



Cristiane Mara Mateus

MEDIAÇÃO DIGITAL

A expansão dos modelos ODR (*Online Dispute Resolution*) nos sistemas privados de Resolução Alternativa de Litígios

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito na especialidade de Direito Social e da Inovação.

Orientador:

Doutor João Pedro Pinto-Ferreira, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro 2021

Cristiane Mara Mateus

MEDIAÇÃO DIGITAL

A expansão dos modelos ODR (*Online Dispute Resolution*) nos sistemas privados de Resolução Alternativa de Litígios

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito na especialidade de Direito Social e da Inovação.

Orientador:

Doutor João Pedro Pinto-Ferreira, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Setembro 2021

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.



Cristiane Mara Mateus

ANTI PLAGIARISM STATEMENT

I hereby declare that the work I present is my own work and that all my citations are correctly acknowledged. I am aware that the use of unacknowledged extraneous materials and sources constitutes a serious ethical and disciplinary offence.



Cristiane Mara Mateus

Tendo por referência:

Artigo 20º-A

Declaração antiplágio

“Em todos os trabalhos escritos destinados a avaliação, incluindo a dissertação, os estudantes devem declarar que o texto apresentado é da sua exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada.”

Regulamento de Estudos do 2º Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ser tão generoso comigo. Ao meu orientador, João Pedro Pinto-Ferreira, que me conduziu durante esta caminhada com muito carinho, cuidado e dedicação.

À Universidade Nova de Lisboa que me concedeu duas bolsas de estudo e que possibilitou meu sonho se realizar com mais leveza.

À minha mãe por ter me ensinado que somos fortes e capazes de realizar nossos sonhos. Ao meu pai (*in memoriam*), que de uma forma singela me ensinou a questionar a vida e que me deixou ensinamentos muito profundos.

Aos meus seis irmãos: Adriene, Cinara, Geraldo César, Jussara, Celso e Artur que cada qual a sua maneira me ensinaram a enxergar o mundo com mais amor e respeitando a diversidade de cada ser humano.

À minha primogenita, Maria Luiza, que me ensinou o sentido da palavra companhia e que desde tão cedo demonstra uma espiritualidade e um entendimento profundo da vida. Ao meu filho caçula, Luca, que me ensinou o sentido da palavra doçura, que me enche de beijos todas as manhãs.

Ao meu amado marido Patrick que embarca em todos os meus sonhos e loucuras, sem pestanejar e que me deu de presente filhos incríveis. Aos meus sogros por todo o apoio e carinho.

Ao escritório Arges & Arges e todos os sócios, em especial ao meu irmão Celso Pereira Mateus e Carlos Alberto Arges Júnior que me deram a oportunidade de aprender e acreditaram nos meus sonhos.

Aos meus sobrinhos e sobrinho neto que me fazem dar risadas que ecoam nas minha alma e treinam dancinhas comigo nas festas e encontros de família.

Aos meus grandes amigos: Adriane Kinzel, Angelo Beninato, Renata e Raphael Leão e filhos que fazem da minha trajetória em Portugal ser uma aventura cheia de amor. Aos meus amigos da Nova de Lisboa, ao aprendizado. Em especial aos meus amigos Thomas e Laila que me presentearam com almoços memoráveis.

Enfim, a mim, por preferir ser *“esta metamorfose ambulante, do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo.”*

DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES

Declaro que o Corpo desta Dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 196 765 caracteres.

Mais declaro que o Resumo é composto por 1 921 caracteres e o Abstract 1 771 caracteres, ambos incluindo espaços (não incluindo palavras-chave e keywords).

MODOS DE CITAR

1. Quanto às notas de rodapé

1.1. As notas de rodapé serão utilizadas em regra para citações indiretas ou, excepcionalmente, em citações diretas explicativas não correlatas ao tema.

1.2. As obras são citadas em nota de rodapé, por referência ao apelido do autor em maiúsculas, seguidas do (s) nome (s) e demais apelidos. Título do livro em itálico e subtítulo se houver. Local de publicação: editora, ano de publicação e página.

1.3. No caso de mais de três autores serão referenciados pelo apelido do autor em letra maiúscula, nome, seguido [*et al*]. Título da obra em itálico. Local de publicação: editora, ano de publicação e página.

1.4. As monografias, dissertações e teses serão citadas por referência ao apelido do autor em maiúsculas, seguidas do (s) nome (s) e demais apelidos. Título em itálico e subtítulo se houver. Local de publicação: universidade, ano de publicação e página.

1.5. As publicações periódicas ou artigos serão citadas por referência ao apelido do autor em maiúsculas, seguidas do (s) nome (s) e demais apelidos. Título sem itálico entre aspas. Nome da revista (em itálico), volume, número da publicação, ano e página.

1.6. As publicações eletrônicas serão citadas por referência ao apelido do autor em maiúsculas, seguidas do (s) nome (s) e demais apelidos. Título da publicação entre aspas. Nome do periódico. Sítio da internet. Data da publicação e data do acesso. No caso de pesquisa a entidades, organizações, etc. será citada o nome da (s) mesma (s). Sítio da internet. Data da publicação e do acesso.

1.7. Para evitar a longa repetição de dados, se a obra mencionada e o autor estiverem repetidos de forma sequencial em uma nota subsequente, será utilizado o vocábulo latino *ibidem* (abreviado: *Ibid.*), com menção à página.

1.8. Para evitar a longa repetição de dados referindo-se à obra de mesmo autor, título, editora e ano de publicação, citada em nota não imediatamente anterior também será utilizado o vocábulo latino *opere citato* (abreviado: *op. cit.*), com menção à página.

1.9. A utilização do termo *apud* (no sentido de “citado por”) foi utilizada em situações excepcionais em que não foi possível acessar a obra original. A citação será realizada pelo ano da obra original, seguida do apelido do autor que menciona a obra, ano da publicação com menção à página.

2. Quanto as citações diretas

2.1. As citações até 40 palavras são integradas no texto e colocadas entre aspas duplas em itálico com a respectiva nota de rodapé.

2.2. As citações longas, de 40 ou mais palavras, são colocadas num bloco independente, com recuo do parágrafo da margem esquerda, sem aspas, seguidas de parênteses, último nome do autor, ano e página.

2.3 Se no caso descrito no item 2.2 houver três autores será colocado o último nome de apenas um deles.

2.4 Se no caso descrito no item 2.2 houver mais de três autores será colocado apenas o último nome de apenas um deles com o termo latino [*et al.*].

2.5 Algumas citações diretas integrarão as notas de rodapé conforme previsto no item 1.1.

3. Quanto à Dissertação

3.1. O presente estudo é redigido em português, na variante em uso no Brasil, e com base nas regras do Novo Acordo Ortográfico.

3.2. Expressões em latim ou em língua estrangeira serão apresentadas em itálico.

4. Quanto à Bibliografia

As referências bibliográficas na listagem final de Bibliografia seguem o seguinte critério:

4.1. As obras ordenam-se:, por referência ao apelido do autor em maiúsculas, seguidas do (s) nome (s) e demais apelidos. Título do livro em itálico e subtítulo se houver. Local de publicação: editora, ano de publicação.

4.2. As monografias, dissertações e teses ordenam-se: por referência ao apelido do autor em maiúsculas, seguidas do (s) nome (s) e demais apelidos. Título em itálico e subtítulo se houver. Local de publicação: universidade, ano de publicação.

4.3. As publicações periódicas ou artigos ordenam-se: por referência ao apelido do autor em maiúsculas, seguidas do (s) nome (s) e demais apelidos. Título sem itálico entre aspas. Nome da revista (em itálico), volume, número da publicação, ano.

4.4. As publicações eletrônicas ordenam-se: por referência ao apelido do autor em maiúsculas, seguidas do (s) nome (s) e demais apelidos. Título da publicação entre aspas. Nome do periódico. Sítio da internet. Data da publicação e data do acesso.

TABELA DE ABREVIATURAS

ACEPI- Associação do Comércio Electrónico e da Publicidade Interactiva

ADR – Alternative Dispute Resolution

apud – Em citações bibliográficas assume o sentido de “citado por”

art. – artigo

arts. – artigos

CPC – Código de Processo Civil

DSD – Dispute System Design

CRP – Constituição da República Portuguesa

IA – Inteligência Artificial

Ibid. – é a abreviação de um vocábulo de origem latina *Ibidem*, com significado de "no mesmo lugar", usada em nota imediatamente anterior.

ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

LM – Lei de Mediação

n. – número

ODR – Online Dispute Resolution

op. cit. – do latim *opere citato*: usado em notas de rodapé para evitar a repetição de dados referindo se a mesma obra citada em nota não imediatamente anterior.

p. – página

pp. – páginas

PE- Parlamento Europeu

RAL- Resolução Alternativa de Litígios

RALC- Resolução Alternativa de Litígios de Consumo

ss. – seguintes

v. – volume

RESUMO

RESUMO: A presente dissertação visa analisar a mediação online como uma das formas de (*Online Dispute Resolution-ODR*). A inserção da tecnologia, também conhecida como quarto elemento, na mediação cria um novo paradigma que transforma significativamente as interações sociais e a comunicação entre as partes, o que exige dos mediadores abordagens mais sofisticadas, permeadas por novas habilidades e por um novo *standard*. Ao longo do referido trabalho constata-se que a tecnologia e sua característica disruptiva impõe diversas novas possibilidades e mudanças comportamentais seja na esfera coletiva, seja na esfera íntima dos indivíduos. Assim, a correta utilização dos sistemas ODR é responsável por viabilizar uma série de vantagens sociais como o empoderamento das partes, a diminuição de distâncias físicas, a redução de custos, a celeridade e a melhoria de acesso dos cidadãos à Justiça. Por outro lado, a implantação deste modelo também pressupõe diversos questionamentos e reflexões, seja do ponto de vista da confidencialidade, da executoriedade, da infoexclusão digital, da utilização da Inteligência Artificial (IA) de forma autônoma, entre outros aspectos. A presença do quarto elemento na mediação exige ainda adaptações nas competências do mediador, visto que exige habilidades digitais e uma formação que possibilite instaurar mesmo à distância uma conexão pessoal entre as partes. Além disto, é necessária uma revisão mais profunda dos tradicionais meios de resolução de conflitos por parte do meio acadêmico e o estudo desta nova modalidade que, embora esteja permeada pela inovação, em breve poderá se tornar o “*novo normal*”. A metodologia utilizada na referida pesquisa se ampara na possibilidade de utilização dos modelos ODR na mediação de conflitos. O método utilizado como recurso é o dedutivo, além de pesquisas bibliográficas e estudos de casos em que o referido sistema foi aplicado com efetivo sucesso.

Palavras chave: Mediação online, sistema ODR, *Online Dispute Resolution*, ODR, Resolução de disputas online, Experiências contemporâneas de modelos ODR.

ABSTRACT

ABSTRACT: This thesis aims to analyze online mediation as one of the branches of Online Dispute Resolution (ODR). The introduction of technology (also known as the fourth element) in mediation creates a new paradigm that transforms social interaction and communication between the parties. This new paradigm requires a more sophisticated approach from mediators who must develop new skills and a new standard. Throughout this analysis, it is noticeable that technology and its innovative characteristics bring about new possibilities and behavioral changes, both at a collective and individual level. Thus, the correct use of ODR systems facilitates a wide range of social advantages such as the empowerment of the parties, the reduction of physical distances, the reduction of costs while at the same time facilitating and improving access to justice. On the other hand, the implementation of this model gives rise to questions regarding confidentiality, enforceability, digital exclusion, the autonomous use of Artificial Intelligence (AI), among other aspects. The presence of the fourth element in mediation also requires adjustments in the mediator's skills, as it requires digital skills and training that enables to establish, even at a distance, a personal connection between the parties. In addition, a deeper review of the traditional means of conflict resolution by the academic world is necessary and the study of this new branch which, although currently considered unconventional, may soon become the “new normal”. The methodology used in the research is supported by the possibility of using ODR models in mediation. The method used is the deductive one, in addition to bibliographical research and case studies in which the referred system was successfully applied.

Keywords: Online mediation, ODR system, Online Dispute Resolution, ODR, Contemporary experiences of ODR models.

Introdução

A medida que a tecnologia se enraíza na vida comunitária mundial e os modelos tradicionais de resolução de litígios não são efetivos para a pacificação de conflitos, novas fórmulas vão paulatinamente se adaptando a atual realidade existencial e aos novos formatos tecnológicos. Com o advento da Sociedade da Informação caracterizada pelo uso massivo da internet e do comércio online inicia-se uma era eminentemente digital. Nesta conjuntura emergem uma série de relações interpessoais e jurídicas que transformam a maneira como os indivíduos interagem entre si, modificando de forma substancial o antigo formato das relações e das conexões humanas. Em contrapartida, o Judiciário que muitas vezes já não era a porta mais eficiente para a resolução de diversos tipos de litígios, entre eles os de baixa intensidade, se vê refém de métodos formais e soluções rígidas, gerando o que se convencionou chamar de crise da justiça.

Nesta nova sociedade veloz, inovadora e volátil surge ainda um hóspede indesejado, que parece surgir dos filmes de ficção científica, um vírus letal chamado Sars-CoV-2 (causador da COVID-19). Diante das mortes trágicas e das frias estatísticas computadas pelos noticiários verificamos que as coisas jamais serão as mesmas. A realidade digital grita e derruba barreiras antes indestrutíveis, nos demonstrando o que escreveu José Saramago “*Nossa maior tragédia é não saber o que fazer com a vida.*” E se todas as tragédias deixam um legado, uma das lições aprendidas se refere a constatação da capacidade da tecnologia de desconstruir e de reinventar estruturas arcaicas e da importância em se aceitar o mundo digital como parte integrante do nosso cotidiano.

Desta forma, a presente dissertação tem como objetivo abordar a aplicação, as características, a eficácia e a importância dos modelos de resolução de conflitos online, mais conhecidos como *Online Dispute Resolution* (ODR), aplicados à mediação de conflitos privados em um novo mundo pós pandemia. O primeiro capítulo versa sobre a evolução histórica da resolução de conflitos, da judicialização e da era tecnológica. O segundo capítulo refere-se a crise da justiça, enquanto que o terceiro capítulo discorre sobre alguns meios de Resolução Alternativa de Litígios (RAL) como a negociação, a conciliação e a mediação, tendo esta última maior enfoque por se tratar do tema do presente trabalho. Ressalte-se que o estudo de cada uma das modalidades acima relacionadas até se chegar aos modelos online é de grande valia, visto que as mesmas possibilitaram a descentralização do aparato jurisdicional, fomentaram o empoderamento dos cidadãos através do diálogo e tornaram possível a evolução dos sistemas ODR, que ao longo dos anos tomou seu próprio contorno.

INTRODUÇÃO

No quarto capítulo é realizado um enquadramento geral da mediação e o estudo se reveste de um carácter descritivo, momento em que são analisados aspectos gerais desta modalidade de RAL, seja através das particularidades do seu conceito, seja através do seu regramento jurídico consolidado através da Lei de Mediação Portuguesa (Lei 29/2013) e da Directiva (2008/52/CE). A análise abrange ainda as bases da mediação e seus princípios orientadores como a voluntariedade, a confidencialidade, a igualdade, a independência, a imparcialidade e a executoriedade.

O quinto capítulo expõe alguns aspectos relevantes sobre o modelo ODR. Este novo formato se destaca pela transição de modelos presenciais para modelos eminentemente digitais, principalmente nos litígios considerados de baixa intensidade, e vem se consolidando como uma nova porta para o contencioso. Utilizando-se do método dedutivo, de pesquisas bibliográficas e do estudo de casos busca-se debater a forma como a resolução de conflitos se alterou ao longo dos séculos e como os modelos de resolução alternativa de litígios, em especial os modelos online, vêm se respaldando à medida que a sociedade evolui e que a tecnologia avança. Foram analisadas diversas experiências precursoras e contemporâneas dos modelos ODR que acabaram por permitir que a implementação deste novo modelo de pacificação de conflitos fosse efetivamente possível.

Muito embora os meios digitais estejam em constante expansão, a pandemia de Covid-19 acelerou e sedimentou a necessidade de se viabilizar sistemas de resolução de conflitos online, seja através de plataformas eletrônicas, videoconferências ou cortes digitais. A implementação de modelos ODR se fundamenta na convicção de que em diversas situações os meios digitais diminuem distâncias, proporcionam maior flexibilidade (não há necessidade de reuniões presenciais) e favorecem a autonomia das partes no que se refere a gestão e solução dos seus próprios conflitos. A mediação online também permite um novo modelo de comunicação em que as partes têm mais tempo para pensar e construir melhores soluções. Acredita-se que, neste formato, a consensualidade pode ser alcançada através do diálogo online e que os próprios indivíduos se tornam seres mais empoderados e capazes de solucionar seus conflitos de forma mais eficiente, mais satisfatória, mais célere, gerando um sentimento de bem-estar social, com a conseqüente redução de tempo e de custos.

No sexto capítulo, a dissertação debate questões pouco examinadas pelo meio acadêmico e são avaliados pontos sensíveis dos modelos ODR que devem ser solucionados para a efetiva implementação destes sistemas. Os impasses deste novo formato incluem a possível insegurança no que se refere a confidencialidade, desaguando na necessidade de

proteção de dados sensíveis dos usuários, a exigência de uma nova capacitação dos mediadores com um novo *standard* para o formato digital. Além disto, são discutidos aspectos como o acesso à justiça na mediação online sob a perspectiva da infoexclusão tecnológica e os desafios para a execução dos acordos tendo em vista maior informalismo nos modelos ODR. Numa linha mais inovadora também se questiona a possibilidade de utilização da inteligência artificial autônoma (segunda geração) com a supressão do mediador de conflitos. Embora ainda haja um longo caminho a percorrer, visto que os sistemas tecnológicos avançam num ritmo muito mais acelerado do que as normas aplicáveis à mediação, a necessidade de nos debruçarmos sobre o tema é eminente.

1. Evolução histórica dos conflitos e as repercussões da judicialização e da tecnologia

Em 2019, pesquisadores da Universidade de Cambridge divulgaram um estudo sobre fósseis encontrados em Nataruk, no Quênia: ossadas de homens, mulheres e crianças com sinais claros de violência física, sugerem que a humanidade está em guerra há pelo menos dez mil anos, configurando-se este como o conflito humano mais antigo de que se tem notícia.¹ Entre os 12 esqueletos encontrados, dez tinham sinais inequívocos de violência, o que comprova que a guerra fazia parte do repertório das relações intergrupais entre caçadores e coletores pré-históricos.² Konrad Lorenz (1903-1989)³ descreve que a agressividade e o conflito são componentes intuitivas do comportamento humano, constituindo-se em elementos fundamentais na construção social e do conhecimento dos limites do indivíduo.⁴

O conflito pressupõe pelo menos duas partes que teoricamente têm objetivos incompatíveis, podendo ocorrer nos diversos níveis, desde interpessoais, pessoais, intergrupais, nacionais, internacionais, políticos, religiosos.⁵ Ao longo da história, os conflitos humanos sempre surgiram em todas as áreas da vida e em diversos contextos. Primariamente, estes embates eram resolvidos através do poder e da autotutela, representando a prevalência da autoridade dos mais fortes sobre os mais frágeis.

Na Idade Média, os conflitos eram decididos unicamente através da força. Foi um período de obscurantismo marcado pela negação do conhecimento e pela ausência de progresso do ponto de vista intelectual e material. Acreditava-se que a ocultação do saber e o uso da força seriam elementos fundamentais para manter a estabilidade social e evitar conflitos. A tomada de consciência de que a autotutela trazia imensos riscos à comunidade fez com que os indivíduos buscassem soluções baseadas em decisões de terceiros, surgindo

¹FUSCO, Cláudia. “Arqueólogos encontram indícios de primeira guerra da humanidade”, *Revista Galileu Digital*. Disponível em «<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2016/01/arqueologos-encontram-indicios-de-primeira-guerra-da-humanidade.html>» Publicado em 26/01/2016. Acesso: 18/10/2020.

²LAHR, Marta Mirazón [et al]. “Inter-group violence among early Holocene hunter-gatherers of West Turkana, Kenya”, *Nature*, v. 529, n. 7586, jan/2006, pp. 394-398.

³Konrad Zacharias Lorenz, seu nome completo, nasceu em Viena em 1903, falecendo em 1989. Foi Prémio Nobel da Medicina em 1973, com os seus trabalhos sobre o comportamento animal. É considerado o fundador da etologia, a ciência que descreve o comportamento animal. Nos seus trabalhos sobre os comportamentos dos gansos, efetuados nos anos trinta propôs o conceito de “*imprinting*” no comportamento animal. Segundo Lorenz, os animais adquirem por “*cunhagem*” características comportamentais, que resultam da evolução biológica na relação da espécie com o ambiente.

⁴LORENZ, Konrad Zacharias. *A agressão uma história natural do mal*, Portugal: Relógio D’Água, 1992, pp. 43-44.

⁵CUNHA, Pedro. *Conflito e negociação*, Portugal: Edições Asa, 2001, p. 23.

assim os árbitros, sacerdotes e anciãos que agiam de acordo com a vontade dos deuses ou conforme o costume.⁶

Durante o Absolutismo, governantes ditavam as regras e o poder do monarca era soberano e ilimitado, de forma que não existiam restrições jurídicas. Além disto, toda a informação e conhecimento eram monopolizados pela nobreza e pela Igreja. Até mesmo as antigas corporações de ofício restringiam a sabedoria dos mestres às pessoas mais próximas e aos familiares. Os direitos de primeira dimensão foram um importante marco para a passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito. A edição de alguns diplomas assinalou o início dos limites estatais e da proteção de liberdades públicas e de direitos civis: a *Magna Carta* assinada pelo “Rei João Sem Terra” (1212), a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) anunciam a existência de direitos naturais, inalienáveis e não negociáveis, marcando o início dos direitos civis e políticos fundamentados na liberdade dos indivíduos. A Revolução Francesa (1789/1799) inaugura então a Idade Contemporânea, momento em que a monarquia entra em colapso e todo o poder passa a vir do povo, que passa a ser governado através de leis. Surgem as ideias de *liberté, égalité e fraternité*, que nortearam as três dimensões de direitos.⁷

Apesar destes significativos avanços do ponto de vista legal, as péssimas condições de trabalho durante a Revolução Industrial (séc XVII e XVIII) permitiram um novo olhar para a normatização, pois demonstraram que embora alguns direitos estivessem formalmente assegurados, a proteção estatal não era eficiente a ponto de conter as arbitrariedades. A pobreza e a vulnerabilidade da população continuavam latentes. Neste contexto, surge a segunda dimensão de direitos conhecidos como econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade.⁸

Com a Segunda Guerra Mundial o centro das preocupações comunitárias se voltou para os direitos humanos e conseqüentemente para a última dimensão de direitos pautados na solidariedade e cristalizados com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948.⁹ As profundas alterações sociais do pós-guerra foram um marco fundamental para o

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 10, jul-dez 2007, p. 13.

⁷ DOUZIMAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*, Tradução de Luzia Araújo, São Leopoldo: Unisinos, 2009, pp. 99-120.

⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 40.

⁹*Ibid.*, p. 40.

autocontrole e autoregulação dos conflitos, que foram se alterando e se moldando às novas realidades, pautados agora pela evolução do pensamento humano e pelo acesso à justiça.

A institucionalização do Estado de Direito acarretou grandes avanços sociais com a presença de mais racionalidade e cidadania para a vida em sociedade, marcada pelo reconhecimento de uma estrutura jurídica com regras, com acesso à informação e pela tentativa de pacificação dos conflitos. Este novo modelo foi crucial para limitar o poder estatal com base na proteção dos direitos fundamentais, que se consolidaram através das Constituições e posteriormente pelas normas infraconstitucionais. Neste contexto, a crença de que todas as relações sociais deveriam estar abrangidas pelo direito positivo foi responsável pela proliferação de diversos textos normativos. A célebre frase “*Se o Estado de Direito quer ser perfeito, ele deve estar em toda a parte*”¹⁰ passou a ser a base do funcionamento estatal.

Com o surgimento dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão os conflitos passaram ser pautados por uma infinidade de normas jurídicas que automaticamente desembocavam no Judiciário. A judicialização potencializou avanços sociais e limitou o poder estatal. Por outro lado, um novo fenômeno conhecido como sacralização do direito se instaurou: textos normativos proliferaram massivamente e com eles a crença de que apenas através deste meio os indivíduos estariam protegidos nas relações sociais tecidas com terceiros. A consequência lógica foi uma explosão do contencioso por meio da judicialização de conflitos, sejam individuais, sejam coletivos.¹¹

Jacques Chevallier ressalta que, embora sejam compreensíveis os motivos que muitas vezes levam à judicialização dos conflitos, haja vista que o Poder Judiciário traz consigo a “*garantia de um processo equitativo, inclusive quando se demanda contra os poderosos*”, tem-se que o recurso à Justiça também produz efeitos perversos ao cristalizar conflitos: o legalismo conflitual comportará um conjunto de custos econômicos, institucionais e humanos.¹²

Atualmente, a questão que se faz é se a ampliação do contencioso representou efetivamente uma real aproximação do indivíduo aos meios judiciais? Galanter entende que

¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*, Tradução de Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Posso, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 53.

¹¹ SENA, Max Emiliano da Silva; MUZZI FILHO, Carlos Victor. “Judicialização dos conflitos sociais: Reflexões sobre a necessidade de soluções dialógicas no Estado Democrático de Direito Brasileiro”, *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 3. Brasília: 2017, p. 73.

¹² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós Moderno*, Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p.133.

a judicialização rotinizada e a massificação da litigação não é resultado da abertura do sistema jurídico a novos litigantes, mas o resultado do uso mais intensivo e recorrente da via judicial por parte dos mesmos litigantes: os *repeat players*, que se utilizam de vantagens oriundas do ganho em escala alcançado pelos departamentos jurídicos previamente contratados.¹³

Além da proliferação dos textos normativos e do uso constante das demandas por parte de empresas e sociedades de advogados, o fenômeno da globalização e a Revolução Tecnológica alteraram definitivamente o modo de vida dos homens e suas relações jurídicas. A globalização trouxe a expansão econômica, política e cultural bem como uma brusca mudança das relações mercadológicas. Já a Revolução Tecnológica alterou não só o comércio, mas também as relações humanas, comerciais e jurídicas: a presença constante de computadores e dispositivos móveis no cotidiano da maioria da população, impulsionada por um comércio sem fronteiras, fizeram surgir diversas relações contratuais realizadas na velocidade de um único *click*.

Se por um lado as novas tecnologias impulsionaram a economia, por outro, transformaram significativamente todas as relações jurídicas, trazendo para o mundo virtual uma infinidade de relações contratuais que jamais se poderia cogitar. Em contrapartida, o Estado não possuía meios eficientes para solucionar estes litígios seja no aspecto qualitativo, seja quantitativo.

Mediante esta mudança substancial nas relações interpessoais, na conflitualidade e consequentemente nas estruturas institucionais, constatou-se ser imprescindível para a resolução de conflitos investir não só na estrutura estatal já existente, mas também na utilização de novos modelos do setor privado.

O paradigma do Estado democrático de direito, aliado a globalização, implica mudanças nas concepções de acesso à justiça, gerando uma verdadeira globalização dos meios acessivos, com novos instrumentos propiciantes de pacificação social. Traz presente a ideia de democratizar, seja no sentido de alargar e apresentar novos caminhos de ingresso, seja para integrar pessoas excluídas da cidadania. (...) Os palcos de prevenção e resolução jurídica de conflitos devem ser repartidos dentro da estrutura estatal e, também, estendidas ao setor privado. (FONSECA, 2013, p. 60)

Neste aspecto, embora o sistema judicial seja fundamental para os sistemas democráticos, nem todos os conflitos devem desembocar nos Tribunais. Mariana França Gouveia cita Montesquieu ao dizer que o poder judicial está reduzido à função da *boca que*

¹³ GALANTER, Marc. "Afterword: Explaining Litigation", *Law & Society Review*, v. 9, n. 2, 1975, pp. 347-368.

pronuncia as palavras da lei e ressalta que muitas vezes o que ocorre é um afastamento do cidadão perante o Estado e, em consequência, em relação a lei.¹⁴ Não é exequível que toda a conflitualidade seja resolvida apenas pelo antigo método judicial: mais moroso, dispendioso e muitas vezes ineficaz.

¹⁴ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2020, p. 27.

2. A crise da justiça

A medida que as relações humanas e jurídicas se tornaram mais complexas e os direitos se tornaram mais efetivos, com legislações mais garantistas, houve um aumento exponencial da conflitualidade na mesma proporção dos direitos. Este fenómeno acabou por acarretar um maior volume da litigância judicial sobrecarregando todo o sistema. O aumento do contencioso acabou por gerar uma profunda ineficiência do Estado-Juiz com efetivas perturbações no que se refere à celeridade, segurança e qualidade dos julgados. Estes são os aspectos mais visíveis do que se convencionou chamar de crise do Judiciário.

A normatização e a utilização da justiça como modo de resolução de conflitos foram um salto para a conscientização dos direitos e liberdades, porém o excesso de normas protetivas não garantiam o efetivo acesso à justiça. Além disto, o grande número de processos judiciais não está intimamente ligado a litigantes insatisfeitos. Em diversas situações, as demandas são movidas por um pequeno número de empresas e sociedades de advogados (*repeat players*) com a conseqüente sobrecarga do Judiciário e ineficiência do sistema. A presença destes litigantes frequentes acaba por retirar a acessibilidade dos litigantes esporádicos (pessoas físicas que ocasionalmente recorrem aos tribunais) seja em função do custo, seja em função da morosidade.

Neste aspecto não basta que o acesso à justiça esteja previsto na lei, sem a verdadeira aplicação deste princípio basilar do Direito na prática. Para a compreensão da problemática acima, Boaventura de Sousa Santos aponta que as causas da crise do sistema judicial estão intimamente ligadas ao aumento de direitos sociais, ao desajustamento entre a procura e a oferta do sistema de justiça e ainda aos inúmeros conflitos de baixa intensidade que abarrotam o sistema.¹⁵ Boaventura acredita que a medida que o Estado passa por diversas modificações, o sistema judicial também precisa mudar; porém, os Tribunais vivem cercados por um certo conservadorismo e não se ajustam a procedimentos mais inovadores de transformação social. Assim, as classes menos favorecidas ficam à margem do acesso ao Judiciário.¹⁶ Além disto, pleitos com reduzido valor econômico, que facilmente seriam

¹⁵ PEDROSO, João. *Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial*, Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2002, p.37.

¹⁶ SANTOS, Boaventura, MARQUES, Maria Manuel L., PEDROSO, João. “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, Coimbra: *Oficina do CES publicação seriada do Centro de Estudos Sociais de Coimbra*, 2015, p. 19.

solucionáveis por outros mecanismos de resolução de litígios, acabaram por sobrecarregar extraordinariamente o sistema judicial. Mas efetivamente quais seriam as possíveis soluções para a crise pela qual o Judiciário vem passando?

As soluções mais recorrentemente apresentadas são: (a) mais equipamentos; (b) novas técnicas de gestão; (c) novas tecnologias; (d) as formas alternativas de solução de controvérsias, o Alternative Dispute Resolution (ADR), ou Resolução Alternativa de litígios (RAL), principalmente a conciliação, a mediação e a arbitragem, ou, ainda, deixar de ser o litígio judicializável ou a transferência do Judiciário para instância parajudicial ou administrativa, privada, híbrida, ou comunitária;(...)¹⁷

Não se trata de substituir o Poder Judiciário, mas de implementar com mais vigor e eficiência meios de resolução alternativa de litígios, incluindo os modelos de resolução de litígios online que requerem menos formalismos e maior uso da tecnologia. Neste sentido Mariana França Gouveia pontua que a resolução alternativa de litígios (RAL) - *Alternative dispute resolution* – compreende meios de resolução de controvérsias como a conciliação, a mediação, a negociação e arbitragem, entre outros. Estes meios de RAL são uma resposta à crise da justiça, que não se caracteriza apenas pela lentidão ou asoberbamento do judiciário, mas também pela crise de qualidade da justiça.¹⁸ Jorge Morais Carvalho, João Pedro Pinto-Ferreira e Joana Campos Carvalho acrescentam que este novo formato atribui uma perspectiva de consensualidade para a resolução do litígio, que se centra nos interesses das partes e nas motivações que estão ocultas nas suas pretensões.¹⁹

Neste cenário, importante ressaltar que a efetiva aplicação da RAL é um mecanismo fundamental para a diminuição das demandas judiciais, o que favorece tanto o Estado como os particulares. O acionamento do Poder Judiciário exige uma estrutura inflada, que automaticamente requer elevados custos aos cofres públicos e para os litigantes. Além disto, o direito de acessar a justiça, não se restringe ao acesso aos Tribunais e deve ser visto sob nova perspectiva que inclui desde o conhecimento e a consciência do(s) direito(s), à facilitação do seu uso, à representação jurídica e judiciária por profissionais, mas também a

¹⁷ PEDROSO, João A. F., DIAS João Paulo , TRINCÃO, Catarina. *Por caminhos da Reforma(s) da Justiça(s)*. Editora Coimbra. Coimbra. 2003, p. 25-41.

¹⁸ GOUVEIA, França Mariana. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios. op. cit.*, pp. 21-25.

¹⁹ CARVALHO, Jorge Morais, PINTO-FERREIRA, João Pedro, CARVALHO, Joana Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 13.

possibilidade de optar pela resolução judicial ou não judicial de conflitos.²⁰ Apenas através de um novo olhar para o acesso à justiça podemos viabilizar mudanças estruturais no sistema.

As reformas podem ser de várias maneiras mas estão relacionadas: (a) reforma geral dos procedimentos de resolução de conflitos; (b) criação de alternativas seja simplificando os procedimentos seja tornando-os informais, ou arbitragem, conciliação ou mediação, manipulando os incentivos econômicos para as partes; (c) especialização de varas ou criação de juizados de pequenas causas (...). (Cappelletti & Garth, 1978, p. 54-102).

Podemos constatar que o sistema jurídico se encontra neste exato momento em constantes transformações, o que sugere a utilização menos massiva do sistema judiciário. A RAL e os modelos de resolução de conflitos online surgem como uma forma de potencializar o diálogo entre as partes através de um modelo mais econômico, que valoriza a manutenção das relações e salvaguarda as posições jurídicas das partes. Neste sentido, apresenta um caminho que ameniza a crise da justiça e fornece uma solução de qualidade para os cidadãos, uma vez que possibilita a celeridade, a simplicidade e a acessibilidade com as mesmas garantias dos meios judiciais.

²⁰ PEDROSO, João A. F. *Acesso ao Direito à Justiça: um direito fundamental em desconstrução. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças*, Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2011, p. 102. Tese de Doutoramento em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração.

3. Resolução Alternativa de Litígios (RAL)

As bases da RAL surgem como um questionamento as regulações sociais que somente ocorriam de forma centralizada e com o aparato do modelo jurisdicional. A ineficiência do judiciário para solucionar novas demandas e a necessidade de que o sistema de justiça se adequasse às transformações mundiais vem amparar novos modelos de pacificação social. Foi neste panorama que nos Estados Unidos surgem os meios de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) expressão cunhada inicialmente para designar qualquer procedimento destinado a solução de controvérsias alheio a intervenção de uma autoridade judicial.²¹

As raízes filosóficas do movimento encontram-se nas décadas de 60/70, na promoção do direito ao acesso ao direito e à justiça, nos Estados Unidos da América. Esta foi uma década dominada pelo renascer do interesse pela vida em comunidade e pela respectiva justiça comunitária; pelo reconhecimento da insuficiência dos mecanismos tradicionais para dar resposta aos novos desafios de uma sociedade de consumo; pela desvalorização do conceito do profissional de justiça em detrimento da auto-composição. (Mackie, 1991, p.2)

Mariana França Gouveia esclarece que o surgimento dos meios de resolução alternativa de litígios está relacionada com a crise do Direito e da Justiça, bem como ao *Critical Legal Studies*, movimento surgido nos Estados Unidos da América, no final dos anos 60, ocasião em que se constatou que o Direito não era um saber neutral como física ou matemática e os mecanismos oficiais de aplicação do Direito eram insuficientes para integrar os mecanismos comunitários de justiça, devendo haver uma valorização da auto-composição ao ponto de elevar esta ao *status* de igualdade face à justiça tradicional.²²

Em 1976, Frank Sander, professor da Harvard Law School, sustentou que deveria estar à disposição dos indivíduos um Tribunal Multi-portas que se baseava na premissa de que cada conflito deveria ser resolvido através do método mais adequado as suas características essenciais.

A concepção parte do pressuposto de que é necessário avaliar, a partir das características do conflito, a adequação dos variados meios para solução de controvérsias, tais como mediação, conciliação, arbitragem e negociação. Feita a análise de cada um dos métodos aptos à solução de

²¹ MUNIZ, Tânia Lobo; MOURA, Isabel Cristina de. “O modelo de Tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. Especial, n. 39, Porto Alegre: dez/2018, p. 291.

²² GOUVEIA, França Mariana. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios. op. cit.*, pp. 28-29.

conflitos, sempre a vista da relação conflituosa, prossegue-se à verificação de seus procedimentos a fim de buscar quais portas-meios seriam adequadas a cada um dos conflitos que nasçam das relações sociais. (CRESPO, 2012, p.30-31).

A centralidade do Poder Judiciário, bem como a sua ineficiência e a dificuldade efetiva de acesso à justiça são elementos fundamentais para a utilização da RAL. Adrian Zuckerman esclarece que “*quando os recursos são finitos, como é o caso da justiça, deve se empregá-los com racionalidade, não sendo necessário mobilizar procedimentos subdimensionados e dispendiosos para tratar de questões de pouca complexidade*”.²³ Neste diapasão, o movimento ADR se pautou principalmente pela defesa de modelos informais e descentralizados, com participação ativa dos cidadãos na resolução de conflitos.

Atualmente, em Portugal, os meios mais estudados de resolução alternativa de litígios são a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Porém, existem outros métodos com larga utilização no exterior, principalmente nos Estados Unidos, como o mini-julgamento (*minitrial* e o *summary jury trial*)²⁴, a avaliação neutral prévia (*early neutral evaluation*), a decisão não vinculativa (*non binding ex arte adjudication*) e o painel de resolução de conflitos (*dispute resolution board*).²⁵ Apesar dos diversos métodos mencionados, o presente estudo irá se ater apenas à mediação, com uma breve referência à negociação e conciliação, por se entender que alguns elementos básicos presentes nestes meios possuem similaridades e pontos de contato fundamentalmente relevantes para a mediação.

3.1. Negociação

A negociação é uma das mais remotas formas de resolução de conflitos e talvez a mais rotineira. Ao longo da nossa existência, desde crianças, aprendemos instintivamente a negociar e mantemos este tino ao longo de toda nossa existência. Para que haja uma negociação são necessárias duas ou mais pessoas que voluntariamente queiram de alguma forma alcançar determinado acordo relacionado a litígio(s), conflito(s) ou desacordo(s). Este

²³ZUCKERMAN, Adrian A. S. “A Reform of Civil Procedure- Rationing Procedure Rather than Access to Justice”, *Journal Law & Society*, v. 22, n. 2, jun./1995, p. 155-158.

²⁴ PEDROSO, João. *Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial*. op. cit., p. 24.

²⁵ GOUVEIA, França Mariana. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*. op. cit., p. 21.

caminho deverá ser satisfatório para ambas as partes e o resultado deve ser alcançado através de um acordo pacífico capaz de manter ou desenvolver uma relação entre os negociantes.²⁶

O aspecto mais importante da negociação é o fato de ser um modelo de resolução de conflitos não adjudicatório, ou seja, que pressupõe o consenso dos envolvidos e em que estes têm participação direta nas decisões, sendo uma alternativa ao modelo judicial.

Por muitos anos, o principal modelo de negociação estava atrelado à negociação competitiva. As partes adotavam uma postura adversarial em que cada uma delas se determinava a fazer o menor número de concessões possíveis e obter o maior número de vantagens. O relacionamento se estabelecia através de ganhos unilaterais pautados pelo ganha-perde, o que nem sempre se apresentava benéfico, principalmente no que se refere a continuidade das relações entre as partes.

Contemporaneamente verificou-se que a verdadeira finalidade da negociação não é fazer vitoriosos ou derrotados, mas sim resolver impasses que surgem ao longo de qualquer tipo de relação, seja ela de fundo negocial, pessoal, trabalhista, consumerista, etc. Neste aspecto a negociação acaba por ser uma forma de resolver ou controlar os conflitos antes que os mesmos escalonem e se aprofundem trazendo consequências nocivas com custos sociais e econômicos. O escalonamento do conflito resulta basicamente em um círculo vicioso de ação e reação que gera uma espiral de ofensas ou castigos, o que diminui consideravelmente os esforços para se chegar a uma solução.²⁷ Tanto a mediação como a negociação têm como objetivo primário evitar que o conflito se expanda e atinja não só a relação das partes como seus reais interesses. Foi analisando este aspecto que Fisher, William Ury e Bruce Patton aprofundaram seus estudos chegando, assim, ao modelo cooperativo de negociação (conhecida também como negociação baseada em princípios ou negociação dos méritos) da Universidade de Harvard através do projeto *Harvard Program on Negotiation*.²⁸

No livro “*Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*” os autores abordam dois modelos de negociação: o gentil e o firme. O negociador que adota a postura gentil é aquele que realiza concessões para evitar que o conflito se agrave e tenta chegar a um acordo favorável. No extremo oposto, o negociador firme é aquele que acredita que numa disputa a

²⁶ DUPONT, Christopher. 1986. *La négociation: conduit, théorie et applications*, Paris: Dalloz, 1986, p. 23.

²⁷ MARTÍNEZ, Gonzalo Serrano. *Elogio de la negociación*, Discurso inaugural lido en la solemne apertura do curso académico 1996-97, Santiago de Compostela: Universidade de Compostela, 1996.

²⁸ FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*, Tradução de Rachel Agavino, Rio de Janeiro: Ed Sextante, 2018, pp. 29-30.

parte mais extremada e resistente é a que conseguirá melhores resultados, ainda que prejudique a relação com a outra parte. Neste contexto, o negociador firme estabelece uma relação de rivalidade e adota uma negociação competitiva que provoca baixos benefícios conjuntos. O negociador gentil acaba por ser mais vulnerável a um negociador firme, de forma que muitas vezes um acordo firmado entre as partes pode não ser sensato.²⁹ O modelo cooperativo não se fundamenta num discurso gentil ou firme, mas principalmente em elementos justos que possibilitem um acordo sensato³⁰ e ainda no mérito do negociador. Este modelo se estrutura através da possibilidade de ganha-ganha, ou seja, da hipótese em que ambas as partes encontram um ponto em que seus interesses convergem.

A principal importância de referirmos a negociação cooperativa neste trabalho advém do fato que as técnicas utilizadas pelo método de Harvard, quando aliadas à mediação, potencializam a cooperação entre as partes e seus respectivos ganhos, mesmo quando estão presentes interesses antagônicos, pois se embasa em princípios e na percepção de que devemos procurar ganhos mútuos

Os referidos autores verificaram que, geralmente, quando surge um problema, as pessoas são confundidas com ele e tratadas como se fossem uma coisa única, quando não são. As emoções que emergem no conflito também são confundidas com o mérito da negociação quando deveriam ser separadas. Assim, a negociação cooperativa defende que se faça uma diferenciação clara entre as pessoas envolvidas no conflito e o problema em si: para isto, é fundamental a comunicação e a escuta ativa. Neste mesmo caminho vemos a mediação, pois esta propõe a diminuição de obstáculos à comunicação entre as partes de modo que as mesmas ataquem conjuntamente o(s) problema(s) e não pessoalizem a divergência. Através da exploração de alternativas que atendam as necessidades dos intervenientes é que se conseguirá chegar a uma solução.

Em segunda análise, a inovação trazida pela abordagem cooperativa é o foco nos interesses que estão submersos ao problema ao invés de se fixar em posições fixas incompatíveis, sendo este método fundamental para o sucesso tanto da negociação quanto da mediação. Isto porque para cada interesse podem existir várias posições viáveis a satisfazer

²⁹ *Ibid.*, pp. 29-30.

³⁰ “Um acordo sensato pode ser definido como aquele que, na medida do possível atende aos interesses legítimos de cada lado, resolve conflitos de interesse de forma justa, é durável e leva em conta os interesses da comunidade”. *Ibid.*, p. 24.

os envolvidos, devendo-se compreender primeiro os interesses subjacentes às posições e só assim localizar recursos que satisfaçam os envolvidos.

A abordagem de Harvard define ainda que um bom negociador deve ser capaz de criar opções com ganhos mútuos, aprofundando possibilidades até se chegar a uma solução. Na mediação, a geração de opções também é fundamental para que se caminhe na construção de soluções integrativas para um possível acordo. Neste sentido, as partes devem explorar ideias à exaustão sem nenhum constrangimento, pois este percurso se torna fundamental para o processo de avaliação e decisão.

Para que a negociação cooperativa flua de forma harmônica é fundamental que a mesma se estabeleça através de critérios objetivos, que independem das vontades das partes. Os referidos critérios devem ser claros, legítimos e práticos a fim de gerar confiança e possibilitar que se faça um acordo eficiente e sensato. Seguir critérios objetivos é uma forma de evitar a parcialidade e a sensação de que o acordo firmado não é justo. Através dos critérios objetivos a negociação ocorrerá de forma transparente e os pontos de tensão e estresse tendem a desaparecer preservando assim as relações. A mediação também segue este formato para a elaboração dos possíveis acordos.

Ressalte-se que o fato de a negociação estar presente em vários aspectos da nossa vida cotidiana e de algumas de suas técnicas estarem inseridas em diversos métodos de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação, isto não retira da negociação a sua qualidade de RAL. A principal diferença entre a negociação, a mediação e a conciliação reside no fato de na negociação não existir a figura do terceiro imparcial.

3.2. Conciliação

A conciliação é uma forma de resolução de conflitos que busca um acordo entre as partes com o suporte de um terceiro imparcial (conciliador). O papel do conciliador é ativo e interventivo podendo, inclusive, propor soluções para o conflito. Os traços comuns da conciliação e da mediação se baseiam no fato de ambos serem métodos de resolução de conflitos alternativos à lide judicial com características similares como a participação de terceiro imparcial, a flexibilidade, a informalidade e a possibilidade de se interromper ou terminar por vontade dos intervenientes. Alguns autores defendem que conciliação e mediação são similares, mas a maior parte da doutrina entende que os dois institutos apresentam características próprias que os tornam institutos distintos.

A doutrina se divide em três correntes de pensamento. A primeira corrente vê na conciliação os mesmos procedimentos característicos da mediação, sendo que para esta posição a grande diferença reside no fato de na conciliação ocorrer uma maior intervenção do terceiro imparcial. Neste caso, o conciliador pode ir além de uma facilitação do diálogo, fazendo propostas e apresentando soluções para o caso.³¹ A segunda corrente não enxerga uma distinção clara entre ambas, considerando impossível distingui-las, visto que, embora eventualmente haja alguma diferença de grau de intervenção do terceiro, que é maior na conciliação, não há uma diferença significativa na natureza da intervenção.³² Já a terceira corrente vislumbra grandes semelhanças entre conciliação e mediação, com a distinção de que na conciliação o terceiro (conciliador) tem poder decisório sobre a causa se as partes não chegarem a acordo.³³

Mariana França Gouveia considera que a principal distinção entre conciliação e mediação decorre da circunstância de a conciliação ser conduzida por um terceiro (juiz, árbitro) que tem o poder de decisão caso as partes não cheguem a acordo, enquanto que a mediação visa a solução através da obtenção de um acordo, permanecendo nas partes o poder de decisão do litígio (mecanismo consensual).³⁴ Frank Sander entende no mesmo sentido:

A conciliação jurisdicional comporta em si uma característica que faz toda a diferença: as partes estão perante quem decide. Este fato modifica a sua postura - é muito diferente o comportamento das pessoas quando estão perante alguém que pode decidir ou alguém que não tem sobre o litígio qualquer poder. (SANDER, Frank E. A., 1999, p. 23.)

A grande vantagem da conciliação é que muitas vezes um acordo entre as partes satisfaz o interesse dos litigantes, ao passo que uma decisão judicial acaba por acarretar que as partes por vezes saiam vitoriosas e por vezes derrotadas, sendo que em algumas ocasiões nenhuma das partes consegue atingir a sua pretensão. Em Portugal, embora a conciliação não tenha um regime próprio, ela pode ser realizada por um juiz (num tribunal judicial ou num julgado de paz) ou pelo árbitro. A conciliação geralmente é feita de forma causuística, amparada nas vivências do terceiro, não havendo uma escola de conciliação como ocorre na mediação. Alguns autores acreditam ainda que o conceito de conciliação não está reservado

³¹ Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 1ª edição, 2010, pp. 76-77. Ver também: SEVIVAS, João, *Julgados de Paz e o Direito*, Lisboa: Rei dos Livros, 2007, pp. 18-19; VARGAS, Lúcia Dias. *Julgados de Paz e Mediação – Uma Nova Face da Justiça*, Coimbra: Almedina, 1ª edição, 2006, pp. 53-54. Dissertação de mestrado.

³² VICENTE, Dario Moura. *Direito Internacional Privado Ensaios*, v. II, 2005, p. 390.

³³ GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios. op. cit.*, p. 105.

³⁴ *Ibid*, pp. 19-23.

apenas a situações em que as tentativas de resolução sejam realizadas por um juiz ou pelo árbitro. O conciliador poderia ser qualquer pessoa desde que ao final lhe coubesse o poder de decisão (por exemplo o chefe de dois empregados).³⁵

No que se refere ao aspecto normativo, a conciliação e a mediação apresentam uma série de outras diferenças. Para a mediação há um regime jurídico próprio (Lei 29/2013), o que não ocorre no caso da conciliação, prevista em leis esparsas como o Código de Processo Civil (algumas normas aplicáveis à conciliação judicial presentes nos arts. 591, nº 1, alínea a, 594 e 604, nº 2) ou na Lei dos Julgados de Paz (art. 26 da Lei 78/2001).

³⁵ CARVALHO, Jorge Morais, PINTO-FERREIRA, João Pedro, CARVALHO, Joana Campos, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo. op. cit.*, pp. 168-169

4. Mediação: aspectos gerais

4.1. Conceito e regramento jurídico

A mediação constitui uma forma de resolução alternativa de litígios por meio de um processo estruturado que pode ser realizada tanto por entidades públicas como privadas. Através da mediação, as partes em conflito procuram voluntariamente alcançar um acordo com a ajuda de um terceiro imparcial e independente (mediador) que não tem poder decisório (adjudicativo). Nos termos da Lei da Mediação, este é *“um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”* (art. 2º da Lei n.º 29/2013).

O principal objetivo da mediação é aproximar as partes em conflito, reestabelecendo o diálogo de forma que ao longo do procedimento as soluções sejam apresentadas pelas próprias partes. O controle que as partes têm sobre o seu litígio e consequentemente o poder de decisão (*empowerment*) é um dos princípios básicos da mediação. Essa orientação determina que os indivíduos envolvidos numa divergência devem ser capazes de tomar decisões, ter controle da própria vida e solucionar seus problemas.

Esta independência e poder de decisão geram reflexos positivos tanto para o indivíduo quanto para sociedade. A utilização da mediação como forma de resolução de conflitos cria um senso de governabilidade, de pacificação e até de felicidade para o cidadão. O *empowerment* faz pessoas mais auto-confiantes e gera a percepção de que uma decisão pautada na vontade das partes é mais eficiente do que se sujeitar a uma decisão imposta pelo meio externo. Para a sociedade os benefícios são imensos, visto que desafoga o sistema judiciário, diminui os custos estatais, traz mais pacificação e qualidade de vida à comunidade

Mesmo quando se utilizem as técnicas da negociação cooperativa, a mediação distingue-se da negociação por se tratar de uma autocomposição assistida, em que se realiza uma reconstrução simbólica, imaginária e sensível que exige a presença de um terceiro que irá cumprir com as funções de escuta e implicação. A função do mediador é ajudar as pessoas envolvidas no conflito de forma que as partes reflitam, falem de si mesmas, ativem a sua

posição diante dos problemas e posteriormente possam determinar de forma autônoma a solução mais coerente de forma a caminhar pela vida com uma nova perspectiva.³⁶

Em Portugal, a mediação tem um diploma próprio – a Lei 29/2013 – mas a sua principal origem como meio extrajudicial de resolução de litígios está fortemente marcada pela implementação dos Julgados de Paz (Lei 78/2001, alterada pela Lei 54/2013), sendo que o primeiro conceito de mediação estava descrito nesta legislação (art. 35, n.º1):

A mediação é uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação activa e directa, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.

A Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio, foi de fundamental importância para o desenvolvimento da mediação no ordenamento português, visto que incentivou a sua utilização. A referida Directiva abordou a mediação em litígios civis e comerciais transfronteiriços ressaltando a importância desta técnica para o acesso à Justiça. Nos termos do art. 3.º, alínea a, da Directiva:

Mediação, um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

Com o advento da Lei da Mediação (29/2013), a noção de mediação passou a ser mais concisa (art. 2.º-a):

Mediação a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos.

A doutrina estabelece dois modelos de mediação: a facilitadora (*facilitative*) e a interventiva (*evaluative*). A definição de qual o modelo de mediação adotado dependerá da postura do mediador: se mais passiva, será definida como facilitadora; se mais ativa, será definida como interventiva.

³⁶ WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador*, v. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, pp. 34-41.

Na mediação facilitadora a função do mediador é apenas reabrir o diálogo entre as partes, indo ao encontro dos seus verdadeiros interesses. Neste sentido, o mediador não deve apresentar propostas ou soluções para o acordo, pois este papel caberá as partes que, auxiliadas pelo mediador, chegarão as suas conclusões por si próprias. A mediação facilitadora utiliza-se do modelo negocial de Harvard, mas os mediadores funcionam como verdadeiros facilitadores de forma que não devem emitir opiniões nem propor acordos de qualquer natureza. Todo protagonismo está nas mãos das partes, que poderão ou não chegar a um acordo conforme seus interesses. Muito embora o modelo da mediação facilitadora seja ensinado nos cursos de formação de mediadores em Portugal e adotado nos sistemas de mediação pública,³⁷ o mesmo só se encontra expressamente consagrado nos sistemas de mediação penal (art. 14, 1º do Regulamento do Sistema de Mediação Penal) e de mediação laboral (art. 23, 1º do Manual de Procedimentos do Sistema de Mediação Laboral). Porém, vem se entendendo que o regramento jurídico pátrio aderiu como regra geral à mediação facilitadora.

(...)Quando a lei, o estado ou os juristas se referem a mediação, estão a falar de mediação facilitadora. Esta opção resulta da nova Lei da Mediação quando determina como dever do mediador, no art 26. B) LM que esta se abstenha de impor qualquer acordo dos mediados. (Gouveia, 2020, p. 49).

Já a mediação interventiva ocorre quando a atuação do mediador é mais ativa, podendo o mesmo apresentar propostas de acordo. Muito se questiona se a mediação interventiva pode mesmo ser qualificada como mediação. Os críticos afirmam que uma atuação interventiva afrontaria princípios básicos da mediação como a neutralidade do mediador, bem como a autodeterminação e autonomia das partes. Isto porque quando o mediador tenta conduzir as partes a seguir por um determinado caminho, influenciando-as por meio de propostas de acordo a ir em um sentido ou em outro, as partes deixam de trilhar o trajeto que gostariam de fazer, o que para estes críticos descaracterizaria o procedimento como mediação, se aproximando mais do instituto da conciliação.³⁸

Em sentido contrário, Dorcas Quek afirma que a aparente dicotomia entre mediação facilitadora e interventiva não deve levar a abordagens extremas. Assim, indiferente do modelo que se adote, o mais importante é que o mediador aja de forma equilibrada e que

³⁷ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios. op. cit.*, pp. 47-50.

³⁸ VARGAS, Lúcia Dias. *Julgados de Paz e Mediação – Uma Nova Face da Justiça. op.cit.*, p. 54. Ver também: COELHO, João Gualhardo. *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Lisboa: Âncora Editora, 2003, p. 33.

auxilie as partes a explorar seus interesses e alternativas. Nesta perspectiva, o respeito pela autodeterminação e a voluntariedade devem acontecer tanto na mediação facilitadora como na interventiva.³⁹

Um exemplo deste entendimento pode ser visto nas mediações de consumo, em que a postura do mediador não se limita à tentativa de reestabelecer o diálogo entre as partes, mas também pressupõe a possibilidade de o mediador apresentar propostas de acordo, o que acaba por estabelecer uma mediação mais interventiva. O fato do mediador enquadrar juridicamente os fatos e apresentar propostas de acordo não significa que o mesmo esteja impondo uma solução as partes. Basta que ele não tente influenciá-las a ir por uma direção ou por outra, nem pressione às partes para que entrem num consenso. Não há assim afronta ao princípio da voluntariedade, principalmente porque o mediador não se encontra hierarquicamente acima das partes, mas no mesmo nível.⁴⁰

Ainda assim, há muitas divergências e controvérsias sobre qual seria o melhor modelo de mediação: muitos defendem a mediação facilitadora e outros a interventiva. Entendo que o modelo de mediação seguido poderá ser tanto a mediação facilitadora quanto a interventiva desde que sejam respeitados os princípios da mediação (voluntariedade, independência, imparcialidade e neutralidade) e o *empowerment* das partes.

Independente do modelo de mediação seguido, a postura do mediador é fundamental para o sucesso do procedimento. O terceiro neutro deve incentivar as partes a recuar as motivações que as levaram ao enfrentamento, bem como verificar quais são as suas necessidades e interesses. Neste aspecto, o mediador precisa ser capaz de demonstrar a importância do caminhar, que muitas vezes requer dar um passo atrás para posteriormente avançar. Este ato acaba por trazer aos indivíduos saídas mais vantajosas. A principal tônica da mediação se baseia no fato que, ao invés de discutir posições, deve-se agrupar interesses, sempre numa lógica *win-win* (ganha-ganha).

³⁹ QUEK, Dorcas. “Facilitative versus evaluative mediation: Is there necessarily a dichotomy?”, *Asian Journal on Mediation*, Singapore Management University, dez/2013, p. 69.

⁴⁰ CARVALHO, Jorge Morais, PINTO-FERREIRA, João Pedro, CARVALHO, Joana Campos, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo. op. cit.*, pp. 149-152.

4.2. Princípios estruturais da mediação

Os princípios são orientações norteadoras da prática jurídica e auxiliam os intérpretes na hora de aplicar as regras. Muito embora a Lei da Mediação (Lei n.º 29/2013) não enumere todos os princípios orientadores da mediação, a maioria deles está expresso na referida lei, com exceção dos princípios da informalidade e da flexibilidade. Mesmo sem previsão expressa, estes dois princípios são noções intrínsecas à mediação pois permitem maior maleabilidade na atuação do mediador em função do caso concreto e conseqüentemente uma solução mais favorável para as partes. Os princípios estruturais da mediação estão consagrados no capítulo II da LM e se estendem tanto as mediações em sistemas públicos (familiar, penal, laboral e Julgados de Paz)⁴¹ quanto privadas.

a. Princípio da Voluntariedade

O princípio da voluntariedade (art. 4º, nº 1, LM) se fundamenta no *empowerment* das partes e na circunstância de serem estas as responsáveis por definir a solução adequada para o seu conflito. Assim, a decisão de submeter um conflito a mediação ou não depende unicamente das partes, de forma que a autonomia da vontade é o aspecto fundamental para que os litigantes assumam o protagonismo na resolução de seus conflitos.

O princípio da voluntariedade exige o consentimento livre e consciente, ou seja, que o indivíduo escolha este meio sem se sujeitar a pressões psicológicas e amparado na sua liberdade de escolha (art. 4º, nº 1). Além disto, a parte tem a liberdade de renunciar e desistir da mediação (art. 4º, nº 2) ou de construir o conteúdo do acordo final (art. 20º) e ainda, em algumas situações a liberdade de escolha dos mediadores (art. 17º).⁴²

Alinhado ao princípio da voluntariedade, Portugal não adotou como regra a mediação obrigatória. No entanto, em algumas circunstâncias este princípio foi mitigado. Isto porque o art. 533º, nº 4 do Código de Processo Civil prevê uma espécie de mediação induzida (ou seja, pode ser imposta às partes uma consequência negativa caso estas não recorram ou não

⁴¹ Muito embora a Lei de Mediação estabeleça o princípio da competência (art. 8º LM) como um dos pilares da mediação, o mesmo tem sobretudo consequências ao nível das mediações públicas. Desta forma, não pode ser qualificado como princípio geral da mediação. Nos sistemas públicos o art. 38º, n.º 1, determina que “As partes podem indicar o mediador de conflitos que pretendam, de entre os mediadores inscritos nas listas de cada sistema público de mediação.” Ora, o acesso aos sistemas públicos de mediação depende (entre outros aspetos) da habilitação com um curso de mediação de conflitos, reconhecido pelo Ministério da Justiça ou ministrado por entidade formadora certificada pela DGPJ. No caso da mediação privada, cabe as partes a escolha do mediador, podendo o mesmo ter ou não formação em mediação, não se exigindo assim, em regra, formação específica em mediação.

⁴² LOPES, Dulce, PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra: Edições Almedina. 2014, pp. 28-30.

aceitem a mediação)⁴³ uma vez que estabelece que o autor suportará as custas do processo, independentemente do resultado, sempre que, podendo recorrer aos meios alternativos de resolução de litígios, tenha optado pela via judicial. Entretanto, na prática, este preceito nunca chegou a ser aplicado por ausência da regulação específica nele prevista (portaria).

Porém, em 2019, a Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto, que alterou a Lei n.º 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor) criou uma hipótese de mediação obrigatória no ordenamento Português. De forma que a partir desta lei, os conflitos de reduzido valor económico (até 5000€) ficam sujeitos a mediação ou arbitragem necessária quando esta for a opção expressa dos consumidores, devendo a mediação (ou a arbitragem) ser efetuada por entidades de RAL de consumo. As empresas são obrigadas a sujeitar-se a esta opção do consumidor, mas não o contrário.

Antes desta modalidade de mediação obrigatória, algumas questões foram abordadas. A primeira se referia a compatibilidade da mediação obrigatória com o direito de acesso à justiça (art. 20º CRP), que também está consignado no art. 47 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Segundo o professor Jorge Morais Carvalho muito embora se questione se faz sentido para as partes passar por um processo de mediação obrigatória antes de recorrer a um tribunal isto não afronta o artigo 20.º, n.º 1 da CRP, visto que a regra constitucional não impede que o acesso aos tribunais dependa de uma tentativa anterior de resolução do litígio através de um meio distinto. Desde que a tutela efetiva das situações jurídicas em causa não seja afetada com a introdução deste passo adicional não haveria que se falar em inconstitucionalidade.⁴⁴

A segunda questão abordada se relaciona à conveniência de uma mediação obrigatória no sistema português tendo em vista que as bases da mediação se amparam na voluntariedade, de forma que impor uma mediação acabaria por desvirtuar este meio de resolução alternativa de litígios.⁴⁵ Paula Costa e Silva argumenta que quando as partes são obrigadas a percorrer mais uma fase (mediação) antes de poderem aceder aos tribunais há um atraso na resolução de conflitos, podendo tornar-se numa formalidade inútil no acesso ao judiciário.⁴⁶ Porém, a autora afirma que “*se a limitação imposta puder considerar-se justificável*

⁴³ CARVALHO, Jorge Morais. “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, *Revista Julgar* n.º 15. Editora Coimbra, 2011, p. 281.

⁴⁴ CARVALHO, Jorge Morais. “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”. *op. cit.*, pp. 281-282.

⁴⁵ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios. op. cit.*, pp. 63-71.

⁴⁶ SILVA, Paula Costa. *A Nova Face da Justiça – Os meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra: Editora Coimbra, 2009, pp. 44-45.

*atendendo às finalidades que lhe presidem e não implicar uma desvantagem desproporcional para as partes, estará salvaguardada a sua conformidade com a CRP*⁴⁷.

A meu ver, a adoção da mediação obrigatória como regra geral afronta o princípio da voluntariedade. Contudo, não é isto que ocorre no art. 14º, 2, da Lei de Defesa do Consumidor, visto que nesta situação a lei visa dar a parte hipossuficiente mais uma possibilidade, porém sem restringir seu acesso ao judiciário. Apenas as empresas estão obrigadas a seguir neste modelo se esta for a opção do consumidor.

Além disto, o art. 273 do CPC define situações em que a mediação pode ser impulsionada de forma oficiosa pelo juiz. Porém, esta situação não se caracteriza como mediação obrigatória tendo em vista que, embora tenha partido de iniciativa do juiz, as partes têm o poder de objeção e mantêm o controle do processo.

Assim, em Portugal, de uma forma geral, os sistemas de mediação são facultativos, com única exceção prevista nos litígios de consumo retro mencionados. Em alguns estados da Alemanha, na Itália, em Moçambique⁴⁸, no Canadá e na Argentina⁴⁹, a mediação foi integrada no sistema judiciário de forma obrigatória.

b. Princípio da Confidencialidade

O princípio da confidencialidade (art. 5.º, LM) se refere ao compromisso de manter sob sigilo as informações obtidas ao longo do processo. A Lei 29/2013 determinou a proteção de todo o conteúdo das sessões de mediação, da mesma forma que impõe não só aos mediadores, mas aos assistentes e às partes a natureza confidencial de todo procedimento. O mediador também não poderá servir de testemunha, perito ou mandatário em qualquer causa que esteja de alguma forma relacionada com o procedimento de mediação (art. 28º, LM). A legislação portuguesa também protege a confidencialidade no que se refere às informações prestadas por apenas uma das partes ao mediador nas reuniões privadas, em *caucus* (art. 2º, LM), de forma que estas informações não poderão ser comunicadas à parte contrária sem o consentimento da parte que prestou as referidas informações.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 71.

⁴⁸ GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios. op. cit.*, p. 62.

⁴⁹ RODOVALHO, Thiago. “Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória”, *Consultor Jurídico*, Disponível em «<https://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>» Publicado em 24/11/2015, Acesso: 14/11/2020.

A confidencialidade e o dever de sigilo podem cessar por razões de ordem pública, designadamente quando esteja em causa a proteção das crianças, a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa ou quando seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo (art. 5º, nº3).

A confidencialidade se aplica tanto as mediações presenciais quanto às mediações online, de forma que o que foi dito não poderá ser usado em desfavor das partes em um hipotético processo judicial.⁵⁰ Nos modelos tradicionais de mediação em que todo o procedimento ocorre presencialmente a confidencialidade poderá ser assegurada de forma mais eficiente do que nos modelos online, visto que em regra todo o procedimento deverá ocorrer em um espaço físico previamente determinado. Num ambiente mais restrito, como é natural, os riscos de vazamento das informações prestadas são mínimos.

Nos sistemas de mediação online, o princípio da confidencialidade acaba por ser um ponto mais sensível. Isto se justifica pelo fato do uso da tecnologia ainda representar certa vulnerabilidade no que se refere a segurança no ciberespaço. Neste sentido, uma série de medidas deverão ser adotadas: o *caucus*, por exemplo deverá ser realizado em salas de videoconferência separadas, com as cautelas necessárias para que as partes tenham o sigilo das informações garantido.

Além do desafio técnico de manter máquinas, programas e plataformas seguros há ainda o desafio cultural de difícil enfrentamento relacionado à confiança das partes, visto que a interação com a máquina é completamente diferente da interação e da confiança estabelecidas junto ao mediador num ambiente presencial. Assim, o foco da implementação de um modelo eficaz de resolução de disputas online deve estar centrado em oferecer um melhor sistema de justiça, mas não um sistema inseguro.

Por outro lado, o artigo 9º-3 do modelo de regulamento harmonizado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo prevê a possibilidade da mediação ocorrer à distância. Esta regra comprova que as mediações de consumo já são realizadas com efetivo sucesso à distância, inclusive com a utilização da plataforma RLL. Desta forma, embora o princípio da confidencialidade seja mais sensível nos modelos online, isto não impede que este modelo possa ser utilizado com bons resultados e em sentido crescente entre nós.

⁵⁰ KIRTLEY, Alan. “The mediation privilege’s transition from theory to implementation: designing a mediation privilege standard to protect mediation participants, the process and the public interest”, *Journal of Dispute Resolution*, v. 1995, n. 1, 1995, p. 10.

As características próprias do sistema ODR obrigam o ambiente jurídico a repensar questões relacionadas com a identidade, a autodeterminação da pessoa humana, a proteção de dados, a privacidade, a transparência dos sistemas, o consentimento das partes. Só através de uma releitura destas questões é possível prever e responder a possíveis ameaças tecnológicas⁵¹. O questionamento que se faz é se existe a possibilidade de manter a confidencialidade nos modelos de mediação online, visto que num ambiente inteligente a monitoração de dados acaba por tornar prováveis violações à privacidade. Na concepção de De Hert, o modelo digital transforma pessoas em “*peças eletrônicas*” objeto de constante monitorização, o que acarreta uma junção da esfera pública com a privada, com risco de ocorrer uma vigilância de dados constante ou *DataVeillance*.⁵² Este é um ponto extremamente polémico, mas vale ressaltar que diversos seguimentos sociais já realizaram esta transição do presencial para o virtual com sucesso, como é o caso de todo o sistema bancário. Acredito que ao longo dos anos será plenamente possível que o formato ODR se estabeleça como um formato protegido em que estas violações sejam menos comuns.

c. Princípios da Igualdade, Independência e Imparcialidade

Os princípios da igualdade, independência e imparcialidade estão previstos no Código Europeu de Conduta para Mediadores e na Lei de Mediação (arts. 6º e 7º). O princípio da igualdade (art. 6º, n.º 1, LM) determina que é função do mediador assegurar o equilíbrio entre as partes no curso das sessões de mediação, garantindo que as mesmas participem de forma igualitária. Cátia Marques Cebola acrescenta que o referido princípio deve ser analisado da seguinte forma: as partes envolvidas devem ter o mesmo conjunto de informações relativas ao procedimento (igualdade informacional); além disto também deve ser assegurado as partes o direito de se exprimir livremente e de serem auxiliadas por advogados caso assim decidam. Cabe ao mediador finalizar a mediação sempre que verificar a impossibilidade superar o desequilíbrio entre as partes.⁵³

Por seu turno, de acordo com o princípio da imparcialidade, o mediador não deve tomar partido para não comprometer o equilíbrio do procedimento visto não ser parte interessada no litígio. O referido princípio representa a atitude que o mediador tomará frente

⁵¹ ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco. *Direitos Humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso brasileiro. Comunicações Eletrónicas e Direitos Humanos: o perigo do “homo conectus”*, Curitiba: Juruá Editora, 2012. pp. 207-226.

⁵² DE HERT, Paul. “Legal Safeguards for Privacy and Data Protection in Ambient Intelligence”, *Personal and Ubiquitous Computing*, v. 16, n. 6., Ago./2009, p.435-444.

⁵³ CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación*, Madrid: Marcial Pons., 2013, pp. 190 e ss.

às partes, porém não se confunde com passividade. Em algumas situações, o mediador poderá participar de forma mais ativa enquanto em outras deixará o processo mais espontâneo. O que se proíbe com este princípio é qualquer modalidade de conduta que favoreça uma parte em detrimento da outra. Desta forma, o mediador deve ser cuidadoso para não tomar uma posição frente a demanda, não devendo em nenhuma hipótese expor seus pontos de vista, seus preconceitos ou ainda receber prendas ou dádivas de nenhuma das partes.

Como anteriormente mencionamos, o fato do mediador adotar uma postura mais interventiva, como nos litígios de consumo, não ofende o princípio da imparcialidade, tendo em vista que nesta tipologia de litígio a função do mediador deve ser efetivamente mais ativa com o objetivo eliminar possíveis desequilíbrios negociais entre as partes e minimizar a hipossuficiência do consumidor. Reitero que de uma forma geral a função do mediador não é ser indiferente ao que lhe é relatado, devendo participar quando necessário de forma mais ativa na tentativa de corrigir eventuais distorções. Neste sentido Lucia García García formula o conceito da “*multiparcialidade*”, ou seja, na sua concepção é melhor que o mediador tenha uma atitude, que tome partido de todos (que seja multiparcial) do que uma atitude em que não tome partido de nenhum.⁵⁴

Resta salientar ainda que embora se use corriqueiramente o princípio da imparcialidade como sinônimo da neutralidade, os dois não devem ser assim qualificados. A imparcialidade é conforme mencionado acima a proibição de condutas que importem favorecimento de tratamento a uma parte em detrimento da outra, enquanto que a neutralidade é a proibição imposta ao mediador de, com base nas suas opiniões pessoais, orientar ou formular sugestões quanto ao mérito da disputa ou atuar de forma que influa na mediação.

Com relação a independência (art. 7º, LM) o mediador não deve se sujeitar a qualquer pressão, influência pessoal ou externa que comprometam o desempenho da sua função, não estando sujeito a subordinação técnica ou deontológica em relação a profissionais de outras áreas.

Os princípios da imparcialidade e da independência estão correlacionados com o art. 27º da Lei de Mediação, tendo em vista que o mediador tem o dever de revelação, ou seja, o

⁵⁴ GARCÍA, Lucia García. *Mediación Familiar: Prevención y Alternativa al Litigio en los Conflictos Familiares*, Madrid: Dykinson, 2003, pp. 140-141.

dever de divulgar situações que possam suscitar fundadas dúvidas sobre a sua isenção, imparcialidade e a independência, quer antes de iniciar o processo, quer no seu decurso. Os fundamentos que podem motivar o seu impedimento ou escusa são amparadas por razões legais, éticas ou deontológicas. Além disto, o art. 27º, nº 4 apresenta um rol não taxativo de situações que o mediador deve revelar as partes: uma atual ou prévia relação familiar ou pessoal com uma das partes; um interesse financeiro, direto ou indireto no resultado da mediação; uma atual ou prévia relação profissional com uma das partes. Desta forma, os princípios da imparcialidade e independência, além de princípios gerais, são deveres éticos que devem ser seguidos pelos mediadores ao longo de sua trajetória.

Nas mediações online a tecnologia acaba por impactar a relação entre as partes, podendo em algumas situações reforçar algum desequilíbrio entre elas. Neste cenário, é fundamental que o mediador tenha sensibilidade e conhecimentos específicos para identificar possíveis desequilíbrios e tentar contorná-los. É indispensável que o mediador verifique se as partes estão preparadas para trabalhar online e principalmente se fizeram uma escolha informada sobre realizar este modelo de mediação.

d. Princípio da Executoriedade

É sabido que os processos judiciais e os procedimentos de mediação têm origem num conflito. Enquanto as sentenças judiciais são proferidas por um terceiro (o juiz), os acordos obtidos em sede de mediação visam construir uma solução que atenda os interesses de ambas as partes devendo ser costurado cuidadosamente entre elas com o apoio do mediador. Muito embora os acordos não sejam a única motivação para a mediação, eles são, sem sombra de dúvidas, um dos objetivos finais para a pacificação de conflitos.

Ocorre que nem sempre os acordos obtidos em mediação são cumpridos pelas partes, o que demonstra a importância de adentrarmos neste princípio. Assim, para que as partes optem pela mediação e se sintam seguras é fundamental que o sistema jurídico respalde os acordos obtidos em sede de mediação de forma que o cumprimento dos mesmos não esteja apenas vinculado à vontade das partes, mas sim estabelecido como uma garantia legal.

A Diretiva 2008/52/CE prevê no seu art. 6º que as partes devem ter a possibilidade de requerer que os acordos escritos obtidos através de mediação tenham força executiva, exceto se o conteúdo for contrário ao direito do Estado membro em causa ou se este não declarar a sua executoriedade.

Em Portugal, com a Lei 29/2013 o legislador optou por atribuir executoriedade direta aos acordos obtidos em sede de mediação. Assim, desde que sejam respeitadas os requisitos impostos pela Lei de Mediação (art. 9º) os acordos obtidos serão títulos extrajudiciais sem necessidade de homologação judicial. Desta maneira, a executoriedade direta do acordo será possível quando este preencha cumulativamente os requisitos enunciados no nº 1, art. 9 LM. O que significa concretamente que: a) o litígio possa ser objeto da mediação; b) a lei não exija homologação judicial no caso concreto; c) as partes tenham capacidade para a sua celebração; d) a mediação se realize nos termos legalmente previstos; e) o conteúdo do acordo não viole a ordem pública; f) o mediador seja um profissional inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.

No que se refere a alínea *a* do dispositivo legal, a executoriedade direta do acordo dependerá do litígio poder ser objeto de mediação, ou seja, devem estar em causa litígios civis ou comerciais de natureza patrimonial. Se, por outro lado, não se tratarem de litígios patrimoniais as partes ainda poderão celebrar acordos desde que possam efetivamente transacionar o referido direito sem afronta a legislação. Acerca da alínea *c* do referido dispositivo as partes devem ter a capacidade de exercício para a celebração do acordo. Já a alínea *d* determina que o acordo seja obtido nos termos legalmente previstos, ou seja, em obediência a LM e aos seus princípios, bem como a legislação específica quando estiver em causa uma mediação familiar, laboral ou penal. No que se refere ao conteúdo do acordo descrito (alínea *e*), este não poderá violar a ordem pública.⁵⁵

A alínea *f* determina que o mediador deve estar inscrito na lista de mediadores organizada pelo Ministério da Justiça: isto se aplica apenas aos sistemas privados (art. 9.º-2) e os requisitos estão definidos na Portaria 344/2013, de 27 de novembro. Nos sistemas públicos este requisito não é necessário, pois existem listas próprias dentro de cada sistema. De acordo com o art. 3.º da referida Portaria, podem requerer a inscrição na lista de mediadores aqueles que preencham cumulativamente os seguintes requisitos: i) estejam no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; ii) tenham assistido e obtido proveito em curso de mediação de conflitos e iii) possuam domínio da língua portuguesa.

Respeitados cumulativamente os requisitos impostos pela LM, o acordo constitui-se num título executivo podendo ser executado no caso de incumprimento e não carecendo assim de qualquer ato judicial para garantir a sua executoriedade. Neste sentido, o referido

⁵⁵GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios. op. cit.*, pp. 94-97.

princípio é o que viabiliza às partes escolher a mediação com a garantia que o acordo obtido será autoexecutável acarretando benefícios em termos de tempo e de economia processual.

A lei estabelece ainda que as partes podem requerer a homologação do acordo (art. 14º, LM), porém isto não chega a ser uma violação ao princípio da executoriedade mas mera faculdade, ou seja, é apenas uma possibilidade oferecida às partes e não uma obrigação. Nestes casos o acordo homologado terá o valor de sentença (art. 705 CPC), sendo o padrão da homologação estabelecido no art. 14º, nº 3, LM.

Assim, caso a parte decida requerer a homologação do acordo, este ato poderá ter duas funções básicas: nos casos de acordos com executoriedade direta, a sua homologação servirá apenas como um reforço da força executiva; nos casos em que o acordo não tenha executoriedade direta, como nos casos em que o mediador não esteja inscrito na lista de mediadores do Ministério da Justiça, a homologação terá como função emprestar executoriedade.

Existe, porém, uma exceção em que se exige a homologação obrigatória do acordo obtido em sede de mediação (art. 273, 5º CPC e 45 da LM): trata-se das situações em que a mediação tenha início em sede de processo judicial. Porém, nem mesmo nestas situações há qualquer desvio ao princípio da executoriedade por força do que determina o art. 9º, 1, *a*, LM.

Vale ressaltar ainda que a função do mediador é de suma importância para assegurar a executoriedade do acordo. Muito embora o mediador não deva controlar o conteúdo da mediação, o seu serviço será mais eficiente se guiar as partes no sentido de que o acordo celebrado entre elas seja válido. Assim, se em alguma situação o mediador perceber que o acordo está violando uma norma imperativa, deverá alertar as partes para esta questão de forma que o acordo possa ser modificado e tenha validade jurídica, mantendo o procedimento célere.

Importante frisar que um acordo que não respeite uma regra imperativa também poderá ser cumprido pelas partes de forma espontânea. Porém, caso uma das partes se opuser a cumprir, todo o processo de mediação e o acordo perderão o sentido. A consequência será o reinício do processo, uma vez que o acordo não pode ser reconhecido por nenhum

tribunal.⁵⁶ O mediador possui a discricionariedade de não assinar o acordo nestas hipóteses, ocasionando a perda da força executiva direta do mesmo.

Nas mediações online, o princípio da executoriedade apresenta aspectos delicados, pois embora os sistemas tecnológicos possam facilitar e acelerar algumas fases do processo de mediação, em outros aspectos poderão transferir a dificuldade para a fase final que desagua na execução do acordo. Neste sentido, a ausência de uma presença física das partes e do mediador pode dificultar a executoriedade direta dos acordos, tema que será tratado adiante.

⁵⁶ CARVALHO, Jorge Morais. “A consagração Legal da Mediação em Portugal”. *op. cit.*, p. 288.

5. Mediação Online

Com o advento das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC), o mundo passou por uma profunda desconstrução do estilo de vida preexistente e a população foi impulsionada a se libertar dos modelos tradicionais antes experimentados. Este novo formato digital, com ênfase em relações virtuais, impactou todos os aspectos da vida comunitária, entre eles os conflitos e as relações jurídicas.

A crise do sistema forense representada pela morosidade e ineficiência das respostas jurisdicionais tradicionais colocou em evidência a importância de um novo modelo para a pacificação de conflitos, a RAL. Este modelo ressaltou a autonomia privada através da autodeterminação dos indivíduos e da possibilidade das partes se tornarem protagonistas da própria história decidindo o seu destino. Apesar da importância e relevância da RAL no sentido de empoderar o ser humano com mais autonomia e agilidade, a tecnologia será uma nova opção para a resolução de conflitos.

A história da ODR remonta aos Estados Unidos da América, em meados dos anos 90, e está intimamente ligada ao *boom* do comércio eletrônico, ao desenvolvimento dos meios de RAL, a ampliação de disputas através da internet e ao consequente rompimento das fronteiras territoriais nos litígios.⁵⁷ Ethan Katsh⁵⁸ foi um dos criadores de uma teoria sobre os meios online de resolução de litígios e é de sua autoria um dos primeiros artigos sobre o tema, intitulado “*Dispute Resolution in Cyberspace*”.

No que se refere ao financiamento e as pesquisas relacionadas aos sistemas ODR foram identificadas três fases. Primariamente, apenas centros de pesquisas e universidades tinham interesse em financiar projetos experimentais relacionados a ODR. Com o crescimento do comércio eletrônico, empresas de tecnologia passaram também a investir em desenvolvimento de sistemas online de resolução de litígios para patentear soluções e as empresas de comércio eletrônico compraram a ideia. Atualmente, as pesquisas têm crescido em todo o mundo, tanto no setor público como privado, incentivando inclusive parcerias

⁵⁷ BARROS, João Pedro Leite. *Arbitragem online em conflitos de consumo*, São Paulo: Tirant to Blanch, 2019, pp. 31-32.

⁵⁸ O Professor Ethan Katsh é Diretor do Centro Nacional de Tecnologia e Resolução de Disputas, Professor Emérito de Estudos Jurídicos na Universidade de Massachusetts Amherst e coautor do recém-publicado *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes* (Oxford University Press, 2017). Ele foi Pesquisador Afiliado do Centro Berkman Klein para Internet e Sociedade da Universidade de Harvard e Professor Visitante de Direito e Ciberespaço na Universidade Brandeis. Disponível em: «<https://www.law.ox.ac.uk/people/ethan-katsh>» Acesso: 15/04/2021.

público-privadas para a pesquisa e implementação desta nova modalidade de resolução de conflitos.⁵⁹

Embora o financiamento para pesquisas em ODR esteja numa curva ascendente e o debate nacional e internacional sobre ODR reporte há mais de três décadas, infelizmente, o tema ainda é pouco conhecido e abordado pelos operadores do direito e pela comunidade acadêmica de forma que se torna primordial apresentar um panorama do que já foi produzido em torno deste modelo, além de avaliar quais são suas aplicações práticas e os desafios para sua regulamentação. Neste contexto existem quatro experiências precursoras que valem ser mencionadas: *Virtual Magistrate Program*, *Online Ombuds Office*, *Cyber Tribunal* e *Uniform Dispute Resolution Policy*.

O *Virtual Magistrate Program* surgiu em Washington (EUA) em 1996 e a ideia central deste sistema era fornecer soluções para litígios que envolvessem usuários da internet, os provedores de acesso e operadores da rede. Era um sistema restrito com o objetivo oferecer soluções rápidas. Todo o procedimento se realizava através da troca de e-mails e as reclamações respeitavam, em regra, ao envio de mensagem e arquivos com conteúdos ilegais, violação de privacidade, apropriação de segredos comerciais, fraude, concorrência desleal, difamação ou divulgação de material inadequado, obsceno ou de ódio. O prazo para solução era até 72 horas e cobrava-se uma taxa de 10 dólares para evitar reclamações indevidas.⁶⁰

Implementado em 1996 em Massachusetts (EUA), o objetivo do *Online Ombuds Office* era resolver litígios que envolvessem questões relativas a nomes de domínios, provedores de acesso a internet e seus usuários e propriedade intelectual. Esse modelo trouxe grandes avanços pois conseguiu transformar o modelo síncrono (em que as partes precisam estar interagindo em simultâneo: é o caso de um contato via telefone ou de reuniões ou aulas presenciais) em assíncrono⁶¹ (aquele em que as partes podem interagir em momentos diferentes conforme a sua disponibilidade). Esta modalidade de comunicação permitiu as partes mais determinação na solução do litígio.⁶²

⁵⁹ BRAEUTIGAM, Andrea. “Fuses that fit online: online mediation in non-commercial contexts”, *Appalachian Journal of Law*, v. 5, 2006, p. 281.

⁶⁰ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. “A resolução online de litígios ODR de baixa intensidade: perspectivas para a ordem brasileira”, *Revista Pensar*, v. 22, n. 2. Fortaleza, 2017, pp. 517-518.

⁶¹ Quanto à comunicação síncrona e assíncrona, ver «<https://www.impacta.com.br/blog/comunicacao-sincrona-e-assincrona-comunicar-melhor-com-clientes/>» Acesso: 22/04/2021.

⁶² AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *A resolução online de litígios ODR de baixa intensidade: perspectivas para a ordem brasileira. op. cit.*, pp. 518-519.

Introduzido em 1996 em Montréal (Canadá) por Karim Benyekhlef, o principal objetivo do *Cyber Tribunal* consistia em prevenir e resolver online os litígios ocorridos na internet. Possuía um campo de atuação mais amplo do que o *Virtual Magistrate Program* e do que o *Online Ombuds Office*, tendo em vista que abrangia litígios consumeristas. O *Cyber Tribunal* era composto por juristas e não juristas habilitados em diversas modalidades de RAL. O sítio da internet se dividia em quatro módulos: recepção, mediação, arbitragem e secretaria. O primeiro acesso permitia que as partes tivessem informações sobre o funcionamento do sistema e preenchessem formulários para abertura do litígio. Num segundo momento, as partes se qualificariam, responderiam questões sobre a natureza e objeto do litígio e as prováveis soluções pretendidas, o que era enviado a secretaria que designava um mediador tendo como base todas as informações levantadas anteriormente. Antes que a mediação tivesse início havia uma tentativa de conciliação; caso o litígio subsistisse, poderia ser submetido a mediação ou a arbitragem se as partes assim decidissem.⁶³ A experiência adquirida pelo *Cyber Tribunal* possibilitou o surgimento da fundação *eResolution*, que desenvolveu um projeto em que mais de 500 disputas em mais de 50 países foram resolvidas graças ao *software* feito sob medida para a política da ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).

O *Uniform Dispute Resolution Policy* foi desenvolvido em 1999 e visa resolver os conflitos existentes sobre a atribuição de nomes de domínio. Foi o primeiro sistema a ser adotado por mais de um país, ou seja, com caráter transfronteiriço. É uma organização sem fins lucrativos que tem como objetivo não apenas regular a atribuição dos nomes de domínio como também evitar o registro indevido destes nomes, evitando o chamado “*first-come, first-served*”, ou seja, quem primeiro registra tem direito a utilizar. O diferencial deste modelo era a possibilidade de execução das suas decisões, algo incomum nos sistemas ODR. Assim que a disputa era decidida, a ICANN tinha como responsabilidade e ajustar os domínios de acordo com a decisão.⁶⁴

Estas experiências comprovam que embora a origem da resolução online de conflitos esteja intimamente ligada ao desenvolvimento da RAL, o formato online transpôs este modelo a medida que recorreu às tecnologias da informação seja através de sites, plataformas,

⁶³ *Ibid.*, pp. 519-520.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 520.

videoconferência, e-mails, aplicativos específicos, entre outros.⁶⁵ Atualmente, as ODR são mais do que a união da tecnologia aos meios alternativos de resolução de conflitos e englobam uma série de *softwares* que podem inclusive auxiliar o ser humano com intuito de modernizar a configuração ou o modo como os litígios são resolvidos. Além disto, não se restringe apenas aos conflitos ocorridos no ciberespaço, mas também inclui os conflitos gerados no mundo físico. Para Daniel Arbix, os métodos digitais vão além e representam uma nova porta para solucionar conflitos. Muitas vezes conflitos resolvidos online não deveriam ser resolvidos nem mesmo pela modalidade de RAL.⁶⁶ Neste sentido é urgente que surjam discussões a fim de verificar quais são os benefícios, bem como quais são os desafios dos sistemas ODR.

Por outro lado, transitar do modelo judicial para uma nova porta de resolução de litígios online tem uma íntima relação com as inovações, o que pode gerar muitas dúvidas e inquietações. De um lado encontramos as estruturas centenárias e conservadoras do sistema judiciário, que na maioria das vezes se fundamentam em protocolos rígidos e formas fixas. Do outro lado, temos o modelo ODR abrindo caminhos e possibilidades de estabelecermos soluções mais eficazes para os conflitos. Orna Rabinovich-Einy e Ethan Kasch acrescentam que *“as novas tecnologias não aparecem apenas para para mudar a forma como as pessoas fazem as coisas, elas alteram sobretudo a maneira como as pessoas pensam sobre o que estão fazendo, sobre o que precisa ser feito e o que pode ser realizado”*.⁶⁷

A utilização das ODR tem se desenvolvido gradualmente para proporcionar mais funcionalidade e qualidade à resolução de litígios. A pandemia da Covid-19 trouxe uma acelerada naturalização do uso da tecnologia no cotidiano da população e conseqüentemente revelou a necessidade de modernização do formato presencial de resolução de conflitos e de apostar em modelos online, inclusive no Judiciário. Toda a estrutura processual está sendo repensada. No atual cenário pandêmico, a utilização da ODR se apresenta como um caminho intuitivo para o futuro das relações humanas. Por outro lado, se questiona se um sistema formado por ambientes inteligentes (*ambient intelligence*) estaria afrontando os direitos

⁶⁵ ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias: tecnologia e jurisdições*, Universidade de São Paulo: Programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2015. pp. 56-60. Tese de doutorado.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 221.

⁶⁷ RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. “Digital Justice”, *International Journal of Online Dispute Resolution*, Disponível em: «www.elevenjournals.com/tijdschrift/ijodr/2014/1/IJODR_2014_001_001_002» Publicado em: 2014, Acesso: 07/05/2021.

fundamentais, bem como se haveria uma gestão fria do procedimento o que traz não só uma mudança conceitual mas também uma quebra de paradigmas.

No que se refere à autonomia, os meios de resolução online de litígios podem ser divididos em dois sistemas: instrumentais (primeira geração) e principais (segunda geração). Os sistemas de primeira geração são plataformas digitais que facilitam a comunicação e o compartilhamento de informação entre as partes com a presença do mediador. São uma abordagem mais simples de ODR. Já os sistemas de segunda geração são mais complexos visto que vão além de permitir a comunicação e o acesso à informação pelas partes, têm um papel ativo na resolução dos conflitos e utilizam-se de inteligência artificial para identificar argumentos associados ao conflito, refinar interesses, objetivos e preferência das partes, podendo inclusive sugerir soluções consensuais e apontar o resultado mais provável caso ocorra um litígio judicial.⁶⁸

Nos sistemas de primeira geração, a mediação online pressupõe a existência de um mediador e a tecnologia funciona como um facilitador. Embora pareça uma simples transição do modelo presencial de RAL para o modelo tecnológico, este processo requer um estudo minucioso no que se refere a regulamentação e atuação do mediador. Discussão maior surge com a ODR de segunda geração, visto que a mesma pode funcionar sem qualquer intervenção humana através da *web service ODR*.

Embora ainda haja muitas incertezas no que se refere a utilização do formato ODR as vantagens de uma mediação online podem ser facilmente percebidas. A primeira delas se refere a possibilidade de economia de tempo e conveniência para as partes, que podem participar de todo o procedimento no conforto de sua própria casa. Outro aspecto relevante se refere ao amplo acesso que as partes têm a uma imensa gama de mediadores tendo em vista que a escolha do mediador não está restrita à localização territorial em que o mediado e o mediador se encontram presencialmente. Além disto, a utilização do modelo online pode atingir uma gama maior de litígios do que foi originalmente proposta, não estando mais adstrita apenas aos litígios consumeristas, abrangendo também a possibilidade de se resolverem disputas familiares, sucessórias, administrativas e de propriedade intelectual.⁶⁹

⁶⁸ SELA, Ayelet. "Can Computers be fair? How automated and human-powered online dispute resolution affect procedural justice in mediation and arbitration", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 33, n. 1, 2018, p. 100.

⁶⁹ MOULIN, Carolina Stange Azevedo. "Métodos de Resolução Digital de Controvérsias: Estado da Arte de suas Aplicações e Desafios", *Revista Direito GV*, v. 17, n. 1, São Paulo: 2021. Disponível em «<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/K6Td7TJ6fcMtpyRDWVdzbPN/abstract/?lang=pt>» Publicado em: 26/03/2021, Acesso: 06/05/2021.

Também podem ser mencionadas como benefícios a celeridade, o baixo custo e o registro das comunicações entre as partes.

A mediação *face-to-face* ocorre com a presença das partes e do mediador, de forma que toda a comunicação é síncrona, ou seja, as partes e o mediador precisam estar em simultaneidade se comunicando e interagindo. É o caso tanto das sessões de mediação presenciais, pelo telefone ou por videoconferência que associam o vídeo ao áudio. Embora existam vantagens de uma interação síncrona como a espontaneidade das partes em tempo real e o *feedback* instantâneo, esta comunicação exige simultaneidade, o que pode ser uma desvantagem à medida que existe a necessidade das partes terem uma agenda com horários e disponibilidades concomitantes, o que nem sempre é possível.

Nos modelos ODR sugere-se a comunicação assíncrona (*Shuttle Mediation*), ou seja, a comunicação é feita de forma independente, sem a necessidade de simultaneidade e de agendamento de uma sessão conjunta: as partes ficam em locais separados e o mediador se comunica isoladamente com cada uma delas. O que pode acabar por ser um benefício tendo em vista que confere ao mediador uma gama de possibilidades, como poder manter conversas paralelas com as partes sem precisar reunir se individualmente com cada uma delas. Também é possível este modelo de comunicação através da utilização de e-mails e de contatos telefônicos, muito utilizado nas mediações consumeristas. Nas referidas mediações, a comunicação se dá preferencialmente através da troca de correios eletrônicos sem que haja contato direto entre as partes. Toda a comunicação se dá através do mediador que retransmite o conteúdo das mensagens trocadas entre os litigantes. Para que a comunicação entre as partes funcione bem, muitas vezes o mediador poderá realizar ligações para cada uma delas com o intuito de averiguar de forma mais profunda o real interesse dos litigantes, visto que em diversas ocasiões seus reais anseios não foram claros apenas com a troca de e-mails.

Apesar das vantagens da mediação online neste novo modelo mundial, existem inúmeras críticas a este formato. A primeira delas se refere ao fato de que os procedimentos que se realizam online, não possuem a mesma abordagem e riqueza de informações e detalhes comparados com as mediações presenciais. Isto porque o mediador quando atua presencialmente tem maior poder regulatório e de condução da mediação, que o faz perceber o *feedback* das partes ao longo das falas e argumentações. Outro elemento relevante é que a mediação presencial humaniza as relações e cria confiança entre as partes favorecendo uma comunicação não violenta. Muitas vezes, a comunicação online poderá ser associada a

impessoalidade e a não percepção do que é realmente importante para as partes, o que acaba por atrapalhar a relação entre os litigantes. Além disto, Tartuce (2018 *apud* VERBICARO, 2020, p. 53) menciona que pode haver uma ausência de transparência e confiabilidade nos processos e decisões emitidas nas plataformas de resolução online, além da segregação e exclusão de certos cidadãos.⁷⁰

5.1. Experiências contemporâneas de modelos ODR

a. Plataforma Modria (eBay)

A plataforma *Modria* é o acrônimo para assistência modular de implementação de resolução de disputas em rede. Esta plataforma foi desenvolvida em 2011 por Colin Rule, que desenhou e executou o sistema de resolução de conflitos da eBay⁷¹, considerado, hoje, o modelo mais eficiente do mundo. A *Modria* nasce em um momento em que o eBay (intermediário de compras e vendas na internet) precisa resolver de forma rápida e justa os litígios oriundos da internet. O objetivo era consolidar a confiança dos usuários e convencê-los da conveniência das transações online. A empresa realizou um expressivo investimento na construção de ferramentas ODR pois constatou que nenhum modelo tradicional de resolução de litígios seria viável para tratar a imensidão de transações ocorridas no eBay por ano. Além de fornecer a possibilidade de resolução rápida das disputas, o *Modria* conseguiu preservar grande parte das relações entre consumidores e fornecedores, mantendo um posicionamento de destaque entre a empresa e o mercado.

O sistema ODR do eBay é chamado *Staircase Approach* ou “método da escada”.⁷² A primeira fase do sistema consiste em tentar impedir que o conflito se instaure, de forma que o programa disponibiliza um banco de dados para possíveis reclamações dos usuários. A parte que se sente prejudicada tem o prazo de 30 dias para acionar o site do eBay. Desta forma, o sistema possibilita que compradores e vendedores insatisfeitos abram reclamações a custo zero por meio de algoritmos. O *software* guia os usuários através de perguntas,

⁷⁰ VERBICARO, Denis, OHANA, Gabriela e VIEIRA, Janaína do Nascimento. A mediação online como ferramenta de empoderamento do consumidor ou estratégia utilitarista para a redução das demandas do consumo?. *Revista Científica Disruptiva*. v. II, n. 2, jul-dez 2020, p. 53.

⁷¹ Fundado em 1995 em San Jose, Califórnia, o eBay é uma empresa multinacional de comércio eletrônico e um dos maiores mercados do mundo para a venda de bens e serviços por indivíduos e empresas. Atualmente, existem 100 milhões de usuários registrados no eBay, que operam em 23 países.

⁷² BARTON, Benjamin H., BIBAS, Stephanos. *Rebooting Justice: more technology, fewer lawyers, and the future of law*, New York: Encounter Books, 2017.

respostas e explicações: assim, as partes disponibilizam toda a informação e clareiam a forma como gostariam que a situação fosse resolvida. Deste modo, a contraparte toma conhecimento da insatisfação e pode resolver o incidente, reestabelecer a confiança e impedir que o conflito escale. Esta primeira fase nada mais é do que uma negociação direta online. As partes são encorajadas a resolver seus problemas entre si de modo exclusivamente autocompositivo, sem a intervenção de um terceiro e usando a plataforma apenas como ferramenta tecnológica. A experiência eBay constatou, assim, que o simples fato de se reestabelecer o diálogo entre as partes era capaz de impedir que a maioria dos conflitos se instaurassem.

A maior parte dos casos submetidos é resolvida apenas por meio de automação, ou seja, sem a interferência de um terceiro, mas caso o conflito ascenda o algoritmo do *Modria* sobe para o degrau superior da escalada, momento em que poderá ocorrer a mediação online. Esta mediação acontece em parte através do *software* que conecta as partes envolvidas na transação e as questiona sobre o conflito e se há interesse de que uma das partes convoque um mediador ou outro especialista próprio da plataforma para ajudá-las a resolver o problema. O custo desta mediação é 15 dólares e o restante é subsidiado pelo eBay.⁷³

A mediação do sistema *Modria* não se realiza através de inteligência artificial, mas à medida que as partes fornecem informações, o sistema verifica quais são os pontos em comum em que se pode cogitar a existência de um possível acordo, o que permite ao mediador sugerir soluções e facilita para as partes a possibilidade de autocomposição. Em geral, a mediação online neste sistema ocorre de forma assíncrona, sendo assim, a videoconferência não é utilizada, o que acaba por evitar desgastes entre as partes e a demora em se conseguir uma agenda compatível. O formato assíncrono permite ainda que os envolvidos pensem e reflitam sobre seus interesses e que o mediador atue com mais eficiência num contexto em que o número de mediações diárias é muito alto. Se as partes chegarem a acordo, a questão é resolvida através de uma mediação online. Do contrário, um novo degrau se apresenta de forma que o próprio sistema do eBay decide a questão levando em consideração todos elementos trazidos pelas partes, o que evidentemente não exclui posterior apreciação judicial.

⁷³ BECKER, Daniel, LAMEIRÃO, Pedro. “Online Dispute Resolution (ODR) e a ruptura no ecossistema da resolução de disputas”, *AB2L*, Disponível em «<https://ab2l.org.br/online-dispute-resolution-odr-e-ruptura-no-ecossistema-da-resolucao-de-disputas/>» Publicado em: 27/08/2017, Acesso: 15/03/2021.

O desenho do sistema *Modria* inclui uma série de técnicas avançadas de usabilidade e de persuasão, responsáveis por criar um ambiente amigável e apropriado para a resolução alternativa de litígios online. A solução do eBay foi extremamente inovadora à medida em que utilizou de comunicação assíncrona dando as partes tempo para refletir e evitar uma reação emocional impensada. Além disto, seria inviável para o setor privado e para o público que todas estas demandas originadas no site eBay chegassem ao Poder Judiciário.

A partir deste sistema ODR, vários outros sistemas foram implementados com êxito pelo mundo inteiro, incluindo Tribunais digitais que começaram a utilizar novas tecnologias e modelos similares na resolução de conflitos. Inspirados pelo eBay, o Ministério da Justiça da Inglaterra e do País de Gales lançaram um programa *Money Claim Online* que permite que usuários possam ajuizar ações de cobrança no valor de até 100 mil libras. Estas cortes virtuais seriam capazes de resolver até 60 mil casos por ano.⁷⁴

Especialistas afirmam que se o sistema de resolução de disputas do eBay fosse uma Corte, seria o maior Juízo de solução de Pequenas Causas do mundo e a maior Corte dos Estados Unidos. Mais de 60 milhões de disputas por ano foram solucionadas com taxa de satisfação superior a 90%. O eBay resolve, hoje, mais processos que toda a Justiça Federal Americana.⁷⁵

b. Regulamento 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à resolução online dos conflitos de consumo

O regulamento 524/2013 de 21 de maio dispõe sobre a resolução online de conflitos em relações de consumo no âmbito da União Europeia. Muito embora o modelo proposto no regulamento não se enquadre perfeitamente no modelo de ODR, é fundamental mencionar a relevância do mesmo, não só para a União Europeia, mas também como uma referência inovadora que visa possibilitar aos consumidores a manutenção de seus direitos e garantias mesmo no comércio transfronteiriço.

A plataforma RLL tem o objetivo resolver litígios consumeristas de forma simples e pouco dispendiosa, estimulando a credibilidade dos consumidores e dos comerciantes no Mercado Único digital. Nesta esteira, os consumidores teriam a possibilidade não só de

⁷⁴ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 102.

⁷⁵ SALOMÃO, Luis Felipe, DRUMOND, Mônica. "Métodos online de resolução de litígios", *Justiça e Cidadania*, Edição 239, Disponível em «<https://www.editorajc.com.br/metodos-online-de-resolucao-de-litigios/>» Publicado em: 07/07/2020, Acesso: 15/03/2021.

comprar através dos meios eletrônicos, mas também de resolver seus litígios através desses meios. O regulamento determina nas notas introdutórias (ponto 8) a importância da plataforma para o mercado interno digital e para a proteção dos direitos dos consumidores:

A RLL proporciona uma solução extrajudicial simples, eficaz, célere e económica para os litígios resultantes de transações em linha. Contudo, não existem atualmente mecanismos que permitam aos consumidores e aos comerciantes resolver este tipo de litígios por meios eletrônicos. Tal facto dá azo a situações lesivas dos interesses dos consumidores, constitui obstáculo, nomeadamente, às transações transfronteiriças em linha e cria condições de concorrência desiguais entre os comerciantes e, por conseguinte, dificulta o desenvolvimento global do comércio em linha.

A plataforma está em funcionamento desde 15 de fevereiro de 2016, na seguinte ligação: <http://ec.europa.eu/consumers/odr>.⁷⁶

De acordo com o seu art. 2.º, a aplicação do Regulamento depende de três critérios que devem ser preenchidos de forma cumulativa. O primeiro critério é de fundo material, ou seja, deve estar em causa uma relação de consumo. O segundo critério impõe que se trate de um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços celebrado online, excluindo todas as situações em que os contratos foram estabelecidos de forma presencial. Já o terceiro critério é geográfico, sendo imposto que as partes envolvidas residam (consumidor) ou estejam estabelecidas (profissional) dentro da União Europeia.

Muito embora a plataforma RLL seja uma iniciativa transformadora e uma referência mundial para a resolução de litígios em linha, ela não é considerada integralmente um modelo ODR, isto porque a mesma tem funcionado prioritariamente como um centro de receção e triagem dos conflitos, que posteriormente são remetidos para as entidades RALC. Desta forma, a plataforma RLL não assume todas as características de uma plataforma ODR, visto que nem sempre o procedimento ocorre do início ao fim de forma online (art. 10.º-d do Regulamento), ou seja, a partir da escolha e aceitação da entidade RALC, a utilização da plataforma deixa de ser obrigatória.⁷⁷ Por este motivo pode-se cogitar a existência de um sistema misto, em que parte do procedimento é feito em linha e a outra parte é realizada pelo modelo tradicional de RAL, o que de certa maneira se distanciaria do modelo tradicional ODR em que todo o processo deve ser feito online.

⁷⁶ CARVALHO, Jorge Morais, PINTO-FERREIRA, João Pedro, CARVALHO, Joana Campos, *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*. op. cit., p. 223.

⁷⁷ *Ibid.*, pp. 219-224.

Apesar disto, a plataforma europeia de resolução de litígios em linha tem modernizado e facilitado a comunicação entre as partes principalmente nos litígios transfronteiriços, visto que a mesma disponibiliza a funcionalidade de oferecer a tradução automática em todas as línguas da União Europeia. Desde o lançamento até os dias de hoje, a plataforma passou por pequenas alterações para se tornar mais efetiva. Inicialmente, o procedimento de queixa consistia em uma reclamação apresentada por uma das partes (geralmente o consumidor). Ao iniciar a queixa, a parte juntava seus documentos e o que fosse necessário para formalizar sua reclamação. Posteriormente, a contraparte tomava conhecimento da reclamação e deveria entrar em acordo para a escolha da entidade RALC para a qual poderia ser direcionado o caso. A entidade RALC poderia aceitar ou recusar conhecer o litígio tendo em vista a existência de um rol taxativo de fundamentos de recusa.

Em 24 de julho de 2019, a Comissão Europeia introduziu algumas alterações na plataforma RLL com intuito de melhorar a interação dos utentes. Anteriormente, o primeiro passo consistia na apresentação da reclamação. Agora, abrange o preenchimento preliminar de um autoteste, que visa identificar qual é efetivamente a melhor solução de reparação para o consumidor. No autoteste são fornecidas ao reclamante algumas opções como (1) apresentar uma queixa diretamente na plataforma de RLL (2) contactar o comerciante a nível bilateral (3) contactar diretamente um Centro Europeu do Consumidor ou (4) contactar uma entidade de RAL. Estas alternativas acabam por auxiliar os consumidores a escolher a forma mais eficiente para a resolução do seu litígio. Neste novo formato, a RLL oferece aos consumidores a possibilidade de partilhar um projeto de reclamação junto ao comerciante antes mesmo de apresentar formalmente a queixa, ou seja, possibilita a resolução do litígio de forma direta, também conhecida como módulo de “conversas diretas”.⁷⁸

Estas alterações acarretaram um aumento da interação junto à plataforma sendo que no final de 2019 cerca de 20 mil consumidores completaram o autoteste a cada mês. Isto representa um aumento de quatro vezes no nível de interação com a plataforma em relação a situação inicial em que os consumidores eram condicionados a iniciar o procedimento através de uma reclamação formal. Nesta esteira, o número de reclamações lançadas formalmente na plataforma diminuiu significativamente, o que acabou por demonstrar que,

⁷⁸Funcionamento da plataforma de RLL. Relatório estatístico de dezembro de 2020. Disponível em: «<https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/just-2020-00325-00-00-pt-tra-00.pdf>» Acesso: 26/05/2021.

muitas das vezes, os consumidores decidiram que a utilização da plataforma não era o melhor caminho para a resolução de suas demandas.⁷⁹

Muito embora a plataforma RLL ainda não seja amplamente conhecida pelos cidadãos europeus e possa apresentar algumas dificuldades operacionais para quem não está habituado a usar a internet (o que acaba por desencorajar determinados consumidores a submeterem seus litígios à plataforma), as alterações em 2019 representaram um avanço no quesito interação, de forma que se espera que a utilização deste modelo de resolução de litígios seja cada vez mais natural e intuitivo.

Dados da Eurostat Statistics Explained revelam que a percentagem de indivíduos com idades compreendidas entre os 16 e os 74 anos que encomendaram ou compraram bens ou serviços através da internet para uso privado aumentou consideravelmente nos últimos anos. Em 2019, este avanço foi significativo dentro da União Europeia, tendo atingido 60% dos indivíduos, o que representou um aumento de 14 pontos percentuais.⁸⁰ Em 2020, a percentagem de utilizadores do comércio online em Portugal registrou o maior aumento desde 2002, atingindo 44,5 % dos indivíduos, mais de 7 pontos percentuais do que em 2019.⁸¹

Por outro lado, um relatório da Comissão Europeia (2019) referente à resolução de litígios em linha destacou que 2,8 milhões de pessoas visitaram a plataforma no referido ano, sendo que 50% das reclamações na plataforma de ODR são de origem transfronteiriça. A estatística revelou ainda que 83% das reclamações lançadas formalmente na plataforma foram encerradas automaticamente após o prazo legal de 30 dias para o comerciante eventualmente aceitar o procedimento de ADR, 11% foram recusados pelo comerciante e 4% retirados por qualquer uma das partes. Como resultado, apenas 2% das reclamações chegaram a um órgão de ADR. Com relação aos países que mais utilizaram da plataforma, a Alemanha se destacou com 34.500 reclamações, seguida da Espanha com 14.873, Portugal ficou na marca de 2.981. Quanto aos serviços em que houve maior número de reclamações,

⁷⁹*Ibid.*

⁸⁰Eurostat Statistics Explained. Disponível em: «https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals» Acesso: 19/04/2021.

⁸¹Instituto Nacional de Estatística de Portugal, Sociedade da informação e do conhecimento, Inquérito à Utilização de Tecnologias da Informação e da Comunicação pelas Famílias 2020. Disponível em: «https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=415621509&DESTAQUESmodo=2» Publicado em: 14/01/2021, Acesso: 19/04/2021

o setor líder foi o das viagens aéreas (14,8%), seguido pelo setor do vestuário (10,6%), dos produtos de TIC (6,2%) e dos hotéis e alojamentos (5,8%).⁸²

Anualmente, a IDC Analyze the Future em conjunto com a Associação de Economia Digital (ACEPI) apresentam um estudo que tem como objetivo analisar a evolução da economia digital em Portugal. O estudo revelou que no ano de 2019, antes mesmo da pandemia, o número de consumidores online já havia aumentado bastante, alcançado a ordem de 39%. O prognóstico para o futuro é que com os impactos da COVID-19 haja uma profunda transformação dos modelos de negócios e nos modelos de consumo mundiais, repercutindo de forma significativa na encomenda de bens ou serviços online. A estimativa é de que em 2025 quase 70% dos portugueses com idade entre 16 e 74 façam compras online.⁸³ Desta forma, espera-se que cada vez mais os utentes se utilizem da plataforma RLL e que seu conhecimento seja cada vez mais propagado entre os cidadãos europeus.

5.2. Dispute System Design (DSD)

A metodologia Dispute System Design (DSD) surgiu do movimento ADR em Harvard na década de 80 e se fundamenta nos princípios e nas técnicas da negociação baseada em interesses, apresentada por Roger Fisher e William Ury na obra *Getting to Yes* (1981).⁸⁴ Em 1988, William Ury, Jean Brett e Steven Goldberg publicam a obra *Getting Disputes Resolved- Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*, trazendo o conceito de *design* de disputas. O termo *design* em português pode ser traduzido de diversas maneiras e comporta o mesmo número de concepções distintas, a saber: projetar, desenhar, planejar, delinear, esquematizar, originar uma planta ou desenho, esquema, entre outros significados. No momento inicial de idealização do DSD não se dava especial destaque a tecnologia, consagrando inclusive a necessidade de um espaço físico específico para a resolução de conflitos. Porém, atualmente,

⁸² Comissão Europeia. Resolução de Litígios em linha. Disponível em: «https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/odr_report_2020_clean_final.pdf» Publicado em: dez/2020. Acesso: 20/05/2021.

⁸³ IDC Analyze the Future e ACEPI, Economia Digital em Portugal, Edição 2020. Disponível em «<https://www.comerciodigital.pt/media/2586/acepi-idc-estudo-da-economia-digital-em-portugal-2020.pdf>» Acesso em 19/04/2021

⁸⁴ OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de Resolução de Conflitos. Sistema Indenizatórios sem Interesses Individuais Homogêneos*, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014, p. 92. Dissertação de Mestrado.

o método DSD permite que todo o processo possa ser feito online através de plataformas digitais via sistemas tecnológicos.

O DSD desponta da necessidade de se compreender como diferentes modalidades de RAL poderiam ser utilizadas de forma mais efetiva no âmbito de uma organização, fixando procedimentos e critérios para sua implementação.⁸⁵ Nasce assim a ideia de se desenhar sistemas de resolução de disputas sob medida que se moldassem às particularidades de cada empresa. Mas poder-se-ia perguntar qual a importância do modelo DSD para a resolução de litígios em linha. Foi a partir da elaboração deste sistema que se traçaram desenhos específicos para cada modalidade de conflito de forma a conhecê-las com mais profundidade.

A elaboração de um projeto que sistematize a natureza do conflito e os possíveis desfechos e soluções é fundamental para o desenvolvimento de modelos de resolução de conflitos, sejam eles em linha ou não. Estes desenhos estruturados dos conflitos visam prevenir litígios e garantir que o sistema desenvolvido seja adequado para a solução daquele tipo de litígio, ofertando aos interessados procedimentos satisfatórios, com soluções efetivas e em tempo razoável. O sucesso das plataformas ODR depende em primeira análise da elaboração de um projeto pensado especificamente para cada tipo de conflito e é exatamente isto que o DSD faz.

A execução do sistema DSD é realizada por um profissional de *design* que atua como se fosse um alfaiate e desenvolve um produto à medida⁸⁶ levando em conta suas particularidades. Este conhecedor desenvolve o sistema desenhando de forma eficaz um plano de atuação que deve levar em conta o contexto dos conflitos e todos os fatos relevantes. Para executar com primazia seu trabalho o profissional terá que ter habilidades como escuta ativa, planejamento de reuniões, elaboração da agenda, facilitação da comunicação entre as partes.

O método DSD toma força quando grandes empresas procuram diversos especialistas, que começam a auxiliá-las com o objetivo de propor um novo sistema de resolução de conflitos, totalmente personalizado para cada caso concreto. O objetivo

⁸⁵ RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. “Technology and dispute systems design”. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 17, n.151., 2012, p. 167.

⁸⁶ MCGOVERN, Francis E.. “The What and Why of Claims Resolution Facilities”, *Stanford Law Review*, v. 57, 2005, p. 1362.

principal do *design* era desenvolver um sistema personalizado de solução de conflitos de forma evitar que os mesmos escalassem e chegassem até o judiciário. Logo, se manejavam métodos não judiciais de resolução de litígios como a negociação, a conciliação, a mediação e arbitragem.

O DSD não é qualificado como um mecanismo de RAL, sendo definido como o estudo das relações que se estabelecem entre as partes para se traçar um desenho das particularidades do conflito. O designer responsável irá elaborar uma planta, projeto ou desenho que estabeleça de forma precisa a criação de um sistema de resolução de conflitos estruturado que pode ser usado tanto na RAL presencial como na resolução de conflitos online.

Com a crise da justiça e o momento pandêmico, o sistema DSD acaba por ser um modelo eficiente que pode diminuir consideravelmente a escalada dos conflitos e estabelecer um diálogo eficaz entre as partes. Ele vem sendo utilizado em várias situações cotidianas, como no caso das companhias aéreas que instalam dispositivos eletrônicos de autoatendimento em aeroportos para recebimento de reclamações. Posteriormente, a empresa aérea poderá entrar em contato com a parte e oferecer um acordo evitando assim que o fato chegue ao judiciário. Além disto, este modelo foi aplicado para o tratamento dos conflitos indenizatórios provenientes dos acidentes aéreos dos voos 3054 (CI3054)⁸⁷ e 447 (PI447)⁸⁸ ocorridos no Brasil. Através de um Termo de Ajustamento de Condutas (TAC) foi realizada uma tutela coletiva dos interesses dos consumidores através de uma substituição processual dos referidos pelas autoridades públicas.

O acidente do Voo 3054 ocasionou a morte de 199 pessoas, sendo um momento de muita comoção no Brasil. Após a referida fatalidade surgiu um projeto desenhado sob medida para o referido caso concreto. As técnicas utilizadas se baseavam no modelo DSD

⁸⁷ “A Câmara de Indenização Voo 3054 (CI3054) foi oferecida aos familiares e outros beneficiários do acidente aéreo que ocorreu com a queda de uma aeronave da companhia aérea TAM, em julho de 2007, em São Paulo, contabilizando 199 vítimas fatais. Este mecanismo tinha a pretensão de ser não só mais uma alternativa, mas sim um meio especialmente desenhado para o tratamento dos conflitos originados pela referida tragédia.” OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de Resolução de Conflitos: Sistema Indenizatórios sem Interesses Individuais Homogêneos. op. cit.*, p. 177.

⁸⁸ “Por volta das vinte e três horas do dia 31 de maio, a aeronave da companhia aérea francesa (Air France) que fazia o trajeto Rio de Janeiro–Paris desapareceu sobre o Oceano Atlântico, em águas internacionais. Todas as 228 pessoas a bordo morreram. O DSD desenvolvido no acidente aéreo do voo 3054 serviu de base para aproveitar diversas funcionalidades do sistema anterior e criar o DSD do Programa de Indenização do voo 447.” OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de Resolução de Conflitos: Sistema Indenizatórios sem Interesses Individuais Homogêneos. op. cit.*, p. 180.

com objetivo de solucionar de forma sensível e efetiva o pagamento das indenizações aos familiares das vítimas sem que as mesmas precisassem recorrer ao Judiciário. Surge então a Câmara de Indenização que visava disponibilizar informações sobre o sistema, bem como dar andamento aos procedimentos. Para ingressar neste processo de indenização, os legitimados deveriam dar entrada através de um formulário de ingresso e juntar a documentação relevante. Posteriormente, os membros da Câmara mediavam uma reunião entre os beneficiários, que poderiam estar assistidos por um advogado ou não, e os representantes da seguradora e da companhia aérea. Se estivesse comprovado o direito à indenização era elaborada uma proposta indenizatória de forma individualizada. Os cálculos para estas propostas se baseavam na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A mediação ocorria através de membros da câmara, denominadas “observadores”, que realizavam tanto mediações facilitativas como avaliativas. Este DSD foi extremamente eficaz a medida que facilitou o entendimento entre as partes e o pagamento das indenizações de forma célere. No ano de 2009, a Câmara finalizou suas atividades com uma taxa de 92% de casos solucionados, considerando quem efetivamente se habilitou no sistema.⁸⁹

Posteriormente, este sistema também foi útil no aproveitamento de informações para indenizar outro acidente aéreo: a queda do avião Air France (Voo 447) que acarretou a morte de 228 pessoas. O sistema DSD da Air France já trazia melhorias e correções ao primeiro sistema, momento em que se instaurou o Programa de Indenização do Voo 447.⁹⁰

O método DSD também é usado em conflitos ambientais, desastres de grandes proporções e conflitos em hospitais, visto que nestas circunstâncias é preciso desenvolver um desenho do sistema particularizado que apresente um efetivo grau de acolhimento às famílias. Nos exemplos mencionados acima, a figura humana do mediador foi fundamental para estabelecer o diálogo entre as partes, sendo uma das componentes básicas para o sucesso do DSD.

5.3. Inteligência Artificial (IA) na ODR

O uso da inteligência artificial pode ser integrado em todas as modalidades de resolução de conflitos, sejam elas judiciais ou extrajudiciais. Esta categoria de sistemas

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 174-179.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 180-181.

inteligentes poderia ser utilizada como um sistema de suporte às decisões, guiando o terceiro na resolução de litígios e ainda fornecendo informações sobre o caso em análise. Por exemplo, o método de raciocínio baseado em casos representa uma metodologia muito utilizada pelos operadores do direito. Advogados e juízes analisam com frequência casos anteriores e os prováveis desfechos, seja com intuito de antecipar o resultado final (advogados) seja no sentido de melhor fundamentar decisões baseadas em precedentes similares (juízes).⁹¹ Nestes casos, a IA pode ser muito mais eficiente do que o ser humano no que se refere a consultas a bancos de dados. Vale ressaltar ainda o papel dos sistemas periciais (*experts systems*) que são *softwares* que replicam uma perícia realizada por seres humanos em um determinado ramo de conhecimento vem sendo um dos mais relevantes campos de investigação na área da inteligência artificial.

A questão que se faz é se, no futuro, a IA poderá ser aplicada de forma mais contundente à mediação. O elemento humano poderá ser suprimido, de forma que a figura do mediador poderá, inclusive, deixar de existir e ser substituída por um sistema computacional que atuará como protagonista na resolução dos conflitos? Esta nova modalidade de mediação ocorreria através de um mediador eletrônico (*robomediators*) com habilidades de comunicação e com capacidade de entender os desejos e receios das partes e posteriormente verificar qual a melhor técnica a seguir em cada tipo de litígio. A princípio, substituir um mediador humano por um robô pode parecer algo extremamente perigoso isto porque os contornos de um conflito, geralmente, não podem ser resolvidos de forma simplificada atendendo apenas a questões fechadas. As relações interpessoais são revestidas de complexidade e necessitam da avaliação de múltiplos pontos, abordagens abertas e extensas.

Em contrapartida, no fórum de ODR realizado na Virgínia em outubro de 2019, foram apresentados pelo Dr. Anyu Lee⁹² diversos progressos no que se refere ao desenvolvimento de inteligência artificial para tribunais online, arbitragem e mediação. Ele informou o quanto a China progrediu em desenvolver ferramentas de inteligência artificial para tribunais online, arbitragem e mediação e descreveu o potencial da IA na resolução de

⁹¹ LANDES, W. M. & POSNER, R. A. "Legal precedent: A theoretical and empirical analysis", *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, California, 1976, p. 249.

⁹² O Prof. Anyu (Andy) Lee é o presidente do Beijing eBridgeChina Research Institute, professor visitante na Qinghua University, Pequim, China, e professor adjunto no East West Center, Honolulu, Havaí. Antes desta posição, o Prof. Lee era professor na University of International Business and Economy em Pequim, China. Disponível em «<http://odr.info/anyu-lee/>» Acesso: 21/04/2021.

litígios. Ressaltou em particular que litígios transfronteiriços de pequeno valor poderiam ser resolvidos sem problemas e com eficiência em um futuro próximo por meio da IA. Segundo Anyu, num futuro próximo, os primeiros robôs avançados serão capazes de falar vários idiomas, conhecer as leis de diferentes jurisdições e analisar um grande volume de decisões judiciais, o que irá capacitá-los a tomar decisões corretas e consistentes. Além disso, foi referido que juízes, árbitros e mediadores devem começar a treinar seus próprios robôs para competir com outros robôs.⁹³

Em Portugal, também está sendo desenvolvido por um grupo de pesquisadores da Universidade do Minho uma nova abordagem de ODR que utiliza a inteligência de ambiente (agente inteligente) para detectar emoções, níveis de stress e estilos individuais de lidar com conflitos. O projeto visa o desenvolvimento de ferramentas de apoio ao mediador. Um *software* denominado *Umcourt* foi integrado ao *software VirtualECare* com o objetivo de manter preservada para o mediador de conflitos a percepção das emoções veiculadas através da linguagem corporal das partes. Como a comunicação digital não consegue acessar estes sinais por se utilizar majoritariamente de recursos textuais, o sistema consegue identificar através do padrão, da intensidade e duração das telas *touchscreen* o nível de stress e as emoções das partes. Além disto, estas formas são consideradas não invasivas desde que ocorram mediante o consentimento prévio e informado das partes e sem interfaces adicionais. Estes *software* visa melhorar a comunicação entre as partes e o mediador em um procedimento digital. Desta forma, o mediador terá informações fundamentais para gerir de forma mais adequada a sessão de mediação.

Evidentemente que estes formatos são possibilidades, mas não uma certeza. Isto porque embora a IA se tenha desenvolvido em vários setores não alcançou ainda grandes repercussões no que se refere ao direito. Neste momento, ainda parece mais seguro que os humanos sejam os intermediários dos processos de pacificação de conflitos. Antes da efetiva implementação da IA nos modelos RAL e ODR seria necessário que as máquinas desenvolvessem a capacidade de perceber as partes, de entender as características do conflito, os interesses envolvidos e o próprio direito. Teriam ainda que replicar o comportamento do

⁹³ LOEBL Zbyněk. “Can a robojudge be fair?”, Kluwer Arbitration. Blog, Disponível em «<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/16/can-a-robojudge-be-fair/>» Publicado em: 16/12/2019, Acesso: 21/04/2021.

homem nos casos em que atuassem, substituindo terceiro neutro, o que neste momento não parece uma tarefa fácil.

A aplicação da IA na resolução online de litígios recorre ainda à Teoria dos Jogos⁹⁴ como base para fornecer suporte de negociação inteligente. Desta forma, a existência de um pacote de apoio a negociação através de uma gama de ferramentas possibilita e esclarece quais são os interesses das partes, identifica compensações, reconhece a satisfação das partes e gera soluções ideais.⁹⁵ Isto é possível porque algoritmos matemáticos são desenvolvidos para determinar desejos e intenções das partes de forma a buscar resultados ideais para estas.

Embora pareça impossível que uma máquina tenha tantas habilidades e se assemelhe a um cenário de ficção, conflitos internacionais foram resolvidos através de algoritmos, como é o caso do algoritmo desenvolvido para a *Adjuste Winner*, utilizado em uma disputa internacional que envolveu a China, Taiwan e membros das Nações do Sudeste Asiático (Vietnã, Filipinas, Malásia e Brunei) em que se acreditava haver depósitos de petróleo e gás nos referidos locais. O mesmo algoritmo foi utilizado também nas negociações do Canal do Panamá e até nas negociações entre israelenses e palestinos.⁹⁶

Muito embora a utilização da inteligência artificial na resolução *online* de litígios seja uma possibilidade crescente no futuro, há diversas implicações éticas e jurídicas para as quais ainda não há respostas. Na teoria, a IA se estrutura através de sistemas que pensam racionalmente como seres humanos, que atuam racionalmente como seres humanos. Porém, a perspectiva que um sistema informático possa regular e fornecer soluções para a resolução de litígios ainda encontra muitas reservas na comunidade jurídica.

O primeiro aspecto se refere ao repúdio deste sistema pelos operadores do direito. Isto pode ser explicado levando-se em conta a desconfiança dos mesmos da capacidade de dispositivos tecnológicos serem tão eficiente quanto os humanos. Outra questão se refere a perda substancial de protagonismo, tornando diversos profissionais cada vez mais

⁹⁴ “Com base na matemática a teoria dos jogos busca estabelecer fundamentos teóricos para que se perceba quando que a mediação e os métodos autocompositivos possuem vantagens, bem como para realizar uma reflexão sobre as desvantagens de um processo heterocompositivo. Nash introduziu o elemento cooperativo na Teoria dos Jogos: no entender deste grande matemático a cooperação não é incompatível com o pensamento de ganho individual, de modo que é possível maximizar seus ganhos cooperando com os outros participantes (ou adversário)”. BORBA, Janine Taís Homem Echevarria, FIBRANS, William Picolo, COSTA, Thaíse Nara Graziottin. “A Mediação De Conflitos: Um Olhar A Partir Da Teoria Dos Jogos” *Mostra de iniciação científica Imed*, jun./2016, pp. 5-6.

⁹⁵ LODDER Arno R. and ZELEZNIKOW John. “Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution”, p. 77. Disponível em: «https://www.mediate.com/pdf/lodder_zeleznikow.pdf» Acesso: 03/05/2021

⁹⁶ *Ibid.*, p. 88.

dispensáveis, o que afetaria de modo extremo suas receitas e poderia, inclusive, eliminar de forma efetiva uma série de profissões hoje existentes. Outro aspecto se refere a resistência dos seres humanos em submeterem questões importantes da sua vida para que uma máquina decida.⁹⁷ Por outro lado, embora um robô possa interagir com os humanos, pelo menos por enquanto ele não pode forjar um relacionamento social genuíno.

Isto posto, surgem uma série de questões. A primeira se refere ao fato de saber se a tecnologia pode acabar eliminando a resolução legal e adequada para determinados grupos hipervulneráveis, por vezes esquecidos, como a população de baixa renda, sem acesso à informação e a inclusão digital.⁹⁸ De qualquer maneira, embora haja uma grande hesitação no meio jurídico frente à implementação efetiva da inteligência artificial, é factível que ao longo dos próximos anos as ferramentas de segunda geração de ODR sejam gradualmente incorporadas na nossa realidade. Num futuro próximo, é possível que independente da nossa vontade sistemas tecnológicos mais avançados sejam agregados a diversos modelos de mediação, principalmente os de baixa intensidade. Por outro lado, enquanto a tecnologia avança a toda velocidade, há poucos progressos referentes a ética, direitos humanos e segurança na utilização das referidas máquinas. Um regulamento internacional será um instrumento essencial para o desenvolvimento responsável da IA.

⁹⁷ ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco, CARNEIRO, David Rua, NOVAIS, Paulo. “Inteligência Artificial na Resolução de Conflitos em linha”, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, 2010, p. 4.

⁹⁸ VERBICARO, Denis, OHANA, Gabriela e VIEIRA, Janaína do Nascimento. “A mediação online como ferramenta de empoderamento do consumidor ou estratégia utilitarista para a redução das demandas do consumo?”. *op. cit.*, pp. 56-57.

6. Questões Polêmicas

6.1. RAL e ODR: uma justiça de segunda linha?

É notório que os modelos de RAL e ODR possibilitam respostas mais rápidas às partes, reduzindo o tempo médio de resolução dos conflitos e por vezes apresentando custos mais baixos do que os meios judiciais. Por outro lado, poderia se questionar se estas novas portas estariam implementando uma justiça de segunda linha, ou seja, preterindo a qualidade em função da celeridade. Uma das questões que se coloca frente a esta perspectiva está associada a assertiva de que a RAL e a ODR teriam como objetivo central desafogar o sistema Judiciário e reduzir os custos estatais, de forma que os direitos individuais das partes estariam num plano inferior aos interesses do Estado. Com relação a habilitação dos mediadores também se argumenta que a aplicação destes sistemas pode ocorrer através de pessoas inabilitadas e ainda que os sistemas ODR segunda geração não são efetivamente seguros.

O professor Owen Fiss, profundo estudioso em processo civil e dos pilares da justiça nos Estados Unidos, realizou inúmeras críticas aos modelos acima descritos. Em primeira análise, Fiss alega que os meios judiciais são uma resposta mais efetiva, pois se valem de profissionais habilitados para a resolução de conflitos. Segundo ele, o Estado escolhe e treina funcionários que realizam um serviço de relevância social. O fato dos profissionais não serem livremente escolhidos pelas partes, como no caso da mediação, vai muito além da pacificação social e não está adstrito apenas à satisfação das partes, mas principalmente em dar força a valores incorporados em textos oficiais como a Constituição e os estatutos. Fiss entende que o objetivo da justiça não é cumprido quando cabe as partes realizar um dever que é do Estado. Para ele, os Tribunais não têm apenas a função de julgar, eles protegem modelos de comportamento, determinam padrões éticos e estabelecem sanções, tendo uma função de cunho pedagógico. Assim, as modalidades de RAL e ODR mascaram um debate importante sobre direitos individuais e o papel do judiciário na sociedade. Desta forma não bastaria apenas se preocupar com inovações processuais, mas sim realizar uma reforma estrutural para aprimorar o Poder Judiciário.⁹⁹

⁹⁹ FISS, Owen. M. “The social and political foundations of adjudication.”, *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, jun/1982, p. 121–128. Disponível em: «<https://doi.org/10.1007/BF01044858>» Acesso: 01/07/2021.

Em certa medida, o renomado professor tem razão quando defende uma reforma estrutural do Judiciário para que este possa realizar um trabalho mais eficiente, célere e de qualidade, tendo em vista que, em muitas situações, o Judiciário será a melhor porta para o cidadão. Por outro lado, acredito que a desjudicialização dos conflitos é fundamental para que se possa assegurar uma justiça eficaz quando o judiciário não puder atender os anseios do indivíduo.

A perspectiva de que a implementação do modelo consensual visaria apenas desafogar o judiciário e minimizar os custos estatais é uma abordagem bastante perigosa que coloca em dúvida a real importância do desenvolvimento da RAL e ODR, pois não foca no jurisdicionado e em seus interesses, mas sim num suposto interesse estatal em resolver problemas de ordem estrutural, por isto deve ser combatida. Embora estes sistemas sejam uma alternativa mais rápida e menos dispendiosa, eles não têm como principal objetivo diminuir demandas judiciais, não obstante esta seja uma consequência direta da sua utilização. O objetivo primário destes modelos é a melhor satisfação para os litigantes, que pode ser obtida a medida que as partes têm pleno domínio sobre a solução do seu conflito, sem a necessidade de se submeterem ao poder adjudicatório de um terceiro. Através do diálogo as partes conseguem reconhecer quais são os interesses submersos ao conflito para só assim edificar soluções em que se estabeleça o ganha-ganha. Existe assim possibilidade de construir um acordo com mais liberdade do que num processo judicial em que há mais formalismo.

Com relação a habilitação dos mediadores, nos sistemas privados os mediadores são livremente escolhidos pelas partes, sendo dispensável qualquer formação jurídica. Entendo que este pode efetivamente ser um ponto delicado, tendo em vista que qualquer indivíduo poderia em tese ser mediador. Porém, a legislação portuguesa colocou um freio a esta preocupação à medida que os acordos só têm executividade direta se respeitados os requisitos previstos na LM (art. 9º). Assim sendo, um acordo realizado por um mediador não certificado acaba por se assemelhar a um contrato e caso não seja cumprido espontaneamente pelas partes necessitará da avaliação dos requisitos necessários por parte de um juiz e de sua homologação para que possa constituir título executivo. Vale ressaltar ainda que em um processo judicial amparado por funcionários treinados também existe o risco de que as pretensões das partes, embora válidas, não sejam atendidas, ou ainda que o processo demore tanto que ao final os interesses das partes tenham se perdido. O aparato judicial é orquestrado para que a justiça seja feita, mas nem sempre alcança o seu objetivo final.

É notório que o Judiciário precisa estar a altura das demandas dos utentes e preparado para os desafios do futuro, mas isto não caracteriza a RAL e o ODR como uma justiça de segunda linha. O modelo de tribunal multiportas defendido por Frank Sander é fundamental para contextualizar a necessidade de que as transformações globais alterem a forma como são resolvidos os conflitos. “*A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, da conciliação ou da arbitragem, ou da própria justiça estadual.*”¹⁰⁰

Me alinho ao entendimento que no mundo globalizado, informatizado e em constante mudança não existe apenas uma forma de resolução de conflitos. Neste sentido, devemos buscar outras alternativas para solucionar estes impasses. Algumas vezes será o método tradicional representado pelos tribunais, outras será a RAL ou ODR, sendo que cada um deles deverá cumprir com eficiência o seu papel.

Outra questão se refere ao informalismo do procedimento e a ausência de garantias processuais. O professor Joel F. Handler (1992, *apud* LIANG, 1998, p. 28) afirma que os meios alternativos de litígios são idealizados para que as partes tenham igual acesso aos modelos RAL; porém, na prática, a hipotética vantagem das partes terem liberdade negocial acaba por favorecer barganhas fora do que determina a lei, de forma que isto pode prejudicar ainda mais os fracos e impotentes. Assim sendo, caso não haja uma regulamentação, os pobres e fracos serão ainda mais vitimados pelas empresas, comerciantes, empregadores e burocratas.¹⁰¹ O professor recomenda que o modelo RAL seja reservado a situações em que as partes tenham paridade negocial e de recursos.

Com relação a esta questão penso que nos sistemas judiciais o custo para se ingressar com um processo acaba por ser um filtro natural de acesso à justiça. Em muitas situações, pessoas desfavorecidas economicamente sequer acedem o sistema judiciário e quando o fazem, por muitas vezes, não são assessoradas pelos melhores advogados como ocorre com os mais favorecidos. Além disto, em sede de audiência, o rito protocolar do sistema judiciário impede que as partes definam de forma minuciosa seus problemas e interesses e muitas vezes indivíduos de classe econômica mais baixa se sentem mais constrangidos com a figura de um juiz de direito. A RAL e o ODR, por serem um rito mais informal, acabam por favorecer um

¹⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 637.

¹⁰¹ LIANG, Sherry. *Mediation and Settlement in Administrative Adjudication: A Theoretical and Applied Examination*, Toronto: University of Toronto, 1998, p. 28.

diálogo mais fluido em que as partes se sentem com mais liberdade e mais confiança de expor os reais motivos do conflito avançando para uma solução conjunta. Nestes sistemas, a meu ver, a desigualdade social entre as partes é menos visível, pois este elemento não representa necessariamente um menor poder de negociação. Além disto, uma das funções do mediador é assegurar que as partes tenham igualdade ao se manifestarem nos vários momentos da mediação, demonstrando seus interesses e suas frustrações.

Nesta esteira, após mais de 20 anos de estudos sobre a resolução alternativa de litígios, os modelos RAL e ODR ainda são vistos com desconfiança, tanto pelo indivíduo médio como pelos operadores do direito. Parte da descrença pode ser justificada pela formação deficitária da pluralidade dos cursos de Direito. Grande parte das universidades não oferece ao corpo docente cadeiras de conciliação, mediação e arbitragem e na maioria das vezes, estas disciplinas só são oferecidas em cursos de pós-graduação, mestrado, etc. Além disto, grande parte dos advogados acredita que esta nova abordagem prejudicaria o mercado de trabalho pois implicaria a diminuição de litígios judiciais. Como os alunos não têm acesso ao tema na licenciatura e depois de formados não prosseguem na academia, muitos advogados não têm nenhum conhecimento sobre mediação presencial nem online.

Via de regra, tudo o que é desconhecido gera um misto de desconfiança e repúdio. A falta de conhecimento sobre as técnicas gera uma visão equivocada de que este método seria uma justiça de segunda linha.¹⁰² Desta forma, a utilização da RAL e da ODR ainda é um desafio, que se encontra ancorado em impedimentos educacionais, culturais e na concepção estatista de que apenas através da intervenção do Estado o indivíduo estaria amparado e protegido para obter uma solução justa. O reconhecimento de que os meios consensuais são em diversas situações o melhor caminho não retira a relevância dos meios judiciais nem a necessidade de que o modelo judicial seja reformado.

Assim sendo, os modelos RAL e ODR não seriam uma justiça de segunda linha, mas antes de tudo uma solução distinta daquela obtida pelo processo adjudicatório, de modo que caberia as partes construir um desfecho para as suas próprias histórias. O fato das partes estarem focadas nos interesses e transacionarem não significa que estariam, assim, abdicando de seus direitos. Ressalte-se que a lei não está ausente nos processos de mediação e

¹⁰² WALKER, Janet; FRICKER, Nigel. “Alternative dispute resolution – State responsibility or second best?”, *Civil Justice Quarterly*, v. 13, 1994, pp. 48-49.

conciliação, muito pelo contrário, ela representa uma baliza para as negociações e influenciam o comportamento dos envolvidos. As partes não barganham a sombra da lei.¹⁰³

É preciso desconstruir a ideia de que a mediação força as partes a transacionar. O foco da mediação presencial ou online está na possibilidade de utilizar diferentes métodos de resolução de disputas. O modelo ODR visa alargar ainda mais o leque de opções para as partes: com a utilização da tecnologia cria-se uma nova porta para conflitos que talvez não devam ser dirimidos pelos modelos clássicos (judicial e RAL).¹⁰⁴ Este novo modelo traz inovação, eficiência e proporciona acordos diretos entre as partes de forma online, rápida e sem grandes burocracias. É dado ao cidadão um leque de opções maior, porém estes formatos não são a solução para os problemas do sistema judicial, mas uma complementação deste.

Tratar os modelos consensuais de resolução de disputas como uma justiça de segunda linha é um pensamento bastante ultrapassado e estadista. O fato das decisões judiciais serem tomadas por juízes togados não as coloca num patamar superior ao da resolução alternativa de litígios e não as faz serem consideradas uma justiça de primeira linha em detrimento de uma justiça de segunda linha. A utilização da RAL e do ODR é, antes de mais nada, um processo de desconstrução e uma mudança paradigmática de pensamento. Em primeira análise busca uma solução que satisfaça as partes e que, por via reflexa, fortalece e empodera os indivíduos em busca do efetivo exercício da cidadania. Não se trata de uma justiça de segunda linha, mas de sistemas que promovem cidadania, paz social, justiça e solidariedade. Isto não impede, repita-se, que o sistema judiciário careça de uma reestruturação organizacional.

6.2. Prescindibilidade do mediador e princípio da confiança

Com a mudança gradual da abordagem da resolução de conflitos da justiça tradicional para a RAL, o papel do mediador no sentido de gerenciar os litígios se tornou fundamental. Isto porque todo o procedimento de mediação ocorre sem interferência judicial, sendo gerenciado pelo mediador. Suas habilidades são de extrema importância para que as partes

¹⁰³ MNOOKIN, Robert. H.; KORNHAUSER, Lewis. “Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce”, *Yale Law Journal*, v. 88, 1979, p. 968.

¹⁰⁴ ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias - Tecnologias e jurisdições*. op. cit., p. 185.

consigam reestabelecer o diálogo e busquem soluções criativas que satisfaçam os seus interesses.

O modelo convencional (presencial) de RAL é formado por uma relação triangular composta pela parte iniciadora (requerente), a contraparte (requerido) e a parte neutra (mediador). Já a dinâmica do sistema ODR se caracteriza pela existência não de três, mas de quatro partes. A quarta parte é a tecnologia, que pode auxiliar o mediador e até mesmo o substituir.¹⁰⁵

Nos sistemas de primeira geração, os sistemas computacionais facilitam o trabalho da parte neutra sem que haja a substituição da mesma. São usados diversos instrumentos tecnológicos, como mensagens instantâneas, fóruns, vídeo chamada telefônica, vídeo conferência, como suporte ao trabalho do mediador, que continua no centro da mediação.¹⁰⁶ A transição e adaptação do modelo de mediação presencial para o modelo ODR (primeira geração) não ocorre apenas para as partes, mas também para o mediador, que terá que deter conhecimentos sobre a plataforma utilizada e seus recursos, bem como manter a comunicação com as partes de forma eficiente, lidando inclusive com o impacto da tecnologia nos desequilíbrios de capacidade de utilização deste recurso. Foi pensando nisto que a professora e também presidente do Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos, Ana Maria Maia Gonçalves, em conjunto com o professor Daniel Rainey, um dos primeiros a lecionar ODR na University of Massachusetts, decidiram formar uma *taskforce* em agosto de 2013 para definir o *standard* de atuação do mediador nos sistemas ODR, o que efetivamente se concretizou em 2019.¹⁰⁷

Conforme o estudo, as habilidades do mediador em sistemas ODR estão divididas em cinco grupos: habilidades gerais, habilidades tecnológicas, habilidades relacionadas ao processo de mediação online, habilidades na obtenção do acordo e ainda em normas de ética e conduta no processo de mediação online.¹⁰⁸

¹⁰⁵ KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, New Jersey: John Wiley & Sons, 2001, p. 93.

¹⁰⁶ KATSH, Ethan; RULE, Colin. “What we know and need to know about Online Dispute Resolution”, *South Carolina Law Review*, v.67, 2016, p. 329-344.

¹⁰⁷ Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos (ICFML). Resultado do trabalho da Taskforce ODR - IMI- tendo como *Chairs* Ana Maria Maia Gonçalves e Daniel Rainey. Trabalhos iniciados em 2013, em consulta pública em 2016 e publicados em 2017. Disponível em «<https://icfml.org/wp-content/uploads/2020/08/Standards-Internacionais-ONLINE.pdf>» Acesso: 14/06/2021.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 1-5.

O primeiro aspecto se refere as habilidades gerais do mediador com o uso da tecnologia e a abordagem no modelo online. Neste aspecto, Ana Maria defende que é importante que o mediador seja certificado para a modalidade online e que cumpra as obrigações éticas como a neutralidade, verificando com clareza quando estiver com tendências e pensamentos pré concebidos. O mediador deverá explicar de forma cautelosa como se manterá a confidencialidade, garantir a privacidade das comunicações e comunicar os potenciais riscos inerentes ao sistema ODR.¹⁰⁹

O segundo aspecto se refere às competências tecnológicas do mediador, que deverá possuir habilidades de computação e de utilização de dispositivos móveis, devendo conhecer bem as plataformas de resolução de litígios online. Este domínio e fluência serão fundamentais para possibilitar que o mediador esteja focado nas partes e não na tecnologia. O terceiro neutro deverá ultrapassar todas as dificuldades construídas pelas partes e estabelecer a confiança. Além de entender e saber usar a tecnologia, o mediador precisa explicar as partes de forma clara e adequada como utilizar a plataforma e as demais comunicações digitais. É recomendável que antes mesmo da sessão de mediação as partes se reúnam com o mediador para testar as funcionalidades da plataforma e para que se familiarizem com a tecnologia.¹¹⁰

A terceira perspectiva se refere as habilidades relacionadas com o processo de mediação online. O mediador deve ser capaz de explicar como se utiliza a tecnologia e de avaliar se a tecnologia gera algum desequilíbrio entre as partes. Para um bom funcionamento da mediação digital as partes deverão estar preparadas para utilizar o formato online e devem ter feito uma escolha informada sobre esta modalidade de mediação. O mediador deverá conduzir o procedimento de forma clara e se certificar que as partes compreenderam as mensagens enviadas e poderá, sempre que necessário, utilizar-se do *caucus* através de salas particulares oferecidas nos aplicativos. Um bom mediador deverá ser capaz de prever a desconfiança e transformá-la numa aliada de forma aproximar as partes apesar do distanciamento gerado pela máquina.¹¹¹

A última perspectiva se refere as habilidades para obtenção do acordo, ou seja, ao final da mediação online as partes não terão como recompensa os mesmos elementos

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 1.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 1-2.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 3-4.

presentes na mediação presencial, como apertos de mãos, despedida e etc. Assim, o mediador deverá procurar uma forma de finalizar a mediação que seja agradável e que estimule a empatia entre as partes.¹¹²

Além disto, as normas éticas e de conduta no modelo ODR deverão ser mantidas com bastante rigor para que esta modalidade não se torne um meio pouco credível.¹¹³ O mediador terá ainda que gerir falhas técnicas do sistema como interrupções, cortes das falas das partes, queda de sinal da internet e etc.

No que se refere as partes, inserir a tecnologia na mediação poderá gerar um grande impacto. O ambiente online poderá funcionar como uma recompensa quando as partes não quiserem se encontrar pessoalmente por exemplo. Em outras ocasiões, poderá acarretar um maior afastamento das partes do procedimento, desconfiança e dificuldade em expor os fatos relevantes.

Já os modelos ODR de segunda geração vêm com uma base tecnológica mais avançada, visto utilizarem-se da IA para a resolução do conflito. Esta geração de ODR tem a capacidade de ser muito mais do que um mero acesso a dados ou um suporte à informação. Este modelo permite também gerar ideias, interesses, organizar e traçar estratégias. Com relação a possível implementação de modelos ODR de segunda geração, o papel do mediador passaria a ser cada vez mais secundário, podendo inclusive ser suprimido, visto que o sistema representado por agentes inteligentes tem autonomia e autoridade para representar a vontade e as expectativas humanas.¹¹⁴ A meu ver, os sistemas de segunda geração devem ser utilizados, porém faz mais sentido que sejam empregados como facilitadores da mediação, ou seja, com a presença do mediador e não substituindo a figura humana.

Atualmente, ainda existe uma grande relutância em se utilizar sistemas digitais seja para complementar a atividade humana, seja para substituí-la. No contexto atual ainda é muito valorizada a comunicação humana *face-to-face*. A figura do mediador acaba por concretizar uma experiência de mediação humanizada para as partes, que buscam não apenas resolver o conflito, mas também ser ouvidas, compreendidas e desoprimir.

¹¹² *Ibid.*, p. 4.

¹¹³ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁴ COSTA, Nuno Miguel Gomes da. *Resolução de Conflitos de Consumo em Linha*. Minho: Universidade do Minho. Escola de Engenharia, 2010, p. 21. Dissertação de Mestrado.

Muito embora a ideia principal em torno do uso da tecnologia na resolução de conflitos esteja amparada na facilitação do acesso à justiça e numa solução mais vantajosa para as partes com a negociação pautada em interesses, a substituição da terceira parte pela máquina é vista como um salto grande demais que precisa de muita preparação e estudo.

A evolução para sistemas de segunda geração de ODR tem sido lenta, devido, por um lado, à dificuldade de desenvolvimento nos agentes de software dos complexos processos cognitivos que um mediador humano utiliza e, por outro lado, à própria relutância que os humanos mantêm relativamente à possibilidade de termos sistemas computacionais a decidir o nosso destino. Esta relutância pode mesmo ser considerada a principal barreira a esta evolução, já que um humano mais facilmente expressará a sua discordância relativamente a uma decisão se esta tiver sido tomada por um sistema computacional (em vez de um ser humano). Por esta razão, os sistemas de segunda geração de ODR têm tido dificuldade em ser desenvolvidos e aplicados. (ANDRADE, 2010, p. 6)

Uma das principais dificuldades de se implementar modelos de ODR que prescindam da atividade humana se relaciona ao elemento confiança. Nas mediações em que há a intervenção de um mediador humano, a construção da confiança entre o mediador e as partes inspira credibilidade e induz as partes a expor seus sentimentos e interesses num ambiente de cooperação. Uma pesquisa publicada no ano 2000 constatou que a confiança entre as partes era maior em negociações *face-to-face* do que por telefone. A principal explicação para esta constatação se deu pelo fato de que a confiança aumenta não só pelo que é dito, mas também pelo comportamento não verbal.¹¹⁵

Muito embora a tecnologia possa agregar valor ao processo de mediação, a substituição da figura do mediador pela tecnologia é questionável. Tanto é assim que dois sistemas de apoio a negociação amplamente usados, conhecidos como “Vencedor Ajustado” e *Smartsettle*, apresentaram distorções significativas. Os dois sistemas funcionam através de algoritmos que buscam viabilizar a possibilidade dos desejos dos litigantes serem satisfeitos mutuamente. Em muitos casos, questões legais, como o interesse dos menores envolvidos, foram negligenciadas, ou seja, numa relação familiar, se os pais estivessem interessados apenas em resolver suas próprias questões pessoais e não focassem nos interesses da criança, os sistemas passariam alheios a este fato e ignoravam questões de justiça.¹¹⁶ A utilização da inteligência artificial ainda apresenta certa nocividade nos conflitos em que estejam envolvidos aspectos inerentes a terceiros (interesses de menores, interesse público) e

¹¹⁵ ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias - Tecnologias e jurisdições*. *op. cit.*, p. 26-50.

¹¹⁶ LODDER Arno R. and ZELEZNIKOW John. “Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution”. *op. cit.* p. 94-95.

conflitos laborais. Ao que tudo indica questões patrimoniais são mais fáceis de se adaptar aos modelos ODR, independente do valor econômico. Nestes casos, a utilização de um modelo ODR de segunda geração não deve ser descartado, porém com o suporte de um mediador.

Em Portugal, embora não existam estatísticas referentes ao número de mediações privadas, espera-se uma aceleração da transição dos modelos RAL para os modelos de ODR. No que se refere à ODR de segunda geração em que a figura do mediador é prescindível, a sua implementação parece mais distante.

Em 19 de fevereiro 2019, a Comissão Europeia publicou o livro branco sobre inteligência artificial visando estabelecer o desenvolvimento seguro da IA na Europa. A Comissão estabeleceu a necessidade de estruturação da IA baseada numa sólida regulamentação que preservasse os direitos fundamentais, os direitos dos consumidores e instaurasse a confiança junto à comunidade.¹¹⁷

Em outubro de 2020, o Parlamento Europeu (PE) aprovou um pacote de novas iniciativas legislativas para uma maior regulamentação da IA na UE. Entre as iniciativas aprovadas, o PE sublinha que a IA deve ser centrada no ser humano e também produzida por ele. Neste contexto, o Parlamento criou uma comissão especial sobre Inteligência Artificial na era digital (AIDA) que visa avaliar qual será o impacto da inteligência artificial na economia da UE.

Em 21 de abril de 2021, a Comissão Europeia apresentou um pacote legislativo sobre a IA, sendo um marco na regulação mundial sobre o tema. Além da proposta de regulamentação, um documento de 108 páginas foi apresentado e deverá seguir os trâmites normais do processo legislativo da União Europeia. O principal objetivo da regulamentação é instaurar a confiança da comunidade e incentivar a utilização da IA. A proposta ainda será largamente debatida com objetivo de delimitar o uso, os riscos que a tecnologia poderá gerar, bem como proibir utilizações que coloquem o cidadão em risco ou apresentem perigo. Espera-se que nos próximos meses o Parlamento Europeu discuta e se pronuncie sobre o documento, bem como os Estados-Membros.

¹¹⁷ COMISSÃO EUROPEIA. *Livro Branco sobre a inteligência artificial - Uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança*, Bruxelas, 19.2.2020, p. 10. Disponível em: «//ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_pt.pdf» Acesso: 12/07/2021.

As regras primordiais adotadas, segundo os eurodeputados, devem ser centradas nos seres humanos, com princípios orientadores que garantam a segurança, a transparência, a responsabilidade, a ética e a confiança, prevenindo preconceitos e discriminações e assegurando respeito aos direitos fundamentais.¹¹⁸ Devem ser preservados os direitos fundamentais dos indivíduos, incluindo a proteção da privacidade, dos dados pessoais e a não discriminação. Além disto, a utilização da IA nas diversas áreas sociais, incluindo a justiça, deverá obrigatoriamente abrigar uma política de responsabilidade, de forma que a IA não deverá substituir ou isentar os humanos (empresas, por exemplo) dos danos oriundos da utilização da tecnologia.

No caso da mediação online em que a inteligência artificial hipoteticamente poderia substituir o mediador, há um longo caminho a percorrer que reúne tecnologia e inovação. Já em relação a inteligência artificial como suporte ao mediador espera-se que com as profundas alterações sociais geradas pela pandemia haja mais investimentos em pesquisa e regulamentação. Em contrapartida, sentimentos de desconfiança frente ao novo, inerentes ao ser humano, terão que ser trabalhados ao longo do percurso, tal como distorções na condução realizada pela máquina.

6.3. Infoexclusão digital nos modelos ODR

Ainda que se questione a qualidade das informações a que contemporaneamente temos acesso, não há como se questionar a existência de uma nova sociedade, cercada pela tecnologia e pela “informação” ou “conhecimento”. Os primeiros conceitos de Sociedade da Informação surgiram dos trabalhos de Alain Touraine (1969) e Daniel Bell (1973) em que se relatava as influências dos avanços tecnológicos nas relações de poder, identificando a informação como ponto central da sociedade contemporânea.¹¹⁹ Porém, foi nos anos 1990, com o desenvolvimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) que o termo

¹¹⁸ Relatório que contém recomendações à Comissão sobre o quadro dos aspetos éticos da inteligência artificial, da robótica e das tecnologias conexas. Comissão dos Assuntos Jurídicos. Relator: Ibán García del Blanco. Disponível em: «https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0186_PT.html» Acesso: 22/04/2021.

¹¹⁹ GOUVEIA, Luís Manuel Borges. “Sociedade da Informação. Notas de contribuição para uma definição operacional”. Disponível em «http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf», Publicado em: nov/2004, Acesso: 13/04/2021

“sociedade da informação”, também empregado como a “sociedade do conhecimento” (*knowledge society*) efetivamente ganhou força.¹²⁰

Este novo arranjo social é caracterizado por um modelo que facilita a criação, a manipulação, a distribuição, a integração e o uso do conhecimento através da tecnologia da informação. Por estar intimamente ligada a várias transformações comunitárias, a mudança de paradigmas acaba por refletir não só no desenvolvimento tecnológico, mas em diversos aspectos sociais, educacionais, econômicos, governamentais e democráticos.

Neste novo cenário eletrônico precisamos indagar se este novo modelo digital é acessível a todos ou apenas a um grupo de indivíduos. Como sabemos, o acesso à tecnologia não é para todos, mas para alguns. Assim, à medida que enxertamos a tecnologia como o quarto elemento através dos sistemas ODR, podemos estar diante de um modelo classista de resolução de litígios. Resta saber então se é possível introduzir no contexto de assimetria acima mencionado a modalidade de mediação online como uma nova dimensão de acesso à justiça.

Embora a mediação online seja uma alternativa mais econômica para resolução de disputas do ponto de vista estatal e privado, não se pode negar que existe um custo agregado de acesso à tecnologia para as partes. Se considerarmos a aquisição de dispositivos móveis e de conexão à internet esta despesa pode ser irrisória para algumas pessoas e inatingível para uma significativa parcela da população mundial. Neste aspecto, estamos diante de uma antinomia: de um lado os progressos tecnológicos são evidentes e a sociedade se apresenta cada vez mais conectada, de outro a infoexclusão digital faz com que a tecnologia esteja fora do alcance de diversos indivíduos, impossibilitando que as disputas possam ser de fato acessadas por este meio. Além deste aspecto social, imprescindível mencionar que embora os *smartphones* e computadores sejam comuns para uma parcela da sociedade, ainda há a necessidade de adaptação do indivíduo médio a esse novo paradigma social, principalmente quando isto reflete em decisões definitivas em nossas vidas, seja com o uso da tecnologia no judiciário, seja nos modelos RAL ou de ODR.

A infoexclusão é o maior problema do século XXI, não porque seja assim percebido, mas por estar na base de todos os outros problemas, das assimetrias, e da falta de oportunidades que encontramos no mundo. A infoexclusão não é apenas digital, é também funcional; são pessoas

¹²⁰ BURCH, Sally. “Sociedade da informação / Sociedade do conhecimento”. Disponível em «<https://dcc.ufrj.br/~jonathan/comsoc/Sally%20Burch.pdf>», 2005, Acesso: 13/04/2021.

que, independentemente de terem acesso aos meios, não têm qualificações mínimas para serem actores do mundo global em que hoje vivemos. Por isso, o combate à infoexclusão é a chave de qualquer estratégia progressista, visando uma igualdade de oportunidades, e ao mesmo tempo uma redução das assimetrias e um desenvolvimento sustentável. (ZORRINHO, 2008, p. 2).

Dados estatísticos comprovam que, em 2007, 53% dos agregados familiares da União Europeia tinham acesso à internet. Em 2019, este percentual subiu 37% pontos percentuais e atingiu o patamar de 90%. Porém, o percentual de pessoas que nunca utilizaram a internet ainda é alto, sendo de 10% da população europeia.¹²¹ Os infoexcluídos estariam, neste sentido, à margem da resolução online de litígios. Esta é a realidade de grande parte da população sênior, da população com condições sócio-econômicas inferiores e da população com baixa instrução educacional. A infoexclusão é uma problemática que vai para além das desigualdades de acesso às TIC, mas também reflete uma dimensão dos diferentes níveis de competências online que os utilizadores possuem.¹²²

Foi pensando na acessibilidade que a Diretiva 2013/11/UE sobre a resolução alternativa de litígios estabeleceu requisitos de qualidade e de acessibilidade necessários para seu fiel cumprimento. Em Portugal, a transposição da referida Diretiva para a Lei 144/2015 (sobre resolução alternativa de litígios de consumo) reafirmou o referido princípio. O art. 6º, alíneas “c” e “d” definiram que as entidades RAL devem permitir que as partes apresentem reclamações pelos meios convencionais sempre que necessário e que as informações possam ser compartilhadas por via eletrônica ou postal. Este dispositivo legal é de grande valia para a implementação gradativa dos modelos digitais, pois possibilita que os infoexcluídos possam utilizar-se da mediação presencial ou à distância (através de meios convencionais) nas hipóteses em que não possuam dispositivos móveis, internet ou habilidades digitais. Evidentemente que isto não resolve o ponto central da infoexclusão, mas permite que estes indivíduos tomem conhecimento do funcionamento da mediação e em um momento posterior possam (quem sabe) fazer uso dos referidos sistemas.

O êxito da mediação online depende da inclusão digital. Neste sentido devem ser manejadas estratégias que fomentem o uso de sistemas digitais, como modelos educacionais que valorizem o uso da tecnologia, a criação de políticas públicas para inserir a população

¹²¹ Eurostat Statistics Explained. Disponível em «https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Digital_economy_and_society_statistics_-_households_and_individuals» Acesso: 19/04/2021.

¹²² DIMAGGIO, Paul [et. al]. “Digital Inequality: From Unequal Access to Differentiated Use”, Neckerman, K. (Ed). *Social Inequality*, 2004, pp. 355-400.

mais envelhecida no formato eletrônico, a criação de espaços públicos com acesso aos meios digitais, bem como a redução de preços dos equipamentos.

6.4. Mediação online: o novo normal?

A pandemia ocasionada pelo vírus SARS-CoV-2 surpreendeu a população global e trouxe a tona a expressão criada em 2009 pelo empresário norte-americano Mohamed El-Erian. Àquela época, o termo foi usado para expressar as consequências da crise econômica mundial. Atualmente, o termo “novo normal” é empregado para se referir a todas as situações em que há uma grande ruptura e uma necessidade adaptativa, podendo ser empregado em qualquer situação da vida cotidiana em que um novo padrão de vida se instaura. Se refere a uma nova forma de viver e de se relacionar perante um evento inevitável.

Com o advento da pandemia, o mundo precisou desenvolver uma nova forma de vida utilizando cada vez mais aplicativos e tecnologia em diversos setores da vida em sociedade. Experiências antes pouco utilizadas foram inseridas nas ações cotidianas dos indivíduos, seja no lar, na vida profissional, nas empresas e nas organizações estatais. Na esfera judicial, a pandemia colocou uma pressão significativa nos tribunais para abraçar os sistemas digitais. O Judiciário de diversos países passou a realizar atos processuais online, como audiências e julgamentos. As arbitragens online e as mediações também se intensificaram como forma de respeito as medidas de distanciamento social.¹²³

Países como Austrália, Canadá, Estados Unidos e Reino Unido em que o uso da tecnologia junto aos tribunais já era mais difundida foram capazes de fazer a transição para o acesso remoto. A China, que antes mesmo da pandemia já era bem adaptada ao modelo online, conseguiu atender as demandas com facilidade. O Tribunal da Internet em Pequim é um dos três tribunais virtuais da China e permite que todo o processo desde a mediação até o arquivamento da decisão ocorra online. O sistema opera durante 24 horas, online no ciberespaço, podendo ser acessado até mesmo do telemóvel através do aplicativo *WeChat*, uma espécie de *WhatsApp* desenvolvido na China. Na contramão, países que funcionavam apenas com a presença física dos litigantes tiveram mais dificuldades em realizar a transição

¹²³ RODRIGUES, Marco Antônio, TAMER, Maurício. *Justiça Digital*, Rio de Janeiro: Editora Juspodium, 2021, p. 203.

deste modelo para o modelo digital de forma que nesses países o acesso à justiça teve que ser mitigado com o atendimento apenas para situações urgentes.¹²⁴

Em Portugal, muito embora se acredite que houve um crescimento nas mediações online, não há pesquisas que comprovem o fato. Em consulta junto a Federação Nacional de Mediação de Conflitos obtive a informação de que não há estatísticas no segmento privado relacionadas ao aumento da utilização da mediação online, visto que existem centenas de mediadores que não estão vinculados a qualquer tipo de instituição ou associação o que inviabiliza a possibilidade de verificar o aumento desta modalidade de mediação.¹²⁵

Com relação aos sistemas públicos, a Direção-Geral da Política de Justiça da Política (DGPJ) informou que também não dispõe de estatísticas sobre mediação online, porém revela que os números de mediação à distância tiveram efetivo crescimento. No que concerne à mediação familiar à distância os indicadores constataram que em 2020 houve um crescimento exponencial da mesma, que alcançou a ordem de 150% face ao ano de 2019.¹²⁶ Com relação ao modelo tradicional de RAL, o aumento de mediações públicas também foi significativo: em 2020, o número de mediações aumentou 42,73% referente ao ano anterior.¹²⁷

Ademais, embora a origem dos modelos ODR esteja associada apenas a litígios de baixa intensidade, como os litígios de consumo, compactuo com a ideia de que cada vez mais esta modalidade poderá ser utilizada em diversos contextos, inclusive em litígios de alta complexidade e em diversas situações em que esta seja a porta mais adequada. A mediação online poderá ser extremamente útil quando as partes se encontram distantes uma das outras, quando exista uma incompatibilidade nas agendas que impeça reuniões presenciais e ainda nas situações em que houver algum tipo de intimidação ou desequilíbrio de poder entre as mesmas. Assim, embora os primeiros movimentos atrelados aos sistemas ODR estivessem associados apenas a litígios consumeristas relacionados ao crescimento do *e-commerce*, a perspectiva futurista é que cada vez mais esta modalidade possa ser utilizada em quase todos

¹²⁴ SOURDIN, Tânia, ZELENKOW, John. “Courts Mediation and Covid 19”. *Australian Business Law Review*, *Forthcoming*, 2020, p. 3-9. Disponível em «https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3595910» Acesso: 18/05/2021.

¹²⁵ Informações transmitidas pela Federação Nacional de Mediação de Conflitos por e-mail em 18/05/2021.

¹²⁶ Dados informados pelo Direção Geral da Política de Justiça por e-mail em 06/07/2021.

¹²⁷ Estatísticas da Justiça. Disponível em: «<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx>» Acesso em 07/07/2021.

os tipos de litígio desde que partes se sintam confortáveis para escolher tal modalidade e que esta se adeque ao conflito.

A medida que novos hábitos surgem, novas vivências acumuladas contribuem de forma efetiva para a abertura às inovações e até mesmo para uma melhor aceitação da comunidade aos modelos digitais. Com a familiaridade das partes pelo novo formato digital instaura-se um dos requisitos fundamentais para o sucesso da mediação online: a confiança. Por óbvio que esta credibilidade não é alcançada do dia para a noite. Políticas públicas e popularização de acesso às plataformas, difusão nos cursos de graduação sobre disciplinas como mediação, conciliação, negociação e arbitragem são investimentos urgentes e necessários para a disseminação de modelos online. A partir desta nova dimensão de acesso à justiça, a população passa a crer que os sistemas tecnológicos não são um risco e servem prioritariamente para melhorar a qualidade de vida dos utentes. Com um novo entendimento sobre os meios de resolução de conflitos e com a constatação que existem várias portas de acesso à justiça ocorre uma quebra de paradigmas do modelo antigo e uma transição para um modelo muito mais tecnológico, o que em breve poderá se chamar de um novo normal.

Esta transição não significa, como erroneamente alguns pensam, que o homem perdeu a importância, mas sim que ele poderá estar envolvido com questões mais substanciais das relações humanas e dos conflitos. Partindo da premissa de que nem todos sistemas ODR visam substituir a figura humana, a tecnologia pode auxiliar de forma relevante o trabalho do mediador majorando a qualidade dos serviços prestados. Por outro lado, é possível prever que, no futuro, modelos ODR de primeira geração sejam paulatinamente substituídos por modelos ODR de segunda geração. Isto não significa que os mediadores perderão seu protagonismo, mas apenas que as mediações ocorrerão com o auxílio da IA, representando uma evolução natural na resolução de conflitos.

O que se deve evitar neste percurso é a mecanização e a importação de modelos de outras latitudes do globo terrestre para o bloco europeu sem o devido estudo dos impactos e sem uma normativa para o tema. A criação de uma regulamentação permite assegurar as garantias dos indivíduos, a qualidade do procedimento e inibe que pessoas com pouco preparo se aventurem neste novo mercado digital, sem efetivamente possuírem os conhecimentos necessários.

Vale ressaltar que os benefícios dos modelos digitais trazem efetivos ganhos sociais. Estas modalidades são mais eficientes, têm menor custo tanto para as partes como para o Estado, fornecem mais comodidade e encurtam distâncias. Em contrapartida, o

entendimento de que sistemas virtuais em breve se transformarão no novo normal precisa vir amparado com garantias legais e com a concreta inclusão digital. Só assim teremos acertadamente uma nova dimensão de acesso à justiça.

6.5. A questão da executoriedade nos modelos ODR

O princípio da executoriedade se revela de fundamental importância para a mediação à medida que assegura o êxito do procedimento, a eficácia e o cumprimento dos acordos obtidos por este meio. Neste sentido, os mecanismos de execução devem estar ajustados às realidades práticas de forma a viabilizar que, ao fim do conflito, as partes recebam de forma satisfativa os seus interesses jurídicos.¹²⁸ A Diretiva 2008/52/CE prevê em seu art.6º que: *“Os Estados-Membros devem assegurar que as partes, ou uma das partes com o consentimento expreso das outras, tenham a possibilidade de requerer que o conteúdo de um acordo escrito, obtido por via de mediação, seja declarado executório.”* À luz do que determina a Diretiva caberá a legislação de cada Estado-Membro definir se a executoriedade dos acordos de mediação será direta ou não, sendo concedida autonomia de decisão para cada Estado integrante da União Europeia.

O legislador português optou, sabiamente, por atribuir força executiva direta aos acordos obtidos em sede de mediação o que representa uma segurança e celeridade para as partes e uma redução de custo para o Estado. Em outras palavras, em Portugal os acordos obtidos em sede de mediação não necessitam de homologação judicial, desde que observem os requisitos legais previstos no art. 9º da Lei 29/2013. Atendidos cumulativamente estes requisitos, os referidos acordos passam a ter força executiva nos termos do art. 703º, 1, d, CPC. Isto posto, podem ser objeto de execução forçada, independentemente da vontade das partes.

No que se refere aos sistemas digitais de mediação, uma dúvida se coloca: quais são as adaptações necessárias para que um acordo obtido em sede de mediação possa ter executoriedade direta como prevê a lei?

Conforme retromencionado, a executoriedade direta do acordo de mediação dependerá dos requisitos elencados pelo art. 9º da LM. Em primeira análise, o art. 9º, 1, a determina que o acordo *“diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não*

¹²⁸ RODRIGUES, Marco Antônio, TAMER, Maurício. *Justiça Digital. op cit.*, p. 395.

exija homologação judicial". O art. 11º da referida lei explicita quais são os temas mediáveis, que se resumem a litígios em matéria civil e comercial de natureza patrimonial ou - ainda que não envolvam interesse de natureza patrimonial – em que o direito controvertido possa ser transacionado. Já o art.9º, 1, b, determina a necessidade que *“as partes tenham capacidade para a sua celebração”* Neste sentido, as mediações sejam elas presenciais ou realizadas online devem seguir as exigências legais acima expostas para que sejam exequíveis. Nesta perspectiva, parece claro que os sistemas ODR de primeira geração estão aptos a cumprir o que determina a lei, tendo em vista que a presença do mediador facilita o controle das matérias objeto de mediação e a capacidade das partes. A inserção do sistema tecnológico não impede a verificação destes critérios e visa apenas ser um facilitador da mediação, se assemelhando à maneira como a mediação presencial ocorre. De outro lado, com relação ao formato ODR de segunda geração me parece improvável que as máquinas por si só consigam fazer uma análise automática do objeto de mediação e da capacidade das partes. De forma, que neste momento, a aplicação deste modelo implicaria uma possível ineficiência do sistema o que inviabilizaria a execução direta dos acordos.

Já o art. 9º,1, c, determina que o acordo deverá ser *“Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos”*, ou seja, a forma deverá ser a escrita e o termo de acordo deverá ser consagrado através da assinatura das partes e do mediador (art. 20º, LM). Não parece fazer sentido que toda a mediação online ocorra virtualmente e que posteriormente a assinatura do acordo necessite se dar de forma presencial. A solução para esta questão não parece apresentar um impedimento razoável para a evolução dos sistemas ODR de primeira geração. Isto porque, contemporaneamente, com o advento da tecnologia verificamos que diversos contratos já são assinados digitalmente, sem a necessidade da presença física das partes no ambiente de formalização do contrato. São utilizados para este efeito certificados digitais e assinaturas digitais anexas aos documentos do assinante e confirmadas por uma *selfie*. De uma forma geral, as assinaturas e os certificados digitais encontram-se consolidados e apresentam uma significativa margem de segurança, pois são fornecidos por provedores credenciados que exigem a comprovação da identidade do usuário, de forma que a assinatura e o documento PDF gerados estão vinculados por criptografia e protegidos por um selo inviolável. Em todo caso, o sistema ODR deve estar preparado para que o mediador redija o acordo, que posteriormente será assinado digitalmente tanto pelas partes como pelo mediador.

Já nos modelos ODR de segunda geração, em que se prescinde da figura do mediador, teremos uma questão um pouco mais delicada, visto que o próprio sistema

computacional deverá ser capaz de formular o termo de acordo e de gerir seu conteúdo para que só posteriormente as partes o assinem. Esta poderá ser uma das grandes fragilidades deste modelo à medida que não haverá a figura humana do mediador, que funciona tanto como testemunha ocular do que ocorreu ao longo da mediação como uma baliza necessária para que os acordos sigam o que determina a lei da mediação, com respeito aos princípios legais e éticos, entre eles o respeito à ordem pública e ao princípio da voluntariedade. Assim sendo, o controle do conteúdo dos acordos terá que ser efetuado por algum tipo de inteligência artificial que analise o teor dos acordos, o que será um caminho complicado e talvez difícil de se alcançar. Diversos sistemas pautados nos modelos de inteligência artificial comprovaram que não eram satisfatórios em situações análogas a esta, pois embora focassem nas possibilidades de negociação, ignoravam questões de justiça.

O art. 9º, 1, d, LM determina que o “*conteúdo não viole a ordem pública*”. Os sistemas ODR de primeira geração não encontrariam obstáculos para realizar este controle tendo em vista que o mediador está presente neste formato. Por outro lado, como já se referiu, o referido dispositivo representa um obstáculo dificilmente transponível para a executoriedade direta dos acordos obtidos em sistemas ODR de segunda geração autônomos visto que uma máquina dificilmente conseguiria controlar o conteúdo de acordos, de forma que diversas violações poderiam passar despercebidas. Um exemplo clássico se refere ao interesse das crianças e adolescentes. A efetivação dos direitos deste grupo de indivíduos constitui uma área em que o Ministério Público tem o dever legal de atuar, resguardando direitos previstos no Código Civil, na Organização Tutelar de Menores, na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo ou na Lei Tutelar Educativa. Ocorre que um sistema ODR autônomo de segunda geração não teria condições de realizar o controle a eventuais ofensas a este grupo de pessoas.

O art. 9º, 1, e, LM determina que o acordo terá executoriedade direta desde que “*tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça*”. Este aspecto levanta mais uma questão polêmica visto que a força executiva direta dos acordos de mediação dependerá do termo de acordo ter sido alcançado através da intervenção de mediadores certificados. Nesta esteira, os sistemas online de primeira geração funcionarão de forma efetiva desde que os mediadores que utilizam a plataforma sejam certificados. Já os sistemas de segunda geração que prescindam da atividade humana necessitariam de máquinas certificadas, ou seja, robôs mediadores certificados. Estes dispositivos tecnológicos seriam responsáveis por garantir que os acordos foram obtidos

seguindo padrões de segurança dos conteúdos e de forma. Porém, até ao presente momento, a IA não desenvolveu esta capacidade.

Por estas questões parece ser mais sólido e seguro, neste momento, defender a executoriedade direta dos acordos obtidos através da mediação online em sistemas associados ao trabalho de mediadores humanos. Com relação aos sistemas de segunda geração autônomos parece pouco provável que os mesmos possam controlar a matéria objeto da mediação, a capacidade das partes ou o conteúdo do acordo, principalmente quando estão em jogo interesses de terceiros, interesses públicos e questões de alta complexidade jurídica.

6.6. O risco da mitigação da confidencialidade nos sistemas ODR

No modelo judicial, a regra é que os processos cíveis sejam públicos, com exceção dos casos previstos no art. 164 do Código de Processo Civil. Já na mediação, a busca pelo sigilo das informações é uma das características centrais do procedimento. Este formato sigiloso permite às partes expressar de forma espontânea suas ideias e abandonar a conduta estratégica adotada nos litígios forenses.¹²⁹ Na legislação portuguesa, o art. 5º da LM determina que o processo de mediação terá natureza confidencial e que o mediador tem a obrigação de manter o sigilo, exceto nas situações em que esse sigilo deva ser mitigado, como por exemplo por razões de ordem pública e de proteção ao superior interesse da criança.

O risco de quebra da confidencialidade pode acontecer tanto nos modelos presenciais como nos modelos online, de forma que é obrigação do mediador esclarecer as regras estruturantes atinentes a confidencialidade e a proibição de divulgação das declarações e dos documentos produzidos ao longo do procedimento. Nas mediações presenciais o maior perigo de violação de sigilo está associado aos documentos produzidos na sessão de mediação. Já nos modelos ODR as hipóteses de violação deste princípio são alvo de maiores preocupações tendo em vista existir a figura do quarto elemento.

A vulnerabilidade dos sistemas tecnológicos não afeta apenas os sistemas ODR e revela-se como uma das grandes questões do mundo moderno. Em diversas ocasiões, o

¹²⁹ RABINOVICH- EINY, Orna. “Technology’s impact: the quest for a new paradigm for accountability in mediation”, *Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, 2006, p. 265. Disponível em: «https://law.haifa.ac.il/images/Technologys_Impact_The_Quest_for_a_New_Paradigm_for_Accountability_in_Mediation.pdf» Acesso: 08/07/2021.

ciberespaço pode se transformar num local pouco protegido, inclusive para a preservação da segurança das Nações. Um dos ataques digitais mais recentes ocorreu em abril de 2021 e foi identificado por uma empresa de cibersegurança. Um grupo de *hackers*, supostamente apoiados pelo governo de Pequim, espionou dezenas de alvos de setores da defesa, indústria, sistema financeiro e instituições dos governos norte-americano e de diversos países europeus.

Durante a pandemia, também foram identificados diversos problemas de privacidade e segurança no aplicativo de videoconferência Zoom. Dúvidas foram levantadas no que se refere a proteção de dados pessoais contra fraudes e ataques cibernéticos. Foram identificados ataques de *trolls* (internautas que usam as redes sociais para ofender, ameaçar e perseguir pessoas que pareçam vulneráveis), intromissão em videoconferências alheias, *links* privados nas salas se tornarem públicos e ainda a existência de uma configuração pré-determinada que permitia a troca de arquivos e envio de *malware* (software que tenta invadir, danificar ou incapacitar computadores, sistemas, redes, tablets e dispositivos móveis, assumindo, frequentemente, o controle parcial das operações de um dispositivo). O *The New York Times* revelou ainda que o aplicativo realizava uma garimpagem de dados, evidenciando um excessivo acúmulo de vulnerabilidades para o sistema de videoconferências mais popular do mundo. Todas essas práticas levaram a secretária de Justiça de Nova York, Letitia James, a abrir uma investigação judicial para apurar as denúncias.¹³⁰

Deste modo, a introdução da tecnologia na mediação através dos sistemas ODR não está alheia a violações, principalmente no que se refere ao sigilo e a confidencialidade. Em diversas situações, especialmente quando estão em questão demandas de alta complexidade, a ausência de segurança pode ser um inibidor para a utilização da mediação online. Tanto é assim que o emprego dos novos ambientes inteligentes vem sendo questionado por demonstrar uma certa incapacidade em cumprir os requisitos da proteção de dados pessoais e sensíveis. O atual quadro jurídico da União Europeia (Regulamento UE nº 2016/679 de 24/05/2016) aplicável desde 23/05/2018 descreve a importância de se resguardar dados pessoais e dados sensíveis. O ponto central é que levanta uma série de preocupações se refere ao fato de que a utilização dos sistemas ODR pelas partes está associado ao fornecimento tanto de dados pessoais quanto de dados sensíveis, de forma que a utilização da modalidade

¹³⁰GARCIA, Jorge G.. “Problemas de privacidade e segurança sacodem sucesso do Zoom na pandemia de coronavírus”, *EL País*, 07/04/2020, Disponível em: «<https://brasil.elpais.com/retina/2020-04-07/problemas-de-privacidade-e-seguranca-sacodem-sucesso-do-zoom-na-pandemia-de-coronavirus.html>» Acesso: 28/05/2021.

online de mediação revela dados muito íntimos dos indivíduos e portanto deverá ser feita de forma cuidadosa e segura.

Para minimizar os riscos na mediação online, os dados pessoais e sensíveis relacionados à disputa online só deveriam ser utilizados para o litígio específico para qual foram submetidos. O sistema ODR deve realizar um cadastro individualizado para cada demanda, não podendo aproveitar qualquer tipo de informação anteriormente concedida pelas partes. Além disto, as entidades de resolução de conflitos, sejam elas públicas ou privadas, deverão ser responsáveis pelo tratamento de dados fornecidos ao abrigo deste regulamento. A importância desta cautela é bem definida por Thierry Nabeth quando explica que o grande risco dos dados serem guardados ou processados não advém apenas do fato de serem utilizados em uma nova mediação, mas também do facto de que estes dados podem ser transmitidos a terceiros que poderão ser desde seres humanos como agentes eletrônicos que podem eventualmente incorporar e replicar elementos constitutivos da identidade e até mesmo atuar da mesma maneira que aquele indivíduo atuaria.¹³¹

Os sistemas ODR não devem ser concebidos para observar pistas contextuais ou para formar uma base de dados do usuário. A mediação digital deve propiciar uma experiência que possibilite às partes confiar no procedimento e facilitar o diálogo entre as partes e o terceiro neutro. A inserção do quarto elemento ocorre para encurtar distâncias e flexibilizar agendas, mas também para melhorar o desempenho do mediador com a utilização do aparato tecnológico no sentido de captar informações relevantes para que o processo de mediação corra bem, mas sem o interesse de posteriormente construir perfis, recuperar dados genéricos ou específicos.

De uma forma geral, tem se observado que sistemas tecnológicos, por mais seguros que sejam, podem apresentar uma margem de manobra que pode abalar a confiança das partes. Em diversas situações, as informações referentes à mediação online são conectadas à rede e a outras organizações ODR, de forma que se torna fundamental para as partes saber qual é o efetivo sigilo de suas interações antes de optar por este modelo. Nesta esteira, parece ser viável que o mediador proponha uma sessão de pré-mediação para esclarecer os impactos desta escolha para as partes, bem como os riscos inerentes. Além disto, é mandatório que se ofereça as partes um *software* seguro, que possa levantar violações e tratá-las de forma

¹³¹ NABETH, Thierry. *The Future of Identity in the Information Society: Challenges and Opportunities*, London: Springer, 2009, pp.19-69.

adequada. Ao longo do procedimento online, são as partes que devem decidir permanecer neste modelo ou retirar-se através de uma escolha informada sobre os riscos da possibilidade de quebra de confidencialidade, bem como dos benefícios associados ao seguimento no modelo. Além da confidencialidade, as partes buscam que o processo de mediação possa ser efetivo na resolução de suas demandas e que possam manifestar suas opiniões e decidir o próprio destino.

É de se considerar que as partes esperam que os processos de resolução de litígios preencham os critérios de justiça processual- permitir voz, tratá-las com respeito, ser neutra – e ajustam suas expectativas para o meio no qual se dá a resolução de conflitos, ainda que seja o meio digital. Mesmos que as partes saibam que a mediação é realizada por um *software*, o que importa é se é capaz de preencher os critérios de justiça processual. (RABINOVICH-EINY, 2014, p. 30)

Embora os meios digitais ainda possam impactar a confidencialidade da mediação, acredita-se que a medida que a tecnologia se desenvolve e se incorpora no cotidiano da população a sua margem de segurança aumente e forneça ambientes cada vez mais seguros. Por outro lado, é necessário ressaltar que nos casos de violações aos sistemas de mediação por ausência de segurança deverá haver alguma punição para o responsável, ao que se espera uma reparação civil e em algumas situações até mesmo penal.

6.7. A figura do mediador no futuro

Nos modelos tradicionais de mediação o mediador necessita ter diversas habilidades para um bom desempenho de sua função. Estas competências envolvem desde capacidades de comunicação, empatia, escuta ativa e até mesmo carisma. Além destas aptidões, o mediador deve cumprir uma série de obrigações sejam elas de fundo ético, neutral, confidencial e legal. Porém, todas estas valências não são suficientes para o novo modelo de mediador do futuro. Formatos de mediação extremamente tecnológicos exigem dos mediadores uma formação específica em que novas habilidades devem ser trabalhadas.

O primeiro desafio do mediador do futuro se refere às suas habilidades em utilizar a tecnologia de forma eficiente, sem perder o humanismo necessário ao desenvolvimento de uma mediação. Isto inclui tanto as capacidades básicas inerentes ao sistema ODR (como o uso e escolha de plataformas apropriadas para a resolução de conflitos) como também a capacidade de gestão do processo para que a mediação online seja uma experiência de alta qualidade para as partes. Isto posto, conclui-se que as capacidades do mediador nos sistemas

ODR abrangem diversas dinâmicas que vão muito além do manejo dos recursos técnicos, representando um verdadeiro desafio ao *standard* atual.

Neste sentido, antes de iniciar a mediação online caberá ao mediador avaliar se este meio realmente se adequa ao conflito em causa, verificando suas peculiaridades e contornos, visto que em diversas situações o ambiente digital pode não ser adequado, enquanto que em outras poderá agregar valor. Após a identificação da natureza do conflito e da viabilidade da mediação online, o mediador deverá verificar qual é o efetivo impacto para as partes no que se refere à utilização da tecnologia, ou seja, qual o efetivo acesso que os mediados têm ao referido meio, bem como qual é o nível de conhecimento da utilização das mídias digitais. Esta distinção poderá assegurar uma certa igualdade de recursos e isonomia entre eles. Caso os desníveis no uso da tecnologia sejam muito grandes pode não ser recomendável que se prossiga neste formato, de forma que o mediador poderá terminar a mediação por inadequação do meio.

Outro aspecto se refere a capacidade de transmitir mensagens claras tanto na comunicação verbal como não verbal de forma síncrona e assíncrona e ainda a habilidade de abordar simultaneamente pessoas que estão em diferentes países com fuso horários distintos, de forma a perceber os possíveis impactos desta condição na mediação. Além disto, o mediador deve gerir de forma saudável e eficiente os desafios tecnológicos que se apresentem ao longo da mediação, como por exemplo os ruídos, queda de sinal da internet, falhas técnicas, iluminação e distrações, tratando estes episódios com naturalidade, mas sem perder o foco para a importância de uma atmosfera de respeito que vise reestabelecer a comunicação entre as partes.

Assim, no modelo online o mediador deverá utilizar a plataforma de forma a auxiliá-lo no seu trabalho, mas sem perder a premissa básica de que o foco está concentrado nas partes e no conteúdo que ali está sendo abordado e não na tecnologia. O mediador deverá ter conhecimentos específicos em negociações online, bem como conhecimento das leis relevantes que permeiam este ambiente, da aplicabilidade dos acordos online, inclusive nos conflitos transfronteiriços.

Em última análise, o mediador deverá ter familiaridade com o impacto do ambiente online em técnicas como ouvir, questionar, parafrasear, resumir e realizar o *caucus* através do sistema tecnológico, além de habilidades de utilizar e se deslocar de diferentes canais de comunicação simultaneamente (como e-mail, videochamada, telefone, compartilhamento de telas, *caucus* online) e de dar às partes em algumas ocasiões a possibilidade de utilizar os

controles do computador como o rato, digitar frases, propostas, além de silenciar e dar voz as mesmas.

No que se refere a privacidade e confidencialidade grande parte da segurança e eficácia do modelo de mediação online estão associados ao *software*. Desta maneira é importante que os mediadores tenham um contato mais estreito com equipes de tecnologia da informação e que antes das reuniões realizem testes para detectar algum tipo de problema na plataforma. Este aspecto não retira a responsabilidade do mediador em definir para as partes as vantagens bem como os riscos do modelo ODR. Em alguns tipos de litígios as partes podem inclusive estabelecer no contrato de mediação a relativização da confidencialidade de certos documentos. Em outras, o meio online poderá não ser o mais recomendado para a resolução do litígio. Neste sentido, nas mediações digitais o grande papel do mediador é identificar a natureza do litígio e visualizar se o mesmo poderá ser tratado de forma apropriada com o uso da tecnologia. A decisão final caberá sempre as partes, mas a escolha por seguir ou abandonar o procedimento deve ser informada pelo terceiro neutro. Além deste aspecto, a familiaridade com o *software* e o estreitamento de competências humanas e tecnológicas são fundamentais para que o mediador do futuro esteja atento a potenciais riscos e preparado para viabilizar soluções.

Assim, a efetiva implementação e sucesso dos modelos ODR não depende apenas de uma aceitação por parte dos utentes pautada pela confiança, mas também de uma nova formação e abordagem por parte dos mediadores, que necessitam desenvolver novas habilidades frente à inovação. Grandes desafios devem ser enfrentados tanto do ponto de vista legal, técnico, tecnológico e humano. Penso que quanto mais a tecnologia estiver presente nos processos de mediação, maiores deverão ser as habilidades dos mediadores, principalmente as humanas. Por outro lado os modelos online de resolução de conflitos estão preparados para mudanças significativas e para obras extraordinárias.

7. Conclusão

De uma maneira geral, as pessoas se sentem confortáveis com aquilo que conhecem. Num dia frio, com a lareira ligada, a maioria das pessoas se vê jogada no sofá da sala na companhia da sua série preferida. A zona de conforto é muito sedutora! Mas nem todas as pessoas se sentem satisfeitas assim. Felizmente, existem aquelas que, neste mesmo dia frio, planejam como vão escalar um dos montes mais altos do mundo: o Everest. Os sistemas ODR são como este amigo que numa tarde cinza te convida para desvendar os perigos e seduções de se atravessar quilômetros sem efetivamente ter certeza que chegaremos ao topo. Talvez não seja o cume o momento mais importante, mas o percurso.

O percurso é deslumbrante, mas as respostas nem sempre são fechadas. Nesta dissertação falamos da evolução histórica da forma de se resolver conflitos, da judicialização e dos modelos de resolução alternativa de litígios, com ênfase para a mediação digital. Dado que em cada momento da vida humana novos elementos vão surgindo, como é o caso da tecnologia, os percursos vão sendo alterados e foi justamente esta a intenção deste trabalho. Demonstrar que não existem caminhos perfeitos, ou portas da felicidade, mas sim melhores escolhas para uma dada situação.

Neste aspecto, a mediação online se abre como mais uma possibilidade, talvez uma trilha mais curta, que muitas vezes pode ser uma opção tão segura como os modelos presenciais. Precisamos entender que o acesso à justiça não é o mesmo que o acesso ao Tribunal. O que as pessoas buscam no mundo de hoje é serem ouvidas, compreendidas e não se tornarem seres invisíveis no meio de um emaranhado de papéis e de formalidades. Como isto será feito? Se será através dos meios digitais ou não, pouco importa.

Estamos diante da inovação, da quebra de paradigmas no meio de uma sociedade que se desconstrói com uma pandemia. Este é o momento de criarmos coragem para escalar o Everest, pois percebemos que os Tribunais estão oferecendo as pessoas séries antigas e desatualizadas e não precisamos ficar ali sentados vendo aquilo que não nos agrada. Somos mais do que isto!

A resolução alternativa de disputas vem para empoderar o ser humano e para demonstrar que nem todas as decisões devem ser tomadas pelo Estado, há outros caminhos. Enquanto que a resolução online de disputas nos desvenda que o mundo é grande demais, mas que as distâncias podem ser encurtadas.

Escalar o Everest não é fácil, quem disse que seria? E é por isto que existem questões polêmicas deste novo formato digital que exigem novas habilidades e competências do mediador como um novo olhar para as partes e uma relação mais estreita com a tecnologia. Além disto, os sistemas ODR representam uma quebra de paradigmas que exige muito empenho por parte da comunidade acadêmica no sentido de romper com modelos tradicionais e se expor às inovações. Questões como confidencialidade, executoriedade das decisões, infoexclusão, substituição de homens por máquinas e uma nova dimensão de acesso à justiça foram abordados ao longo da trajetória. Mas e a conclusão? A conclusão a que se chega é que não há respostas totalmente estruturadas. Não há uma única porta, nem uma única fórmula. Há opções, novos caminhos, novos horizontes e é isto que a mediação online sugere. Ser mais uma alternativa, mais um portal. A escolha do melhor meio depende sempre da situação concreta. Em algumas situações a melhor escolha pode ser o sofá, em outras o Everest.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. “A resolução online de litígios ODR de baixa intensidade: perspectivas para a ordem brasileira”, *Revista Pensar*, v. 22, n. 2. Fortaleza, 2017.

ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco, CARNEIRO, David Rua, NOVAIS, Paulo. “Inteligência Artificial na Resolução de Conflitos em linha”, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, 2010.

ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco. *Direitos Humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso brasileiro. Comunicações Eletrônicas e Direitos Humanos: o perigo do “homo conectus”*, Curitiba: Juruá Editora, 2012.

ARBIX, Daniel do Amaral. *Resolução online de controvérsias: tecnologia e jurisdições*, Universidade de São Paulo: Programa de pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, 2015. Tese de doutorado.

BARROS, João Pedro Leite. *Arbitragem online em conflitos de consumo*, São Paulo: Tirant to Blanch, 2019.

BARTON, Benjamin H., BIBAS, Stephanos. *Rebooting Justice: more technology, fewer lawyers, and the future of law*, New York: Encounter Books, 2017.

BECKER, Daniel, LAMEIRÃO, Pedro. “Online Dispute Resolution (ODR) e a ruptura no ecossistema da resolução de disputas”, *AB2L*, Disponível em «<https://ab2l.org.br/online-dispute-resolution-odr-e-ruptura-no-ecossistema-da-resolucao-de-disputas/>» Publicado em: 27/08/2017, Acesso: 15/03/2021.

BORBA, Janine Taís Homem Echevarria, FIBRANS, William Picolo, COSTA, Thaíse Nara Graziottin. “A Mediação De Conflitos: Um Olhar A Partir Da Teoria Dos Jogos” *Mostra de iniciação científica Imed*, jun./2016.

BURCH, Sally. “Sociedade da informação / Sociedade do conhecimento”. Disponível em «<https://dcc.ufjf.br/~jonathan/compsoc/Sally%20Burch.pdf>», 2005, Acesso: 13/04/2021.

BRAEUTIGAM, Andrea. “Fuses that fit online: online mediation in non-commercial contexts”, *Appalachian Journal of Law*, v. 5, 2006.

CAPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant G.. “Access to justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective to Make Rights Effective”, *Articles by Maurer Faculty*, 1978. Disponível em: «<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2140&context=facpub>» Acesso: 06/04/2021.

CARVALHO, Jorge Morais. “A Consagração Legal da Mediação em Portugal”, *Revista Julgar n° 15*. Editora Coimbra, 2011.

- CARVALHO, Jorge Morais, PINTO-FERREIRA, João Pedro, CARVALHO, Joana Campos. *Manual de Resolução Alternativa de Litígios de Consumo*, Coimbra: Almedina, 2019
- CEBOLA, Cátia Marques. *La Mediación*, Madrid: Marcial Pons., 2013.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*, Tradução de Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Posso, Belo Horizonte: Fórum, 2013
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós Moderno*, Tradução de Marçal Justen Filho, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- CRESPO, Maria Hernandez, *Tribunal Multiportas- investido no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.
- COELHO, João Gualhardo. *Julgados de Paz e Mediação de Conflitos*, Lisboa: Âncora Editora, 2003.
- COSTA, Nuno Miguel Gomes da. *Resolução de Conflitos de Consumo em Linha*. Minho: Universidade do Minho. Escola de Engenharia, 2010. Dissertação de Mestrado.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*, Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA, Pedro. *Conflito e negociação*, Portugal: Edições Asa, 2001.
- DE HERT, Paul. “Legal Safeguards for Privacy and Data Protection in Ambient Intelligence”, *Personal and Ubiquitous Computing*, v. 16, n. 6, Ago./2009.
- DIMAGGIO, Paul [et. al]. “Digital Inequality: From Unequal Access to Differentiated Use”, *Neckerman, K. (Ed). Social Inequality*, 2004.
- DOUZIMAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*, Tradução de Luzia Araújo, São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- DUPONT, Christopher. 1986. *La négociation: conduit, théorie et applications*, Paris: Dalloz, 1986.
- FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*, Tradução de Rachel Agavino, Rio de Janeiro: Ed Sextante, 2018.
- FISS, Owen. M. “The social and political foundations of adjudication.”, *Law and Human Behavior*, v. 6, n. 2, jun/1982, p. 121–128. Disponível em: «<https://doi.org/10.1007/BF01044858>» Acesso: 01/07/2021.
- FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de Ajustamento de condutas*. São Paulo: Editora LTR, 2013.
- FUSCO, Cláudia. “Arqueólogos encontram indícios de primeira guerra da humanidade”, *Revista Galileu Digital*. Disponível em «<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2016/01/arqueologos-encontram-indicios-de-primeira-guerra-da-humanidade.html>» Publicado em 26/01/2016. Acesso: 18/10/2020.
- GALANTER, Marc. “Afterword: Explaining Litigation”, *Law & Society Review*, v. 9, n. 2, 1975.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GARCIA, Jorge G.. “Problemas de privacidade e segurança sacodem sucesso do Zoom na pandemia de coronavírus”, *EL País*, 07/04/2020, Disponível em: «<https://brasil.elpais.com/retina/2020-04-07/problemas-de-privacidade-e-seguranca-sacodem-sucesso-do-zoom-na-pandemia-de-coronavirus.html>» Acesso: 28/05/2021.
- GARCÍA, Lucia García. *Mediación Familiar: Prevención y Alternativa al Litigio en los Conflictos Familiares*, Madrid: Dykinson, 2003.
- GOUVEIA, Luís Manuel Borges. “Sociedade da Informação. Notas de contribuição para uma definição operacional”. Disponível em «http://homepage.ufp.pt/lmbg/reserva/lbg_socinformacao04.pdf», Publicado em: nov/2004, Acesso: 13/04/2021.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 3ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 10, jul-dez 2007.
- KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, New Jersey: John Wiley & Sons, 2001.
- KATSH, Ethan; RULE, Colin. “What we know and need to know about Online Dispute Resolution”, *South Carolina Law Review*, v.67, 2016.
- KIRTLEY, Alan. “The mediation privilege’s transition from theory to implementation: designing a mediation privilege standard to protect mediation participants, the process and the public interest”, *Journal of Dispute Resolution*, v. 1995, n. 1, 1995.
- LAHR, Marta Mirazón [et al]. “Inter-group violence among early Holocene hunter-gatherers of West Turkana, Kenya”, *Nature*, v. 529, n. 7586, jan/2006, pp. 394-398.
- LANDES, W. M. & POSNER, R. A. “Legal precedent: A theoretical and empirical analysis”, *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, California, 1976.
- LIANG, Sherry. *Mediation and Settlement in Administrative Adjudication: A Theoretical and Applied Examination*, Toronto: University of Toronto, 1998.
- LODDER Arno R. and ZELEZNIKOW John. “Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution”, p. 77. Disponível em: «https://www.mediate.com/pdf/lodder_zeleznikow.pdf» Acesso: 03/05/2021.
- LOEBL Zbyněk. “Can a robojudge be fair?”, Kluwer Arbitration. Blog, Disponível em «<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/16/can-a-robojudge-be-fair/>» Publicado em: 16/12/2019, Acesso: 21/04/2021.
- LOPES, Dulce, PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*, Coimbra: Edições Almedina. 2014.

- LORENZ, Konrad Zacharias. *A agressão uma história natural do mal*, Portugal: Relógio D'Água, 1992.
- MACKIE, Karl. *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, Londres: Routledge, 1991
- Manuel Pereira, *Manual de Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 1ª edição, 2010
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTÍNEZ, Gonzalo Serrano. *Elogio de la negociación*, Discurso inaugural lido en la solemne apertura do curso académico 1996-97, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1996.
- MCGOVERN, Francis E.. “The What and Why of Claims Resolution Facilities”, *Stanford Law Review*, v. 57, 2005.
- MNOOKIN, Robert. H.; KORNHAUSER, Lewis. “Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce”, *Yale Law Journal*, v. 88, 1979.
- MOULIN, Carolina Stange Azevedo. “Métodos de Resolução Digital de Controvérsias: Estado da Arte de suas Aplicações e Desafios”, *Revista Direito GV*, v. 17, n. 1, São Paulo: 2021. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/K6Td7TJ6fcMtpyRDWVdzbPN/abstract/?lang=pt>> Publicado em: 26/03/2021, Acesso: 06/05/2021.
- MUNIZ, Tânia Lobo; MOURA, Isabel Cristina de. “O modelo de Tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos”, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. Especial, n. 39, Porto Alegre: dez/2018.
- NABETH, Thierry. *The Future of Identity in the Information Society: Challenges and Opportunities*, London: Springer, 2009.
- OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de Resolução de Conflitos. Sistema Indenizatórios sem Interesses Individuais Homogêneos*, São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014. Dissertação de Mestrado.
- PEDROSO, João A. F. *Acesso ao Direito à Justiça: um direito fundamental em desconstrução. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças*, Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2011, Tese de Doutoramento em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração.
- PEDROSO, João A. F., DIAS João Paulo, TRINCÃO, Catarina. *Por caminhos da Reforma(s) da Justiça(s)*. Editora Coimbra. Coimbra. 2003.
- PEDROSO, João. *Percursos(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial*, Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- QUEK, Dorcas. “Facilitative versus evaluative mediation: Is there necessarily a dichotomy?”, *Asian Journal on Mediation*, Singapore Management University, dez/2013.
- RABINOVICH- EINY, Orna. “Technology’s impact: the quest for a new paradigm for accountability in mediation”, *Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, 2006. Disponível em: «https://law.haifa.ac.il/images/Technologys_Impact_The_Quest_for_a_New_Paradigm_for_Accountability_in_Mediation.pdf» Acesso: 08/07/2021.
- RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. “Technology and dispute systems design”. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 17, n.151., 2012.
- RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. “Digital Justice”, *International Journal of Online Dispute Resolution*, Disponível em: «www.elevenjournals.com/tijdschrift/ijodr/2014/1/IJODR_2014_001_001_002» Publicado em: 2014, Acesso: 07/05/2021.
- RODOVALHO, Thiago. “Canadá é um bom exemplo do uso da mediação obrigatória”, *Consultor Jurídico*, Disponível em «<https://www.conjur.com.br/2015-nov-24/thiago-rodovalho-canada-bom-exemplo-mediacao-obrigatoria>» Publicado em 24/11/2015, Acesso: 14/11/2020.
- RODRIGUES, Marco Antônio, TAMER, Maurício. *Justiça Digital*, Rio de Janeiro: Editora Juspodium, 2021.
- SALOMÃO, Luis Felipe, DRUMOND, Mônica. “Métodos online de resolução de litígios”, *Justiça e Cidadania*, Edição 239, Disponível em «<https://www.editorajc.com.br/metodos-online-de-resolucao-de-litigios/>» Publicado em: 07/07/2020, Acesso: 15/03/2021.
- SANDER, Frank. “A Friendly amendment”, *Dispute Resolution Magazine*, 1999.
- SANTOS, Boaventura, MARQUES, Maria Manuel L., PEDROSO, João. “Os tribunais nas sociedades contemporâneas”, Coimbra: *Oficina do CES publicação seriada do Centro de Estudos Sociais de Coimbra*, 2015.
- SELA, Ayelet. “Can Computers be fair? How automated and human-powered online dispute resolution affect procedural justice in mediation and arbitration”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 33, n. 1, 2018.
- SENA, Max Emiliano da Silva; MUZZI FILHO, Carlos Victor. “Judicialização dos conflitos sociais: Reflexões sobre a necessidade de soluções dialógicas no Estado Democrático de Direito Brasileiro”, *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, v. 3. Brasília: 2017.
- SEVIVAS, João, *Julgados de Paz e o Direito*, Lisboa: Rei dos Livros, 2007.
- SILVA, Paula Costa. *A Nova Face da Justiça – Os meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias*, Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

SOURDIN, Tânia, ZELEZNIKOW, John. “Courts Mediation and Covid 19”. *Australian Business Law Review*, *Forthcoming*, 2020. Disponível em «https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3595910» Acesso: 18/05/2021.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers: an introduction to your future*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

WALKER, Janet; FRICKER, Nigel. “Alternative dispute resolution – State responsibility or second best?”, *Civil Justice Quarterly*, v. 13, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: o ofício do mediador*, v. III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

VARGAS, Lúcia Dias. *Julgados de Paz e Mediação – Uma Nova Face da Justiça*, Coimbra: Almedina, 1ª edição, 2006. Dissertação de Mestrado.

VERBICARO, Denis, OHANA, Gabriela e VIEIRA, Janaína do Nascimento. A mediação online como ferramenta de empoderamento do consumidor ou estratégia utilitarista para a redução das demandas do consumo?. *Revista Científica Disruptiva*. v. II, n. 2, jul-dez 2020.

VICENTE, Dario Moura. *Direito Internacional Privado Ensaio*, v. II, 2005

ZORRINHO, Carlos. “Infoexclusão”, *Revista Sustentabilidade*, n. 14, mar/2008, Disponível em «<http://www.bcsdportugal.org/wp-content/uploads/2013/10/News-2008-03-14-Infoexclusao.pdf>» Acesso: 15/04/2021.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. “A Reform of Civil Procedure- Rationing Procedure Rather than Access to Justice”, *Jornal Law & Society*, v. 22, n. 2, jun./1995.

Índice

Introdução.....	10
1. Evolução histórica dos conflitos e as repercussões da judicialização e da tecnologia ..	13
2. A crise da justiça	18
3. Resolução Alternativa de Litígios (RAL)	21
3.1. Negociação.....	22
3.2. Conciliação	25
4. Mediação: aspectos gerais.....	28
4.1. Conceito e regramento jurídico	28
4.2. Princípios estruturais da mediação	32
a. Princípio da Voluntariedade.....	32
b. Princípio da Confidencialidade.....	34
c. Princípios da Igualdade, Independência e Imparcialidade	36
d. Princípio da Executoriedade	38
5. Mediação Online.....	42
5.1. Experiências contemporâneas de modelos ODR.....	48
a. Plataforma Modria (eBay).....	48
b. Regulamento 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à resolução online dos conflitos de consumo.....	50
5.2. Dispute System Design (DSD).....	54
5.3. Inteligência Artificial (IA) na ODR	57
6. Questões Polêmicas	62
6.1. RAL e ODR: uma justiça de segunda linha?	62
6.2. Prescindibilidade do mediador e princípio da confiança.....	66
6.3. Infoexclusão digital nos modelos ODR.....	72
6.4. Mediação online: o novo normal?	75
6.5. A questão da executoriedade nos modelos ODR.....	78
6.6. O risco da mitigação da confidencialidade nos sistemas ODR.....	81
6.7. A figura do mediador no futuro	84
7. Conclusão.....	87