

## UM NOVO SELO PARA NOVOS TEMPOS

A tecnologia está presente no dia a dia de todos e suas repercussões no exercício das profissões ficam cada vez mais evidentes. No campo do Direito, esta percepção, que já vinha ganhando espaço cada vez maior, foi ampliada pela terrível Pandemia da Covid-19 e pela imediata necessidade de que todos se adaptassem com rapidez ao ambiente digital para continuidade de suas atuações. Mesmo que se trate de um cenário permeado de incertezas, as normas aqui e no exterior vêm tentando acompanhar as transformações provocadas por essa virada tecnológica, regulamentando temas relevantes como, por exemplo, o acesso à internet, a ética da inteligência artificial, a Justiça 4.0, a proteção de dados e o *stalking*.

A Editora Juspodivm, sempre atenta às necessidades de seus leitores e ciente da dificuldade de sistematização de temas ligados à inovação, vem nos últimos anos estimulando autores a abordarem questões como Inteligência Artificial, *Blockchain*, *Cyberbullying*, Criptomoedas, Proteção de Dados, Teletrabalho, entre outros, desenvolvendo, assim, um respeitável catálogo dedicado ao Direito Digital, discutindo questões jurídicas envolvendo a era digital.

Para atuar com excelência e ampliar sua participação na área com publicações relevantes, a Juspodivm criou o **Conselho de Direito Digital, Transformação e Novas Tecnologias**, composto por grandes autores envolvidos direta e indiretamente nas discussões relacionadas a essa transformação digital. O conselho tem o papel de amparar a editora em decisões de publicação na área. Compete a ele avaliar autores e temas, bem como propor novos conteúdos.

**Conselho de Direito Digital, Transformação e Novas Tecnologias:** Claudio Joel Brito Lóssio, Dierle Nunes, Fabiano Hartmann, Flaviane Barros, Higor Vinicius Nogueira Jorge, Jose Eduardo Chaves Jr., José Luis Bolzan de Morais, Márcio André Lopes Cavalcante.

HUGO MALONE DIERLE NUNES

MANUAL DA  
JUSTIÇA  
DIGITAL

Compreendendo a  
*Online Dispute Resolution*  
e os Tribunais Online



2022

EDITORA  
JUSPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

No capítulo 5 realiza-se a crítica de nosso objeto principal de análise, cotejando as tecnologias de resolução de conflito trabalhadas no capítulo anterior com o papel do processo desenvolvido no capítulo 3, buscando identificar os riscos existentes, propor diretrizes mínimas para orientar a implantação destas tecnologias e cogitar possíveis usos virtuosos das ferramentas tecnológicas para os sistemas de aplicação de direitos.

Ao final, problematizaremos uma série de aspectos sobre os métodos online de resolução de conflitos: se geram problemas relacionados à redução da importância do papel da jurisdição, à diminuição do acesso ao controle jurisdicional, ao enviesamento das partes no ambiente digital e à ampliação de assimetrias informacionais entre litigantes habituais e eventuais. Estes problemas, no entanto, podem ser evitados a partir de uma aplicação democrática da tecnologia no Direito Processual, com ênfase não apenas na redução dos acervos processuais, mas na garantia dos direitos fundamentais e no redesenho dos sistemas de gestão de conflitos.

## 2

# DAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS - DA AUTOTUTELA À DIGITALIZAÇÃO

Na apresentação da obra *Direito, Cultura e Ritual*, Jerome S. Bruner diz que os conflitos são inevitáveis, não se tendo notícia de alguma cultura que em algum momento tivesse atingido a harmonia utópica que seria necessária para superar este fato.<sup>1</sup> O conflito faz parte das sociedades, atuando em algumas situações de forma positiva, como se vê na arena democrática, cuja legitimidade se dá justamente pela oposição de ideias.<sup>2</sup> Embora inevitável, é possível lidar com o conflito de modo produtivo, dele extraindo lições que contribuam para a melhoria da sociedade.<sup>3</sup>

1. CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 7.
2. Veja, por exemplo, a concepção agonística de democracia de Chantal Mouffe, para a qual o mundo seria concebido não como um universo, mas como um pluriverso, significando o espaço em que “[...] tiene lugar una confrontación agonista entre una diversidad de polos que se relacionan entre sí sin que ninguno de ellos tenga la pretensión de ser el polo superior. Esta confrontación agonista es un enfrentamiento em el cual el objetivo no es ni la aniquilación ni la asimilación del otro, y en el que las tensiones entre los diferentes enfoques contribuyen a realizar el pluralismo que caracteriza a un mundo multipolar”. MOUFFE, Chantal. *Agonística: pensar el mundo políticamente*. 1. ed. Tradução: Soledad Laclau. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014. p. 56.
3. BENEDEZI, Renato Resende. *Teoria Geral do Litígio*. In: *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux*. Vol. II. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018. p. 422-423.

Partindo da clássica lição de Oscar Chase, os métodos de resolução dos conflitos espelham a sociedade na qual estão inseridos;<sup>4</sup> razão pela qual variam de acordo com a realidade histórica e cultural que se busca analisar. Na história ocidental, os modos como as sociedades buscaram solucionar seus conflitos podem ser sintetizados na lição de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, para o qual as três possíveis formas de solucionar um conflito seriam a autotutela, a autocomposição e o processo.<sup>5</sup> Embora a lição de Alcalá-Zamora Y Castillo aponte o processo como forma de solução dos conflitos, o avanço da ciência processual demonstrou que o processo não é sinônimo de procedimento judicial e nem de jurisdição, muito menos seu instrumento.

A diferenciação se faz necessária na medida em que uma das formas que se apresenta para se resolverem conflitos é a jurisdição, portanto o processo atua como legitimador desta.<sup>6</sup> Assim, valendo-se da lição de Alcalá-Zamora Y Castillo, atualizada pelos contributos da ciência processual moderna, pode-se afirmar que a autotutela, a autocomposição e a jurisdição são as formas pelas quais os litígios foram – e ainda são – mencionados, como se passará a expor a seguir.

## 2.1 DA AUTOTUTELA À JURISDIÇÃO COMO MONOPÓLIO DO ESTADO

### 2.1.1 Autotutela e Autocomposição

Antes do fortalecimento do Estado e do início da produção de normas formais, gerais e abstratas,<sup>7</sup> os conflitos eram resolvidos pelas próprias partes envolvidas, que faziam valer suas pretensões a partir do uso da força, subjugando a parte contrária, motivo pelo qual já se afirmou que a autotutela é a “resolução do conflito mediante o exercício da

violência privada”.<sup>8</sup> Nesse sistema, em que a definição de um vencedor em determinado conflito de interesses se dá pelos próprios envolvidos, obtém sucesso aquele que possui mais força. Trata-se do modo de resolução do conflito do qual participam apenas as partes interessadas, sem a necessidade de um terceiro neutro. É a forma mais antiga e menos idônea de reação, razão pela qual sua utilização é vedada, salvo em casos excepcionais autorizados pela lei.<sup>9</sup>

A precariedade deste meio de resolução é tão evidente que, ainda no Direito Romano, sua utilização tornou-se excepcional e restrita aos casos autorizados pela lei, assim como acontece nos Estados modernos.<sup>10</sup> Atualmente, a autotutela só é permitida quando a norma consentir, excepcionalmente, que haja uma reação imediata daquele que deveria se beneficiar de alguma obrigação.

No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se a possibilidade de utilização da autotutela quando o agente se encontra em estado de necessidade ou legítima defesa (art. 23, I e II, do Código Penal)<sup>11</sup> ou quando o possuidor se encontra na iminência de ser turbado ou esbulhado, circunstância na qual poderá realizar atos de defesa imediatamente e adequados à manutenção ou restituição da posse (art. 1.210, § 1º, Código Civil).<sup>12</sup> O artigo 345 do Código Penal, ao prever o tipo penal do exercício arbitrário das próprias razões, não deixa dúvidas de que a autotutela assume caráter excepcionalíssimo no ordenamento jurídico brasileiro.

Além destes exemplos clássicos de autotutela, a recente inserção do artigo 20-B, II, na Lei 10.522/02, promovida pela Lei nº. 13.606/2018, passou a permitir que a Fazenda Pública promova, por si só, a indisponibilidade de bens do devedor de tributos. A hipótese, apesar da duvidosa

4. CHASE, Oscar. Op. cit. p. 187.
5. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 3. ed. 2. reimp. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018. p. 13.
6. O tema será detalhadamente trabalhado no capítulo 3 da obra.
7. CINTRÁ, António Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

8. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Op. cit. p. 65.
9. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 131 e 133.
10. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Op. cit. p. 66.
11. Art. 23 do Código Penal: Não há crime quando o agente pratica o fato (I) em estado de necessidade ou (II) em legítima defesa.
12. Art. 1.210 do Código Civil: O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

constitucionalidade, pode ser considerada como autotutela, uma vez que a Fazenda Pública passa a ter a prerrogativa de impor restrições ao devedor de tributos sem autorização judicial.<sup>13</sup>

Registre-se que, para Rosemrio Pereira Leal, “no ordenamento jurídico brasileiro, não há recepção da figura histórica da autotutela, mas a criação do instituto legal da autodefesa”, uma vez que a utilização deste meio de resolução dos conflitos ocorre por expressa autorização do Estado. Ou seja, para o autor, não se trata de exercício de prerrogativa sem previsão legal (autotutela), mas sim de mero agir conforme à lei (autodefesa).<sup>14</sup> Não obstante o registro, fato é que a doutrina, seja sob a denominação de autotutela ou de autodefesa, indica que os conflitos podiam ser resolvidos por meio da submissão da vontade de uma parte à outra.

Por outro lado, os conflitos também podem ser solucionados pela autocomposição, que também pode ser realizada pelas próprias partes (formas diádicas), ou com a participação de um terceiro (formas triádicas). Na autocomposição a solução não é alcançada pela subsunção da vontade de uma parte à outra, uma vez que há uma resolução negociada<sup>15</sup> que pode se dar pela renúncia (art. 487, III, “c”, CPC), pelo reconhecimento jurídico do pedido (art. 487, III, “a”, CPC) ou pela realização de transação entre as partes (art. 487, III, “b”, CPC).

Apesar de ser forma antiga pela qual as partes colocavam fim aos seus conflitos, as formas de autocomposição foram acolhidas pelos sistemas processuais após o exercício da jurisdição ser monopolizado pelo Estado,<sup>16</sup> de modo que as técnicas autocompositivas não são somente aceitas, mas fomentadas pelo Estado Brasileiro, conforme dispõe o artigo 3º, § 3º, do CPC, segundo o qual “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por

juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público [...]”, tanto antes quanto durante o procedimento judicial.

Como se vê, tanto a autotutela quanto a autocomposição são formas de solução de conflitos que dependem da atuação preponderante das partes, ainda que na autocomposição haja a presença de um terceiro encarregado de facilitar a comunicação. Estas técnicas resolutivas, no entanto, passaram a perder prestígio a partir do momento em que o Estado começou a absorver poder e assumir a função de indicar as soluções para os conflitos existentes entre os cidadãos.

## 2.1.2 Passagem para Jurisdição

A passagem da autotutela e da autocomposição para a jurisdição se inicia a partir do momento em que os conflitos passam a ser resolvidos pela técnica da arbitragem, na qual um terceiro (sacerdotes, anciãos, líderes, místicos, reis, nobres, técnicos, alquimistas, caciques, pajés)<sup>17</sup> era escolhido pelas partes e era dada a ele a incumbência de indicar qual parte deveria sagrar-se vencedora. Ainda que de forma reduzida, a participação do Estado na resolução dos conflitos existe desde o Século VIII a.C., pois no Direito Romano as partes compareciam perante o *arbiter* ou *iudex* para solucionar seus conflitos, aceitando submeterem-se à decisão proferida.<sup>18</sup>

A intervenção estatal no procedimento de resolução de conflitos se fortalece no Século II a.C., quando o pretor passa a ser encarregado de aplicar as normas existentes, afirmando a autoridade estatal.<sup>19</sup> Logo, a jurisdição se iniciou como a institucionalização da arbitragem pelo Estado, ainda que as concepções históricas não estivessem preocupadas em subordiná-la à principiologia constitucionalizada do processo,<sup>20</sup> o que só veio a se implementar na segunda metade do século XX, conforme será

13. A atual tendência de desjudicialização da execução pode trazer novas hipóteses permitidas de autotutela, devendo, no entanto, haver sérias discussões acerca da constitucionalidade e dos limites de tais iniciativas.

14. LEAL, Rosemrio Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 43.

15. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Op. cit. p. 66.

16. LEAL, Rosemrio Pereira. Op. cit. p. 44.

17. LEAL, Rosemrio Pereira. Op. cit. p. 45.

18. PAULA, Jônatas Luis Moreira de. *Teoria da Jurisdição Civil: pressupostos políticos, jurídicos e sociológicos*. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 20.

19. CINTRÁ, António Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 28.

20. LEAL, Rosemrio Pereira. Op. cit., p. 61.

discutido no capítulo 3 da obra. Se na Idade Média, a jurisdição volta a ser diluída na mão de inúmeros atores público e privados, incluindo a Igreja Católica, na alta modernidade, a jurisdição retorna ao monopólio do Estado para, após, ser distribuída novamente nas mãos de outros legitimados, como se verá ao analisar o movimento das *Alternative Dispute Resolution*.<sup>21</sup>

De todo modo, a brevíssima anotação histórica feita tem o objetivo de demonstrar que a forma pela qual a sociedade ocidental buscou resolver seus conflitos se alterou ao longo do tempo, sendo seu exercício depositado nas mãos daqueles que exerciam poder: as próprias partes – no caso da autotutela e da autocomposição diádica – ou o terceiro responsável por proferir a decisão (sacerdotes, anciãos, líderes, místicos, reis, nobres, técnicos, alquimistas, caciques, pajés, pretores, magistrados etc.).

Não obstante a existência de profundas discussões acerca do conteúdo da jurisdição,<sup>22</sup> o termo será usado na presente obra significando uma das funções estatais, ao lado das funções executiva e legislativa,<sup>23</sup> cujo único escopo é aplicar o ordenamento jurídico (escopo normativo da jurisdição) aos casos concretos, que podem envolver direitos individuais ou coletivos *lato sensu*.<sup>24</sup> Diante de sua monopolização, a jurisdição é exercida pelo próprio Estado, que pode permitir seu exercício também

por particulares, por meio das técnicas de conciliação, mediação e arbitragem,<sup>25</sup> que serão melhor analisadas no tópico seguinte.

É necessário registrar que, em razão do fortalecimento do constitucionalismo após os horrores da 2ª Guerra Mundial<sup>26</sup> e da inefetividade das funções estatais legislativa e executiva, a jurisdição também foi “[...] chamada a tutelar direitos fundamentais em juízo em questões complexas que envolvam interesse público, a exemplo, demandas que envolvam questões sobre saúde, educação, meio-ambiente, segurança e moradia”.<sup>27</sup> Portanto, insere-se no escopo jurídico da jurisdição a função de garantir os direitos fundamentais das partes.

### 2.1.3 Os métodos adequados de solução de conflitos

Como visto no tópico anterior, a jurisdição é monopolizada pelo Estado, admitindo-se, entretanto, a adoção de outros meios voltados à resolução dos conflitos, os quais constituem um sistema multiporatas que busca a solução integrada dos litígios como consequência do direito fundamental do acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB/88.<sup>28</sup>

21. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Op. cit. p. 129.
22. Veja-se, por exemplo, a divergência doutrinária sobre quais são os escopos da jurisdição. Não obstante a existência de linha teórica dominante no Brasil sustentando que a jurisdição possui escopos metajurídicos, nos parece mais adequada a linha segundo a qual o único escopo da jurisdição é o normativo. Sob este escopo, a jurisdição destina-se exclusivamente a aplicar a normatividade, constituída por regras e princípios. Sobre o tema, cf. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Op. cit., p. 134-136.
23. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
24. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Op. Cit., p. 134 e 148. Não se pode negligenciar, embora fuja ao objeto deste trabalho, os debates existentes sobre a redefinição da jurisdição em face das viradas constitucional e cognitiva operadas, respectivamente, a partir do 2º pós-guerra e da década de 70. Sobre o tema, cf. NUNES, Dierle. *Virada Tecnológica no Direito Processual e Etapas do Emprego da Tecnologia no Direito Processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia*. In: NUNES, Dierle; et al. (orgs). *Inteligência Artificial e Direito Processual: os Impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 17-18.
25. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Op. Cit., p. 159-170.
26. Conforme explica Guilherme Henrique Lage Faria, “com o fim da II Guerra Mundial a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da Lei como estrutura meramente formal já não eram mais aceitáveis. [...] A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética”. Cf. *Negócios Processuais: aplicação e limites à luz do formalismo processual democrático*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2016. p. 194. Válida, no entanto, a advertência de Marcelo Cattoni, para o qual “um processo de constitucionalização não pode ser reduzido de forma historicista a um único ‘grande evento’ [...]”, pois se trata de “processo não linear e, por vezes, descontínuo, de aprendizagem social, de abertura a um futuro-em-aberto, a um porvir”. Cf. CATTONI, Marcelo. *Constitucionalismo e História do Direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011. p. 42.
27. MORATO, Luciana Cecilia. *Implementação compartilhada de medidas estruturantes na litigância de interesse público*. Dissertação (Mestrado). Orientador: Dierle José Coelho Nunes Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2019. p. 142.
28. THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 261.

A teoria contemporânea de resolução de conflitos foi desenvolvida na segunda metade do século XX, juntamente com a adoção entusiástica de técnicas daquilo que se convencionou chamar de *Alternative Dispute Resolution* – ADR, cuja gênese ocorreu no sistema processual americano.<sup>29</sup> Até o último quarto do século XX, os procedimentos oferecidos pelo sistema judicial americano para solução dos casos judiciais eram basicamente adversariais e formais. Essa realidade começa a mudar quando, no final do século XX, os procedimentos passam a incorporar, gradualmente, técnicas de ADR – principalmente mediação, mas também arbitragem – nas quais havia a participação de terceiros neutros para auxiliar na solução dos conflitos.<sup>30</sup>

Nas décadas de 1960 e 1970, a insatisfação com o sistema judiciário cresceu à medida que o número de casos aumentou substancialmente e os orçamentos diminuiram. Colin Rule acrescenta que na década de 1970, a ADR começou a tomar forma como um campo em si mesma com o surgimento de programas como o Programa de Negociação da Harvard Law School, que na época era a casa de Frank Sander, pioneiro da ADR.<sup>31</sup> O descontentamento com as vias formais de resolução de conflitos levou à convocação da *Pound Conference*, em 1976, na qual os principais advogados, acadêmicos e juizes discutiram os males do sistema jurídico, bem como as possíveis soluções. Os principais problemas levantados foram os altos custos associados a um sistema de resolução de conflitos lento, complexo e sobrecarregado.<sup>32</sup>

Diante destes problemas, a adoção de técnicas de ADR passou a ser vista como uma medida importante, influenciada pelo discurso de Frank Sander, que defendeu a instituição de um “tribunal multiportas”, no sentido de diversificar os procedimentos judiciais por meio da adoção de uma variedade de opções que seria capaz de resolver as deficiências do

29. KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice*. *International Journal of Online Dispute Resolution*. 2014, p. 7.

30. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The New New Courts*. *Amer. UL Rev.* 165-215. 2017, p. 171.

31. HARVARD LAW SCHOOL. *Separating the People from the Problem: Colin Rule and the rise of online dispute Resolution*. 2020.

32. KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice*. *International Journal of Online Dispute Resolution* p. 8.

sistema.<sup>33</sup> O *insight* de Frank Sander sobre a necessidade de adaptar o procedimento de resolução às características dos conflitos e das partes representou um passo importante no desenvolvimento da teoria de ADR.<sup>34</sup>

Outros autores que escreveram sobre a solução adequada dos conflitos chegaram a conclusões semelhantes, como Carrie Menkel-Meadow, ao se referir à necessidade de um “pluralismo processual”,<sup>35</sup> e Marc Galanter, ao defender que os tribunais devem obter o número e tipos de casos com os quais eles podem lidar, e os casos devem encontrar fóruns apropriados nos quais possam ser resolvidos, em contraponto ao que ele denomina “paradigma centralista” da jurisdição.<sup>36</sup>

O movimento da ADR surge paralelamente ao movimento de acesso à justiça, ambos com o objetivo de garantir igualdade no acesso ao sistema de aplicação de direitos, além de focar na obtenção de resultados sociais e individuais na busca de uma justiça distributiva. Apesar de sua reivindicação inicial ser centrada na assistência jurídica, o movimento de acesso à justiça expandiu sua agenda e passou a defender a simplificação dos procedimentos, a criação de juzados especializados no julgamento de pequenas causas e a valorização das ações coletivas. Após, o movimento de acesso à justiça passou a reivindicar a institucionalização da ADR como um componente central para facilitação do acesso à justiça e dos procedimentos, além da obtenção de resultados mais justos.<sup>37</sup>

Ao perceber as potencialidades da ADR, o sistema público de justiça a cooptou e passou a remeter muitos casos para a mediação, que passou

33. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The New New Courts*. *Amer. UL Rev.* 165-215. 2017, p. 171.

34. KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice*. *International Journal of Online Dispute Resolution*. 2014, p. 11-12.

35. MENKEL-MEADOW, Carrie. *Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Legal Processes*. Inaugural Lecture of the A.B. Chettle, Jr. Chair in Dispute Resolution and Civil Procedure. Georgetown University Law Center, Washington, D.C., Apr. 25, 2005, 94 *Geo. LJ*, 553-580.

36. GALANTER, Marc. *Justice in many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 13:1-9, 1-47, 1981.

37. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The New New Courts*. *Amer. UL Rev.* 165-215. 2017, p. 176-177.

a funcionar de forma anexa e não somente paralela aos tribunais. Neste sistema de funcionamento híbrido da ADR e das vias formais de resolução de conflitos, as decisões judiciais mantiveram sua influência, pois os mediadores e árbitros elaboravam suas decisões e resoluções de acordo com o conjunto de decisões existentes.<sup>38</sup> Ou seja, a ADR realizada pelos tribunais manteve parte da substância da solução de conflitos pela jurisdição, porém ocorreu a alteração do decisor, que passou do juiz para os mediadores e conciliadores.

Assim, a realidade da mediação anexa ao tribunal se mostrou muito diferente do que a promessa de um processo personalizado específico ao contexto que maximizasse autonomia, participação e controle das partes. Estudos mostraram que mediadores tendiam a ser avaliativos ao buscar o resultado provável do litígio. Também se demonstrou que os advogados tendiam a desempenhar um papel central, em detrimento da atuação das partes que eram deixadas de lado ou não se faziam sequer presentes.<sup>39</sup>

Outra consequência desta atuação híbrida entre tribunais e ADR foi que a flexibilidade e a informalidade das técnicas de ADR passaram a influenciar os tribunais. A partir das últimas décadas do século XX, verificou-se um aumento do chamado gerenciamento processual e dos incentivos explícitos dos juízes para promover a solução consensual dos conflitos que lhe eram submetidos. Ocorreu, assim, uma mudança no próprio papel do magistrado, que passou de figura passiva para participante ativo da gestão dos procedimentos. Esse ativismo técnico encontrou expressão no exercício de nova autoridade nas etapas preliminares do julgamento e nos esforços dos juízes de tornar o processo mais eficiente.<sup>40</sup>

Posteriormente, a ADR se espalhou para além dos tribunais, estendendo-se a entidades privadas, dando origem ao fenômeno de resolução de disputas internas, pela qual as empresas passaram a criar sistemas

próprios para solucionar seus conflitos com funcionários e clientes.<sup>41</sup> Como se verá no tópico seguinte, este é o início do chamado *Design System Dispute*, cujas sementes foram lançadas com a publicação do livro *Getting Disputes Resolved*, de Ury, Brett e Goldberg's, e posteriormente se transformou em um campo de conhecimento autônomo.

A incorporação da ADR pelos tribunais levou à erosão da distinção entre técnicas formais e informais de resolução de conflitos, pois os próprios tribunais passaram a ter uma atuação muitas vezes “semiformal”, “[...] com a eficiência sendo a principal força motriz para o incentivo à solução e à adoção de procedimentos flexíveis acelerados, dentro e fora do procedimento litigioso”.<sup>42</sup> Para Orna Rabinovich-Einy e Ethan Katsh, a instituição de ADR nos tribunais deu origem ao que pode ser chamado de novos tribunais.<sup>43</sup>

Não obstante as promessas de ampliação de acesso à justiça por meio das técnicas de ADR, a realidade mostrou-se mais complexa. A ADR representou um desafio para os membros de grupos desfavorecidos justamente pelas qualidades que, supostamente, tornariam estas técnicas mais benéficas que o modelo adversarial: sua confidencialidade e flexibilidade.<sup>44</sup> Conforme explicam Ethan Katsh e Rabinovich-Einy:

Essas qualidades davam a impressão de que os direitos eram irrelevantes e as partes podiam renunciar à representação legal quando, na verdade, os processos de ADR eram conduzidos “à sombra do direito” e, portanto, conhecer os direitos de uma pessoa frequentemente se mostrava importante, proporcionando uma vantagem a quem já era mais poderoso. O véu de sigilo que cercava as ADRs tornou cada vez mais difícil garantir o controle de qualidade, erradicar o viés e garantir resultados justos. Dizia-se que o foco nas necessidades e interesses neste cenário fechado despolitizava

41. KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital justice*. *International Journal of Online Dispute Resolution*, p. 9.

42. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The New New Courts*, p. 184. No original: *with efficiency being the primary driving force for settlement-encouragement and the adoption of expedited flexible procedures, both within and outside the litigation route* (Tradução livre).

43. *Ibid.*, p. 184.

44. *Ibid.*, p. 180.

38. *Ibid.*, p. 182.

39. *Ibid.*, p. 182.

40. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The New New Courts*, *Amer. U.L. Rev.* 165-215, 2017, p. 183.

reivindicações em potencial, como discriminação, reforçando-as em mal-entendidos privados que surgiram da “falta de comunicação”.<sup>45</sup>

Diante dessa realidade, os críticos da ADR passaram a defender que o “acesso” teve um custo para “justiça”, como resultado do compromisso inerente que existe entre “justiça” – consistência com os outros valores alcançados através das garantias processuais – e “eficiência” – realizadas através de processos flexíveis e personalizados de ADR. De todo modo, independentemente das críticas, a institucionalização dos processos de ADR prosseguiu a todo vapor em uma ampla variedade de arenas.<sup>46</sup>

Nesse cenário, ganha destaque a crítica de Owen Fiss, segundo o qual a visão da solução do conflito pela jurisdição como um mal necessário e do acordo como um meio preferível de solucionar conflitos parte de premissas questionáveis. Para ele, o acordo é uma rendição às condições da sociedade de massa e não deveria ser encorajado, pois a concordância pode ter sido obtida por coação, porque a ausência de instrução e julgamento cria um problemático envolvimento do juiz e porque, embora gere abreviação do procedimento, a justiça pode não ser realizada.<sup>47</sup> O autor aponta que o desequilíbrio entre as partes se faz presente na dificuldade de reunir e analisar informações sobre a possível decisão que seria obtida judicialmente, o que diminui a capacidade de negociação de uma das partes.<sup>48</sup>

Da mesma forma, a vulnerabilidade financeira pode fazer com que a parte abdique de um proveito econômico maior que poderia obter ao

45. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The New New Courts*. Amer. UL Rev. 165-215. 2017. p. 180. No original: *These qualities gave the impression that rights were irrelevant and parties could forego legal representation when in fact ADR processes were conducted “in the shadow of the law” and therefore knowing one’s rights often proved important, providing those who were already more powerful with an advantage. The veil of secrecy that surrounded ADR made it ever more difficult to ensure quality control, eradicate bias and guarantee fair outcomes. The focus on needs and interests in this closed setting was said to depoliticize potential claims, such as discrimination, by transforming them into private misunderstandings that grew out of miscommunication* (Tradução livre).

46. *Ibid.*, p. 181.

47. FISS, Owen. *Um Novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 124.

48. *Ibid.*, p. 125.

final de um procedimento para receber menos em um acordo, em razão da imediatidade e da necessidade de meios para sua subsistência. Não se pode esquecer, também, que a parte financeiramente hipossuficiente pode anuir com o acordo apenas porque não tem condições de arcar com os custos decorrentes de um processo judicial.<sup>49</sup> Assim, embora possa parecer que o acordo beneficiaria o autor hipossuficiente, que evitaria os custos do processo, é possível que o réu se utilize do acordo para alcançar uma posição mais favorável, calculando as despesas que o autor teria e diminuindo sua proposta.<sup>50</sup>

Outro argumento trabalhado por Fiss para justificar sua posição não tão favorável<sup>51</sup> ao acordo reside no fato de que a decisão proferida em julgamento não tem o objetivo de maximizar os interesses dos particulares ou assegurar a paz, mas sim aplicar a lei e a Constituição. Assim, aceitar um acordo significaria “aceitar menos que o ideal”.<sup>52</sup> O argumento de Fiss provoca a reflexão sobre até que ponto a defesa do acordo como algo benéfico para a parte pode representar, na verdade, uma diminuição dos seus direitos. Esta possibilidade, inclusive, pode ser bem aproveitada por litigantes com grande capital econômico e informacional, que, de posse de um banco de dados que contenham todas as decisões do Tribunal, têm maiores condições de formular propostas que atendam seus interesses.

49. FISS, Owen. *Op. cit.* p. 125.

50. Embora não seja objeto deste trabalho a análise das formas adequadas de solução de conflitos em processos coletivos, Fiss cita como um ponto negativo do acordo, a dificuldade de se obter consensos legítimos em ações coletivas. Nesse sentido, cf. FISS, Owen. *Op. cit.* p. 128 e ss. Sérgio Cruz Arenhart, em obra específica sobre o tema, adverte que a representação realizada pelo legitimado no processo coletivo é mais aparente que real. Isso porque o legitimado não está obrigado a consultar os verdadeiros titulares do direito tutelado e porque “[...] o processo coletivo aliena exatamente o grupo que é protegido, na medida em que não permite sua participação direta, mas apenas autoriza a presença, no processo, dos entes legitimados para a tutela desses grupos”. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do cartão*. In COSTA, Susana Henriques da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, W (Orgs). *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Editora Juspodivm, Salvador: 2017. p. 478-480.

51. Para o autor, “o acordo é um substituto pobre para o julgamento”. FISS, Owen. *Op. cit.* p. 144.

52. FISS, Owen *Op. cit.* p. 139-140.

Fiss reconhece que a desigualdade não é exclusiva dos acordos, pois afirma que os julgamentos podem ser distorcidos pela desigualdade entre as partes no procedimento. Apesar de correta a constatação do autor, não parece acertada sua solução para a desigualdade entre as partes. Ele defende que, para vencer esta desigualdade, o processo contaria com a “presença orientadora do juiz”, que poderia, por exemplo, formular perguntas para as partes e até mesmo arrolar testemunhas.<sup>53</sup> Conforme será demonstrado no capítulo seguinte, a instituição capaz de garantir a igualdade entre as partes litigantes não é o juiz, mas sim o processo em sua faceta garantista<sup>54</sup> de base constitucional.

Todas estas ponderações não possuem o intuito de condenar os métodos de solução consensual dos conflitos, mas sim sugerir que, ao aceitar um acordo, a parte pode estar obtendo menos do que parece, sem saber o preço pago por isso.<sup>55</sup> Ao que parece, o discurso do acordo se fundamenta mais no fato de que ele é “menos pior” que um julgamento do que na possibilidade de gerar uma decisão consensual e que agrade todas as partes. Ou seja, as formas adequadas de solução de conflito se justificam mais nas falhas do procedimento judicial do que nos seus próprios benefícios.<sup>56</sup>

Veja, por exemplo, o argumento da celeridade: um acordo é melhor porque é mais rápido do que uma sentença. Também há o argumento da simplicidade, segundo o qual o acordo é melhor porque é mais simples

53. FISS, Owen. Op. cit. p. 126.

54. Destaque-se que a referida visão garantista do processo não se confunde com o garantismo defendido por Luigi Ferrajoli. Tendo-se em vista a adoção do processualismo constitucional democrático como marco teórico nesta obra, o garantismo é compreendido em sua abordagem participativa que concebe o processo como estrutura de aplicação e de viabilização do exercício de direitos fundamentais (Nunes; Dierle et. al. *Teoria Geral do Processo*. p. 254) e garantia contra o exercício ilegítimo de poderes públicos e privados em todos os campos (Nunes; Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. p. 209).

55. FISS, Owen. Op. cit. p. 140.

56. Ainda que não haja espaço nesta obra para se aprofundarem as críticas existentes sobre a ADR, é válido o registro do argumento de Laura Nader, para a qual o surgimento da ADR na década de 1970, nos EUA, representou um modelo de harmonia que, na verdade, funcionou como um efeito tranquilizador na sociedade contenciosa da década de 60, servindo para controlar aqueles que foram privados dos direitos civis. Cf. NADER, Laura. *Harmonia Coerciva: a economia política dos modelos jurídicos*.

do que se submeter a um procedimento judicial complexo. Da mesma forma, o argumento da economia defende que é mais barato fazer um acordo sem a presença de um advogado do que contratar um profissional. Diante dessa realidade, poderiam ser estruturadas formas de melhorar o procedimento judicial, tornando-os mais ágeis e simples, de modo que o acordo passaria a ser defendido por ser melhor que uma decisão adjudicada, e não por ser uma opção menos pior.

Cabe destacar, ainda, que o problema dos custos excessivos do procedimento judicial não parece ser uma realidade no sistema de justiça brasileiro, no qual há certa facilidade para concessão dos benefícios da gratuidade da justiça.<sup>57</sup> Outrossim, o fato de ser possível ajuizar demandas de menor complexidade nos Juizados Especiais, nos quais não há cobrança de custas em 1º grau de jurisdição,<sup>58</sup> também minimiza o impacto das custas processuais no acesso à justiça no Brasil. Embora não elimine o problema da falta de acesso à justiça, a isenção de custas processuais em determinados casos demonstra como o problema dos custos para litigar não é tão relevante no Brasil como no sistema americano.

Ademais, as partes hipossuficientes podem se valer dos serviços da Defensoria Pública, que está implantada em todos os Estados da Federação,<sup>59</sup> além dos diversos serviços de assistência jurídica em atividade nas Faculdades de Direito. Não se pode olvidar, também, que o valor das custas processuais não é excessivo, havendo até mesmo iniciativa do Conselho Nacional de Justiça no sentido de aumentar seus valores como medida de desestímulo à judicialização elevada.<sup>60</sup>

Mediante o exposto, verifica-se que a utilização das técnicas de ADR se iniciou na década de 70 no direito americano, visando ao enfrentamento

57. No que diz respeito às pessoas físicas, o art. 99, § 3º, do CPC estabelece que para fins de concessão dos benefícios da gratuidade da justiça “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”.

58. O artigo 54 da Lei n.º 9.099/95 prevê que “o acesso ao Juizado Especial independe de primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas”.

59. BRASIL. Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário. *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Organizadoras: Gabriela Vieira Oliveira Gonçalves, Lany Cristina Silva Brito, Yasmin von Glehn Santos Filgueira. Brasília: 2015.

60. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Proposta-de-projeto-de-lei-complementar-1.pdf>

do problema do acesso à justiça, mas não ficou isento de duras críticas pela doutrina, que denunciou o prejuízo que a cultura do acordo poderia causar à própria ideia de justiça.<sup>61</sup>

De qualquer maneira, o movimento pela utilização da ADR e sua instituição pelos tribunais se difundiu, dando origem ao que Orna Rabinovitch-Einy e Ethan Katsh chamam de novos tribunais. Atualmente, a incorporação de ODR aos procedimentos judiciais, com a possibilidade de utilização de algoritmos e *big data*, está dando origem ao que pode ser chamado de novíssimos tribunais,<sup>62</sup> que serão detalhadamente examinados no capítulo 4 desta obra.

## 2.2 O DISPUTE SYSTEM DESIGN E SEU POTENCIAL PARA CRIAÇÃO DE SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EFICIENTES E LEGÍTIMOS

Antes, porém, de passar à análise do surgimento do movimento iniciado na década de 90 defendendo a digitalização da resolução de conflitos como solução para os problemas de acesso à justiça, faz-se necessária a análise de outro fenômeno que representa um pressuposto de como se tratar de modo diferenciado os conflitos: o *Dispute System Design* – DSD. Esta abordagem compactua com inúmeras premissas do processualismo constitucional democrático, aqui adotado como marco teórico, que se preocupa com uma abordagem multidimensional e macroestrutural da litigância e do sistema processual.

Uma característica que aproxima o DSD do processualismo constitucional democrático é sua visão multidimensional do conflito, pois a prática e a teoria do DSD foram informados por estudos nas áreas de

Administração, Direito, Economia, Recursos Humanos, Desenvolvimento Organizacional, Ciência Política, Relações Públicas e Psicologia Social.<sup>63</sup>

Desenvolvido na década de 80 na Escola de Negócios de Harvard, o *Dispute System Design*, ou *Design de Sistemas de Gestão de Conflitos*, se dedica a identificar as causas do conflito e a existência de padrões em sua ocorrência, com o objetivo de projetar sistemas customizados para sua solução e tratamento adequado. A metodologia possibilitaria, assim, criar formas de institucionalizar os meios pelos quais os conflitos são tratados entre as partes relacionadas a determinada organização privada<sup>64</sup> de forma sistêmica, pois:

O foco do projeto de sistemas de gestão de conflitos hoje é encorajar e auxiliar sistemas inteiros no reconhecimento e identificação de conflitos, aprendendo como eles funcionam e envolvendo ativamente a administração e as partes interessadas na concepção e implementação de procedimentos sistêmicos que diminuem a dissonância e a insatisfação e aumentam a realização dos objetivos da organização.<sup>65</sup>

Assume especial importância no DSD a avaliação do conflito, que pode ser compreendida como a análise da realidade para identificar os sujeitos que serão atingidos pelo sistema de gestão de conflitos, seus interesses e problemas. A análise se realiza no campo da política pública e busca se antecipar ao crescimento do conflito. Como resultado, essa análise deve gerar uma compreensão sobre o método de resolução de conflito adequado para determinada situação, contando sempre com o *feedback* dos envolvidos (*Stakeholders*).<sup>66</sup>

63. AMSLER, Lisa Blomgren; MARTINEZ, Janet; SMITH, Stephanie E. *Dispute System Design: Preventing, Managing, and Resolving Conflict*. Stanford: Stanford University Press, 2020.

64. KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. *Technology and the Future of Dispute Systems Design*. In: *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 17:151, p. 152.

65. COSTANTINO, Cathy A.; MERCHANT, Christina Sickles. *Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations*. p. 20. No original: *The focus of conflict management systems design today is to encourage and assist whole systems in recognizing and identifying conflict, learning how it operates, and actively involving management and stakeholders in designing and implementing systemic procedures that decrease dissonance and dissatisfaction and enhance achievement of the organization's goals* (Tradução livre).

66. AMSLER, Lisa Blomgren; MARTINEZ, Janet; SMITH, Stephanie E. *Dispute System Design: Preventing, Managing, and Resolving Conflict*. Stanford: Stanford University Press, 2020.

61. Válida a advertência de que “a ocorrência de uma conciliação endoprocessual deve resultar de um fluxo discursivo que respeite a autonomia privada das partes, e não de uma imposição que gerará um possível resultado: acordos inexequíveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos ‘resolvidos’ ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e de adequação constitucional”. Cf. NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 174.

62. RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. *The New New Courts*, p. 104.