e cinco milhões, setecentos e oitenta e oito mil, cento e sessenta e quatro reais e oitenta centavos), acrescidos de juros de mora a contar da citação e correção monetária da data em que o pagamento deveria ter sido feito, assim como reembolsar os gastos das autoras a título de despesas de contenção e salvamento (R\$ 7.016.210,25), com base nos arts. 771, parágrafo único, e 779 do Código Civil, acrescidos de juros de mora a contar da citação e correção monetária da data do desembolso, ressalvando-se, quanto à essa última rubrica, eventual pagamento feito pela WPE na Justiça Arbitral (itens *ii* e *iii* da petição inicial – indexador 3, fls. 48).

[...]

Como se vê, o TJRJ afastou a regra do art. 506 do CPC para submeter a seguradora automaticamente aos efeitos da sentença arbitral, especificamente quanto à declaração de inadimplemento contratual por parte da tomadora (WPE). Como consequência, cassou a decisão judicial precedente proferida naqueles autos, para então, na parte que importa para fins deste artigo

[c]ondenar a Seguradora ré a: a) indenizar os valores previstos nas apólices dos Contratos de Adiantamento de Pagamento (R\$ 68.208.000,00) e de *Performance Bond* (R\$ 37.580.164,80), no total de R\$ 105.788.164,80 (cento e cinco milhões, setecentos e oitenta e oito mil, cento e sessenta e quatro reais e oitenta centavos), acrescidos de juros de mora a contar da citação e correção monetária da data em que o pagamento deveria ter sido feito (item *ii* da petição inicial); b) reembolsar os gastos das autoras a título de despesas de contenção e salvamento (R\$ 7.016.210,25), com base nos arts. 771, parágrafo único, e 779 do Código Civil, acrescidos de juros de mora a contar da citação e correção monetária da data do desembolso, ressalvando-se, quanto a

essas despesas, eventual pagamento feito pela WPE na Justiça Arbitral, que deve ser descontado do crédito (item *iii* da peça inicial).
[...]

O acórdão prolatado pelo TJRJ preza pelo máximo de eficiência e na correlação entre a sentença arbitral e a ação de cobrança, tendo expressamente considerado ainda para a sua convicção a natureza acessória do seguro garantia em relação *in casu* ao contrato principal adjudicado pelo tribunal arbitral.

Em nosso íntimo, pessoalmente acreditamos que a solução ditada pelo TJRJ é aquela que *deveria ser* dada pelo nosso sistema processual, mas, com o devido respeito, *não é aquela que o sistema efetivamente dá*, considerando as normas existentes. Em outros termos, não é a solução que poderia ser legalmente dada com base em nosso ordenamento.

O resultado imposto pelo acórdão esvazia por completo, na prática, a norma do art. 506 do CPC, prejudicando efetivamente a seguradora. Mas não porque a seguradora deve permanecer indiferente ao comando decisório da sentença arbitral. Absolutamente. E sim porque o acórdão dá ares de absoluta definitividade à questão, privando a seguradora (terceira na arbitragem) de qualquer mecanismo para rediscuti-la, com base no conteúdo da sentença de um processo na qual ela não teve nenhuma oportunidade de participar.

O acórdão discorre justamente sobre a distinção abordada neste texto entre efeitos da sentença e autoridade da coisa julgada. O *decisum* vai muito bem na parte dedicada à eficácia *ultra partes* da sentença arbitral. Todavia, a nosso ver, ele peca ao amordaçar por completo a seguradora, estendendo a ela não apenas os efeitos da sentença arbitral, mas também a autoridade da coisa julgada material do conteúdo decisório do tribunal arbitral, como se colhe, por exemplo, do seguinte trecho do aresto:

[d]estarte, pode-se afirmar que a sentença arbitral, como aplicação do direito ao caso concreto por juiz não estatal, é manifestação de atividade jurisdicional e, tal como a sentença judicial, reveste-se da autoridade da coisa julgada material e da eficácia *erga omnes*, a obstar o reexame da questão meritória em nova ação,

independentemente de sua natureza⁹⁷.

Ocorre que, enquanto a eficácia da sentença pode alcançar a todos, o manto da coisa julgada somente se opõe aos sujeitos do processo – no caso, da arbitragem.

A característica de imutabilidade da sentença arbitral, e que marca o atributo da coisa julgada, não se projeta sobre a seguradora, mas apenas sobre as seguradas (vencedoras na arbitragem) e sobre o tomador (vencido na disputa arbitral).

Assim, em nosso sentir, falha o acórdão ao não permitir à seguradora (terceira na arbitragem) a capacidade de adotar meios legais, ainda que com um ônus muito mais elevado, dadas as provas produzidas na arbitragem, para desconstituir a conclusão de inadimplemento obrigacional pela tomadora. Isso, sob pena de completo esvaziamento da norma do art. 506 do CPC, e não sua mera relativização, como sugere o acórdão.

Como terceira, à seguradora deve ser autorizada a discutir – pela primeira vez – a questão do inadimplemento obrigacional que funciona de gatilho para a cobertura securitária. O mesmo obviamente não se pode dizer em relação à tomadora (PWL), que participou ativamente da arbitragem.

Em suma, embora o acórdão procure articular a distinção entre efeitos da sentença e autoridade da coisa julgada como principal razão de decidir, valendo-se de lições de renomados juristas para tanto, quer-nos parecer que a conclusão do *decisum* se desconecta de todo o raciocínio que lhe dá sustentação.

Ao fim e ao cabo, o TJRJ termina por tratar de forma absolutamente equivalente os dois fenômenos (equipara autoridade da coisa julgada aos efeitos da sentença). Ao assim agir, acaba por negar, sem perceber e claramente sem desejar, a própria distinção conceitual que o aresto tanto procura construir.

Pessoalmente, até entendemos que o TJRJ deu a solução que seria ideal para a questão, em benefício da eficiência e da economia processuais, mas que, entretanto, não se coaduna com o atual estado do nosso ordenamento jurídico, tendo em vista as normas existentes. Culmina o TJRJ assim por violar o art. 506 do CPC, sem mencionar os diversos princípios constitucionais que o informam, tais

⁹⁷ Fl. 6511 dos autos.

como o do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, tão caros à nossa tradição.

7. Conclusões

Como podemos perceber, conquanto os debates a respeito da distinção entre a eficácia natural ou reflexa da sentença sobre terceiros e a autoridade da coisa julgada sejam antigos, sua inerente complexidade, combinada com a multiplicidade e o caráter cada vez mais multifacetado das relações jurídicas submetidas a litígios (relações ligadas por vínculos de coligação, conexão, dependência, prejudicialidade etc.), a aplicação prática dos conceitos embutidos na norma do art. 506 do CPC nos casos concretos ainda impõe enormes confusões e desafios.

A questão da vinculação da seguradora (terceira) à sentença proferida em demanda entre tomador e segurado em relação ao inadimplemento de obrigação garantida por seguro garantia atrai exatamente essa delicada e rica investigação. Não há, nesta seara, solução unívoca, mesmo porque cada caso concreto poderá oferecer sutilezas e nuances muito próprias⁹⁸.

Ademais, o fato de o art. 506 do CPC utilizar a expressão “não prejudicando terceiros”, em abandono à fórmula anterior na parte que também vedava o beneficiamento de terceiros, é significativo e não pode ser desprezado.

Significa dizer que as soluções jurídicas muitas vezes não serão simétricas, variando conforme os efeitos naturais da sentença beneficiem ou prejudiquem o terceiro. Os efeitos reflexos benéficos ao terceiro são tolerados pelo nosso ordenamento, os prejudiciais é que não. Não quer isso dizer que os efeitos prejudiciais não poderão ser produzidos; eles o serão, mas o sistema há de permitir que os terceiros prejudicados disponham de mecanismos para tentar neutralizar as suas consequências.

Ao conservar a locução “não prejudicando terceiros”, tal regra parece fincar uma reserva ainda inexpugnável, portanto, de preservação da esfera jurídica do terceiro, de modo que o ordenamento precisa ser capaz de lhe conferir uma

⁹⁸ Por exemplo, num determinado caso, a seguradora poderá apresentar, para além da ausência de inadimplemento da obrigação garantida, fundamentos outros para a negativa de cobertura securitária que não apenas – tais como agravamento do risco e outras hipóteses de perda de direitos.

válvula de escape processual, ainda que transferindo ao terceiro o ônus e exigindo dele iniciativa afirmativa específica, para que venha, se quiser, discutir a questão comum superveniente cujos efeitos lhe afetaram – é dizer, propiciando sanar o prejuízo provocado pela eficácia *ultra partes* de uma sentença contra os seus interesses jurídicos.

A título de arremate, em síntese a tudo o quanto se expôs, fiquemos com as lições de Araken de Assis a respeito do tema:

A análise da posição do terceiro, quanto aos efeitos próprios da sentença de mérito, inspirou teoria de notória simplicidade. Em síntese, os terceiros interessados submetem-se à eficácia natural da sentença, como ato emanado do Estado, enquanto a coisa julgada vincula apenas as partes; entretanto, havendo prejuízo jurídico, o terceiro necessitará controverter em demanda autônoma a justiça da decisão, a fim de repelir os efeitos da sentença que provocam na respectiva esfera jurídica. A essa repercussão chamou-se, expressivamente, ‘fibrilações’ do julgado.

[...]

Em última análise, a concepção aqui exposta, e prevalecente no direito pátrio, leva às últimas consequências a tese segundo a qual todos obrigam-se a reconhecer o julgado entre as partes, mas ninguém pode ser prejudicado sem mecanismo de reação. A distinção entre os efeitos próprios da sentença de mérito e a autoridade da coisa recebeu acolhimento em julgado do STJ. Embora rejeitando, de modo assaz discutível, a pretensão do avô de provar a inexistência de relação de parentesco entre seu filho e quem obteve o reconhecimento forçado da filiação com este último, em tese é admissível porque a coisa julgada não atinge o avô e o autor da ação declaratória, não deixou de proclamar: ‘Os efeitos da sentença, que não se confundem com a coisa julgada e seus limites subjetivos, irradiam-se com eficácia erga omnes, atingindo mesmo aqueles que não figuraram como parte na relação jurídica processual’.

* * *

8. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken. *Ação rescisória* [livro eletrônico], 1. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano IX, n. 34, abr-jun, 1984.

CABRAL, Antônio do Passo. Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada *in* DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2018, disponível em

https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2550135/Antonio_do_Passo_Cabral.pdf

(último acesso em 28/03/2023)

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006,

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume III, Malheiros, 6ª edição.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Noções teóricas fundamentais sobre a coisa julgada material, *Revista Opinião Jurídica*, v. 3, n. 5 (2005), disponível em

<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2851>.(último

acesso em 21/03/2023)

MARTINS, Rodrigo Krieger. A eficácia preclusiva da coisa julgada, *RPGE*, Porto Alegre, v. 37, n. 77, disponível em

<https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/01162109-revista-77-4.pdf>.

(último acesso em 15/03/2023)

MAZINI, Paulo Guilherme. Autoridade e limites objetivos da coisa julgada no Código de Processo Civil Brasileiro: uma análise à luz da doutrina clássica, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 23, n. 2, Maio-Agosto de 2022.

TESHEINER, José Maria. Autoridade e Eficácia da Sentença – Crítica à Teoria de

Liebman, *RDC* n. 3 – Jan-Fev/2000, disponível em

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_03_16.pdf.

(último acesso em 28/03/2023)

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E REDUÇÃO DE LITIGIOSIDADE FISCAL

ARTIFICIAL INTELLIGENCE, TAX ADMINISTRATION AND
REDUCTION OF TAX LITIGATION

Flávio Couto Bernardes⁹⁹

Tiago da Silva Fonseca¹⁰⁰

Resumo

A Administração Tributária vem investindo em inteligência artificial para modernizar as suas atividades de fiscalização e cobrança. Tal modernização busca, além de aumentar a arrecadação, diminuir a litigiosidade, facilitar o cumprimento da obrigação e estimular os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Administração Tributária; Litigiosidade fiscal; Formas alternativas de solução de conflitos.

Abstract

The Tax Administration has been investing in artificial intelligence to modernize its oversight and collection activities. This modernization aims to not only increase revenue but also reduce litigation, simplify compliance with obligations, and promote alternative methods of conflict resolution.

Keywords: Artificial intelligence; Tax Administration; Tax litigation; Alternative ways of conflict resolution.

1. INTRODUÇÃO

O artigo busca investigar como a inteligência artificial vem impactando no nosso cotidiano, especialmente no direito, na formulação e execução de políticas

⁹⁹ Doutor (2006), Mestre (2000) e Bacharel (1994) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Universidade Federal de Minas Gerais. Procurador do Município de Belo Horizonte. Secretário da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABRADT). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5769184361010463>. E-mail: flavio.bernardes@bernardesadvogados.adv.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8180-0218>.

¹⁰⁰ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2007), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2011) e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2023). Procurador da Fazenda Nacional.

públicas e na prestação de serviços públicos. Como exemplo de uso dos algoritmos na prestação de serviços pelo Estado, o artigo aponta casos de inteligência artificial inserida na Administração Tributária federal. A Receita Federal e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional vêm investindo em novas tecnologias e em ferramentas de inteligência artificial para tentar tornar a fiscalização e a recuperação de créditos tributários mais eficiente.

A melhoria da precisão no processamento de dados, da produtividade e da simplificação tem impacto na redução da litigiosidade em matéria fiscal. Nesse contexto, o artigo enumera iniciativas da atividade administrativa fazendária para aproximar-se dos contribuintes e para reduzir a conflituosidade imanente à obrigação tributária, ampliando-se os canais de atendimento e os mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

O artigo utiliza especialmente o método jurídico-diagnóstico, uma vez que descreve formas como a inteligência artificial vem sendo difundida nas atividades de fiscalização e recuperação de créditos pela Administração Tributária federal. O artigo ainda destaca a importância da inteligência artificial para a redução da litigiosidade fiscal e projeta como a ferramenta tende a assumir maior relevância na resolução de conflitos envolvendo créditos inscritos na dívida pública da União.

O raciocínio é predominantemente indutivo, pois se toma exemplos de usos da inteligência artificial na Administração Tributária federal ou no Poder Judiciário para se discutir o impacto da disseminação das novas tecnologias nas políticas públicas e na prestação de serviços públicos, tendo como resultado a redução da litigiosidade através da adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

É imperiosa a necessidade de modernização da Administração Tributária para fazer frente a uma realidade marcada pela transformação digital e por novas formas de produção e de circulação de riqueza e de mercadorias. Sem o uso de novas tecnologias nas atividades de fiscalização e cobrança, a tributação de *streaming*, *marketplace* ou criptomoedas, por exemplo, torna-se praticamente impossibilitada.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) propõe um novo modelo de Administração Tributária, para aproveitar as oportunidades oferecidas pelas ferramentas digitais, para melhorar os serviços

diante do aumento de fonte de dados e para aumentar a eficiência na arrecadação, instrumentos necessários para permitir a diminuição da litigância e permitir a adoção de outros meios alternativos de resolução dos conflitos entre as partes integrantes da relação jurídica tributária.

No estudo *Working Smarter in Tax Debt Management*¹⁰¹, a OCDE recomenda aos países modernizar a cobrança de dívidas fiscais e melhorar os processos de recuperação de crédito. De acordo com esse estudo, a Administração Tributária deve investir em inteligência artificial para coletar e sistematizar grande quantidade de informações sobre os contribuintes, de modo a tornar a cobrança mais direcionada e objetiva.

Na Administração Tributária, a inteligência artificial pode ser usada para definir estratégias em litígios fiscais e analisar leis tributárias complexas, regulamentos e decisões judiciais. Ela pode identificar padrões e interpretações relevantes para ajudar autoridades fiscais a compreender melhor as implicações legais e aplicar as regras fiscais de forma mais sistemática. Novas ferramentas analíticas conseguem calcular a viabilidade de ações, fundamentar meios de atuação processual e fazer previsões de resultados, auxiliando na composição dos diversos conflitos existentes nesta seara do campo jurídico.

A partir de processos eletrônicos, a inteligência artificial também passou a ser empregada na automatização de processos fiscais. O preenchimento de formulários e declarações fiscais, o cálculo de impostos, a verificação de conformidade e a análise de dados financeiros são casos de tarefas que vêm contando com o auxílio de robôs.

A declaração de imposto de renda de pessoa física (IRPF) é um exemplo interessante desse processo de automatização e transformação digital. O IRPF foi instituído no Brasil em 1922. Até o final da década de 60, as informações fiscais eram declaradas através de formulários, entregues presencialmente nos balcões da Receita Federal. Em 1968, houve o primeiro processamento eletrônico das declarações, que depois passou a ser admitida também por meio de disquetes.

¹⁰¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Working Smarter in Tax Debt Management**. 2014. OECD Publishing. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/administration/working-smarter-in-tax-debt-management-9789264223257-en.htm>. Acesso em: 28 jul. 2022.

Somente em 1997 tem início a entrega da declaração de ajuste anual do IRPF pela Internet¹⁰².

A partir de 2014, foi disponibilizada a declaração pré-preenchida de IRPF mediante a utilização de certificado digital ou procuração eletrônica para o preenchimento. Em 2021, a declaração pré-preenchida foi disponibilizada aos contribuintes em geral e, em 2022, passou a estar acessível em todas as plataformas pela conta *gov.br*. Novas tecnologias permitem que as informações de rendimentos, deduções, bens, direitos, dívidas e ônus reais sejam importadas da declaração do ano anterior, do carnê-leão e das declarações de terceiros.

O cruzamento da declaração do contribuinte com as declarações de terceiros inclui o agrupamento de informações de fontes pagadoras (que enviam a Declaração do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – Dirf), imobiliárias (que enviam a Declaração de Informações sobre atividades Imobiliárias – Dimob), cartórios (que enviam a Declaração sobre Operações Imobiliárias - DOI), prestadoras de serviços de saúde (que enviam a Declaração de Serviços Médicos – DMED), instituições financeiras (que enviam a e-Financeira), *exchanges* (que enviam informações sobre criptoativos) e de outras prestadoras de serviço (que apuram o Carnê-Leão)¹⁰³.

Em 2022, as declarações pré-preenchidas do IRPF estavam disponíveis para contas classificadas como prata ou ouro no *gov.br*. Para obter o nível prata, basta o contribuinte realizar validação fácil para conferência da foto com base na Carteira de Habilitação (CNH); validação dos dados via internet banking de banco credenciado e, no caso dos servidores públicos federais, validação dos dados com usuário e senha do Sigepe (Sistema de Gestão de Pessoas). Já a conta ouro pode ser obtida através de validação facial para conferência da foto com base na Justiça Eleitoral e a validação dos dados com certificado digital compatível com ICP-Brasil. Em 2023, noventa e cinco milhões de pessoas estavam cadastradas na conta *gov.br* e 24% das declarações de IRPF foram entregues a partir do modelo já preenchido¹⁰⁴.

¹⁰² BRASIL. Ministério da Fazenda. História do Imposto de Renda no Brasil. **Receita Federal**, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historia-receita/historia-imposto-de-renda>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁰³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Declaração Pré-Preenchida: Saiba como fazer uma declaração de imposto de renda pré-preenchida. **Receita Federal**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/meu-imposto-de-renda/preenchimento/declaracao-pr-e-preenchida>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹⁰⁴ MONTAGNER, Camila. Imposto de renda: como a Receita ‘sabe’ da sua renda antes da declaração? **UOL**, 12 jun. 2023. Disponível em:

A Receita Federal tem a expectativa de integrar mais bases de dados ao modelo pré-preenchido e ampliar rapidamente o percentual de declarações entregues dessa forma. A importação de dados da declaração anterior e a integração com base em dados enviados ao Fisco por terceiros, somente é possível através de ferramentas analíticas mais avançadas, incluindo inteligência artificial.

A inteligência artificial pode ser usada pela Administração Tributária, ainda, para detectar fraudes fiscais. Ao identificar padrões suspeitos em declarações de impostos ou transações financeiras que podem indicar evasão fiscal ou outras práticas ilegais, os robôs ajudam as autoridades fiscais a investigar práticas evasivas do pagamento de tributo de forma mais eficiente.

Na fiscalização aduaneira, por exemplo, robôs são utilizados em aeroportos para indicar ao agente da Receita Federal os viajantes que devem ter as suas malas inspecionadas em razão da identificação de dados através do uso da inteligência artificial. As companhias aéreas são obrigadas a enviar a Receita Federal uma relação de todos os passageiros embarcados, com informações sobre a bagagem despachada e seu peso. Com essas informações, a Receita Federal, por meio de inteligência artificial, cruza os dados com a declaração do imposto de renda de cada passageiro residente no país, seus gastos com cartão de crédito, histórico de viagens anteriores etc. Assim, ao chegar ao país, a Receita Federal já conta com uma lista de passageiros a serem preferencialmente inspecionados¹⁰⁵.

Na recuperação de créditos, os algoritmos podem ser utilizados para descobrir grupos econômicos irregulares e atos de ocultação, confusão ou blindagem patrimonial¹⁰⁶. Paralelamente ao combate à fraude fiscal estruturada, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional conta com a inteligência artificial para cruzar informações econômico-tributárias obtidas com acesso às fontes abertas e aos sistemas de consultas por convênio (Dirf, Dimob, DOI, Dimof, Decred, etc) para obter dados referentes a devedores e seus bens, a sua capacidade de pagamento ou as probabilidades de êxito de uma execução fiscal¹⁰⁷.

<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2023/06/12/imposto-de-renda-como-a-receita-sabe-da-su-a-renda-antes-da-declaracao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

¹⁰⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Direito e inteligência artificial**: o que os algoritmos têm a ensinar sobre interpretação, valores e justiça. Indaiatuba: Foco, 2023, p. 25-26.

¹⁰⁶ SILVA, Thiago Moreira da (Coord). **Créditos tributários e grupos econômicos de fato**: abordagens multidimensionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹⁰⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Inteligência artificial e tributação: a que(m) os algoritmos devem servir? **Revista Consultor Jurídico**, 13 fev. 2019. Disponível em:

A disseminação de uso da inteligência artificial pela Administração Tributária federal vem provocando um aumento considerável na arrecadação. Entre os anos 2016 a 2022, a recuperação de créditos tributários federais pela PGFN saltou de R\$ 14,85 bilhões¹⁰⁸ para R\$ 39,1 bilhões¹⁰⁹. Considerando que a maior parte do estoque da dívida ativa consolidada é classificada como irrecuperável ou de difícil recuperação, mais que dobrar os valores de arrecadação em apenas seis anos é um resultado expressivo, que demonstra a eficiência na apuração e, conseqüentemente, a redução da contestação dos dados por parte do sujeito passivo da obrigação tributária.

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE FISCAL

Conforme constatado pelo estudo realizado pelo Insper, contratado pelo Conselho Nacional de Justiça, o contencioso judicial tributário é marcado por um cenário de demora na conclusão, alta litigiosidade, incerteza e insegurança¹¹⁰.

De acordo com o relatório “*Tax Certainty – IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers*” (FMI; OECD, 2017), a OCDE indica como principais fatores para a insegurança nas relações tributárias: (i) diferenças permanentes ou frequentes entre o entendimento dos legisladores e as orientações da administração tributária; (ii) processos com longa duração; (iii) alto custo do processo, que restringe a garantia de segurança jurídica às empresas de grande porte; e (iv) imprevisibilidade das decisões; e (v) deficiência na publicação da jurisprudência¹¹¹.

Além desses fatores, o Acórdão n. 1105/2019, do Tribunal de Contas da União, atrela a insegurança nas relações tributárias ao excessivo volume de atos legislativos e à falta de sistematização da legislação tributária¹¹².

<https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/consultor-tributario-inteligencia-artificial-tributacao-quem-algoritmos-servir>. Acesso em: 27 ago. 2023.

¹⁰⁸ BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **PGFN em números (2017)**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/PGFN%20em%20Numeros%202016.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.

¹⁰⁹ BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **PGFN em números (2023)**. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn-em-numeros-2023-versao-20042023.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

¹¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico do contencioso judicial brasileiro**: relatório final de pesquisa/Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa. Brasília: CNJ, 2022.

¹¹¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Tax Certainty – IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers**. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-certainty-report-oecd-imf-report-g20-finance-ministers-march-2017.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

¹¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de levantamento nº 015.289/2018-4**. Órgãos: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; Secretaria da Receita Federal do Brasil. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Brasília, maio 2019.

Nesse contexto de insegurança, o aumento da eficiência da Administração Tributária, para além do aumento da arrecadação de receitas, passa pela facilitação do cumprimento das obrigações tributárias, pela criação de uma relação cooperativa e de confiança com os contribuintes e pela afirmação contínua da previsibilidade no sistema tributário. A redução da insegurança e da alta litigiosidade exige a sistematização da legislação tributária, o aperfeiçoamento dos instrumentos de resposta às consultas fiscais, o monitoramento e avaliação periódica da legislação tributária, a implementação de uma atividade de fiscalização baseada na autorregularização pelos contribuintes, procedimentos que têm por escopo exatamente a redução da litigiosidade e a auto composição entre as partes da relação jurídica.

No que se refere ao instrumento de aperfeiçoamento de resposta às consultas fiscais, a Administração Tributária federal vem investindo em inteligência artificial para aprimorar os seus veículos de *call-centers*, inovando nas formas de atendimento aos contribuintes. O atendimento ao contribuinte baseado em inteligência artificial pode ser usado para fornecer informações básicas sobre questões fiscais e responder a perguntas frequentes relacionadas a tributos. Embora não substituam o aconselhamento fiscal personalizado, esses assistentes virtuais podem ser úteis para fornecer informações preliminares.

Através do assistente virtual da Receita Federal (LEO), é possível regularizar débitos, obter cópia de declarações, regularizar CNPJ, regularizar parcelamentos, converter processo eletrônico em digital, discordar de compensação de ofício e protocolar processo. Já a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional disponibiliza um canal de atendimento ao contribuinte (IZE), que consiste num robô conversacional que possui um banco de respostas cadastradas para esclarecer dúvidas relativas ao Cadin, certidões, processos administrativos, revisão de débitos, negociação, pagamento, protesto e processo judicial.

Na medida em que a Administração Tributária cria formas de contato mais efetivas entre Fisco e contribuinte, evita-se a interposição de eventuais ações judiciais cujas providências pleiteadas podem ser resolvidas através de canais de autorregularização. Além da redução da litigiosidade, os canais de atendimento mais modernos aumentam a percepção de qualidade do serviço público prestado e a diminuição do custo do pagamento pode influenciar no aumento da disposição dos contribuintes para cumprir voluntariamente as suas obrigações fiscais.

Outra forma importante de redução de litigiosidade consiste na redução significativa do estoque de dívida ativa da União através do uso dos institutos da transação e do negócio jurídico processual, que são meios alternativos de solução de conflitos.

O negócio jurídico processual tem previsão no artigo 190, do Código de Processo Civil, nos seguintes termos: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

No âmbito recuperação da dívida ativa da União, o artigo foi regulamentado pela Portaria PGFN n. 742, de 21 de dezembro de 2018. De acordo com o parágrafo 2º, do artigo 1º, do mencionado ato normativo, o negócio jurídico processual poderá versar sobre a calendarização da execução fiscal, o plano de amortização do débito fiscal, a aceitação, avaliação, substituição e liberação de garantias e o modo de constrição ou alienação de bens. Já o artigo 2º da Portaria condiciona a celebração do negócio jurídico processual à demonstração de interesse da Fazenda Nacional, considerando, dentre outros critérios, a vinculação à capacidade econômico-financeira do devedor, ao perfil da Dívida e às peculiaridades do caso concreto.

Até 2022, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional celebrou mais de cinquenta e nove negócios jurídicos processuais, envolvendo a recuperação de créditos em montante superior a cinco bilhões de reais¹¹³.

Por outro lado, a transação é modalidade de extinção do crédito tributário definida pelo artigo 171, do Código Tributário Nacional, como acordo entre sujeitos ativo e passivo da obrigação que, nas condições que a lei estabeleça e mediante concessões mútuas, importe na terminação do litígio. As condições gerais da transação foram dadas pela Lei n. 13.988/2020, que prevê a observância de princípios como da isonomia, da capacidade contributiva, da transparência, da moralidade, da razoável duração dos processos e da eficiência e, resguardadas as informações protegidas por sigilo, o princípio da publicidade.

O artigo 11 do citado diploma legislativo contempla benefícios como desconto nas multas, juros e encargos legais, prazos e formas de pagamento

¹¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico do contencioso judicial brasileiro**: relatório final de pesquisa/Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa. Brasília: CNJ, 2022, p. 101.

especiais, moratória, oferecimento, a substituição ou a alienação de garantias e de constrições, utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), na apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da CSLL, uso de precatórios ou de direito creditório para amortização da dívida.

Nos termos do artigo 19, da Portaria PGFN n. 6.757/2022, que regulamenta a Lei n. 13.988/2020, tais benefícios devem ser calibrados de acordo com o tempo em cobrança, a suficiência e liquidez das garantias, a existência de parcelamento concedidos em favor do sujeito passivo, o custo e perspectiva de êxito das cobranças administrativa e judicial, o tempo de suspensão de exigibilidade por decisão judicial e a situação econômica e capacidade de pagamento do devedor.

A situação econômica e a capacidade de pagamento dos contribuintes são mensuradas a partir da verificação das informações cadastrais, patrimoniais ou econômico-fiscais prestadas à Administração Tributária federal ou aos demais órgãos da Administração Pública. Também são levadas em consideração as informações prestadas pelos contribuintes no momento de adesão e durante a vigência do acordo de transação.

A mensuração da capacidade de pagamento é realizada no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, através de ferramentas que incluem inteligência artificial. A inteligência artificial possibilita a PGFN cruzar com precisão as informações cadastrais, patrimoniais ou econômico-fiscais prestadas à Administração Tributária Federal ou aos demais órgãos da Administração Pública, bem como permite a PGFN classificar os créditos cobrados de acordo com a ordem de recuperabilidade.

Com a transação tributária, a PGFN alcançou um volume de mais de R\$ 200 bilhões em dívidas regularizadas até o final de 2021¹¹⁴. Com isso, com pouco tempo de vigência desta normatização, a transação já se consolidou como o principal instrumento de regularização tributária do contribuinte brasileiro, finalizando diversos litígios administrativos e judiciais através da auto composição das partes.

Logo, o uso da inteligência artificial pela Administração Tributária na fiscalização e no combate a fraudes tem efeito indireto na redução de litigiosidade, na medida em que, produz maior quantidade de informações, mais

¹¹⁴ BRASIL. **Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. PGFN em números (2023). Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn-em-numeros-2023-versao-20042023.pdf>. Acesso em: 05 set. 2023.

confiáveis e fundadas em grande quantidade de dados. E tem efeito direto na redução de litigiosidade, na medida em que a inteligência artificial produz informações úteis à elaboração de acordos, sejam negócios jurídicos processuais ou transações, que são métodos alternativos de solução de conflitos responsáveis pela baixa considerável da dívida ativa da União, nos últimos anos.

4. CONCLUSÃO

A inteligência artificial tem amplo potencial em diversas áreas, incluindo políticas públicas, serviços públicos e direito. Ela capacita máquinas e sistemas a realizar tarefas que exigiriam inteligência humana, como aprender com experiência, inferir a partir de dados incompletos, bem como resolver problemas e alcançar objetivos.

Nas políticas públicas, a inteligência artificial tem sido usada para melhorar a tomada de decisões, considerando que as novas ferramentas são capazes de captar, processar e sistematizar um imenso volume de dados, produzindo informações úteis e menos fragmentadas.

No direito, ela está transformando a forma como atos processuais e judiciais são realizados, assim como auxiliando advogados e partes na escolha de estratégias processuais. Na prestação de serviços públicos, a inteligência artificial vem sendo implementada para executar tarefas repetitivas e rotineiras, para liberar os agentes públicos a atuar em atribuições mais complexas e a tomar decisões mais adequadas e eficientes.

Na área tributária, a modernização da atividade administrativa é essencial para enfrentar a realidade da transformação digital e novas formas de produção e circulação de riqueza e mercadorias. A inteligência artificial na Administração Tributária permite definir estratégias em litígios, automatizar processos fiscais, detectar fraudes, oferecer atendimento virtual aos contribuintes, dentre outras funções que vêm aumentando a eficiência na fiscalização e na cobrança de dívidas fiscais. A utilização da inteligência artificial é fundamental para aproveitar as oportunidades trazidas pela era digital na área fiscal.

Como ferramenta utilizada em meios alternativos ou complementares à jurisdição, na redução da litigiosidade fiscal, a inteligência artificial vem sendo fundamental para propiciar novos canais de autorregularização e possibilitar a aproximação e negociação entre a Administração Tributária e os contribuintes. O resultado é uma maior desburocratização do sistema tributário e uma

simplificação no cumprimento das obrigações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Fazenda. Declaração Pré-Preenchida: Saiba como fazer uma declaração de imposto de renda pré-preenchida. Receita Federal, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/meu-imposto-de-renda/preenchimento/declaracao-pre-preenchida>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. Ministério da Fazenda. História do Imposto de Renda no Brasil. Receita Federal, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/historia-receita/historia-imposto-de-renda>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. PGFN em números (2017). Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/PGFN%20em%20Numeros%202016.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. PGFN em números (2023). Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros/pgfn-em-numeros-2023-versao-20042023.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório de levantamento nº 015.289/2018-4. Órgãos: Conselho Administrativo de Recursos Fiscais; Secretaria da Receita Federal do Brasil. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Brasília, maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Diagnóstico do contencioso judicial brasileiro: relatório final de pesquisa/Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa. Brasília: CNJ, 2022, p. 101.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Gabriela Buarque Pereira. Contratos e algoritmos: alocação de riscos, discriminação e necessidade de supervisão de humanos. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael

César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 775-796.

GUERREIRO, Mário Augusto Figueiredo de Lacerda. Inovações na adoção da inteligência artificial pelo Poder Judiciário brasileiro. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 509-520.

INTELIGÊNCIA artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito. STJ, 09 mar. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 31 jul. 2023.

JARUDE, Jamile Nazaré Duarte Moreno. O estado de arte da fiscalização tributária federal e o uso de inteligência artificial. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Marília. Marília, 2020, p. 122.

JUSTIÇA brasileira realiza 1ª audiência no metaverso e exército estuda treinamentos digitais. Exame, 2022. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/justica-brasileira-realiza-1a-audiencia-no-metaverso-e-exercito-estuda-treinamentos-digitais/>. Acesso em: 25 set. 2023.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de; RUIZ, Evandro Eduardo Seron. Inteligência artificial e personalidade jurídica: aspectos controvertidos. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 113-128.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (Coord). Tributação e novas tecnologias. Indaiatuba: Foco, 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Direito e inteligência artificial: o que os

algoritmos têm a ensinar sobre interpretação, valores e justiça. Indaiatuba: Foco, 2023.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Inteligência artificial e tributação: a que (m) os algoritmos devem servir? Revista Consultor Jurídico, 13 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/consultor-tributario-inteligencia-artificial-tributacao-quem-algoritmos-servir>. Acesso em: 27 jul. 2022.

MARTINS, Guilherme Magalhães; BASAN, Arthur Pinheiro. O marketing algorítmico e o direito ao sossego na Internet: perspectivas para o aprimoramento da regulação publicitária. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 340-362.

MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coord.). Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba: Foco, 2020.

MONTAGNER, Camila. Imposto de renda: como a Receita 'sabe' da sua renda antes da declaração? UOL, 12 jun. 2023. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2023/06/12/imposto-de-renda-como-a-receita-sabe-da-sua-renda-antes-da-declaracao.htm>. Acesso em: 01 ago. 2022.

NASCIMENTO, Alexandre. O uso da inteligência artificial está transformando o direito. Estadão, 18 out. 2022. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/blogs/alexandre-nascimento/inteligencia-artificial-direito/>. Acesso em: 25 ago. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Tax Certainty – IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-certainty-report-oecd-imf-report-g20-finance-ministers-march-2017.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Working Smarter in Tax Debt Management. 2014. OECD Publishing. Disponível em:

<https://www.oecd.org/ctp/administration/working-smarter-in-tax-debt-management-9789264223257-en.htm>. Acesso em: 28 jul. 2022.

PIRES, Fernanda Ivo. Poder Judiciário, inteligência artificial e efeitos vinculantes. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César;

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 495-508.

PROJETO Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral. STF, 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1/>. Acesso em: 31 jul. 2023.

SILVA, Thiago Moreira da (Coord). Créditos tributários e grupos econômicos de fato: abordagens multidimensionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ZULLO, Bruno; TORRES, Maurilio; ARAÚJO, Valter Shuenquener. Big Data, algoritmos e inteligência artificial na Administração Pública: reflexões para a sua utilização em um ambiente democrático. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda; BRAGA NETTO, Felipe; SILVA, Michael César; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 489-490.

A EVOLUÇÃO DAS AUDIÊNCIAS REMOTAS EM PROCEDIMENTOS ARBITRAIS A PARTIR DA PANDEMIA

Guilherme Vinseiro Martins¹¹⁵

RESUMO

O presente artigo visa abordar a evolução das audiências remotas em procedimentos arbitrais a partir das práticas adotadas pela comunidade arbitral desde a pandemia da Covid-19, tratando da regulamentação do tema pelas câmaras arbitrais e das vantagens e desvantagens da utilização desse tipo de modalidade.

1. INTRODUÇÃO

O contexto pós-pandemia trouxe à tona outra mentalidade em todo o mundo, voltada para a adaptação dos métodos utilizados durante o período pandêmico à nova realidade, aproveitando-se as tecnologias e metodologias que se mostraram mais eficazes.

No âmbito dos procedimentos arbitrais, a realização de audiências por meio de videoconferência ganhou espaço e dominou a prática, a ponto de se tornar comum entre os usuários e permitir que técnicas inovadoras se desenvolvessem nesse ambiente.

As câmaras arbitrais, atentas e ágeis às mudanças vividas, editaram resoluções a respeito da condução dos procedimentos logo no início da pandemia, o que incluía o estímulo à prática de audiências remotas. Com a evolução da utilização desta via, as boas práticas foram se consolidando e, findo o contexto pandêmico, criaram raízes sólidas.

Nesse sentido, o presente artigo aborda as práticas e normativas das audiências remotas em procedimentos arbitrais, destacando suas vantagens e desvantagens, as medidas que vêm sendo adotadas e as normativas das câmaras arbitrais a respeito.

¹¹⁵ Doutor em Direito Empresarial pela UFMG (2022), Mestre em Direito Empresarial pela UFMG (2016). Professor da pós-graduação IBMEC (LLM e Master), membro da comissão de Direito Societário da OAB/MG, associado do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), associado do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC), associado do Instituto dos Advogados de Minas Gerais (IAMG). Advogado e sócio no Tavernard Advogados, onde coordena a área de Arbitragem e Contencioso Cível e Empresarial.

2. MODALIDADES DE AUDIÊNCIAS

Primeiramente, cabe estabelecer premissas a respeito das modalidades de audiências. A modalidade clássica de audiência é a presencial, que ocorre mediante a presença física de todos os participantes no mesmo local. Já as modalidades não presenciais demandam maiores esclarecimentos a respeito, notadamente quanto à terminologia utilizada.

Apesar da utilização do termo audiência “virtual” ser comum, Fabiane Verçosa esclarece que a expressão correta é “remota”, porque a palavra “virtual” remete a algo que não aconteceu, ou a algo que não existe, tal como ocorre com o cenário dos jogos eletrônicos. Já nas realidades remotas, há trocas em tempo real entre os participantes, que efetivamente acontecem, e podem se dar de forma i) integralmente remota, quando todos os participantes se encontram fisicamente em local distinto, mas todos se reúnem na data e no horário combinados para a audiência; ii) semipresencial, quando os árbitros, as partes, seus patronos e o pessoal administrativo da câmara (caso haja) se encontram em um local físico e os depoentes são ouvidos por videoconferência; e iii) híbrida, quando alguns participantes comparecem fisicamente ao local designado, enquanto outros comparecem de forma remota, por videoconferência¹¹⁶.

O mesmo se dá, no âmbito do juízo estatal, com os julgamentos virtuais em contraposição aos julgamentos por videoconferência, ou mesmo aos julgamentos presenciais. Enquanto os primeiros não ocorrem de fato, tratando-se de mera designação do momento em que ocorrerão, os julgamentos por videoconferência efetivamente ocorrem com a participação dos julgadores e das partes de forma simultânea, mediante proferimento de sustentações orais, prolação dos votos e proclamação dos resultados ao vivo.

Dessa forma, tal como a autora acima citada, adotam-se as expressões “audiência remota” e “audiência por videoconferência”, mas não se utiliza o termo “virtual”, por não se tratar de ambiente hipotético.

3. NORMAS DAS CÂMARAS ARBITRAIS

Antes mesmo do início da pandemia, as câmaras arbitrais já adotavam sistemática de processamento digital dos procedimentos, a exemplo da Câmara de Arbitragem do Mercado, que instituiu o sistema CAM B3 Digital em janeiro de

¹¹⁶ VERÇOSA, Fabiane. *Audiência Remota de Instrução na Arbitragem: à luz do contraditório e de outros princípios processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023, p. 146.

2019 por meio da Orientação CAM n° 01/2019, uma plataforma “inteiramente digital para administração e tramitação de seus procedimentos”.¹¹⁷

Se essa já era uma tendência, o contexto pandêmico potencializou a regulamentação dos procedimentos remotos pelas instituições, o que se revela importante para definir a prática e garantir mais segurança jurídica a todos os participantes a respeito de todas as nuances.

De modo geral, com o início da pandemia, as câmaras arbitrais emitiram resoluções e comunicados recomendando a continuidade dos procedimentos arbitrais, desde que as audiências fossem realizadas por meio não presencial, já que a prática de atos presenciais estava suspensa. O CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo, emitiu, em março de 2020, a Resolução Administrativa n° 39/2020 nesse sentido, comprometendo-se a enviar às partes e árbitros guias de condução de audiências remotas, via *Microsoft Teams*, com o acompanhamento do *case manager* responsável¹¹⁸.

A preparação para as audiências remotas envolve o cadastramento daqueles que participarão da videoconferência para recebimento do *link* e a realização de testes de conexão e da plataforma a ser utilizada.

Em alguns casos, a câmara arbitral até deixava as partes e os árbitros livres para a realização de reuniões presenciais, desde que a participação dos membros da secretaria se desse pela via remota, como foi o caso da CAMARB - Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil, por meio da Resolução Administrativa n° 15/20:

Resolve que, até ulterior deliberação, a CAMARB não promoverá a realização de audiências e reuniões presenciais.

As partes, árbitros e mediadores poderão decidir pela realização presencial de audiências e reuniões em locais escolhidos por eles,

¹¹⁷ CAM - CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO. *Orientação CAM n° 01/2019*. Junho de 2019.

<https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/Resolucao%20CAM%20B3%20Digital%20assinada.pdf>. Acesso em out. 2023.

¹¹⁸ “A fim de não prejudicar o andamento dos procedimentos, a Secretaria do CAM-CCBC encaminhará orientações para a realização de audiências remotamente, via Microsoft Teams, com o acompanhamento do *case manager* responsável. (as orientações podem ser acessadas pelo link).” (CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. *Resolução Administrativa n° 39/2020*. Março de 2020. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-39-2020-covid-19/>. Acesso em out. 2023).

sob sua organização e responsabilidade. Nesses casos a participação da Secretaria da CAMARB se dará por via remota¹¹⁹.

Em abril de 2020, o CI Arb - *Chartered Institute of Arbitrators* emitiu um guia sobre procedimentos remotos, encorajando os participantes a conduzirem as audiências em plataformas de vídeo e áudio (e não apenas de áudio) e dispendo sobre ser preferível a criação de salas virtuais em plataformas de videoconferência para oitivas de partes e testemunhas:

3.1. Virtual hearing rooms are the preferred way to conduct hearings remotely. These are organised via the use of commercial digital platforms and can be equipped to create an atmosphere approximating face-to-face proceedings. All participants should be visible and audible in the chosen virtual hearing room. Simultaneous access to shared documentation through means such as screen sharing should also be provided¹²⁰.

O mesmo guia recomenda as partes a acordarem, antes do início das audiências, o tempo e a duração necessária para apresentarem suas informações ou para realizarem suas apresentações orais. Na prática, essas questões geralmente são antecipadas pelo próprio tribunal arbitral em ordem processual própria, mediante participação das partes a respeito do procedimento a ser adotado.

Como se nota, a reação da comunidade arbitral à pandemia foi rápida e eficaz, sendo que muitas câmaras já possuíam estrutura para a prática de atos remotos, dentre eles, as audiências por videoconferência.

Nesse contexto, é digna de se ressaltar a “*Nota às Partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a Condução da Arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI*” da Câmara de Comércio Internacional, que, sobre o tema das audiências remotas, consolida entendimentos surgidos com a pandemia e ilustra boas práticas sobre o tema.

¹¹⁹ CAMARB - Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil. Resolução Administrativa nº 15/20. Setembro de 2020. Disponível em: <https://camarb.com.br/en/arbitration/administrative-resolutions/administrative-resolution-no-15-20/>. Acesso em out. 2023.

¹²⁰ CI Arb - Chartered Institute of Arbitrators. *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*. Abril de 2020. Disponível em: [remote-hearings-guidance-note.pdf \(ciarb.org\)](https://www.ciarb.org/remote-hearings-guidance-note.pdf). Acesso em out. 2023.

Segundo esta nota da CCI, o tribunal poderá, após consultar as partes, definir se a audiência será realizada via remota, presencial, ou híbrida. No caso de opção pela via remota, a orientação é de que a decisão pela sua realização seja fundamentada e examine as circunstâncias concretas pertinentes para tanto, dentre elas:

99. Toda decisão sobre audiência probatória a ser realizada por via remota e não presenciais deverá ser tomada pelo tribunal arbitral após cuidadoso exame de todas as circunstâncias pertinentes, inclusive a natureza da audiência, a possível existência de restrições de viagem, a duração planejada da audiência, o número de participantes, de testemunhas e peritos a serem examinados, a dimensão e a complexidade da arbitragem, a necessidade de as partes se prepararem corretamente para a audiência, os custos e os ganhos de eficiência previstos pelo recurso a meios virtuais de comunicação, e se o reagendamento da audiência implicaria atrasos injustificados ou excessivos.

100. Caso um tribunal arbitral determine a realização de audiência virtual sem o acordo das partes, ou apesar de objeção da parte, deverá analisar cuidadosamente as circunstâncias pertinentes, inclusive as citadas no parágrafo 99, avaliar se a sentença arbitral constituirá título executivo judicial, conforme previsto no artigo 42, e apresentar os fundamentos para tal determinação. Para tal determinação, os tribunais arbitrais podem levar em consideração sua ampla competência procedimental nos termos do artigo 22(2) para, após consultar as partes, adotar as medidas procedimentais que considerarem apropriadas, desde que não contrariem acordo entre as partes¹²¹.

Por mais que os regulamentos e resoluções das câmaras arbitrais só sejam aplicáveis às respectivas câmaras que os editaram, é notória a influência de seus

¹²¹ CCI – Câmara de Comércio Internacional. *Nota às Partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a Condução da Arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI*. Janeiro de 2021. Disponível em: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese-2021.pdf>. Acesso em out. 2023.

termos na prática da comunidade arbitral, de modo que as boas técnicas são difundidas e incorporadas, seja pelos próprios regulamentos, seja pelas decisões dos tribunais arbitrais proferidas no âmbito dos diversos procedimentos.

4. PRÁTICA ARBITRAL: VANTAGENS E DESVANTAGENS DAS AUDIÊNCIAS

REMOTAS

Além da regulamentação das câmaras arbitrais, a prática arbitral se mostrou outra fonte de utilidade com relação às técnicas mais usuais e eficazes nas audiências remotas, permitindo análise mais acurada sobre seus pontos positivos e negativos.

Por mais que os procedimentos arbitrais sejam, via de regra, confidenciais, é fato que as práticas dos patronos e árbitros se reverberam para além dos limites dos procedimentos, respeitado o sigilo sobre os temas de mérito tratados.

De plano, nota-se que as audiências remotas possuem vantagens óbvias de contenção de custos e tempo, já que dispensam as despesas e os gastos de tempo excessivos com deslocamento de todos os participantes (que podem ser de outros estados ou mesmo de outros países). Isso contribui para que o procedimento arbitral flua mais rápido, principalmente se o caso demandar a realização de várias audiências.

Contudo, as desvantagens não passaram ao largo e ainda chamam a atenção dos usuários da arbitragem. Aqueles mais afetados pelas audiências remotas certamente são os advogados das partes, já que as audiências arbitrais sempre foram o momento para convencimento dos árbitros mediante contato visual, técnicas de postura corporal e entonação de voz. Isso sem mencionar a comunicação entre os demais colegas que também patrocinam a mesma parte. Com a realização da audiência pela via remota, essas particularidades se tornam verdadeiros desafios, que precisam ser bem trabalhados com bastante antecedência antes da audiência para que não afetem a boa condução dos trabalhos e, ao fim e ao cabo, a formação do convencimento do árbitro¹²².

Certamente, realizar uma apresentação oral presencialmente é muito mais assertivo do que o fazer por videoconferência, principalmente quando houver material a ser apresentado. Como se sabe, a maioria das plataformas de videoconferência permite o compartilhamento de apresentações, mas o

¹²² VERÇOSA, Fabiane. *Op. cit.*, p. 171.

documento toma praticamente toda a tela do receptor, fazendo com que o patrono fique preterido e suas nuances destacadas acima não sejam notadas.

Do ponto de vista do árbitro, emerge a preocupação de que a videoconferência extensa cause fadiga – o que aumenta exponencialmente em virtude das demais oitivas, que podem demorar dias ou, até mesmo, semanas. Ainda, os árbitros perdem a comunicação básica entre si que geralmente se verifica nas audiências de instrução presenciais, sendo certo que a comunicação por mensagens causa o mesmo impacto e nem é realizada na mesma frequência.

Sob a ótica das testemunhas, certamente ficam mais confortáveis para depor de forma remota, o que provavelmente lhes retira a ansiedade e o nervosismo gerados pelo procedimento presencial. O grande problema surge quando o conforto da testemunha é tamanho ao ponto de se comunicar com qualquer um, dentre eles, o advogado que a arrolou.

Para combater desconfianças e eventuais arguições de nulidade por condução da testemunha, estabeleceu-se como prática que a testemunha seja ouvida na presença do advogado da parte contrária, que poderá conferir se o ambiente onde se encontram é neutro de interferências externas¹²³.

Outra prática comum, principalmente quando a testemunha se encontra em sede diversa daquela onde se processa a arbitragem (o que impede o acompanhamento pelo advogado da parte *ex adversa*) é a verificação prévia, peço tribunal arbitral, da ausência de interferências. Nesse cenário, é indagado à testemunha se está sozinha no ambiente, comprovando este fato com um breve giro de 360° no ambiente com a câmera utilizada na videoconferência.

Todas essas medidas são extremamente importantes, inclusive para serem registradas pelos serviços de estenotipia, caso seja arguida eventual nulidade futura por violação ao contraditório e à ampla defesa. Mediante a adoção desses protocolos, eventual alegação de cerceamento de defesa é mitigada, como destaca Fabiane Verçosa:

Por ora, coube-nos discutir se há potencial violação, ao princípio do contraditório, em virtude da realização de uma audiência de instrução na arbitragem no formato remoto, em detrimento do

¹²³ Sobre essa sugestão, conferir: CBAR – Comitê Brasileiro de Arbitragem. *Arbitragem e pandemia: reflexões sobre a atuação do advogado de arbitragem em audiências virtuais*. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/arbitragem-e-pandemia-reflexoes-sobre-a-atuacao-do-advogado-de-arbitragem-em-audiencias-virtuais/>. Acesso em out. 2023.

presencial. Em nossa opinião, consideradas diversas circunstâncias (v.g., eventuais peculiaridades do caso concreto *sub examine*, ausência de legislação expressa ou de regulamento da instituição de arbitragem proibindo expressamente e desde que a parte não consiga comprovar efetivo prejuízo ao exercício de defesa, oriundo do formato presencial, *inter alia*), não nos parece existir violação ao princípio do contraditório, a princípio. Assim, em regra, o “fantasma” do *due process paranoia* não deve amedrontar o árbitro, ao menos no que tange a este aspecto específico do processo arbitral¹²⁴.

Por fim, outra vantagem a ser indicada é que também se tem indagado aos patronos das partes quem estará autorizado a participar da audiência remota, o que não apenas evita intrusos indesejados, como gera diversidade e inclusão, pois os estagiários, paralegais e advogados juniores podem viver a experiência de acompanhar o principal ato de oralidade do procedimento arbitral¹²⁵.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a pandemia, a adaptação às circunstâncias adiantou a utilização do ambiente virtual para prática de inúmeros atos de trabalho, dentre eles, no âmbito da arbitragem, a realização de audiências. Com isso, seria natural que as próprias partes, por iniciativa própria, requeressem do tribunal arbitral a adoção de medidas para que tais atos fossem praticados por videoconferência.

Por sua vez, as normativas das câmaras arbitrais regulamentando as audiências remotas demonstram não apenas a aceitação do método, como também a intenção de conferir maior segurança jurídica ao ato.

Fato é que a adaptação da comunidade arbitral permitiu que se realizasse verdadeira depuração sobre os métodos e técnicas efetivos nas audiências remotas, a ponto de se permitir a consolidação da realização desse tipo de ato sem que garantias fundamentais sejam suprimidas.

Por óbvio que as desvantagens envolvidas nas audiências remotas, notadamente nas audiências de instrução, levam à reflexão acerca do dever de os tribunais arbitrais verificarem qual é a melhor modalidade (remota ou presencial)

¹²⁴ VERÇOSA, Fabiane. *Op. cit.*, p. 189/190.

¹²⁵ VERÇOSA, Fabiane. *Op. cit.*, p. 187.

para cada tipo de audiência. Em audiências iniciais, de assinatura do termo de arbitragem, nada impede que a realização da audiência seja remota, o que traz ganhos de custos e eficiência às partes e ao procedimento.

Já quanto às audiências de apresentação do caso e audiências de instrução, recomenda-se a sua realização na modalidade presencial, para que todas as particularidades da oralidade dos participantes possam ser captadas pelos árbitros e, assim, o melhor julgamento seja realizado.

Por mais que já haja prática a respeito das audiências remotas e que as câmaras arbitrais acompanhem de perto a evolução das tecnologias, deve-se atentar para o fato de que ainda há muito a ser descoberto sobre o tema, seja diante da complexidade da vida, cuja multiplicidade de situações se renova a cada dia, seja diante do próprio desenvolvimento das tecnologias.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAM - CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO. *Orientação CAM n° 01/2019*. Junho de 2019.

<https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/Resolucao%20CAM%20B3%20Digital%20assinada.pdf>. Acesso em out. 2023.

CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. *Resolução Administrativa n° 39/2020*. Março de 2020. Disponível em:

<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-39-2020-covid-19/>. Acesso em out. 2023.

CAMARB - Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil. *Resolução Administrativa n° 15/20*. Setembro de 2020. Disponível em: <https://camarb.com.br/en/arbitration/administrative-resolutions/administrative-resolution-no-15-20/>. Acesso em out. 2023.

CBAR – Comitê Brasileiro de Arbitragem. *Arbitragem e pandemia: reflexões sobre a atuação do advogado de arbitragem em audiências virtuais*. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/arbitragem-e-pandemia-reflexoes-sobre-a-atuacao-do-advogado-de-arbitragem-em-audiencias-virtuais/>. Acesso em out. 2023.

CCI – Câmara de Comércio Internacional. *Nota às Partes e aos Tribunais Arbitrais sobre a Condução da Arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI.*

Janeiro de 2021. Disponível em:

<https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese-2021.pdf>. Acesso em out.

2023.

CIArb - Chartered Institute of Arbitrators. *Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings.* Abril de 2020. Disponível em:

[remote-hearings-guidance-note.pdf \(ciarb.org\)](https://www.ciarb.org/remot-hearings-guidance-note.pdf). Acesso em out. 2023.

VERÇOSA, Fabiane. *Audiência Remota de Instrução na Arbitragem: à luz do contraditório e de outros princípios processuais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023, p. 146.

DICAS PRÁTICAS DE PREPARAÇÃO PARA UMA MEDIAÇÃO POR VÍDEO

Gustavo Milaré Almeida¹²⁶

Resumo

Baseado nas principais recomendações de profissionais de resolução de conflitos de todo o mundo, o presente texto tem por objetivo apresentar algumas dicas práticas de como mediadores, partes e advogados podem se preparar para uma mediação por vídeo e, assim, contribuir para o sucesso do seu resultado.

Introdução

Introdução

A sociedade contemporânea multiplicou os nossos canais de comunicação e os constantes avanços tecnológicos têm feito que as pessoas se comuniquem, cada vez mais, por meio de plataformas on-line, inclusive para solucionar os seus conflitos.

Esse processo evolutivo foi acelerado com a pandemia causada pelo Covid-19, que pegou todos nós de surpresa e, nessa medida, provocou-nos a lidar com um contexto típico dos melhores filmes de ficção científica.¹²⁷

De maneira abrupta e inesperada, fomos obrigados a romper paradigmas e a enfrentar desafios próprios do modelo de trabalho on-line. O distanciamento social obrigou-nos a migrar grande parte das nossas comunicações para o ambiente virtual e promoveu uma escalada frenética dos conflitos, sobretudo interpessoais, muitos dos quais reclamando solução imediata.

Essa nova realidade mundial destacou a importância do uso de ODR (sigla em inglês para designar os meios de resolução de conflitos realizados em ambiente

¹²⁶ Mediador Empresarial. Árbitro. Advogado. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito Processual Civil e Meios de Solução de Conflitos. Doutor e Mestre em Direito Processual. Especialista em Mediação de Conflitos Complexos, Negociação e *Dispute Board*. Mediador e Árbitro da CAMES BRASIL. Autor de publicações jurídicas. Sócio de Gustavo Milaré – Resolução de Conflitos.

¹²⁷ ALMEIDA, Gustavo Milaré; PRADO, Cláudia Junqueira de Almeida. Confiança em ODR (Online Dispute Resolution). In: *Informativo ADR&ODR Brasil*. Disponível em: <https://eb973d5b-8e7a-451c-be67-ea92149db70f.filesusr.com/ugd/046d84_2135fa0efce24716bbef7e4c85faa967.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2023.

virtual)¹²⁸ para a defesa e a conservação tanto das relações pessoais e profissionais, quanto das estruturas judiciárias dos países.

Dentre tais meios de resolução, a mediação tem se mostrado muito eficiente para evitar ou solucionar conflitos, na medida em que se baseia no estabelecimento de uma boa comunicação entre os envolvidos por meio da ajuda de um terceiro (mediador), ou seja, na criação rápida de relações que levem as partes conflitantes a um diálogo produtivo que as façam pensar juntas em uma solução¹²⁹.

Tanto é que, desenvolvida e divulgada sobretudo a partir da edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e posteriormente positivada pela Lei nº 13.105/2015 (“Código de Processo Civil”) e pela Lei nº 13.140/2015 (“Lei de Mediação”), a mediação tem apresentado um crescimento significativo no ordenamento jurídico brasileiro, já tendo inclusive sido inserida em nossa praxe forense, como uma das fases do procedimento comum civil.

Relatórios recentes elaborados pelo CNJ¹³⁰ e pela Faculdade Getúlio Vargas – FGV Direito SP em parceria com o Canal Arbitragem¹³¹ confirmam esse crescimento da mediação no período, em âmbito judicial e extrajudicial.

A experiência demonstra também que o necessário diálogo produtivo promovido pela mediação, consistente na efetiva compreensão da mensagem, promove o entendimento, melhora os relacionamentos pessoais e profissionais, bem como facilita o atendimento de necessidades.

Composta por seis elementos (emissor, receptor, mensagem, código, canal e contexto), a comunicação pode ser verbal ou não-verbal, isto é, pode ser realizada por meio da linguagem oral ou escrita ou por meio de gestos, sinais, expressões corporais etc¹³².

¹²⁸ KATSH, Ethan. ODR: A Look At History. In: *Online Dispute Resolution: Theory and Practice* (Eds. M.S. Abdel Wahab, E. Katsh & D. Rainey). The Hague: Eleven International Publishing, 2012, p. 21-33.

¹²⁹ VOSS, Chris; RAZ, Tahl. *Negocie como se sua vida dependesse disso*. Tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Sextante, 2019, p. 52.

¹³⁰ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em 24 ago. 2023.

¹³¹ Disponível em: <https://www.canalarbitragem.com.br>. Acesso em 11 out. 2023.

¹³² ALMEIDA, Gustavo Milaré; PRADO, Cláudia Junqueira de Almeida. A escuta ativa no uso de ODR em ODR (Online Dispute Resolution). In: *Informativo ADR&ODR Brasil*. Disponível em: https://eb973d5b-8e7a-451c-be67-ea92149db70f.filesusr.com/ugd/046d84_2135fa0efce24716bbef7e4c85faa967.pdf. Acesso em: 24 ago. 2023.

Contudo, comunicação também envolve emoção. Por isso, não raro, a comunicação verbal entra em conflito com a não verbal, desencadeando a chamada “mensagem silenciosa”.

Essa incongruência na expressão de emoções inclusive ensejou famoso estudo que resultou na regra 7-38-55, segundo a qual 7% da comunicação interpessoal é transmitida de forma verbal, 38% de forma vocal (tom de voz, velocidade, ritmo, volume e entonação) e 55% de forma não verbal (gestos, expressões faciais, postura e demais informações expressadas sem palavras)¹³³.

Se não bastasse, o ambiente possui significativa influência na comunicação, haja vista que diversos fatores internos e externos desviam a nossa atenção na vida cotidiana, impedindo-nos de compreender o que o outro está realmente nos dizendo.

No ponto, vale lembrar que “ouvir” e “escutar” não são sinônimos.

Além de captar de forma passiva o som pela audição, escutar é também entendê-lo e processá-lo internamente. Daí porque a chamada “escuta ativa” talvez seja a técnica mais importante à disposição dos mediadores para ajudarem as partes a solucionarem consensualmente os seus conflitos¹³⁴.

Enquanto técnica destinada ao estabelecimento do diálogo produtivo promovido pela mediação, no qual o receptor (ouvinte) seja capaz de entender e processar internamente a mensagem do emissor (interlocutor), considerando tanto a sua expressão verbal, como não verbal, a escuta ativa exige igualmente evitar distrações, interrupções, conclusões precipitadas, pré-julgamentos e absorção seletiva da fala do interlocutor¹³⁵.

Ocorre que a prática de ODR, notadamente da mediação (ou, como é conhecida no meio, mediação eletrônica ou apenas e-mediação), traz exigências adicionais às verificadas em âmbito presencial, que precisam ser conhecidas pelas partes e dominadas pelo mediador, enquanto gestor¹³⁶ desse meio de resolução, a fim de justificarem o seu uso e permitirem a sua efetividade.

¹³³ MEHRABIAN, Albert. *Nonverbal Communication*. Chicago: Aldine-Atherton, 1972.

¹³⁴ Segundo o mediador argentino Juan Carlos Vezzulla, a escuta ativa “é a chave que abrirá as portas para conhecer e reconhecer os reais interesses e os meios de chegar a acordos onde esses interesses sejam respeitados” (*Teoria e prática da mediação*. Curitiba: IMAP, 1998, p. 28).

¹³⁵ William Ury afirma que a escuta ativa também exige empatia, ou seja, buscar se colocar no lugar do outro para entender o ponto de vista dele e da perspectiva dele (*Como chegar ao sim com você mesmo*. Tradução Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015, p. 94).

¹³⁶ ALMEIDA, Gustavo Milaré. Comentários ao art. 18. In: XAVIER, Trícia Navarro; CURY, Cesar Felipe (Org.). *Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover*. 2 ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 110.

Isso porque o trabalho em qualquer ambiente virtual (vídeo, áudio ou texto) possui limitações comunicacionais específicas, que, necessariamente, precisam ser contornadas pelos participantes para não comprometerem a visão do conflito e, por consequência, a sua resolução.

A experiência tem demonstrado ainda que, dentre tais ambientes virtuais, o vídeo tem sido o preferido pelas pessoas e estruturas judiciárias para a resolução de conflitos, provavelmente devido a tais avanços tecnológicos, que tornaram a videoconferência disponível para qualquer um que possa comprar um *laptop* ou um *smartphone*¹³⁷.

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas e tão somente buscando contribuir para o aprimoramento da prática de ODR, em particular da e-mediação, e, assim, para a disseminação do seu uso entre pessoas e empresas, o presente texto visa a apresentar algumas dicas para que as partes, seus advogados e sobretudo o mediador possam se preparar (melhor) para trabalharem por vídeo.

Embora dirigido aos participantes de uma e-mediação, o presente texto não se limita a eles, destinando-se ainda a magistrados, auxiliares da Justiça, membros ministeriais, defensores públicos, estudantes e público em geral, haja vista que as dicas apresentadas a seguir podem ser incorporadas na prática de outros meios consensuais e na rotina, pessoal e profissional, de todos aqueles que utilizam uma plataforma de vídeo para a se comunicar.

1. Dicas práticas de preparação

Abaixo, seguem as principais dicas práticas de profissionais de resolução de conflitos de todo o mundo¹³⁸ que temos adotado em nossa atividade profissional como mediador empresarial, para, ainda que modestamente, prestar a contribuição objeto do presente texto, sem, contudo, pretender esgotar o tema.

Em outras palavras, tratam-se de sugestões que podem ser usadas como referência para uma e-mediação por vídeo, haja vista que não se acredita ser possível compilar exaustivamente tudo o que deve ser considerado antes do início de qualquer trabalho em ambiente virtual (vídeo, áudio ou texto), porque, assim

¹³⁷ BOHANNON, Leanne S. *et al.* Eye contact and video-mediated communication: a review, *Displays*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.displa.2012.10.009>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

¹³⁸ Conforme critérios recomendados pela Online Dispute Resolution Task Force do International Mediation Institute - IMI (disponível em: <<https://imimediation.org/about/who-are-imi/odr-tf/>>. Acesso em: 24 ago. 2023).

como toda e qualquer preparação, envolve aspectos pessoais, inerentes a cada um dos participantes, e, portanto, mutáveis caso a caso.

Não obstante, para facilitar, buscamos pontuar tais dicas práticas de acordo com as etapas que entendemos que devam ser seguidas para uma boa preparação a uma e-mediação por vídeo. Confira:

- Infraestrutura e equipamentos adequados. Embora seja uma premissa básica, de início, sugere-se que os participantes (em especial, o mediador) disponham da infraestrutura e dos equipamentos adequados para a realização de uma e-mediação por vídeo. Assim, é fundamental a adequação a esse trabalho: do ambiente físico, da conexão de internet, do computador, do monitor (tela), da câmera e, se utilizados, dos fones de ouvido.¹³⁹
- Entendimento das necessidades e possibilidades dos demais participantes. Antes do início de uma e-mediação por vídeo, o mediador deve contatar os demais participantes (partes e seus advogados) para entender quais são as necessidades e possibilidades deles para a realização de um trabalho virtual. Esse contato inicial pode ser por telefone e até antes da chamada pré-mediação, já que destinado à futura escolha da plataforma.
- Escolha da plataforma de vídeo e validação com os demais participantes. Na sequência, sugere-se que o mediador escolha a plataforma que será utilizada e entre em contato novamente com os demais participantes para lhes comunicar a sua escolha e validá-la com eles. Esse contato também pode ser realizado pelo telefone. Caso seja solicitado por tais participantes ou, por um deles e os outros concordem, o mediador pode adotar outra plataforma para o trabalho se entender que igualmente servirá aos propósitos específicos daquela e-mediação, diante das necessidades e possibilidades previamente apuradas e referidas acima.
- Domínio da plataforma de vídeo. O mediador deve dominar a plataforma de trabalho, ou seja, entender os requisitos para o seu

¹³⁹ Estudos demonstram que alta qualidade dos componentes de vídeo e, principalmente, de áudio influenciam positivamente a percepção de quem está do outro lado em um trabalho virtual por vídeo (SLOVÁK, Petr. Effect of Videoconferencing Environments on Perception of Communication. In: *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*. Disponível em: <<https://cyberpsychology.eu/article/view/4205/3246>>. Acesso em: 24 ago. 2023).

funcionamento, conhecer quais são as suas funcionalidades e saber como operá-las, a fim de que, quando e se necessário, possa utilizá-las e/ou ensinar os demais participantes a utilizarem-nas.

- Ter um “plano B”. Sugere-se que o mediador também escolha uma plataforma substituta (ou seja, um “plano B”) e o discuta com os demais participantes no contato mencionado acima, para, conjuntamente, definirem o que deverão fazer, como poderão se comunicar e o que acontecerá se a plataforma principal apresentar qualquer problema durante o trabalho virtual.
- Avaliação do conforto dos demais participantes com a e-mediação. Também em tal contato, sugere-se que o mediador avalie (i) a sensação dos demais participantes sobre a e-mediação por vídeo; (ii) o nível de conforto deles com a plataforma escolhida (e com o “plano B”); (iii) outras ferramentas que poderão ser utilizadas para a celeridade e a efetividade do processo (por exemplo: e-mail, mensagens de texto, grupos de *WhatsApp* etc.); e (iv) se possuem a infraestrutura e os equipamentos necessários para a efetividade do trabalho virtual.
- Definição de um cronograma de trabalho. Ainda no contato referido acima, sugere-se que o mediador verifique a disponibilidade dos outros participantes para as sessões (melhores dias e horários), a duração das sessões, o uso da chamada “diplomacia de vaivém” (*shuttle diplomacy*, técnica de se reunir de forma separada com cada parte, também conhecida tecnicamente como cáucus)¹⁴⁰; e, em caso positivo, quando e em que medida¹⁴¹, a fim de que possa definir o cronograma de trabalho da e-mediação por vídeo.
 - Cuidado das salas virtual e física. Escolhidas as plataformas (principal e substituta, ou “plano B”), sugere-se que o mediador e os demais participantes cuidem das salas (virtuais

¹⁴⁰ Embora se trate de técnica amplamente empregada, inclusive no Brasil, a sua aplicação é um tema controverso (RANIERI, Carolina Lyra. *A controversa aplicação do cáucus no processo de mediação*. Disponível em: <<http://mediacaofg.com.br/2017/08/a-contraversa-aplicacao-do-caucus-no-processo-de-mediacao/>>. Acesso em: 24 ago. 2023).

¹⁴¹ David A. Hoffman relata que pesquisa realizada nos Estados Unidos pela advogada Roberta Horton revelou que a maioria dos mediadores empresariais fazem uso da técnica de cáucus, diferentemente do que ocorre com mediadores de família (*Mediation: A Practice Guide for Mediators, Lawyers, and Other Professionals*. Boston: MCLE, Inc., 2013, p. 1-11).

e físicas) que serão utilizadas. Para tanto, é recomendável que cada um inicie uma sessão em tais plataformas e preste atenção no vídeo para verificar como está a sua aparência e do ambiente ao seu redor, em especial, visível na imagem de fundo, para se certificar de que:

- a câmera esteja na altura dos seus olhos, a fim de que passe a impressão de estar mantendo contato visual com quem estiver do outro lado e, assim, consiga aumentar com tal pessoa os níveis de eficiência da sua comunicação¹⁴²;
- você está posicionado a uma distância da tela (cerca de um metro) que lhe permita olhar para o centro da câmera e, ao mesmo tempo, ver os demais participantes e suas reações/expressões. Para tanto, recomenda-se escolher a configuração *speaker view* (“vista do orador”);
- você está confortável (dê preferência para uma posição sentada e, se possível, conte com uma mesa para apoiar as mãos e mantê-las em uma posição neutra, como uma sobre a outra, a exemplo de um âncora de telejornal), bem como com uma postura adequada (coluna reta, quadril bem encaixado no encosto da cadeira, ombros abertos e, se possível, com um leve sorriso no rosto, afinal ninguém gosta de gente com cara amarra, não é mesmo?);
- o seu rosto esteja enquadrado no meio da tela (de novo, como o âncora de um telejornal), de modo que sobre um pouco de espaço acima da sua cabeça (cerca de dois dedos) e, ao mesmo tempo, seja possível visualizar parte da sua roupa abaixo do seu queixo;
- o seu rosto esteja iluminado de maneira uniforme (recomenda-se iluminação lateral e acima, mas não diretamente acima, bem como o uso de lâmpadas de cor branca ou equivalente à luz natural), para quem

¹⁴² BOHANNON, Leanne S. *et al.* Eye contact and video-mediated communication: a review, *Displays*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.displa.2012.10.009>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

estiver do outro lado conseguir ter uma visão nítida e não se distrair com a alteração da tonalidade do seu rosto;

- não haja fontes de luz fortes, como janelas e luminárias, nem objetos que causem reflexo, como espelhos e quadros com tela protetora de vidro, ao seu lado ou atrás de você, também para não comprometer a nitidez da sua imagem ou causar distração em quem estiver do outro lado; e
 - a imagem de fundo que será vista por quem estiver do outro lado igualmente não lhe cause distração, nem muito menos constrangimento (embora algumas plataformas de vídeo ofereçam a opção de customização digital do fundo com uma cor, uma imagem ou mesmo com o desfoque da imagem, tenha muito cuidado ao utilizá-la, já que pode causar distração e, especificamente no caso do mediador, até comprometer a percepção da sua simpatia, fundamental para a criação rápida de relações que levem os demais participantes a um diálogo produtivo)¹⁴³.
- Simulação de parte do trabalho virtual. Partindo da premissa de que o desconhecido é um dos maiores gatilhos do medo, sugere-se que os participantes, sobretudo o mediador, também simule parte do trabalho virtual, a fim de testar as plataformas escolhidas (principal e substituta) e ajustar e/ou aperfeiçoar as suas salas (virtuais e físicas). Por incrível que pareça, o cérebro humano não interpreta a simulação como um teste, mas como algo que realmente está acontecendo, ou seja, sendo vivido. Por consequência, uma vez vivenciada a situação, a experiência deixa de ser novidade e você,

¹⁴³ Dados empíricos confirmam que pessoas percebidas como afetuosas e competentes evocam emoções e comportamentos uniformemente positivos, enquanto aquelas percebidas como antipáticas ou incompetentes provocam uma negatividade uniforme (FISKE, Susan T. *et al. Universal dimensions of social cognition: warmth and competence*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/6611134_Universal_Dimensions_of_Social_Cognition_Warmth_and_Competence>. Acesso em: 24 ago. 2023).

automaticamente, fica mais seguro. Por isso, é recomendável que os participantes (de novo, sobretudo o mediador):

- procure fazer a simulação da forma mais realista possível e não apenas como um treino, inclusive, se necessário, pedindo a ajuda de terceiros para atuarem como figurantes e/ou para lhe darem um *feedback* sincero;
- faça, se possível, em um dia similar e no horário agendado para a sessão, a fim de verificar a influência de aspectos externos no trabalho ou evitar que sirvam para lhe distrair ou os demais participantes, como, por exemplo: iluminação; barulhos (obras, trânsito, vizinhos etc.); presença de outras pessoas ou animais no ambiente físico (crianças, funcionários, cachorros, gatos etc.), dentre outros;
- grave trechos curtos da simulação e, depois, assista-os, analisando a sua linguagem verbal e não verbal de forma criteriosa, a fim de checar como você será visto e ouvido por quem estiver do outro lado (enquadramento, sua imagem e a de fundo, necessidade de microfone e/ou fones de ouvido, gestos feitos com frequência etc.);
- governe os seus pensamentos e esteja consciente de suas palavras, para não começar a falar desenfreadamente e, por consequência, deixar de se conectar com os demais participantes e/ou com as suas questões;
- conecte a sua linguagem verbal com a não verbal;
- fale de modo mais pausado do que em interações presenciais, a fim de facilitar a compreensão dos demais participantes;
- enfatize palavras-chave, falando-as ainda mais devagar ou mais forte (os âncoras dos telejornais costumam fazer isso com maestria, preste atenção!); e

- evite palavras vazias (por exemplo: “éééé” ou “aaaannn”), porque tende a incomodar os demais participantes e, nessa medida, eventualmente, a distrai-los, em especial após determinado lapso de tempo.
- Compromisso de mediação e obtenção do “de acordo”. Antes ainda do início do trabalho virtual, sugere-se que o mediador circule para as partes e seus advogados um compromisso de mediação que contenha todas as expectativas, exigências, exceções e exclusões de responsabilidades, bem como obtenha o “de acordo” deles por escrito. Essa providência também permite que o mediador elabore uma versão resumida e pontual de tal compromisso (em *bullet points*) para apresentar na abertura da primeira sessão conjunta e sempre que for necessário ao longo da e-mediação.
- Teste das salas (virtuais e físicas) dos demais participantes. Caso não seja possível ao mediador agendar com cada um dos demais participantes uma sessão de teste para vê-los no vídeo e lhes dizer como está a aparência deles, a fim de recomendar eventuais ajustes para a efetividade da e-mediação, sugere-se que o mediador utilize a sessão de pré-mediação também para essa finalidade¹⁴⁴, além dos esclarecimentos relativos ao procedimento de mediação, à eficácia jurídica de eventual acordo e aos papéis de cada um dos participantes (partes e advogados)¹⁴⁵.
- Elaboração prévia de declaração de abertura. Com base na concordância das partes e de seus advogados com o compromisso de mediação e nas tratativas mantidas durante a pré-mediação, sugere-se que o mediador elabore previamente a sua declaração de abertura com todas as informações que precisará prestar no início do trabalho virtual.
- Vestimenta adequada. O trabalho em um ambiente virtual parece menos formal do que aquele em um ambiente físico, mas isso não é

¹⁴⁴ A pré-mediação visa a gerar entendimento mútuo para as partes e para o mediador sobre a adequação e a utilidade da aplicação do método a um determinado conflito, ou seja, sobre a percepção dos limites e das possibilidades da mediação para um caso especificamente considerado (GOMES, Noêmia Aurélia. Pré-mediação: importante fase da mediação. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no Judiciário: teoria na prática e prática na teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 181).

¹⁴⁵ COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução René Loncan, Brasília: UNB, 2001, p. 80.

totalmente verdade. Cuidado! Embora não exija as mesmas formalidades, sugere-se que todos os participantes (inclusive o mediador) vistam-se de forma adequada para a ocasião, respeitando as suas características e gostos pessoais, mas também as necessidades de cada caso. Não é preciso vestir-se como se fosse a uma formatura ou a uma festa *black tie*, mas também não é recomendável usar pijamas ou roupas de academia. Evite ainda se vestir com uma roupa da mesma cor da imagem de fundo, com cores muito fortes/berrantes, ou ainda que contenha estampas, listras, xadrezes grandes, a fim de não causar distração ou, eventualmente, vertigem em quem estiver do outro lado. Enfim, tenha bom-senso e, na dúvida, vista-se mais para o formal do que para o informal.

- Respeito ao horário. Sugere-se que todos os participantes, mas sobretudo o mediador, estejam on-line (na sala de reunião ou na sala de espera virtual, conforme o caso), no mínimo, de 5 a 10 minutos antes do horário agendado para o começo da sessão. Essa antecedência é importante para que haja tempo hábil dos participantes ajeitarem-se, acomodarem-se, organizarem-se, concentrarem-se, receberem os demais participantes e ainda solucionarem eventuais imprevistos, notadamente de ordem técnica.
- Tela “limpa”. A antecedência mencionada acima ainda é importante para você se certificar de que a tela do seu computador está “limpa”, ou seja, que não existe nenhuma outra tela ou aplicativo aberto desnecessário à e-mediação por vídeo e que, por esse motivo, possa causar distração, constrangimento e/ou inconveniente para você ou para qualquer um dos demais participantes. Como não é possível prever tudo o que pode acontecer durante o trabalho, essa sugestão é recomendável ainda que você não pretenda compartilhar a sua tela.
- Gravação no seu computador. Com a autorização das partes (e, claro, de seus advogados), o mediador pode gravar a sessão. Para maior segurança, sugere-se que o mediador grave no seu computador e não na nuvem, mesmo que exista essa opção, como ocorre na

maioria das plataformas de vídeo. Se igualmente autorizadas, as partes e/ou seus advogados também podem gravar a sessão, muito embora não possam utilizarem-na fora da mediação, exceto se expressamente decidido de forma diversa pelas partes ou quando a divulgação de eventual informação agravada for exigida por lei ou necessária para cumprimento do acordo obtido entre as partes, conforme artigo 30 da Lei de Mediação.

- Uso de configurações de segurança. A maioria das plataformas de vídeo permite também a escolha das configurações de segurança. Na qualidade de anfitrião, sugere-se que, se possível, o mediador:
 - use IDs (identidades) para cada sessão;
 - use senhas consideradas fortes (ou seja, que tenha um comprimento considerável e contenha símbolos, letras maiúsculas e minúsculas, bem como números) e as forneça para as partes e seus advogados separadamente dos convites para as sessões;
 - coordene a admissão dos demais participantes na sessão, bloqueando o acesso deles até então ou mantendo-os em salas de espera virtuais, a fim de evitar sobretudo que comecem a interagir antes do mediador estar presente;
 - use coanfitriões da sua equipe para monitorar o site enquanto o mediador monitora os demais participantes e as questões deles;
 - não permita a transferência de arquivos, para maior segurança digital de todos os participantes;
 - não permita que participantes excluídos reingressem na sessão; e
 - controle o compartilhamento de tela.

Conclusões

Atribui-se a Benjamin Franklin, um dos grandes personagens da [história dos Estados Unidos](#), a frase: “a falha na preparação é a preparação para a falha”. Contudo, falhar é humano. É um fato. Então, cabe a cada um de nós prepararmos-nos cada vez mais e melhor para falharmos cada vez menos.

O presente texto buscou apresentar as principais dicas de profissionais de resolução de conflitos de todo o mundo que temos adotado em nossa atividade profissional como mediador empresarial, a fim de, ainda que modestamente, contribuir para que os participantes de uma e-mediação por vídeo, sobretudo o mediador, possam se preparar mais e melhor para o respectivo trabalho virtual. Por consequência, objetivou também aprimorar a prática desse ODR e disseminar o seu uso diante da realidade mundial pós-pandemia.

No âmbito dos meios de resolução de conflitos, essa nova realidade destacou a importância do uso de ODR, em especial da mediação. Os incentivos para o desenvolvimento e a divulgação da mediação (e de outros meios consensuais de solução de conflitos) no ordenamento jurídico brasileiro, materializados, em parte, no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação, tornaram-na, inclusive no formato e-mediação, uma prática real em nosso país e em franco crescimento.¹⁴⁶

As dicas apresentadas no presente texto demonstraram que a e-mediação – assim como os demais ODR – traz exigências adicionais às verificadas em âmbito presencial e que, talvez, sejam mais difíceis, por demandarem habilidades específicas e contarem com a presença dos meios tecnológicos de comunicação, que, para uns, são uma verdadeira “quarta parte”, além do mediador, partes e seus advogados, enquanto que, para outros, o melhor amigo e ajudante¹⁴⁷.

É verdade que algumas dicas são pequenos detalhes, mas, diante da nova realidade mundial e da existência, em especial, de partes e advogados cada vez mais preparados e exigentes, acredita-se que todo detalhe faz uma grande diferença, ainda mais em um país como o Brasil, no qual a mediação está se consolidando como um meio para a satisfação rápida e econômica dos interesses e/ou das necessidades das partes (e de seus advogados).

Assim, além do aprimoramento da prática de ODR, em particular da e-mediação, as dicas apresentadas no presente texto buscaram, modesta e igualmente, ter contribuído para disseminar essa prática em nosso país, que depende da boa preparação de todos os participantes (partes, advogados e

¹⁴⁶ Já há alguns anos, Daniel Rainey destaca que, de forma evolutiva, o uso de tecnologias de informação e comunicação passou a fazer parte do campo dos métodos de resolução de conflitos, de modo que, agora, o desafio é revolucionar esse engajamento, que, em nossa opinião, contou com a “ajuda” da pandemia do Covid-19 (*Conflict Engagement and ICT: Evolution and Revolution*. Disponível em: <<http://danielrainey.us/wp-content/uploads/2020/08/2017-IJODR-Editorial.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2023).

¹⁴⁷ CARREL, Alyson; EBNER, Noam. Mind the Gap: Bringing Technology to the Mediation Table. *Journal of Dispute Resolution*. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2019/iss2/5>>. Acesso em: 24 ago. 2023.

mediadores), uma vez que condicionante da efetividade e da confiança dos usuários nesse meio de resolução de conflitos.

Referências

ALMEIDA, Gustavo Milaré. Comentários ao art. 18 da Lei de Mediação. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Lei de mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Profª Ada Pellegrini Grinover*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

ALMEIDA, Gustavo Milaré; PRADO, Cláudia Junqueira de Almeida. Confiança em ODR (Online Dispute Resolution). In: *Informativo ADR&ODR Brasil*. Disponível em: <https://eb973d5b-8e7a-451c-be67-ea92149db70f.filesusr.com/ugd/046d84_2135fa0efce24716bbef7e4c85faa967.pdf>.

_____. A escuta ativa no uso de ODR em ODR (Online Dispute Resolution). In: *Informativo ADR&ODR Brasil*. Disponível em: <https://eb973d5b-8e7a-451c-be67-ea92149db70f.filesusr.com/ugd/046d84_2135fa0efce24716bbef7e4c85faa967.pdf>.

BOHANNON, Leanne S. *et al.* Eye contact and video-mediated communication: a review. In: *Displays*. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.displa.2012.10.009>>.

CARREL, Alyson; EBNER, Noam. Mind the Gap: Bringing Technology to the Mediation Table. In: *Journal of Dispute Resolution*. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2019/iss2/5>>.

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução René Loncan, Brasília: UNB, 2001.

EBNER, Noam. ODR and Interpersonal Trust. In: *ODR: Theory and Practice* (Eds. M.S. Abdel Wahab, E. Katsh & D. Rainey). The Hague: Eleven International Publishing, 2012.

EBNER, Noam; CARREL, Alyson. Mind the Gap: Bringing Technology to the Mediation Table. In: *Journal of Dispute Resolution*. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2019/iss2/5>>.

FISKE, Susan T. et al. *Universal dimensions of social cognition: warmth and competence*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/6611134_Universal_Dimensions_of_Social_Cognition_Warmth_and_Compotence>.

GOMES, Noêmia Aurélia. Pré-mediação: importante fase da mediação. In:

GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no Judiciário: teoria na prática e prática na teoria*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

HOFFMAN, David A. *Mediation: A Practice Guide for Mediators, Lawyers, and Other Professionals*. Boston: MCLE, Inc., 2013.

KATSH, Ethan. ODR: A Look At History. In: *Online Dispute Resolution: Theory and Practice* (Eds. M.S. Abdel Wahab, E. Katsh & D. Rainey). The Hague: Eleven International Publishing, 2012.

MEHRABIAN, Albert. *Nonverbal Communication*. Chicago: Aldine-Atherton, 1972.
PRADO, Cláudia Junqueira de Almeida; ALMEIDA, Gustavo Milaré. Confiança em ODR (Online Dispute Resolution). In: *Informativo ADR&ODR Brasil*. Disponível em: <https://eb973d5b-8e7a-451c-be67-ea92149db70f.filesusr.com/ugd/046d84_2135fa0efce24716bbef7e4c85faa967.pdf>.

..... A escuta ativa no uso de ODR em ODR (Online Dispute Resolution). In: *Informativo ADR&ODR Brasil*. Disponível em: <https://eb973d5b-8e7a-451c-be67-ea92149db70f.filesusr.com/ugd/046d84_2135fa0efce24716bbef7e4c85faa967.pdf>.

RAINEY, Daniel. *Conflict Engagement and ICT: Evolution and Revolution*.

Disponível

em:

<<http://danielrainey.us/wp-content/uploads/2020/08/2017-IJODR-Editorial.pdf>>.

RANIERI, Carolina Lyra. *A controversa aplicação do cáucus no processo de mediação*. Disponível em:

<<http://mediacaofg.com.br/2017/08/a-contraversa-aplicacao-do-caucus-no-proceso-de-mediacao/>>.

RAZ, Tahl; VOSS, Chris. *Negocie como se sua vida dependesse disso*. Tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

SLOVÁK, Petr. Effect of Videoconferencing Environments on Perception of Communication. In: *Cyberpsychology: Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*. Disponível em: <<https://cyberpsychology.eu/article/view/4205/3246>>.

URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Tradução Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e prática da mediação*. Curitiba: IMAP, 1998.

VOSS, Chris; RAZ, Tahl. *Negocie como se sua vida dependesse disso*. Tradução Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

JURISDIÇÃO E LEI APLICÁVEL EM DISPUTAS NA INTERNET

Joaquim de Paiva Muniz¹⁴⁸

Bruna Alcino M. Silveira¹⁴⁹

Resumo

O presente estudo visa analisar o impacto e os desafios criados pelos avanços tecnológicos, em especial da internet, na determinação da jurisdição e das leis aplicáveis em disputas surgidas nesse ambiente. O estudo ainda analisa a suficiência das atuais regras de Direito Internacional Privado em face das novas mídias, bem como o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

Abstract

This study aims to analyze the impact and challenges created by technological advances, especially the internet, in determining jurisdiction and applicable laws in disputes arising in this environment. The study also analyzes the sufficiency of the current rules of Private International Law in the face of new media, as well as the understanding of the scholars and the case law on the matter.

Palavras-chave:

Conflito de leis; Conflito de jurisdição; lei aplicável; direito digital; comércio eletrônico, internet; marco civil da internet; lei de proteção geral de dados; lei de introdução ao código civil brasileiro; regras de conexão; arbitragem; foro de eleição, privacidade de dados; direito do consumidor.

¹⁴⁸ Sócio do Trench, Rossi e Watanabe no Rio de Janeiro e São Paulo. Sua atuação inclui arbitragem e resolução de disputas, fusões e aquisições, societário e mineração. Graduado em 1996 pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Chicago em 1999. Passou na Ordem de Advogados de Nova York. Presidente da Comissão de Arbitragem da OAB/RJ. Diretor do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Fellow do Chartered Institute of Arbitrators - CI Arb. Professor de arbitragem, M&A e análise econômica do direito. Autor dos livros “Arbitration Law of Brazil - Practice and Procedure”- Juris Publishing, “Arbitragem Doméstica e Internacional” – Forense e “Curso de Direito Arbitral” - Juruá.

¹⁴⁹ Atua em contencioso civil e arbitragem, ambas domésticas e internacionais. Sua atuação varia entre várias áreas, como agronegócio, construção, infraestrutura e transações societárias. Isso inclui não apenas matérias contratuais como também questões pré-arbitrais. Mestranda em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2015). Bacharel em Jornalismo pela Faculdade Cásper Líbero (2011).

Key-words:

Conflict of laws; Conflict of jurisdiction; applicable law; digital law; electronic commerce, internet; internet civil framework; general data protection law; introductory law to the Brazilian civil code; connection rules; arbitration; forum of choice, data privacy; consumer right.

I. Introdução: o avanço da internet e os desafios para o direito internacional privado

Há 20 anos, Manuel Castells, famoso sociólogo e estudioso da internet, já afirmava que "*a internet é o tecido das nossas vidas*" (CASTELLS, 2003), fenômeno que só tem se desenvolvido. 67,9%¹⁵⁰ da população mundial tem acesso à internet, percentagem que alcança 90% dos lares brasileiros, segundos os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios¹⁵¹.

Tal avanço tecnológico trouxe incontáveis benefícios, ao acelerar a globalização, proporcionar mais conhecimento e interação entre as pessoas e diminuir distâncias geográficas. Contudo, a conectividade, rapidez da propagação das informações e descentralização típicas do ambiente eletrônico também viabilizaram e até incentivaram o surgimento de conflitos e a prática de atos ilícitos. Assim, surgiram diversos desafios para o direito, que precisa se modernizar para conseguir solucionar os novos conflitos e punir as práticas ilegais (SILVA; SOUTO e OLIVEIRA, 2023). Nesse sentido:

O avanço das tecnologias de informação e comunicação exige ajustes no mundo jurídico, o que requer atualização, engajamento e busca de soluções inovadoras diante de problemas complexos. A privacidade de crianças e adolescentes nas redes sociais, que podem ficar expostas a crimes virtuais, é um exemplo desses problemas. Além disso, a tecnologia mudou a dinâmica entre escola e família. No mundo do direito, isso pode compreender o direito digital, o direito civil na subárea de direito de família e, também, o direito educacional. Na legislação brasileira e nos

¹⁵⁰ Disponível em <<https://www.internetworldstats.com/stats.htm>>. Acesso em: 10.06.20223.

¹⁵¹ Disponível em <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2022/setembro/90-dos-lares-brasileiros-ja-tem-acesso-a-internet-no-brasil-aponta-pesquisa#:~:text=Conectividade-90%25%20dos%20lares%20brasileiros%20j%C3%A1%20tem%20acesso,internet%20no%20Brasil%2C%20aponta%20pesquisa&text=Em%202021%2C%20o%20n%C3%BAmero%20de,mais%20do%20que%20em%202019>>. Acesso em: 10.06.20223.

tratados internacionais, há regras possíveis para normatização e regulamentação, mas que não são suficientes para toda a realidade que abarca as TICs. Percebe-se, diante disso, a necessidade de governantes, legisladores, juristas e profissionais de TICs (cientistas da computação, engenheiros de computação, analistas de sistemas, programadores e demais profissionais da área) buscarem consenso e proposições de normas legais e regulamentares para resolverem demandas da sociedade competitiva e complexa. (SILVA; SOUTO e OLIVEIRA, 2023, p. 20).

Chega a ser irônico o fato de uma rede criada com o objetivo de assegurar a comunicação segura para organizações ligadas à área da defesa dos EUA¹⁵² ter se tornado um ambiente especialmente propício para a prática de crimes e violações ao direito à privacidade, à imagem, à honra e à intimidade, bem como o surgimento de conflitos complexos em áreas como o comércio eletrônico, transações bancárias e telecomunicações¹⁵³.

Esse cenário, portanto, traz a necessidade de adaptação de todo o ordenamento jurídico, incluindo do direito internacional privado ("DIPr"). Em razão do caráter transnacional das disputas e dos ilícitos ocorridos na internet, inevitavelmente, o julgador e as partes terão que se debruçar em temas como o conflito de leis no espaço e o conflito de jurisdição, temas eminentemente de DIPr. Nesse sentido, lecionam Dolinger e Tiburcio (2019, p. 3):

Há várias concepções sobre o objeto do Direito Internacional Privado. A mais ampla é a francesa, que entende abranger a disciplina quatro matérias distintas: a nacionalidade; a condição jurídica do estrangeiro; o conflito das leis e o conflito de jurisdições, havendo ainda uma corrente, liderada por Antoine

¹⁵² A origem da internet data de 1969, no Departamento de Defesa dos Estados Unidos, no denominado programa ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*) (MARQUES e MARTINS, 2000).

¹⁵³ Nesse sentido: "*while the Internet is technically borderless, in reality, state actors impose their sovereignty onto online environments with increasing frequency. The operating of sovereignty over shared spaces can subject individuals to the laws of another country without any realization of having done so. This in effect transforms the surveillance efforts of one country into privacy risks for all the world's citizens, as an interconnected network places their personal data at the whims of many states. The cloud, which by its nature exists in multiple jurisdictions at once, exacerbates these jurisdictional problems, which are generally inherent in online interactions*". (Disponível em <<https://www.eff.org/document/cloudy-jurisdiction-addressing-thirst-cloud-data-domestic-legal-processes>>. Acesso em: 20.06.2023).

Pillet, que adiciona, como quinto tópico, os direitos adquiridos na sua dimensão internacional. O conflito de leis versa as relações humanas ligadas a dois ou mais sistemas jurídicos cujas normas materiais geralmente não coincidem, cabendo determinar qual dos sistemas será aplicado.

O conflito de jurisdições gira em torno da competência do Judiciário na solução de situações que envolvem pessoas, coisas ou interesses que extravasam os limites de uma soberania. À competência jurisdicional internacional está ligado o tema do reconhecimento e execução de sentenças proferidas no estrangeiro.

A teoria dos direitos adquiridos como objeto do Direito Internacional Privado trata da mobilidade das relações jurídicas, quando nascem em uma jurisdição, repercutindo seus efeitos em outra, sujeita a legislação diversa.

No mesmo sentido, afirmam Gomes, Winter e Montenegro (2023, p. 57):

O direito internacional privado é, em essência, eminentemente conflitual. Em face dessa constatação, verifica-se que o objetivo principal dessa disciplina é a resolução de conflitos de leis no espaço. Tal fato faz-se presente sempre que um determinado caso concreto guarda relação com dois ou mais ordenamentos jurídicos e, diante de tal situação, caso apareça alguma dúvida, por parte do operador do direito, no sentido de identificar qual a lei aplicável (a lei nacional, de sua jurisdição, ou a lei estrangeira, a do outro ordenamento jurídico que guarde relação direta com o fato). Assim, o direito internacional privado é entendido, pelos doutrinadores, como uma regra de sobredireito, ou seja, é uma norma que indica o direito aplicável sem solucionar o caso concreto de forma direta. Logo, para resolver uma questão que envolva o conflito de leis no espaço, torna-se necessária a incidência de duas normas jurídicas: i) uma de natureza conflitual,

a qual indicará a regra de direito material a ser aplicada, e ii) a própria regra de direito material. Vale destacar que as regras ou elementos de conexão, consoante verificado, são critérios, fixados pelo legislador, a fim de resolver os conflitos de leis no espaço.

O professor argentino Antonio Boggiano vê o direito internacional privado "*como un sistema normativo destinado a realizar las soluciones justas de los casos jusprivatistas multinacionales, desde el punto de vista de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales a coordinar o, raras veces, de la jurisdicción de un tribunal internacional*" (BOGGIANO, 2003, p. 10).

Independentemente do conceito adotado, os conflitos de jurisdição e de leis são temáticas que tanto afetam o direito dos indivíduos e a atuação do Poder Judiciário doméstico, como a modulação da jurisdição de cada Estado, o que por sua vez pode afetar as relações internacionais. Para André Ramos (2023, p. 95):

Consequentemente, a adequada gestão da diversidade normativa e jurisdicional envolvendo os fatos transnacionais depende da delimitação da jurisdição internacional, uma vez que a amplitude exagerada ou diminuta da jurisdição do Estado pode dificultar ou mesmo impedir ou inviabilizar a aplicação da lei sobre os fatos jurisdicionais (...) Assim, a escolha do direito (em sentido amplo) para regular os fatos transnacionais envolve também o estudo da determinação da jurisdição, uma vez que esta, na ocorrência de litígios, permitirá (ou não) a regência adequada dessas condutas transfronteiriças. Definições mais amplas ou mais restritas de jurisdição podem levar a atritos entre Estados em virtude de alegações de jurisdição concorrente e decisões contraditórias. Ou ainda pode levar à denegação de justiça, quando os Estados sustentam não ter jurisdição para tratar de determinado caso.

Dessa forma, é incontroverso o desafio enfrentado pelo direito internacional privado diante das diversas mudanças tecnológicas, em especial o desenvolvimento da internet, o que, portanto, justifica a pertinência deste estudo, em especial quanto a conflitos de jurisdição (II) e de leis (III).

II. Conflitos de jurisdição

II.1 Escolha de jurisdição estatal brasileira

Segundo explica André Ramos (2023), o conflito de jurisdição surge em razão da *"existência de uma pluralidade de Estados e de seus respectivos sistemas de justiça"* e a determinação da jurisdição é relevante para dirimir tanto *"conflitos positivos de jurisdição (dois ou mais Estados querem a regência de certa conduta social)"* quanto para os *"conflitos negativos de jurisdição (nenhum Estado aceita regular determinada conduta)"* (RAMOS, 2023, p. 95).

O autor ainda esclarece que parte da doutrina adotou o termo "competência jurisdicional"¹⁵⁴, enquanto *"outra parte da doutrina adota o termo 'jurisdição internacional', que seria mais preciso, uma vez que abarca o estudo de permissões, limites e exclusões que afetam o poder jurisdicional de um Estado diante dos demais. Já o termo 'competência' consiste na divisão interna de trabalho entre os órgãos judiciais e pressupõe a existência de jurisdição"* (RAMOS, 2023, p. 95).

Para se referir à análise da jurisdição competente para processar e julgar determinada demanda esse artigo utilizará o termo "conflito de jurisdição", assim como adotado por Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio (2019).

Em linhas gerais, no Brasil, as fontes de direito aplicáveis para solucionar os conflitos de jurisdição são: (i) o Código de Processo Civil ("CPC"); e (ii) a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ("LINDB").

Os artigos 21 a 25 do CPC dispõe sobre *"os limites da jurisdição nacional"*. Especificamente os arts. 21¹⁵⁵ e 22¹⁵⁶ do CPC determinam que *"compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações"* em que (i) o réu estiver domiciliado no Brasil; (ii) o Brasil seja o local da obrigação a ser cumprida; (iii) o fato ou ato tenha ocorrido no Brasil; (iv) o credo tiver domicílio ou residência no Brasil; ou (v) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

¹⁵⁴ Por exemplo, os autores estrangeiros Bartin e Machado Villela. No Brasil, Valladolid, Agostinho Fernandes Dias da Silva e Irineu Strenger utilizam o termo "competência internacional".

¹⁵⁵ Art. 21. "Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: I - o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal".

¹⁵⁶ Art. 22. "Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I - de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional."

Ainda, o art. 12 da LINDB também prevê que "*é competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação*". A aplicação das hipóteses previstas no art. 21, II do CPC e art. 12 da LINDB justificam-se pelo vínculo com o objeto da obrigação (RAMOS, 2023). Trata-se da aplicação de um princípio muito utilizado em DIPr, qual seja, o princípio da proximidade. Neste caso, a jurisdição aplicável (e, como se verá, a lei a ser aplicada) deve ser "*a mais próxima à relação jurídica, à situação, às partes interessadas*" (RAMOS, 2023).

Nesse sentido:

Os negócios internacionais aproximam os povos, contribuem para o seu recíproco conhecimento, criando condições para o entendimento e a promoção da paz. (...) O conceito principal, central para inspirar este *rapprochement* é definitivamente o princípio da proximidade. E assim, podemos concluir que o princípio da proximidade é o grande condutor do direito privado para um mundo melhor, um mundo em que os povos estenderão a mão, uns para os outros, em que juristas de diferentes nações compararão seus diferentes sistemas jurídicos, e as regras específicas neles estabelecidos para cada situação, escolherão e aplicarão a lei apropriada, não com um visão paroquial, chauvinista, mas com suas mentes voltadas para o princípio da adequação, justiça e equidade para as partes, valores que são, fundamentalmente, a expressão básica do princípio da proximidade. (DOLINGER, 2007, p. 549).

Contudo, no contexto atual o princípio da proximidade não tem se mostrado suficiente para solucionar os intrincados casos em que as relações jurídicas entre indivíduos, empresas, organizações e estados "*tendem a suscitar questões que escapam às noções formais de soberania e território*" (ANTUNES, 2017), como são as disputas oriundas da internet.

A regra prevista no art. 21, III do CPC, alinhada com a teoria mista na fixação da jurisdição¹⁵⁷, também parece ser bastar para resolver satisfatoriamente os conflitos de jurisdição oriundos de casos ocorridos na internet. Exatamente por essa razão, a jurisprudência atual tem permitido a aplicação do art. 21, III do CPC para atrair à jurisdição brasileira em ações envolvendo danos transacionais causados por meio da internet. Conforme esclarece André Ramos (RAMOS, 2023, p. 106):

No caso do ato ilícito ter sido praticado por provedor no Brasil, é fixada a jurisdição nacional; o mesmo ocorre no caso de o ato ilícito ter sido praticado no exterior, mas o fato (evento danoso) ter ocorrido no Brasil, por meio da disponibilização de conteúdo aos usuários da internet no país. Em ambas as situações, fica determinada a jurisdição internacional cível brasileira, com base no art. 21, III, do CPC de 2015.

Obviamente, a jurisdição brasileira nesta hipótese é concorrente, sendo razoável pressupor que, graças à irradiação da internet, o dano provocado será percebido em vários países. Novamente, incide aqui a teoria dos efeitos para a definição da jurisdição sobre as condutas no espaço virtual.

Nessa linha, há importante precedente do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 1.168.547/RJ), no qual foi fixada a jurisdição brasileira em relação à violação a direito de imagem pela inserção de fotos, sem autorização, em site espanhol. O Min. Relator, Luis Felipe Salomão, decidiu que os indivíduos afetados pelas informações contidas em sites ou por relações mantidas no ambiente virtual da internet possuem o direito de acesso à justiça para combater violações a direitos, sendo definida a jurisdição

¹⁵⁷ "Pela teoria da conduta (ou da causa), o vínculo jurisdicional seria a conduta: caso realizada no Estado, este teria jurisdição. Pela teoria dos efeitos, não importa o local da conduta originadora do dano: basta que o dano (efeito) tenha ocorrido no Estado para que este tenha jurisdição. Pela fórmula ampla do art. 21, III, na hipótese de a conduta se realizar no Brasil ('ato praticado', que pode ser comissivo ou omissivo), fixa-se a jurisdição brasileira e o autor da conduta poderá ser aqui processado ou aqui processar. No entanto, mesmo que a decisão (conduta) para a prática de determinado ato comissivo ou omissivo tenha ocorrido fora do Brasil, mas que tenha sido gerado dano no Brasil, o autor da conduta responderá perante a jurisdição brasileira". (RAMOS, 2023, p. 6).

brasileira porque aqui ocorreu o dano (pelo acesso ao site espanhol). O voto apontou a prevalência do valor da efetividade dos direitos, sustentando que "(...) Não sendo assim, poder-se-ia colher a sensação incômoda de que a internet é um refúgio, uma zona franca, por meio da qual tudo seria permitido sem que daqueles atos adviessem responsabilidades".

A posição do Superior Tribunal de Justiça é paradigmática, pois revela o desconforto do Estado diante da porosidade das fronteiras trazida pela internet. A reação, vista no precedente do Recurso Especial n. 1.168.547/RJ, consistiu em aplicar, à internet, o disposto no antigo art. 88, III, do CPC de 1973 (a decisão é anterior ao novo CPC de 2015), cuja redação foi minimamente alterada pelo art. 21, III, como já visto. Assim, nas lides que possuam, como causa de pedir, condutas no ambiente virtual da internet, o dano ocorre em qualquer lugar do acesso ao site, redes sociais ou equivalentes ("fato ocorrido ou ato praticado no Brasil") e, assim obviamente o Brasil terá jurisdição para o caso.

Esse entendimento evita a denegação de justiça daqueles que foram vítimas de danos transnacionais pela internet, que dificilmente poderiam processar o infrator no foro do domicílio dele. (g.n).

A insuficiência dos dispositivos existentes para solucionar os conflitos de jurisdição decorre justamente do contexto em que ocorrem as relações e os fatos na internet. Em um ambiente marcado pela descentralização, desintegração das fronteiras geográficas, rapidez na difusão das informações e dificuldade de identificação do usuário / emissor (CASTELLS, 2003), como seria possível, por exemplo, definir o local de ocorrência de determinado fato que, na realidade, ocorreu na internet (por exemplo, uma postagem em uma rede social ou uma compra online)?

Ou, ainda pior, determinar se uma obrigação cumprida em um ambiente virtual pode ser considerada cumprida no território brasileiro? Conforme

exemplificado por Laila Damascena Antunes *et al* (2017, p. 6):

Um provedor de aplicação, como uma rede de relacionamento social, pode ter sua sede ou estabelecimento comercial na Califórnia, armazenar arquivos em *data centers* na Finlândia e contar com uma base de usuários em todo o mundo. Todavia, caso um usuário brasileiro, por exemplo, sinta-se prejudicado por atos praticados ou ocorridos dentro dessa rede social, poderá ele recorrer aos tribunais de seu país para ajuizar uma ação de reparação de danos? Terá que recorrer ao poder judiciário do país onde está sediada a empresa provedora/ofertante da aplicação da rede social? Ou ainda aos tribunais do país em que estão os *datas centers*? Definir a jurisdição competente para resolver litígios na internet representa um dos principais desafios para estudiosos de uma área de interface entre o Direito Internacional Privado e o Direito de Internet.

Ainda, segundo Darrel C. Menthe (1998, p. 71):

Unlike traditional jurisdictional problems that might involve two, three, or more conflicting jurisdictions, the set of laws which could apply to a simple homespun webpage is all of them. Jurisdiction in cyberspace requires clear principles rooted in international law. Only through these principles can courts in all nations be persuaded to adopt uniform solutions to questions of Internet jurisdiction.

Não há uma solução simples e única para os inúmeros desafios apresentados. Contudo, uma das opções que tem se mostrado frutífera (também aplicável, como se verá, para questões envolvendo conflitos de lei) é a edição de legislações específicas voltadas para temas sensíveis de interesse público, como crimes cibernéticos, proteção à privacidade, intimidade e de dados, autorizando a competência local.

Outra possível solução é a inclusão de cláusula de eleição de foro estrangeiro nos contratos. A esse respeito, vale mencionar o art. 25 do CPC, o qual determina que "*não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento*

e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação".

O artigo, introduzido no CPC de 2015, privilegia a autonomia da vontade das partes e também está em linha com o princípio do *pacta sunt servanda* e a liberdade negocial, prevista nos arts. 421¹⁵⁸ e 421-A, caput¹⁵⁹ do Código Civil e, mais recentemente, resguardada pelo o art. 3º, VIII¹⁶⁰ da Lei nº 13.874/2019 ("Lei da Liberdade Econômica").

O art. 25 do CPC ainda introduziu maior segurança jurídica na celebração de negócios envolvendo diversas jurisdições e/ou partes estrangeiras (ANTUNES, 2017), comuns, por exemplo, no comércio eletrônico ou na prestação de serviços de aplicativos presentes no mundo todo.

São diversos os precedentes que reconhecem a validade desse tipo de cláusula que possuem o condão de afastar a jurisdição brasileira¹⁶¹. Ressalte-se, contudo, que a jurisprudência anterior ao CPC de 2015 entendia que a cláusula de foro estrangeira não afastava a competência do Poder Judiciário brasileiro¹⁶².

¹⁵⁸ Art. 421. "A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato".

¹⁵⁹ Art. 421-A. Caput. "Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais (...)".

¹⁶⁰ Art. 3º. "São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País (...) VII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública".

¹⁶¹ Nesse sentido: "AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 211/STJ. CONTRATO INTERNACIONAL. COMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO. VALIDADE. ART. 25 DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO." (STJ, AgInt no AREsp nº 1341280, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Dj. em 21.08.2023).

¹⁶² Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZATÓRIA - CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO EMPRESARIAL FIRMADO ENTRE UMA EMPRESA BRASILEIRA (REPRESENTANTE) E UMA ITALIANA (REPRESENTADA). FORO DE ELEIÇÃO - INDICAÇÃO DA JUSTIÇA ITALIANA PARA DIRIMIR QUALQUER CONTROVÉRSIA INERENTE AO CONTRATO - COMPETÊNCIA INTERNACIONAL CONCORRENTE - SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO FUNDADA NA AUSÊNCIA DE JURISDIÇÃO BRASILEIRA - ANULAÇÃO - DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE. 1. Para a jurisprudência do STJ, a cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira. Precedentes: RO 114/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Dje de 25/06/2015; EDcl nos EDcl no REsp 1159796/PE, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje de 25/03/2011; REsp 1.168.547/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 07/02/2011. 2. A incidência da Súmula 83/STJ não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos reclamos fundados na alínea "a", uma vez que o termo "divergência", a que se refere a citada súmula, relaciona-se com a interpretação de norma infraconstitucional. 3. Agravo regimental desprovido." (STJ, Quarta Turma, AgRg no AREsp nº 679.421/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, Dj em 17.03.2016).

II.2 Arbitragem, relações de consumo e contratos de adesão

Uma opção para evitar que eventual conflito não seja, de fato, julgado pelo judiciário brasileiro é a inserção de cláusula arbitral. Não é por outra razão que empresas de tecnologia, como o aplicativo de relacionamento *Grindr*¹⁶³ e a rede social *Pinterest*¹⁶⁴, optaram por prever em seus termos gerais de contratação que eventuais disputas serão solucionadas por arbitragem.

Há, contudo, dois riscos, se o contrato for considerado de consumo e se for considerado de adesão.

Quanto a relações de consumo, o art. 51 do CDC reputa nula cláusula que determine a utilização compulsória de arbitragem:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem; (...) XVII - condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário.

No tocante a contratos de adesão, a Lei de Arbitragem impõe, para a eficácia de convenção arbitral, que o aderente tome a iniciativa ou concorde, por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula:

Art. 4o, § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

À luz desses dois dispositivos legais, a jurisprudência está consolidando o entendimento de ser ineficaz a cláusula compromissória em contrato de consumo, salvo se o consumidor com ela concordar, quando surge o litígio.

A Ministra Nancy Andrighi, em voto didático, distinguiu três situações: (i) cláusula compromissória em situações ordinárias, em que seria válida e eficaz; (ii)

¹⁶³ Disponível em <<https://www.grindr.com/terms-of-service/>>. Acesso em: 22.06.2023.

¹⁶⁴ Disponível em <<https://policy.pinterest.com/en/section-12-governing-law-and-jurisdiction>>. Acesso em: 26.06.2023.

cláusula compromissória em contratos de adesão que não sejam de consumo (por exemplo, em contrato de adesão entre duas grandes empresas, como o de resseguro padronizado), o que demandaria que o aderente anuísse com a arbitragem, pela assinatura de contrato com a cláusula em instrumento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especial para esse dispositivo, de acordo com art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem (como já comentado acima); e (iii) cláusula compromissória em relação de consumo, que seria nula por conta do art. 51 do CDC, salvo se o consumidor concordar em participar do procedimento arbitral. Confira-se:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ADESÃO. 1. Ação ajuizada em 05/03/2012. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/09/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se é válida cláusula compromissória arbitral inserida em contrato de adesão, notadamente quando há relação de consumo, qual seja, a compra e venda de imóvel residencial. 3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial. 4. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96. 5. O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração

do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. 6. Na hipótese sob julgamento, a atitude da recorrente (consumidora) de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ, REsp nº 1628819, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dj. em 27.02.2018).

Em sentido semelhante, cumpre transcrever decisão esclarecedora do Min. Luis Felipe Salomão:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS DETERMINADAS EXCEÇÕES. 1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti. 2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A mens legis é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral. 3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que

não poderá ocorrer de forma impositiva. 4. Com a mesma ratio, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes. 5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição, não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. 6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo polícitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória. 7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso. 8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação

pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral. 9. Recurso especial provido. (STJ, REsp nº 1189050/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 14/03/2016).

Neste artigo, adotaremos a posição do Min. Luis Felipe Salomão, uma vez que os dispositivos do CDC e da Lei de Arbitragem disciplinam situações distintas e, portanto, a regra do CDC aplica-se para cláusulas compromissórias em relação de consumo. Mas essa regra deve ser interpretada *cum grano salis*, pois a proibição do CDC aplica-se para cláusulas abusivas. E a redação legal refere-se a "determinem a utilização compulsória de arbitragem", *fattispecie* mais restrita do que uma vedação absoluta.

Dessa forma, é possível sustentar que a cláusula compromissória pode ser válida e eficaz no tocante a relações de consumo, se (i) verificar-se o cumprimento dos requisitos do art. 4º, § 2º (quando se tratar de contrato de adesão); (ii) o consumidor ter realmente concordado com a cláusula compromissória (ausência de arbitragem compulsória); e (iii) o consumidor não sofrer dano com tal escolha (ausência de abusividade).

Ao se perquirir a existência de dano ou não ao consumidor na escolha do foro arbitral, deve-se atentar, principalmente, para dois elementos: (i) custo-benefício, considerando, em regra, o baixo custo de litígios judiciais envolvendo direito consumerista; e (ii) os árbitros e eventual instituição administradora devem ser tão independentes e imparciais quanto seria o Poder Judiciário.

Não se vislumbra, por exemplo, empecilho para uma empresa que seja grande litigante organizar um sistema de resolução de conflitos envolvendo

arbitragem, arcando com os custos correspondentes, desde que se garanta absoluta independência e imparcialidade dos árbitros e administradores dos casos.

Uma possibilidade de baixo custo e eficiente é a resolução de litígios através de plataformas online, conhecidas como *online dispute resolution* (ODR). Tal medida, inclusive, pode ser mais vantajosa para o consumidor e para a empresa, já que promove e facilita eventual conciliação e diminui a litigiosidade. Nas palavras de Colin Rule (2002), o ODR combina eficiência da solução alternativa de conflitos com a internet.

Inclusive, a questão da necessidade da vantajosidade é especialmente relevante em relações intermediadas pela *internet*. Confira-se nesse sentido trecho do artigo publicado no blog do *Institute for Research on Internet and Society*:

At first sight, the 'I read and accepted' declaration made by users in Terms of Use and contracts signed through the Internet symbolize their autonomy of will and state that they accept all contractual terms, including the forum-selection clause. In that direction, the Brazilian New Code of Civil Procedure's article 25 ascertains that the Brazilian judicial authority is not competent to decide on lawsuits brought before it concerning an international contract that contains an exclusive foreign.

However, the analysis of the issue in light of Brazilian substantive law allows conclusion to the contrary. Among the legal requirements under Brazilian law for the validity of a legal transaction is the statement of intent, which must be held in a free and conscious way, without the occurrence of any defect of consent. Once the consumer or user is unable to negotiate unfavourable terms, there is no effective manifestation of will.

The use of difficult to understand legalese often used in the drafting of contracts and Terms of Use also violates national law. The Consumer Protection Code, article 6, III, addresses the necessity of providing consumers with clear and accurate

information about products and services. Moreover, a different provision of the Code defines as “abusive” any clause that restricts any fundamental rights or obligations inherent to the nature of the contract, in such a way as to threaten its object or contractual balance. Although it does not address the Terms of Use issue specifically, The Brazilian Civil Rights Framework for the Internet (Federal Law 12.965/14) provides, in its Article 7, the right of users to clear, complete and detailed information. In this sense, it is possible to conclude that the forum-selection clause may be voided if it results in imbalance between the contracting parties, such as Twitter’s clause does, for example. The same is possible if a defect of consent is found in the declaration of will and when the user or consumer is not able to understand to what he or she consented because of obscurity. (RESENDE; SANTOS e MIRANDA, 2016).

Há contratos celebrados na internet que são padrão, mas não são de consumo. Considerando que a maioria dos contratos nos casos de serviços ou produtos disponibilizados na internet são simples termos de uso e, evidentemente, não são físicos, ficaria difícil comprovar que houve assinatura ou visto específico para a cláusula arbitral. Dessa forma, as empresas têm optado por incluir um botão "opt-in", ou seja, uma caixa em que o consumidor clica declarando que "leu e aceitou" que eventuais disputas serão resolvidas por arbitragem (CARNEIRO, 2020).

Vale ressaltar, por fim, a previsão específica do art. 8º da Lei n. 12.965/2004 ("Marco Civil da Internet") que limita a possibilidade de inclusão de cláusula de eleição de foro estrangeiro em contratos de adesão:

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

(...)

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil. (g.n).

Por conseguinte, a sede de arbitragem em contratos de adesão para serviços prestados no Brasil por meio da internet não poderá estar localizada fora do Brasil.

III. Conflitos de lei

III.1 Possibilidade de escolha de lei

A resolução dos conflitos de leis no espaço representa tarefa essencial a ser resolvida pelo DIPr. Contudo, em casos envolvendo o ambiente digital, ao analisar o caso concreto para determinar o direito aplicável, o legislador enfrentará dificuldades semelhantes às aquelas enfrentadas para a definição da jurisdição aplicável.

Em regra geral, as fontes de direito disponíveis para a resolução dos conflitos de lei são: (i) a LINDB, em especial os arts. 7 a 19; (ii) os tratados internacionais; (iii) a jurisprudência; (iv) a doutrina; e (v) o direito costumeiro (RECHSTEINER, 2022).

São diversas as regras de conexão previstas nas referidas fontes de direito, apenas para citar alguns exemplos, tem-se: *locus regit actum* (lei do realização do ato jurídico, entendida como a regra geral); *lex rei sitae* (lei do local do imóvel ou em que se situar a coisa); *lex domicilii* (lei do domicílio da pessoa); *lex patriae* (lei da nacionalidade da pessoa, para o estatuto pessoal), *lex loci solutionis* (lei do local onde a obrigação principal do contrato deve ser cumprida), *lex voluntatis* (possibilita que as partes escolham a lei a ser aplicada, relativamente às obrigações contratuais), *lex loci delicti* (lei do local em que o ilícito foi cometido), *lex loci celebrationis* (lei do local da celebração do contrato) (RECHSTEINER, 2022).

Em que pese a multiplicidade de regras, entretanto, segundo Beat Walter Rechsteiner (2022) há certo consenso entre doutrinadores de que a LINDB não basta para satisfazer as exigências crescentes da globalização e internacionalização.

A necessidade de atualização da LINDB se tornou ainda mais premente com o avanço da internet. A insuficiência dos dispositivos diante das exigências

do mundo em rede fica clara, por exemplo, no cotejo entre o 9º; §§ 1º¹⁶⁵ e 2º¹⁶⁶ da LINDB e situações envolvendo comércio eletrônico ou de prestação de serviços em plataformas digitais (RECHSTEINER, 2022).

Assim como o art. 25 do CPC permite que as partes celebrem cláusula de eleição de foro, entende-se que também é possível a eleição pelas partes da lei aplicável ao conflito, desde que a lei escolhida não contenha disposições que violem a ordem pública, nos termos do art. 17 da LINDB (MAZZUOLI, 2021).

A doutrina, entretanto, diverge sobre o assunto: parte reconhece a primazia da vontade das partes e a liberdade para estipular o direito material aplicável, enquanto outra parcela, entende que não seria possível a aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro. Confira-se trechos das doutrinas que defendem a primeira hipótese:

Quanto à aplicação do direito interno, não há dúvida de que o juiz o aplique de ofício. No entanto, é assunto controvertido na doutrina como o juiz deve aplicar o direito estrangeiro no processo.

Existem, basicamente, três tendências gerais nos diferentes sistemas jurídicos nacionais. Conforme a primeira, cumpre ao juiz aplicar o direito estrangeiro de ofício. A adoção desse princípio, entretanto, não significa que o juiz não possa exigir das partes a colaboração na pesquisa do direito estrangeiro, sendo-lhe facultado determinar diligências para apuração do teor, da vigência e da interpretação de tal direito.

Para a corrente oposta àquela que admite a aplicação do direito estrangeiro pelo juiz ex officio, cabe unicamente às partes do processo alegar e provar o direito estrangeiro. Nesse sentido, não incumbe ao juiz tomar a iniciativa.

¹⁶⁵ Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

¹⁶⁶ Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

Outros países não seguem qualquer dos dois princípios in extremis. Deixam, de início, a critério do juiz decidir em que medida deve atuar por iniciativa própria, para que seja aplicado o direito estrangeiro ao processo. Mas também, dentro desse âmbito, detectam-se diferenças entre os ordenamentos jurídicos nacionais (RECHSTEINER, 2022, p. 247).

Em regra, as partes escolhem o direito aplicável, por ocasião da celebração do contrato ou de um outro negócio jurídico, perante o qual o direito internacional privado da *lex fori* admite a autonomia da vontade. [...] Quando a própria lei estabelece limites à autonomia da vontade das partes, estas tão somente podem escolher o direito aplicável em consonância com a lei. Uma escolha do direito aplicável que não respeite os limites da lei é juridicamente ineficaz [...]. Quando a lei não estabelecer restrições expressas, entendemos que as partes poderão escolher qualquer ordem jurídica como direito aplicável, tendo em vista que todos os direitos são equivalentes. As regras gerais do direito internacional privado aplicam-se sempre aos casos perante os quais o direito aplicável é aquele decorrente da autonomia da vontade das partes (RECHSTEINER, 2019, p. 183).

Na mesma linha, a escolha de lei e foro pelas partes não depende necessariamente da caracterização do contrato como internacional, mas, quando muito, da existência de contato entre o direito escolhido e a relação. (...) Quanto à possibilidade de escolha de lei aplicável, esta foi expressamente prevista na Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (art. 7º); na Convenção de Roma sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (art. 3º); na Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável à Compra e Venda de Mercadoria (art. 7º); e nos Princípios da Haia sobre Escolha da Lei em Contratos Comerciais Internacionais (art. 2º). A aceitação da liberdade das partes para escolher a lei aplicável a seus contratos ensejou, já em 1977, a afirmação do professor René- Jean Dupuy no sentido de que

'todos os sistemas jurídicos, sejam quais forem, adotam o princípio da autonomia da vontade aos contratos internacionais'. (...) Ao exercer tal prerrogativa, o conteúdo das normas de direito frequentemente será o critério utilizado pelas partes para escolher a lei aplicável à sua relação, ainda que não possua nenhum contato com qualquer dos países envolvidos no negócio (DOLINGER e TIBURCIO, 2019, p. 659).

A escolha expressa não oferece maiores dificuldades quanto à intenção das partes. Tendo estas manifestado inequivocamente seu desejo de submeter-se a determinada legislação, só o obstáculo da ordem pública, o controle, pelo juiz, do caráter internacional do contrato ou a ocorrência de fraude podem impedir a eficácia dessa escolha (BAPTISTA, 1994. p. 47).

Inclusive, há precedentes no mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 165, 458 e 535, I e II, DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. ART. 95, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CF/1988. QUARENTENA IMPOSTA AO EX-MAGISTRADO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. RESTRIÇÃO QUE NÃO ATINGE OS DEMAIS ADVOGADOS DO ESCRITÓRIO. ADPF N. 430/STF. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ BRASILEIRO. POSSIBILIDADE. EQUIPARAÇÃO DA LEI ESTRANGEIRA, APLICADA NO BRASIL, À LEGISLAÇÃO FEDERAL, PARA EFEITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO CONTRATUAL ARGENTINO. OBRIGAÇÃO CONDICIONAL. ARTS. 537 E 538 DO CC ARGENTINO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA FRAUDE. IMPEDIMENTO DOLOSO DA REALIZAÇÃO DA CONDIÇÃO QUE A CONSIDERA REALIZADA. (...) No caso dos autos, a ora recorrente, desde os embargos de declaração opostos ao julgamento da apelação, assevera que a cláusula 16.6 do Acordo de Acionistas previu a aplicação da lei argentina para reger o acordo e todos os eventuais conflitos dele decorrentes e, por essa razão, "as partes deduziram

seus pedidos e desenvolveram todos os seus argumentos pautados nas disposições de leis vigentes no ordenamento jurídico argentino e, ainda, com respaldo nos princípios gerais de "Direito Internacional Privado" (...) É certo que a elaboração e aplicação do direito de um país são atributos reconhecidamente da soberania estatal. Haverá, no entanto, hipóteses em que a expressão daquela mesma soberania se dará por meio da concessão, pelo ordenamento, da incidência do direito estrangeiro para solução das demandas. Nesses casos, o Estado, no exercício de sua soberania, elege situações que determinarão a incidência de um Direito que não o seu próprio. Com efeito, a doutrina de direito internacional privado é uníssona em afirmar a possibilidade da designação da lei de um país estrangeiro para reger determinada situação jurídica objeto de processo que se desenvolverá no Brasil. (STJ, REsp nº 1729549, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dj. em 09.03.2021).

Direito estrangeiro. Prova. Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas do Direito Internacional Privado, caberá ao Juiz fazê-lo, ainda de ofício. Não se poderá, entretanto, carregar à parte o ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado. Não sendo viável produzir-se essa prova, como não pode o litígio ficar sem solução, o Juiz aplicará o direito nacional. (...) Sem que houvesse alegação das partes, a propósito da incidência do direito estrangeiro, determinou o juiz trouxesse o autor "a prova de todo o direito americano legal pertinente aos instrumentos objeto da cobrança, fazendo-o em prazo de sessenta dias " Não há dúvida alguma de que, em certas circunstâncias, a Justiça brasileira haverá de aplicar o direito estrangeiro. Isso resulta de normas de Direito Internacional Privado que, apesar do nome são de direito interno. Caso deixasse de fazê-lo, estaria negando aplicação a tais normas, integrantes do ordenamento nacional. E se assim é, incide também aqui a regra de que o juiz aplica de ofício o direito. Não carece, pois, de provocação das partes para verificar se o caso há de ser regido por

alguma disposição de direito estrangeiro. Não tendo o julgador conhecimento do teor daquele direito, deverá determinar as diligências necessárias a que isso se esclareça. (STJ, REsp nº 254544, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Dj em 18.05.2000).

Como mencionado, há uma segunda linha doutrinária que defende não ser possível escolha da lei aplicável ao conflito. Nesse sentido:

A verdade inegável é que a teoria da autonomia da vontade nasceu a propósito dos contratos e até o momento atual é o âmbito onde ela se aloja. O sistema de *Niboyet*, por exemplo, focaliza a questão buscando analisar os contratos numa classificação tipológica, propondo soluções de acordo com o direito mais próximo ou mais compatível com a sua natureza, e nega que a autonomia da vontade como poder de escolha por si mesma da lei competente possa existir ou será teoricamente defendida; sustentando a tese, faz incisiva afirmação: "Não existe teoria da autonomia da vontade, porque a autonomia da vontade não existe, porquanto se faz confusão entre duas concepções em matéria de contratos" (STRENGER, 1996).

Observa Haroldo Valladão, no que foi secundado por Oscar Tenório, que a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, premida, de um lado, pela crítica surgida contra o critério a liberdade de escolha e, de outro, pela natureza férrea do regime político da época, não se referiu à autonomia da vontade em tema de obrigações (art. 9º), fazendo intencional omissão expressa "salvo estipulação em contrário", encontrada no art. 13 da antiga Introdução. Chega-se, assim, à inarredável conclusão de que, perante o Direito Internacional Privado brasileiro, em face da meridiana *mens legis*, produto de momento histórico de fácil interpretação, a autonomia da vontade não pode ser reconhecida como elemento de conexão contratual. (...) Em resumo, o Direito Internacional Privado vigente não acolhe a autonomia da vontade

como elemento de conexão em tema de competência legislativa relativa a contratos, podendo as partes contratantes, tão-somente, exercer sua liberdade contratual no âmbito das regras supletivas da lei aplicável imperativamente, determinada pela *lex loci contractus* (FRANCESCHINI, 2002).

Confira-se também precedentes no mesmo sentido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR. 1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos. 2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas. 3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto-regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente. 4. A questão principal relaciona-se à possibilidade de pessoa física, com domicílio no Brasil, invocar a jurisdição brasileira, em caso envolvendo contrato de prestação de serviço contendo cláusula de foro na Espanha. A autora, percebendo que sua imagem está sendo utilizada indevidamente

por intermédio de sítio eletrônico veiculado no exterior, mas acessível pela rede mundial de computadores, ajuíza ação pleiteando ressarcimento por danos material e moral.⁵ Os artigos 100, inciso IV, alíneas "b" e "c" c/c art. 12, incisos VII e VIII, ambos do CPC, devem receber interpretação extensiva, pois quando a legislação menciona a perspectiva de citação de pessoa jurídica estabelecida por meio de agência, filial ou sucursal, está se referindo à existência de estabelecimento de pessoa jurídica estrangeira no Brasil, qualquer que seja o nome e a situação jurídica desse estabelecimento.

6. Aplica-se a teoria da aparência para reconhecer a validade de citação via postal com "aviso de recebimento-AR", efetivada no endereço do estabelecimento e recebida por pessoa que, ainda que sem poderes expressos, assina o documento sem fazer qualquer objeção imediata. Precedentes.

7. O exercício da jurisdição, função estatal que busca composição de conflitos de interesse, deve observar certos princípios, decorrentes da própria organização do Estado moderno, que se constituem em elementos essenciais para a concretude do exercício jurisdicional, sendo que dentre eles avultam: inevitabilidade, investidura, indelegabilidade, inércia, unicidade, inafastabilidade e aderência. No tocante ao princípio da aderência, especificamente, este pressupõe que, para que a jurisdição seja exercida, deve haver correlação com um território. Assim, para as lesões a direitos ocorridos no âmbito do território brasileiro, em linha de princípio, a autoridade judiciária nacional detém competência para processar e julgar o litígio.

8. O Art. 88 do CPC, mitigando o princípio da aderência, cuida das hipóteses de jurisdição concorrente (cumulativa), sendo que a jurisdição do Poder Judiciário Brasileiro não exclui a de outro Estado, competente a justiça brasileira apenas por razões de viabilidade e efetividade da prestação jurisdicional, estas corroboradas pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, que imprime ao Estado a obrigação de solucionar as lides que lhe são apresentadas, com vistas à consecução da paz social.

9. A comunicação global via computadores pulverizou as fronteiras territoriais e criou um novo

mecanismo de comunicação humana, porém não subverteu a possibilidade e a credibilidade da aplicação da lei baseada nas fronteiras geográficas, motivo pelo qual a inexistência de legislação internacional que regulamente a jurisdição no ciberespaço abre a possibilidade de admissão da jurisdição do domicílio dos usuários da internet para a análise e processamento de demandas envolvendo eventuais condutas indevidas realizadas no espaço virtual. 10. Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem. 11. É reiterado o entendimento da preponderância da regra específica do art. 100, inciso V, alínea "a", do CPC sobre as normas genéricas dos arts. 94 e 100, inciso IV, alínea "a" do CPC, permitindo que a ação indenizatória por danos morais e materiais seja promovida no foro do local onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a ré seja pessoa jurídica, com sede em outro lugar, pois é na localidade em que reside e trabalha a pessoa prejudicada que o evento negativo terá maior repercussão. Precedentes. 12. A cláusula de eleição de foro existente em contrato de prestação de serviços no exterior, portanto, não afasta a jurisdição brasileira. 13. Ademais, a imputação de utilização indevida da imagem da autora é um "posterius" em relação ao contato de prestação de serviço, ou seja, o direito de resguardo à imagem e à intimidade é autônomo em relação ao pacto firmado, não sendo dele decorrente. A ação de indenização movida pela autora não é baseada, portanto, no contrato em si, mas em fotografias e imagens utilizadas pela ré, sem seu consentimento, razão pela qual não há se falar em foro de eleição contratual. 14. Quando a alegada atividade ilícita tiver sido praticada pela internet, independentemente de foro previsto no contrato de prestação de serviço, ainda que no exterior, é competente a autoridade judiciária brasileira caso acionada para dirimir o conflito, pois aqui tem domicílio a autora e é o local onde houve

acesso ao sítio eletrônico onde a informação foi veiculada, interpretando-se como ato praticado no Brasil, aplicando-se à hipótese o disposto no artigo 88, III, do CPC. 15. Recurso especial a que se nega provimento (STJ, REsp nº 1168547, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dj em 11.05.2010).

Vale ressaltar que existe uma variação mais mitigada dessa corrente, que vislumbra a possibilidade de livre escolha do direito pelas partes, mas apenas quando autorizada pela lei do local de celebração do contrato, e ainda assim como norma supletiva, não se aplicando a matérias sujeitas a normas imperativas. Nesse sentido:

(...) Mas ao não estabelecer expressamente a teoria da autonomia da vontade, o art. 9º não proíbe sua aplicação. Se o princípio fundamental é o da lei do país em que se constituírem as obrigações, não há dúvida que a autonomia da vontade rege as obrigações se for ela admitida pela lei competente. (...) Os limites da autonomia da vontade são traçados pela lei onde se constitui a obrigação. Se a lei competente oferecer às partes liberdade na estipulação das cláusulas, nenhuma vedação deve ocorrer a propósito, a não ser as determinadas, dentro das disposições da ordem pública internacional pela lei do lugar da execução do contrato (TENORIO, 1955).

Especificamente sobre contratos celebrados pela internet, Rui Stocco entende ser aplicável a lei do local de residência do proponente, nos termos do art. 9º; § 2º da LINDB, sendo o local de residência aquele da sede física do proprietário do site ou em que estiver instalado o computador que dá suporte ao site (STOCO, 2004). Em tais casos, entende-se ainda que bastaria a existência de qualquer filial, agência ou sucursal no Brasil para a configuração de residência brasileira (art. 21, § único do CPC).

III.2 CDC e outras normas cogentes

Ainda em relação às causas de limitação para a aplicação do direito estrangeiro, parte da jurisprudência afasta a aplicação da lei alienígena nos casos

envolvendo relação de consumo por entender que, uma vez aplicável o Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e, considerando ser competente a justiça brasileira para julgar a ação, nos termos do art. 22, II do CPC, não se justificaria a aplicação do direito estrangeiro. Nesse sentido:

Civil e consumidor. Ação de rescisão contratual cumulada com pedido de restituição de valores pagos. Sentença de procedência. Pretensão à anulação ou à reforma. Ausência de fundamentação não configurada: decisão que analisou os pedidos e conferiu à lide a solução que entendeu adequada. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Aferição “in statu assertionis”, à luz da causa de pedir deduzida. Questão (existência ou não de responsabilidade da ré) que, portanto, é de mérito. Afastada a pretendida aplicação da lei estrangeira em razão da cláusula de eleição do foro. Solução da causa que deve se dar à luz da proteção do vulnerável. Precedentes do C. STJ. Contrato de prestação do serviço de hospedagem de férias celebrado no exterior. Ré que pertence ao grupo econômico “Meliá Hotels International”. Elementos dos autos indicam que os autores contrataram o serviço disponibilizado pelo grupo econômico, a ser usufruído em quaisquer dos hotéis da rede. Teoria da aparência. Responsabilidade objetiva, nos termos do disposto no art. 14 do CDC. Razões recursais que não impugnamespecificamente os fundamentos da sentença, limitadas a reiteração da contestação. Abusividade da contratação e violação ao dever de informação. Prestadora de serviço que deu causa à rescisão do contrato. Ressarcimento dos valores pagos decorrentes do contrato que se impõe. Precedentes. RECURSO DESPROVIDO (...) Nesse contexto, certamente também não assiste razão à apelante ao defender a aplicação da lei estrangeira, por isso que a competência da autoridade judiciária brasileira, mesmo em se tratando de contrato firmado no exterior, decorre do disposto no parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil. Tem relevo o fato de que a solução da causa deve se dar à luz da proteção ao vulnerável, não tendo, pois, aplicação o disposto no caput do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, como pretende a apelante. Com efeito,

não se discute que os autores são consumidores, por isso que contrataram um serviço como destinatários finais, e que a apelante é fornecedora, ou seja, patente a relação de consumo e, em consequência, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (norma de ordem pública). (TJSP, Ap. nº 10037892720168260358, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mourão Neto, Dj. em 28.01.2019).

Ainda, a lei consumerista prevê obrigações adicionais em relação à coleta de dados e cadastro de consumidores, Teixeira (2020) esclarece que *"pode-se dizer que os consumidores devem ser plenamente esclarecidos sobre informações pessoais captadas pelos cookies, sem perder de vista o direito à informação, previsto no art. 6º do CDC, que precisa ser oferecida de forma clara e adequada"* (TEIXEIRA, 2020, p. 13).

O autor, ainda, afirma o seguinte quanto à relação de consumo entre usuário e aquele que capta dados pessoais:

(...) a partir do momento em que uma pessoa tem seus dados inseridos nesse banco, estará configurada uma relação de consumo, tendo em vista a exposição às práticas de consumo, conforme prevê o CDC (Capítulo V do CDC – práticas da oferta, da publicidade, abusivas, de cobrança, da formação de banco de dados e cadastros de consumidores).

Dessa maneira, a pessoa torna-se consumidora por equiparação, independentemente de ser ou não determinável, de acordo com o disposto no art. 29 do CDC. E, de modo específico, quanto ao organizador e comerciante do banco de dados, este é considerado fornecedor, pois, entre outras coisas, desenvolve atividade econômica, conforme prevê o art. 3º, caput, do CDC. (TEIXEIRA, 2020, p. 13).

Nessa mesma linha, vale mencionar também o art. 11 do Marco Civil da Internet e o art. 3º da Lei n. 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ("LGPD")¹⁶⁷, os quais determinam respectivamente o seguinte:

- Art. 11 do Marco Civil da Internet:

Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações." (g.n).

Art. 3º da LGPD:

- Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de

¹⁶⁷ A lei n. 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, dispõe "sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural". (art. 1º da LGPD).

indivíduos localizados no território nacional; III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. §1º Consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta. (g.n).

Dessa forma, todos os provedores, aplicativos e plataformas que coletem dados pessoais ou de comunicações, nos termos dos referidos artigos, estarão sujeitos à lei brasileira. Conforme leciona André Ramos (2023), a LGPD traz, entretanto, as seguintes cláusulas de exclusão para a aplicação da lei brasileira:

(i) em que a coleta tenha sido realizada por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; (ii) realizado para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos ou acadêmicos (aplicando-se, nesta última hipótese, determinados dispositivos da lei sobre requisitos para o tratamento de dados); e (iii) realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (falta, ainda, a edição de uma "LGPD criminal") (RAMOS, 2023, p. 106).

III.2 Arbitragem

Ainda entendamos ser possível a escolha da lei aplicável em conjunto com a inclusão de cláusula de eleição de foro, considerando a ausência de previsão expressa da lei e a posição conservadora de alguns autores, caso as partes desejem maior segurança jurídica, é recomendável também nesse caso a adoção de cláusula arbitral determinando a lei aplicável ao conflito, dado que a Lei de Arbitragem prevê expressamente em seu art. 2º o seguinte:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A garantia conferida pela arbitragem de que a lei escolhida pelas partes será, de fato, a lei aplicável para resolução do conflito é um dos grandes

diferenciais desse mecanismo de resolução de disputas e *"tem sido concedida como uma decisão primordial na negociação transfronteiriça de contratos, na medida que rege a sua vida do início ao fim"*. Afinal, a lei aplicável é capaz de regular o comportamento das partes, *"atribuindo consequências jurídicas e econômicas a cada passo dado no curso da relação contratual"* (MOSER, 2022). Ainda sobre a relevância da determinação da lei aplicável, ensina GAILARD (2014):

A despeito dos esforços despendidos no plano internacional para concretizar tal harmonização, o realismo obriga a constatar que os direitos da arbitragem e, mais ainda, o estado de espírito das jurisdições nacionais em relação à arbitragem permanecem muito diversos. É precisamente em razão dessas diferenças que a questão da determinação da lei aplicável à arbitragem guarda interesse. Nesse sentido, não se pode concordar com os autores que tendem a minimizar a importância da questão com a ideia de que a modernização das legislações nacionais teria tornado menos necessária a internacionalização da arbitragem para escapar dos arcaísmos do direito nacional ou da hostilidade das jurisdições locais. Isso significaria dizer que só haveria, na matéria, "falsos conflitos", para usar uma expressão referida na doutrina americana de direito internacional privado. A observação da prática traduz, em realidade, que há um duplo movimento, de cunho contraditório, de modernização das legislações e de exacerbação judiciária dos particularismos locais.

Por fim, vale ressaltar que, conforme expresso na Lei de Arbitragem, também será aplicável à vedação à escolha de legislação que ofenda a ordem pública e os bons costumes (CARMONA, 2009).

IV. Conclusão

Os conflitos de leis e jurisdições em negócios jurídicos celebrados no ambiente virtual representam desafio ao DIPri. Como inexistente Estado ou organismo supranacional capaz de controlar a internet, a sua regulação está sujeita à soberania de cada Estado e à eventual cooperação internacional entre os Estados.

Justifica-se a demora na criação de novos mecanismos consensuais entre os Estados, diante da desafiadora conjugação entre a "abstração que define, por senso comum, o que são as redes sociais virtuais ou digitais no campo da tecnologia da informação" (MACEDO, 2023, p. 28) e a soberania nacional.

A dificuldade incrementa-se à luz da natureza transnacional¹⁶⁸ dos litígios e ilícitos oriundos da internet, exigindo que as soluções necessariamente passem pelo fortalecimento e criação de iniciativas internacionais, bem como aumento da cooperação jurídica internacional. Nesse sentido:

Given the diffused, decentralized nature of international law, it is entirely appropriate to urge the recognition of a general principle of law derived from custom, treaty, and existing general principles of international law. No argument about what international law should be is inherently invalid. One simply tries to line up as much authority on one's side, however disperse and contradictory. If the ultimate argument makes sense to supernational courts (including the International Court of Justice and the European Court of Justice) and to powerful or influential national governments, the proposed policy will become policy in fact, and perhaps thence custom and even treaty. It is on this basis that this article proceeds. How each state or court deals with arguments about international law is up to it, and the various treatments are, not surprisingly, always varied and inconsistent. Because of international law's lack of consistent centralized sources, it is a sound methodology to recognize a general principle of law from various sources, including custom, treaty, and the current existing principles of international law (MENTHE, 1998, p. 87).

¹⁶⁸ Nesse sentido, leciona Ricardo Campos: "Que, se autorizaria a chamar uma determinada prática social de direito neste contexto? Especialmente com o advento de novas tecnologias computacionais, estruturas normativas que moldam, influenciam, ou mesmo tempo tornam possível o exercício de direitos (fundamentais), não têm mais sua proveniência jurídica da razão ou do Estado. Pelo contrário, essas novas estruturas normativas tendem a estruturar o campo de ação do indivíduo -e do Estado - com base na modelagem dos próprios meios tecnológicos e no desenho do próprio modelo empresarial de plataformas ou serviços digitais em geral. Os efeitos transfonteiriços fazem parte das operações cotidianas da mídia ou da tecnologia. Um Direito que é epistemologicamente constituído a partir de modelos semânticos estatais encontra sua maior crise existencial no desenvolvimento dessas novas tecnologias e nas transnacionalidade inerentes a elas." (CAMPOS, 2022. p. 40).

Enquanto a cooperação internacional não supre as lacunas os *stakeholders* deverão agir, mediante a estipulação contratuais de jurisdição e legislação aplicáveis que sejam razoáveis e que garantam amplo e econômico acesso à justiça. A esse respeito, a convenção arbitral pode desempenhar papel relevante, se forem criados mecanismos de *online dispute resolution* independentes, imparciais e de baixo custo.

Bibliografia

ANTUNES, Laila Damascena et al. *Jurisdição e conflitos de lei na era digital: quadro político-normativo de regulação na internet*. Instituto de Referência em Internet e Sociedade: Belo Horizonte, 2017. Disponível em <<http://bit.ly/2DUZ2zz>>. Acesso em: 10.06.2023.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOGGIANO, Antonio. *Curso de derecho internacional privado*. 4. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2003.

BRASIL, STJ, AgInt no AREsp nº 1341280, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Dj. em 21.08.2023.

BRASIL, STJ, AgInt no REsp nº 1343290, Quarta Turma., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dj. em 20.08.2019.

BRASIL, STJ, AgRg no AREsp nº 679.421, Quarta Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, Dj em 17.03.2016.

BRASIL, STJ, EREsp nº 1628974, Terceira Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dj em 13.12.2016.

BRASIL, STJ, REsp nº 1168547/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Dj em 11.05.2010.

BRASIL, STJ, REsp nº 1189050, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dj. em 14.03.2016.

BRASIL, STJ, REsp nº 1628819, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dj. em 27.02.2018.

BRASIL, STJ, REsp nº 1729549, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dj. em 09.03.2021.

BRASIL, STJ, REsp nº 254544, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Dj. em 18.05.2000.

BRASIL, STJ, REsp nº 1745657, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dj. 03.11.2020.

BRASIL, TJSP, Ap. nº 10037892720168260358, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mourão Neto, Dj. em 28.01.2019.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor* - Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. *Código de Processo Civil* - Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Lei de Arbitragem* - Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996.

BRASIL. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* - Lei n. 12.376 de 30 de dezembro de 2010.

BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)* - Lei n. 13.853 de 14 de agosto de 2018.

BRASIL. *Marco Civil da Internet* - Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014.

CAMPOS, Ricardo. *Metamorfoses do Direito Global - sobre a interação entre Direito, tempo e tecnologia*. São Paulo: Contra Corrente, 2022.

CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e processo : um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª edição*. Grupo GEN, 2012.

CARNEIRO, Ramon Mariano. Li e Aceito: Violações a Direitos Fundamentais nos Termos de Uso das Plataformas Digitais. In: *Internet&Sociedade*. n. 1, v. 1. Fev /2020. Disponível em<<https://revista.internetlab.org.br/li-e-aceitoviolacoes-a-direitos-fundamentais-nos-termos-de-uso-das-plataformas-digitais/>>. Acessado em: 26.10.2023.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet - Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução: BORGES, Maria Luiza X. de Assis. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CRESPO, Marcelo Xavier de F. *Crimes digitais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DOLINGER, Jacob. Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado - Vol. II. In: *Direito Internacional Privado - Direito Civil Internacional*. São Paulo: Renovar, 2007.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmem. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

FRANCESCHINI, José Inácio. A Lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). In: *Contratos Internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002.

GAILLARD, Emmanuel. *Teoria jurídica da arbitragem internacional*. São Paulo: Grupo GEN, 2014.

GOMES, Eduardo Biacchi; WINTER, Luis Alexandre Carta; MONTENEGRO, Juliana Ferreira. Contratos internacionais e arbitragem: o direito fundamental à liberdade das partes na escolha da lei. In: TEIXEIRA, Tarcisio; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da

C. *Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral*. São Paulo: Editora Manole, 2018.

HUSEK, Carlos Roberto. *Elementos de Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTr, 2023.

LEONARDI, Marcel. *Fundamentos de direito digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MACEDO, Arthur L. S. *Soberania digital: liberdade de expressão, autorregulamentação e notícias falsas*. São Paulo: Editora Manole, 2023.

MARISTELA, Basso B. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Grupo GEN, 2019.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de O. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

MENTHE, Darrel C. *Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces*, 4 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 69 (1998). Disponível em <<http://repository.law.umich.edu/mttlr/vol4/iss1/3>>. Acesso em: 10.06.2023.

MOSER, Gustavo. *Compra e Venda Internacional de Mercadorias: Repensando a Lei Aplicável*. Portugal: Grupo Almedina, 2022.

PROTOCOLO de Las Leñas. Disponível em <<http://cbar.org.br/site/legislacaointernacional/protocolo-de-las-lenas>>. Acesso em: 21 set. 2015.

RAMOS, Andre de C. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2023.

RECHSTEINER, Beat W. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. Editora Saraiva, 2022.

RESENDE, Tatiana Carneiro; SANTOS, Yuri Alexandre; MIRANDA, Vanderléia de Oliveira. *Internet Dispute: Forum-Selection Clause and Denial of Justice in web-signed Contracts*. Institute for Research on Internet and Society. October, 2016. Disponível em <https://irisbh.com.br/en/internet-dispute-forum-selection-clause-and-denial-of-justice-in-web-signed-contracts/>. Acesso em: 20.06.2023.

RULE, Colin. *Online Dispute Resolution for Business; B2B, E-commerce, consumer, employment, insurance, and other commercial conflicts*. San Francisco: Jossey Bass, 2002.

Epa! Vimos que você copiou o texto. Sem problemas, desde que cite o link: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/343809/odr-s-e-conflitos-repetitivos-nas-relacoes-de-consumo>

SILVA, Louise S. H. Thomaz da; SOUTO, Fernanda R.; OLIVEIRA, Karoline F.; et al. *Direito Digital*. Porto Alegre: Grupo A, 2021.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*, 3ª Ed., São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Tarcísio. *Comércio eletrônico e legislação aplicável*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. p. 328-32.

A SUBSTITUIÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL PELOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O PAPEL DO ADVOGADO NESSA MUDANÇA

Larine Laisner Fregonezi¹⁶⁹

RESUMO

O presente artigo busca vislumbrar os métodos alternativos de solução de conflitos como uma forma de “substituição” do processo judicial. É notório que o Judiciário encontra dificuldades em atender a todas as demandas que lhe são apresentadas e, ainda, tem como principais características a morosidade e a inefetividade das decisões. Deste modo, busca-se demonstrar que por meio de métodos autocompositivos é possível encontrar uma solução para a lide, levando em conta que quando as partes participam ativamente da decisão existe uma maior chance de cumprimento voluntário, bem como de não ser necessário utilizar-se do poder de coação do Judiciário para efetivar o direito a ser tutelado. Neste sentido, verifica-se a necessidade de substituir também a cultura da judicialização pela cultura da pacificação, tornando-a um propósito aos jurisdicionados, de modo a influenciar também o comportamento do advogado sobre como poderá auxiliar em dada mudança, incentivando a composição, seja ela judicial ou extrajudicial, como um meio eficiente de solução das lides, criando um novo nicho de trabalho.

Palavras-chave: Métodos alternativos de solução de conflito, Papel do Advogado, Processos judiciais.

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Processual Civil encontram-se inúmeras novidades, principalmente aquelas apresentadas pelo Código de Processo Civil de 2015. Por

¹⁶⁹ Larine Laisner Fregonezi, advogada, formada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2019), pós graduada pela EBRADI em advocacia cível (2022) e cursando pós graduação em mediação e conciliação pelo Centro de Mediadores (2023-atual), entusiasta dos métodos alternativos de solução de conflitos. E-mail: larine.fregonezi@hotmail.com

essa razão, deve-se dedicar tempo e estudos para verificar como se dará o impacto das mudanças e qual será o papel dos aplicadores do Direito nesse novo panorama.

A sociedade brasileira apresenta uma mudança na sua postura jurisdicional, uma vez que a necessidade dos cidadãos é de que o seu problema seja solucionado e não meramente participar de um litígio. Além disso, a morosidade e a dificuldade de evolução nos processos em trâmite no Poder Judiciário são notórias. De tal sorte, necessário se faz considerar métodos alternativos de solução de conflito.

De tal forma, abre-se espaço para a implementação de resoluções que se deem de maneira amigável, fazendo com que o processo se torne rápido e eficaz, sem abrir mão das garantias constitucionais e tutelando os direitos subjetivos. Sendo assim, apresenta-se o problema de pesquisa a ser superado, no sentido de que o advogado seja capaz de não só auxiliar os seus clientes nas demandas judiciais, mas prever e verificar que é possível, em determinados casos, a solução com base em conversas coletivas, demonstrando todas as vantagens bem como as desvantagens que podem ser encontradas no Judiciário.

Por dada razão, os profissionais na advocacia devem atentar-se principalmente para qual será a solução mais adequada ao conflito apresentado, de modo a oferecer a quem o procura efetivamente todas as possibilidades, constituindo um nicho de trabalho ainda pouco explorado na atualidade, o qual possui enorme chance de diminuir o número de processos, desafogando o Judiciário e, ainda, garantindo maior qualidade nas decisões obtidas.

O objetivo do presente artigo é demonstrar que o Direito pode ser alcançado não apenas por meio das decisões judiciais, mas também com a participação ativa das partes, de maneira a encontrar soluções para os conflitos por meio de acordos.

CONCEITUAÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante do contexto exposto, a autocomposição é representada pela conciliação e a mediação, relacionadas à construção de uma nova mentalidade coletiva designada por Kazuo Watanabe de “cultura da pacificação”¹⁷⁰.

¹⁷⁰WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 690.

Humberto Dalla faz interessante reflexão sobre a matéria, *verbis*:

A sociedade deve se conscientizar de que o acesso ao Poder Judiciário deve ser uma espécie de cláusula de reserva, descabendo sua propagação generalizada, ao risco de se incrementar o ambiente de conflituosidade geral que se tornou característica de muitos países, principalmente da *civil law*, convertendo o direito de ação à um perigoso convite à litigância.

Esta tendência se torna mais grave na medida em que o Estado contemporâneo não está, ainda, preparado para identificar e enfrentar as causas do conflito, comprometendo-se a uma verdadeira pacificação.

Some-se a isto o fato de que nosso ordenamento jurídico não está apto a trabalhar com o conceito de conflitos insolúveis, ou seja, que jamais poderão ser resolvidos. Nestes, o máximo que se pode fazer é monitorar e empreender um trabalho de acompanhamento, com o objetivo de manter a disputa em níveis aceitáveis de convivência e civilidade.

Assim, a cultura de que qualquer interesse contrariado deve ser imediatamente submetido ao Judiciário deve ser urgentemente modificada, pois a ação é um direito do jurisdicionado e não um dever.

Ademais, o uso excessivo dos meios judiciais revela uma profunda imaturidade e incapacidade da sociedade em lidar com seus problemas.¹⁷¹

O autor coloca a necessidade de afastar a ideia de *acesso do Poder Judiciário* como um único fim para os conflitos inerentes à nossa sociedade. Destaca que deve-se atentar para que a conflituosidade não se torne um

¹⁷¹PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 207, p. 213-238, mai. 2012.

incentivo à litigância desenfreada, utilizando-o como uma cláusula de reserva, ou seja, naqueles conflitos em que não seja possível a pacificação.

Tania Almeida e outras lecionam que a mediação deve incentivar o diálogo entre as partes, para que aprendam novamente a administrar a convivência humana, prevenindo e negociando os desacordos decorrentes das relações continuadas no tempo:

A mediação de conflitos integra o rol dos métodos consensuais de resolução de controvérsias e destaca-se de seus pares por agregar às suas tarefas o resgate da relação social entre os opositores e a manutenção do diálogo. Tais aspectos é que tornam a mediação um instrumento adequado de eleição para as desavenças que comprometem relações continuadas no tempo, como ocorre com as relações envolvendo Direito de família.

Aqueles que participam da mediação não apenas administram pacificamente sua contenda e se mantêm em diálogo na convivência por vir, como aprendem outra forma de negociar diferenças em desacordos vindouros. A mediação se apresenta como verdadeiro aprendizado para a vida e como medida de prevenção e pacificação de conflitos.

[...] A mediação considera a multifatorialidade dos conflitos e exige dos mediadores uma capacitação interdisciplinar que permita aos seus praticantes avaliar os distintos componentes da controvérsia, destacando para os mediandos o que parece prioritário e identificando a necessidade de consulta a técnicos especialistas para que a tomada de decisão seja qualificada pela informação.

[...] A mediação aparece então como um método não adversarial de resolução de conflitos através do qual se objetiva o resgate do diálogo e da relação social entre os envolvidos, bem como a realização de acordo que vise o benefício mútuo. A mediação se enriquece com aportes teóricos e técnicos de distintos saberes, sendo certo que o seu alcance interdisciplinar possibilita sua

efetividade e o alcance social de seus resultados.¹⁷²

Sobre o tema, Adolfo Braga Neto ponderou que:

[...] o paradigma trazido pela mediação traz em seu bojo alguns questionamentos sobre o acesso à justiça e não sobre a justiça ou o poder judiciário, como muitos inicialmente observam. Esse questionamento não é realizado com a pretensão de substituí-los ou contrapô-los, mas sim como uma possibilidade de oferecer um procedimento alternativo para que todos sem exceção possam usufruir da justiça mais rapidamente ou queiram ter seu acesso a ela facilitado, desde que possuam efetivo interesse por esta opção. A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado; decisão essa muitas vezes restrita à aplicação pura e simples de previsão legal, o que explica o vasto universo de normas no ordenamento jurídico nacional, que buscam pelo menos amenizar a ansiedade do cidadão brasileiro em ver aplicadas regras mínimas para regulação da sociedade.¹⁷³

Por outro lado, parece oportuno recordar a advertência realizada por Cappelletti e Garth quanto à conciliação, pois, na síntese das conclusões do “Projeto de Florença”, os referidos pesquisadores consignaram que:

À medida que a conciliação cresceu em importância, os métodos e estilos de conciliação tornaram-se tema de estudos mais acurados. Já há indicadores acerca dos tipos de comportamento por parte dos conciliadores que se prestam melhor a obter a resolução efetiva dos conflitos. Aqui, novamente, precisamos ser cuidadosos. A conciliação é extremamente útil para muitos tipos

¹⁷²PAIVA, Fernanda; OBERG, Flavia Maria Rezende Nunes; ARAÚJO, Inês Guilhon de; PASSALACQUA, Maria Stela Palhares; ALMEIDA, Tania. Mediação e advocacia colaborativa no Direito de Família: uma perspectiva diversa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, RT, v. 42, p. 315 e ss., jul. 2014.

¹⁷³NETO, Adolfo Braga. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.). *Estudos sobre mediação e arbitragem*: vários autores. Rio de Janeiro/São Paulo/Fortaleza: ABC, 2003.

de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representam verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do Judiciário, que poderiam ter outras soluções.¹⁷⁴

Faz-se importante a cautela de capacitar os profissionais adequadamente, para que sejam capazes de tornar a conciliação útil para os integrantes do litígio, nos mais diversos tipos de demanda, restaurando o relacionamento das partes pelo simples fato de descaracterizar a adversariedade e não apenas como meio para retirar os processos do Poder Judiciário. Nesse sentido: “Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar relacionamentos”¹⁷⁵.

A vida social encontra atos e fatos que fogem habitualmente da regulamentação proposta pelas instituições estatais formais ou dos modelos teóricos e abstratos, pois o ser humano, as pessoas jurídicas e as universalidades desenvolvem e participam no dia-a-dia de um conjunto de eventos independentes da manifestação do Estado, como se verifica em processos de negociação em sentido amplo.

É fácil notar que a sociedade utiliza meios, métodos e instrumentos diferentes e independentes da manifestação da função judiciária para a sua autorregulamentação, consecução de tarefas e obtenção de fins pretendidos. Este é o campo dos meios alternativos de solução de controvérsias (Mascs) ou *Alternative Dispute Resolution* (ADRs). Logo, “sendo necessária a pacificação dos interesses controversos, a tutela jurisdicional estatal é demasiadamente valorizada, a ponto de menosprezar o valor de outros meios de solução de conflito”¹⁷⁶.

¹⁷⁴CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 86-87.

¹⁷⁵SCRIPILLITI, Marcos Scarcela Portela. Aspectos relevantes da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, RT, v. 1, p. 72, jan. 2004.

¹⁷⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

DA RESOLUÇÃO 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça é um dos grandes avanços para fortificar a utilização da conciliação e mediação com a instituição dos métodos alternativos de solução de conflitos no país.

Rememorando os ensinamentos de Kazuo Watanabe, ocorre a institucionalização da “cultura da sentença”, de modo que toda e qualquer situação deverá ser submetida a apreciação judicial, o que, conforme mencionado, deixa o Judiciário congestionado de demandas infinitas, cuja solução poderia ser obtida pelos métodos alternativos:

[...] cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.¹⁷⁷

A criação de uma Resolução que tratasse de conciliação e mediação pelo Conselho Nacional de Justiça partiu da premissa que cabe ao Judiciário estabelecer uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito, sejam essas soluções obtidas por meios heterocompositivos ou por meios autocompositivos.

Tal orientação foi adotada de forma a organizar, em todo o território nacional, não somente os serviços prestados no curso da relação processual, como também aqueles que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário na

¹⁷⁷WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. In: *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 04.

prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação¹⁷⁸.

Outrossim, pode-se concluir que o objetivo da Resolução 125 é assegurar que todos os órgãos do Judiciário Brasileiro promovam a conciliação e mediação como forma de garantir a desobstrução do Judiciário, instituindo uma “Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário”.

Francisco José Cahali¹⁷⁹ explica que o próprio Estado oferece à sociedade ferramentas para o encerramento amistoso da controvérsia, com a implantação do Tribunal Multiportas, sistema pelo qual coloca-se à disposição dos jurisdicionados as soluções alternativas, buscando aquela que seria mais adequada, valorizando os mecanismos de pacificação, quais sejam: os meios consensuais e não mais restrita a oferta do processo clássico de decisão imposto pela sentença judicial.

Cada uma das opções oferecidas, como a conciliação, a mediação, ação judicial, representam uma porta a ser utilizada conforme a conveniência do interessado.

Segundo explica César Peluso¹⁸⁰, o programa de implementação de uma Política Nacional de Conciliação conta com dois objetivos básicos. O primeiro deles é afirmar entre os profissionais do Direito o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida de conflitos do que ter que recorrer sempre ao Poder Judiciário cada vez mais sobrecarregado, perpetuando nele os reflexos das desavenças que tendem a se multiplicar, frustrando as expectativas legítimas dos jurisdicionados.

O segundo é que devem ser oferecidos instrumentos de apoio aos Tribunais para a instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva dos processos apresentados às cortes. Em outras palavras, é necessário difundir a cultura da conciliação e torná-la, como via alternativa aos jurisdicionados, um instrumento à disposição do Poder Judiciário na indelegável tarefa substantiva de pacificador social.

¹⁷⁸BRASIL. Conselho Nacional de Justiça 2015. *Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC*. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 11.

¹⁷⁹CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas*/7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 64.

¹⁸⁰PELUSO, César. Solução consensual de conflitos e o futuro da democracia. In: (Orgs). GROSMAN, Claudia Frankel, MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Mediação no judiciário: teoria na prática e prática na teoria*. São Paulo. Primavera, 2011, p. 10-11.

Apesar das críticas existentes contra a Resolução quanto à padronização de determinadas características de mediação e da dificuldade encontrada por alguns Tribunais quando da implementação dos Centros, observa-se que a mediação e a conciliação se encontram bem difundidas, sobretudo entre os advogados que desconheciam as vantagens desse tipo de procedimento, contribuindo, dessa forma, com o desenvolvimento da cultura de pacificação dos conflitos.

Portanto, ela representou um avanço para os métodos autocompositivos de solução de controvérsia pelo reconhecimento do próprio CNJ. Deste modo, quando da correta e efetiva implementação haverá a atualização do conceito do acesso à justiça, tornando-o não mero acesso aos órgãos judiciários, mas, sim, à ordem jurídica justa.

O advogado deverá conhecer todas as opções que poderão ser utilizadas por seu cliente e assessorá-lo, elegendo a porta mais adequada para cada situação, participando da escolha da instituição pública ou privada que prestará o serviço escolhido.

DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A conciliação e mediação são métodos autocompositivos de solução de conflitos nos quais as partes recebem auxílio externo para chegar a um consenso e compatibilizar suas diferentes posições, pois, do contrário, se não fosse esse auxílio, as partes seriam capazes de concordar entre si, dirimindo seus problemas de maneira tal que o conflito não existiria.

Realizando uma interpretação literal do art. 165 do Código de Processo Civil, § 2º, é possível enxergar a conciliação como o meio de solução consensual de conflitos, realizada pelo conciliador, nos casos em que não existe vínculo anterior com as partes em conflito, visando que essas sejam capazes de conciliar, vedado qualquer tipo de constrangimento ou intimidação.

Da mesma maneira, quanto à mediação é possível extrair um conceito legal da combinação do art. 165, *caput*, com o § 3º, considerando que a mediação é um meio de solução consensual de conflitos, assim como a conciliação, mas dessa vez realizado pelo mediador nos casos em que existir um vínculo anterior entre as partes, sendo o instrumento destinado a auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que as próprias partes possam, com o restabelecimento da comunicação, identificar por si

mesmas as soluções que irão gerar benefícios mútuos. Assim, o conciliador pode sugerir soluções para o litígio, enquanto que o mediador apenas auxilia as partes a identificarem o objeto do conflito para que, por si próprias, sejam capazes de encontrar alternativas conforme bem coloca Humberto Dalla¹⁸¹.

Na definição do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, conciliação pode ser estabelecida como uma conversa ou negociação que conta com a participação de uma pessoa imparcial, responsável por favorecer o diálogo e, se necessário, apresentar ideias para solucionar o conflito. Já a mediação é intermediada por alguém imparcial, que favorece e organiza a comunicação entre os envolvidos no conflito. O mediador fica responsável por auxiliar os interessados na compreensão das questões e dos interesses em conflito, de modo que possam, por si próprios, mediante o restabelecimento da comunicação, identificar as possíveis soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Tais institutos podem existir tanto extraprocessual como endoprocessualmente, conforme Antônio Cintra, Cândido Dinamarco e Ada Grinover explanam:

A conciliação pode ser extraprocessual ou [...] endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as próprias pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma transação entre as partes (mútuas concessões), ou a submissão de um à pretensão do outro (no processo civil, reconhecimento do pedido: v. art. 269, inc. II), ou a desistência da pretensão (renúncia: CPC, art. 269, inc. V). Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar ainda à mera desistência da ação, ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma (art. 267, inc. VIII).¹⁸²

A conciliação se presta a solucionar os diversos tipos de demandas, sejam judiciais ou extrajudiciais. No caso de haver uma demanda judicial, qualquer dos envolvidos poderá demonstrar a vontade de realizar a composição, podendo ser

¹⁸¹PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, v. 207, p. 213-238, mai. 2012.

¹⁸²CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 34.

designada uma audiência para esse fim. Na conciliação pré processual as partes podem unir esforços para a realização do acordo, colocando como opção o acordo para finalizar o conflito.

A conciliação envolve uma participação mais ativa das partes, através do estímulo do conciliador, objetivando uma solução rápida para o problema. O conciliador tem função de intervir na solução do litígio, atuando para a solução, destacando os principais aspectos positivos e negativos da lide.

Ressalta-se que, além do objetivo principal, qual seja, o acordo, a conciliação estabelece também a busca para que a sociedade encontre a cultura em que os cidadãos são capazes de entender o diálogo entre os litigantes como a melhor opção para uma solução satisfatória para os envolvidos.

A mediação, por seu turno, pode ser conceituada conforme Ada Pellegrini Grinover estabelece:

[...] como método consensual de solução de conflitos, pelo qual um terceiro facilitador auxilia as partes em conflito no restabelecimento do diálogo, investigando seus reais interesses, através de técnicas próprias, e fazendo com que se criem opções, até a escolha da melhor, chegando as próprias partes à solução do conflito.¹⁸³

A mediação se estabelece como um processo de cooperação entre as partes. Nela devem ser consideradas todas as questões inerentes ao conflito, sejam elas as emoções, as dificuldades de comunicação ou de restabelecimento do equilíbrio entre os conflitantes. Nesse processo de construção o mediador não pode, unilateralmente, obrigar que as partes cheguem a um consenso. O papel do mediador é de um conselheiro, imparcial, que auxilia na condução dos interessados na solução do conflito.

A mediação pode ser aplicada para questões que envolvam responsabilidade civil, direitos autorais, relação do consumidor, família, entre outros, com o objetivo de resgatar o sentimento existente entre as partes envolvidas. Essa também pode ser realizada judicial ou extrajudicialmente. Na primeira hipótese haverá um

¹⁸³GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos de conflitos no Código de Processo Civil*. Redação Jornal Estado de Direito, 04 nov. 2015. Disponível em: <<http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>>. Acesso em: 15 out. 2023.

mediador indicado pelo tribunal, e, na segunda, as partes poderão buscar espontaneamente um mediador.

Cabe dizer que o art. 166 do Código de Processo Civil estabelece que a mediação e a conciliação deverão ser orientadas pelos seguintes princípios:

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.¹⁸⁴

De tal sorte, há previsão expressa de tais institutos nos diplomas legais mencionados, razão pela qual demonstra-se a importância do seu conhecimento por parte dos operadores do direito.

ARBITRAGEM

Ainda que não seja o objeto em específico do presente trabalho, cabe mencionar o amplo campo da arbitragem, método heterocompositivo de solução de conflitos, muito utilizado para empresas e negócios de grande vulto econômico.

A heterocomposição ocorre quando as partes elegem um terceiro para julgar a lide, qual seja, o árbitro, que tem poderes de jurisdição sobre a questão apresentada, sendo uma definição consensual de utilização das partes. Por essa razão existem, nos contratos de obrigações, comumente o estabelecimento da cláusula arbitral, na qual constará a eleição das partes da arbitragem para a solução de eventuais conflitos decorrentes da relação contratual.

Atualmente a arbitragem está regulada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 – a chamada Lei de Arbitragem. De acordo com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, os litígios que poderão ser objetos da arbitragem são os relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Porém, “[...] basta que a pessoa tenha personalidade jurídica para que possa submeter à arbitragem”¹⁸⁵.

Conforme o artigo 13, *caput*, da Lei de Arbitragem, poderá ser árbitro qualquer pessoa que seja capaz e que goze da confiança das partes. O artigo 18

¹⁸⁴BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁸⁵SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem, Mediação e Conciliação*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

da lei dispõe que o árbitro é tanto juiz de fato como de direito e prolata uma sentença que não está sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário. Essa sentença proferida pelo árbitro constitui um título executivo judicial.

São deveres do árbitro: imparcialidade, independência, competência, diligência, discricção (artigo 13, parágrafo 6º da Lei nº 9.307/1996) e, no exercício de suas funções ou em razão dela, são equiparados aos funcionários públicos (artigo 17 da Lei de Arbitragem) para os efeitos da legislação penal¹⁸⁶.

As partes podem escolher qual regra será aplicada (norma de direito material). Podem convencionar que “[...] o julgamento se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”¹⁸⁷.

Ademais, a arbitragem não está sujeita aos rigores do Processo Civil e, ainda, o árbitro é capaz de ter contato diretamente com as partes, com mais tempo para solucionar as peculiaridades de cada caso.

De tal modo, destaca-se a tendência do mundo contemporâneo de transferir os conflitos para as soluções alternativas, retirando do Poder Judiciário a grande maioria dos casos, deixando essa instituição como uma reserva e incentivando a participação ativa dos envolvidos na solução de seus próprios problemas.

PRINCÍPIOS NO PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 dá importância à solução alternativa de conflitos através do artigo 3º, § 2 e 3, os quais estabelecem que sempre que possível a solução dos conflitos deverá ser consensual, e que os métodos como a conciliação, a mediação e outros deverão sempre ser estimulados por todos que compõem o curso do processo judicial, *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes,

¹⁸⁶Ibidem, p. 118-9.

¹⁸⁷DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p.171.

advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.¹⁸⁸

Tratando das diretrizes para aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos, cabe trazer inicialmente princípios que permeiam este âmbito jurídico, quais sejam: o conflito entre o acesso à justiça com a “inafastabilidade” do Poder Judiciário, a colaboração entre as partes, a autonomia da vontade e a boa-fé, no contexto da realização de acordos mesmo que fora da atividade de prestação jurisdicional – ou seja, extrajudiciais.

DO ACESSO À JUSTIÇA

No primeiro deles, o acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, prevê-se que todos devem ter o acesso à justiça com o fim de postular a tutela jurisdicional, tanto preventiva quanto reparatória, relativa a um direito. Nesse patamar, não se confunde tal previsão com o direito de petição, consagrado no artigo 5º, XXXIV, alínea “a” da Constituição Federal:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;¹⁸⁹

O princípio do acesso à justiça decorre da necessidade de dirigir-se ao juízo para pleitear a tutela jurisdicional, haja vista se tratar de direito pessoa que deve ter interesse processual e preencher as chamadas “condições da ação”.

Já no direito de petição não há necessidade de que o peticionário tenha sofrido a lesão do seu direito, visto que se caracteriza como direito de participação política, onde se tem o interesse geral no cumprimento da ordem pública.

Diante da preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional é imperativo demonstrar o movimento liderado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, voltado a diagnosticar as causas da ineficiência da justiça. O trabalho

¹⁸⁸BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015, art. 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁸⁹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

conhecido como *Projeto Florença* identificou uma série de barreiras ao acesso à justiça.

O acesso à justiça encontra alguns empecilhos e, por essa razão, Cappelletti e Garth realizaram a pesquisa em meados dos anos 1970, analisando como o acesso à justiça se manifestava. Dessa análise tiraram as chamadas “três ondas”.

Na primeira onda verificou-se que a concentração estava em proporcionar o acesso à justiça àqueles considerados pobres. Esse sistema era efetivado por meio de atuação do sistema *Judicare*, bem como o auxílio de advogados remunerados pelos cofres públicos.

O sistema de *Judicare* é caracterizado por Mauro Cappelletti como:

Um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do *Judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.¹⁹⁰

O sistema de assistência judiciária, com advogados remunerados pelos cofres públicos, foi implantado em primeiro lugar nos Estados Unidos da América (*Legal Services Corporation*) e se caracteriza por prestar a assistência não só judiciária, mas também jurídica, prévia e informativa, aos pobres, realizando “grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para obtê-los”¹⁹¹.

A segunda onda representava os interesses difusos, objetivando resolver as questões de interesses coletivos e grupais, forçando uma revolução no Processo Civil tradicional visto que a partir desse momento começam a surgir as sociedades de advogados do interesse público, assessoria pública e o advogado público, pagos pelo governo, visando a corrigir o desequilíbrio com advogados para tutela de direitos de consumidores, do meio ambiente, de idosos, entre outros.

Em um primeiro momento esse papel concentrou-se nas mãos do Ministério Público; todavia, essa solução não prosperou, pois, apesar de direitos

¹⁹⁰CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 35.

¹⁹¹*Ibidem*, p. 42.

aparentemente públicos, aqueles possuem grau de novidade, especialização e técnica que inviabiliza a prestação por esse órgão. Assim sendo, foram surgindo instituições, agências públicas especializadas, concomitantemente a alterações legislativas que passaram a ampliar a possibilidade de participação no polo ativo das ações para defesa de tais direitos.

Em dada toada tem-se a terceira onda, que ainda não se esgotou, na busca da superação do chamado “obstáculo processual”. Conforme já colocado, a solução processual por meio do processo ordinário contencioso, mesmo quando superadas as questões do patrocínio e da organização de interesses, demonstrava-se não ser a solução mais eficaz.

De tal sorte, começa-se a busca por novas alternativas de solução dos conflitos que não estão mais restritas ao ordenamento processual, de modo que essas alternativas já são aceitas como competentes para dar fim ou pelo menos diminuir a litigiosidade por meio de acordos decorrentes da mediação, conciliação, arbitragem, entre outros.

Cabe ressaltar, inclusive, que nos últimos tempos constatou-se um aumento significativo de causas relacionadas a conflitos pessoais. O judiciário vem se tornando um direito para o cidadão, o que acabava provocando uma avalanche de demandas. Ressalta-se que os cidadãos, de um modo geral, consideram que essa estrutura seria a única forma de solução para os seus litígios.

No Brasil, a Constituição Federal foi um instrumento legal de ampliação da cidadania e garantias do efetivo acesso à justiça, posto que tem previsão expressa de que o Estado prestará assistência jurídica integral gratuita àqueles que comprovem a insuficiência de recursos, bem como prevê no seu artigo 134 a criação da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º LXXIV.

O Código Civil, instituído pela Lei nº 13.105/15, apresenta inúmeras possibilidades para incentivar a composição entre as partes mesmo no âmbito do processo judicial. A sociedade brasileira e o Judiciário caminham atualmente para os métodos consensuais de solução de conflito, por meio de ações colaborativas entre as partes, autor e réu.

DA COLABORAÇÃO ENTRE AS PARTES

De tal sorte, tem-se que se cria um dever de colaboração entre as partes. Em que pese a existência de distinção entre o juiz, como autoridade estatal detentora do poder jurisdicional e as partes como jurisdicionados sujeitos àquela autoridade, há de se observar os fundamentos constitucionais na atuação.

Todos os sujeitos do processo, autor, réu, juiz, servidores, devem observar o princípio da colaboração, o qual decorre da boa-fé, do contraditório e da razoabilidade inerente ao devido processo legal e está previsto no art. 6º do Código de Processo Civil conforme segue: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”¹⁹². Contudo, ainda se verificam inúmeras críticas a essa comparação visto que implicaria em alguma maneira de ignorar a conflituosidade inerente à lide.

Entretanto, não há de se concordar com a crítica sobre a ideia de cooperação entre as partes, visto que esse princípio pressupõe o exercício do direito à tutela jurisdicional prestado de maneira a garantir o direito subjetivo almejado, mas busca inibir que seja mantida a demanda que contenha obrigação para a qual já foi encontrada o devedor e o credor, de modo que deve-se apenas garantir o seu cumprimento.

De tal princípio surgem os deveres de conduta para as partes e para o órgão jurisdicional. Fredie Didier destaca que o princípio da cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo judicial os seus deveres. Coloca ainda que o princípio da cooperação torna devidos tais comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo¹⁹³.

A doutrina estabelece alguns deveres decorrentes do princípio da cooperação, tais quais: dever de esclarecimento, dever de consulta, dever de prevenção ou proteção, dever de auxílio, dever de correção, de urbanidade, entre outros, de modo que se trata apenas de alguns exemplos. Nesse sentido, cabe mencionar que o processo seria o produto da atividade cooperativa triangular vez que envolve o juiz e as partes. Nessa concepção tem-se que o juiz estaria no centro da controvérsia, criando-se uma participação ativa das partes.

¹⁹²BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015, art. 6º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁹³DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento I*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. I.

O processo moderno caminha para que o juiz se interesse pelo ativismo das partes na resolução das demandas. Assim sendo, importante rever a mentalidade com o intuito de tornar o processo menos individualista, de modo que o papel de cada um dos operadores do direito seja colaborar com boa-fé para a justiça, desfazendo a ideia de combate no âmbito judicial.

Em suma, os atos processuais deixaram de ser apenas uma parte do rito formal e se tornarão uma forma de fortalecimento da argumentação favorável à mencionada teoria da relação jurídica triangular do processo: juiz, autor e réu. Nelson Nery Junior coloca que na cooperação os deveres serão recíprocos e todos os agentes do processo são protagonistas de sua própria condução¹⁹⁴.

O Código de Processo Civil de 2015, ao instituir o princípio da cooperação, determina que seja dever tanto das partes quanto de seus procuradores cuidarem para um bom movimento processual, tanto de forma positiva, de modo a auxiliar no entendimento das teses de fato e de direito, quanto de forma negativa, no sentido de não atrapalhar o regular seguimento do processo.

Nesse íterim, conclui-se que no que tange à aplicação de tal princípio aos métodos alternativos de solução de conflitos, presta-se a impedir a competitividade e adversariedade entre as partes, em busca de um diálogo construtivo, objetivando ganhos mútuos.

DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade entre as partes na negociação diz respeito ao livre exercício, por meio da combinação de suas vontades, de modo a serem capazes de estabelecer os seus interesses em acordo com a conveniência, desde que respeitando o ordenamento jurídico.

A resolução do CNJ também estabelece como regras que regem o procedimento da conciliação e mediação normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores e mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, dentre as quais está a autonomia da vontade. Deve-se respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, e de interrompê-lo a qualquer momento.

¹⁹⁴NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na [Constituição Federal](#). São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010. n. 24.3, p. 225.

O artigo 190 do Código de Processo Civil já estabelece que, quando o processo versar sobre direitos que admitam a autocomposição, será lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais no decorrer do processo. Com isso, autoriza-se que as partes possam prever os ritos processuais, de modo a estabelecer algumas mudanças no procedimento, permitindo, desde já, que se estabeleça previamente algumas obrigações e faculdades processuais. Nasce aí, para os operadores do Direito, principalmente aos advogados, uma oportunidade de explorar os caminhos, norteando a instrumentalização processual ainda quando da fase contratual, desenhando contornos e prevendo em um contrato privado, por exemplo, os detalhes de um problema advindo daquela negociação privada.

Nesse sentido pode ser vislumbrada a área de atuação preventiva, na qual deve-se atuar considerando todas as variáveis, de modo a oferecer aquele que se socorre por seus serviços à solução jurídica adequada, acompanhada e considerando das inúmeras hipóteses de variações, inclusive aquelas que se afastam do Judiciário. De tal sorte, encontra-se nessas circunstâncias a tendência de facilitar os acordos mesmo quando o litígio começa a ser direcionado para o Judiciário. O Código de Processo Civil inova e vem pensando nessas possibilidades diante da situação insustentável que se coloca.

Portanto, têm as partes antes da lide e, inclusive após o ingresso em juízo, a possibilidade de conciliar. Nesse patamar cabe trazer a previsão do art. 319 do CPC, o qual destaca que deverá o autor indicar na petição inicial o seu interesse pela realização ou não da audiência de conciliação e mediação. “Art. 319. A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”¹⁹⁵.

De tal sorte, o mesmo diploma legal se preocupou em tratar, em um capítulo todo – qual seja, Capítulo V – a respeito da conciliação ou da mediação. Deste modo, ao receber a petição inicial, deve o juiz designar a audiência de conciliação ou mediação com a antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo o réu ter sido citado com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. Diante disso, tem o réu a possibilidade de se manifestar quanto ao desinteresse na sua primeira manifestação/contestação.

¹⁹⁵BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015, art. 319. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

Porém, o que se busca incentivar desde referida previsão é que as demandas apenas sigam com o processo judicial quando não houver a possibilidade de acordo entre as partes. Assim sendo, é preciso que o advogado tenha pleno conhecimento desse interesse do legislador, a fim de que, primeiramente, essas audiências não se realizem em vão, e para que os conflitos possam ser efetivamente solucionados por meio de uma conversa positiva e construtiva.

A lei ainda estabelece, no artigo 334, § 9º, que as partes devem estar acompanhadas por seus advogados e defensores públicos. Diante disso, mais uma vez fica destacada a necessidade de que os advogados se inteirem do assunto processual, para no momento da conciliação ou da mediação serem capazes de instruir seus clientes da melhor maneira possível.

A relação do advogado e de seu cliente, consoante disposição do art. 10º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Redação da Resolução 02/2015, deve ser baseada na confiança recíproca, *in verbis*:

Art. 10. As relações entre advogado e cliente baseiam-se na confiança recíproca. Sentindo o advogado que essa confiança lhe falta, é recomendável que externar ao cliente sua impressão e, não se dissipando as dúvidas existentes, promova, em seguida, o substabelecimento do mandato ou a ele renuncie¹⁹⁶.

Tendo isso em mente, o detentor do conhecimento jurídico, ainda que por muitos anos levado a judicializar as questões que lhe fossem apresentadas, também deve passar a considerar os novos horizontes para auxiliar aqueles que lhes confiam os problemas. Nessas diretrizes cumpre destacar um programa criado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para as grandes empresas, as quais são detentoras de grande parte das ações em massa, tendo em vista que por serem em muitos momentos prestadores de serviços aos consumidores, buscando fomentar a utilização de métodos autocompositivos de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, entre as empresas e seus clientes ou usuários. Essa iniciativa busca incentivar a cultura da pacificação social principalmente no que se refere aos conflitos consumeristas, com o fim de evitar a excessiva judicialização.

¹⁹⁶BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 4 jul. 1994, art. 10. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 15 out. 2023.

A Portaria nº 9.447/2017, regulamentadora do programa mencionado, considera que há uma multiplicação acelerada de demandas judiciais em curso na Justiça e uma excessiva judicialização de conflitos na sociedade, inclusive no âmbito das relações de consumo.

Cabe dizer que o programa é de adesão voluntária, por meio de um Termo de Compromisso Público, o qual será firmado pela empresa com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cujo objetivo será de aumentar os acordos relacionados às matérias de competência da Justiça Estadual. Nesse sentido, serão consideradas “Empresas Amigas da Justiça” aquelas que demonstrarem o comprometimento com políticas institucionais para melhora na comunicação com os respectivos clientes.

Com dada participação, as empresas ganham uma certificação a qual pode ser usada para sua promoção e, ainda, conseguiram diminuir o número de processos judiciais, na primeira oportunidade, privilegiando a celeridade na resolução do conflito.

Dentre as empresas participantes podem ser citadas empresas bancárias, como Itaú, Santander e Bradesco, seguradoras como a Mapfre e Brasilseg, a concessionária de energia, CPFL Energia, a Samsung, o site de compra e vendas Mercado Livre, entre tantas outras.

Destaca-se, portanto, mais uma tendência jurídica, qual seja: a de que as empresas multinacionais e de grande vulto econômico também buscam meios alternativos para a solução dos conflitos que lhes são apresentados diariamente.

DA BOA-FÉ

Na atuação jurisdicional, ou não, existem princípios que devem ser observados para garantir uma atuação justa e baseada na confiança entre as partes. Consoante o que ensina Miguel Reale, os princípios basilares do Código Civil são a sociabilidade, a eticidade e a operabilidade¹⁹⁷.

A sociabilidade diz respeito ao rompimento do caráter individualista e egoístico do Código Civil de 1916, de modo que os institutos de direito privado devem ser analisados com uma concepção social, indeclinável e inafastável.

Quanto à eticidade, a ética e a boa-fé são colocadas em valorização. Essa última deixa o campo das ideias, da intenção, caracterizada pela boa fé subjetiva e

¹⁹⁷REALE, Miguel. *O projeto do Novo Código Civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7-12.

passa a ingressar o campo da atuação e das práticas jurisdicionais pautadas na lealdade como prevê a boa fé objetiva.

A operabilidade vem com o objetivo de deixar um pouco de lado o rigor técnico, prezando pela simplicidade, interessando-se pela relevância prática, material e real. Por assim dizer, a codificação deixa cláusulas gerais que possibilitam ao aplicador do Direito o seu preenchimento.

Diante disso, interessa-nos tratar da boa fé como princípio importante do ordenamento jurídico para que se demonstre a necessidade da veracidade nas informações, do interesse no bem comum e também da honestidade e dever de probidade para com os litigantes. De tal sorte, importante distinguir as duas facetas do princípio: a boa fé subjetiva e a boa fé objetiva.

A primeira trata-se de um estado de consciência ou convencimento individual em conformidade com o direito aplicável. Diz-se subjetiva justamente por considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico, bem como sua íntima convicção e em contraposição à boa-fé esta a má fé, caracterizada com a intenção de lesar alguém.

Já a boa-fé objetiva pode ser colocada como uma espécie de modelo de conduta social, na qual deve-se adequar a conduta individual a um padrão ético, pautado na honestidade, lealdade, probidade, considerando os interesses como um membro do conjunto social juridicamente tutelado.

Mencionado princípio foi colocado expressamente na Lei nº 13.140/2015, qual seja, a Lei da Mediação, em seu artigo 2º, *in verbis*:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

III - oralidade;

IV - informalidade;

V - autonomia da vontade das partes;

VI - busca do consenso;

VII - confidencialidade;

A boa fé se coloca com grande relevância também no procedimento da mediação. É imprescindível que as partes conduzam todo o método de solução do conflito baseado nesse princípio, uma vez que se trata da vontade das partes em solucionar pacificamente a lide, pressupondo que não haja intenções ocultas em prejudicar a parte contrária.

Destaca-se também o propósito da isonomia entre as partes, a qual contribui para o desfecho harmônico. Deve ser oferecido tratamento proporcional para ambas, com a paridade armas, para que essas possuam os mesmos critérios de participação bem como as mesmas oportunidades.

Por assim ser, tem-se que o princípio da busca do consenso será alicerçado pela autonomia das partes, que escolherão a melhor forma de solucionar o conflito por meio da capacidade de conversas e negociações.

CONCLUSÃO

O presente artigo visa a tratar da substituição do processo judicial pelos métodos alternativos de solução de conflito, vez que aquele não é suficientemente eficaz para solucionar todas as demandas existentes no Judiciário Brasileiro. Diante disso tem-se que o conflito é inerente às relações humanas e sempre esteve presente no contexto social. Deste modo, os cidadãos sempre tiveram que encontrar meios de solucionar suas lides.

Por muito tempo terceirizou-se a solução, considerando as tradições, os entendimentos tradicionais dos anciões passados de maneira cultural, e, posteriormente, a entrega das questões para um terceiro imparcial, qual seja, o juiz.

Entretanto, em razão da morosidade e excesso de processos existentes, tem-se um cenário de inefetividade das decisões uma vez que processos levam anos para serem decididos e, em muitos deles, necessita-se ainda de execução forçada para o seu cumprimento.

¹⁹⁸BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 07 nov. 2019.

Faz-se necessário rever a postura e cultura judicial, que sempre pregaram a imprescindibilidade do Judiciário, de modo a considerar a cultura da pacificação, considerando que é possível que as pessoas sejam capazes de conversar a respeito de seu conflito e, nesse sentido, encontrem uma solução adequada e que considerará um meio-termo para ambas.

De tal sorte, os métodos alternativos de solução de conflito estão sendo muito utilizados na sociedade brasileira, instituídos principalmente pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como as legislações específicas, razão pela qual se fez necessário rever o papel do advogado nesse contexto.

Tais métodos consideram a possibilidade de negociação do conflito a fim de encontrar uma solução. Ressalta-se que as decisões obtidas por meio desses métodos são dotadas de maior efetividade uma vez que possibilitam o cumprimento voluntário da obrigação acordada.

Considerando que os métodos alternativos são capazes de analisar a situação sobre um panorama geral, considerando e colocando em pauta as relações pré-existentes entre as partes, a origem da lide, os conflitos psicológicos e analisando especificamente as possibilidades de solução, há uma necessidade de se considerar previamente esses meios antes de socorrer-se do Poder Judiciário.

Por todo exposto, conclui-se que o papel do advogado na mudança cultural proposta é imprescindível, baseando-se na relação de confiança que estabelece com o cliente e para o qual tem como obrigação oferecer aquela solução que pode efetivamente, analisando o problema, propor uma solução elaborada, tal qual o Poder Judiciário, mas considerando as especificidades do caso e das demandas para que o problema não retorne ou perdue pelo tempo.

A PROIBIÇÃO DA AUTOTUTELA: BREVES NOTAS À LUZ DOS PROCEDIMENTOS DE MODERAÇÃO DE CONTEÚDO POR REDES SOCIAIS

Nathan Christian Coelho Silvestre¹⁹⁹

Resumo

O presente artigo busca reexaminar o dogma da proibição da autotutela, a partir dos exemplos legais e da inserção desse mecanismo no sistema de Justiça Multiportas. Além disso, o ensaio contextualiza os procedimentos de moderação de conteúdo como possível mecanismo de autotutela admitido por lei e necessário para a resolução de conflitos digitais entre usuários e redes sociais.

1. INTRODUÇÃO

Uma das primeiras lições ensinadas em matéria de processo, ainda nos bancos da faculdade, é a de que, no contexto da “evolução” da civilização para o Estado de Direito, o aparato estatal avocou para si o monopólio do poder²⁰⁰, vedando, por consequência, a assim denominada autotutela – compreendida como o exercício das próprias forças pelo indivíduo, visando à proteção de seus interesses particulares. Em outras palavras, seria a transição do *status naturalis* para o *status civilis*²⁰¹.

Nesse panorama, Cândido Rangel Dinamarco e outros correlacionam o regime da autotutela aos primórdios da humanidade, entendendo-a como forma de solução de controvérsias cabente na ausência de autoridades estatais para editar normas jurídicas e compelir os particulares à observância das leis²⁰².

¹⁹⁹ Mestrando em Direito Processual Civil pela USP. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. Advogado. E-mail: nathan.silvestre@alumni.usp.br.

²⁰⁰ A doutrina aponta que o elemento central da jurisdição seria o exercício de poder pelo Estado. Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. Jurisdição e a “decisão” como fator distintivo em relação aos métodos consensuais de solução de controvérsia. *In*: Cruz e Tucci, José Rogério *et al.* (org.). **Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco**. São Paulo: JusPodivum, 2021. p. 626-627.

²⁰¹ CAPONI, Remo. Harmonizing civil procedure: initial remarks. *In*: HESS, Burkhard; KRAMER, Xandra E. (coord.). **From common rules to best practices in European Civil Procedure**. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2017. p. 58.

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 44.

Decerto não é mais esta a situação ora vivenciada na contemporaneidade: é incontestável a presença do Estado – não mais sob as vestes de “exclusividade” ou prevalência, contudo – na solução de controvérsias nos ordenamentos jurídicos modernos, notadamente o brasileiro. Evidentemente, o recurso ao Poder Judiciário é plenamente possível, observados os requisitos legais para instauração da relação jurídico-processual.

Mas a tendência legislativa de desjudicialização dos conflitos, conforme identificado por Flávio Luiz Yarshell e Viviane Siqueira Rodrigues, ao tratarem da desjudicialização da execução civil, desvela que a preponderância da solução adjudicatória não mais subsiste, abrindo novas portas para a pacificação social²⁰³.

A própria tramitação do PL n° 6.204/2019 – o qual versa a respeito do regime de execução desjudicializada no Brasil – e do PL n° 533/2019 – que pretende fomentar a resolução extrajudicial de conflitos, exigindo a comprovação de tentativa de autocomposição prévia à propositura de ação judicial, com especial ênfase nas relações consumeristas²⁰⁴ – revela os anseios de desjudicialização dos conflitos sociais, o que também pode perpassar pela revisitação do dogma da vedação à autotutela no ordenamento jurídico, em uma renovada perspectiva da “Justiça Multiportas”. Tal constatação torna-se ainda mais palpável quando se trata de moderação de conteúdo por redes sociais – objeto específico deste ensaio –, à luz do Marco Civil da Internet e do PL n° 2.630/20 (“PL das *Fake News*”), ainda pouco explorada sob esse ângulo.

É o que pretendemos examinar, a partir de revisão bibliográfica, com análise de doutrina nacional e estrangeira a respeito deste relevantíssimo tema, a ensejar verdadeira ruptura de (suposto) paradigma clássico da processualística civil.

2. DEFINIÇÃO DE AUTOTUTELA. POSSIBILIDADE?

Para Botelho de Mesquita, a jurisdição caracteriza-se pela atividade interventiva exercida pelo Estado “quando os interessados estejam *impedidos* de produzir a necessária transformação por seus próprios meios, por suas próprias

²⁰³ YARSHELL, Flávio Luiz; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Desjudicialização da execução civil: uma solução útil e factível entre nós? *In*: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.). **Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 363-364.

²⁰⁴ A iniciativa legislativa, entretanto, não está a salvo de críticas, por exemplo, pela ausência de fundamentação empírica para a construção da proposta legal. *Vide* COSTA, Susana Henriques da *et al*. Quem paga a conta do congestionamento do Judiciário brasileiro? **JOTA**, São Paulo, 21 fev. 2022. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-paga-a-conta-do-congestionamento-do-judiciario-brasileiro-21022022>. Acesso em 9 set. 2023; grifos como no original).

mãos”; em especial, no tocante à “transformação da realidade dos fatos, o *impedimento* surge sempre que algum dos interessados se oponha que a transformação ocorra” (grifos como no original), sendo esta “a consequência mais ostensiva da **proibição da justiça de mão própria**”²⁰⁵. (grifei)

É interessante notar que, à base do conceito apresentado por Botelho de Mesquita, está o reconhecimento da residualidade da autotutela em nosso sistema jurídico. Ora, se a atividade jurisdicional somente se faz presente *quando houver impedimento* na atuação direta pelos particulares, concebe-se *alguma* possibilidade de os indivíduos proativamente defenderem seus próprios interesses.

Daí afirmar que a transformação da realidade não somente é desenvolvida pelo Estado “por via administrativa, como também é deferida aos demais sujeitos de direito, embora dentro de limites muito mais estreitos e praticamente excepcionais, nos casos em que se lhes permite exercer a defesa privada”. Esses mecanismos seriam duas formas de “realizar a ordem jurídica”²⁰⁶, de natureza extrajudicial.

Havendo obstáculo, exsurge um terceiro mecanismo: a atividade jurisdicional, na condição de dever do Estado, a ser prestada como contrapartida ao “impedimento legal em que se encontra [o destinatário da norma], de produzir os mesmos efeitos por seus próprios meios”; o direito de ação seria a outra face dessa moeda, concebido como “correspondente poder de exigir o [...] cumprimento”²⁰⁷ desse dever estatal – portanto, não se confundiria com a autotutela.

Na doutrina estrangeira, em uma acurada definição do instituto da **autotutela**, está o clássico escólio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, afirmando que:

[...] o que distingue a autotutela não é a *preexistência de um ataque*, que falta em várias de suas formas, nem a *inexistência de um procedimento determinado*, que em certas ocasiões existe e

²⁰⁵ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. As novas tendências do direito processual: uma contribuição par o seu reexame. *In: _____*. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 267. No mesmo sentido: *Idem*. Panorama do direito visto do processo. *In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (org.)*. **Direitos humanos, democracia e república**: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 585; *Idem*. Da ação civil. *In: _____*. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 98-99.

²⁰⁶ *Idem*. Da ação civil, cit., p. 97-98.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 98.

pode até ser igual ao processo judicial, mas a concorrência de dois elementos: a) a ausência de um juiz distinto das partes, e b) a imposição de uma decisão por uma das partes à outra²⁰⁸. (grifos como no original)

De partida, aderimos à corrente que repele a ideia de “uma autotutela consensual (em oposição a uma autotutela unilateral), que teria como fundamento a prévia anuência do outro sujeito da relação jurídica”²⁰⁹, ainda que tenha havido manifestação de vontade da contraparte na formação da relação jurídica (mas não no ato concreto de defesa do interesse particular)²¹⁰.

Conforme reportado por Yoshikawa, a doutrina divide-se a respeito do que se poderia rotular como o “fundamento” para as hipóteses tradicionais nas quais a autotutela é admitida pelo ordenamento jurídico.²¹¹

Uma primeira corrente doutrinária – integrada, por exemplo, por Humberto Theodoro Júnior – defende que a premissa jurídica subjacente à autotutela seria a circunstância de a parte “não dispor de tempo para buscar utilmente a tutela jurisdicional”²¹². Também Arruda Alvim assinalara que o fundamento das derrogações previstas pelas legislações material e processual em prol da autotutela residiria na “impossibilidade de acesso imediato ao Poder Judiciário e recebimento da tutela a tempo e utilmente”²¹³.

Por outro lado, há quem compreenda que a inviabilidade de tutela jurisdicional tempestiva não se consubstanciaria em elemento central do fenômeno ora examinado – mais que isso, sequer o integraria –, “por ser desmentido por exemplos extraídos de nosso direito positivo (como a autorização do corte de raízes e ramos pelo artigo 1.283 do Código Civil) e por redundar na

²⁰⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. p. 53.

²⁰⁹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

²¹⁰ TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. *Smart contracts*, “autotutela” e tutela jurisdicional. In: CARDOSO OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze *et al.* (coord.). **Execução civil**: novas tendências. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 187.

²¹¹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**, cit., p. 10-11.

²¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1, p. 114. *E-book*.

²¹³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: teoria do processo e processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 17. *E-book*.

identificação da autotutela com a legítima defesa e o estado de necessidade”,²¹⁴ malgrado não se confunda com estes últimos.

Essa última linha de pensamento – à qual nos filiamos – está alinhada com as lições de Botelho de Mesquita, já que o ponto nevrálgico para se aferir a legitimidade da “defesa privada” seria o impedimento legal (ou não); na constatação desse obstáculo, e somente então, é que nasceria o dever de prestação da atividade jurisdicional pelo Estado-juiz.²¹⁵

Portanto, há um deslocamento do eixo de análise, já que a confirmação do “pressuposto” levantado por aquela primeira corrente doutrinária dependeria de uma análise exaustiva de todas as exceções legais que autorizam o exercício da autotutela, o que não se confirma quando considerada a autotutela administrativa (em sentido amplo) e as “várias hipóteses de autotutela de origem convencional”.²¹⁶

Seguindo na empreitada de apresentação geral do tema, como já se reconheceu,²¹⁷ a doutrina especializada menciona a existência de duas modalidades de autotutela: a preventiva, “na qual não há concorrência, mas integração com a atividade estatal”, voltada à “conservação do *statu quo*”; e a reativa, cuja finalidade é o “restabelecimento do *statu quo*, concorrente com a atividade desempenhada pelo Estado e pelos seus órgãos”.²¹⁸

Com essas breves linhas, já se torna evidente que esse dogma do processo civil – assim como tantos outros – não é imutável e cede ao sabor da alteração das circunstâncias sociais e da evolução da sociedade brasileira, inserida em um cenário mais amplo de globalização e de desenvolvimento da civilização e das tecnologias – a assim denominada “quarta revolução industrial”.²¹⁹

De fato, o caráter excepcional e subsidiário da autotutela tem sido gradualmente revisitado pela doutrina, na esteira do escólio de Humberto

²¹⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**, cit., p. 10.

²¹⁵ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da ação civil, cit., p. 98.

²¹⁶ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. A autotutela administrativa no sistema brasileiro de justiça multiportas. In: TESOLIN, Fabiano da Rosa; MACHADO, André de Azevedo (coord.). **Direito federal brasileiro: 15 anos de jurisdição no STJ dos Ministros Og Fernandes**, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques. Londrina: Thoth, 2023. p. 179-183.

²¹⁷ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Execução extrajudicial e devido processo legal**, cit., p. 11.

²¹⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Jurisdição e poder**: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 7-8.

²¹⁹ LORDELO, João Paulo. **Constitucionalismo digital e devido processo legal**. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 82 e ss.

Theodoro Júnior e Érico Andrade, precipuamente no âmbito da tutela executiva.²²⁰

A questão também não passou despercebida por quem examina o relevante fenômeno da constitucionalização do processo – à luz da revolução tecnológica e das influências na compreensão da relação jurídico-processual –, a exemplo de Hermes Zaneti Jr., ao relativizar a coibição da autotutela no ordenamento jurídico pátrio, em vista das novas modalidades de contratação e da moderna interação entre os atores privados.²²¹

A grande vantagem da progressiva “legitimação” da autotutela no ordenamento jurídico consiste, portanto, na utilização de mecanismos mais apropriados à tutela de direitos outorgados pela Constituição Federal e/ou pela legislação infraconstitucional. Na seara executiva, tal parece ser a tendência do direito italiano, consoante estudo recentemente elaborado por Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade, “mediante uso da autonomia negocial para engendrar contratualmente mecanismos voltados à realização direta dos direitos, em linha com as mais recentes tendências do direito europeu”.²²²

O cenário aqui exposto decorre, assim, da contemporânea percepção de que a realização do direito material também pode ocorrer de forma profícua no ambiente extrajudicial, sem que haja qualquer subtração da jurisdição em si, inclusive porquanto, em qualquer hipótese, remanesce a possibilidade de provocação do Poder Judiciário para a revisão de atos praticados fora do âmbito judicial, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição insculpido no art. 5º, XXXV, da CF.²²³

Como já se disse, toda a discussão sobre a autotutela se passa precipuamente no âmbito das escolhas políticas, não havendo qualquer vinculação natural ou inerência entre uma coisa (formação do Estado-juiz) e outra (vedação à autodefesa), tampouco se tratando de direito natural ou de dado posto pela realidade.

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Novas perspectivas para atuação da tutela executiva no direito brasileiro: autotutela executiva e “desjudicialização” da execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 315, p. 109-158, maio 2021.

²²¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. capítulo 4, nota de rodapé n. 55. (Coleção O Novo Processo Civil). *E-book*. n.p.

²²² THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Novas perspectivas, cit., p. 3 da versão da RT *online*.

²²³ *Ibidem*, loc. cit.; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 203.

Tal qual outros institutos jurídicos, o monopólio de poder (e jurisdição) pelo Estado é artificial e pode ser ajustado às necessidades da contemporaneidade.

Diante disso, Fernanda Tartuce registra que, “[q]uanto mais se reforça a organização política, mais se restringe o campo da autodefesa, tendo em vista a natural expansão da atuação estatal”²²⁴. Todavia, segundo Antonio Gidi, não se pode perder de vista que tal limitação é uma escolha política, assim como também o é o reconhecimento da inaptidão do Estado e a tomada de decisão no sentido oposto.²²⁵

Dito isso, é de singular acurácia a ponderação de Barbosa Moreira, no sentido de que, com a assunção do monopólio da jurisdição pelo Estado, este “assumiu para com todos e cada um de nós o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas prevista nas normas por ele mesmo editadas”²²⁶. No entanto, o Relatório “Justiça em Números” 2023, publicado pelo CNJ, aponta a existência do número recorde de 81,4 milhões de processos em tramitação no Brasil no ano de 2022, dos quais 17,7 milhões (21,7%) estavam suspensos, sobrestados ou arquivados provisoriamente.²²⁷

Dessarte, permitimo-nos avançar no pensamento de Barbosa Moreira: ao Estado – juiz, legislador e administrador – compete tomar todas as medidas pertinentes à realização do direito material, não apenas por intermédio da atividade substitutiva e impositiva do Poder Judiciário na aplicação da lei (adjudicação), como também fomentar modos “alternativos” (*rectius*: apropriados) à resolução dos conflitos no ordenamento jurídico pátrio, o que obviamente perpassa pela revisitação do conceito de vedação à autotutela – pela qual, convém assinalar, sequer se pretende substituir integralmente a atividade do Estado.

Nessa esteira, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo²²⁸ estabelece que somente se cogitaria da extinção da autodefesa – no plano das ideias – quando a estrutura do Estado fosse alçada à perfeição, tornando-se onipresente no território sujeito à sua

²²⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 21.

²²⁵ GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 2, p. 163-178, out. 2011.

²²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *In*: _____. **Temas de direito processual**: 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21.

²²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. p. 92 e 299. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 9 set. 2023.

²²⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**, cit., p. 55. Na mesma linha, *vide* DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1, p. 203.

jurisdição, o que não se afigura factível nem mesmo para os Estados de maior poder econômico e estabilidade sociopolítica.²²⁹

Daí a relevante função desempenhada pela concepção de Justiça Multiportas atualmente preponderante em matéria de resolução de conflitos, e que deve ter em mira também o instituto da autotutela. É do que ora passaremos a tratar brevemente.

3. A INSERÇÃO DA AUTOTUTELA NO CONCEITO DE “JUSTIÇA MULTIPORTAS”

Conforme assinalamos em outra ocasião,²³⁰ a Justiça Multiportas (*Multi-door Courthouse*) – conceito introduzido por Frank Sander²³¹ – apresenta variadas formas de acesso e solução de controvérsias, de modo que “a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição” e – na acepção de alguns – “passa a ser *ultima ratio, extrema ratio*”.²³² Essa noção também foi explorada por Marc Galanter, na década de 80, em contraponto ao “centralismo jurídico” (*legal centralism*), sob a perspectiva de que a via adjudicatória tem capacidade limitada e há outros fóruns considerados mais adequados, em uma ressignificação do conceito de acesso à justiça (*access to justice*).²³³

Apesar dessa perspectiva ampla trazida pela Justiça Multiportas, os meios “alternativos” (*rectius*: adequados) rotineiramente invocados pela doutrina são, em matéria de heterocomposição, a arbitragem e, dentre os métodos consensuais, a negociação, a mediação e a conciliação.²³⁴

²²⁹ Em seu clássico artigo, MARC GALANTER explora, com maestria, o fenômeno do pluralismo jurídico, reputando-o como inerente a todos os ordenamentos jurídicos. Cf. *Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law*. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, London, v. 13, n. 19, p. 1-47, 1981.

²³⁰ SILVESTRE, Nathan Christian Coelho. **Combate às fake news: as autoridades estatais face à desinformação na era digital e os impactos à liberdade de expressão**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. p. 102.

²³¹ NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. **Manual da justiça digital: compreendendo a *online dispute resolution*, os tribunais híbridos e a inteligência artificial analítica e generativa no direito**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023. p. 29-31.

²³² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *In: _____; _____; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 36. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9).

²³³ GALANTER, Marc. *Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law*. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, London, v. 13, n. 19, p. 1-47, 1981.

²³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In: _____ et al. O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-21.

Entretanto, como visto alhures, também a autotutela pode desempenhar uma função relevante nessa seara. Estaríamos diante de uma categoria mais ampla que Elton Venturi denomina como *métodos resolutivos em geral*, para além da adjudicação, em uma análise da “possível reinvenção da adjudicação pública e do gradativo emprego de **outros métodos resolutivos**, tais **como a autotutela**”²³⁵ (grifei).

Nesse quadrante, o citado jurista delineia que – ao menos no campo dos direitos da personalidade – “**a garantia do emprego da autotutela reflete a existência de um especial regime jurídico protetivo** integrado pela Constituição Federal e pelo Código Civil” (grifei)²³⁶, com o escopo de reafirmar a proteção conferida à inviolabilidade da vida, da liberdade, da propriedade, da segurança e da igualdade.

Isso se harmoniza com a assertiva de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, ao abordar as limitações práticas do processo judicial, de que não se pode pretender que a solução adjudicatória seja a única via para a solução de conflitos, já que a elevação dos custos e o congestionamento dos tribunais implicaria a descrença popular no Poder Judiciário; por isso mesmo, o sistema “deve, portanto, contentar-se em confinar a autotutela dentro de limites em que não seja perigosa para a paz social e enquadrar a autocomposição de modo a evitar sua degeneração claudicante, mas sem tentar acabar com ambas”²³⁷. Afinal, consoante Botelho de Mesquita pontificara, a “defesa privada” é, ainda assim, uma forma de realização da ordem jurídica.²³⁸

Com ressalvas quanto à generalização do instituto, a literatura especializada explica que a autotutela – excetuados os casos nos quais ela provoca “considerável perturbação social” – também possui vantagens, já que, “em certas ocasiões, a defesa privada custa socialmente menos e rende mais”.²³⁹

Segundo Castillo, mesmo os aspectos negativos do fenômeno seriam parcialmente mitigados pela processualização (*procesalización*) de determinadas manifestações da autotutela²⁴⁰, como as “pseudojurisdições administrativa e disciplinar”²⁴¹. Seria essa a autotutela cunhada como “fundamentada” (*razonada*),

²³⁵ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis, cit., p. 407; CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**, cit., p. 55-56.

²³⁶ *Ibidem*, p. 408.

²³⁷ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**, cit., p. 234.

²³⁸ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Da ação civil, cit., p. 96-99.

²³⁹ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**, cit., p. 57.

²⁴⁰ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 61.

apta, inclusive, a ensejar uma decisão justa, uma vez que o seu desenvolvimento ocorre sob a via processual.²⁴²⁻²⁴³⁻

É tempo de ingressarmos em um exame mais concreto do fenômeno como realização do direito material.

Andrade, Gonçalves e Milagres, em recente ensaio, abordam, a partir do direito italiano, a revisitação do tradicional paradigma da vedação à autotutela, como fuga da jurisdição (estatal e arbitral) e dos meios consensuais de solução de disputas.²⁴⁴

Isso porque a Itália teria autorizado legalmente alguns mecanismos voltados à autotutela executiva, dentre eles o pacto marciano, o penhor “não possessório” e a penhora “revocatória”²⁴⁵. Ao lado dessas novidades para acelerar o recebimento de crédito, foram trazidas prerrogativas como a avaliação do bem dado em garantia a partir de critérios objetivos e por perito imparcial, com a devolução do valor excedente ao da dívida, no caso da excussão da garantia (pacto marciano); e, na hipótese do penhor, a prévia notificação do devedor, a possibilidade de oposição judicial em cinco dias da notificação (para suspensão da excussão) e a reparação de danos em caso de violação das normas legais no curso da excussão da garantia.

Para os mencionados juristas, o tema dialoga com a valorização da autonomia privada pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), ao primar pela intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, autorizando que as partes promovam, nas relações contratuais, a alocação de riscos, trazendo regras para interpretação do contrato e os pressupostos para revisão ou resolução das avenças (arts. 421, parágrafo único, e 421-A, I, II e III, do CC).²⁴⁶

A esse propósito, para além de institutos já admitidos pelo ordenamento brasileiro como expressão da *autotutela executiva* – como anticrese, penhor legal e a execução extrajudicial de bem móvel ou imóvel dado em alienação fiduciária, *v.g.* –, sugere-se, *de lege ferenda*, o reconhecimento legal, no Brasil, da possibilidade de adoção do pacto marciano (cláusula contratual que autoriza o

²⁴² *Ibidem*, p. 62-63.

²⁴³ DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. A autotutela administrativa no sistema brasileiro de justiça multiportas, cit., p. 192.

²⁴⁴ ANDRADE, Érico; GONÇALVES, Gláucio Maciel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 322, p. 437-476, dez. 2021.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 4-5 da versão da RT *online*.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 7-8 da versão da RT *online*. Na mesma linha: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Novas perspectivas, cit., p. 6 da versão da RT *online*.

credor a ficar com o bem dado em garantia no caso de inadimplemento) como mecanismo legítimo para satisfação do crédito, desde que haja previsão de “fixação do valor do bem por terceiro neutro e imparcial e assegurando a devolução de eventual valor excedente do bem em relação à dívida”²⁴⁷ – objetivando superar a resistência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

A conclusão caminhou no sentido de que fica “em dúvida até mesmo a necessidade ou ‘inafastabilidade’ do processo [...] para a realização dos direitos materiais, uma vez que os novos instrumentos privilegiam o fator tempo para realização dos direitos”²⁴⁸. Como proposta geral, Andrade, Gonçalves e Milagres recomendam a revisão da proibição geral da autotutela, admitindo-se o seu exercício de forma ampla, mas “permeada por balizas gerais estabelecidas pelo legislador”²⁴⁹.

Isso perpassaria pelas seguintes etapas: (i) circunscrever a qual seara tal providência seria admissível – na visão desses juristas, “direitos privados, de caráter patrimonial”; (ii) procedimentalizar a atuação do credor, regulamentando todo o percurso envolvido na excussão de garantia, inclusive a apuração do valor da coisa por terceiro imparcial e a devolução do excesso; (iii) preservar a possibilidade de controle judicial sobre os atos praticados pelo credor; e (iv) “possibilidade de controle da atuação do credor também pela aplicação da principiologia, especialmente o princípio da razoabilidade/proporcionalidade e do devido procedimento”.²⁵⁰

Trilhando um *iter* semelhante, em trabalho de fôlego sobre o tema, Raquel Bellini de Oliveira Salles propõe a superação do dogma da vedação da “defesa privada” a partir de um conceito designado como “autotutela constitucionalizada e controlada”²⁵¹, informada pela autonomia privada – e a consequente autorregulação dos interesses pelas partes.

Divorciando o fenômeno de suas formas primitivas de *vingança privada*, e apoiada em ensinamentos estrangeiros – como de Massimo Bianca, em defesa de um modelo amplo de autotutela –, a mencionada jurista defende que “a autotutela no campo privatístico há de ser admitida de forma limitada e

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 10 da versão da RT online.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 11 da versão da RT online.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 12 da versão da RT online.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 13 da versão da RT online.

²⁵¹ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. **A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. p. 43 e ss.

controlada, como meio idôneo de defesa de interesses juridicamente protegidos”;²⁵² ainda, acrescenta que o mecanismo seria interpretado por princípios constitucionais – de natureza material e processual – que lhe confeririam legitimidade.²⁵³

Para nortear a instrumentalização dos mecanismos de autotutela, Salles estabelece que o seu uso não pode escapar da observância dos “valores existenciais”, submetendo-se, inclusive, à boa-fé objetiva do ponto de vista operacional, com um “procedimento a ser seguido pela parte que se vale do instrumento, assegurando-lhe transparência e lealdade, bem como uma reação adequada e proporcional à lesão sofrida”.²⁵⁴ Essa percepção seria conjugada com a ausência de pretensão de substituição ou contraposição à atividade jurisdicional, preservando-se o controle judicial *a posteriori*, além de uma noção geral de vedação ao abuso pela parte que se vale desse instrumento.

Do ponto de vista concreto, quanto à “ampliação do uso de remédios não previstos, com base no poder de autotutela, fundado, como já dito, no princípio da autonomia”²⁵⁵, dentre outras hipóteses, Salles sustenta também a admissibilidade do pacto marciano à luz do ordenamento brasileiro, por não esbarrar na coibição legal do pacto comissório, do qual se distingue em razão da necessidade de avaliação da coisa dada em garantia, por terceiro escolhido pelos contratantes e segundo critérios objetivos, e de restituição da diferença entre o valor da garantia e o do bem.

Ainda, a doutrina pátria não converge quanto à caracterização dos *smart contracts* como um instrumento de autotutela: Cabral sustenta que os “contratos inteligentes”, em sua programação, eliminam a intervenção do Judiciário para o cumprimento do avençado.²⁵⁶

Por outro lado, Talamini e Cardoso enveredam na distinção entre autotutela e o autocumprimento, vislumbrando que, na hipótese em tela, “[h]á uma *autoexecução do contrato* e não uma *autotutela da parte contratante*” (grifos

²⁵² *Ibidem*, p. 48.

²⁵³ *Ibidem*, p. 49.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 50-51. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 10, p. 13-19, jul.-dez. 2007. p. 18.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 223.

²⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 85, p. 19-43, jul.-set. 2022. p. 35-36. Na mesma linha: RASKIN, Max. The law and legality of smart contracts. **Georgetown Law Technology Review**, Washington, DC, v. 1, n. 2, p. 305-341, Apr. 2017. p. 333-334.

como no original), de tal sorte que “as partes ao celebrarem a avença computacional já estão nesse momento emitindo suas manifestações de vontade e programando o automático desdobrando dos efeitos”,²⁵⁷ o ponto nodal da autotutela seria, por consequência, a atuação da parte como “uma reação ao inadimplemento”,²⁵⁸ o que não ocorreria no *smart contract*, seja pelo adimplemento automatizado, seja por ausência de intervenção da parte “credora” – a implementação é ajustada entre as partes e executada pela rede de *blockchain*.

Mas outros exemplos – mal interpretados como *smart contracts* – consistiriam em mecanismos tecnológicos atuando em prol da autotutela, por se enquadrarem na lógica de acionamento unilateral e discricionário por parte do credor. Ao explorar essa via, Talamini e Cardoso assentam que, como diretrizes gerais, não podem ser aceitas medidas atípicas de autotutela que não poderiam ser adotadas nem mesmo em sede de execução – como o exemplo da sirene implantada em determinado mobiliário e que emitiria sons estridentes no caso de inadimplemento, por constituir cobrança vexatória e desproporcional.²⁵⁹

Tais considerações – mais amplas – são bastante relevantes para a reflexão das potencialidades oferecidas pelo sistema brasileiro e ainda não exploradas, por força de um apego acrítico a dogmas seculares que, na atualidade, não mais se sustentam, sobretudo ante as deficiências visualizadas no exercício da atividade judicante pelo Estado.

Feito esse panorama, avança-se sobre a específica situação da moderação de conteúdo no ordenamento pátrio, dadas as suas peculiaridades.

4. PROCEDIMENTOS DE MODERAÇÃO DE CONTEÚDO: ESTAMOS DIANTE DE AUTOTUTELA? CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.

No Brasil²⁶⁰ e nos Estados Unidos²⁶¹, já há quem atribua a característica de *autotutela* à moderação de conteúdo. Antes de aprofundar nessa matéria, daremos um passo para trás.

²⁵⁷ TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. *Smart contracts*, “autotutela” e tutela jurisdicional, cit., p. 189.

²⁵⁸ *Ibidem*, loc. cit.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 196-198.

²⁶⁰ LAUX, Francisco de Mesquita. **Redes sociais e limites da jurisdição**: planos da territorialidade e efetividade. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. RB-1.1. *E-book*; GRINGS, Maria Gabriela. **Tutela jurisdicional e ambiente digital**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 103-104.

²⁶¹ LANGVARDT, Kyle. Regulating online content moderation. **The Georgetown Law Journal**, Washington, DC, v. 106, n. 5, p. 1353-1388, June 2018. p. 1368.

Lawrence Lessig é frequentemente citado por sua clássica lição de que “o algoritmo é a lei” (*code is law*). Em outras palavras, isso significa que, no ciberespaço, os comportamentos são regulados pela arquitetura sistêmica – *hardware* e *software* –, diversamente do que ocorre no “mundo real”, em que a regulamentação ocorre por intermédio das leis e Constituições.²⁶²

Por isso é que se diz que “[a] arquitetura do mundo virtual restringe o que o internauta pode ou não fazer”, na medida em que “as possibilidades do que pessoas podem ou não expressar, o quando e o como estão delimitadas pelo código”²⁶³, manifestando-se como um controle *ex ante* das plataformas, por meio de regras que “são criadas e modificadas muitas vezes unilateralmente por grupos privados ou empresas como” – dentre as redes sociais – “Google e Facebook”.²⁶⁴

Em um panorama geral, e ressalvado o uso patológico desse controle da arquitetura, essa primeira “etapa” da governança digital, a partir do que já se viu, parece mais amoldada à noção de “autocumprimento” das regras *ajustadas* entre as plataformas e seus usuários – que aderem aos padrões comunitários previstos pelas próprias redes sociais.

Essa – raramente perceptível – faceta da regulamentação do mundo virtual, consistente nas leis da arquitetura da Internet, traduz-se em apenas parte da história. Outro aspecto relevante – e objeto central deste ensaio – é a moderação de conteúdo.

A curadoria do material *online* que se admite em determinada plataforma, a nosso ver, reflete um primeiro elemento relevante para a sua configuração como autotutela: há um interesse direto e concreto das redes sociais em controlar qual conteúdo pode ser expressado em seu espaço virtual.

A primeira dimensão desse interesse diz respeito ao estímulo econômico para que a remoção de conteúdo seja realizada pelas plataformas – afinal, não se pode descurar que, a rigor, são *empresas*, não entidades filantrópicas ou governamentais –, como ensinam Sarlet e Hartmann.²⁶⁵

²⁶² LESSIG, Lawrence. **Code**: and other laws of cyberspace, version 2.0. New York: Basic Books, 2006. p. 5.

²⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. **RDU**, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov.-dez. 2019. p. 94. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18863/2/Direitos_Fundamentais_e_Direito_Privado_a_Protecao_da_Liberdade_de_Expressao_nas_Mdias_Sociais.pdf. Acesso em: 17 set. 2023.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 96.

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos fundamentais e direito privado, cit., p. 96.

Kate Klonick²⁶⁶ igualmente explora essa vertente, registrando que a razão principal para a curadoria de conteúdo são os riscos que certos materiais – pornográficos e violentos, por exemplo – trariam para os lucros da plataforma. Não apenas da perspectiva dos anunciantes, mas também a partir do alinhamento entre as expectativas dos usuários e o material exibido na plataforma: quanto mais tempo o usuário despende, maiores serão os retornos financeiros para a rede social.

Isso demonstra que, ao contrário do que se pode crer em um primeiro momento, não apenas a remoção de conteúdo, como também a sua manutenção goza de um papel importante²⁶⁷. Integra o modelo de negócios das redes sociais a rápida conformação de suas regras às expectativas sociais sobre liberdade de expressão, que estão em constante alteração, assim como a civilização – e o (in)sucesso em acompanhar tais mudanças sociais teria justificado a migração de usuários de uma plataforma para outra ao longo dos anos.²⁶⁸

O segundo aspecto do interesse envolvido na moderação de conteúdo – menos proeminente do que os lucros, segundo Klonick – é a responsabilidade social dessas empresas (*corporate social responsibility*)²⁶⁹. Os valores envolvidos na curadoria de material digital por essas redes sociais estariam, em sua maioria, alinhados com o ideal americano de proteção da liberdade de expressão.²⁷⁰

Em nossa concepção, ambos os enfoques dialogam com o assim denominado “direito de controle de acesso a recinto virtual” (*virtuelles Haurescht*) descrita pelo professor alemão Martins Eifert como sendo “parte de seu direito poder estabelecerem eles mesmos as regras para conteúdos permitidos em suas plataformas que têm caráter de direito privado”.²⁷¹

Ainda que essa perspectiva possa ser confrontada com outros relevantes pontos de vista – como é o caso da eficácia horizontal de direitos fundamentais e, conseqüentemente, a mitigação ou, ao menos, racionalização da ingerência das redes sociais nos conteúdos veiculados por seus usuários, com o que

²⁶⁶ KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. **Harvard Law Review**, v. 131, n. 6, p. 1598-1670, Apr. 2018. p. 1627-1630.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 1627.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 1628-1629.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 1625-1627.

²⁷⁰ Além do supracitado ensaio de KATE KLONICK vide EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma. In: ABOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-6.10. E-book.

²⁷¹ *Ibidem*, loc. cit.

concordamos²⁷² –, ela desvela, em essência, o que a prática demonstra ser a realidade do mundo virtual.

Em vista desse panorama, parece improvável que se recuse a natureza de autotutela na moderação de conteúdo por plataformas digitais. Afinal, estão presentes os elementos apontados por Alcalá-Zamora: a decisão – de manutenção ou remoção de determinada postagem ou afim – é tomada pela plataforma (por um humano ou por ferramentas automatizadas) e, seja favorável ou não à retirada, é por ela imposta em relação ao usuário (autor ou denunciante do material).

Nesse ponto, é possível refletir sobre em que medida se transpõe a percepção de que haveria possibilidade de se extrair um resultado imparcial na autotutela exercida pela Administração Pública, quando se dá por meio de “órgãos que não estão pessoalmente interessados no caso”²⁷³. Não se duvida que esse entendimento não comporta integral aplicação no âmbito dos procedimentos de moderação de conteúdo. Por um lado, seja um moderador humano ou robô, realmente não há interesse *pessoal* na curadoria do material postado pelos usuários; no entanto, seria ingênuo desprezar que tanto o algoritmo quanto os colaboradores são orientados – por código ou por manuais – pela própria plataforma e atuam como “órgãos representativos”²⁷⁴ dela.

Com essas breves ponderações, avançamos agora para o cenário brasileiro.

Não há, a rigor, nenhuma regra que expressamente admita a moderação pelas redes sociais em solo pátrio; nos EUA, há decisões judiciais²⁷⁵ referindo ao disposto na Seção 230, (c)(2), do *Communications Decency Act* (CDA) como imunidade legal às plataformas para remoção de conteúdo de seus usuários. O seu “equivalente” normativo mais próximo no Brasil seria o art. 19 do Marco Civil da Internet (MCI).²⁷⁶

O referido dispositivo legal tem hoje a sua constitucionalidade discutida no âmbito do Tema nº 987/STF, a partir do *leading case* (Recurso Extraordinário nº

²⁷² Confirmam-se os nossos As garantias do devido processo no âmbito dos procedimentos de moderação de conteúdo pelas plataformas digitais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 337, ano 5, p. 277-302, mar. 2023; e O devido processo nas decisões do *Oversight Board*. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 17, ano 48, out.-dez. 2022.

²⁷³ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**, cit., p. 53.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 53-54.

²⁷⁵ *Domen v. Vimeo, Inc.*, No. 20-616 (2d Cir. 2021); *Daniels v. Alphabet Inc.*, No 20-cv-04687-VKD (N.D. Cal. Mar. 31, 2021).

²⁷⁶ STROPPIA, Tatiana *et al.* A seção 230 do CDA e o artigo 19 do Marco civil da Internet. **ConJur**, São Paulo, 4 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/direito-digital-secao-230-cda-artigo-19-marco-civil-internet>. Acesso em: 17 set. 2023.

1.037.396/SP). Outro tema correlato, de nº 533, igualmente está em curso perante o Supremo Tribunal Federal, referindo-se ao período anterior à vigência do Marco Civil da Internet.

Consoante Teffé e Souza, a jurisprudência do STJ, até o advento do MCI, responsabilizava as plataformas na hipótese de o conteúdo tido por ofensivo não ser removido após notificação extrajudicial do interessado²⁷⁷⁻²⁷⁸. Após a edição do diploma legal específico, o entendimento jurisprudencial deslocou-se em prol da observância do marco regulatório: caracterizar-se-á a responsabilidade civil do provedor caso, após ordem judicial específica, o material não seja retirado do ar, afastando um “dever de monitoramento prévio”,²⁷⁹ que, contudo, não impediria o controle de conteúdo com base nos termos de uso.²⁸⁰

No entanto, como já se disse, essa “nova” regra estabelecida pelo art. 19 do MCI atualmente tem a sua compatibilidade com a Constituição contestada perante a Suprema Corte (Tema nº 987).

Entretanto, dentre as manifestações escritas, praticamente inexistente quem defenda a impossibilidade – mais que isso, a ilegalidade ou inconstitucionalidade – da remoção de conteúdo pelos provedores de aplicação sem prévia decisão judicial.²⁸¹

Na realidade, mesmo quem se posiciona contrariamente à constitucionalidade do art. 19 do MCI defende que há um dever de remoção proativa de material digital por parte das plataformas, inclusive redes sociais.²⁸²

Dentre aqueles que se manifestaram em defesa da harmonia da regra legal com a Constituição aludem à possibilidade de retirada de conteúdo em

²⁷⁷ SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. **ConJur**, São Paulo, 23 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet#sdfootnote2sym>. Acesso em: 17 set. 2023.

²⁷⁸ *Idem*. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 1-28, nov.-fev. 2019. p. 10.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 11.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 11, nota de rodapé n. 29; GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela, cit., p. 18).

²⁸¹ Em âmbito doutrinário, JULIANO MARANHÃO e RICARDO CAMPOS advogam que “[o] Poder Judiciário [...] deve preservar sua competência exclusiva para determinar o bloqueio ao acesso ou retirada de conteúdos nas redes sociais, tal como estabelecido no Marco Civil da Internet” (MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e a autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais*. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. **Fake news e regulação**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-15.1. *E-book*).

²⁸² É o caso da Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão (ABERT), Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon), Grupo de Proteção à Marca (BPG), Confederação Israelita do Brasil (CONIB) e Instituto para Desenvolvimento do Varejo (IDV).

desconformidade com os termos de uso dos respectivos provedores.²⁸³ A questão está, por exemplo, nos casos mais delicados e não solucionáveis a partir das *community standards*, situação em que as próprias plataformas referem à preservação da reserva de jurisdição para lidar com *hard cases* envolvendo conflitos entre direitos fundamentais.²⁸⁴

Para além do Marco Civil da Internet, a moderação de conteúdo é objeto, no Brasil, do Projeto de Lei (“PL”) nº 2.630/20, o assim denominado “PL das *Fake News*”, de autoria do Senador Alessandro Vieira.²⁸⁵ Após tramitação no Senado, hoje a proposta tramita perante a Câmara dos Deputados,²⁸⁶ sob a relatoria do Deputado Orlando Silva (PCdoB-SP).

O último andamento relevante consiste em parecer preliminar do atual Relator, de 27/4/2023, proferido em Plenário, com a apresentação de um novo substitutivo²⁸⁷. Dentre outros pontos, o referido PL apresenta um capítulo, denominado “III – Da notificação pelo usuário e do devido processo nos procedimentos de moderação de conteúdo”, que compreende os arts. 16 a 19.

Nesse contexto, há nítido reconhecimento, por parte do Poder Legislativo, acerca da possibilidade de moderação de conteúdo – com a exclusão de postagens e afins – por parte dos provedores de aplicação, sem necessidade de recorrer à atividade jurisdicional, configurando-se a legalidade da autotutela da qual – explicitamente ou não – estão investidas as redes sociais no contexto moderno.

O ponto mais frutuoso da proposta de lei consiste em estabelecer, de forma mais clara e uniforme, requisitos mínimos, em termos de devido processo, que devem ser atendidos pelas plataformas digitais. Isso significa, na nossa concepção, o anseio de *processualização* da autotutela que Alcalá-Zamora reputa

²⁸³ Foi a posição exarada, por exemplo, do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS).

²⁸⁴ Vide, por todos, a manifestação da Google e da Associação Brasileira de Internet (ABRANET).

²⁸⁵ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.630, de 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. *In*: Portal da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110630&ts=1691608177267&disposition=inlinen&gl=1*frqwyt*ga*ODQ4Mjl2MDU2LjE2OTQyODA1Mzk.*ga_CW3ZH25XMK*MTY5NTI1ODY5NC4yLjAuMTY5NTI1ODY5NC4wLjAuMA. Acesso em: 20 set. 2023.

²⁸⁶ *Idem*. Congresso. Câmara dos Deputados. PL 2630/2020 e seus apensados. *In*: Portal da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 20 set. 2023.

²⁸⁷ *Idem*. Congresso. Câmara dos Deputados. Parecer proferido em plenário ao Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, e apensados. *In*: Portal da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2265334&filename=PRLP+1+%3D%3E+PL+2630/2020. Acesso em: 20 set. 2023.

como uma trilha benéfica para a obtenção de decisões, o tanto quanto possíveis, imparciais e justas, inclusive porque permite o escrutínio – pelo usuário e também pelo público, à luz das demais previsões que envolvem obrigações de transparência pelas redes sociais – do poder exercido pelas *Big Techs*. Essa preocupação constou expressamente do parecer preliminar do PL das Fake News.²⁸⁸

Assim, à luz da nomenclatura trazida por Salles, consideramos que as discussões legislativas caminham, em bom tom, na direção da *autotutela constitucionalizada*, informada, *inter alia*, pela cláusula geral do devido processo.

Poderíamos dizer: são freios e contrapesos para contrabalancear um certo grau de arbitrariedade no controle de conteúdo pelas redes sociais, mitigando as desvantagens de um *procedimento unilateral* a partir de maior integração do usuário e de interessados na moderação de conteúdo que lhes diga respeito, o que se traduz em “acréscimo de força à estabilidade”²⁸⁹ da decisão. Essa concepção em muito se aproxima da legitimidade pelo procedimento, como sustenta a literatura especializada no campo da moderação de conteúdo,²⁹⁰ assim como Dinamarco já defendera, dentro e fora da seara judicial.²⁹¹

A incorporação desse atributo é relevante porque, na atualidade, é bem reconhecida a inaptidão do Estado-juiz para lidar, diária e massivamente, com conflitos envolvendo direito digital e moderação de conteúdo.²⁹²

Em solo brasileiro, essa constatação também considera que “[o] Poder Judiciário não possui a expertise e velocidade necessárias para a reação eficiente” contra ilícitos praticados na Internet, em especial “a produção e divulgação de *fake news*”; a isso se soma que, “por atuar caso a caso, não tem ferramentas institucionais para identificar e combater organizações que estejam por trás de

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 46.

²⁸⁹ SANTOS FILHO, Augusto Barbosa. **Execução extrajudicial e jurisdição**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021. p. 177.

²⁹⁰ SUZOR, Nicolas. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. **Social Media + Society**, v. 4, n. 3, California, p. 1-11, July-September 2018; ZITTRAIN, Jonathan. Three eras of digital governance. **SSRN**, Cambridge, 15 Sept. 2019. p. 8-9. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3458435. Acesso em: 20 fev. 2023; DOUEK, Evelyn. The limits of international law in content moderation. **UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law**, California, v. 6, p. 37-76, 2021. p. 48-49.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022. p. 120.

²⁹² CAMPOS, Ricardo Resende. Com emenda que permite censura, Brasil tropeça na própria desinformação. **ConJur**, São Paulo, 6 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-06/ricardo-campos-permitir-censura-brasil-tropeca-desinformacao>. Acesso em: 23 set. 2023.

disseminação massiva e articulada de notícias fraudulentas”²⁹³ e outras violações perpetradas pelos usuários.

Por isso, é lícita a interpretação de que a moderação de conteúdo, desde que modulada pelos direitos fundamentais, pode representar, na atualidade, um caminho legítimo para o acesso à Justiça, dado que “se apresent[a] como via rápida e eficaz”, elemento de essencial importância no ambiente cibernético.²⁹⁴

Nesse panorama, Marcelo Guedes Nunes e Bruno Daleffi desenvolveram sensível análise quantitativa acerca do número de ações propostas com o advento do MCI. Uma das observações feitas pelos pesquisadores é de que a judicialização teria sido reduzida desde então, com a ressalva de que “[a] queda no volume de novas ações, entretanto, não implica na ausência de tutela jurídica”, pois “o arrefecimento das ordens depois de 2014 no Brasil pode ter relação com o aumento de remoções extrajudiciais”²⁹⁵ pelas próprias plataformas digitais.

Essa conclusão foi reproduzida também no parecer apresentado junto ao STF, em que se discute a constitucionalidade do art. 19 do MCI, situando-se que “[d]isputas para remoção de conteúdo em desacordo com essas políticas de uso tendem a não ser judicializadas porque a sua resolução extrajudicial é simples e pode ser obtida por meio das ferramentas online”²⁹⁶ das redes sociais.

A ressignificação do tema ocorre, portanto, a partir da noção de Kazuo Watanabe de que o acesso à Justiça deve ser compreendido como “o *acesso à ordem jurídica justa*” (grifos como no original), não podendo se circunscrever ao “acesso aos órgãos judiciais já existentes”,²⁹⁷ tendo espaço também no ambiente privado.

É profícua, assim, e em conclusão, a perspectiva de que seria factível a conciliação de dois fenômenos – a autotutela e o acesso à Justiça – geralmente tido como contrapostos entre si, mesmo que algumas adaptações sejam

²⁹³ MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e a autorregulação regulada das redes sociais no Brasil*, cit., RB-15.1.

²⁹⁴ GRINGS, Maria Gabriela. *Tutela jurisdicional e ambiente digital*, cit., p. 99.

²⁹⁵ DALEFFI, Bruno; NUNES, Marcelo Guedes. O impacto do Marco Civil da Internet no Judiciário: análise quantitativa dos efeitos do artigo 19 da Lei 12.965/2014 no Judiciário Brasileiro. *Revista da FALP*, São Paulo, v. 1, p. 219-233, 2022. p. 230. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/5e8c8ca71556cd7eab527147/t/63d6aeddf903950838925465/1675013859125/FALP-1.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

²⁹⁶ TERRANOVA CONSULTORIA. Parecer acerca do impacto do Marco Civil da Internet nas ações de remoção de conteúdo. *Supremo Tribunal Federal*, 19 maio 2021. p. 4. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756061319&prclID=6192789>. Acesso em: 23 set. 2023.

²⁹⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In: _____*. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado do acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 3.

necessárias, notadamente no campo do controle de conteúdo por redes sociais – que envolve, por natureza, discussões a respeito de direitos fundamentais, com ênfase na liberdade de expressão e liberdades comunicacionais em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil: teoria do processo e processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

ANDRADE, Érico; GONÇALVES, Gláucio Maciel; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Autonomia privada e solução de conflitos fora do processo: autotutela executiva, novos cenários para a realização dos direitos? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 322, p. 437-476, dez. 2021.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A paz social na Constituição de 1988: o preâmbulo da Constituição como porta de acesso à mediação. *In: DANTAS, Bruno et al. (coord.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. p. 246-265.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. *In: _____*. Temas de direito processual: 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 21-29.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Parecer proferido em plenário ao Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, e apensados. *In: Portal da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2265334&filename=PRLP+1+%3D%3E+PL+2630/2020. Acesso em: 20 set. 2023.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. PL 2630/2020 e seus apensados. *In: Portal da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 20 set. 2023.

_____. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.630, de 2020. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. *In: Portal da Câmara dos Deputados*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110630&ts=169160817726>

7&disposition=inline&_gl=1*frqwyt*_ga*ODQ4Mjl2MDU2LjE2OTQyODAlMzk*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NTI1ODY5NC4yLjAuMTY5NTI1ODY5NC4wLjAuMA. Acesso em: 20 set. 2023.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. As novas tendências do direito processual: uma contribuição par o seu reexame. *In*: _____. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 263-307.

_____. Da ação civil. *In*: _____. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1, p. 33-128.

_____. Limites ao poder do juiz nas cautelas antecipatórias. *In*: _____. Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3, p. 208-217.

_____. Panorama do direito visto do processo. *In*: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudinei de (org.). Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 583-590.

CABRAL, Antonio do Passo. Processo e tecnologia: novas tendências. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 85, p. 19-43, jul.-set. 2022.

CAMPOS, Ricardo Resende. Com emenda que permite censura, Brasil tropeça na própria desinformação. ConJur, São Paulo, 6 out. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-06/ricardo-campos-permitir-censura-brasil-tropeca-desinformacao>. Acesso em: 23 set. 2023.

CAPONI, Remo. Harmonizing civil procedure: initial remarks. *In*: HESS, Burkhard; KRAMER, Xandra E. (coord.). From common rules to best practices in European Civil Procedure. Baden-Baden, Germany: Nomos, 2017. p. 43-62.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso. México, D. F.: Universidad

Nacional Autónoma de México, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2023. Brasília: CNJ, 2023.

Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 9 set. 2023.

COSTA, Susana Henriques da *et al.* Quem paga a conta do congestionamento do Judiciário brasileiro? JOTA, São Paulo, 21 fev. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-paga-a-conta-do-congestio-namento-do-judiciario-brasileiro-21022022>. Acesso em: 28 fev. 2022.

COUTO, Marlen. PL das *fake news* quer expor 'caixa preta' de moderação automatizada e gera resistência das redes. O Globo, Rio de Janeiro, 10 mar. 2022.

Disponível em:

<https://blogs.oglobo.globo.com/sonar-a-escuta-das-redes/post/projeto-das-fake-news-exposicao-de-dados-sobre-moderacao-de-conteudo-gera-resistencia-de-plataformas.html>. Acesso em: 12 mar. 2022.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987.

DALEFFI, Bruno; NUNES, Marcelo Guedes. O impacto do Marco Civil da Internet no Judiciário: análise quantitativa dos efeitos do artigo 19 da Lei 12.965/2014 no Judiciário Brasileiro. Revista da FALP, São Paulo, v. 1, p. 219-233, 2022. Disponível em:

<https://static1.squarespace.com/static/5e8c8ca71556cd7eab527147/t/63d6aeddf903950838925465/1675013859125/FALP-1.pdf>. Acesso em: 23 set. 2023.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. A autotutela administrativa no sistema brasileiro de justiça multiportas. *In*: TESOLIN, Fabiano da Rosa; MACHADO, André de Azevedo (coord.). Direito federal brasileiro: 15 anos de jurisdição no STJ dos Ministros Og Fernandes, Luis Felipe Salomão e Mauro Campbell Marques. Londrina: Thoth, 2023. p. 177-198.

_____. Curso de direito processual civil. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1.

_____; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *In*: _____; _____. CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 35-66 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9).

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 16. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do processo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DOUEK, Evelyn. The limits of international law in content moderation. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law, California*, v. 6, p. 37-76, 2021.

EIFERT, Martin. A Lei Alemã para a Melhoria da Aplicação da Lei nas Redes Sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma. *In*: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news e regulação*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

FONSÊCA, Vitor. O período arcaico do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 213, p. 35-49, nov. 2012.

GALANTER, Marc. Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, London*, v. 13, n. 19, p. 1-47, 1981.

GIDI, Antonio. A dimensão política do direito de ação. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, São Paulo, v. 2, p. 163-178, out. 2011.

GRINGS, Maria Gabriela. O *Digital Services Act* e as novas regras para a moderação de conteúdo. *ConJur*, São Paulo, 22 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-22/direito-digital-digital-services-act-novas-regras-moderacao-conteudo>. Acesso em: 20 set. 2023.

_____. Tutela jurisdicional e ambiente digital. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 10, p. 13-19, jul.-dez. 2007.

_____. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In: _____ et al. O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1-21.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Breves notas sobre os modos de solução dos conflitos. *Doutrinas Essenciais – Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 359-370, set. 2014.

KLONICK, Kate. The new governors: the people, rules, and processes governing online speech. *Harvard Law Review*, v. 131, n. 6, p. 1598-1670, Apr. 2018.

LANGVARDT, Kyle. Regulating online content moderation. *The Georgetown Law Journal*, Washington, DC, v. 106, n. 5, p. 1353-1388, June 2018.

LAUX, Francisco de Mesquita. *Redes sociais e limites da jurisdição: planos da territorialidade e efetividade*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. *E-book*.

LESSIG, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace, version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.

LORDELO, João Paulo. *Constitucionalismo digital e devido processo legal*. Salvador: JusPodivm, 2022.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A inafastabilidade do controle jurisdicional e suas exceções – estudo quanto à aplicação do tema à justiça desportiva no âmbito do futebol. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, p. 37-60, jul.-set. 1983.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. *Fake news* e a autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. *In*: ABOUD, Georges;

NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake news* e regulação. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. RB-15.1. *E-book*.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. Os meios extrajudiciais de solução de conflitos como forma adequada de pacificação social e a tendência à desjudicialização. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 52, p. 221-258, jan.-mar. 2017.

NUNES, Dierle. Etapas de implementação de tecnologia no processo civil e ODRs. *In*: SOARES, Carlos Henrique; NUNES, Leonardo Silva; ÁVILA, Luiz Augusto de Lima. *Direito em tempos de crise: soluções processuais adequadas para a tutela de direitos coletivos e individuais*. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 519-560.

_____; DUARTE, Fernanda Amaral. Jurimetria e tecnologia: diálogos essenciais com o direito processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 299, p. 405-448, jan. 2020.

_____; MALONE, Hugo. *Manual da justiça digital: compreendendo a online dispute resolution, os tribunais híbridos e a inteligência artificial analítica e generativa no direito*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.

NUNES, Marcelo Guedes. A responsabilidade das plataformas e a constitucionalidade do MCI. *JOTA*, São Paulo, 4 abr. 2023. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-responsabilidade-das-plataformas-e-a-constitucionalidade-do-mci-04042023>. Acesso em: 17 set. 2023.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Regulação da internet em 2020 e riscos de desmonte das liberdades digitais. *ConJur*, São Paulo, 28 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-28/fabricio-polido-regulacao-internet-riscos-liberdades-digitais?pagina=3>. Acesso em: 3 set. 2023.

PUOLI, José Carlos Baptista. Jurisdição e a “decisão” como fator distintivo em relação aos métodos consensuais de solução de controvérsia. *In*: Cruz e Tucci, José Rogério *et al.* (org.). Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: JusPodivum, 2021. p. 625-632.

RASKIN, Max. The law and legality of smart contracts. *Georgetown Law Technology Review*, Washington, DC, v. 1, n. 2, p. 305-341, Apr. 2017.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SANTOS, Carolina Xavier. *Digital Services Act*: uma nova fase para internet? *ConJur*, São Paulo, 14 fev. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-14/direito-digital-digital-services-act-fase-internet>. Acesso em: 20 set. 2023.

SANTOS FILHO, Augusto Barbosa. Execução extrajudicial e jurisdição. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos fundamentais e direito privado: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. *RDU*, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 85-108, nov.-dez. 2019. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18863/2/Direitos_Fundamentais_e_Direito_Privado_a_Protecao_da_Liberdade_de_Expressao_nas_Mdias_Sociais.pdf. Acesso em: 17 set. 2023.

SILVESTRE, Nathan Christian Coelho. As garantias do devido processo no âmbito dos procedimentos de moderação de conteúdo pelas plataformas digitais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 337, ano 48, p. 277-302, mar. 2023.

_____. Combate às *fake news*: as autoridades estatais face à desinformação na era digital e os impactos à liberdade de expressão. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

_____. O devido processo nas decisões do *Oversight Board*. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 17, ano 5, out.-dez. 2022.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. *ConJur*, São Paulo, 23 jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet#sdfootnote2sym>. Acesso em: 17 set. 2023.

STROPPIA, Tatiana *et al.* A seção 230 do CDA e o artigo 19 do Marco civil da Internet. *ConJur*, São Paulo, 4 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-04/direito-digital-secao-230-cda-artigo-19-marco-civil-internet>. Acesso em: 17 set. 2023.

SUZOR, Nicolas. Digital constitutionalism: using the rule of law to evaluate the legitimacy of governance by platforms. *Social Media + Society*, v. 4, n. 3, California, p. 1-11, July-September 2018.

TALAMINI, Eduardo; CARDOSO, André Guskow. *Smart contracts*, “autotutela” e tutela jurisdicional. In: CARDOSO OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze *et al.* (coord.). *Execução civil: novas tendências*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 163-211.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. *E-book*.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC, Minas Gerais*, v. 1, n. 1, p. 1-28, nov.-fev./2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; SCHENK, Leonardo Faria. Inafastabilidade da jurisdição e autotutela: o exemplo da cláusula resolutiva expressa. *Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro*, ano 13, v. 20, n. 3, p. 1-19, set.-dez. 2019.

TERRANOVA CONSULTORIA. Parecer acerca do impacto do Marco Civil da Internet nas ações de remoção de conteúdo. Supremo Tribunal Federal, 19 maio 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756061319&prcid=6192789>. Acesso em: 23 set. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. v. 1. *E-book*.

_____; ANDRADE, Érico. Novas perspectivas para atuação da tutela executiva no direito brasileiro: autotutela executiva e “desjudicialização” da execução. *Revista de Processo, São Paulo*, v. 315, p. 109-158, maio 2021.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In: _____*. Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado do acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 3-10.

YARSHELL, Flávio Luiz. Curso de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020. v. 1.

_____; RODRIGUES, Viviane Siqueira. Desjudicialização da execução civil: uma solução útil e factível entre nós? *In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; RIBEIRO, Flávia Pereira (coord.)*. Reflexões sobre a desjudicialização da execução civil. Curitiba: Juruá, 2020. p. 361-372.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Execução extrajudicial e devido processo legal. São Paulo: Atlas, 2010.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis. *In*: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 405-430. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 9).

ZANETI JUNIOR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. (Coleção O Novo Processo Civil). *E-book*. n.p.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZITTRAIN, Jonathan. Three eras of digital governance. SSRN, Cambridge, 15 Sept. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3458435. Acesso em: 20 fev. 2023

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A FUNÇÃO DO ÁRBITRO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Ronaldo Guimarães Gallo²⁹⁸

Resumo

As chamadas inteligências artificiais impactarão todas as áreas do conhecimento humano, gerando mudanças que também deverão ser absorvidas pelos processos de resolução de conflitos. O quão a tecnologia consegue (ou conseguirá) substituir o mister do árbitro no processo arbitral é a reflexão ora desenvolvida.

I. Breve (e incompleto) histórico

Inicia-se com um brevíssimo histórico que tem por objetivo meramente contextualizar a evolução tecnológica que hoje impacta todas as áreas do conhecimento.

Nesse ponto, tem-se que o surgimento da internet no ano de 1969, basicamente voltada para o desenvolvimento de atividades científicas (conectando sites da academia) e atividades das Forças Armadas. Poucos eram os conflitos que emergiam no âmbito da *rede* neste período, quer porque o número de usuários era limitado, restrito, quer porque as preocupações estavam voltadas para o funcionamento e estabilidade da rede em si.

Até meados da década de 90 não era comum, *fácil* ou economicamente acessível encontrar um provedor de internet que viabilizasse a navegação na rede. O diminuto número de usuários, até então, não se traduzia na inexistência de conflitos, mas os poucos que emergiam eram resolvidos informalmente, sem maiores repercussões. Tal perspectiva perdurou por aproximadamente duas décadas, quando as iniciativas com a chamada internet *comercial* propagaram.

Com a internet comercial, o aumento de usuários e do fluxo de transações baseados na rede de computadores também redimensionou o número de conflitos, significando dizer que o volume exponencial de relações jurídicas

²⁹⁸ Diretor da Escola Cames. Sócio do Madrona Fialho Advogados.

geradas no ambiente virtual conta com impacto direto no agigantamento de demandas que *reclamam* por pacificação a tempo e modo útil.

Interessante notar que, antes mesmo da *explosão* do número das relações jurídicas viabilizadas pela conexão da humanidade em um ambiente virtual, já se desenvolvia a ideia de inteligência artificial. A perspectiva de computadores que pudessem aprender por si próprios remonta à década de 1950, ou seja, quase 20 anos antes do nascimento da internet. A cogitação vem formulada no artigo “Computing Machinery and Intelligence” escrito por Alan M. Turing.

O conceito de “inteligência artificial” data da década de 1950 e a técnica para empregá-la é sabida desde a década de 1970. Os reflexos da atuação dessas novas tecnologias foram contidos simplesmente pela ausência de dados suficientes para o aprendizado das máquinas (os chamados Big Data), o que atualmente se tem em profusão.

De forma gradativa, o uso da inteligência artificial, por meio dos chamados algoritmos, vem “invadindo” os espaços de todas as áreas de conhecimento com a “promessa” de resultados mais dinâmicos, eficientes e menor custo (sob qualquer perspectiva).

Pode-se dizer que a interconectividade proporcionada pelo ambiente virtual, com a sua capacidade de gerar dados de forma exponencial, agora encontra uma ferramenta que consegue “compreender” todos esses dados e apresentar *outputs* que podem ser utilizados de forma útil pela humanidade.

O mundo do direito não está incólume à projeção da inteligência artificial, especificamente no que diz respeito à pacificação social. Todavia, a ânsia pelos *milagres* tecnológicos e a promessa de resoluções com eficiência vêm obscurecendo, e/ou limitando, a análise relacionada aos impactos que a chamada inteligência artificial pode ter na relação jurídica processual.

A inteligência artificial é a nomenclatura que traduz a utilização de algoritmos para a análise de dados informacionais. O algoritmo pode ser definido como “uma sequência de instruções que diz a um computador o que fazer. Como na metáfora da escada, o algoritmo divide determinada tarefa (chegar até o topo) em tarefas menores (passar por cada um dos degraus)”.

Os algoritmos são divididos em duas “espécies”, no que diz respeito ao seu funcionamento: os programados e os não programados. Como a própria

nomenclatura deixa transparecer, os primeiros seguem a programação que lhes fora definida, é dizer, cada etapa desenvolvida foi previamente planejada pelo programador, o que significa que há um “controle” sobre o processo computacional iniciado com um mecanismo de entrada de dados (inputs), findando o processo (outputs) com a conclusão das etapas computacionais delineadas.

Por sua vez, os algoritmos não programados (*learners*) não contam com esse controle do programador, ao contrário, a partir da criação do algoritmo, a ferramenta passa a gerar novas programações algorítmicas, com base na análise dos dados inicialmente submetidos, gerando novos inputs, decorrentes dos outputs produzidos pela “primeira análise”. É por esse motivo que tais algoritmos também são chamados de *learners*, em virtude da capacidade de criarem programações por meio do próprio desenvolvimento da análise de dados.

A conjunção desses fatores (big data, desenvolvimento contínuo da capacidade de processamento de base de dados e as ferramentas algorítmicas) é o que vai alterar consideravelmente o sistema de justiça brasileiro.

II. A era dos bots inteligentes

No final de novembro de 2022, o mundo *cai* estarecido diante do lançamento público do chatbot da *Open AI*, chamado ChatGPT. O sistema de inteligência artificial *domina* a linguagem e é capaz de responder questionamentos com alto grau de acurácia, desenvolver conversas com seus interlocutores, escrever poesias, corrigir (ou *melhorar*) erros de programação de sistemas etc.

O sonho científico da década de 1950 iniciava a gerar graus de concreção, na medida em que a linguagem e o grau de acerto nas manifestações do chatbot aproximavam *a máquina* das habilidades humanas.

As chamadas redes neurais, uma projeção matemática que consegue identificar padrões estatísticos por meio da análise de gigantescas bases de dados, é o que dá impulso aos sistemas de inteligência artificial nos idos de 2012. Investimentos das chamadas gigantes de tecnologia nas redes neurais, visando a tradução desses dados nas *large language model* foi o que redundou na estupefação do chatGPT.

O mundo foi do êxtase à decepção em um curto espaço de tempo, quando descobriu que o chatbot poderia inventar informações inexistentes com a mesma certeza das respostas *fundamentadas* em estudos científicos existentes na rede mundial de computadores, ou fatos contidos nos bancos de dados da mesma rede. O primeiro ponto de contração foram as hoje denominadas alucinações.

O mundo está mais ambientado com a recém-divulgada ferramenta e a *corrida* agora é para multiplicar a sua utilização, inserindo-a nas mais diferentes relações sociais (com repique claro nas relações jurídicas), tornando a vida em sociedade mais “fácil” e *simples* (!?).

Se assim é... porque não utilizar a inteligência artificial para resolver o que há de mais natural no âmbito das sociedades: os conflitos. Aliás, por que não a utilizar na condição de *árbitro* do processo?

III. Inteligência Artificial e a resolução de conflitos

Sem dúvida as novidades tecnológicas impactarão os métodos de resolução de conflitos, não como algo específico à modalidade, mas, como observado, face à abrangência da aplicabilidade da chamada inteligência artificial a todas as áreas das relações humanas.

O sistema multiportas não estará imune às mudanças, o que significa dizer que, do Poder Judiciário às novas formações de design de processos visando a resolução do conflito que atinge determinada relação jurídica, emergirão métodos diferentes dos que utilizamos atualmente, arquitetados com objetivo de tornar a pacificação mais rápida, eficiente, menos custosa e, objetivo maior, gerando a almejada justiça.

A discussão que se inicia quanto às percepções genéricas lançadas diz com relação aos limites da aplicação das novas tecnologias. Sem dúvida certos limites deverão ser observados, como (exemplificativamente) as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Mas, um procedimento de negociação automatizado, com tramitação em uma plataforma virtual, que durante o seu desenvolvimento apresenta estatísticas aos participantes com relação às possibilidades de *fechamento* de acordos, com base em estatística abstraídas das experiências anteriores e que podem findar por gerar certa *condução* na aproximação das pretensões para se alcançar um acordo atende as garantias constitucionais atualmente existentes?

A resposta, com as informações trazidas no exemplo, é *depende*. E a resposta decorre de outra característica muito importante para a utilização das novas tecnologias nos moldes que ora analisado: a transparência.

Em recente artigo publicado no jornal *New Your Times*²⁹⁹, o jornalista Kevin Roose questiona o quão transparentes são as ferramentas de inteligência artificial, especialmente as que utilizam o modelo de *large language models*. E a resposta é que basicamente a transparência é muito pequena, para não dizer nenhuma.

As razões dadas para a opacidade dos modelos de inteligência artificial vão desde o receio de judicialização de casos por conta do uso indevido de dados (especialmente aqueles protegidos pelas leis de propriedade intelectual), passando pelo receio de compartilhar assunto ligado à estratégia de desenvolvimento do sistema (segredo industrial), até o fato relacionado à abertura dos *segredos* contidos nos sistemas alavancando uma evolução desenfreada dos modelos de inteligência artificial, o que faria a humanidade perder o controle dessas ferramentas.

Independentemente das razões, fato é que a transparência no desenvolvimento desses modelos de inteligência artificial é fundamental, na medida em que tais modelos estão sendo utilizadas amplamente por toda a humanidade e é crescente a respectiva aplicação em todas as áreas das nossas vidas, como por exemplo, a resolução de disputas.

O idealizado processo de negociação, exemplificativamente supracitado, pode auxiliar consideravelmente às partes envolvidas na relação conflituosa, especialmente porque os dados estatísticos apresentados podem servir de incentivo para a aproximação das pretensões, eis que confere a *sensação* de que o acordo está inserido em parâmetros largamente utilizados para a resolução do tipo de conflito.

Todavia, qual é a base de dados utilizada para gerar a estatística que pode ser considerada como um incentivo à parte para o fechamento do acordo? Uma base de dados “confiável”, mas que provém de conflitos que distam consideravelmente das características das relações jurídicas que estão sendo submetidas à plataforma de negociação, pode expressar um viés que impacta negativamente no fechamento dos acordos. Ou então pode gerar benefícios indevidos àqueles

²⁹⁹ ROOSE, Kevin. Maybe we will finally learn more about how A.I. works. Publicado em data de 18 de outubro de 2023 (<https://www.nytimes.com/2023/10/18/technology/how-ai-works-stanford.html?smid=nytcore-ios-share&referrerSource=articleShare>). Acesso em data de 20/11/2023.

que *conhecem* a base de dados que vem sendo utilizada, razão pela qual, a transparência em processos da espécie é fundamental, sob pena de aumentar a assimetria informacional eventualmente existente entre os envolvidos.

Hipótese menos conservadora de arquitetura de design de resolução de disputas seria oportunizar às partes conflitantes aportarem os respectivos dados referentes a determinado conflito, que, por sua vez, seriam analisados por algoritmos com designs diferentes e cuja concepção é de conhecimento das partes (transparência).

Com os dados inseridos, cada algoritmo geraria um resultado (ou o mesmo), restando definido o litígio apresentado. O que se tem, para a hipótese sob análise, é o treinamento prévio da ferramenta de inteligência tecnológica a respeito de determinada matéria, inclusive no que diz respeito às decisões mais recentes dos tribunais brasileiros, o que proporcionaria a análise dos casos controvertidos e a emissão de decisão que pacifica o conflito.

Com a anuência consciente das partes à submissão da plataforma de inteligência artificial, eis que têm total conhecimento a respeito de como se dará o processo de resolução da disputa, visando a pacificação do conflito de forma consideravelmente célere e ciente dos custos envolvidos, não se antevê ofensa a qualquer manifestação legal protetiva do ordenamento jurídico brasileiro.

Novamente, a transparência relacionada a arquitetura dos algoritmos, a base de dados que serviu de treinamento à plataforma de inteligência artificial e a anuência consciente das partes perfazem os requisitos essenciais para a operacionalização de tal ferramental hipotético de resolução de conflitos.

Questionado ao ChatGPT³⁰⁰, a ferramenta de geração de linguagem baseada em texto por intermédio da chamada inteligência artificial generativa, a respeito de um exemplo de utilização de inteligência artificial para resolução de conflitos, sem a intervenção humana, a resposta foi a seguinte:

Um exemplo de inteligência artificial utilizada para a resolução de conflitos sem auxílio humano é um sistema de mediação online baseado em IA. Este sistema pode ser projetado para ajudar as partes envolvidas a resolverem disputas de forma imparcial e eficaz, sem a presença física de um mediador humano.

³⁰⁰ O ChatGPT foi utilizado em data de 20/11/2023.

O sistema pode utilizar algoritmos avançados de processamento de linguagem natural para analisar as declarações das partes envolvidas, identificar pontos de acordo e desacordo, sugerir soluções e propor compromissos que possam levar a um acordo satisfatório para ambas as partes.

A IA pode facilitar a comunicação entre as partes, esclarecer mal-entendidos, propor opções de resolução e fornecer informações imparciais sobre os pontos em disputa. Além disso, pode manter a confidencialidade das informações compartilhadas e garantir a imparcialidade na tomada de decisões.

Esse tipo de sistema pode ser implementado em plataformas online onde as partes envolvidas possam entrar, fornecer informações sobre a disputa e se envolver no processo de mediação mediado pela inteligência artificial até alcançarem um acordo ou resolverem suas diferenças.

A resposta é totalmente factível de ser implementada. O objetivo desse trabalho não é a análise das práticas eventualmente utilizadas atualmente para a pacificação de conflitos com a utilização de inteligência artificial, mas sim a viabilidade jurídica das várias possíveis práticas que se anunciam, tendo em vista a evolução tecnológica (especificamente a inteligência artificial generativa) no processo arbitral.

Dentre as inúmeras hipóteses que podem ser elaboradas para a utilização da tecnologia de inteligência artificial, é possível, juridicamente, a total substituição do mister do árbitro? Posto de outra forma, uma plataforma que utiliza inteligência artificial, com a aquiescência e consciência das partes que submeterão a situação conflituosa para resolução de um conflito, pode gerar desenvolvimento e resultado que poderia ser identificado com o processo arbitral? A atuação da IA no hipotético caso estaria juridicamente apta a substituir também a figura do árbitro?

IV. O árbitro no processo de resolução de conflitos

A Lei n. 9.307/1996 anuncia em seu artigo 13 que o *árbitro pode ser qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes*. O árbitro Carlos Elias³⁰¹, desenvolvendo raciocínio a respeito das funções do árbitro e o seu regime jurídico, pontua tal qual segue colacionado:

Para o adequado exercício de sua função, o árbitro tem um estatuto próprio, que abarca – ao mesmo tempo – os aspectos contratuais e processuais da sua relação com as partes. O julgador privado exerce poder jurisdicional, mas é figura distinta do juiz togado, pois, entre outras razões: (i) o primeiro é *contratado* pelas partes está sujeito a uma lógica de mercado, ao passo que o segundo é *funcionário* e órgão do Estado; (ii) o primeiro é *escolhido* (geralmente pelas partes) por suas características pessoais, enquanto o segundo é *sorteado* para as causas em que atuará; (iii) o primeiro é investido de poderes para a causa específica, que somente pode exercer sobre as partes que pactuaram pelo método, enquanto a investidura do juiz precede e é independente das causas que ele julgará. Assim, deve-se compreender que o art. 18 da LArb, ao declarar que o árbitro é *juiz de fato e de direito* apenas estabelece que o árbitro tem poder para conhecer e decidir *questões de fato e questões de direito*, não fazendo qualquer equiparação entre as diferentes espécies de julgadora.

Antes de avançarmos às considerações que apresentarão o cotejo entre a implementação de uma inteligência artificial que possa desenvolver processos de resolução de conflitos sem a intervenção humana, bem como a eventual viabilidade jurídica da ocorrência no processo arbitral, vale a lembrança de formulação articulada pela jurista Ada Pellegrini Grinover³⁰², que rememora:

A percepção de uma tutela adequada a cada tipo de conflito modificou a maneira de ver a arbitragem, a mediação e a conciliação que, de meios sucedâneos, equivalentes ou meramente alternativos à

³⁰¹ O árbitro. In: Curso de arbitragem. Daniel Levy, Guilherme Setoguti J. Pereira, coordenadores. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Pág. 120.

³⁰² Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. – 1 reimpr – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018. Pág. 62.

jurisdição estatal, ascenderam à estatura de instrumentos mais adequados de solução de certos conflitos. E tanto assim é que a leitura atual do princípio constitucional de acesso à justiça (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – Const., art. 5 inc. XXXV) é hoje compreensiva da justiça arbitral e da conciliativa, incluídas no amplo quadro da política judiciária e consideradas como espécies de exercício jurisdicional. Entendemos, portanto, que tanto a arbitragem como a justiça consensual integram o conceito de jurisdição (que hoje, conforme visto, caracterizamos como atividade, função e garantia, voltada ao acesso à justiça e à pacificação dos conflitos (...)).

A visão (sempre) moderna da professora Ada Pellegrini, muitas vezes sem a compreensão adequado no Brasil, pode *ganhar* uma concepção e perspectiva de maior relevo frente ao contínuo processo das inovações tecnológica e o direito.

Não se detecta grandes celeumas na doutrina brasileira quanto ao fato de que há uma miríade de ferramentas de solução de conflitos no Brasil e que conformam o nosso vigente sistema de justiça, a política judiciária não é desenvolvida apenas pelo Poder Judiciário, que, por sua vez, é uma das *portas* aptas a resolver conflitos em nosso país, juntamente com inúmeras outras ferramentas, como a arbitragem, a mediação, a conciliação, o *disput board* e o que mais a genialidade humana conseguir desenvolver, observas os contornos trazidos na legislação.

As possibilidades decorrentes do auxílio da tecnologia para maximizar a efetividade dos processos é uma realidade, como também será a criação de designs de disputas cada vez mais customizados às relações jurídicas conflituosas que se intentar pacificar.

No âmbito do processo arbitral, imagina-se (sempre partindo do pressuposto que o exemplo hipotético está devidamente estruturado em um regulamento e conta com a plena aquiescência das partes) que fora criado um sistema de resolução de disputas que demanda a inserção de uma manifestação com os pleitos do requerente e, ato subsequente, a resposta dos requeridos.

Ato contínuo, são sorteados três árbitros de um quadro pré-definido e de conhecimento de todos. A função dos árbitros será meramente votar “sim” ou “não” aos pedidos do requerente, e assim será dirimido o conflito. O processo, nesses termos, será *julgado* por unanimidade ou maioria de votos, sendo que o

árbitro divergente receberá um valor menor de verba honorária, como estímulo a formação de uma jurisprudência consolidada e foco no deslinde do conflito de forma segura, evitando-se divergências desnecessárias.

O modelo *desenhado* encontraria resistência no ordenamento jurídico pátrio, tenho em vista que as decisões estão sendo proferidas sem qualquer fundamentação? A aquiescência das partes que submeteram a relação jurídica conflituosa a esse sistema de resolução de conflitos supriria e blindaria o processo com relação a argumentos de nulidade supervenientes?

Para uma hipótese mais aderente às ideias que estão sendo debatidas nesse trabalho, vislumbra-se a possibilidade de substituição do múnus decisório em um processo arbitral por uma máquina, melhor explicando, uma inteligência artificial?

São várias as nuances para responder ao questionamento. A primeira delas, a mais simples, é com relação à impossibilidade jurídica da referida substituição, nos termos do art. 13 da Lei n. 9.307/1996, que apregoa:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

Portanto, para o exercício da função de árbitro no processo arbitral há necessidade do preenchimento dos requisitos da confiança das partes e da capacidade civil do árbitro, restando juridicamente inviabilizada a possibilidade do árbitro ser substituído por uma ferramenta de inteligência artificial.

Para além do empecilho normativo, necessário lembrar que os resultados conseguidos pelas ferramentas de inteligência artificial nada mais são do que um treinamento por sobre quantidade considerável de dados computacionais que, por sua vez, são apresentados como respostas analíticas aos questionamentos formulados, por meio da aproximação das ideias, das palavras que são agrupadas graças a atuação estatística da ferramenta.

Tal forma de atuação deixa denotar que a ferramenta pode ser utilizada de forma excelente para auxiliar nas pesquisas (etc.) que subsidiarão a tomada de decisão do árbitro, o que pode redundar em ganho de tempo, eficácia e justiça da decisão final, mas não se vislumbra a possibilidade de não atuação do árbitro, que segue sendo *peça chave* para o deslinde da controvérsia, inclusive no que diz respeito ao próprio uso das novas tecnologias e em qual medida.

Finalmente, o desempenho do árbitro na análise e julgamento do processo arbitral não está dissociado de uma perspectiva moral, componente natural das relações sociais, que, nesse caso, conta com conotação jurídica interpretativa.

Analisando as funções da *moral*, o professor Newrton de Lucca³⁰³ afirma que:

Em suma, é a reflexão ética que deverá proporcionar a descoberta fundamental da norma moral, qual seja, a da sua universalidade, não obstante a interminável controvérsia que tal conceituação necessariamente propicia. Em outras palavras, deverá ser, no objetivo de esclarecimento da vida moral que se encontrará a noção básica do dever, fundamentalmente presente na esfera moral, com o propósito tão constitutivo do ser humano quanto o é a noção do dever. Enfim, parece ser nessa função do dever “que se deverá explicitar o lugar e alcance da razão e da sensibilidade na vida moral, e a sua articulação na razoabilidade, conceito fundamental para uma vida equilibrada, mas tão difícil de afinar.

Essa é uma perspectiva não *alcançada* pela inteligência artificial e que conta com relevância interpretativa necessária na resolução dos conflitos submetidos ao processo arbitral, no sentido de que há insuficiência na isolada parametrização estatística para o resultado justo do processo.

Toda o exercício ora desenvolvido remete à reflexão, mas a conclusão prossegue sendo no sentido de que as ferramentas tecnológicas serão cada vez mais úteis no auxílio à pacificação social e ao resultado justo, todavia, prossegue sendo indispensável a atuação humana (do árbitro) para a condução e resolução do processo.

V. Referências bibliográficas

ELIAS, Carlos. O árbitro. *In*: Curso de arbitragem. Daniel Levy, Guilherme Setoguti J. Pereira, coordenadores. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GALLO, Ronaldo Guimarães. Previdência privada e arbitragem. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

³⁰³ Da Ética Geral à Ética Empresarial – São Paulo: Quartier Latin, 2009. Pág. 74.

GALLO, Ronaldo Guimarães. Mediação não é conciliação: a importância da técnica no desenvolvimento dos processos autocompositivos. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 14, n. 54, jul.-set. 2017

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. – 1 reimpr – Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2018.

LUCCA, Newton. Da Ética Geral à Ética Empresarial – São Paulo: Quartier Latin, 2009

ARBITRAGEM E OS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS – ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRAGEM³⁰⁴

Thiago Rodovalho³⁰⁵

Sumário

1. Introdução – O desenvolvimento e crescimento da arbitragem no Brasil – 2. Os atrativos da arbitragem 3 – . Análise econômica da escolha da arbitragem – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução – O DESENVOLVIMENTO E CRESCIMENTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Um passo absolutamente *essencial* para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil foi o advento da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) - recentemente reformada pela Lei 13.129/2015 -, fruto de excelente projeto elaborado por Carlos Alberto Carmona, Pedro Antonio Batista Martins e Selma Maria Ferreira Lemes,³⁰⁶ refletindo a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1986, e revista em 2006.³⁰⁷

Nesse contexto, passados vinte e sete anos de vigência da atual Lei de Arbitragem, e, especialmente nos últimos vinte e três anos, posteriormente à celebrada decisão do E. Supremo Tribunal Federal reconhecendo sua constitucionalidade,³⁰⁸ o Brasil passou a vivenciar muito intensamente a arbitragem, transpondo rapidamente da infância arbitral para sua maturidade.

³⁰⁴ Esse trabalho já foi publicado anteriormente: THIAGO RODOVALHO. *Arbitragem e Negócios Empresariais: Análise Econômica da Arbitragem*, in Elias Marques de Medeiros Neto e Adalberto Simão Filho (Orgs.). *Direito dos Negócios Aplicado - Do Direito Processual*, vol. 2, São Paulo: Almedina, 2016, pp. 201/217.

³⁰⁵ Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado). Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

³⁰⁶ A esse respeito, v., por todos, Carlos Alberto CARMONA. *A arbitragem no processo civil brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 13/18, 124/137 e 147/166; Carlos Alberto CARMONA. *Arbitragem e processo*, 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 1/14; e Petronio Raymundo Gonçalves MUNIZ. *Operação Arbitrer: A História da Lei 9.307/96 sobre a Arbitragem Comercial no Brasil*, Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005, *passim*.

³⁰⁷ Disponível em: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf.

³⁰⁸ STF, Pleno, AgReg na Sentença Estrangeira n. 5.206-7 – Reino da Espanha, rel. Min. Sepúlveda Pertence, m.v., j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004.

Não que arbitragem fosse inexistente no país antes de 1996, mas era muitíssimo diminuta e praticamente restrita a arbitragens internacionais, ainda que houvesse, aqui ou acolá, arbitragens domésticas e arbitragens envolvendo Poder Público, o que se devia, principalmente, às falhas legislativas em sua disciplina, impedindo o desenvolvimento de uma cultura arbitral, ante a falta de obrigatoriedade do compromisso assumido.

Nesse cenário, segundo recentes estatísticas colhidas por Selma Lemes com algumas das principais câmaras arbitrais brasileiras, o Brasil passou de 21 procedimentos arbitrais em 2005 para 289 iniciados em 2019 e 967 procedimentos arbitrais (novos e antigos) em andamento no ano de 2019, o que significa, em valores envolvidos nesses procedimentos, de R\$ 247 milhões em 2005 para cerca de R\$ 60,91 bilhões em 2019.³⁰⁹ De igual sorte, nas estatísticas da Corte Internacional de Arbitragem (CCI), o Brasil já é o país líder na América Latina em número de arbitragens, estando três vezes à frente do segundo colocado, o México.

Assim, o Brasil vem sendo reconhecido, inclusive internacionalmente, como um ambiente seguro e propício para o desenvolvimento da arbitragem, o que se deve também ao papel desempenhado pelo Poder Judiciário, especialmente pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em prestigiar a arbitragem. Inclusive, o Brasil foi premiado pela *Global Arbitration Review – GAR*, como o vencedor do *GAR´s 50* como a “*Jurisdiction that made great progress improving its arbitration regime in 2013*”.

Nesse contexto, a utilização da arbitragem vem experimentando forte crescimento no país, especialmente nos grandes conflitos empresariais (notadamente nos conflitos societários e problemas relativos ao setor de construção e energia), como o demonstram as recentes estatísticas de algumas das principais Câmaras Arbitrais brasileiras:

Nesse contexto, a utilização da arbitragem vem experimentando forte crescimento no país, como demonstram as recentes estatísticas de algumas das principais Câmaras Arbitrais brasileiras:

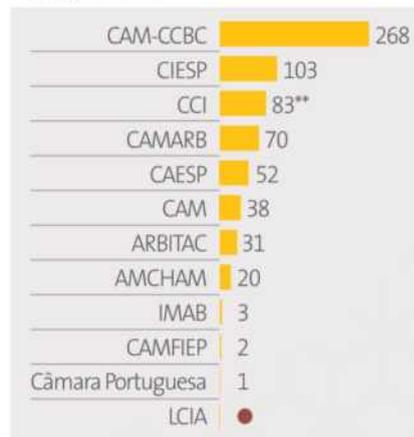
³⁰⁹

Cf. <http://www.valor.com.br/brasil/2960894/contratos-com-arbitragem-alcancaram-r-3-bi-em-2011#ixzz2HPLoougS>; e Pesquisa - 2020: Arbitragem em Números e Valores. Oito Câmaras. 2 anos Período de 2018 (jan./dez.) a 2019 (jan./dez.) Pesquisadora: Selma Ferreira Lemes, disponível em: <http://www.selmalemes.adv.br/artigos/Analise-Pesquisa-ArbitragensNseValores-2020.pdf>.

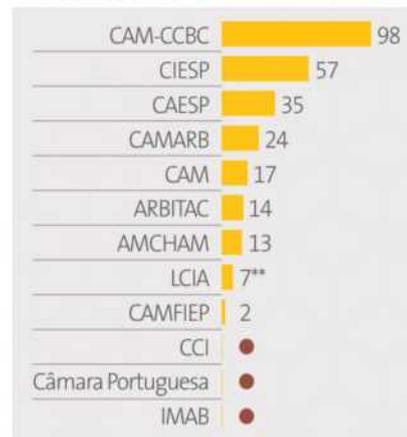
DADOS GERAIS

Número

■ Procedimentos em andamento em 31.12.2016



■ Procedimentos iniciados em 2016



- Não aplicável
- Resposta não fornecida
- Informação confidencial

Na terceira edição do Anuário de Arbitragem, referente ao ano de 2018, temos os seguintes números: (i) o número de arbitragens no Brasil continuou a aumentar, com 1.184 procedimentos em andamento; (ii) da mesma forma, o início de 471 procedimentos relacionados ao Brasil representa um aumento em relação aos anos passados; (iii) houve um crescimento na utilização de árbitro único, de aproximadamente 20%; (iv) 93 procedimentos arbitrais envolveram entes da administração pública; (v) a aplicação de lei estrangeira ao mérito da disputa permanece a exceção, tendo ocorrido em somente 18 casos; (vi) o mesmo padrão pode ser identificado em relação a procedimentos com a participação de partes estrangeiras, que correspondem a menos de 10% dos casos; e (vii) o número de cartas arbitrais manteve-se similar ao do ano anterior, 2017.

Sendo que, em verdade, em alguns setores da economia a arbitragem chega a ser necessária, como para as empresas que desejam atuar no Novo Mercado da Bolsa de Valores ou para as que desejam atuar na comercialização de energia elétrica, sendo que, nos negócios internacionais, a utilização da arbitragem também tem sido a regra.

As principais vantagens são tempo, sigilo, especialidade do julgador e flexibilidade.

O fator *tempo* torna-se especialmente mais relevante quando cotejado com os números da Justiça Estatal.

Atualmente, são quase 15 mil magistrados em primeiro grau, que julgam, em média, 1.643 processos por ano. Isso corresponde a quase 5 processos julgados por dia (considerando-se 365 dias trabalhados ininterruptamente) ou 1 processo a cada duas horas (para uma jornada de 10 horas). Em outras palavras, trabalhando nesse ritmo, por ano, o juiz dedicará, em média, apenas duas horas para o processo.³¹⁰

O estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que, atualmente, há cerca de 76 milhões de processos em andamento no Poder Judiciário, ou quase um processo a cada dois habitantes, sendo que, durante o ano de 2020, houve o ingresso de cerca de 26 milhões de novos processos, o que representa quase 1 novo processo por segundo a cada dia do ano. Nesse período, e foram baixados cerca de 28 milhões de processos.³¹¹

É a denominada “*crise do processo civil*”, que acaba por exacerbar a *cultura do litígio* que atualmente impera no país.³¹²

2. OS ATRATIVOS DA ARBITRAGEM³¹³

O crescente interesse pela arbitragem no Brasil está *diretamente* associado aos seus principais atrativos, quais sejam, *especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade*.

Na Justiça Estatal, por razões inerentes à sua estrutura organizacional, o magistrado acaba por ser, naturalmente, um *generalista*. Isso não é um demérito, ao contrário, é necessário, ante a pulverizada gama de conflitos que chegam

³¹⁰ Fonte: CNJ – Indicadores de Produtividade dos Magistrados e Servidores no Poder Judiciário: Justiça em números 2021, ano-base 2020.

³¹¹ Fonte: CNJ – Indicadores de Produtividade dos Magistrados e Servidores no Poder Judiciário: Justiça em números 2021, ano-base 2020.

³¹² Ana Tereza Palhares BASÍLIO. *Mediação: relevante instrumento de pacificação social*, in Arnaldo WALD. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 20, abril/junho de 2003, p. 309: “*A crescente sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos e a burocratização da justiça trazem relevantes limitações ao exercício da função jurisdicional do Poder Judiciário e acabam por incentivar a litigiosidade latente, que pode explodir em conflitos sociais*”. V., também, Rafael Bicca MACHADO. *A arbitragem empresarial no Brasil – uma análise pela nova sociologia econômica do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 53 et seq.

³¹³ Cfr. Thiago RODOVALHO. *A arbitragem e seus atrativos*, in *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, em 11.8.2013; e Thiago RODOVALHO. *Aspectos introdutórios da arbitragem*, in *Manual de arbitragem para advogados*, Brasília: OAB/CACB, 2015, pp. 10/17.

cotidianamente ao nosso Judiciário. Contudo, para certos conflitos mais específicos ou mais complexos, essa qualidade generalista pode não ser positiva.

Esse é um dos fatores que levam empresas a buscar, na arbitragem, um meio de solução da controvérsia. Nela, há ampla liberdade da escolha de quem poderá ser o árbitro e, com isso, as partes podem eleger alguém que tenha familiaridade com a matéria e em quem depositam confiança.

Com isso, sentem-se mais confortáveis com o próprio procedimento. Assim, num conflito societário, por exemplo, podem escolher, como julgador, determinado profissional que se dedica ao estudo desse tema, conferindo, pois, maior expertise ao julgamento, o que lhes traz mais segurança.

Mais do que isso, e aqui reside outra vantagem, se o próprio árbitro porventura não se sente confortável com a arbitragem para a qual foi indicado, ele pode recusá-la, inclusive se não dispuser de tempo hábil para se dedicar ao caso. De outro lado, ao magistrado não é dado recusar as ações que lhe chegam (salvo nas hipóteses de impedimento ou suspeição).

Ademais, outro grande atrativo da arbitragem é, sem dúvida, sua celeridade. No Judiciário, o cidadão sabe apenas quando entra em juízo, mas dificilmente conseguirá precisar quando sairá. Facilmente, um processo judicial supera a casa dos quinze, vinte anos de duração, o que gera muito custo e intranquilidade às partes.

A arbitragem, por sua vez, é célere. A própria Lei de Arbitragem fixa-lhe prazo de seis meses para terminar, ainda que não seja incomum sua prorrogação. Mas, mesmo com a prorrogação, a média das principais Câmaras Arbitrais é de pouco mais de um ano de duração (12 a 15 meses), com realização de provas e audiências. Isso sem se falar nas arbitragens expeditas, mais céleres ainda.

Sendo a arbitragem resolvida em sentença final, não cabe recurso para impugná-la, cabe apenas *Pedido de Esclarecimento* (assemelhado aos *embargos de declaração*, no CPC). Assim, uma vez proferida a sentença arbitral, pode-se tão somente tentar-lhe a anulação por vício procedimental, mas não de mérito.

E o Poder Judiciário tem prestigiado muito o desenvolvimento da arbitragem no país (em decisões que têm sido elogiadas inclusive no exterior), de modo que os índices de sentenças arbitrais anuladas são muito baixos.

A flexibilidade do procedimento arbitral também é um atrativo. Em vez do engessamento do Código de Processo Civil, as partes, em conjunto com os árbitros, podem moldar o procedimento para um formato que lhes seja mais

adequado, de acordo com o conflito, desde que preservados os princípios da igualdade e do contraditório.

Assim, podem ajustar como serão apresentadas as manifestações, prazos, quais provas serão produzidas e em que ordem, enfim, disciplinar como querem que o procedimento se desenvolva. Note-se que o CPC/2015, influenciado pelo êxito da arbitragem, tem procurado flexibilizar, em certa maneira, o próprio processo judicial,³¹⁴ o que é um grande avanço.

Por fim, tem-se na confidencialidade mais um atrativo. Embora a Lei de Arbitragem não imponha a confidencialidade, em regra, as arbitragens são sigilosas, quer porque as partes assim expressamente o escolheram, quer porque a Câmara Arbitral a prevê em seu regulamento. E isso tem atraído tanto empresas quanto pessoas físicas, que não desejam ver seu conflito exposto ao grande público, especialmente quando questões negociais sensíveis estão em jogo. Na Justiça Estatal, naturalmente, ocorre o contrário, a regra é publicidade.

É justamente em razão desses atrativos, que a arbitragem tem se desenvolvido e crescido no país, sendo considerada, atualmente, não apenas um meio *alternativo* (ADR – *Alternative Dispute Resolution*), mas, sim, efetivamente um meio *adequado* à solução de conflitos (modernamente, ADR – *Adequate Dispute Resolution*), razão pela qual, no Brasil, ao lado de outros métodos (como a conciliação e a mediação), o próprio CPC/2015, inclusive, a estimula.³¹⁵

Em razão disso, ao longo dos últimos anos, a arbitragem vem crescendo exponencialmente, no Brasil (“*Com um crescimento médio anual de 20%, a arbitragem está se tornando um método de resolução de litígios cada vez mais confiável para as empresas de grande porte*”)³¹⁶ e no mundo (a Espanha, por exemplo, registrou um aumento médio de 15% nas arbitragens).³¹⁷

³¹⁴ A propósito do tema, cfr. Claudia Elisabete Schwerz CAHALI. *O Gerenciamento de Processos Judiciais em busca da efetividade da prestação jurisdicional*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, *passim*. V., também, Francisco José CAHALI e Thiago RODOVALHO. *A arbitragem no novo CPC – primeiras impressões*, in Alexandre FREIRE *et alii* (orgs.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, v. 2, Salvador: JusPodivm, 2014, pp. 583/604.

³¹⁵ Sobre o tema, v. amplamente Francisco José CAHALI e Thiago RODOVALHO. *A arbitragem no novo CPC – primeiras impressões*, in Alexandre FREIRE *et alii* (orgs.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, v. 2, Salvador: JusPodivm, 2014, pp. 583/604.

³¹⁶ Cfr. Editorial do Jornal “O Estado de São Paulo. *O sucesso da arbitragem*, Quarta, 06 de Fevereiro de 2013, disponível em: <http://m.estadao.com.br/noticias/impresso,o-sucesso-da-arbitragem-993635.htm>.

³¹⁷ Cfr. em

http://www.eleconomista.es/pais_vasco/noticias/4900320/06/13/El-arbitraje-en-Espana-registro-un-incremento-medio-del-15.html.

Sendo que, nesse cenário, recentes pesquisas realizadas junto às grandes empresas têm revelado, ainda, a maior (e crescente) preferência para utilização da arbitragem como meio *adequado* para resolução de certos tipos de controvérsias empresárias (conflitos societários e obras complexas de construção civil, por exemplo).³¹⁸

No mesmo sentido, nos negócios internacionais, a utilização da arbitragem também tem sido a regra, a ponto de recente pesquisa ter mostrado que 52% das multinacionais preferem recorrer à arbitragem em vez da justiça estatal).³¹⁹

Esse crescente interesse pela arbitragem, no Brasil e no mundo, está diretamente associado aos seus já mencionados atrativos (especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade).

3. Análise econômica da escolha da arbitragem

Como bem lembra Pereira Barrocas, a arbitragem se desenvolveu no mundo tendo como principal atividade justamente a *resolução de conflitos de natureza comercial*, sendo aplicável e recomendável a diversas áreas da economia.³²⁰

Especificamente para os *contratos empresariais*,³²¹ objeto desse estudo, a arbitragem se mostra muito adequada, pois se trata justamente de relação jurídica complexa, a demandar dedicada, atenta e acurada análise da fase pré-contratual, seu desenvolvimento, comportamento das partes, a fim de aferir eventuais descumprimentos das obrigações contratualmente assumidas e as naturalmente essenciais a esse tipo de avença.

³¹⁸ Empresas já preferem arbitragem ao Judiciário, conforme notícia divulgada pelo Jornal “O Estado de São Paulo”:
http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios-geral/empresas-ja-preferem-arbitragem-ao-judiciario.138979_0.htm.

³¹⁹ V. pesquisa conduzida pela School of International Arbitration (Centre for Commercial Law Studies) e pelo Queen Mary College, com apoio da PriceWaterhouseCoopers: *School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies*, e *Queen Mary University of London* (com apoio da PwC). *Corporate choices in International Arbitration - Industry perspectives*, disponível em: www.pwc.com/arbitrationstudy, acessado em 31.5.2013.

³²⁰ Manuel Pereira BARROCAS. *Manual de Arbitragem*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2013, pp. 97/99, 110 *et seq.*, e 129/130.

³²¹ Thiago RODOVALHO. *Cláusula compromissória nos contratos de adesão empresariais*, Tese de Doutorado, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, 2014, p. 96. V., também, Paula A. FORGIONI. *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 29, 56/58 e 119; Vera Helena de Mello FRANCO. *Contratos – direito civil e empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26; e Marco Fábio MORSELLO. *Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos*, in Renan LOTUFO *et alii* (Coords.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do código civil*, São Paulo: Atlas, 2012, pp. 297/298.

Nesse contexto, um dos pontos que costumam ser identificados como uma *desvantagem* da arbitragem, ao menos no Brasil, é seu «*custo*».

Em recente pesquisa sobre *Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos*, cerca de 60% dos entrevistados disseram que a arbitragem pode ter desvantagem em relação ao processo judicial e, destes, 60% apontou justamente o *custo* como sendo essa principal desvantagem.³²²

De fato, o custo pode ser elemento *difícil* ou mesmo *impeditivo* a certas empresas a litigarem na arbitragem.

Contudo, para além das naturais cautelas financeiras necessárias para a tomada de decisão pela arbitragem ou não – cujos custos, em verdade, mesmo na arbitragem, são muito variados, mudando sensivelmente de Câmaras Arbitrais de grande porte para de médio porte, ponto muitas vezes esquecido pelas próprias partes quando dessa tomada de decisão, como se todo e qualquer conflito empresarial houvesse de ser decidido sempre pela mesma Câmara, de grande porte –,³²³ é salutar analisar esse processo de escolha pela arbitragem também através da *Análise Econômica do Direito*³²⁴ ou, simplesmente, *Law and Economics*,³²⁵ que representa um ponto de intersecção e diálogo entre *Direito e Economia*.³²⁶

A esse respeito, cumpre advertir, como mui bem pontua Vasco Rodrigues, que a *análise econômica do direito* (*economic analysis of law*) não se traduz na *única* perspectiva, nem necessariamente na *melhor*, mas é certamente uma *importante* ferramenta à disposição do jurista, que, conjugada com as demais

³²² V. André de Albuquerque Cavalcanti ABBUD. *Relatório sobre Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos*, São Paulo: CBar-Ipsos, 2013, p. 14, pesquisa disponível em http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf.

³²³ Cfr. Alvaro de Carvalho Pinto PUPO. *Análise econômica dos custos envolvidos em procedimentos arbitrais*, disponível em <http://abearb.org/arquivos/137/analise-economica.pdf>.

³²⁴ Sobre a *análise econômica da arbitragem*, v., entre outros, Luciano Benetti TIMM. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 17/29; Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, pp. 382/389; e Rafael Bicca MACHADO. *A arbitragem empresarial no Brasil – uma análise pela nova sociologia econômica do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 80/93.

³²⁵ Fernando ARAÚJO. *Análise econômica do direito*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 10.

³²⁶ Rachel SZTAJN. *Law and economics*, in Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (org.). *Direito e economia – análise econômica do direito e das organizações*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74.

técnicas hermenêuticas, permite uma análise mais ampla e completa dos fatos, podendo-se extrair uma resposta melhor para o problema.³²⁷

Nesse sentido, surgida nos Estados Unidos, sob forte conotação econômica, a *Law and Economics* desenvolveu-se, na década de 60,³²⁸ principalmente com a denominada *Escola de Chicago*, que busca nos institutos da economia e da econometria métodos para serem aplicados quando do manuseio do aparato jurídico.³²⁹

Desta forma, a *Análise Econômica do Direito*, partindo da premissa de que o *homem racional* (e aqui falando em sentido lato, pessoas físicas e jurídicas, é dizer, as empresas) busca em suas relações interpessoais a maximização de bem-estar mediante o menor dispêndio possível, encontra no direito um instrumento de incentivo e desestímulo a comportamentos humanos (*sistema de prêmios e punições*),³³⁰ tendo, justamente por isso, a feição de uma *teoria comportamentalista (behavioral theory)*,³³¹ sendo o próprio *direito objetivo* é um fator de «normalização» e «estratificação» dos comportamentos humanos.³³²

Assim, a *Law and Economics* trabalha com o princípio de que os *agentes econômicos* atuam de forma racional,³³³ e cujas escolhas são (racionalmente) tomadas a partir de premissas calcadas nos *incentivos* e na *eficiência*³³⁴ (que

³²⁷ Vasco RODRIGUES. *Análise económica do direito*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 9: “A *Análise Económica do Direito* consiste, como a designação sugere, na aplicação dos princípios da análise económica aos problemas do direito. A análise económica assume que os seres humanos são racionais e reagem aos incentivos a que estão sujeitos. A lei é um de vários sistemas de incentivo que afectam quem vive em sociedade: quando a lei muda, os comportamentos mudam”.

³²⁸ Especialmente com os dois influentes artigos de Ronald Coase: Ronald COASE. *The Nature of the Firm*, in *Economica*, vol. 4, Blackwell Publishing, 1937, pp. 386/405; e Ronald COASE. *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago: The University of Chicago Press, Oct./1960, pp. 1/44.

³²⁹ Richard A. POSNER. *A economia da justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XII.

³³⁰ Thiago RODOVALHO e Lucas Gomes MOCHI. *Função social do contrato e as implicações econômicas de sua aplicabilidade*, in José Manoel de Arruda Alvim Netto et alii (Dirs.). *Revista Forense*, vol. 418, Forense: Rio de Janeiro, jul./dez. 2013, p. 500; e Rachel SZTAJN. *Law and economics*, in Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (org.). *Direito e economia – análise económica do direito e das organizações*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

³³¹ Fernando ARAÚJO. *Análise económica do direito*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 23; e Robert COOTER e Thomas ULEN. *Direito e Economia*, 5.^a ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

³³² Rabindranath V. A. CAPELO DE SOUSA. *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 31/61.

³³³ Vasco RODRIGUES. *Análise económica do direito*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 12; e Rachel SZTAJN. *Law and economics*, in Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (org.). *Direito e economia – análise económica do direito e das organizações*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

³³⁴ Fernando ARAÚJO. *Análise económica do direito*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 23; e Robert COOTER e Thomas ULEN. *Direito e Economia*, 5.^a ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 26.

também se traduz num *motivo jurídico*).³³⁵ Portanto, ante a necessidade de tomar decisões, os agentes econômicos tendem naturalmente a optar por aquilo que lhes for mais benéfico.³³⁶

Nesse contexto, costuma-se, no mais das vezes, fazer-se uma análise do *custo/judiciário vs. custo/arbitragem* a partir de parâmetros exclusivamente de *despesas processuais* (p. ex., no judiciário, despesas com taxas de distribuição, mandato, custas recursais etc.; na arbitragem, despesas com a Câmara, com honorários dos árbitros etc.). Mas a realidade dos *custos* (em sentido lato) é mais elevada.

Assim, como pontua Luciano Timm:

“O custo esperado de recorrer ao Judiciário (ou outras formas de resolução de disputas) não depende apenas das taxas pagas à justiça, de despesas incorridas durante o processo de litígio, da probabilidade de se vencer (probabilidade que pode muito bem depender do montante gasto) e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a demanda.

*Custas judiciais elevadas, um sistema com problemas de morosidade, com procedimentos demasiadamente complexos, exagerado sistema recursal, somado ao excesso de demandas, podem encorajar as partes a usarem mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Problemas relativos à falta de estabilidade nas decisões estritamente ligados à insegurança jurídica não afetam apenas as partes no processo judicial, mas comprometem o desenvolvimento econômico do Estado Democrático de Direito”.*³³⁷

Logo, é preciso considerar outros fatores, como a morosidade, o engessamento processual, o excesso de recursos, a instabilidade das decisões, o

³³⁵ Robert COOTER e Thomas ULEN. *Direito e Economia*, 5.ª ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 455/456.

³³⁶ Thiago RODOVALHO e Lucas Gomes MOCHI. *Função social do contrato e as implicações econômicas de sua aplicabilidade*, in José Manoel de Arruda Alvim Netto *et alii* (Dir.). *Revista Forense*, vol. 418, Forense: Rio de Janeiro, jul./dez. 2013, p. 500.

³³⁷ Luciano Benetti TIMM. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 17.

perfil generalista do Judiciário, a publicidade do processo, o que vai muito além da mera análise das *despesas processuais*.

Tudo isso pode encarecer – e muito – o *custo de transação* do negócio, que engloba *todos* os custos em que se incorre num intercâmbio econômico (fase pré-contratual, negociação, monitoramento do cumprimento do contrato, custos com eventuais conflitos entre as partes e com eventual incumprimento etc.) *inclusive* o denominado «custo de oportunidade»³³⁸, como, v.g., com a perda de negócios e capacidade de investimentos, fruto do patrimônio “congelado” ou “expectado” em razão do litígio, de modo que, *quanto mais longo o processo, maior o custo de oportunidade*.³³⁹

Atualmente, em recente estudo, estima-se que haja cerca de R\$ 1,3 trilhão de reais provisionados por riscos jurídicos relativos a processos judiciais em curso.³⁴⁰

A arbitragem pode ser um bom instrumento a *reduzir* esses custos de transação incorridos com a prestação jurisdicional.³⁴¹

Nesse sentido, o primeiro fator a ser considerado é justamente a indução comportamental. O próprio *custo monetário relativo às despesas com o procedimento arbitral*, por ser mais elevado, naturalmente *induz* a um maior *cumprimento dos contratos (sistema de prêmios e punições)*,³⁴² reduzindo a *litigância frívola*.³⁴³ Isto porque, se, de um lado, o custo baixo de se litigar no Poder Judiciário justamente *estimula* o excesso de litigância (tanto o litígio necessário quanto o frívolo), de outro, o custo mais elevado com o procedimento arbitral *desestimula* (ainda que, obviamente, não impeça por absoluto de ocorrer) que se *litigue por litigar*, simplesmente para postergar cumprimento de obrigações, p. ex. (que, *via de regra*, não compensa em razão do *custo mais elevado* da

³³⁸ Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 383.

³³⁹ Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 384.

³⁴⁰ Cfr. em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-28/riscos-juridicos-somam-26-trilhoes-provisionamentos-errados>; e <http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/correcao-empresas-provisionam-13-trilhao-riscos-juridicos>.

³⁴¹ Luciano Benetti TIMM. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18; e Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 383.

³⁴² Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 383.

³⁴³ Robert COOTER e Thomas ULEN. *Direito e Economia*, 5.^a ed., Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 432/433.

arbitragem, bem como em razão de sua *celeridade*, não compensando o “ganho de tempo”).³⁴⁴

Além disso, os próprios *atrativos* da arbitragem, já tratado acima, também podem funcionar como *redutores* dos custos de transação.

Nesse sentir, destacamos sumariamente os seguintes:

Celeridade: Os contratos empresariais, em regra, encerram uma relação jurídica e comercial de longa duração, de modo que quanto mais celeremente o conflito puder ser resolvido, tanto melhor para as partes, que conseguem reduzir a animosidade e focar muitas vezes no desenvolvimento da relação. Além disso, trata-se de relação jurídica empresarial, de tal sorte que a demora significa perda de oportunidades. Nesse contexto, a arbitragem pode ofertar uma solução ao conflito de forma muito mais célere que o Poder Judiciário, não estando sujeita – a arbitragem – a um *procedimento engessado* e a um *regime infindável de recursos*.³⁴⁵

Confidencialidade: Outro aspecto de suma importância para esse tipo de relação jurídica é a confidencialidade. Nenhuma das partes se beneficia da exposição do conflito existente entre elas, o que pode prejudicar tanto a reputação da empresa quanto expor segredos comerciais.³⁴⁶ A exposição do conflito, portanto, lhes traz mais malefícios que benefícios.

Expertise: Em vez de um magistrado competente, mas generalista, além de assoberbado de trabalho que os números do Poder Judiciário não deixam mentir, as partes podem escolher para dirimir o conflito, como árbitro, profissional que tenha conhecimento e expertise na matéria, bem como disponha de tempo para dedicar-se adequadamente ao caso. A *especialidade* do árbitro se traduz numa

³⁴⁴ Luciano Benetti TIMM. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

³⁴⁵ Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, pp. 383/384.

³⁴⁶ Luciano Benetti TIMM. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 24/25; e Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 385.

maior previsibilidade da decisão, reduzindo as chances de erro, representado, assim, uma *melhora na qualidade da decisão*.³⁴⁷

A escolha do árbitro: A possibilidade de escolher permite às partes um maior controle sobre a resolução de seus próprios conflitos (*accountability vertical*), permitindo, por exemplo, um maior controle sobre *imparcialidade do julgador*, o que é especialmente relevante em contratos internacionais, afastando o receio de que as cortes nacionais venham a favorecer o litigante do próprio país em detrimento do estrangeiro.³⁴⁸

Flexibilidade: A flexibilidade do procedimento arbitral pode permitir que as partes, em conjunto com o árbitro, encontrem um modelo que melhor sirva ao caso concreto (*taylor made*), inclusive com soluções med-arb (ou mesmo arb-med), incluindo uma fase de mediação, que pode ser uma interessante e importante ferramenta para preservar a continuidade do contrato e a relação comercial entre as partes, em prestígio dos interesses comuns, mesmo que, porventura, não se chegue a um acordo que resolva o conflito por completo. Deste modo, ainda que a mediação não resolva por completo a controvérsia, ela pavimenta melhor um caminho para uma arbitragem mais célere e tranquila. Assim, as partes, como regra, sairão melhores dessa mediação, mesmo que se faça necessária uma sentença arbitral posteriormente.

Escolha da lei aplicável: *And last, but not the least*, a opção pela arbitragem ainda permite a escolha da lei que será aplicável ao mérito do litígio, podendo, *v.g.*, optar-se por regras mais afeitas ao comércio, como a própria *lex mercatoria* ou a *Convenção das Nações Unidas*

³⁴⁷ Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 384; Luciano Benetti TIMM. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 28; e Rafael Bicca MACHADO. *A arbitragem empresarial no Brasil – uma análise pela nova sociologia econômica do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 91/93.

³⁴⁸ Bruno Meyerhof SALAMA. *Análise econômica da arbitragem*, in Luciano Benetti Timm (Org.). *Direito e economia no Brasil*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 384; e Rafael Bicca MACHADO. *A arbitragem empresarial no Brasil – uma análise pela nova sociologia econômica do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 86/89.

sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG – Convention on the International Sale of Goods) [que agora integra o ordenamento jurídico brasileiro], ou, mesmo, que o árbitro possa decidir a controvérsia por equidade.

Todos esses aspectos, em conjunto, podem significar, no caso concreto, uma *redução* dos custos de transação incorridos com a dirimção de conflitos entre as partes.

4. Conclusão

Com o presente trabalho, não queremos afirmar seja a arbitragem uma *panaceia* para dirimir todo e qualquer conflito ou que tenha potencialidade a substituir o Poder Judiciário.³⁴⁹ Essas assertivas não são verdadeiras.

Contudo, em nosso sentir, a arbitragem se traduz num eficiente modelo a reduzir os custos de incorridos com a dirimção de conflitos entre as partes, inclusive com *indução* a um maior *cumprimento dos contratos*, reduzindo a *litigância frívola*.

Além disso, para os contratos mais complexos, especialmente internacionais, a arbitragem deve ser sempre considerada como um meio adequado para dirimir eventuais controvérsias que naturalmente possam surgir entre as partes.

³⁴⁹ Luciano Benetti TIMM. *Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 23.



CAMES

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E
ARBITRAGEM ESPECIALIZADA

 comesbrasil.com.br

 [comes](https://www.linkedin.com/company/comes)

 [comesbrasil](https://www.instagram.com/comesbrasil)

 [comesbrasil](https://www.facebook.com/comesbrasil)

 [CAMES Brasil](https://www.youtube.com/CAMESBrasil)