

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO - UNAERP
Faculdade de Direito “Lauro de Camargo”
Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania

VANDERLEI DE FREITAS NASCIMENTO JUNIOR

**RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS EM AMBIENTE
VIRTUAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA**

RIBEIRÃO PRETO
2016

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Nascimento Junior, Vanderlei de Freitas, 1984-

N244r Resolução alternativa de conflitos em ambiente virtual
 como meio de efetivação da cidadania / Vanderlei De Freitas
 Nascimento Junior. - - Ribeirão Preto, 2016.
 148 f.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Flávia de A. Montingelli Zanferdini.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,

VANDERLEI DE FREITAS NASCIMENTO JUNIOR

**RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS EM AMBIENTE
VIRTUAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA**

Dissertação Jurídica apresentada à
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP
como requisito parcial para a obtenção do título
de Mestre em Direito. Área de Concentração:
Direitos Coletivos e Cidadania. Linha de
Pesquisa: Proteção e Tutela dos Direitos
Coletivos.

Orientadora: Prof.^a Dra. Flávia de Almeida
Montingelli Zanferdini

RIBEIRÃO PRETO
2016

VANDERLEI DE FREITAS NASCIMENTO JUNIOR

**RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS EM AMBIENTE VIRTUAL COMO
MEIO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA.**

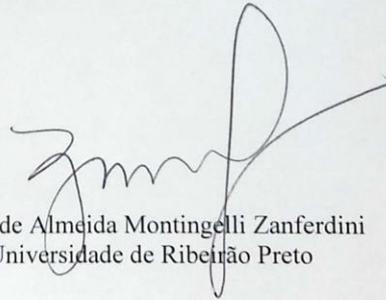
Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

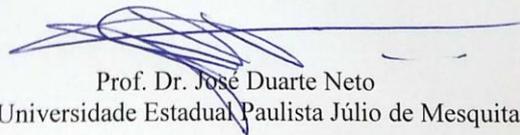
Data da defesa: 02 de setembro de 2016

Resultado: Aprovado

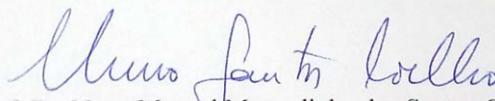
BANCA EXAMINADORA



Profa. Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto



Prof. Dr. José Duarte Neto
UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho



Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto - SP
2016

Dedico este trabalho à todas as pessoas que me incentivaram à conclusão desta obra: aos meus pais, demais familiares e amigos que além de me apoiarem nos estudos, souberam compreender minhas ausências.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, pois me permitiu existir, me concedeu saúde e inteligência, tendo conduzido meus passos até o presente momento.

À minha orientadora Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, excelente profissional dedicada ao estudo e à aplicação do Direito, sobretudo, um ser humano fantástico, dona de tamanha sabedoria, generosidade e paciência ao partilhar seus conhecimentos.

Aos Professores Dr. Lucas de Souza Lehfeld e Dr. Adalberto Simão Filho, que contribuíram e propiciaram oportunidades de elaboração de projetos científicos que me fizeram refletir e chegar ao tema central desta pesquisa acadêmica.

Aos meus colegas de turma no Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Turma de 2014, que contribuíram para a ampliação de meus conhecimentos científicos na área jurídica e que dividiram comigo as responsabilidades durante a elaboração de seminários e de artigos científicos.

Por fim, aos funcionários da UNAERP, em especial as secretárias do Setor de Pós Graduação: Patrícia Machado, Joana e Marcela, pessoas ímpares, de tamanha educação e presteza.

*“Queremos um mundo de paz, queremos ser homens
e mulheres de paz, queremos que em nossa
sociedade, dilacerada por divisões e conflitos, possa
irromper a paz!”*

PAPA FRANCISCO

RESUMO

Numa sociedade marcada pela alta litigiosidade, o Poder Jurisdicional do Estado revela-se, por vezes, insuficiente para entregar, em prazo razoável, a prestação jurisdicional, de modo que juristas contemporâneos têm buscado alternativas capazes de distribuir justiça, com qualidade, a partir da releitura do princípio do acesso à justiça e da utilização das novas tecnologias de comunicação e informática. Os métodos virtuais de resolução de conflitos (*Online Dispute Resolution - ODR*) representam para a Sociedade da Informação, um meio de se promover a pacificação social através da rede mundial de computadores. Considerando o tema proposto, a presente dissertação foi elaborada com o intuito de abordar os métodos digitais voltados para a resolução de conflitos, justificando sua existência a partir da análise dos conceitos básicos de democracia, cidadania, inclusão social e meios alternativos de acesso à justiça, defendendo ainda a substituição da cultura do litígio por uma cultura de paz. Dessa forma, a presente dissertação será dividida em quatro partes essenciais ao desenvolvimento do tema, visando analisar a viabilidade de se adotar as práticas ODR no Brasil. Num primeiro momento, serão analisados os fundamentos axiológicos inerentes à sociedade contemporânea, tais como democracia, cidadania, inclusão social, direitos humanos e Estado Democrático de Direito. Em seguida, será proposta uma reflexão sobre quais são os principais meios de acesso alternativo à jurisdição, bem como a especial contribuição do resgate dos métodos consensuais de resolução de conflitos para a sociedade civil. Serão analisados, ainda, alguns fatores relacionados à necessidade de se incluir digitalmente as pessoas para a construção de uma sociedade informacional e democrática. Finalmente, serão apresentados os principais mecanismos de resolução virtual de conflitos existentes, apontando quais as principais vantagens e desvantagens ao se introduzir tais práticas na sociedade brasileira. Outrossim, será abordado o tema resolução virtual de conflitos, especialmente, após às recentes reformas processuais trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Com isso, buscamos responder às seguintes indagações: i) Considerando a virtualização das relações pessoais e empresariais, poderão os métodos de resolução de conflitos em ambiente virtual atuarem como mecanismos de efetivação da cidadania? ii) Em que pese a inexistência de legislação específica para a regulamentação dos métodos de resolução de conflitos em ambiente virtual e a necessidade de se respeitar o princípio do devido processo legal, terá o ordenamento jurídico brasileiro condições de adotar tais práticas? iii) Quais as principais vantagens e desvantagens na utilização da *internet* como instrumento de distribuição da justiça?

PALAVRAS CHAVE: Resolução Virtual de Conflitos; Acesso à Justiça; Sociedade da Informação; Cidadania

ABSTRACT

In a society marked by high litigation, the jurisdiction proves to be sometimes insufficient to deliver, within a reasonable time, the judicial assistance, so that contemporary jurists have sought alternatives capable of delivering justice, quality, from the reinterpretation of the principle of access to justice and the use of new communication and information technologies. Online Dispute Resolution methods (ODR) pose to the Information Society, a means to promote social peace through the World Wide Web. Considering the theme, this thesis was developed in order to address the digital methods aimed at resolving conflicts, justifying its existence from the analysis of the basic concepts of democracy, citizenship, social inclusion and alternative means of access to justice, still advocating the replacement of the litigation culture by a culture of peace. Thus, this thesis it was divided into four parts essential to the development of the issue to examine the feasibility of adopting the ODR practices in Brazil. At first, will be analyzed the axiological foundations inherent in contemporary society, such as democracy, citizenship, social inclusion, human rights and democratic rule of law. Then it will propose a reflection on what are the main means of access to alternative jurisdiction and the special contribution for the rescue of consensual methods of conflict resolution for civil society. Also, it will be analyzed also some factors related to the need to digitally include those for the construction of an informational and democratic society. Finally, the main virtual resolution mechanisms existing conflicts will be presented, indicating that the main advantages and disadvantages to introduce such practices in Brazilian society. Furthermore, it will address the topic virtual resolution of conflict, especially after the recent procedural reforms introduced by the new Civil Procedure Code (Law 13,105 / 2015). With it, we can answer the following questions: i) Considering the virtualization of personal and business relationships, can the online methods of conflict resolution act as effective mechanisms of citizenship? ii) Despite the lack of specific legislation for the regulation of Online Dispute Resolution methods and the need to respect the principle of due process, will the Brazilian legal system conditions to adopt such practices? iii) What are the main advantages and disadvantages in using the internet as an instrument of the justice distribution?

KEYWORDS: Online Dispute Resolution; Access to Justice; Digital Society; Citizenship

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ASO	<i>Address Supporting Organization</i> - Organização de Endereços de IP
B2B	<i>Business to Business</i>
B2C	<i>Business to Consumer</i>
C2C	<i>Consumer to Consumer</i>
CEBEPEJ	Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais
CEI	Comissão Especial de Inquérito
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CENTEC	Instituto Centro de Ensino Tecnológico do Estado do Ceará
CEVISC	Centro Virtual de Solução de Conflitos e Cidadania
CEGIbr	Comitê Gestor da <i>Internet</i>
CIESP	Centro das Indústrias do Estado de São Paulo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONIMA	Conselho Nacional de Institutos de Mediação e Arbitragem
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CRC	Centro de Recondicionamento de Computadores
DBB	<i>Double Blind Bidding</i>
DNS	<i>Domain Names Systems</i>
EAD	Ensino à Distância
eDR	<i>Eletronic Dispute Resolution</i>
FGV	Fundação Getúlio Vargas
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FONAME	Fórum Nacional de Mediação
GESAC	Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão
gTLD	<i>Generic Top-Level domain</i>
IA	Inteligência artificial
IAD	Índice de Atendimento à Demanda
ICANN	<i>Internet Corporation for Assigned and Numbers</i>

ICP	Infraestrutura de Chaves Públicas
ICT	<i>Information Communication Technology</i>
IDP	Instituto Brasiliense de Direito Público
iDR	<i>Internet Dispute Resolution</i>
IP	<i>Internet Protocol</i>
IPCL	Índice de Percepção do Cumprimento da Lei
NCPC	Novo Código de Processo Civil - Lei 13105/2015
NSA	<i>National Security Agency</i> - Agência de Segurança Nacional
oADR	<i>Online Alternative Dispute Resolution</i>
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
ONG	Organização Não Governamental
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PJe	Processo Judicial Eletrônico
PNPS	Política Nacional de Participação Social
PSO	<i>Protocol Supporting Organization</i> - Associação de Apoio ao Protocolo
SID	Secretaria da identidade e da Diversidade Cultural do Ministério da Cultura
SISTCON	Sistema Eletrônico de Conciliação
TPU	Tabela Processual Unificada
UDRP	<i>Uniform Domain Name</i> - Política Uniforme de Conflitos de Marcas e Patentes
Ujuj	Plataforma virtual <i>You judge</i>
VBB	<i>Visual Blind Bidding</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	012
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A HUMANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS	016
1.1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE DEMOCRACIA, CIDADANIA E INCLUSÃO SOCIAL	017
1.1.1 A Democracia enquanto Direito Fundamental	022
1.1.2 O exercício pleno da cidadania como reflexo dos direitos políticos, de liberdade e igualdade	026
1.1.3 A cultura inclusiva e o posicionamento social das minorias no Estado Democrático de Direito	028
1.2 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AS GARANTIAS PARA UMA VIDA DIGNA	036
2 O ACESSO À JUSTIÇA E O ROMPIMENTO DAS BARREIRAS JURISDICIONAIS NO BRASIL	040
2.1 O PROCESSO E SUA EFETIVIDADE FRENTE A UMA SOCIEDADE LITIGIOSA	042
2.2 ALTERNATIVAS AOS MÉTODOS ADVERSARIAIS: AS PRÁTICAS CONCILIATIVAS ENQUANTO EXERCÍCIO PLENO DE CIDADANIA	047
2.2.1 A contribuição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e das legislações específicas para a desjudicialização dos conflitos	054
2.2.1.1 O papel dos conciliadores e mediadores enquanto auxiliares da Justiça	057
2.2.1.2 A criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSCs	059
2.2.1.3 A promulgação da Lei nº 13.140/2015 como Marco Legal da Mediação	061
2.3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REGULAMENTAÇÃO DAS PRÁTICAS CONCILIATIVAS	064
2.3.1 Principais alterações na sistemática processual brasileira	065
2.3.2 Os reflexos da Lei 13.105/2015 para as demais áreas do Direito	070
2.3.3 O processo digital no âmbito do Novo Código de Processo Civil	073
3 A INCLUSÃO DIGITAL COMO REQUISITO ESSENCIAL PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	077
3.1 O EXERCÍCIO DA CIDADANIA E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO UNIVERSO DIGITAL	080

3.2 A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NO FOMENTO À CULTURA DIGITAL E NA PROMOÇÃO DO AMPLO ACESSO À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES	082
3.2.1 O acesso à informação e à participação política dos cidadãos a partir da utilização da rede mundial de computadores	086
3.3 O ADVENTO DA LEI Nº 12.965/2014 E A ESPECIAL PROTEÇÃO DOS DIREITOS À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE, COMO REFLEXO DA FINALIDADE SOCIAL DA REDE	088
3.3.1 A proteção do consumidor no âmbito da <i>internet</i>	092
3.4 OS PRINCIPAIS DESAFIOS DA INCLUSÃO DIGITAL NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE INFORMACIONAL	096
4 A INSERÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO AMBIENTE VIRTUAL	100
4.1 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O SURGIMENTO DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM AMBIENTE VIRTUAL (<i>ODR - ONLINE DISPUTE RESOLUTION</i>)	103
4.1.1 Vantagens e desvantagens das práticas ODR	108
4.2 DIFERENTES MODALIDADES DE RESOLUÇÃO VIRTUAL DE CONFLITOS	114
4.3 A REALIDADE BRASILEIRA E A ADOÇÃO DAS PRÁTICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM AMBIENTE VIRTUAL (<i>ONLINE DISPUTE RESOLUTION - ODR</i>)	124
4.3.1 O Poder Judiciário e sua contribuição para a propagação das práticas ODR no Brasil ...	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS	135

INTRODUÇÃO

Enquanto órgão estatal responsável pela manutenção da ordem e da paz social, o Poder Judiciário tem se deparado com o acúmulo e com a alta complexidade das demandas judiciais, surgidas a partir das relações de uma sociedade marcada pela globalização e pelos avanços tecnológicos, especialmente na área das telecomunicações, as quais romperam as barreiras de tempo e espaço, exigindo da Justiça uma resposta rápida e eficaz, afim de que os conflitos sejam efetivamente resolvidos e as futuras demandas evitadas.

Com o passar do tempo, a atividade jurisdicional tem se tornado uma difícil tarefa para o Estado, pois as relações sociais e humanas têm se tornado cada vez mais complexas, sobretudo, em razão dos avanços tecnológicos na área das comunicações sociais.

Levando em consideração o papel de garantidor da segurança jurídica e da previsibilidade na prestação jurisdicional, o Estado tem sido duramente criticado por nem sempre conseguir solucionar adequada e tempestivamente as demandas judiciais, apresentando diversas dificuldades estruturais e financeiras para atender o grande número de demandas judiciais, distribuídas para os mais diversos tribunais.

Com a virtualização das relações interpessoais, os conflitos daí decorrentes se tornaram altamente complexos e frequentes, por terem sido gerados num contexto, em que tanto as pessoas como as empresas se distanciaram muito umas das outras, em nome da facilidade, rapidez e comodidade proporcionadas pelo uso da *internet*, dando causa a uma intensa judicialização de conflitos.

Assim, a litigância de massa tem crescido consideravelmente em relação às atividades de consumo, bancárias, securitárias, abarcando, inclusive, os conflitos gerados no ambiente virtual, seja pelas redes sociais ou pelo próprio comércio eletrônico.

Para uma maior compreensão do tema, a presente dissertação foi desenvolvida em quatro capítulos distintos, conexos entre si, visando à reflexão e, posteriormente, a eventual justificação do uso das práticas de *Online Dispute Resolution* (ODR) no Brasil, como eficiente mecanismo de promoção da paz social e assim provedor da cidadania na *internet*, atuando paralelamente à jurisdição na atual Sociedade da Informação.

Com isso, o presente trabalho foi desenvolvido a partir da revisão de literatura, enfatizando os principais aspectos jurídicos referentes às práticas conciliativas para a resolução de conflitos, no ambiente virtual, abordando, também, temas relacionados à Constituição Federal, como por exemplo, democracia, cidadania, direitos humanos e acesso à justiça.

Serão realizados levantamentos e análises dos respectivos diplomas normativos do

ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando a dogmática principiológica e estrutural do processo para a resolução consensual dos conflitos.

Para isso, serão utilizados os métodos dedutivo e analítico, de modo a estabelecer um elo entre os quatro capítulos propostos, viabilizando uma clara e precisa reflexão sobre a eficácia das práticas de *Online Dispute Resolution*.

Num primeiro momento, serão abordados os principais tópicos relacionados às diretrizes do Estado Democrático de Direito e quais os reflexos na vida de seus cidadãos, sobretudo, na vida daqueles que foram socialmente excluídos, no sentido de fornecer embasamento teórico para as atividades inclusivas, especialmente, aquelas relacionadas à inclusão digital e ao amplo acesso à justiça por meio da *internet*.

Sob a ótica constitucional e, sobretudo, da cidadania, serão efetuadas algumas considerações quanto ao princípio do acesso à justiça, de modo a se estabelecer pontos relevantes para eventual discussão sobre a eficácia do sistema processual civil vigente até a primeira quinzena de março 2016, apontando ainda qual a especial contribuição da Lei nº 13.105/2015 para a consolidação das práticas conciliatórias no país, considerada por muitos como instrumentos especializados de pacificação social e distribuição de justiça para a sociedade. Serão analisados, também, alguns aspectos relacionados aos principais problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, trazendo à baila alguns conceitos tradicionais, tais como acesso à justiça e acesso à jurisdição, expressões estas que não podem ser entendidas como sinônimas.

Em seguida, será abordado o resgate dos métodos alternativos de solução de conflitos, conhecidos mundialmente como *Alternative Dispute Resolution* (ADR), os quais foram reintroduzidos no cenário jurídico mundial, a partir da década de setenta, como alternativa eficaz aos problemas relacionados à crise institucional e estrutural do processo – aqui considerado como meio de efetivação do poder jurisdicional do estado. Dentro deste capítulo, será destacada a consolidação dos métodos consensuais de resolução de conflitos no Brasil, em especial, após a edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da promulgação da Lei nº 13.105/2015, que alterou consideravelmente a sistemática processual civil brasileira. Nesse contexto, será destacada a especial contribuição do processo eletrônico para o rápido desenvolvimento das demandas judiciais como alternativa ao tempo de espera e ao alto custo dos respectivos procedimentos, para que seja alcançada a efetiva prestação jurisdicional pelo Estado-Juiz.

No terceiro capítulo, serão analisados temas relacionados à inclusão digital que, por sua vez, é considerada um dos requisitos essenciais para que determinado sujeito passe a existir no

contexto da Sociedade Digital. A partir desta constatação, será verificada qual a relevância dos meios de comunicação de massa para a sociedade contemporânea, ao passo que eles, representados pela *internet*, assumiram o controle das relações pessoais, sociais, comerciais e até mesmo judiciais.

Com o surgimento da *internet* houve, portanto, um rompimento das barreiras que distanciavam as pessoas, sejam elas territoriais, culturais, políticas, religiosas ou econômicas. A partir da virtualização das relações interpessoais, serão destacadas as contribuições do Poder Público para a regulamentação do uso da *internet* no Brasil, especialmente após a aprovação e promulgação da Lei 12.965/2014, que estabeleceu diretrizes para a regulamentação do uso da *internet* no Brasil, indicando e afirmando a existência de novos direitos fundamentais decorrentes da *Digital Society*, dentre eles os direitos à informação, à privacidade, ao estímulo e ao uso de boas práticas na *internet*, à natureza participativa e neutra da rede, dentre outros.

No quarto e último capítulo serão apresentados os principais métodos de *Online Dispute Resolution (ODR)* utilizados no mundo, os quais surgiram como resultado da fusão dos métodos de *Alternative Dispute Resolution (ADR)* com a Tecnologia da Comunicação e Informação (TCI).

Deve ser esclarecido, desde já, que ao longo da presente pesquisa, alguns sinônimos serão utilizados para designar as práticas ODR, os quais foram encontrados nas obras aqui referenciadas, tais como *Internet Dispute Resolution (iDR)*, *Electronic Dispute Resolution (eDR)*, *Online ADR (oADR)*, *e-resolution*, dentre outros.

Levando-se em consideração a globalização e os avanços tecnológicos, sobretudo, na área da comunicação social, será possível associar tais ideias à necessidade de uma maior participação social e popular nas decisões fundamentais do país. Assim, parte dos estudos será destinada à problemática referente à exclusão digital, que será analisada a partir de uma visão simplista, reportando-se aos analfabetos digitais e às pessoas alienadas digitalmente (seja pela ausência de recursos para se obter os respectivos equipamentos de comunicação, seja pela ausência de capacidade técnica para lidar com essas novas tecnologias).

Logo, a sociedade contemporânea se rendeu aos anseios e às exigências da era digital, momento em que muitas pessoas foram reduzidas à invisibilidade por não serem capazes de se autodeterminar perante a Sociedade da Informação, seja por razões econômicas ou socioculturais. Foi a partir da criação da *internet* e de sua rápida expansão pelo mundo, que novas práticas comerciais e sociais surgiram, no intuito de propiciar uma maior integração entre as pessoas, empresas e governos.

Os métodos ODR, por sua vez, surgiram a partir da necessidade de se solucionar

conflitos gerados em decorrência má utilização da *internet* por seus usuários, principalmente para se resolver disputas oriundas do comércio eletrônico, as quais costumeiramente envolvem questões diretamente relacionadas ao direito do consumidor e ao direito empresarial.

Serão, portanto, traçados paralelos entre os referidos capítulos no sentido de justificar e embasar o ponto central da discussão acadêmica aqui proposta, qual seja a divulgação e a análise da viabilidade da aplicação dos métodos de *Online Dispute Resolution*, no Brasil, com o fim específico de apontar alternativas eficientes e paralelas à atividade jurisdicional do Estado, que sejam, inclusive, mais econômicas e menos burocráticas.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A HUMANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Para que determinado Estado seja considerado “Democrático de Direito” deverá ele, ainda que minimamente, assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais do ser humano, como por exemplo, o direito à liberdade, ao bem estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça.

Nesse contexto, o termo democracia passará a ser visto como um instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais para todos os seus cidadãos. Aluísio Ruggeri Ré ilustra a referida afirmação da seguinte forma:

Entendemos que a democracia se verifica mais pela existência e funcionamento de instituições democráticas que por mera disposição legal. Nesse sentido, muito importante é a concretização da cidadania e da vontade popular, o estabelecimento de diálogo entre ideias diferentes das minorias, a promoção dos direitos humanos (mormente aqueles positivados no texto constitucional) e, assim, a consubstanciação da democracia¹.

A partir daí, reafirma-se que o Estado deverá exercer o papel de agente fomentador de todo e qualquer direito fundamental inerente a seu povo, de modo que se propicie um diálogo entre os cidadãos, sobretudo, com as minorias socialmente excluídas.

Jorge Miranda classifica os direitos fundamentais em quatro gerações distintas: a) a dos direitos de liberdade; b) a dos direitos sociais; c) a dos direitos do ambiente e à autodeterminação dos recursos naturais e do desenvolvimento; d) a dos direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e às outras utilizações das modernas tecnologias. No mais, referido autor considera que os direitos fundamentais passarão a existir quando ocorrer certa contraposição entre a autoridade e a liberdade, derivada da contraposição entre Estado e cidadão².

Foi a partir da instalação do chamado Estado Social, que se passou a observar um crescente enriquecimento nas respostas dadas aos anseios e às exigências das pessoas e da sociedade como um todo, preconizando, portanto, um fenômeno de universalização dos direitos do homem, surgido em paralelo ao fenômeno da universalização da Constituição pelo mundo.

Nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpretação mútua, com a consequente necessidade de harmonia e concordância prática. Os direitos vindos de

¹ RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **O processo civil coletivo e sua efetividade**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012. p. 33.

² MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais, Estado Social, Sociedade Inclusiva in Avanços e desafio na construção de uma sociedade inclusiva/ Rosa Maria Côrrea, organizadora** – Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva/ PUC-MG, 2008. p. 14.

certa época recebem o influxo dos novos direitos, tal como estes não podem deixar de ser entendidos em conjugação com os anteriormente consagrados: algumas liberdades e o direito de prosperidade não têm hoje o mesmo alcance do que no século XIX, e os direitos sociais adquirem um sentido diverso, consoante aos outros direitos garantidos pelas constituições³.

Não se pode deixar de ressaltar que ao longo e à luz dos séculos XIX e XX, houve uma maior reivindicação e uma significativa conquista dos direitos econômicos, sociais e culturais, considerando que os direitos econômicos se relacionam às garantias da dignidade do trabalho, os direitos sociais com a garantia daquilo que é mínimo para que se viva dignamente e os direitos culturais, por sua vez, como promotor do acesso à educação e à cultura.

Para que haja um efetivo reconhecimento de tais direitos e garantias será necessário exigir uma maior abertura da sociedade civil, de modo a promover uma mudança de mentalidade, deixando de lado certos egoísmos, de modo a impulsionar as formas de democracia participativa⁴.

Caroline Schneider sintetiza a dificuldade encontrada pelo Direito ao cuidar e organizar as relações interpessoais numa sociedade que está em constante evolução:

No entanto, surge a necessidade de interpretar conflitos de normas, obscuridade ou lacunas de leis, casos complexos. A *internet*, o acesso à informação, a educação alcançando cada vez mais classes sociais menos favorecidas, dentre outros fatores que desencadeiam a evolução da sociedade e geram mudança dos conflitos de interesses, fazem com que o legislador não consiga acompanhar a evolução social. Cada vez mais as normas precisam ser interpretadas para que o judiciário possa dar ao jurisdicionado uma resposta adequada quando acionado⁵.

Inspirada na experiência dos países adeptos à *civil law*, a referida autora conclui que “a sociedade evolui e, por consequência, o direito também deve evoluir, diante disso há necessidade de revogar precedentes que não estejam mais em consonância com a realidade social e jurídica”⁶.

Dessa forma, se pretende justificar a inserção dos métodos adequados de resolução de conflitos como alternativa à jurisdição, corroborando assim com os anseios do Estado Democrático de Direito e com os respectivos ideais de Cidadania.

³ *Ibidem*, p. 14.

⁴ *Ibid.*, pp. 18-20.

⁵ SCHNEIDER, Caroline. **Decisões Judiciais e a Insegurança Jurídica in Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores** - 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014. p. 6.

⁶ *Ibid.*, p. 15.

1.1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE DEMOCRACIA, CIDADANIA E INCLUSÃO SOCIAL

Segundo Norberto Bobbio, para se aceitar uma definição mínima de democracia será preciso garantir o exercício de determinados “direitos invioláveis” dos indivíduos, tais como o de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, dentre outros⁷.

Numa sociedade aberta, por exemplo, a democracia se desenvolve a partir da prática cotidiana, traduzida essencialmente na concretização dos direitos fundamentais, os quais representam a base da legitimação democrática para a interpretação aberta da Constituição, ao passo que, inserido no contexto da democracia liberal, o cidadão é considerado o legítimo intérprete da Constituição. Para José Joaquim Gomes Canotilho o termo democracia deve ser justificado enquanto direito de participação popular:

É conhecida a formulação de Lincoln quanto à “essência” da democracia: “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Ainda hoje se considera a formulação com a síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático. Designamos aqui a fórmula de Lincoln como um modo de justificação positiva da democracia⁸.

Para Peter Häberle⁹, o povo é fonte legitimadora dentro do processo constitucional, ao passo que a participação popular no Estado Democrático de Direito é indispensável para o cumprimento de seus deveres enquanto cidadão.

Deve ser esclarecido que nem sempre as decisões da maioria serão consideradas legítimas, pois elas podem ser aliciadas, deturpadas, desejando, inclusive, suprimir os interesses das minorias, de modo a ofender os ideais democráticos. Assim, numa sociedade essencialmente democrática, os respectivos fins sociais deverão convergir para o exercício pleno da cidadania.

Para a conseqüente evolução da democracia representativa, a atuação das minorias será indispensável para o seu desenvolvimento, uma vez que todos deverão ser considerados iguais perante a lei¹⁰. Com isso, não se pode considerar que a participação popular está associada à

⁷ BOBBIO Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6 ed. Paz e Terra, 1986, p. 17-40.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Amedina, 2003. p. 287.

⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000. p. 37.

¹⁰ *Ibidem*, p. 48.

ideia de que o povo deverá assumir o lugar do monarca a partir da eleição de seus representantes, mas, sim, a partir da concreção de seus respectivos direitos fundamentais.

Indubitavelmente a democracia brasileira pode ser considerada um rico laboratório de práticas e de instituições representativas, constituindo, portanto, uma das principais responsáveis pelas mudanças históricas das relações entre o Estado e a sociedade civil, tendo proporcionado uma releitura das relações entre os sistemas político, econômico e social no país.

O princípio da inércia, por sua vez, nos garante o direito de provocação da jurisdição, direito este assegurado pelo texto constitucional, mais precisamente, no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1.988, cuja finalidade é garantir o acesso de todos a uma ordem jurídica justa e equânime, propiciando a todos os cidadãos, indistintamente, uma tutela ampla, genérica e igualitária.

Dentre as inúmeras qualidades atribuídas à Constituição Federal do Brasil destaca-se, em especial, a promoção de uma comunidade solidária, razão pela qual muito de seus dispositivos passaram a valorizar a esfera pública, enquanto espaço de integração social, atribuindo ao direito e às instituições, à guarda e à defesa do civismo e da cidadania.

Tanto o exercício da democracia como o da cidadania alcança a grande maioria das pessoas, inclusive, aquelas pessoas desprovidas de cultura social e política, tendo lhes sido conferida legitimidade para expressar suas expectativas e interesses políticos através do voto secreto e pessoal.

Ao se abordar o tema inclusão social, muito se exigirá dos governantes e da própria sociedade, principalmente, o respeito aos direitos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana e aos preceitos essenciais ao pleno exercício da cidadania, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 1º). Um dos principais desafios do Brasil está na promoção da redução das desigualdades sociais e regionais, em nome do bem comum, sem que exista qualquer tipo de preconceito de origem, raça, cor, idade ou outra forma de discriminação (CF, art. 3º).

Nota-se que todos os verbos presentes no texto dos referidos artigos constitucionais estão conjugados de modo a sugerir uma ação positiva do Estado, no sentido de minimizar as diferenças, ao passo que a inclusão da experiência cultural, num plano prático e teórico, se torna indispensável para a construção de uma cultura inclusiva. Logo, será preciso construir uma cultura de inclusão que não seja capaz de negar as raízes e as diferenças.

Rossana Teresa Curioni explica de forma clara e objetiva como se pode interpretar o termo inclusão social, dentro do contexto anteriormente apresentado:

A inclusão social se fundamenta em princípios éticos de reconhecer e respeitar o preceito de oportunidades iguais perante a diversidade humana, diversidade esta que exige peculiaridade de tratamento, para não se transformar em desigualdade social¹¹.

O fato é que não existirá inclusão sem a propagação de uma verdadeira cultura inclusiva, considerando que a cultura, por si só, tem por objetivo definir, classificar, construir fronteiras e abismos, evidenciando todas as contradições existentes na adoção de novas práticas inclusivas.

Com isso, presume-se que é imprescindível ao cidadão contemporâneo sua própria emancipação econômica e social, existindo estimulação e valorização do coletivo, cabendo, sobretudo, ao Estado a criação de condições para o desenvolvimento e exercício dos direitos inerentes à cidadania. Cria-se, portanto, um vínculo entre o cidadão e o Estado (eficácia vertical), bem como um vínculo entre os próprios cidadãos (eficácia horizontal), definindo assim as dimensões política, civil e social da cidadania¹².

Sem adentrar na esfera político partidária, deverá se reconhecer que, no início do primeiro mandato do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, foi criado pelo respectivo governo, a Secretaria da Identidade e da Diversidade Cultural (SID) do Ministério da Cultura, cujo objetivo primordial era o início de um diálogo para a construção de uma política pública de cultura voltada para a diversidade e aos grupos minoritários¹³.

Inicialmente a SID pretendia promover o reconhecimento da cultura como um direito (humano) fundamental, de modo a proteger a diversidade cultural, por se tratar de uma necessidade universal e urgente, visando a busca pela solidariedade entre os povos, a consciência da cooperação e o intercâmbio de culturas. Esta preocupação governamental com a diversidade cultural se deve a grande miscigenação de povos e raças dentro de um único território nacional. Ressalta-se que, à época de sua criação a referida Secretaria do Governo se apoiou em três pilares fundamentais: a) uma participação mais atuante do Brasil no debate internacional sobre a diversidade cultural; b) a promoção de debates com instituições e ONGS sobre o tema “diversidade cultural no território brasileiro”; c) a construção de políticas voltadas às diversas formas de expressão dessa diversidade.

¹¹ CURIONI, Rossana Teresa. **Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa Portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada.** Bauru: EDITE, 2003, p. 422.

¹² BAIONI, Aline Viviane Alvarenga Silva; TAVARES NETO, José Querino. **A Justiça Cultural como mecanismo de acesso à cidadania in Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos/ Juvêncio Borges Silva, Lucas de Souza Leheld, coordenadores.** Curitiba: Juruá, 2015. p.17.

¹³ BRASIL. **Portal Brasil, no dia 06/02/2012, às 19h43min, cuja última modificação se deu em 28/07/2014, às 16h30min.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cultura/2012/02/identidade-e-diversidade>>. Acesso em 10.02.2016.

Fazendo menção ao artigo 2º segundo da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, é indispensável garantir a interação harmoniosa entre pessoas e grupos cujas identidades culturais são diferentes. A partir daí, algumas prioridades foram estabelecidas quanto à correção histórica de determinadas ideias relacionadas às diferentes realidades sócio culturais e as respectivas oportunidades de autoafirmação no espaço democrático brasileiro, destacando-se a existência de inúmeras distinções sociais, sejam de classe ou mundo de trabalho, de complexas situações de gênero ou orientação sexual, dos direitos inerentes à idade, dos povos indígenas, das desigualdades relacionadas à etnia, dentre outras.

Não se pode olvidar que a desigualdade social é um dos principais problemas sociais da atual sociedade globalizada, seja ela rica ou pobre, bem como foi a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 que a proteção social passou a ser concebida sob a perspectiva de direito da cidadania, direito a prestações do Estado, em prol da redução das desigualdades sociais. Logo, o acesso aos direitos de igualdade (direitos sociais), liberdade (direitos civis) e políticos, sendo ainda a ausência de autodeterminação consciente uma das principais características da marginalização social dos cidadãos, tendo em vista a negação aos direitos sociais da educação, saúde e moradia digna. Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º definiu que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, de modo a legitimar o Estado na promoção de ações que visam o bem de todos os cidadãos, sem qualquer distinção, pois o conceito de Democracia tem o povo como destinatário final de todas as atividades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

No tocante ao exercício dos direitos cívicos dos cidadãos, conclui-se que Direito e Democracia são instituições criadas por homens que só farão sentido à medida que tiverem por finalidade o próprio homem. Dessa forma, jamais um Estado Democrático de Direito poderá se valer dessa qualidade, sem que o Poder Judiciário não seja o último garantidor dos direitos de seus cidadãos¹⁴.

Quanto ao termo “cidadania”, destaca-se sua origem etimológica advinda da palavra latina *civitas*, que significa “cidade”, relacionando-a a capacidade de os homens exercerem seus direitos e deveres de cidadão. No entanto, há grande dificuldade em se definir “cidadania”, pois não se trata de um conceito rígido, mas sim de um fenômeno resultante de processos históricos que estão em constante evolução. Para que se compreenda corretamente seu conceito, deverá

¹⁴ GOMES, Alexandre Travessoni. **Inclusão, Direito e Direitos Fundamentais: conceito e formas jurídicas de inclusão in Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva.** Rosa Maria Correa, organizadora. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. p. 33.

ser observado o contexto social a que se refere, uma vez que a qualidade de cidadão adquire características próprias em razão do tempo, lugar e condições socioeconômicas circundantes.

Ao analisar a realidade da cidadania, no Brasil, José Murilo de Carvalho, pondera a trajetória dos direitos, a partir de uma lógica inversa daquela descrita por Marshall, em relação à Inglaterra:

Primeiro vieram os direitos civis, no século XVIII. Depois, no século XIX, surgiram os direitos políticos. Finalmente, os direitos sociais foram conquistados no século XX. Segundo ele, não se trata de sequência apenas cronológica: ela é também lógica. Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país¹⁵.

A evolução dos direitos fundamentais, no Brasil, encontrou vários entraves de ordem econômica, política, social e cultural, sobretudo, sua origem colonial e dos diversos regimes ditatoriais que deixaram durante a República um legado de injustiça social difícil de ser combatido e, ainda hoje, latente em nossa sociedade.

Marcelo Neves¹⁶ salienta que a cidadania, no século XXI, surge como um mecanismo de inclusão social jurídico e político, a fim de contornar tais distorções e compensar discriminações sociais negativas. Mais do que isto, a política pública de tratamento diferenciado de grupos sociais implica na superação dos obstáculos ao exercício de direitos fundamentais e viabiliza a inclusão generalizada de toda a população nos diversos sistemas sociais.

Constata-se que, atualmente, houve uma permanente ampliação do conceito de cidadania, com a emergência de novos direitos e como consequência de um processo de juridificação das relações sociais.

Nesse contexto, a cidadania se concretiza a partir do conjunto de direitos fundamentais que possibilitam a inclusão social de pessoas e grupos, permitindo-lhes o acesso mais generalizado aos benefícios e vantagens do sistema social.

1.1.1 A Democracia enquanto Direito Fundamental

Ao se abordar temas conexos ao conceito de democracia, não se pode deixar de esclarecer que seu conceito difere substancialmente do conceito de direitos fundamentais, pois apesar de seus discursos serem próximos, suas respectivas origens são distintas. Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” ensina que o tratamento destinado às

¹⁵ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, pp. 10-11.

¹⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

peçoas iguais ou desiguais é diferente entre si, pois deverão ser tratados segundo suas próprias desigualdades, afirmando que “a fórmula ‘o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente’ pode ser interpretada de duas maneiras bastante distintas. A primeira interpretação restringe-a ao postulado de uma *práxis* decisória universalizante”¹⁷. Já numa segunda interpretação, pretende-se vincular substancialmente o legislador, de modo que tal interpretação deva ser entendida não como uma exigência dirigida à forma lógica das normas, mas como uma exigência dirigida ao seu conteúdo, ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade¹⁸.

Fica claro, portanto, que tanto igualdade como desigualdade entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade ou uma desigualdade em relação a determinadas características. Parafraseando Carl Schmitt, Robert Alexy conclui que:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma *ação positiva* do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito¹⁹.

Do ponto de vista histórico, os direitos fundamentais surgiram como limitadores do poder absoluto do Estado moderno, cuja consequência política foi o surgimento do constitucionalismo a partir dos regimes parlamentaristas. E quando se fala em direitos fundamentais, a fundamentalidade está associada diretamente ao homem e à sua respectiva dignidade.

Levando-se em consideração as diversas elaborações constitucionais francesas, as quais estavam diretamente associadas aos contratualistas da Teoria Moderna do Estado, pode-se afirmar que elas resultaram de inúmeras e intensas batalhas travadas pela burguesia em contraposição ao Poder do Estado, justificando assim, a redação da 2ª parte, do artigo 1º, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que garante que os homens nascem, são livres e iguais em direitos, porém, as distinções sociais só podem se fundar na utilidade comum. Fernando de Brito Alves enfatiza que:

Nesse contexto, direitos fundamentais de igualdade assumem uma função importante, embora a igualdade material ou uma justiça distributiva radical permaneçam fora de pauta, haja vista que o verdadeiro objetivo do capitalismo humanitário é a

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais – tradução por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, 2006.** São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015. p. 397.

¹⁸ *Ibidem*, p. 399.

¹⁹ *Ibidem*, p. 433.

transformação ou consolidação das democracias liberais em economias de mercado, especialmente as de modernidade tardia²⁰.

São evidentes os equívocos cometidos, na contemporaneidade, ao se interpretar o conceito de direitos fundamentais e os princípios constitucionais, visto que inúmeras situações novas costumam surgir a partir dos avanços da ciência e da tecnologia.

Vislumbra-se que tais equívocos estariam relacionados à má interpretação daquilo que poderia ser considerado como direito fundamental, ou seja, o vício decorrente do mau uso das denominadas “cláusulas abertas” da Constituição, as quais podem ser ampliadas ou reduzidas, dependendo da interpretação conforme a conveniência de cada jurista. Por exemplo, alguns Estados ao estabelecer normas ou decisões judiciais contrárias ao princípio da dignidade da pessoa humana, se valem do argumento de que outros direitos também gozam de igual patamar de fundamentalidade, como por exemplo, a inviolabilidade da vida humana intrauterina e a vida em sua fase terminal.

Deve, no entanto, ser esclarecido que a fundamentalidade da democracia nos sistemas de direito contemporâneo, independente da participação popular por meio de eleições livres dos respectivos governantes, pois a vontade do povo é o elemento essencial da autoridade do poder público.

Numa sociedade adepta à democracia representativa, tal qual a brasileira, se faz necessário existir mecanismos de controle da atividade dos representantes eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo, da mesma forma que deverão ser fiscalizados e controlados os atos dos servidores públicos do Poder Judiciário.

Para Washington Peluso Albino de Souza²¹ lidar com a transição das perspectivas dos direitos do homem e da sociedade na transição do século XX para o século XXI, representa um dos maiores desafios do jurista contemporâneo. Continuando em suas razões, o aludido autor afirma que o “excluído” passou a ser objeto de preocupação social, justamente por sua imagem projetada em espectro constitucional alargado no sentido de abranger a “população”²².

Quando o assunto em pauta é democracia, muitas são as teorias a respeito, as quais não são suficientes para promover um novo discurso democrático capaz de implantar uma prática transformadora de modo a garantir o exercício do poder do povo pelo próprio povo.

²⁰ ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 109-120.

²¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Democracia e exclusão social in Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides – Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (org.)**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 484.

²² *Ibidem*, p. 488.

Dessa forma, o conceito de “povo” e a sua “inclusão” como beneficiários dos direitos previstos na Constituição devem ser entendidos como o único caminho viável à criação e manutenção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Como se sabe, a universalização dos direitos humanos propiciou um choque cultural entre as nações, pois se criou uma base referencial consistente no estabelecimento de padrões culturais hegemônicos e universais, viabilizando uma maior violação aos direitos das minorias. Assim, os direitos inerentes a determinados grupos minoritários deverão ser respeitados, como por exemplo, o direito dos transexuais a serem respeitados socialmente, possuindo, portanto, a garantia de uma vida digna e livre de preconceitos.

Em um Estado Democrático de Direito, a criação e o funcionamento dos partidos políticos que representam os interesses das minorias precisam ser assegurados. (...) Para que os direitos humanos sejam resguardados pelos partidos políticos, a integração das diferenças e o equilíbrio entre as relações culturais diversas devem ser norteados pela globalização de baixo-para-cima ou contra hegemônica. Por um lado, a globalização hegemônica representa a nova fase do capitalismo global, caracterizada pela primazia do mercado, a liberalização do comércio, a privatização da economia, a desregulação do capital financeiro, a precariedade das relações de trabalho, a degradação da proteção social, a exploração irresponsável dos recursos naturais, a especulação com produtos alimentares, a mercantilização global da vida social e política. Por outro lado, a globalização contra-hegemônica é a globalização a partir de baixo, realizada pelos movimentos e organizações sociais que lutam contra a opressão capitalista e colonialista, a desigualdade e a discriminação racial e sexual, a destruição dos modos de vida de populações empobrecidas, a catástrofe ecológica, a expulsão dos camponeses e povos indígenas de seus territórios ancestrais, em razão de megaprojetos mineiros ou hidroelétricos, a violência urbana e rural, a imposição das normas culturais ocidentais e a destruição das não ocidentais, o endividamento das famílias, dos pequenos empresários e dos Estados como forma de controle social e político e a criminalização do protesto social. (...) Não deve prevalecer apenas a representatividade das maiorias. As minorias (v.g., populações indígenas ou afrodescendentes) precisam ser ouvidas seja por razões de justiça histórica seja para lutar pelo futuro de todos. Algumas minorias são produtos das políticas de extermínio dos colonizadores ou do comércio de escravos. Tais minorias, quando defendem suas terras ou seu modo de vida, lutam também para que o planeta não se torne inabitável para todos. Logo, a representatividade pela quantidade (da maioria) deve ser equilibrada pela representatividade da qualidade (das minorias), presente na afirmação histórica dos direitos humanos²³.

Acompanhando o raciocínio supracitado, cumpre destacar que no Estado Democrático de Direito não é permitido tirar ou restringir direitos e liberdades fundamentais das minorias, especialmente, no que diz respeito à liberdade de expressão, de organização, de discordância, de representação nas decisões como um todo, de modo a participar efetivamente nos atos da vida pública, sendo preciso repensar a espécie de representatividade política que se tem e aquela

²³ CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Crise da Democracia Representativa e relativização dos partidos políticos no Brasil**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, Ano 103, v. 949, p. 42, nov. 2014.

que se desejar ter, no intuito de se evitar que o povo insatisfeito não opte pela violenta explosão ideológica²⁴.

Alexandre Travessoni Gomes adverte que “em uma democracia contestatória a sociedade civil pode provocar o Poder Judiciário, a fim de garantir a legitimidade das políticas públicas e tomadas de decisão em geral²⁵”.

Nesta seara, a efetivação dos direitos fundamentais numa sociedade democrática de direito pode ser entendida como indispensável a não violação do texto constitucional, em relação à execução de determinadas políticas públicas voltadas para o interesse comum.

1.1.2 O exercício pleno da cidadania como reflexo dos direitos políticos, de liberdade e igualdade

Em se tratando de cidadania, não se pode deixar de citar o clássico estudo do sociólogo Thomas Humphrey Marshall, elaborado em 1949, cujo título era “Cidadania, classe social e *status*”²⁶. A partir deste estudo, um novo conceito de cidadania foi apresentado para o mundo, pois, diferentemente da perspectiva abordada pela teoria jurídico-constitucional, que se apoiava simplesmente no direito de participação política, se construiu uma ideia de cidadania como fundamento de igualdade no sentido político.

Para Marshall, a noção de cidadania não importaria na inexistência da estratificação social, pois ainda que as classes sociais fossem diferentes e desiguais entre si, o *status* de cidadão seria o mesmo para todos. Por esta razão, afirmou-se que a igualdade constitui o núcleo central da cidadania, persistindo tal teoria no atual sistema capitalista que, por sua vez, continua enraizado na desigualdade.

Partindo da premissa que a expressão “cidadania” tem por objetivo estabelecer vários direitos fundamentais tais como o direito de participação ativa no governo e na administração pública; o direito de se eleger e de ser eleito; participando assim, ativamente de todas as atividades sociais, infelizmente se pode afirmar que, muitas pessoas ainda são privadas desta condição de cidadão, impedidos, por sua vez, pela pobreza, dependência, falta de cultura e educação. Assim, tal afirmação corrobora para o entendimento de que tanto o Estado como a sociedade composta pelos sujeitos reconhecidos como cidadãos deverão trabalhar árdua e

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 43-47.

²⁵ GOMES, *op. cit.*, p. 31.

²⁶ MARSHALL, T. H.. *Cidadania, Classe Social e Status* – T.H. Marshall, tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Editores Zahan, pp. 57/114.

incansavelmente para o reconhecimento e pela proteção da dignidade de qualquer ato de exclusão ou discriminatório.

Para Dalmo de Abreu Dallari²⁷, o conceito de cidadania está ligado aos ideais de liberdade e igualdade dos homens, bem como à possibilidade de aquisição e gozo dos direitos, inclusive, aqueles de caráter coletivo.

Levando-se em consideração a busca do ser humano pela minimização das desigualdades existentes na sociedade contemporânea, a expansão da cidadania social está relacionada a um tipo de mudança cultural na sociedade, em que todos os cidadãos esperam do Estado uma ação efetiva dos poderes públicos, bem como população, em geral, uma forma organizada de pressão popular. Será, portanto, necessário aceitar os “diferentes”, visando abolir preconceitos e extirpar do convívio social certas ações e omissões discriminatórias.

Tanto igualdade como desigualdade entre indivíduos e situações é sempre uma igualdade ou uma desigualdade em relação a determinadas características. Em juízos como estes são reconhecidos uma igualdade fática parcial, pois se referem a apenas determinadas características. Geralmente, a igualdade fática parcial nada diz sobre a obrigatoriedade de um tratamento igual ou desigual, ao passo que Robert Alexy defende a ideia de que a igualdade fática parcial é compatível com um tratamento desigual, enquanto a desigualdade fática parcial é compatível com um tratamento igual²⁸.

Por conta disso, a preocupação com a desigualdade estará sempre presente nos discursos políticos, mas, ainda assim, as iniciativas governamentais visando reduzir os abismos sociais são insuficientes para resolver os problemas sociais de cada país.

Paulo Sérgio Rosso e Fernando de Brito Alves, por sua vez, entendem que nenhuma desigualdade é aceitável, todavia, administrar “alguma desigualdade” de acordo com princípios de justiça substantiva é melhor do que viver em “total desigualdade”²⁹.

A esse respeito muito se tem feito para a inclusão das minorais espalhadas pelo mundo. Juridicamente, as ações afirmativas costumam estar aliadas às diversas legislações de caráter inclusivo, propiciando assim, uma significativa redução na desigualdade social.

Não basta o povo eleger seus representantes sem que, antes, exerçam seus direitos e

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado de Direito e Cidadania in Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides – Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (org.)**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 198.

²⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 399.

²⁹ ROSSO, Paulo Sérgio; ALVES, Fernando de Brito. **Igualdade formal e desigualdade utilitária: Os discursos de legitimação da exclusão em Aristóteles e Rawls in Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, nº 7 – Jacarezinho, 2007. p. 84.**

cumpram seus deveres, cabendo, portanto, ao Estado fornecer meios para que se tenha um amplo acesso aos direitos fundamentais.

1.1.3 A cultura inclusiva e o posicionamento social das minorias no Estado Democrático de Direito

Um das principais características da sociedade democrática brasileira é o pluralismo marcado pela diversidade, fato este que passa a ser visto como essencial para o desenvolvimento da comunidade nacional, ao passo que a “injustiça cultural” consiste no resultado da distorção dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, representando um mecanismo de dominação a ser utilizado para criar estereótipos negativos de identidades, condutas e culturas³⁰.

Dessa forma, a injustiça cultural passa a ser vista como uma forma de exclusão ou marginalização daqueles que não se enquadram nos moldes homogêneos, meticulosamente instituídos pelos detentores de poder econômico, político e midiático.

José Márcio Barros³¹ relaciona cultura e inclusão com o objetivo de constituir uma condição necessária para que se alcance uma prática inclusiva que seja menos compensatória e mais altruísta, estando comprometida com a valorização da dignidade da pessoa humana e com a Democracia. Com isso, a inclusão deixa de ser um problema moral, passando a ser visto como um claro incentivo ao exercício da filantropia, compaixão e beneficência, questões estas relacionadas à ética, à política e à educação do povo.

Partindo-se da premissa que inclusão é uma experiência estritamente política, deixará ela de ser um simples ato subjetivo de seus agentes, para, então, se tornar um padrão cultural de toda a sociedade contemporânea.

Etimologicamente, a palavra inclusão estava dotada de uma dicotomia que não poderá ser desprezada, pois ao mesmo tempo em que seu conceito reflete a ideia de participação, ele também reflete a ideia de prisão. Já o termo cultura transmite a ideia de processo de aprendizagem decorrente da vida em sociedade, ou seja, representa tudo aquilo que vai além da natureza biológica do homem, estando, portanto, relacionado a uma participação em um

³⁰ BAIONI, *op. cit.*, p. 19.

³¹ BARROS, José Márcio. **A inclusão da cultura e a cultura da inclusão** in *Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva*. Rosa Maria Correa, organizadora. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. p. 49.

processo, bem como à criação de um estado de pertencimento a um conjunto de valores e práticas que oferecem sentido e identidade, não somente pessoal, mas como social também.

Barros também ensina que “a experiência cultural é a experiência de constituição do sujeito social que transcende e transforma o dado natural e inaugura a experiência cultural”³². Com isso, excluir culturalmente determinado cidadão (enquanto sujeito constitucional) representa uma forma de aniquilamento dos poderes de representação e de comunicação das identidades heterogêneas, afastando sua participação nas principais decisões políticas do país, constituindo uma forma de cerceamento ao exercício da cidadania participativa.

Deve ser elucidado que, sem a efetiva participação dos excluídos socialmente, o direito nasce viciado, sob pena de não abranger a todos, privilegiando apenas uma minoria, de forma injusta e antidemocrática.

Nesse contexto, a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis passou a ser objeto de inúmeras discussões acadêmicas, sendo necessário distinguir os conceitos de tais grupos. A respeito do assunto, ensina Lilian Balmant Emerique que:

A noção de minoria correlaciona-se mais estritamente ao elemento numérico referente a um contingente menor de pessoas, o que de certa forma pode ser uma caracterização reducionista, tendo em vista que nos dias de hoje não cabe estabelecer uma divisão com base apenas no aspecto quantitativo, principalmente porque geraria impasses em relação a grupos que muitas vezes são socialmente discriminados ou marginalizados, embora não correspondam estritamente a um grupo inferiorizado numericamente, como as mulheres, as crianças, os idosos, etc.³³.

Nos mais, continua:

Muito embora exista esta confusão conceitual entre minorias e grupos vulneráveis, cumpre mencionar que a primeira categoria refere-se a sujeitos que ocupam uma posição de não-dominância no país ou grupo social no qual vivem, enquanto os grupos vulneráveis constituem-se num contingente expressivo numericamente, como as mulheres, crianças e idosos. Os grupos vulneráveis são mais facilmente identificados como pessoas destituídas de poder, mas que dispõem de cidadania e dos demais requisitos que poderiam torná-los minorias³⁴.

É possível, no entanto, identificar que existe uma relação de interdependência entre os conceitos de minorais e de grupos vulneráveis, uma vez que estes últimos representam os cidadãos destituídos de poder, os quais são passíveis de inclusão no rol das minorias.

Para o direito internacional, os grupos minoritários são hodiernamente intitulados de grupos vulneráveis, cuja nomenclatura passou a ser costumeiramente utilizada após o Pacto

³² *Ibidem*, p. 50.

³³ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Direito das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Editora Amijai, 2008. p. 15.

³⁴ *Ibidem*, p. 16.

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966.

Há de se ressaltar que, para o direito contemporâneo, os conceitos para o termo “minorias” estão relacionados a determinados grupos que se submetem à vontade de outro majoritário, que não representa, por sua vez, uma maioria numérica, mas sim, uma espécie de posicionamento hierarquicamente superior (relação de poder).

Logo, não se pode desprezar o fato de que a vulnerabilidade está diretamente relacionada com as mais diversas formas de exclusão, sobretudo, a social.

Em seus argumentos Fernando de Brito Alves, ao contrário da maioria dos doutrinadores, considera equivocado distinguir minorias de grupos vulneráveis, locução esta que passou a designar minorias étnicas e de gênero, como por exemplo, pessoas submetidas a torturas e a outros tratamentos e penas cruéis, especialmente crianças, adolescentes, imigrantes, pessoas com deficiência, idosos, homossexuais e também os transexuais. Para que determinado grupo seja considerado vulnerável é preciso compreender que a vulnerabilidade decorre da exclusão, da invisibilidade perante a sociedade, ou pelos atores sociais dominantes³⁵.

Por se tratar de um estudo no campo jurídico das ciências humanas, inclusão e exclusão são termos que podem ser definidos com base no grau de eficácia dos direitos fundamentais³⁶. Serão considerados como “incluídos”, aquelas pessoas que usufruem de certos direitos, tais como moradia, educação, saúde, cultura, renda, trabalho, dentre outros. Já as pessoas excluídas serão aquelas que não fruem, em grau razoável, dos direitos fundamentais.

Em virtude da exclusão social será possível justificar a necessidade de interposição das chamadas ações afirmativas visando à própria intervenção estatal, no âmbito do Poder Judiciário. Com isso, passaram a ser discutidas algumas questões relacionadas à legitimidade ativa para a propositura de ações a respeito do tema inclusão e exclusão na seara do Estado Democrático de Direito.

São três as possibilidades básicas de atuação ativa quanto à propositura das ações de cunho inclusivo: a) aquelas promovidas pelos próprios excluídos, visando sua inclusão, pois exercer esses direitos constitui algo que a humanidade de modo geral vem buscando e, portanto, caberá ao excluído tentar se incluir; b) aquelas interpostas pelos incluídos, visando à inclusão dos excluídos, por razões morais que poderão desejar a inclusão do excluído, devendo ser tratado como sujeito de direito e não como objeto, bem como, por razões estratégicas, pois incluir o excluído significa fazer com que o incluído através do exercício de seus direitos

³⁵ ALVES, *op. cit.*, pp. 126-127.

³⁶ GOMES, *op. cit.*, p. 26.

permaneçam com o mesmo *status*; c) aquelas hipóteses em que tanto incluídos e excluídos poderão se autodeterminar socialmente.

No Brasil a luta pelos direitos das minorias ganhou notória força após a promulgação da Constituição Federal de 1988, depois de vinte e cinco anos de ditadura militar e da consequente censura ao exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos. Por força do disposto no artigo 1º da Constituição Federal, a criação de políticas públicas e a adoção de posturas inclusivas passaram a constituir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, contribuindo assim para a consolidação de uma sociedade livre, justa e solidária, de modo a garantir o desenvolvimento nacional.

Mesmo assim, as minorias continuam a lutar para obter suas respectivas identidades constitucionais na esperança de efetivarem os aludidos comandos normativos. E quando se fala em luta, pretende-se abordar a incansável busca das minorias pela identidade constitucional, como garantia do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como das desigualdades sociais e regionais³⁷.

Diferentemente da democracia moderna, em que o governo se molda a partir da vontade da maioria do povo (colhida diretamente do povo através de plebiscito ou eleições, ou, indiretamente, através do sistema representativo), o respeito pelas minorias se tornou pressuposto da democracia contemporânea. Não seria, portanto, uma atitude democrática a maioria do povo promover a intolerância religiosa, distinguir etnias, culturas, tendências políticas ou orientações sexuais.

Por assim dizer, a sociedade demanda do Estado, e mesmo da iniciativa privada, compromisso do resgate das minorias e dos grupos vulneráveis, compostos por aquele que sofreram discriminações que os afastam do acesso a direitos que lhes são declarados. E a essas pessoas que deve se garantir que tenham uma vida tão igual quanto possível à das demais pessoas consideradas incluídas³⁸.

Partindo do entendimento de que a democracia decorre de uma espécie de pluralismo igualitarista, estando pautado no princípio da igualdade, constata-se que tanto os cidadãos (atores da relação social e democrática) quanto o Estado, deverão garantir a proteção e a efetivação dos interesses dos grupos minoritários.

Desta forma, numa concepção democrática das teorias deliberativas, se destacam dois pontos comuns que merecem destaque: o fato de que as decisões coletivas devam ser tomadas

³⁷ ABIKAI Netto, Jorge. A identidade das minorias na Constituição do Sujeito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, Ano 22, v. 88, p. 182, jul.-set. 2014.

³⁸ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de. **Substancialismo, Democracia e Cidadania: uma leitura sob o viés da inclusão social in Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores** - 1. ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2014. p. 110.

por seus potenciais destinatários ou respectivos representantes, bem como a necessidade de se haver um intercâmbio de ideias entre os atores democráticos³⁹.

Quando se faz referência à proteção dos interesses das minorias, os direitos fundamentais passam a ser vistos como normas garantidoras da igualdade, universalidade, indisponibilidade e prevalência sobre os demais direitos. Assim, a exclusão social passou a ser demonstrada, na sociedade contemporânea, a partir das vertentes da desigualdade social, da miséria, da injustiça, da exploração social e econômica, da marginalização, atingindo pessoas isoladamente ou grupos sociais. Excluir, portanto, significa “estar fora”, “à margem”, sem ter a possibilidade de participar ora da vida social ora do acesso aos direitos fundamentais que lhes são constitucionalmente garantidos⁴⁰.

Phillip Pettit define três formas básicas de inclusão: a) ação estatal a partir dos recursos procedimentais garantidos nos textos das Constituições Ocidentais, sob as três vertentes do Poder Público (separação de poderes); b) pela promoção dos recursos consultivos à sociedade civil, através da realização de referendos, consultas publicitárias, comitês debates, consultas públicas, dentre outras formas; c) através de recursos apelativos ao Parlamento, os quais se materializam em forma de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Comissão Especial de Inquérito (CEI), a fim de investigar determinadas ações governamentais, não podendo se esquecer da interposição de recursos diretamente ao Poder Judiciário, o qual exercerá o controle jurisdicional de políticas públicas como forma de inclusão⁴¹.

Nesse contexto, é possível afirmar que a marginalização ou exclusão social impossibilitaria o excluído de exercer seus direitos de cidadão, de modo que tal condição possa ser questionada e posta à prova. A partir da diferenciação entre grupo vulneráveis e minorias, passaremos a discutir a luta das minorias na busca de suas respectivas identidades enquanto sujeitos constitucionais. Mas quem seriam esses sujeitos constitucionais?

A partir do texto trazido por Jorge Abikair Neto⁴² e de acordo com os estudos elaborados por Michel Rosenfeld⁴³, é preciso ter o entendimento a respeito do vínculo existente entre a

³⁹ ALVES, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁰ LEAL, Adalto Barbosa; MIGLIORINI, Adalto Barbosa, Válder Bocalon. **A influência da colonização e a educação como forma de minimizar a desigualdade social in Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos/ Juvêncio Borges Silva, Lucas de Souza Leheld, coordenadores.** Curitiba: Juruá, 2015. p. 174.

⁴¹ PETTIT, Phillip. **Republicanism: a Theory of Freedom and Government.** Oxford: Oxford University Press, 1999. *Apud in:* GOMES, Alexandre Travessoni. **Inclusão, Direito e Direitos Fundamentais: conceito e formas jurídicas de inclusão in Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva. Rosa Maria Correa, organizadora.** Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. p.30.

⁴² ABIKAIKIR Neto, *op. cit.*, p.161-175.

⁴³ Cf. ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional.* Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

Constituição e o povo, o qual pode ser considerado como detentor do poder que poderá ser exercido, de forma direta, ou, indireta por intermédio de seus representantes eleitos. Desta forma, o povo não pode apenas ser compreendido como legitimado para o exercício do Poder, mas, também, deverá ser considerado como destinatário final das prestações estatais negativas e positivas⁴⁴.

Ora, falar do sujeito constitucional é falar de um sujeito que se encontra carente de reconstrução, que está intimamente ligado ao momento histórico em que se vive, surgindo a partir de uma negação, ou seja, como indivíduo distinto emergente de determinada sociedade, gerado por uma situação de exclusão e renúncia.

O instrumento da negação envolve rejeição, repúdio, repressão, exclusão e renúncia, para assim, buscar identidade distinta. Assim, o sujeito adquire sua própria identidade através da negação, isto é, tem-se o que o sujeito não é, assim, surgindo um hiato, uma ausência que deve ser preenchida mediante a procura de uma identidade positiva, sendo uma ferramenta crucial tanto no nível da construção quanto no da reconstrução da identidade⁴⁵.

Nesse ínterim, a identidade do sujeito constitucional nunca será a mesma, consistindo numa variante social, uma vez que decorre de seu não reconhecimento em determinado momento histórico, o que não se traduz na sua completa exclusão. Daí decorre a incansável luta das minorias pelo reconhecimento de suas identidades enquanto sujeitos constitucionais, despertando assim o interesse dos mais diversos pesquisadores das ciências humanas.

Para o direito, por exemplo, Jorge Abikair Neto defende a inclusão das minorias no rol dos sujeitos constitucionais.

Isso ocorre, pois o processo para construção e reconstrução da identidade do sujeito constitucional é historicamente árduo. Minorias pautadas na nacionalidade, cor, religião, cultura, opção sexual, dentre outra, sofrem ainda hoje com a falta de efetivação dos seus direitos, apesar da questão envolvendo os negros e homossexuais estarem mais presentes no artigo, as ideias suscitadas podem ser aplicadas às minorias em geral. O próprio Estado Democrático de Direito, pautado pelo viés formalista da democracia liberal, deve estar sempre em constante vigília para não sobrepujar os direitos dessas minorias em detrimento da vontade da maioria. Desse modo, a figura do contramajoritarismo revela-se importante na medida em que equilibra a vontade da maioria com a Constituição⁴⁶.

Sobre o chamado contramajoritarismo, Lenio Luiz Streck ensina que:

Se se compreendesse a democracia como a prevalência da regra da maioria, poder-se-ia afirmar que o constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este ‘subtrai’ da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de

⁴⁴ ABIKAIKIR Neto, op. cit., p. 164.

⁴⁵ *Idem, ibidem*. p. 170.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 162.

que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das maiorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau⁴⁷.

Thomaz H. Junqueira de A. Pereira exemplificou quais seriam as principais funções de um Tribunal Constitucional, dentre elas: a proteção das maiorias políticas de si mesmas, bem como a proteção das minorias das próprias maiorias políticas.

Nesse sentido, a função do Tribunal Constitucional também é, em certo sentido, majoritária e, em certo sentido, contra-majoritária. Sua função, em termos mais abstratos, é proteger o “povo” de si mesmo, vetando decisões de uma maioria legislativa em nome de auto-limitações desenhadas para preservar interesses dessa mesma maioria. (...) Nesse sentido, a função do Tribunal constitucional é propriamente contra-majoritária. Sua função, em termos mais abstratos, é legitimada por uma teoria democrática que não se limita à “regra da maioria”. Não se trata – como nos casos anteriores – de garantir que vontade majoritária se expresse substantivamente, mas sim de efetivar uma concepção de democracia que inclui limites substantivos ao poder majoritário⁴⁸.

A exemplo disso, a Constituição Federal de 1988 trouxe como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade justa e solidária, preocupada com o desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e da marginalização das pessoas, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, sem qualquer preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, dentre outras formas de discriminação (art. 3º). Jorge Abikair Neto entende que o referido artigo é limitado quando trata do assunto:

Acontece que, apesar desse dispositivo constitucional ser considerado um dos alicerces do princípio da igualdade, não abrange outras formas de preconceito e discriminação, sendo a luta das minorias pela igualdade do gênero o caminho para promoverem o processo de reconstrução da identidade do sujeito constitucional⁴⁹.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, afirma que é salutar a existência do equilíbrio entre a Constituição e influência da maioria.

Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo⁵⁰.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75-76.

⁴⁸ PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. **Quais funções um tribunal Constitucional deve desempenhar?** 22 nov.2014. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-22/observatorio-constitucional- quais- funcoes-tribunal-constitucional-desempenhar?imprimir=1>>, Acesso em 22.11.2014, p.3-4.

⁴⁹ ABIKAIK Neto, *op. cit.*, p. 166.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90.

Lutar pelo reconhecimento dos direitos das minorias consiste num importante passo para a diminuição da desigualdade social, de modo a equilibrar a força exercida pela maioria em detrimento às minorias como verdadeiros sujeitos de direitos constitucionalmente tutelados. Logo, o atual cenário político social sugere uma maior participação da sociedade civil e dos movimentos sociais no processo inclusivo das minorias, pertencendo ao Estado a assunção do cargo de coordenador e articulador geral do fluxo de interesses da ideia pluralista do bem comum⁵¹.

A partir da pesquisa sobre a inclusão das minorias ficou claro que a democracia substantiva pode ser entendida como aquela forma de vida do povo, assegurando a existência de espaços coletivos em qual o político acontece, tanto pela ação dos movimentos sociais quanto pela articulação do Estado, de modo a garantir a inclusão das minorias e a proteção dos vulneráveis como reflexo do princípio da igualdade.

Ora, não basta reconhecer a diversidade a partir da existência de diferenças, mas, sim, criar mecanismos que permitam a inclusão dos marginalizados. Aline Viviane Baioni alerta para a necessidade de se haver uma transformação cultural e social através da efetivação de políticas públicas específicas.

Em suma, a efetividade do direito à cidadania depende de uma transformação cultural e social obtida por intermédio de políticas públicas de reconhecimento pautadas no respeito e na valorização das diferenças, pois somente assim será possível o desenvolvimento de uma cidadania plena: política (sujeito de direito), social (acesso a melhores condições de vida) e cultural (reconhecimento como sujeito social)⁵².

Em resposta a real necessidade de inclusão social dos excluídos é fundamental a participação do Estado, enquanto criador e promotor de políticas públicas voltadas para o reconhecimento dos direitos sociais inerentes a seus governados. Um Estado despreocupado com a implantação de políticas públicas, os excluídos não poderão estar inseridos na produção cultural do país, estando sempre subordinados a alguém economicamente superior.

Citando novamente José Marcio Barros, sedimentou-se o entendimento de que numa sociedade tão miscigenada como a brasileira, a cultura inclusiva dos grupos minoritários não se faz somente necessária para garantir uma vida digna a essas pessoas, mas, sobretudo, para garantir ao Brasil, o título de Estado Democrático de Direito:

Não se reconhecerá a cultura das minorias como parte integrante da diversidade cultural brasileira se os sujeitos e seus interlocutores não ocuparem seus lugares no cenário político. Da mesma forma, não haverá possibilidade de uma cultura da

⁵¹ ALVES, *op. cit.*, p. 132.

⁵² BAIONI, *op. cit.*, p. 27.

inclusão, sem que recursos financeiros sejam destinados às ações específicas⁵³.

Em se tratando, portanto, de uma sociedade em que a exclusão social ainda se faz tão presente, a ponto de existirem cidadãos que ainda são privados de direitos essenciais tais como energia elétrica e saneamento básico, viabilizar primeiramente o acesso à justiça será uma grande oportunidade de inclusão para os grupos minoritários.

1.2 A UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AS GARANTIAS PARA UMA VIDA DIGNA

Levando em consideração os avanços tecnológicos, sobretudo, a partir da Revolução Industrial, bem como as exigências do mundo globalizado, o antropocentrismo se tornou um dos elementos caracterizadores da sociedade contemporânea. Com isso, o homem passou a se preocupar mais com a satisfação dos prazeres imediatos, contribuindo para a liquidez das relações interpessoais.

Acredita-se, portanto, que as relações sociais passaram a ser regidas e dominadas por pensamentos materialistas e egocêntricos, culminando num claro desrespeito princípios morais, culturais e éticos. Tanto é verdade que, a busca desenfreada pelo poder e pela dominação dos povos eclodiu nas duas grandes Guerras Mundiais, despertando nas pessoas, de todo o mundo, um sentimento maior de humanidade. Despertou-se, assim, um sentimento de repúdio às inúmeras atrocidades cometidas contra determinados povos colocados em situação de desigualdade e vulnerabilidade.

Surgiu, então, o ideal de defesa aos Direitos Humanos, os quais são definidos por Pérez Luño como o conjunto de faculdades e instituições que em cada momento histórico concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas⁵⁴.

Apontamentos históricos afirmam, inclusive, que foi durante o Estado liberal que surgiu a ideologia básica dos Direitos Humanos, os quais eram vistos como direitos naturais, tendo sido posteriormente positivados nas primeiras declarações de direito. Logo, a positivação dos Direitos Humanos começou na ex colônia inglesa situada no Estado de Virginia, em 1776. Já em 1789, os Direitos Humanos ganharam destaque na Declaração Francesa, prosseguindo sua positivação pela Declaração Norte Americana, em 1791, a partir da promulgação de Emenda

⁵³ BARROS, José Márcio. **A inclusão da cultura e a cultura da inclusão in Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva. Rosa Maria Correa, organizadora.**

Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. p. 54.

⁵⁴ PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.** 5.ed. Madrid: Tecnos. 43-44.

Constitucional. Ressalta-se que os referidos episódios históricos atestam a existência da clássica distinção entre o conceito de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Os primeiros são considerados direitos inatos dos seres humanos e os segundos a positivação dos próprios Direitos Humanos⁵⁵. Existem, no entanto, posições contrárias a essa conceituação que merecem respeito, mas não será destinada neste trabalho parte para tal reflexão, uma vez que tais informações foram utilizadas apenas como exemplificação para demonstrar a grande contribuição dos Direitos Humanos para a defesa dos socialmente excluídos.

Joaquim Carlos Salgado defende que existem três momentos históricos pelos quais passaram os Direitos Humanos: a) a consciência desses direitos em determinadas condições históricas, tendo surgido, primeiramente, na consciência humana como valores ou desejos inerentes ao homem; b) a positivação que consiste na declaração formal desses direitos, deixando o plano valorativo para o plano normativo; c) a eficácia dos direitos humanos já positivados nos Direitos Fundamentais, os quais passaram a ser fruídos por seus destinatários.

O maior legado deixado pela chamada “Era dos Direitos” foi, sem dúvida alguma, a criação do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos, que propiciou sua internacionalização, bem como a humanização do Direito Internacional, a partir do pensamento racionalista defendido pelos filósofos da Idade Moderna, nos séculos XVII e XVIII, período em que a revelação é substituída pela razão, de modo a reformular as diversas teorias sobre os direitos naturais do homem. Irineu Cabral Barreto ensina que:

Para os racionalistas, todos os homens são por natureza livres e têm certos direitos inatos de que não podem ser despojados quando entram em sociedade, quando celebram o contrato social. Deste modo, existiriam direitos inerentes à qualidade de homem que se impõem a qualquer ordem jurídica porque gozam de anterioridade relativamente ao Estado e à sociedade⁵⁶.

Após a difusão da doutrina jus naturalista e das Declarações dos Direitos do Homem, a defesa dos direitos do homem passou a ser introduzida nas Constituições dos mais diversos Estados Liberais, reafirmando, portanto, a ideia do Estado de Direito.

Nesse período, destacam-se ainda o *Bill of Rights* britânico de 1689, a Declaração Americana da Independência de 1776, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como o *Bill of Rights* americano, culminando na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que passou a ser considerada ponto de partida para a defesa

⁵⁵ GOMES, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁵⁶ BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada** – 3. ed. – Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 18-19.

dos direitos do homem⁵⁷. Irineu Barreto considera que a referida Declaração resumiu uma série de princípios que visam o bem comum da humanidade:

Esta Declaração encerra um conjunto de princípios que definem um ideal comum a atingir por todos os povos e por todas as nações e que devem ser considerados patrimônio comum da Humanidade e inscritos numa consciência jurídica comum aos povos de todos os continentes⁵⁸.

Sendo assim, historicamente pode-se afirmar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem se traduz na “universalização dos Direitos Humanos”, cujas preocupações passaram a se concentrar na ampliação das garantias de proteção que lhes assegura o regime democrático.

O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, por sua vez, parâmetro para a ordem jurídica contemporânea, ao passo que a propagação dos Direitos Humanos pelo mundo se tornou fruto de um processo de construção e reconstrução, marcado por diversas conquistas históricas que dizem respeito à luta por aquele princípio. Afirma Norberto Bobbio que:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁵⁹.

Enfatiza dizendo que o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão presentes nas bases das constituições democráticas modernas, considerando tais direitos como naturais, pois são frutos da evolução histórica e nasceram a partir da concepção individualista implantada no início da era moderna⁶⁰.

Destarte, é possível afirmar que houve uma inversão filosófica e histórica na concepção do Estado Moderno, pois a prioridade que, até então, pertencia à fiscalização e à cobrança dos deveres dos súditos, voltou toda sua atenção para a garantia dos direitos dos cidadãos, direitos estes positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, por se tratarem de direitos inerentes à condição humana.

Nesse tipo de abordagem ocorrente na teoria jurídico-política de tradição ocidental, os direitos humanos são traduzidos como o conjunto de direitos inerentes à condição humana, positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tais como a liberdade e igualdade em dignidade e direitos; a proteção contra a discriminação por raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional, vida, liberdade e segurança pessoal; reconhecimento como pessoa perante a lei; igualdade, por parte de tribunais independentes e imparciais; presunção de inocência; garantias contra a interferência na vida privada, família, lar, correspondência, ataques à honra e à reputação;

⁵⁷ *Ibidem*, p. 20.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto, 1909 - **A Era dos Direitos/ Norberto Bobbio**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 20ª tiragem. p. 5.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 1.

nacionalidade; garantia da propriedade; liberdade de pensamento, consciência e religião; liberdade de reunião e associação pacíficas; direitos ao trabalho, à livre escolha de emprego, às condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; direito ao repouso e lazer; direito à instrução⁶¹.

Para uma melhor contextualização do assunto, cumpre elucidar que essa inversão de perspectiva teve sua origem, especialmente, a partir das guerras de religião, através das quais se afirmaram o direito de resistência, à opressão e, de gozo de algumas liberdades fundamentais⁶².

Logo, a internacionalização dos Direitos Humanos floresceu, no período pós-guerra, como forma de combate às atrocidades cometidas durante o período nazista, as quais passaram a ser consideradas como barbárie do totalitarismo cometida dentro da legalidade, afrontando os ideais de respeito à humanidade.

Com isso, desenvolveu-se um importante sistema normativo internacional de proteção aos Direitos Humanos, tendo sido o principal responsável pela propagação do constitucionalismo global, cujo objetivo principal era a proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos, de modo a limitar o poder Estatal, pois se constatou que toda forma de poder político emana do povo⁶³.

Uma vez formada a ideologia global, no sentido de proteger os Direitos Humanos, muitas Constituições do Ocidente passaram a elaborar seus respectivos textos normativos com elevada carga axiológica, cujo núcleo central estava centrado na valoração da dignidade da pessoa humana, atuando assim, como verdadeiro “superprincípio”, constituindo, portanto, o referencial ético do constitucionalismo contemporâneo.

Analisados todos os elementos trazidos no presente capítulo, restam legitimadas as práticas *online* de resolução consensual de conflitos como ferramentas de inclusão social, não somente a partir da realização da inclusão digital dos cidadãos na atual Sociedade da Informação, mas, sobretudo, do amplo acesso à justiça, a partir da participação ativa das próprias partes na busca pela melhor solução de seus próprios conflitos. Além de serem práticas democráticas e inclusivas, a adoção dos métodos ODR possui respaldo dos referenciais éticos e teóricos do constitucionalismo contemporâneo, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme se pôde verificar anteriormente.

⁶¹ SIMÃO FILHO, Adalberto; BARRETO JR., Ireineu Francisco; LISBOA, Roberto Senise; ANDRADE, Ronaldo Alves de (Coord. E Org). **Direito da Sociedade da Informação: Temas Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. pp. 461/462.

⁶² BOBBIO, 1909, *op. cit.*, p. 4.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional – Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano** – 3. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: SARAIVA, 2012. pp. 39-40.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E O ROMPIMENTO DAS BARREIRAS JURISDICIONAIS NO BRASIL

Para iniciar a reflexão sobre a amplitude do acesso à justiça no contexto da sociedade brasileira, será preciso trazer à baila alguns conceitos processuais clássicos, como por exemplo, os ensinamentos de Cappelletti e Garth:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁶⁴.

O Estado liberal burguês do século XVIII e XIX adotava um procedimento processual individualista que considerava o “acesso à justiça” como sendo um direito natural, o qual não necessitava da intervenção estatal para sua tutela. Por esta razão, o amplo acesso à justiça esbarrou na escassez de recursos das pessoas menos favorecidas economicamente para custear as respectivas demandas judiciais.

Ao passo que a sociedade evoluía e a população nas cidades aumentava, os relacionamentos interpessoais se tornavam complexos e densos, aumentando assim, a litigiosidade, sobretudo, após a propagação dos direitos sociais do cidadão e dos direitos humanos. Em decorrência disso, o Estado passou a se preocupar mais com a aplicação do direito no cotidiano de seus governados, passando a assumir o papel de centralizador do Poder, valendo-se da jurisdição para a efetivação dos direitos fundamentais.

Devido ao acúmulo de processos, bem como à falta de estrutura física e jurídica, a exclusividade do Estado na prestação jurisdicional se tornou, em muitos casos, inviável e ineficaz, despertando nos estudiosos do direito uma nova concepção da realidade processual que se mostrou mais sensível às inúmeras mudanças sociais⁶⁵.

Várias foram as reflexões sobre a crise institucional e estrutural do processo, tendo se chegado à conclusão de que o grande problema girava em torno de algumas situações geradas pelo sistema processual tradicional, quais sejam: as custas elevadas do processo; a demora na prestação jurisdicional; bem como a ineficácia do processo na resolução pacífica dos conflitos.

A partir daí, os operadores do direito passaram a compreender que o acesso à justiça deveria ultrapassar tanto os limites da jurisdição como os limites do princípio da

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça – trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 – Reimpresso 2002. p. 8.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 12-13.

inafastabilidade de apreciação da lesão ou ameaça a direitos pelo Poder Judiciário.

Cappelletti contribuiu maciçamente para a criação de alternativas à ineficácia processual, ficando conhecido mundialmente por suas audaciosas considerações, que despertaram nos países ocidentais, o interesse em tornar efetivo o acesso à justiça através da viabilização das chamadas ondas de renovação do processo, que poderão ser reconhecidas como: a) a criação e a propagação da assistência judiciária para garantir o efetivo acesso à justiça aos menos favorecidos; b) a representação jurídica para os interesses difusos e coletivos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; c) a quebra das barreiras encontradas pelos cidadãos na defesa de seus interesses, sob o enfoque do acesso à justiça, através da representação em juízo; d) a busca por alternativas consistentes em novos mecanismos e procedimentos para o processamento e prevenção de disputas na sociedade moderna, a título de promoção da verdadeira e efetiva pacificação social⁶⁶.

A grande novidade trazida pelo referido processualista pairou sobre a última onda de renovação, considerando a ampliação do acesso à justiça, viabilizando uma maior participação das partes conflitantes na resolução de seus próprios conflitos.

No Brasil, a ampliação do acesso à Justiça pelos cidadãos está bem representada pela Constituição Federal de 1988, pois foi ela que trouxe e fortaleceu alguns institutos processuais, tais como a criação dos Juizados Especiais, a Ação Civil Pública, a Ação Popular, dentre outros⁶⁷.

A Constituição Federal de 1988 permitiu uma profunda interferência do Direito na vida da República Federativa do Brasil do Brasil, o que propiciou a juridificação incessante e progressiva da sociedade brasileira, movimento processual este, visto por alguns, como um pretenso ativismo do Poder Judiciário.

Não se deve, contudo, desprezar o fato de que o Poder Legislativo tem contribuído muito para tal intervenção estatal, a partir da criação de leis específicas que estabeleceram condutas sociais, punições e sanções para os desertores da ordem jurídica, bem como estabeleceram as formas de intervenção judicial do Estado. A título de exemplificação do alegado, cita-se a Lei nº 7.853/1989 que estabeleceu a especial proteção aos portadores de deficiência; a Lei nº 8.078/1980 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor; a Lei da Ação Civil Pública; a Lei da Ação Popular; o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei de Proteção ao Idoso; o Estatuto do Idoso, e a Lei nº 12.965/2014, intitulada como Marco Civil da *Internet*, apontada

⁶⁶ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública** in *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 48, nº 4, 2005, pp.781.

aqui como essencial para a regulamentação dos direitos a serem tutelados na atual Sociedade da Informação.

Já a problemática da Justiça e da inclusão social está intimamente relacionada ao princípio da igualdade, que está, por sua vez, consagrado na Constituição Federal de 1988, desde o preâmbulo, reaparecendo no *caput* do artigo 5º, servindo assim como norte ou parâmetro para a interpretação de outros princípios constitucionais ou normas.

Parafraseando Fernando Gajardoni, o acesso à justiça deverá garantir uma adequada prestação jurisdicional, cuja decisão tenha sido prolatada e proferida por um juiz imparcial, que somente tenha se relacionado com o pedido imediato da tutela jurisdicional⁶⁸.

2.1 O PROCESSO E SUA EFETIVIDADE FRENTE A UMA SOCIEDADE LITIGIOSA

Para muitos a litigância judicial ainda é tida como o principal meio de resolução de conflitos. Contudo, a grande quantidade de litígios e o significativo aumento do comércio eletrônico, por exemplo, tem aumentado não somente o volume das demandas, mas a complexidade das relações jurídicas, de modo que os Tribunais têm apresentado serias dificuldades estruturais no gerenciamento dos processos⁶⁹.

Nesse sentido, defende Flávia Zanferdini que um dos maiores equívocos cometidos pelos juristas e pelos próprios jurisdicionados consiste na confusão do princípio constitucional do acesso à justiça com o acesso à jurisdição oficialmente prestada pelo Estado⁷⁰.

Equivooca-se, todavia, quem pensa que a Justiça resulta da atividade jurisdicional do Estado, pois não cabe a ele o monopólio da criação do Direito, considerando que este último se cria e se mantém a partir das relações interpessoais. Ora, inexiste uma fórmula específica para se resolver conflitos, pois estes costumam surgir em decorrência de lesão ou ameaça (de lesão) a direitos e, também, pela quebra de expectativas em relação a eventual reparação pelos danos causados.

Ocorre que, com o passar do tempo, o Estado enquanto instituição pública acabou absorvendo, para si, a função de resolver conflitos de interesses pessoais, tornando cômodo às

⁶⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral/ Fernando da Fonseca Gajardoni**. – São Paulo: Forense, 2015, p. 15.

⁶⁹ CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo; ANDRADE, Francisco; ZELENIKOW, John; NEVES, José. **Online dispute resolution: an artificial intelligence perspective**. Artificial Intelligence Review, 2014, Vol. 41(2), pp. 211.

⁷⁰ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça**. Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 17, p. 237-253, 2012. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>>. p. 237. Acesso em 23.02.2016.

partes pedirem sua intervenção, no sentido de não se responsabilizarem pela resolução de seus próprios conflitos.

Boaventura de Souza Santos considera que a eclosão da chamada crise da administração da justiça se deu em virtude dos conflitos emergentes dos novos direitos sociais, os quais passaram a receber uma especial atenção, na década de 60, destacando-se assim os direitos do trabalhador, da seguridade social, da habitação e do consumidor⁷¹.

Assim, a evolução da ciência jurídica e o acúmulo de conflitos levados ao Poder Judiciário em busca de soluções (judicialização de conflitos), confirma a percepção da sociedade de que o protagonismo judicial não é mais eficiente frente às complexidades das relações humanas.

Cumprido elucidar que foram elaborados diversos estudos em relação ao grau de litigiosidade da população brasileira, dentre eles destacamos a atuação do Conselho Nacional de Justiça, culminado no Relatório da Justiça em Números 2015 que tomou por base as estatísticas dos Tribunais brasileiros, considerando o ano-base de 2014. Referido relatório foi elaborado a partir dos dados coletados por 90 (noventa) tribunais, os quais estão divididos em cinco segmentos distintos, quais sejam, a Justiça Estadual, Federal, do Trabalho, a Justiça Militar, Justiça Eleitoral, bem como os Tribunais Superiores, excetuando-se apenas o Supremo Tribunal Federal. Restou consignado no resultado da aludida pesquisa que o Poder Judiciário iniciou o ano de 2014 com um estoque de 70,8 milhões de processos, cuja tendência seria um significativo aumento, considerando o Índice de Atendimento à Demanda - IAD estimado em 98,7%, calculado a partir do tempo previsto para o término das respectivas demandas iniciadas. Segundo os dados apurados na pesquisa, acredita-se que ao final de 2014 o estoque de processos cresça em meio ponto percentual, de modo a ultrapassar os 71,2 milhões de processos pendentes de resolução nos Tribunais. No entanto, não se pode desprezar o fato de que apesar deste cenário pessimista, o índice total de processos baixados nos tribunais aumentou em 1,4% o total de processos distribuídos em 2014, representando uma redução de cerca de 28,5 milhões de autos processuais. Sendo assim, houve um considerável aumento de novos casos distribuídos ao Poder Judiciário de aproximadamente 1,1%, atingindo cerca de 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014. Com isso, houve um aumento da taxa de congestionamento do Poder Judiciário para 71,4% no ano de 2014, aumento este equivalente a 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior. A Justiça Estadual, por sua vez, detém 70% dos casos novos e quase 81% do total de casos pendentes de resolução judicial. Por outro lado, a Justiça

⁷¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça** in FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1997, pp. 43-44.

do Trabalho se destaca por apresentar quase 14% dos casos novos e apenas 6,2% dos pendentes, devendo ser considerado que tal cenário é favorecido pelo fato de que as causas trabalhistas não englobam processos de caráter criminal, nem as inúmeras execuções fiscais das Justiças Estadual e Federal. Continuando, a pesquisa constatou ao analisar os processos de conhecimento de Varas e Juizados especiais, que as taxas de congestionamento das Justiças Estadual e Federal caíram para 66% e 56%, respectivamente, porcentagem bem a quem da atual a taxa de congestionamento do Poder Judiciário na fase de execução é de quase 86%. De acordo com sua pesquisa, o CNJ considera que o maior índice de litigiosidade do Poder Judiciário está representado pelos processos em fase de execução, pois abrangem cerca de 51% do acervo total dos processos permanecerem pendentes. Outros dados interessantes que foram coletados pelo CNJ foi de que 86% dos processos ingressados, 95% do acervo processual e 84% dos servidores da área judiciária se encontram no primeiro grau de jurisdição. Na Justiça do Trabalho, todavia, constata-se o maior déficit em relação à equalização da força de trabalho, apresentando alta diferença entre essas duas relações, uma vez que possui apenas 72% dos servidores da área judiciária lotados no 1º grau, com 84% dos casos novos e 92% dos casos pendentes nesta instância. No mais, deve ser considerados que os dados sobre litigiosidade também são ilustrativos da necessidade de o Poder Judiciário se focar mais detidamente na 1ª instância dos tribunais, visto que é neste grau de jurisdição que se concentram o maior número de processos (86% de casos novos; 95% de casos pendentes; 87% de processos baixados e 84% das sentenças), sendo traduzida numa taxa de congestionamento de 66%, na primeira instância, ao passo que os processos de execuções fiscais, 91%, índices estes que são contrastados diretamente com a média geral nacional de congestionamento de processos estimada em 71%. Verificou-se, ainda que, na Justiça Estadual, além do acervo de 57 milhões de casos pendentes, ingressaram no ano de 2014 mais de 20 milhões de novos casos, que correspondem a 81% e a 70% dos processos no Poder Judiciário, respectivamente. Assim, resta consignado que a 1ª instância é responsável por 97% do acervo processual. Analisando todos esses dados e a especial contribuição do processo eletrônico para a rápida resolução dos processos judiciais, conclui-se que o Brasil caminha, a passos largos, no cenário mundial, como um precursor na virtualização dos processos, visto que o percentual de novos casos eletrônicos tem aumentado gradativamente, desde o ano de 2009, no Poder Judiciário, atingindo quase 45% em 2014, o que implica um universo de 11,8 milhões de processos⁷².

⁷² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015**. Disponível para download em: <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11.06.2016.

Hoje em dia, os processualistas idealizam e lutam pela máxima efetividade do processo, almejando sempre uma prestação jurisdicional justa e adequada. Siqueira e Oliveira se manifestam da seguinte forma:

Conceder uma prestação jurisdicional justa e adequada, apta para tutelar direitos inerentes à cidadania e democracia, bem como os meios para sua concretização, difere bastante da atuação (muitas vezes) do Poder legislativo que em muitas ocasiões exerce sua atividade ligifera de modo à simplesmente acalmar os anseios da sociedade, legislando acerca de objetos impossíveis, criando-se assim enormes transtornos para o Poder Judiciário no momento de sua atuação⁷³.

Bastaria uma rápida revisão bibliográfica, na legislação processual civil brasileira, para verificar que anteriormente se prevalecia os interesses não cooperativos dos sujeitos do processo, de modo que caberia ao juiz alcançar a otimização numérica de seus julgados, enquanto as partes, através de seus advogados, passariam a litigar estrategicamente para a obtenção de sucesso ao final de determinada demanda judicial.

Nesse sentido, convém fazer menção aos dizeres de Antonio Rodrigues de Freitas Junior, que definem processo e conflito como fenômenos de produções distintas - ainda que se reconheça que o primeiro se originou a partir da ambição de ser o continente do segundo⁷⁴. Logo, eles deverão ser tratados, distintamente, ao passo de que nem sempre o processo será capaz de resolver determinado conflito, justificando, portanto, o resgate de técnicas não adversariais de resolução de conflitos, como se verá mais adiante.

Luiz Cláudio Allemand⁷⁵ ao analisar os índices apresentados pela Fundação Getúlio Vargas, em relação ao Índice de Percepção do cumprimento das Leis (IPCL – Brasil), apontou que a confiança da população no Poder Judiciário caiu, no primeiro trimestre de 2015 em comparação ao último relatório em março de 2014, de 30% (trinta por cento) para 25% (vinte e cinco por cento), o qual permaneceu inalterado até o dia 28 de março de 2016. Além disso, cumpre ressaltar que o Poder Judiciário contava com um acervo de 71,2 milhões de processos, em 2015, tendo o Poder Judiciário uma despesa total de aproximadamente R\$ 68,3 bilhões de reais entre recursos humanos, bens, serviços e informática. Tal pesquisa revelou ainda que existiam em 2015, 4.893 cargos de magistrados vagos e 40.248 cargos de serventuários em

⁷³ SIQUEIRA, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁴ FREITAS Jr., Antonio Rodrigues de. **Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 11-18.

⁷⁵ ALLEMAND, Luiz Cláudio. **O relatório da Justiça em números 2015 – por uma gestão profissional do Poder Judiciário** in **Revista do Advogado** – Ano XXXV nº 128, Dezembro de 2015. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p. 58.

geral vagos, conforme dados obtidos pelo IPCL - Brasil⁷⁶.

Constata-se, pois, que a sociedade brasileira é demasiadamente litigiosa, pois a mentalidade de seus jurisdicionados e operadores do direito ainda não se desvencilharam da ideia de se estar em um campo de batalha, de modo que os advogados passaram ser vistos como “super-heróis” diante de seus “juizes carrascos”. Cumpre, portanto, destacar algumas considerações efetuadas por Adolfo Braga Neto, a respeito da litigiosidade brasileira:

A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado. Decisão muitas vezes restrita à aplicação pura e simples de previsão legal, o que explica o vasto universo de normas no ordenamento jurídico nacional que buscam pelo menos amenizar a ansiedade do cidadão brasileiro em ver aplicadas regras mínimas para regulação da sociedade.

A justiça conciliativa, representada em especial pela mediação, busca uma maior pacificação dos conflitos dentro de uma nova realidade baseada na solução privada dos mesmos, abrindo-se a possibilidade do indivíduo exercer sua cidadania plena, por intermédio de sua capacitação, na resolução de suas próprias controvérsias⁷⁷.

Assim, a alta litigiosidade se dá a partir de uma exagerada e forçosa interpretação da garantia constitucional de acesso à justiça, a qual passou a ser vista como sinônimo do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Verifica-se, portanto, que o problema do poder judiciário não é somente estrutural ou financeiro, mas, também, político e cultural, ao passo que a sociedade ainda não entendeu de que acesso à justiça não é a mesma coisa que ingresso em juízo – fato este, gerador de uma crise de legitimidade e falta de confiança na atividade jurisdicional do Estado.

Aluísio Iunes Monti Ruggeri Ré afirma que com o advento de uma sociedade massificada, novas relações e novos conflitos surgirão, ao passo que alternativas paralelas à jurisdição sejam criadas⁷⁸. Por esta razão, acredita-se que a atribuição de mais liberdade às partes “em conflito”, quando inseridas num contexto auto compositivo, contribui significativamente para a redução do número de demandas, melhora à qualidade da prestação jurisdicional, bem como servirão para estancar a desnecessária judicialização dos conflitos.

José Reinaldo de Lima Lopes, desde 1997, considera que diante da referida litigiosidade e da necessidade de uma maior participação popular na administração da justiça, lançando aos juristas contemporâneos um desafio:

⁷⁶ **Índice de Percepção do Cumprimento da Lei – IPCL Brasil.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14133/Relatorio-IPCLBrasil_1o_Sem_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28.03.2016.

⁷⁷ BRAGA NETO, Adolfo. **Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colabores.** São Paulo: Atlas, 2007. pp. 64-65.

⁷⁸ RÉ, *op. cit.*, p. 34.

O desafio é abrir o Judiciário a formas legítimas e razoáveis de pressão e democratização. O papel dos advogados e juristas neste processo é muito importante. Sua função é justamente a de porta-vozes dos interesses em conflito, mas também os advogados estão formados numa cultura idealista, a mesma na qual se formam os juízes⁷⁹.

É preciso abandonar ou pelo menos evitar a utilização dos métodos adversariais de resolução de conflitos, para que se busque uma solução adequada às respectivas contendas, propiciando uma mudança de postura das partes, no sentido de visualizar a resolução de eventual conflito como uma oportunidade de ambas as partes ganharem.

Entrar em composição por seus próprios méritos farão das partes às únicas responsáveis por seus ganhos e perdas, assim que eventual acordo for formalizado, não cabendo ao Poder Judiciário discutir a solução dada aos interessados, a não ser que alguns direitos sejam violados, especialmente aqueles tidos como indisponíveis.

Efetuada tais reflexões, se encerra o presente tópico com as palavras de Dirceu Pereira Siqueira e Flávio Luís de Oliveira, os quais afirmam que “é preciso repensar o processo, visualizá-lo como um mecanismo efetivo para a efetividade de direitos fundamentais, como instrumento eficaz para a concretização da inclusão social”⁸⁰.

2.2 ALTERNATIVAS AOS MÉTODOS ADVERSARIAIS: AS PRÁTICAS CONCILIATIVAS ENQUANTO EXERCÍCIO PLENO DA CIDADANIA

Partindo-se da premissa que a crise da justiça está representada pela inacessibilidade, morosidade e alto custo do processo, a implementação das práticas conciliativas se apoiam em três bases axiológicas fundamentais: a) o fundamento funcional, que busca a racionalização na distribuição da justiça; b) o fundamento social que consiste na função de pacificação social, que nem sempre poderá ser alcançada por decisão imposta pelo poder estatal; c) o fundamento político, que retrata a possibilidade de participação popular na administração da justiça, representada pela colaboração do corpo social nos procedimentos de mediação e conciliação⁸¹.

Desacreditados em relação à imposição de soluções por terceiros, ainda que imparciais, a sociedade mundial tem despertado para a utilização dos métodos auto compositivos e não adversariais para resolução de conflitos, uma vez que tais procedimentos consistem na solução

⁷⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Introdução à sociologia da administração da justiça** in FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1997, p. 142.

⁸⁰ SIQUEIRA, *op. cit.*, p. 122.

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça Conciliativa in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colabores**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4.

amigável dos conflitos, inexistindo assim, vencedores e perdedores⁸².

Dentre os métodos alternativos para a resolução de conflitos, se destaca a figura da mediação, cuja utilização do termo é mundialmente conhecida, sem apresentar qualquer diferença em relação às diferentes formas de aplicação ao caso concreto.

Garth e Cappelletti consideram que “a conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas”⁸³.

Deve-se, portanto, ser ressaltado que os métodos não adversariais comumente utilizados são a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Tanto a mediação como a conciliação se definem pelo trabalho cooperativo entre as partes, contando, inclusive, com a orientação de um terceiro desinteressado e imparcial para facilitar o diálogo entre elas, criando oportunidades para a resolução consensual dos conflitos e, até mesmo, para o reestabelecimento do vínculo preexistente entre os sujeitos envolvidos no conflito.

Nos casos de mediação, o terceiro facilitador deverá verificar a existência, ou, não, de vínculo entre as partes, que seja anterior ao conflito, pois, para que se chegue a um acordo, o terceiro facilitador precisará trabalhar no reestabelecimento daquele vínculo preexistente.

Em se tratando de conciliação, nem sempre as partes teriam se relacionado antes do conflito ter ocorrido, ou seja, a situação conflituosa é pontual e não carece de reestabelecimento de eventual vínculo emocional entre elas, bastando ao conciliador propiciar a criação de propostas objetivas e oportunidades que visem a resolução definitiva daquele conflito.

A negociação em si, consiste numa técnica de barganha, troca ou compensação de direitos inerentes às partes, sendo muito utilizada para resolver conflitos de ordem empresarial. A negociação se apresenta, por sua vez, como uma técnica na qual as pessoas tentam resolver seus problemas por meio de tratativas diretas, podendo ocorrer na modalidade “barganha”, “distributiva”, “integrativa”, ou, “cooperativa”.

Na barganha, as partes manterão suas posições criando pisos falsos, chegando a um acordo por meio de concessões, podendo o negociador adotar uma postura áspera, de modo que as partes cedam à determinada pressão, ou, de forma afável, as partes venham a ceder, a partir do simples interesse de não ingressar em juízo para resolver determinada pendência. Já na

⁸² DE PRETTO, Leonardo Siqueira. **O completo acesso à Justiça em defesa dos direitos transindividuais in Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores** - 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014. p. 325.

⁸³ CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 87.

negociação distributiva, as perdas e os ganhos serão distribuídos entre as partes, visando se chegar a um ponto de equilíbrio que culminará no acordo. A negociação integrativa, por sua vez, possibilitará uma integração entre as partes, ao ponto de neutralizar todo aquele sentimento de competição a partir da reunião de elementos negociáveis que venham a proporcionar ganhos recíprocos para os negociantes. Na negociação cooperativa as partes buscarão o diálogo para atender os interesses de ambos os lados, visualizando oportunidade de ganho para todos. Deve, no entanto, ser ressaltado que a negociação pode ser dar diretamente entre as partes, ou, de forma indireta, necessitando da figura de um terceiro facilitador que seja imparcial quanto à resolução do conflito – o que ocorrerá na mediação e conciliação⁸⁴.

Já a arbitragem mescla a presença de um terceiro imparcial, escolhido a partir do consenso entre as partes, o qual decidirá o caso concreto como se juiz fosse, podendo contar inclusive com o apoio de técnicos para a resolução de conflitos específicos. Esta última modalidade consiste numa modalidade mais civilizada, apesar de hetero compositiva, pois partem do pressuposto de que ambas as partes escolheram, de comum acordo, um profissional de confiança para atuar como árbitro e assim julgar o caso apresentado, de modo que a solução dada deverá ser respeitada, ficando tal decisão sujeita à execução forçada pelas vias judiciais.

Cumprе salientar que, no Brasil, o termo conciliação não representa nenhuma novidade legislativa, pois, desde as Ordenações Filipinas de 1603⁸⁵, era possível se verificar a expressa preocupação do legislador em admitir a solução consensual dos conflitos de interesses, antes de se ingressar com um pedido judicial. Com a proclamação da independência do Brasil, em 1822, a primeira Constituição Brasileira definiu, em seus artigos 161 e 162⁸⁶, que não se poderia ingressar com processo judicial sem antes restar consignada a tentativa de reconciliação, atribuindo assim tais funções conciliativas para o chamado juiz de paz - figura esta posteriormente utilizada como objeto de disputa (barganha) política entre os grupos liberais e

⁸⁴ DEMARCHI, Juliana. **Técnicas de Conciliação e Mediação in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colaboradores.** São Paulo: Atlas, 2007. pp. 49-62.

⁸⁵ **Livro III, Título XX, 1.** *E no começo da demanda dirá o Juiz à ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes à concórdia, não he de reduzirem as partes à concordia, não he de necessidade, mas somente de honestidade nos casos, em que o bem poderem fazer. Porém, isto não haverá lugar bis feitos crimes, quando os casos forem taes, que segundo as Ordenações a Justiça baja lugar.*

⁸⁶ **Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824** - Art. 161. *Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.* - Art. 162. *Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.*

conservadores⁸⁷.

Apesar da tentativa da implantação de uma mentalidade conciliativa no Brasil, desde a proclamação de sua independência da Coroa Portuguesa, não foi o suficiente para uma transformação social e cultural do povo brasileiro.

Reintroduzidas, no Brasil, a prática da mediação e conciliação, a partir da década de noventa, restou mais do que comprovado, que ambas as técnicas poderão oferecer à teoria do conflito o ponto de observação para fora do processo, trazendo soluções mais adequadas às realidades das partes, isso porque os conflitos, na maioria das vezes, não são totalmente externados por se tratarem de conflitos intrapsíquicos.

Não se pode, todavia, olvidar que a pacificação social é o fim máximo da atividade jurisdicional do Estado, ao passo que a adoção de práticas auto compositivas no âmbito de sua atuação está totalmente em consonância com os objetivos estatais e de toda a sociedade, representando assim uma extensão do princípio do acesso à justiça, o qual jamais deverá ser entendido como sinônimo de acesso à jurisdição.

Para Juliana Demarchi, o conflito não é algo ontologicamente negativo, pois poderá ser visto como uma oportunidade para reflexão sobre a relação da qual se originou, fazendo isso de forma circular, ao passo que se altere a própria relação conflituosa por si só⁸⁸.

Os conflitos não decorrem, essencialmente, de relações interpessoais, como também provem de relações empresariais ou comerciais, que envolvam competição e disputa por mercados, os quais poderão ser solucionados a partir do equacionamento do poder, da fortuna, e da habilidade. Em situações como estas, geralmente, os conflitos se resumem a contraposições de interesses, sem, contudo, apelar para a orientação de valores de justiça, pois o que se mensura nas relações de mercado são as medidas de poder e não de Justiça. Essa tendência pacificadora não dever ser somente aplicada nas empresas, mas em toda a sociedade civil e no âmbito da administração pública, devendo ser estimulada.

Antonio Rodrigues de Freitas Junior alerta a sociedade jurídica no sentido de que “a cultura da arena” deverá ceder lugar à cultura da alteridade, abandonando o “culto ao espetáculo da discórdia”, para então, se construir verdadeiros espaços institucionais, pautados no diálogo e na tolerância, respeitando sempre o dissenso e a diversidade⁸⁹.

Mariana França Gouveia, por sua vez, aponta para a realidade portuguesa em relação à

⁸⁷ WATANABE, Kazuo. **Mediação como política pública social e judiciária** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p. 36.

⁸⁸ DEMARCHI, *op. cit.*, pp. 49-62.

⁸⁹ Idem. p. 18.

litigância de massa em relação às relações de consumo, destacando os seguintes tipos de demanda: a) aquelas propostas por empresas de concessão de crédito de consumo ou aquelas milhares de ações de cobrança propostas pelas operadoras de telefonia; b) as ações de responsabilidade civil pleiteando altas indenizações, como por exemplo, aquelas decorrentes de um acidente de avião. No desenvolvimento de suas ideias a aludida autora faz duras críticas a concepção paternalista do consumidor, afirmando que penalizar as empresas rigorosamente poderá comprometer o desenvolvimento econômico do país, conforme trecho a seguir transcrito.

... a litigância de massa a litigância de pequenas dívidas é produto directo da sociedade de consumo em que vivemos. É o produto directo de uma realidade sociológica de desenvolvimento económico – de bem estar. Os autores deste tipo de acções são, na sua maioria, as empresas que criam emprego e fazem o desenvolvimento económico do país. Penalizá-las? Fazê-lo implica apenas aumentar os custos do seu serviço, ou seja, penalizar-nos a nós que o compramos e pagamos. Uma concepção paternalista do consumidor prejudica-nos a todos, desresponsabiliza-nos a todos, faz com que hoje a <<culpa>> e a <<responsabilidade>> seja sempre de todos, desde que não seja minha.⁹⁰

Em situações como as que foram apresentadas pela aludida autora, a disponibilização de métodos conciliativos seria uma alternativa plausível para a redução dos custos e do impacto de tais demandas de massa, sacrificando de certa forma os direitos do consumidor, para que ao assumir uma posição de ganha-ganha, a vitória seja traduzida num empate que viabiliza o equilíbrio entre concessões recíprocas de direitos. Ainda no que se refere à realidade portuguesa, se destaca a promulgação da Lei nº 29, promulgada em 19 de abril de 2013, a qual estabeleceu princípios gerais aplicáveis à mediação de conflitos, definindo três elementos indispensáveis para a realização de tal prática conciliativa: a) a definição da forma alternativa para a resolução de litígios; b) a voluntariedade das partes; c) a presença de um mediador devidamente capacitado para tal incumbência⁹¹.

Assim, a mediação de conflitos poderá ser utilizada no âmbito do direito empresarial, os quais envolveriam conflitos internos nas empresas ou entre elas e, também, entre empresas e organizações, instituições ou mesmo corporações. Especialmente, em tempos de crise financeira, a conciliação tem sido uma alternativa muito eficaz para a resolução de conflitos empresariais, o que poderá causar reflexos positivos tanto na economia local como no âmbito nacional, pois para se chegar a tais soluções consensuais será preciso utilizar a criatividade e

⁹⁰ GOUVEIA, Mariana França. **A acção Especial de Litigância de Massas – Associação Jurídica do Porto (AJP) in Novas Exigências do Processo Civil – Organização, Celeridade e Eficácia**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 2007. pp. 151-152.

⁹¹ ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Mediação e reconhecimento da pessoa in Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p. 19.

exigir uma maior interação entre as empresas.

Dentre os aspectos positivos do conflito se destaca a possibilidade de se criar situações que sejam capazes de intervir nas relações familiares, empresariais, étnicas e estatais, propiciando novas definições de identidade a partir do incentivo à adaptação dos sujeitos à uma nova realidade gerada a partir do surgimento de um determinado conflito. Visualizando o conflito da ótica interpessoal, opta-se pelo exercício do diálogo, visando uma solução não violenta do conflito, ao passo que uma solução violenta seria quando houvesse a imposição ou o exercício de poder por uma ou ambas as partes conflitantes.

Como fora dito anteriormente, a propagação dos Direitos Humanos pelo mundo e a consequente valorização da pessoa humana, fez do indivíduo o valor supremo da sociedade, marcando, desta forma, a pós-modernidade.

Nesse sentido, a mediação parte do pressuposto da valorização social das partes envolvidas no conflito, surgindo a necessidade de uma conduta introspectiva, sensível e imparcial do mediador, no sentido de garantir o êxito de seu trabalho⁹².

Diante de tais afirmações, justifica-se a possibilidade de realização da mediação na esfera comunitária, como alternativa ao processo judicial, de modo a potencializar dimensão emancipatória dos métodos não adversariais de solução de conflitos, na medida em que se promove a autodeterminação e ampliação da participação das partes nas decisões a serem tomadas, propiciando assim, uma releitura do papel dos conflitos na criação de novos paradigmas a serem adotados futuramente pela sociedade contemporânea.

Quando se fala de paradigma, deverá o termo ser compreendido como um determinado conjunto de certezas sociais que variam de sociedade para sociedade, podendo ser alterado ao longo do tempo, estando legitimados a representar os padrões adotados por certos grupos de cidadãos que convivem num mesmo espaço, seja ele social ou familiar.

Gláucia Falsarella Foley deixa claro que o foco da mediação não está em resolver rapidamente um conflito, mas provocar uma reflexão para posterior mudança de mentalidade, de modo a se compreender reciprocamente a realidade das pessoas envolvidas naquela disputa, aperfeiçoando assim, a comunicação entre elas, propiciando ainda a restauração das conexões emocionais, sociais ou institucionais que foram afetadas pelo conflito. Sua ideia consiste numa compreensão renovada da dimensão social da mediação, qual seja a conscientização dos cidadãos, especialmente, das partes conflitantes, em relação a seus direitos e deveres, uma vez que o desconhecimento de tais garantias e obrigações representa um sério obstáculo à

⁹² *Ibidem*, p. 23.

democratização da justiça⁹³.

Corroborando com os ideais defendidos pela referida autora, a mudança de mentalidade passará por um processo educativo, envolvendo três etapas distintas que deverão ser compreendidas, no contexto da solução consensual de conflitos: a) a etapa preventiva, cuja função é evitar a violação de direitos a partir da ausência de informação; b) a etapa emancipatória, levando a comunidade à reflexão das implicações do direito e das necessidades comunitárias individuais ou coletivas; c) a etapa pedagógica que permite ao cidadão compreender as formas de satisfazer seus direitos e necessidades, seja pela via judicial, ou, na própria rede social a que pertence.

Por redes ou grupos sociais se entende que estes estejam representados por pessoas que vivem ou frequentam um mesmo território, partilhando dos mesmos serviços, problemas, recursos, códigos de conduta, linguagem e valores. Logo, a referida autora complementa, reforçando sua proposta de incentivo à mediação comunitária como meio de propagação de uma cultura conciliativa:

Atuar em rede proporciona uma simbiose entre participação política, exercício da autonomia e práticas solidárias. As redes permitem maximizar as oportunidades para a participação de todos, para o respeito à diferença e para a mútua assistência. Participação traz mais oportunidade para o exercício dos direitos políticos e das responsabilidades. Para se ter acesso aos recursos comunitários, o nível de atividade e de compromissos dos grupos sociais aumenta e a autoestima cresce após reciprocidade entre os vários componentes dessa cadeia “ecológica”, na medida em que implica retroalimentação. (...)

São nessas arenas locais – doméstica, comunitária e da cidadania – que os cidadãos podem desenvolver a capacidade de refletir, dialogar e decidir em comunhão os seus conflitos, dando ensejo à realização da autonomia política, no sentido de resgate do *auto normas* e da radicalização da democracia. É nessas esferas que o cidadão comum sente que é possível intervir na vida política, exercitando a cidadania⁹⁴.

A *internet*, enquanto meio de comunicação, possui o maior número de redes sociais ou empresariais, ao passo que a difusão dos métodos conciliativos *online* representa o futuro da mediação na sociedade digital, cujos ideais poderão ser rapidamente difundidos entre seus respectivos usuários.

Há muito tempo Kazuo Watanabe fazia menção a real necessidade de se modificar a mentalidade dos operadores do direito, a começar pelos bancos escolares, deixando de lado a solução contenciosa e adjudicada dos litígios, para assumir uma solução negociada⁹⁵.

⁹³ FOLEY, Gláucia Falsarella. **Mediação Comunitária para a emancipação social** in *Revista do Advogado*, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 85.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 86-87.

⁹⁵ WATANABE, Kazuo. **A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil** in *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colabores*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6.

Conhecida também como grande defensora das práticas conciliativas, Ada Pellegrini Grinover insiste destacar que as vias consensuais assumiram um importante papel na sociedade contemporânea, uma vez que esta última se tornou demasiadamente litigiosa, fazendo do processo um procedimento hetero compositivo ineficaz frente às complexidades e à grande quantidade de demandas judiciais⁹⁶.

Considerando que o acesso da população aos métodos alternativos de solução de conflitos, representa uma espécie de inclusão social por conceder às partes a oportunidade de solucionar seus próprios conflitos pelos meios que dispõem. Considerando, pois, o acesso à Justiça, representado pela adoção das práticas conciliativas, criam-se opções para que se haja uma maior participação popular nas decisões políticas e sociais dos cidadãos como forma de inclusão social.

Sendo assim, tanto os métodos ADR como os ODR passaram a viabilizar, não somente o acesso à justiça, mas, também, criaram mecanismos que desburocratizaram, simplificaram e desoneraram a possibilidade de se conseguir uma prestação jurisdicional efetiva e adequada, em juízo ou fora dele, inclusive, no mundo virtual propiciado pela utilização da *internet*.

2.2.1 A contribuição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e das legislações específicas para a desjudicialização dos conflitos

Para o desenvolvimento deste tópico será necessário fazer algumas considerações sobre o papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando esclarecer quais são suas principais finalidades e respectivas áreas de atuação no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

A priori, o CNJ surgiu a partir da Emenda Constitucional nº 45, publicada em 30 de dezembro de 2004, naquele movimento constitucional intitulado como “Reforma do Judiciário”⁹⁷.

Sua atuação se dá, primordialmente, na promoção dos princípios da Administração Pública, do acesso à justiça e à cidadania, na gestão estratégica e na modernização do Judiciário e, no acompanhamento e fiscalização do sistema carcerário. Em relação à gestão e gerenciamento de processos, o CNJ se divide em dois grupos de atuação, o primeiro grupo como sendo aquele responsável pela correição e fiscalização dos atos do Poder Judiciário e o segundo como aquele que se incumba da governança judiciária, qual seja aquele diretamente

⁹⁶ GRINOVER, *op. cit.*, p. 1-5.

⁹⁷ ARCURI, Daniela Marocco. **Nos bastidores do Conselho Nacional de Justiça** in **Revista do Advogado** – Ano XXXV nº 128, Dezembro de 2015. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 13-14.

ligado à promoção da cidadania, do acesso à justiça e da modernização do Poder Judiciário, englobando as seguintes ações: a) prover estudos e diagnósticos sobre a atuação do Judiciário; b) promover a comunicação institucional e a interlocução entre os respectivos órgãos judiciais; c) contribuir para o aperfeiçoamento dos recursos humanos dos serventuários da Justiça; d) promover iniciativas de modernização do sistema judiciário nacional; e) promover ações de acesso à justiça e à cidadania; f) gerir a estratégia do Poder Judiciário; g) realizar o controle orçamentário, financeiro e de pessoal do judiciário⁹⁸.

Dentro do contexto apresentado no presente estudo, qual seja a crise estrutural do Poder Judiciário, destacam-se os principais pontos a serem implementados pelo CNJ na administração da Justiça e no gerenciamento de processos, quais sejam os atos de: a) impulsionar o uso dos meios eletrônicos para a tomada de decisão; b) desestimular os processos de índole temerária ou protelatória; c) aperfeiçoar os filtros da repercussão geral e dos recursos repetitivos; d) incentivar a desjudicialização mediante a adoção de formas alternativas de solução de conflitos; e) aperfeiçoar e melhorar as condições de trabalho dos magistrados; f) envidar esforços para a valorização dos magistrados e servidores do Judiciário⁹⁹.

Há quem considere que a maior parte da responsabilidade pela crise do Poder Judiciário está na crescente judicialização dos conflitos, ao passo que tanto a mediação como a conciliação representam alternativas inteligentes para solucionar qualitativamente os litígios, não sendo muito eficazes as iniciativas de caráter quantitativo, tais como a “semana da conciliação” ou demais “mutirões”¹⁰⁰.

Deve-se, portanto, abandonar, o mais rápido possível, a cultura da litigiosidade para assumir uma cultura conciliativa e essencialmente pacificadora, deixando a solução judicial como última opção para a resolução das contendas.

Ada Pellegrini Grinover entende que a crise do Poder Judiciário não acarreta apenas o descrédito na magistratura, mas em todos os operadores de direito, ao passo que tais litígios, se não forem resolvidos, poderão culminar em conflitos sociais violentos, incentivando assim a atuação de determinados grupos vistos pela sociedade como “justiceiros”, os quais costumam adotar práticas de autotutela que são geralmente proibidas pelo Estado Democrático de

⁹⁸ CAMPELO, José Norberto Lopes. **Racionalização de procedimentos e acesso à Justiça: o interesse geral como instrumento de afirmação da competência do Conselho Nacional de Justiça** in *Revista do Advogado* – Ano XXXV n° 128, Dezembro de 2015. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p. 51.

⁹⁹ ALLEMAND, *op. cit.*, p. 58-62.

¹⁰⁰ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça**. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 17, p. 237-253, 2012. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>>. Acesso em 23.02.2016.

Direito¹⁰¹.

Dentre as diversas iniciativas positivas difundidas pelo CNJ, a Resolução nº 125/2010 merecerá uma atenção especial quando inserida no contexto do presente estudo, pois foi ela que instituiu a política judiciária nacional do tratamento adequado de conflitos de interesses, firmando-se em três pilares fundamentais para a estruturação das práticas conciliativas no Brasil: a) a mudança de paradigma no Poder Judiciário, abandonando-se a ideia de somente se alcançar a Justiça por meio da prestação jurisdicional do Estado; b) a garantia de qualidade dos serviços prestados pelo Estado, inserindo como auxiliares da justiça, os mediadores e conciliadores devidamente qualificados e treinados para a finalidade auto compositiva; c) a centralização dos serviços de conciliação, mediação e orientação, através da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Cássio Figueiras faz o seguinte comentário sobre a Resolução 125/2010 do CNJ:

A Resolução 125 protagonizou o Judiciário como o propulsor da utilização da mediação e da conciliação em todo o Brasil e abriu espaço para uma mudança no pensamento jurídico, fomentando uma postura colaborativa no tratamento dos conflitos em vez da tradicional postura adversarial¹⁰².

Restou claro que o objetivo central da resolução consensual de conflitos nunca foi solucionar a crise estrutural do Poder Judiciário, mas sim o de dar tratamento adequado aos conflitos de interesses. Logo, será possível afirmar que a Resolução 125 do CNJ representa um importante passo para a consolidação da mentalidade conciliativa, predominando a cultura da pacificação e da conscientização popular de que uma solução amigável e negociada será sempre a opção mais célere, barata, exequível, eficaz e, sobretudo, democrática.

Kazuo Watanabe¹⁰³ cita ainda o exemplo dado pela Diretoria das Federações das Indústrias de São Paulo (FIESP) e pelo Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP) - organizações estas que reúnem um total aproximado de 130 (cento e trinta) sindicatos patronais e mais de 9 (nove) mil empresas industriais, as quais laçaram mão do chamado Pacto de Mediação¹⁰⁴, documento este que serviu e continua a servir como diretriz para a realizações de acordos entre empregados e empregadores, de modo a manter o equilíbrio entre as relações de emprego, de salário, de manutenção das atividades empresarias e estabilidade financeira do país.

¹⁰¹ GRINOVER, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰² FIGUEIRAS, Cássio. **A resistência pacífica dos métodos de solução de conflito** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p. 71.

¹⁰³ WATANABE, 2014, *op. cit.*, pp. 37-39.

¹⁰⁴ **Pacto de Mediação FIESP/CIESP**. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br/centro-de-arbitragem-e-mediacao/arquivos/pacto-de-mediacao>>. Acesso em: 28.03.2016.

Essa proposta conciliativa coincide com a propagação dos Direitos Humanos pelo mundo, razão pela qual será possível associar que a consolidação dos métodos ADR (*Alternativa Dispute Resolution*) contribuiu e muito para a humanização da Justiça brasileira, dando uma resposta mais eficaz aos diversificados conflitos, os quais tem se tornado cada vez mais complexos diante da rápida e desordenada evolução social.

A mediação, por sua vez, assumiu novos contornos na sociedade atual, pois lidar com conflitos familiares, na atual conjuntura, se tornou algo extremamente difícil e complexo, ao passo que se abandonou a figura tradicional de família, de modo a existirem famílias recompostas, mono parentais, homo parentais, por exemplo, exigindo assim, um preparo específico para se compreender a real problemática do caso concreto, para assim viabilizar uma solução adequada a tais conflitos.

2.2.1.1 O papel dos conciliadores e mediadores enquanto auxiliares da Justiça

Dentre as inovações trazidas pela Resolução 125/2010 do CNJ, destaca-se a exigência da presença e da constante capacitação e atualização de mediadores e conciliadores, para que assim possam entender melhor os conflitos e qual a melhor forma de tratá-los, garantindo a todos o exercício de cidadania e a tão desejada pacificação social¹⁰⁵.

Considerando o conceito de mediação responsável e emancipadora trazido por Juan Carlos Vezzulla¹⁰⁶, resta incontroversa a importância do papel desempenhado pelo mediador, enquanto corresponsável (juntamente com as partes e com os advogados) pela busca por uma solução adequada para os conflitos. Destaca-se aqui a responsabilidade dos advogados pela realização de um bom acordo para seu cliente, devendo sempre zelar e respeitar os direitos da parte contrária, ainda que de forma mínima, como reflexo da boa-fé e da segurança jurídica do referido procedimento.

Em que pese a evolução legislativa, a partir das definições do papel de mediadores e conciliadores pela Resolução 125/2010 do CNJ, o advento da Lei 13.105/2015 definiu com maestria as semelhanças e sutis diferenças nas atividades a serem desenvolvidas pelos conciliadores e mediadores. Nesse contexto, Humberto Theodoro Junior ressalta o seguinte:

O Novo CPC deixa claro que o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para

¹⁰⁵ FIGUEIRAS, Cássio. **A resistência pacífica dos métodos de solução de conflito** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p.73.

¹⁰⁶ VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação responsável e emancipadora** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p. 56.

o litígio, mais possuir vedação de utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Assim, as atuais “coercições” serão normativamente proibidas. Já o mediador que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles passam pelo restabelecimento da comunicação, identificar por si próprias soluções consensuais que gerem benefícios mútuos¹⁰⁷.

Logo, a figura dos mediadores e conciliadores, no âmbito do processo civil brasileiro se tornou essencial à administração dos conflitos e da justiça, de modo que o Poder Judiciário como um todo (admitindo os posicionamentos contrários) passou a depositar muita confiança no trabalho desenvolvido por aqueles profissionais, exigindo-se, portanto, uma constante preparação, capacitando-os para todo e qualquer conflito que lhes forem oferecidos. Inclusive, há quem diga que o comportamento profissional dos conciliadores é melhor para se obter uma resolução efetiva para o conflito do que a atuação do próprio magistrado ou árbitro.

Ada Pellegrini Grinover foi muito feliz ao definir a intervenção dos mediadores e conciliadores enquanto administradores da justiça:

Inseridos os procedimentos conciliativos, ainda que de natureza não jurisdicional, no quadro da política judiciária, a intervenção de leigos na função conciliativa também se coloca no âmbito da participação popular na administração da justiça¹⁰⁸.

É crucial, portanto, que sejam efetuadas as distinções entre os papéis dos conciliadores e dos mediadores, para isso será preciso definir que a conciliação aborda conflitos mais pontuais, sem prévio vínculo existente entre as partes, ao contrário da mediação que, por sua vez, abordará conflitos originados a partir de uma relação mais intensificada entre as partes, havendo, portanto, a necessidade de se reestabelecer vínculos de confiança e respeito mútuos antes de se solucionar os conflitos.

Daniel Fabretti considera essencial a atuação do conciliador e do mediador para a melhoria da prestação jurisdicional através do Poder Judiciário, pois tal função tende a agilizar os serviços prestados aos jurisdicionados e à própria sociedade civil, contribuindo, também, para uma mudança de mentalidade não somente das partes, mas também para os operadores do direito que estão acostumados com a cultura do litígio, cultura esta que deverá ceder lugar à uma cultura de paz¹⁰⁹.

Destaca-se que o desenvolvimento da mediação enquanto prática social merece ser

¹⁰⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 224-225.

¹⁰⁸ GRINOVER, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁹ FABRETTI, Daniel. **Conciliação e Mediação em Juízo in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / vários colaboradores**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 73.

considerada uma profissão, em si mesma, podendo se esperar dos mediadores e dos conciliadores uma formação acadêmica específica e uma postura subjetivamente reflexiva. Sendo assim, será preciso que o mediador apresente um perfil conciliativo, além de apresentar habilidades específicas para o reestabelecimento do diálogo e dos vínculos afetivos entre as partes.

Importante salientar que, desde o advento da Resolução nº 125/2010 do CNJ, diversas instituições de pesquisa voltadas para os métodos adequados de solução de conflitos, tais como o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), o Fórum Nacional de Mediação (FONAME), o Conselho Nacional de Institutos de Mediação e Arbitragem (CONIMA) e seus respectivos membros contribuíram, conjunta e individualmente, para a sugestão de emendas à aludida resolução, as quais acabaram por ocorrer em 2013 (Emenda nº 1) e em 2016 (Emenda nº 2), especialmente após o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que tornou obrigatória a audiência de tentativa conciliação, a figura dos mediadores e conciliadores como auxiliares da Justiça, bem como a necessidade de capacitação e fiscalização dos atos dos referidos profissionais.

Ficou sedimentado o entendimento de que a formação de mediadores e conciliadores ficará a cargo dos instrutores de mediação e conciliação capacitados pelos cursos credenciados e autorizados pelo CNJ, havendo a necessidade de participação em cursos específicos que serão divididos em duas etapas (teórica e prática), tendo como parte essencial da formação, exercícios simulados e estágios supervisionados, de 60 (sessenta) e 100 (cem) horas, respectivamente¹¹⁰.

2.2.1.2 A criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSCs

Quando da publicação da Resolução nº 125/2010 do CNJ, aquele Conselho pretendeu estabelecer regras que viabilizassem o amplo acesso à justiça, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Sendo assim, os métodos conciliativos foram positivados naquela resolução de forma que ficou estabelecido que caberia ao Poder Judiciário estabelecer políticas públicas de tratamento adequado para os problemas jurídicos e para os conflitos de interesses, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados em juízo, mas fora dela, ressaltando a importância da mediação e da conciliação (art. 6º, inciso X da Resolução nº 125/2010).

¹¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 29.03.2016.

Tanto a conciliação como a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, os quais deverão ser estimulados, apoiados, difundidos e aprimorados pelos Tribunais Brasileiros, visando à consolidação de tais práticas no ordenamento jurídico pátrio.

Por essas razões, o CNJ estabeleceu que a implementação da Política Jurídica Nacional, se pautará na boa qualidade dos serviços e na disseminação da cultura de paz, devendo ser observada a centralização das estruturas judiciárias para a adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como o acompanhamento estatístico específico, conforme o disposto no artigo 2º da Resolução nº 125/2010 do CNJ.

De acordo com as exigências do artigo 7º da referida Resolução, todos os Tribunais de Justiça do país foram obrigados a criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, coordenados por magistrados e compostos por magistrados ativos ou aposentados e servidores, cujas atribuições foram estabelecidas em seus respectivos incisos e parágrafos, destacando-se a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os quais concentrariam, em suas dependências, a realização das sessões de conciliação e mediação (inciso IV).

Assim, o Novo Código de Processo Civil inspirado pela aludida resolução do CNJ, determinou, com a intenção de complementá-la e torná-la uma realidade processual, no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo no artigo 165 a obrigatoriedade da criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos nas áreas jurisdicionais de cada Tribunal, devendo contar com profissionais devidamente capacitados e registrados para o exercício das aludidas práticas conciliativas.

Deve ser ressaltada a dificuldade em se obter verbas para a implementação e manutenção de tais Centros Judiciários, seja por parte da iniciativa privada ou pelo próprio Poder Judiciário, ao passo que não bastam adquirir equipamentos, pagar serventuários, estagiários, conciliadores e mediadores (promessa de pagamento não consolidada em todos os estados brasileiros), mas propiciar locais apropriados para a realização das mediações e conciliações, que possam dar condições para que se ofereçam serviços complementares aos serviços jurisdicionais (seja ele judicial ou extrajudicial), tais como atendimento ao público, no sentido de fornecer orientação jurídica, psicológica, de assistência social e, outros serviços relacionados ao pleno exercício da cidadania.

O sucesso de diversos CEJUSCs se deve a parceria privada com as empresas, especialmente, aquelas atuantes no ramo do comércio e prestação de serviços, as quais se valem do artifício processual da conciliação para incentivar as práticas conciliativas no país, bem

como se beneficiar da realização de suas atividades de cobranças de créditos, haja vista os altos índices de inadimplência e o sucesso dos resultados obtidos. Para as empresas que não possuem condições de criar seus próprios departamentos para resolução de conflitos, no âmbito administrativo, enviar casos como estes para os CEJUSCs se tornou oportuno, tendo em vista a redução de custos com eventuais demandas judiciais.

Investir em Centros Judiciários, bem implantados e com bons profissionais trabalhando, poderá representar um bom investimento para as empresas, reduzindo assim, custos com as respectivas demandas judiciais, bem como contribuirá para a redução da litigiosidade entre seus clientes, fornecedores e parceiros de atividade.

Em que pese crise financeira e política enfrentada atualmente pela sociedade brasileira, não se pode desprezar o fato de que muitas empresas estão efetuando consideráveis cortes de despesas, especialmente aquelas que não estão relacionadas diretamente à produção ou à prestação de serviços da empresa, sem contar daquelas que estão encerrando suas atividades. Investir, portanto, numa iniciativa governamental, ainda que seja para o bem social, vai muito além dos interesses empresariais dos sócios proprietários das empresas e não significará em lucro para a empresa.

Dessa forma, caberá ao Poder Judiciário e a sociedade ponderar quanto à viabilidade em se manter uma estrutura diferenciada para atender as demandas dos CEJUSCs nas Comarcas e Subseções Judiciárias.

A partir desse questionamento, cumpre mencionar a existência do Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou à Distância, previsto na própria Resolução nº 125/2010 do CNJ, considerando que grande parte dos cidadãos possui amplo e irrestrito acesso à *internet*, estando assim incluídos digitalmente na Sociedade da Informação. Essa previsão legal pode significar uma alternativa viável para a solução dos entraves burocráticos e financeiros para a criação e manutenção dos CEJUSCs, em Comarcas e Foros Distritais menores e com pouco auxílio financeiro da iniciativa privada e dos Poderes Executivo e Legislativo locais.

2.2.1.3 A promulgação da Lei nº 13.140/2015 como Marco legal da Mediação

Respaldados pelos princípios gerais da Constituição Federal de 1988, bem como a real necessidade da promoção das soluções negociadas para os conflitos como alternativa ao processo judicial, as palavras “mediador” e “mediação” passaram a ser muito utilizadas pelo legislador pátrio, definindo quais seriam as atividades paralelas à jurisdição, admitindo ainda a intervenção de um terceiro imparcial e independente, cuja função seria facilitar a comunicação,

a partir da criação ou reestabelecimento de vínculos entre as partes.

Adolfo Braga Neto relata que houve uma significativa intervenção estrangeira para a propagação da mediação e arbitragem, no Brasil, e foi a partir da publicação da Lei nº 9.307/1996 que se estabeleceram novas regras ao instituto processual da Arbitragem, criando assim, diversas Câmaras Arbitrais e Mediação no país, no intuito de se buscar soluções paralelas à jurisdição. Foi somente em 1997, que as principais instituições de mediação e arbitragem existentes no país resolveram se reunir para discutir o futuro dos métodos alternativos de solução de conflitos no Brasil e estabelecer padrões mínimos de qualidade para o bom desenvolvimento da mediação e da arbitragem, criando ainda, padrões éticos para a atuação de mediadores e árbitros. Esta reunião ficou conhecida como “Operação Arbitrer 2”. Com isso, surgiram os primeiros documentos oficiais referentes às diretrizes da mediação e arbitragem, no Brasil, os quais foram submetidos e posteriormente avaliados pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA¹¹¹.

Nesse sentido, referido autor faz menção à criação da Lei nº 9.870/99 que autorizou a presença de um “mediador” no âmbito escolar para se resolverem conflitos surgidos a partir da relação entre associação de pais e alunos e as respectivas instituições de ensino, especialmente para que fossem resolvidas eventuais divergências de interesse quanto à fixação da mensalidade escolar base¹¹².

Deve ser elucidado que para a consolidação e regramento do instituto da mediação no Brasil, seria preciso que houvesse uma legislação específica para regulamentar e estabelecer parâmetros mínimos para o desenvolvimento de tais atividades no país.

Foi, portanto, em 2002, que se apresentou à Câmara dos Deputados um projeto de lei que viesse a positivar as relações decorrentes do instituto da mediação. Após diversas emendas no texto original do projeto, efetuadas tanto pela Câmara dos Deputados como pelo Senado, em 29 de junho de 2015, foi sancionada a Lei 13.140/2015 que ficou conhecida como “Marco Legal da Mediação no Brasil”. Ressalta-se que houve uma compilação das principais regras (47 artigos de lei) inerentes à mediação de conflitos, sendo divididas em dois capítulos, definindo às diretrizes básicas para a realização das atividades em sede de todo o território nacional.

Numa rápida análise sobre tal legislação, deve ser esclarecido que o primeiro capítulo prevê a conceituação básica da mediação como sendo “a atividade técnica exercida por terceiro

¹¹¹ BRAGA NETO, Adolfo. **Marco legal da mediação – Lei 13.140/2015. Comentários iniciais à luz da prática brasileira.** Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 47, ano 12, pp. 259-275. São Paulo: Ed. RT, out-dez.2015, p. 160.

¹¹² *Ibid.*, p. 161.

imparcial sem poder decisório, que escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (art. 1º).

No artigo 2º da Lei nº 13.140/2015, o legislador elencou nove princípios norteadores da mediação, tanto na esfera particular como no âmbito da administração pública e, são eles: a) o da imparcialidade do mediador; b) da isonomia (de tratamento) entre as partes¹¹³; c) da prevalência da oralidade dos atos praticados na mediação; d) da informalidade do procedimento, viabilizando uma maior flexibilização deste último; e) da autonomia de vontade das partes; f) da busca pelo consenso das partes; g) o da confidencialidade dos atos praticados durante a mediação; h) da boa-fé, seja ela objetiva ou subjetiva, desde que sempre sejam honestas, leais e probas as atitudes de todos os sujeitos envolvidos no conflito; i) o da obrigatoriedade de comparecimento das partes na primeira reunião de mediação.

Sobre o nono princípio existe uma confusão institucional causada pelas dúvidas de interpretação dos §§1º e 2º do artigo 2º, pois o segundo parágrafo se contrapõe ao primeiro, reforçando o posicionamento de que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação¹¹⁴.

O artigo 3º, por sua vez, limita a matéria objeto da mediação aos direitos disponíveis, admitindo uma exceção à regra, qual seja aquela baseada na vontade das partes e na manifestação do Ministério Público todas as vezes em que sua presença for exigida expressamente por Lei.

O artigo 4º prevê a obrigatoriedade de cadastro do mediador e da respectiva indicação pelo Tribunal de Justiça ou pela livre indicação das partes. Logicamente, para que tal escolha profissional seja bem sucedida deverão ser respeitados alguns critérios, para que sejam preservadas a imparcialidade e a segurança jurídica necessária para a formalização de eventual acordo.

No mais, o mediador deverá se atentar para o Código de Ética definido pelo artigo 5º do respectivo Marco Legal da Mediação, o qual deverá ser complementado pelos dispositivos próprios previstos tanto na Resolução nº 125/2010 do CNJ (artigo 12) como pelos artigos pertinentes do Novo Código de Processo Civil (artigos 166 e seguintes da Lei 13.105/2015). Retomando a Lei 13.140/2015, o artigo 10 orienta que haverá a possibilidade de representação

¹¹³ SIQUEIRA, *op. cit.*, p. 108.

¹¹⁴ Ressalta-se que aqui deverá ser esclarecido que com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, em março de 2016, o comparecimento das partes se tornou, via de regra, obrigatório na esfera judicial, salvo se ambas as partes, expressamente, abrirem mão da oportunidade de solução consensual do litúgio. **Lei nº 13.105/2015 – art. 334, §8º - § 8º** *O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.*

das partes por seus advogados, sem, contudo, dispensar a presença dos próprios litigantes quando os conflitos envolverem questões pessoais.

Para não se aprofundar mais ao tema, sem a devida necessidade, será elaborada uma rápida análise do artigo 46 do Marco Legal da Mediação que prevê a prática da mediação *online*, ou, por outro meio de comunicação à distância, desde que preservado o princípio da autonomia da vontade, servindo de embasamento teórico para a defesa dos métodos ODR aqui defendidos como uma solução adequada no que tange aos conflitos de uma sociedade cada vez mais virtualizada.

2.3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A REGULAMENTAÇÃO DAS PRÁTICAS CONCILIATIVAS

Em meio a tantas inovações, nota-se que os legisladores contemporâneos não mediram esforços para tornar o Processo Civil mais eficiente e democrático, deixando de lado a exclusividade estatal no gerenciamento e na entrega do objeto da respectiva prestação jurisdicional, tanto que tais legisladores assumiram a árdua tarefa de reformar o processo civil brasileiro, pautados na busca por dois objetivos essenciais para uma nova sistemática processual: a desburocratização do processo, visando à redução do tempo de duração; e a valorização dos métodos alternativos de solução conflitos.

Na obra coordenada por Fernando da Fonseca Gajardoni, Zulmar Duarte afirma que o artigo 3º do Novo Código de Processo Civil ratificou o postulado da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), o direito de ação e o acesso à justiça, reforçando o seguinte:

Aliás, a proposição é reforçada pelo artigo 140 do código que veda a abstenção por parte do Estado Juiz na prestação da tutela jurisdicional, bem como pela regra de julgamento estipulada no artigo 373, a qual impede juramento pela obscuridade da causa (*sibi non liquere*)¹¹⁵.

Ressaltam-se, portanto, alguns dos posicionamentos anteriormente apresentados, no sentido de que não se pode confundir o acesso à justiça com o acesso à jurisdição prestada pelo Estado, havendo a necessidade de se fazer uma releitura tanto do texto constitucional como do artigo 3º do Novo CPC, para que se compreenda o real sentido do acesso à justiça¹¹⁶.

¹¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral/ Fernando da Fonseca Gajardoni**. – São Paulo: Forense, 2015, p. 15.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 15. “O acesso à justiça é princípio contagiante, protraindo sua influência, entre outros, para igualdade e celeridade processual, pois se pretende um acesso à Justiça, predicado de igualdade e celeridade”.

Com isso, está claro que o Novo Código de Processo Civil, dentre suas inúmeras novidades legislativas e procedimentais, absorveu as técnicas de *ADR* para seu texto normativo passando a integrá-las como meios efetivos (adequados) de resolução de conflitos, ou seja, tais técnicas passaram a ser instrumentos legítimos do processo.

Dentre as inúmeras inovações trazidas pelo Novo CPC, destaca-se o ponto que vai de encontro com o tema proposto na presente dissertação, quais sejam a admissão e consolidação das práticas consensuais de resolução de conflitos, bem como a duração razoável do processo, que está ligada, por sua vez, à celeridade processual e à satisfação dos direitos envolvidos no conflito, consistindo, portanto, na solução integral do mérito, conforme dispõe o artigo 4º da Lei 13.105/2015 e o artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal de 1988.

Assim, ao se combinar os artigos 3º e 4º do Novo CPC será possível verificar que os meios integrados (alternativos) de solução de conflitos passaram a receber um tratamento especial pela Lei nº 13.105/2015, considerando o sucesso na aplicação de tais técnicas para resolução consensual de conflitos, sendo, portanto, métodos céleres e eficazes.

2.3.1 Principais alterações na sistemática processual brasileira

Muitos processualistas já haviam admitido a necessidade de se vencer aquela visão fracassada de processo, passando a fazer uma releitura democrática da norma de cooperação em caráter participativo¹¹⁷, de modo a garantir a todos os sujeitos processuais a efetiva participação e influência na formação e na satisfação das decisões, repudiando ainda atos de litigância de má-fé.

Sem dúvida alguma, a expressa e ampla autorização concedida às partes para celebrarem negócios jurídicos processuais, nos termos dos artigos 190 e 191 da Lei nº 13.105/2015 é reflexo da consolidação das práticas conciliativas.

Ressalta-se que a admissão de tal prática pelo Novo CPC consiste, para alguns processualistas, numa releitura constitucional do princípio do contraditório. Fábio Peixinho Gomes Corrêa, compactuando com tal entendimento declarou o seguinte:

Um dos alicerces sobre os quais se erigiu essa orientação em prol de negócios jurídicos processuais parece ter sido o redimensionamento do princípio do contraditório, estimulando, a colaboração das partes para superar obstáculos que se mostravam intransponíveis enquanto estas agiam isoladamente segundo seus próprios interesses. Nesse sentido, o Novo regramento processual elimina qualquer dúvida de que os negócios jurídicos processuais serão legalmente admitidas em sua máxima amplitude, ressalvado o juízo de validade. Trata-se de claro incentivo ao exercício da autonomia

¹¹⁷ THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 60.

privada que pode levar as partes a desbravarem caminhos novos tal como “bandeirantes” penetrando nos diversos rincões do Direito Processual Civil, em busca de melhorar suas posições processuais¹¹⁸.

A negociação processual se tornou uma tendência mundial, em razão de seu caráter cooperativo entre as partes conflitantes, tendo sido aceita por diversos ordenamentos jurídicos.

O Brasil, por sua vez, se inspirou nas legislações francesa (art. 764 – *Codice de Procédure Civile*) e italiana (art. 183 do Código de Processo Civil Italiano), quando introduziram em seus respectivos ordenamentos jurídicos, o negócio jurídico processual para estabelecer um calendário processual que viabilizasse uma rápida e eficaz solução para o conflito. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro admitiu, expressamente, através do artigo 190 do Novo CPC, a possibilidade das partes celebrarem a negociação processual, pois tanto no Código de Processo Civil de 1973 como na Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), já havia a permissão para se convencionar sobre a eleição do foro competente, bem como sobre a distribuição do ônus da prova.

Não se pode, entretanto, passar despercebido pela adoção da negociação processual pelo legislador como forma de democratização do acesso e da participação das partes no processo. Flávia Zanferdini define que “democratizar a justiça implica em convocar o cidadão a participar ativamente na resolução de seus conflitos, incentivando-o a tanto e criando os meios para que isso possa ocorrer¹¹⁹”.

Na realidade o que se propôs aos litigantes foi uma participação responsável na resolução dos conflitos judicializados, iniciativa esta que coaduna com a promoção e com o fortalecimento da democracia.

Sobre o procedimento da negociação deve restar consignado que a alteração das regras processuais deverá ser pensada visando melhorias nos resultados pretendidos pelo processo, respeitando acima de tudo as vontades das partes, as quais a declararão expressamente, não podendo ser presumida a aceitação de eventual mudança nas regras processuais a partir silêncio dos sujeitos processuais.

Fábio Luiz Yarshell aponta alguns requisitos essenciais para a validade e existência para a negociação processual: a) primeiramente, a manifestação de vontade deve ser consciente, livre e de boa-fé; b) deverá haver igualdade substancial entre as partes, ou, será preciso que o negócio

¹¹⁸ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?** in *Revista do Advogado - O novo código de Processo Civil*, ano XXXV, maio/2015, nº 126. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, pp. 77.

¹¹⁹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Os Meios Alternativos de Solução dos Conflitos e a Democratização da Justiça**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, v. 5, p. 105-125, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/158>>. p. 105. Acesso em 23.02.2016.

processual assegure essa situação, mesmo quando houver situação de desigualdade material; c) a convenção é admissível mesmo em processos de Estado, desde que as partes sejam capazes, inexistindo impedimento quanto à participação da Fazenda Pública nas pretensas negociações; d) a convenção deve se ajustar aos postulados do devido processo legal à observância dos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento; e) os sujeitos devem ser plenamente capazes, excluindo a possibilidade de que seja celebrado por relativamente incapazes, mesmo que regularmente assistidos; f) a convenção pode ser celebrada pelas entidades que apresentarem aptidão de estar em juízo; g) não sendo exigível capacidade postulatória, a validade não estará condicionada à presença do advogado; h) não há forma prevista em lei, admitindo-se admissível o instrumento particular; i) não será permitida a derrogação de normas processuais cogentes ¹²⁰.

Importante frisar que a Lei nº 13.105/2015 trouxe uma série de comandos que visam incentivar e proporcionar às partes o diálogo e o controle das ações processuais, preservando sempre a boa fé processual (art. 5º), a fundamentação estruturada das decisões (art. 486), o formalismo democrático, inclusive, o contraditório (art. 10).

Tais modificações - segundo Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, resultaram da evolução da chamada socialização processual¹²¹, iniciada no final do século XIX, tendo ganhado força a partir da consolidação do Estado de bem-estar social, no qual os governantes passaram a se preocupar mais com questões sociais, com o fortalecimento do Poder Executivo e com a defesa dos cidadãos nas relações jurídicas por entenderem ser hipossuficientes para a tão sonhada pacificação social.

[...] Uma das bases de perspectiva democrática trazida no Novo CPC, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, impondo que a comunidade de trabalho deva ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional do processo[...]¹²².

A cooperação intersubjetiva dos sujeitos processuais visa a autorresponsabilização dos envolvidos na demanda, de modo que o artigo 6º do NCPC dispõe que todos os sujeitos do processo deverão cooperar, entre si, para se obter em tempo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

Nesse caso, o magistrado deverá agir, com imparcialidade e boa-fé, compactuando que

¹²⁰ YARSHELL, Fábio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC in Revista do Advogado - O novo código de Processo Civil**, ano XXXV, maio/2015, nº 126. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p. 91-92.

¹²¹ THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, pp. 62-63.

¹²² *Ibidem*, p. 70.

o Estado Democrático oferta a jurisdição, afastando-se, completamente, do padrão liberal e social. Assim, os litigantes se tornam livres e partes ativas na própria composição de litígios¹²³.

A ideia de comparticipação traz, em si, implícita os reflexos do princípio do contraditório, deixando de ser apenas um elemento surpresa, mas, sim, uma garantia de influência direta dos sujeitos processuais.

No âmbito internacional, a cooperação jurídica surgiu a partir da ideia da nova concepção de “acesso à Justiça”, visão esta mundialmente difundida por Cappelletti a partir das quatro ondas de renovação processual, propostas para solução para a crise do Poder Judiciário, as quais foram referenciadas no início deste capítulo.

Ao considerar o avanço tecnológico e a melhoria nos sistemas de comunicação global de massas, bem como o crescimento das transações comerciais pela *internet*, a cooperação internacional entre os Estados Soberanos se tornou uma alternativa para se regulamentar as relações virtuais internacionais.

Foi a partir dessa mudança de mentalidade da maioria dos processualistas brasileiros, a promulgação do Novo Código de Processo Civil foi crucial para a propagação dessa ideia de cooperação judiciária internacional culminando nos artigos 26 e seguintes da Lei nº 13.105/2015, os quais visam à facilitação dos trâmites processuais entre as partes de países diversos garantia de cumprimento de medidas judiciais (cartas rogatórias, por exemplo), homologação de sentença estrangeira, pedidos de extradição, dentre outros procedimentos.

Nos casos em que o Brasil tenha assinados tratados internacionais serão preservados: a garantia do devido processo legal no Estado requerente; a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à jurisdição e à tramitação dos processos; a publicidade; a autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação e a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras¹²⁴.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil o acesso à justiça ganhou um novo sistema para se alcançar uma efetiva prestação jurisdicional, representado pela consolidação do chamado modelo multiportas, bem como à absorção legislativa dos meios alternativos de solução de conflitos pela lei processual civil ordinária.

O sistema multiportas (*multidoor courthouse* – Tribunal Multiportas de Frank Sander) representa a ideia de criação de um Centro de Justiça Global, no qual seria fornecida à população uma variedade de instalações de ADR (mediação, conciliação e arbitragem, por

¹²³ *Ibid.*, p. 82.

¹²⁴ *Idem.* p. 135.

exemplo), visando a busca pela técnica mais adequada para a resolução de determinados conflitos¹²⁵. Assim, o sistema multiportas trazido pelo Novo Código de Processo, encontrou respaldo, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A utilização dos métodos conciliativos põe fim à demanda com maior rapidez e eficácia, transferindo às partes do processo a responsabilidade pelo gerenciamento de seus próprios conflitos e interesses, passando o Judiciário a ser apenas um órgão facilitador para a resolução dos litígios, de modo que o processo civil seja o último recurso a ser utilizado para a resolução de conflitos.

Em consonância com o princípio da cooperação e da negociação processual das partes, outro grande vetor da mudança, está no surgimento de uma nova concepção paradigmática, fundada no estímulo às soluções consensuais dos conflitos, enfatizando-se a possibilidade das partes colocarem fim ao conflito pelas vias conciliativas, ao passo que elas próprias assumirão as rédeas da resolução definitiva de seus próprios conflitos.

Além disso, há de se esclarecer que a Resolução nº 125/2010 do CNJ assumiu um importante papel na redação dos artigos que disciplinaram as matérias inerentes aos métodos ADR no Novo Código de Processo Civil (artigos 165 e seguintes), bem como incentivou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e o reconhecimento do mediador e do conciliador como auxiliares da justiça (artigo 149).

Ficou claro, todavia, que o legislador processual civil não se limitou a simplesmente aderir às práticas conciliativas, mas, atentou-se, inclusive, ao diferenciá-las entre si (artigos 165, §2º e §3º, da Lei nº 13.105/2015).

Não menos importante, ressalta-se que tanto os conciliadores como os mediadores deverão seguir um Código de Ética próprio para o desenvolvimento de suas atividades, regramento este referendado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ e, agora, pelo artigo 166 do Novo Código de Processo Civil, que houve por bem repetir em seu texto os princípios que deverão ser respeitados, tais como a imparcialidade, a autonomia de vontade das partes, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade, a decisão informada, dentre outros.

Cada conciliador e mediador deverá manter um cadastro atualizado perante os respectivos Tribunais de Justiça responsáveis pela jurisdição de suas respectivas áreas de atuação (artigo 167 do Novo CPC).

Com isso, a atividade conciliativa passará a ser vista com outros olhos pela sociedade, considerando que ela poderá ser remunerada e, assim, fiscalizada pelo Poder Judiciário,

¹²⁵ THEODORO JUNIOR, *op. cit.*, p. 217.

solicitando de seus conciliadores e mediadores um aperfeiçoamento técnico contínuo, especialmente, se tais auxiliares da justiça passarem a atuar em ambientes virtuais de conciliação, como aqui se propõe e se incentiva.

2.3.2 Os reflexos da Lei 13.105/2015 para as demais áreas do Direito

Quando se fala da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às diversas áreas do Direito, há de se ressaltar que o artigo 15 do Novo CPC define que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos aplicar-se-ão as disposições daquele Código de forma supletiva e subsidiária.

Na esfera trabalhista, por exemplo, as principais investidas do instituto da mediação se deu a partir da criação das Leis nº 10.101/2001 e 10.192/2001 que estabeleceram, num primeiro momento, a possibilidade de negociação direta entre as partes, encaminhando o caso para um mediador indicado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, caso não houvesse qualquer tipo de solução amigável naquela oportunidade. Nesse sentido, o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho corroborou para a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, afirmando que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as respectivas normas trabalhistas.

Abre-se, no entanto, o precedente para a aplicação subsidiária do artigo 3º do Novo Código de Processo Civil à Justiça do trabalho, tornando legítima, portanto, a aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos na esfera trabalhista.

Por exemplo, os artigos 611 e 625-E da CLT consideram que a aplicação de tais práticas consensuais de resolução de conflitos será admitida situações em que se pretende resolver conflitos de natureza coletiva, tais como nas convenções coletivas de trabalho e nas Comissões de Conciliação Prévia como garantia constitucional do acesso à Justiça. Uma vez admitida a mediação, no âmbito das negociações coletivas de natureza trabalhista, destacam-se as regras previstas no Decreto nº 1.572/95, mais precisamente em seu artigo 2º, que prevê a escolha e a intervenção de um mediador para a solução de conflitos, se as partes assim concordarem, após ter sido frustrada a respectiva tentativa de negociação direta.

A Medida Provisória nº 1950/2000, por sua vez, previa em seu artigo 11 a realização de negociações prévias antes do ajuizamento da ação de dissídio coletivo, sendo prevista em tal regramento a escolha do mediador. Cumpre salientar que certa polêmica tem surgido, em relação à admissão da arbitragem e da conciliação, em sede de dissídios e acordos de trabalho, pois existem determinados direitos do trabalhador que são indisponíveis, nos termos do artigo

7º da Constituição Federal. Muito se discute, entretanto, sobre a indisponibilidade dos direitos do trabalhador, a ponto de se questionar a admissão ou não da flexibilização de tais direitos trabalhistas, tornando-os adaptáveis a determinadas situações.

Bruno Freire e Silva traz um exemplo contemporâneo e muito conhecido que flexibilizou o direito indisponível da irredutibilidade salarial em prol de empregador e empregados, visando a manutenção dos empregos destes últimos em tempos de crise econômica:

É conhecido no meio jurídico o caso da Volkswagen, que, em vez de realizar uma dispensa em massa optou por, com a intervenção do sindicato, reduzir a carga horária e conseqüente salário de seus operários, para que fosse respeitada a garantia do emprego e um de seus principais corolários, a dignidade da pessoa humana. A flexibilização, pois, é um válido caminho a seguir¹²⁶.

Entendeu-se, todavia, ser possível flexibilizar os direitos do trabalhador em prol de um bem maior, por exemplo, no caso de manutenção do emprego e da valorização da pessoa humana. A jurisprudência pátria, entretanto, tem corroborado expressivamente com tal entendimento:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO COLETIVA PROPOSTA PELO MPT - LIMITES E EFEITOS. Ao MP cabe a defesa dos interesses individuais e coletivos irrenunciáveis. Se as partes transacionam sobre direitos disponíveis, através de concessões recíprocas, esta vontade negocial deve ser respeitada, sob pena de o MPT se transformar em tutor, e não em defensor dos interesses sociais e individuais, quando associados à esfera pessoal de um titular. Sua atuação só se legitima quando as partes, a pretexto de negociarem direitos individuais, transcendem os limites impostos pela Constituição e pelas leis de ordem pública. Ao garantir a convenção coletiva e o acordo coletivo como direitos constitucionais do trabalhador, pode este exercê-lo livremente com o sindicato contrário, ou com o empregador, em caso de acordo, desde que se leve em conta os limites maiores da Constituição e das leis de ordem pública. (TRT 3ª Região - Seção Especial de Dissídios Coletivos. Processo: AA - 5/01. Redator Antonio Alvares da Silva. Data de Publicação: 07.06.2002). Grifo Nosso.

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ÍNDICE INFERIOR AO LEGAL. PACTUAÇÃO EM INSTRUMENTO NORMATIVO. VALIDADE. A Constituição Federal de 1988 trouxe à ordem jurídica trabalhista brasileira maior possibilidade de flexibilização, permitindo, inclusive, a redução salarial, desde que por intermédio da negociação coletiva, como dispõe expressamente o artigo 7º, em seu inciso VI. O artigo 195, § 1º, da CLT, por sua vez, já permitia ao sindicato intentar reclamatória visando à apuração da condição perigosa ou insalubre em ambiente de trabalho. A conjunção dos dispositivos legais em tela e a natureza salarial do adicional de periculosidade revelam a possibilidade de a empresa e o sindicato dos trabalhadores pactuarem o pagamento do referido adicional de forma parcial, considerando os parâmetros estabelecidos na transação havida. Válidos, portanto, os termos do acordo

¹²⁶ SILVA, Bruno Freire e. **O art. 3º do Novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho - Os meios alternativos de solução de conflitos se aplicam nessa seara processual?** in **Revista do Advogado - O novo código de Processo Civil**, ano XXXV, maio/2015, nº 126. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, p. 21.

firmado em dissídio coletivo, onde restou estipulado que o percentual a ser aplicado seria 22,5%.

Inconformada com a sentença de fls. 139/143, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados na ação trabalhista, complementada pela decisão em embargos de declaração de fls. 157/158, interpõe a reclamada recurso ordinário às fls. 161/207, alegando preliminares de extinção do processo sem resolução do mérito, por ausência de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia, de coisa julgada, impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva do empregador para responder à pretensão de pagamento das diferenças da multa de 40% do FGTS decorrentes dos expurgos inflacionários. No mérito, requer a reforma do decisum em relação aos temas: equiparação salarial, adicional de periculosidade por elétrica proporcional, reflexos do adicional de periculosidade, diferenças da multa de 40% do FGTS, diferenças de incentivo ao desligamento (PRD) e horas extras. (TRT 2ª Região – Turma 3 - Processo nº 02531.2003.010.02.00-4. Rel. Des. Mércia Tomazinho. Publ. 14-10-2008)

No que se refere às funções atribuídas para as Comissões de Conciliação Prévia verifica-se que o legislador trabalhista foi pontual ao se admitir a prática de negociações consensuais antes de iniciadas as respectivas demandas judiciais. Citando, ainda, Bruno Freire e Silva tem-se que as atividades de tais comissões são equiparadas as atividades dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania no âmbito da Justiça Estadual.

As comissões de conciliação prévia, apesar de constituição distinta, tem a mesma função dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos previstos nos artigos 165 e seguintes dos Novo CPC, que, por meio de conciliação e mediação, também buscam uma forma alternativa e célere de solucionar os conflitos ¹²⁷.

Borcat e Severino ponderam que, no âmbito da Justiça do Trabalho, muitos são os trabalhadores dispensados sem justa causa, especialmente, nessa época de crise financeira e política, ao passo que a crescente taxa de desemprego tem despertado a preocupação de muitos empresários e governantes, considerando, entretanto, que muitos empregadores não estão conseguindo fundos suficientes para saldar as verbas rescisórias de seus funcionários no prazo estabelecido pelo artigo 477 da Consolidação das Leis do Trabalho ¹²⁸. Em situações como esta, a realização de tentativa de negociação representam a melhor alternativa para as partes, pois não oneram o empregador, de imediato e, não deixam as partes totalmente desamparadas financeiramente.

Os artigos 513 e 514 da CLT, por sua vez, legitimam e definem, respectivamente, quais as prerrogativas e quais os deveres dos respectivos sindicatos. Logo, caberão às entidades sindicais essa adaptação às novas realidades apresentadas pela sociedade, de modo a substituir a litigiosidade pelo princípio da cooperação, incentivando um maior diálogo social, uma maior

¹²⁷ *Ibidem*, p. 25.

¹²⁸ BORCAT, Juliana Cristina; SEVERINO, Luis Fernando. **Negociação Coletiva e Lide Simulada in Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores** - 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014. p. 305.

agilidade nas soluções dos conflitos, ao passo que se estará priorizando a defesa do princípio da dignidade humana, manutenção da ordem econômica, dentre outras garantias fundamentais inerentes às relações de trabalho.

É a busca por uma solução coletiva de atores envolvidos, por relação de emprego, mas com a necessária participação do Poder Público, como órgão de controle e proteção dos direitos sociais, de vedação em caso de fraudes, mas de participação em caso de solução pacificada legítima trabalhada pelas partes em conflito, o que pode ocorrer tanto antes quanto após a propositura de ação judicial¹²⁹.

Com isso, deve ser evidenciado que uma solução negociada poderá melhor retratar a veracidade das alegações e a boa fé das partes envolvidas no litígio, as quais não poderão se valer de tais métodos para inventarem ou simularem situações jurídicas, no sentido de obterem vantagens indevidas.

Não cumpre aqui esgotar todas as áreas do direito em que as práticas conciliativas poderão ser adotadas, cabendo, apenas, citar os aspectos mais relevantes.

Admite-se, no entanto, a conciliação no direito de família, empresarial, no direito bancário e do consumidor, nas relações internacionais, no direito administrativo e, inclusive, no direito penal, representado pela possibilidade de transação penal oferecida pelo Ministério Público e pelas propostas dos respectivos Termos de Ajustamento de Condutas.

2.3.3 O processo digital no âmbito do Novo Código de Processo Civil

Em relação ao processo eletrônico pode-se dizer que ele já se tornou uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, cujos serviços não se limitaram a consulta de andamento processual pela *internet*, permitindo também ao cidadão consultar o inteiro teor das decisões; aos advogados, viabilizou o peticionamento eletrônico; dentre outros benefícios que representam um notório benefício em busca da otimização e desburocratização do sistema processual brasileiro.

Com advento das tabelas processuais unificadas (TPUs), instituída pela Resolução do CNJ nº 46/2007, os códigos de classe, assunto e movimentos processuais foram padronizados nacionalmente, podendo ser considerado como o primeiro passo para viabilizar a criação de um sistema único de informações. Em junho de 2011, o Conselho Nacional de Justiça em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil criaram o sistema PJe – Processo Judicial eletrônico, que ficou conhecido nacional e mundialmente por se tratar de uma ferramenta gratuita

¹²⁹ *Ibidem*, p. 312.

disponibilizada a todos os tribunais brasileiros, sendo capaz de permitir a tramitação e acompanhamento processual, independentemente do ramo de justiça. Logo, por meio da Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013, o Conselho Nacional de Justiça instituiu formalmente o sistema PJe e estabeleceu os parâmetros para sua implementação e seu funcionamento em âmbito nacional. Desta forma, foram constituídos nos tribunais brasileiros os chamados comitês gestores que se encarregariam da elaboração e do planejamento de um cronograma de implantação nacional do PJe. Por fim, além de fornecer as regras (TPUs) e o sistema (PJe) necessários para uniformização da justiça, o CNJ produz anualmente um diagnóstico completo sobre a gestão dos tribunais na área de Tecnologia da Informação e Comunicação, de modo a classificar cada tribunal como sendo crítico, baixo, médio, satisfatório, aprimorado e excelência na prestação dos serviços jurisdicionais¹³⁰

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, o processo eletrônico passou a ser tratado, com prioridade, ao passo que as atividades virtuais têm se consolidado em vários segmentos da sociedade.

Entretanto, a realização dos atos processuais nos meios digitais não representa nenhuma novidade legislativa, considerando a promulgação da Lei nº 11.491, de 19 de dezembro de 2006, que disciplinou a informatização do processo judicial, alterando alguns dos dispositivos do Código de Processo Civil vigente à época (Lei nº 5.869/1973).

A digitalização do processo, por sua vez, se originou a partir da necessidade de o Poder Judiciário melhorar o gerenciamento dos processos como alternativa à morosidade do procedimento judicial, à ineficiência dos atos processuais frente ao acúmulo das demandas, à complexidade e burocracia excessiva para se registrar as atividades judiciárias praticadas.

Dessa maneira, a Lei 11.419/2006 inovou no sentido de permitir a utilização do meio eletrônico, na tramitação dos processos judiciais, na comunicação de atos e na transmissão de peças processuais (art. 1º). Assim, passou a ser considerado como meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais (inciso I); transmissão eletrônica como toda a forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, especialmente, a *internet* (inciso II); a assinatura eletrônica como forma de identificação inequívoca do signatário, tais como a assinatura digital em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada (inciso III, alínea *a*) e o cadastro de usuário no Poder Judiciário (inciso III, alínea *b*). Os resultados da implementação dessas práticas virtuais muito contribuiu para o desenvolvimento do processo como um todo, uma vez que a

¹³⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015. *Op. Cit.*

internet interferiu diretamente nas regras básicas de conduta da sociedade cada vez mais globalizada.

Não havia como o Novo Código de Processo Civil deixar de regulamentar expressamente os procedimentos eletrônicos do processo, tornando lei ordinária, as respectivas portarias, provimentos e regimentos internos dos Tribunais de Justiça.

Ficou, portanto, estabelecido que o processo poderá ter seus atos parcial ou totalmente no formato eletrônico, respeitando sempre os princípios processuais constitucionais do devido processo legal e da privacidade, conforme assegura o artigo 193 do Novo Código de Processo Civil.

A utilização dos meios eletrônicos para a tramitação do processo, desde a edição da Medida Provisória nº 2200-2/2001 e da Lei nº 11.419/2006, instituíram a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) como responsável pela emissão de certificados digitais e, assim, pela identificação virtual dos sujeitos processuais, sendo eles servidores públicos, partes, advogados ou peritos judicialmente nomeados, tendo ainda definido que a referida Lei Federal alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 1973, passando a dispor e regulamentar a informatização do processo judicial.

Para Zulmar Duarte o processo eletrônico trouxe para o processo um ganho considerável de rendimento, ao passo que economizou tempo e capital de investimento do Tribunal de Justiça em relação ao abandono da formação física dos processos, dentre os outros benefícios s seguir mencionados:

O processo eletrônico simplesmente pelo uso da tecnologia no desenvolvimento do procedimento permite um ganho considerável de rendimento, haja vista que: a) extingue práticas humanas desnecessárias no ambiente virtual, tais como a formação física do processo, juntadas de petições e/ou decisões etc.; b) evita a formação de instrumento para o recurso de agravo; repassa ao sistema a realização da contagem e certificação de prazos, evitando erros; d) otimiza os trabalhos no processo judicial, acrescentando funcionalidades antes inexistentes; e) autonomiza a sucessão de fases processuais sem a intervenção humana; f) possibilita a execução dos atos processuais de forma paralela por várias pessoas¹³¹.

Considerando a nova sistemática do Código de Processo Civil, o respectivo artigo 194 definiu que os sistemas de automação processual deverão respeitar alguns princípios, dentre eles o da publicidade dos atos, o amplo acesso e participação das partes e de seus respectivos procuradores, inclusive nas audiências, observadas algumas exceções à própria publicidade dos atos, em caso de pedido de segredo de justiça.

O artigo 195 do Novo CPC, por sua vez, passou a prever o registro do ato processual

¹³¹ DUARTE, Zulmar *in* GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral** – São Paulo: Forense, 2015, pp. 643-644.

eletrônico, em padrões abertos, devendo atender aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação, sendo, ainda observadas as considerações sobre o segredo de justiça, a confidencialidade, bem como a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente.

Não se tratando de uma pesquisa científica na área da informática, haverá uma restrição no presente estudo, analisando-se, apenas, os artigos mais relevantes para o processo, sobretudo, aquilo que se relaciona com o processo eletrônico. Todavia, não se pode deixar de apreciar o conteúdo do artigo 197 da Lei nº 13.105/2015 que definiu que os tribunais deverão divulgar informações constantes de sistema de automação, em página própria da rede mundial de computadores, gozando de veracidade e confiabilidade, todos os atos e informações do processo, respeitando assim, os princípios da publicidade dos atos processuais.

Tais esclarecimentos sobre o processo eletrônico, ainda que breves, são necessários para se justificar a plausibilidade e os benefícios da intensificação do uso dos métodos *online* de resolução consensual de conflitos como alternativa não somente ao processo judicial, mas como mecanismo de inclusão social (nesse caso a digital – que será discutida no próximo capítulo), bem como instrumento de participação popular democrática na atual Sociedade Informação.

3 A INCLUSÃO DIGITAL COMO REQUISITO ESSENCIAL PARA A EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Considerando que a *internet* assumiu um importante papel, tanto na economia como no âmbito social, sua utilização trouxe inúmeros benefícios para a sociedade contemporânea, representando mais que um avanço para tecnologia no campo da comunicação social, mas, sobretudo, viabilizou a prestação de serviços pela rede, consolidou o comércio eletrônico, trouxe inúmeros benefícios para a educação e para o entretenimento, bem como informatizou o Poder Judiciário a partir da criação do processo eletrônico.

No âmbito da Sociedade da Informação, a *internet* proporcionou uma maior participação popular nos assuntos públicos, redesenhando assim, a democracia participativa não somente no Brasil, mas em todo o mundo.

É possível, no entanto, verificar a presença mais frequente dos processos globalizantes na sociedade, em especial, nos últimos vinte anos, a ponto de Paulo Bonavides considerar a globalização neoliberal como uma forte referência de valores, a qual permitiu a universalização dos direitos fundamentais de quarta geração, registrando sua ideia da seguinte forma:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia¹³².

Apesar do constante desenvolvimento tecnológico, as relações sociais, políticas e jurídicas ainda não estão preparadas para atender as demandas decorrentes dos problemas causados pela modernidade.

Inexistindo respaldo para se garantir uma efetiva solução para os problemas decorrentes dos recentes avanços tecnológicos e científicos, novas modalidades de opressão e de exclusão social foram criadas, impedindo, inclusive, a concreção dos direitos fundamentais na sociedade

¹³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571-572.

contemporânea.

A era informacional, por sua vez, se instituiu numa sociedade transformada pelo surgimento de novos valores, princípios e ideologias muito divergentes dos valores tradicionais. Isso se deve ao desenvolvimento e às melhorias na área da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TCI), especialmente, a partir da criação da *internet* que se consolidou como uma nova linguagem, introduzida na sociedade contemporânea, de modo a modificar as formas de mobilização da vida econômica, política e social das pessoas.

Por outro lado, a *internet* despertou nas pessoas uma maior preocupação com a promoção do bem comum, de modo que elas passaram a ser preocupar mais com a aceitação das diferenças, com o direito das classes e das massas, culminando no surgimento da era dos direitos coletivos e da era digital¹³³.

Para exemplificar e justificar as mudanças de paradigmas ocorridas, na sociedade contemporânea, cumpre mencionar alguns de seus elementos caracterizadores, tais como a racionalização, a cientificidade, a tecnologia, a transparência, a eficiência, dentre outros.

A partir daí, uma nova concepção de Estado foi criada e tradicionais conceitos de Estados passaram a ser abandonados e substituídos, especialmente, após a Revolução Industrial.

Atualmente, se acredita que o novo modelo de Estado está alicerçado nas sociedades informacionais, as quais se responsabilizaram por uma espécie de governança global, sem que possuísse um território definido, demandando aos governos novas formas de se tratar as questões coletivas, a partir da utilização dos recursos tecnológicos disponíveis¹³⁴.

Historicamente, muitas mudanças ocorreram, como por exemplo, o surgimento do Estado Constitucional, no final do século XVIII, o qual passou a se relacionar com o Estado de Direito e com os direitos fundamentais, trazendo consigo a função limitadora da Constituição a partir da positivação das normas constitucionais, cujas funções básicas eram limitar o poder do Estado e garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Foi a partir do surgimento do Estado Social, na segunda metade do século XX, que o Poder Estatal passou a exercer a função diretiva, de modo que a questão social pôde se consagrar como uma de suas finalidades essenciais.

A Constituição de Weimar, por exemplo, em seus artigos 143, 145 e 146, passou a prever e assim, se comprometer com o ensino público, com o direito ao trabalho e com a

¹³³ QUERINO, Ana Célia; SILVA, Juvêncio Borges; TAVARES NETO, José Querino. **A era informacional instituída pela sociedade global: uma forma de exclusão ou promoção da cidadania na contemporaneidade? In Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos/ Juvêncio Borges Silva, Lucas de Souza Leheld, coordenadores.** Curitiba: Juruá, 2015. p. 259.

¹³⁴ ALVES, *op. cit.*, p. 182.

seguridade social. A partir daí, qualquer ação de interesse popular passou a ser interposta em defesa dos direitos dos cidadãos, exigindo do Estado uma prestação concreta dos serviços públicos de caráter constitucional.

Tendo o Constitucionalismo Jovem Europeu surgido, num período posterior a Segunda Guerra Mundial, ressalta-se que ele assumiu um importante papel na reconstrução da Europa, cujos ideais foram defendidos e representados, por diversas Constituições, tais como a italiana (1947) e a Francesa (1962).

Foi justamente, no período pós-guerra, que a rede mundial de computadores foi desenvolvida e rapidamente difundida pelo mundo, juntamente com os ideais trazidos pelos Direitos Humanos, de modo a romper relações com alguns velhos conceitos de território, soberania, dentre outros aspectos políticos e sociais.

Com tais modificações, no mundo pós-guerra, o comércio e o intercâmbio de informações e de dados passaram a ser necessários para atender as demandas e os anseios de uma sociedade arrasada pelos efeitos bélicos, impondo-lhes a tutela dos direitos fundamentais. A esse fenômeno muitos cientistas políticos deram o nome de globalização, cuja contínua evolução propôs ao mundo um novo desafio, qual seja a circulação livre dos direitos, especialmente, dos direitos tidos como fundamentais à existência do homem.

A Constituição, por sua vez, passou a ser um sistema aberto de princípios e regras, zelando pela aplicação de seus princípios a partir da ponderação de valores e interesses, tais como interesse público, intimidade e vida privada, dentre outros direitos a serem analisados considerando a ponderação entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Konrad Hesse afirma que a Constituição se encontra não apenas no plano do “ser”, mas, também, no plano do “dever ser”, estabelecendo normas relativas às metas de desenvolvimento programáticas do Estado, ordenando e conformando a realidade política e social¹³⁵.

A criação do texto normativo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, cuja promulgação se deu em 1988, sofreu forte influência do chamado jovem constitucionalismo europeu, uma vez que o Brasil havia deixado para trás um regime de ditadura militar, período em que muitas atrocidades foram cometidas “em nome da lei e da ordem social”¹³⁶.

¹³⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição** (*Die normative Kraft der Verfassung*) – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13.

¹³⁶ LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 31.

Considerando a evolução legislativa no Brasil, o advento da Lei nº 12.965/2014 definiu que o Estado terá especial participação no fomento à cultura digital, nos termos artigo 28 da referida legislação, de modo a formular e fomentar estudos, periodicamente, fixando metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da *internet* no País.

Assim, Luiz Cláudio Allemand questiona a capacidade das democracias contemporâneas, em manter a ordem social, frente às inúmeras mudanças tecnológicas e econômicas sofridas, nas últimas décadas, tanto que considerou que “vivemos um momento em que a cobrança da sociedade participativa é enorme, pois todos estão conectados, formando uma grande rede de informação”¹³⁷.

3.1 O EXERCÍCIO DA CIDADANIA E A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO UNIVERSO DIGITAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, são exemplos de tratados internacionais que foram ratificados e incorporados à legislação brasileira, elencando uma série de direitos, dentre eles os direitos à privacidade e à liberdade de expressão.

Tratados Internacionais como os referidos anteriormente, são os principais responsáveis pela interação das pessoas, as quais estão cada vez mais conectadas à rede mundial de computadores, passando, inclusive, a maior parte de suas vidas, na frente de um aparelho conectado à *internet*.

No Brasil, por exemplo, constatou-se que um cidadão comum passa, em média, 3 (três) horas e 39 (trinta e nove) minutos, por dia, conectado à *internet*¹³⁸. Logo, caberá ao Estado e à sociedade tutelar com maior atenção os direitos à informação, à liberdade de expressão, à privacidade, à vida privada, dentre outros inerentes a personalidade dos cidadãos.

Para se combater a exclusão digital no Brasil, todas as esferas do Poder Público têm contribuído maciçamente através da propagação de ideias, elaboração e financiamentos de projetos voltados para a inclusão digital nas escolas, centros comunitários, bibliotecas, de modo a propiciar benefícios à sociedade uma maior evolução nos relacionamentos digitais, tais como a promoção da redução de custos e a otimização de processos para empresas e para o governo; o aumento da possibilidade de contato e troca de informações e conhecimento entre os cidadãos;

¹³⁷ ALLEMAND, *op. cit.*, pp. 56-57.

¹³⁸ BRASIL. **Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira.** Brasília: Secom, 2014. 153 p.

o fornecimento de comodidade, praticidade, agilidade e segurança no acesso a serviços públicos e privados e à cultura; bem como o apoio ao processo educacional ou de aprendizagem¹³⁹.

Para a efetivação do acesso à tecnologia e a propagação das estratégias de inclusão digital, será essencial a promoção de políticas públicas voltadas para a inclusão digital.

Tanto o governo como a sociedade deverão se preocupar com a inclusão digital dos cidadãos, viabilizando, portanto, formas de barateamento das respectivas tecnologias, investimentos em infraestrutura tecnológica, promovendo ainda a implantação de telecentros, montagem de laboratórios de informática, nas escolas públicas e privadas, além de outras iniciativas.

Necessita-se, portanto, inovar na forma de ensino para que as pessoas sejam capazes de utilizar tanto as informações disponíveis quanto os recursos de socialização e de desenvolvimento a partir de um computador ou terminal similar conectado à *internet*.

Com a virtualização das relações sociais, os direitos humanos passaram a servir de parâmetro para se ponderar às questões relacionadas à tutela dos respectivos direitos fundamentais, ao passo que a criação de um universo digital poderá contribuir para o esvaziamento das relações humanas entre seus usuários.

O grande risco em se virtualizar as relações humanas está intimamente ligado à perda da personalidade e do sentimento de humanidade, fazendo com que as questões cotidianas se tornem obsoletas, sem qualquer tipo de importância. Ana Célia Querino chama este fenômeno de “descredenciamento humano” e explica:

As relações pessoais perdem o caráter de “pessoais”, de importantes. Passa-se a tratar pessoas como coisas, em flagrante desrespeito à dignidade e à consideração. Desabilitam-se e dispensam-se reciprocamente ao se defrontarem com questões cotidianas, como: a dor, a perda, a alegria, a comemoração, o beijo, a despedida, o reencontro, a separação. Como se dispensa a necessidade de se passar por tais momentos, furtando-se a tudo viver, as pessoas perdem a capacidade de lidar com essas e outras questões que envolvem a vida, operando-se o que aqui se ousa chamar de “descredenciamento humano”, um conceito a se desenvolver¹⁴⁰.

Sobre outra vertente, o presente estudo faz alusão ao artigo 1º da Constituição Federal de 1988, cujos objetivos principais da República Federativa do Brasil são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização das pessoas; a redução das desigualdades sociais e regionais;

¹³⁹ GALERY, Augusto Dutra. **Os desafios da inclusão digital: acesso, capacitação e atitude** in **Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva**. Rosa Maria Correa, organizadora. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. p. 119.

¹⁴⁰ QUERINO, *op. cit.*, p. 267.

promovendo assim, o bem de todos, sem qualquer preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação. A partir de uma interpretação lógica e sistêmica deste artigo, é possível concluir que a promoção da cidadania é o principal fundamento do Estado, cabendo a ele construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Dentre os direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional, destacam-se a liberdade de expressão e o direito à informação enquanto pilares da sociedade democrática e cidadã, sendo inevitável associar o pleno exercício da cidadania com o respectivo acesso à *internet*, por ser, atualmente, esta, o principal meio de comunicação capaz de promover a participação popular nos assuntos políticos e sociais. Em decorrência disso, caberá ao Estado e à toda a sociedade promover e não dificultar o acesso à informação, especialmente, após a promulgação da Lei 12.965/2014 que positivou o princípio do acesso à informação através da rede mundial de computadores.

3.2 A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NO FOMENTO À CULTURA DIGITAL E NA PROMOÇÃO DO AMPLO ACESSO À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

Os direitos culturais são tutelados pelas mais diversas constituições da atualidade, por reflexo da previsão expressa na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1.948. Assim, cumpre salientar que a especial proteção aos direitos culturais surgiu a partir de movimentos e revoluções tais como a Revolução Francesa e a respectiva Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789, cujos ideais estavam pautados no fator dos indivíduos serem detentores de direitos como, por exemplo, o direito à vida e à liberdade.

Pouco se ouviu falar sobre o fomento à cultura digital e à promoção da *internet*, mas com o Marco Civil esta realidade mudou, uma vez que o poder legislativo propiciou um vetor de crescimento econômico e social, de primeira ordem, compatibilizando-se com a grandeza dos maiores empreendimentos globais existentes.

O artigo 27 da Lei 12.965/2014 prescreveu ao Poder Público quais seriam suas prioridades em relação ao uso da *internet*, dentre elas: a inclusão digital (I); a redução das desigualdades, sobretudo, entre as diferentes regiões do país (inciso II); o fomento à produção e circulação de conteúdo nacional (III).

Estabelecer prioridades ao Estado e fomentar políticas públicas voltadas para o atendimento das necessidades sociais e políticas da população, fará com que o exercício à cidadania seja efetivamente cumprido.

Dentre as iniciativas do Poder Público destaca-se o exemplo do site “Portal do Software

Público”¹⁴¹, que considera a inclusão digital como a democratização do acesso às tecnologias da informação e comunicação (TICs), permitindo assim, a introdução de todos, especialmente das pessoas de baixa ou de nenhuma renda, na sociedade da informação.

Desta forma, o legislador fundamentou sua atividade legislativa a partir da necessidade de investimento na cultura digital e do amplo acesso à *internet*, a partir da prerrogativa constitucional de acesso à cultura, nos termos do artigo 215, da Constituição Federal. No mais, ressalta-se que o legislador constitucional definiu que o Estado garantirá o acesso aos direitos culturais, dos quais derivam os direitos digitais ou cibernéticos.

Nas relações virtuais, por serem vinculadas às relações humanas interpessoais, não se poderia criar uma legislação específica para o bom uso e desenvolvimento da *internet*, sem, contudo, considerar a necessidade de se tutelar direito subjetivo dos usuários a partir do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, por ser este um valor democrático supremo elevado à categoria de fundamento constitucional da República Federativa do Brasil.

É preciso, pois, ter cuidado com a utilização da *internet*, pois ao mesmo tempo em ela constitui um eficaz instrumento voltado para a promoção de cidadania e efetiva participação, ela poderá se tornar um perigoso mecanismo de controle de massas, gerada pela má aplicação do conteúdo armazenados nos respectivos bancos de dados¹⁴².

Em que pese às discussões mais pontuais sobre o tema “sociedade da informação”, a tarefa mais difícil para o Estado Democrático de Direito será garantir a efetividade dos direitos fundamentais diante do fenômeno informático, tornando-se, uma questão desafiadora para os juristas contemporâneos, uma vez que o Estado de Direito muitas vezes se encontra limitado quanto à garantia da implementação e da aplicação de tais direitos.

Em 15 de fevereiro de 1999, através do Decreto Presidencial nº 3.294, foi instituído, no Brasil, o Programa Sociedade da Informação, cujo objetivo principal era viabilizar a nova geração da *internet* e suas aplicações em benefício da sociedade brasileira, cuja coordenação das atividades e execução do programa ficou a cargo do Ministério da Ciência e Tecnologia.

A possibilidade de regulação da *internet* e o papel do Estado, como garantidor e fomentador de seu melhor uso e desenvolvimento, fez com que o Marco Civil da *Internet* fosse criado em parceria firmada entre o Estado e a Sociedade Civil, de modo a positivar direitos e deveres relacionados ao uso e desenvolvimento da *internet*, no país, definindo

¹⁴¹ BRASIL. **Software Livre no governo do Brasil**. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/>>. Acesso em: 04.04.2016.

¹⁴² MORAIS, Jucemar da Silva. **Estado, Democracia e Informação in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)**. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 959.

responsabilidades tanto para o Poder Público quanto para os cidadãos. Deixando de ser vista como uma simples ferramenta para transmissão e recepção de dados, a *internet* assumiu um importante papel na transmissão de dados e informações, especialmente, porque sua acessibilidade não se limitou ao acesso a computadores, sendo viabilizada a partir do acesso à dispositivos móveis conectados à rede mundial de computadores (*smartphones*, *smartTVs*, *tablets* e videogames, por exemplo).

O avanço tecnológico em relação ao surgimento dos referidos dispositivos móveis de acesso à *internet*, fez como que a tarefa da comunicação social se tornasse mais fácil, até porque, em 2012, o Estado iniciou uma política pública de desoneração dos *smartphones*, objetivando um maior acesso da população menos favorecida aos dispositivos móveis capazes de se conectar à *internet*. Assim, ao ser publicada a Portaria nº 87 do Ministério das Comunicações, foram estabelecidos alguns padrões mínimos para que os dispositivos móveis fossem disponibilizados à população, o que viabilizou o acesso à *internet* de forma rápida e eficaz.

Apesar de ter facilitado a aquisição de computadores e de dispositivos móveis para tornar o cidadão brasileiro, um cidadão digital, caberá, também, ao Estado, fornecer sinal de *internet* com maior velocidade e melhor qualidade na transmissão de dados, bem como propiciar, ensinar, manter e fiscalizar o aprendizado da utilização dos meios digitais, reduzindo não somente a desigualdade numa esfera social, mas também, no âmbito educacional.

Preocupado, pois, com a garantia e a promoção do bem comum, é certo que o Estado deverá, em todas as suas instâncias, criar meios para a ampliação do acesso da população ao mundo digital, através da *internet*, inclusive, a população de baixa renda que merecerá uma atenção especial para que elas não sejam duplamente excluídas, no contexto social, de modo a ser privada de uma vida digna e confortável.

Dessa forma, ao se criar melhores condições para o amplo acesso à *internet*, estará o Estado contribuindo maciçamente para o progresso tecnológico e científico no país, não podendo, todavia, se furtar da responsabilidade pelo fomento aos estudos e ao desenvolvimento da *internet*, em larga escala, devendo, inclusive, manter e aumentar os investimentos em infraestrutura científica e tecnologia para a ampliação do uso à *internet* no Brasil.

Tanto o governo federal quanto os governos estaduais, municipais e as empresas públicas e privadas, passaram a investir e a apoiar projetos destinados à inclusão digital, a partir da criação de “telecentros” comunitários ou “centros vocacionais tecnológicos” que são financiados, em razão das respectivas parcerias público-privadas, disponibilizando assim um espaço adequado para a população fazer um uso digno dos recursos digitais.

Alguns exemplos de projetos são: o Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao

Cidadão (GESAC)¹⁴³, mantido pelo Ministério das Comunicações; o Programa Estruturador de Inclusão Digital de Minas Gerais¹⁴⁴; o Instituto Centro de Ensino Tecnológico (CENTEC) desenvolvido no Estado do Ceará¹⁴⁵. Visando a Democratização do acesso à *internet* o Governo Federal instituiu programas sociais, tais como a “Cidade Digital”¹⁴⁶, o “Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (GESAC)”, a “Inclusão Digital da Juventude Rural”¹⁴⁷, os “Centros de Recondicionamento de Computadores (CRCs)”¹⁴⁸, dentre outras propostas surgidas ao longo dos anos.

Programas como esses não podem ser mantidos e controlados, isoladamente, deverá, entretanto, haver um órgão central para se estabelecer diretrizes básicas de trabalho, de modo a coletar dados estatísticos, a fim de avaliar os resultados obtidos quando comparados aos resultados esperados.

Não se pode olvidar que todo e qualquer investimento na área tecnológica representa, também, uma expressão e reflexo da atividade humana que se converte em interesse ligado às liberdades individuais e coletivas, tratando-se da efetivação da concreção de valores socioculturais.

Com o advento da Lei 12.965/2014, a ser mais bem analisada no item subsequente, verifica-se que foram desenvolvidos mecanismos que contribuíram para a efetivação dos direitos à educação, à cultura e à preservação do patrimônio cultural, de modo a promover à preservação do patrimônio cultural brasileiro através da expansão do acervo das obras pertencentes ao domínio público por intermédio da digitalização das respectivas obras físicas.

Henrique Garbellini Carnio define que:

“do ponto de vista do direito à informação os ventos sopram para a concretização de novos sentidos e construções no processo de cognição do homem e até mesmo em formas auto-organizacionais de participação política e cultural”¹⁴⁹.

¹⁴³ BRASIL. **Ministério das Comunicações - Programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac)**. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/gesac>>. Acesso em: 04.04.2016.

¹⁴⁴ _____. **Programa Estruturador de Inclusão Digital de Minas Gerais**. Disponível em: <<https://www.mg.gov.br/governomg/portal/c/governomg/29461-programa-inclusao-digital-de-minas-e-referencia-nacional/0/5315?termo=Agendamento&termos=s>>. Acesso em: 04.04.2016.

¹⁴⁵ _____. **Instituto Centro de Ensino Tecnológico – CENTEC**. Disponível em: <<http://www.centec.org.br/index.php/quem-somos/o-instituto>>. Acesso em: 04.04.2016.

¹⁴⁶ _____. **Ministério das Comunicações – Programa Cidades Digitais**. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/cidades-digitais>>. Acesso em 04.04.2016.

¹⁴⁷ _____. **Secretaria da Juventude da Presidência da República – Programa de Inclusão Digital da Juventude Rural**. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/inclusao-digital/inclusao-digital-da-juventude-rural>>. Acesso em: 04.04.2016.

¹⁴⁸ _____. **Ministério das Comunicações - Centros de Recondicionamento de Computadores (CRCs)**. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/centros-de-recondicionamento-de-computadores-crcs>>. Acesso em: 04.04.2016.

¹⁴⁹ CARNIO, Henrique Garbellini. **Conhecimento e direito digital: acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos na Lei do Marco Civil da Internet** in

Nesse sentido, garantir o apoio a projetos culturais e artísticos, em áreas cuja população é considerada culturalmente pobre, tornou-se um compromisso do Estado.

3.2.1 O acesso à informação e à participação política dos cidadãos a partir da utilização da rede mundial de computadores

O advento de uma nova era para a humanidade foi marcado pelo rápido e contínuo desenvolvimento das tecnologias da informação, ao passo que a grande velocidade e a grande quantidade de informações veiculadas pelos meios digitais de comunicação tem se tornado valores sociais e econômicos fundamentais para a evolução da Sociedade Digital ou da Informação.

No presente estudo, muito se discutiu sobre o acesso à *internet*, tornando-se um dos principais pontos a serem analisados, quanto à efetivação das políticas públicas voltas para a inclusão digital. Assim, verificou-se que para que se tenha amplo acesso à informação e aos demais recursos oferecidos pelos meios digitais, a *internet* é o único elo entre os diversos terminais de acesso espalhados pelo mundo inteiro. Tanto é verdade que George Salomão Leite disse ousadamente que o “acesso à *internet*” teria se tornado um direito humano fundamental, pois a rede mundial de computadores é um “direito-meio”, devido à sua natureza instrumental, considerando que ninguém utilizará a rede sem um fim específico¹⁵⁰.

O papel do acesso à informação pela *internet* é fundamental e deve ser refletido naquilo que garante o artigo 4º, inciso II, do Marco Civil da *Internet*, pois quanto mais disponível for a informação e o conhecimento, maiores serão as oportunidades para a criação de novos conhecimentos. Assim, a fertilização de ideias é aperfeiçoada pelo amplo acesso às redes globais de informação, aumentando não somente a quantidade de informação, mas, sim, a qualidade da mesma.

O direito de acesso à informação está previsto na Constituição Federal sob várias vertentes, especialmente, no artigo 5º, em seus incisos IV, X, XII, XXXIII, XXXIV (alínea *b*), LX e LXXII, bem como os artigos 93, inciso IX, 216, §2º, art. 220, *caput* e parágrafos. Basicamente, esses direitos correspondem a direitos fundamentais que visam garantir a

Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2014. p. 272.

¹⁵⁰ LEITE, George Salomão. **Promoção do direito de acesso à Internet a todos os cidadãos in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores).** São Paulo: Atlas, 2014. p. 258.

pretensão dos ditames básicos da democracia e da cidadania, bem como, ao cidadão, o acesso às informações essenciais, e, também, ao direito de participação nas decisões de cunho coletivo, tanto na esfera pública quanto na esfera particular.

A promoção do direito de participação na condução dos assuntos públicos, prevista na Lei do Marco Civil da *Internet* traz à baila alguns pontos de reflexão, no sentido de fiscalizar as decisões quanto à tomada de decisões pelo Poder Público e a transferência da responsabilidade de governo para os próprios governados.

Com isso, se acredita que o conceito de governança eletrônica esteja intimamente ligado à política pública que, por sua vez, está relacionada ao incentivo para uma maior participação social nos assuntos públicos através da *internet*, sendo a inclusão digital o requisito mínimo para tal realização. Para que isso ocorra, será preciso revisar os ideais de Democracia na Sociedade Contemporânea. Fernando de Brito Alves ensina que:

O acesso à informação de interesse público, necessário para a tomada de decisões (*public choice*), não apenas pelo alto funcionalismo, mas, sobretudo pela multidão, é sem dúvida um dos principais pilares das democracias contemporâneas¹⁵¹.

Para se democratizar a Democracia, na atual Sociedade da Informação, será preciso aceitar que as tecnologias, tais como a *e-democracy* e as obrigações de transparência conferiram um maior poder aos chamados grupos vulneráveis, no intuito de reestabelecer a autonomia e o poder de agenda dos movimentos sociais, pertencentes a esses grupos, que são, por sua vez, destinatários das políticas públicas de um modo geral. Destaca-se que, os métodos mais conhecidos da *e-democracy* são os orçamentos participativos, as audiências públicas, o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular e os conselhos de políticas públicas.

Tem-se que técnicas como estas surgem, no atual cenário político e social do Brasil, de modo a constituírem novas formas de organização social, baseada em redes de informação, dando origem ao termo “sociedades informacionais”.

Nesse sentido, merecerá especial atenção à figura do governo eletrônico ou *e-government* que representa na atualidade um canal de contato entre cidadãos, setor empresarial e o Estado, local este em que serão disponibilizadas informações e serviços públicos.

Deve ser considerado que, no Estado Democrático de Direito, alguns instrumentos deverão estar presentes, como por exemplo, a participação popular do cidadão no aprimoramento das instituições e nos respectivos processos democráticos, mecanismos estes classificados como essenciais para o controle da qualidade e da eficiência governamental.

¹⁵¹ ALVES, *op. cit.*, p.187.

Nesta seara participativa da população no governo, o Marco Civil visa garantir a presença do Estado no fomento de estratégias e uso da *internet* quanto ao governo eletrônico, conjugando ainda duas legislações importantes: a Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011) e o Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que trata sobre a Política Nacional de Participação Social (PNPS). Deve ser esclarecido, no entanto, que a PNPS é um mecanismo de interação social que utiliza tecnologias da informação e de comunicação, em especial a *internet* (art. 2º, inciso X, Decreto 8.243/2014), como instrumento de promoção do diálogo entre a administração pública federal e a sociedade civil.

Assim, resta consolidado o entendimento de que não se poderá mais falar em exercício da cidadania e democratização de políticas públicas sem que isto esteja ao alcance de todos¹⁵².

Tais informações somente confirmam que a sociedade está cada vez mais interligada pela *internet*, estando as relações sociais, políticas, empresariais e jurídicas prestes a se tornarem inteiramente digitais, consolidando aquilo que se chama de Sociedade da Informação ou *Digital Society*.

3.3 O ADVENTO DA LEI Nº 12.965/2014 E A ESPECIAL PROTEÇÃO DOS DIREITOS À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO, À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE, COMO REFLEXO DA FINALIDADE SOCIAL DA REDE

Como se pode verificar pelas considerações feitas até o presente momento, é notório que cuidar das relações jurídicas, no universo digital, não é uma das tarefas mais fáceis, pois a tutela dos direitos inerentes à Sociedade da Informação ainda não está totalmente definida, considerando que o direito deverá evoluir à medida que houverem progressos científicos e tecnológicos capazes de interferir nas relações pessoais. A este ramo do Direito se atribuiu o termo “Direito Digital” ou “*Ciberlaw*”, pois cuidará essencialmente da incidência de normas jurídicas e outros assuntos conexos, dentro do chamado ciberespaço¹⁵³.

Assim, a Lei nº 12.965/2014 pode ser considerada como um dos textos normativos mais democráticos que foram elaborados a partir da iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, tendo lançado o projeto para a construção colaborativa do Marco Civil da *Internet*. Para isso, foram realizadas sete audiências públicas e diversos seminários sobre o tema, em diversas capitais do

¹⁵² MORAIS, Jucemar da Silva. **Estado, Democracia e Informação in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 973/975.

¹⁵³ CARNIO, *op. cit.*, p. 262.

país, reunindo juristas, músicos, professores, representantes da mídia e dos provedores de *internet*, dentre outras pessoas interessadas em discutir os rumos da atual Sociedade da Informação.

O Marco Civil da *Internet* (Lei nº 12.965/2014) se tornou uma realidade na sociedade brasileira, cujos objetivos primordiais estão voltados para a definitiva mudança de paradigmas quanto à relação do Direito com o mundo digital.

Não se pode, todavia, navegar livremente pela rede mundial de computadores sem o mínimo de recursos para se tutelar determinados direitos fundamentais, os quais foram sabiamente positivados pela Lei 12.965/2014, dentre eles, o respeito pela liberdade de expressão, o reconhecimento da escala mundial da rede, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade, o exercício da cidadania em meios digitais, a pluralidade, a diversidade, a abertura e a colaboração, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, a finalidade social da rede (artigo 2º), a garantia da comunicação, a manifestação de pensamento, a privacidade, proteção dos dados pessoais, preservação e garantia da neutralidade de rede, dentre outros princípios (artigo 3º).

Destaca-se dentre os referidos artigos da Lei nº 12.965/2014, que houve uma notória preocupação do legislador em relação ao direito de liberdade de expressão, justificando assim, o entendimento de que não se pode restringir direitos fundamentais, sobretudo, a fundamentalidade da liberdade de expressão, a qual é defendida por diversos autores, dentre eles Thadeu Weber:

Direitos e liberdade fundamentais só podem ser restringidas em nome de outras liberdades fundamentais. É preciso lembrar que na Justiça como equidade a liberdade de expressão faz parte da lista de direitos e liberdades fundamentais (primeiro princípio da justiça). Portanto, o seu efetivo exercício só pode ser restringido para evitar a perda de outras liberdades fundamentais, como a própria liberdade de pensamento. O estabelecimento de prioridades é uma necessidade que se impõe no caso de conflitos no exercício de direitos e liberdades básicos. Isso significa dizer que a restrição no exercício de um direito fundamental deve ter uma compensação na garantia da realização mais plena de outros direitos e liberdades fundamentais¹⁵⁴.

Assim, o Marco Civil da *Internet* representa para a sociedade apenas “um degrau dentre os muitos a percorrer para a concretização de um ambiente efetivamente democrático na rede”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ WEBER, Thadeu. **Ética, direitos fundamentais e obediência à Constituição in Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações/ org. Ingo Wolfgang Sarlet; Frank I. Michelman.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 32.

¹⁵⁵ BRITO; Auriney Uchôa de; LONGHI, João Victor Rozatti. **Diversidade e Pluralidade como fundamentos do Marco Civil da Internet no Brasil e as bases axiológicas da Democracia contemporânea in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores).** São Paulo: Atlas, 2014. p. 82.

O artigo 4º da referida legislação disciplinou o uso da *internet* no Brasil e tomou por objetivo a promoção do direito de acesso à *internet* a todos.

George Salomão Leite, por sua vez, reconheceu que a *internet* como sendo um instrumento de produção de conhecimento e de cultura, razão pela qual o respectivo acesso deve ser estendido a todas as pessoas, tanto que ressaltou o seguinte:

Parafraseando Hannah Arendt, podemos afirmar que o direito de acesso à *internet* se constitui em um direito a ter direitos, posto que o acesso à rede mundial de computadores implica na possibilidade de concretização de vários outros direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de expressão, liberdade de comunicação e acesso à informação¹⁵⁶.

Por ser uma legislação criada a partir de uma eficaz interpretação dos preceitos constitucionais, considerando a relevância dos direitos humanos e a preponderância da tutela dos direitos fundamentais, o Marco Civil da *Internet*, além de tudo, poderá se pautar nos princípios internacionais e no Direito Internacional, em razão da receptividade dos tratados e resoluções internacionais das quais o Brasil tenha feito parte, nos moldes do §2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Isso ocorre, também, em decorrência do caráter universal da rede, pois como já fora afirmado anteriormente, a *internet* quebrou as barreiras do tempo e do espaço. Com a virtualização das relações jurídicas e sociais, um grande desafio foi lançado ao Direito: controlar os efeitos e consequências jurídicas geradas pelo uso da rede mundial de computadores.

Ora, como será possível tutelar o direito individual e coletivo de um poderoso e influente meio de comunicação de massa?

A grande dificuldade encontrada pelo governo e pela sociedade está na diversidade e na multiplicidade das formas de interação virtual que além de serem inúmeras, estão em constante mutação devido à rápida evolução das tecnologias comunicativas.

Jucemar da Silva Moraes alerta a sociedade, no sentido de que não se deve perder de vista a garantia da universalização, enquanto promoção da igualdade no acesso de todos, respeitando a diversidade:

O que não se deve perder de vista é o fato de que garantir a universalização significa promover a *igualdade* no acesso a todos, o que, por outro lado, também gera o compromisso, nos dias de hoje, de lidar com a diversidade. Isso porque a *internet* está (ou deveria estar) presente na vida de todos, desde crianças que se encontram em fase inicial de alfabetização até a mais lucrativa corporação multinacional, desde o cidadão que deseja simplesmente conferir seu extrato de cartão de crédito no site de seu banco até o investidor que necessita de conexão ininterrupta para acompanhamento do

¹⁵⁶ LEITE, George Salomão. *op. cit.*, pp. 254.

mercado de ações, do professor que resolve criar um blog para diversificar o conteúdo de suas aulas até as instituições de ensino que hoje disponibilizam milhares de cursos por meio de seus núcleos de ensino a distância (EAD). São múltiplas as finalidades, distintas as condições sociais e econômicas e, ainda, ideológicas de quem estuda, pesquisa, trabalha e se diverte com a *internet*¹⁵⁷.

Dentre os inúmeros objetivos da Lei nº 12.965/2014, os artigos 19 a 21 definem qual postura que a empresa e o Poder Público deverão tomar em relação ao regime de notificação e retirada de conteúdos danosos a terceiros. Ficou estabelecido que as empresas não serão responsabilizadas pela divulgação de conteúdos inapropriados ou ofensivos a terceiros, a não ser após o descumprimento da ordem judicial de retirada do respectivo conteúdo.

Apesar da criação do referido mecanismo de proteção aos dados pessoais do usuário, ponderado pelo reconhecimento da liberdade de expressão, tornou-se muito temida a posterior destinação dos dados pessoais armazenados nos bancos de dados dos provedores de *internet*.

Há muito se observa que os detentores do Poder estão diretamente relacionados com o controle da informação, pois utilizam da informação obtida pelos cadastrados e informações prestadas, no meio digital, utilizando-a da forma como bem entender. Tais informações poderão ser encaradas como instrumentos de manipulação social e política, sobretudo, em relação àquelas pessoas digitalmente vulneráveis.

Considerando a liberdade como um valor supremo, a filosofia política contribuiu para que houvesse mudanças na sociedade, tais como a necessidade de transparência científica, bem como o fim das barreiras do conhecimento e da comunicação¹⁵⁸.

Para Auriney Uchôa de Brito e João Vitor Rozatti Longhi, “a democracia digital liberal pode agravar a poluição informacional na rede”¹⁵⁹, de modo que deverá ser adotada uma estratégia multiparticipativa na governança da *internet*, alimentando a ideia de pluralidade, além de monitorar a educação digital.

Com isso, não se promove apenas a inclusão, mas, também, a cooperação para atendimento da função social da rede. A finalidade social da rede é um princípio que está profundamente relacionado à efetivação dos direitos fundamentais. Assim, Frederico Antonio de Lima Oliveira ensina o seguinte:

Os valores usados como nortes de interpretação dos direitos fundamentais, valendos-nos da separação necessária entre os bens (direitos subjetivos) e valores (orientações de interpretação), recaem, mais proximamente, no que se entendeu por um Estado Democrático de Direito. Por esse prisma, os valores a serem utilizados como adjetivos

¹⁵⁷ MORAIS, Jucemar da Silva. **Estado, Democracia e Informação in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 967.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, v.1, p. 392.

¹⁵⁹ BRITO, *op. cit.*, p. 90.

dos bens, fundamentalmente garantidos pelo texto constitucional, deverão, no modelo democrático de Estado, observarem os pressupostos jurídicos necessários à existência digna do ser humano. O princípio da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo contemporâneo constitui um verdadeiro princípio orientador da interpretação constitucional e, como verdadeiro valor supremo que, ao seu turno, aponta as diferenciações existentes entre os chamados *direitos subjetivos fundamentais* (inerentes à dignidade da pessoa humana) e *direitos subjetivos não fundamentais* (de interesse social geral)¹⁶⁰.

Assim, o acesso à *internet* é essencial para o exercício à cidadania ao passo que sua efetivação deverá ser ajustada a partir da conformidade entre o texto legislativo infraconstitucional e a própria Constituição.

Cumprе salientar que o Superior Tribunal de Justiça tem promovido, através de sua atuação jurisdicional¹⁶¹, a fiscalização prévia do teor das informações prestadas pelos usuários da rede.

O provedor de *internet*, por sua vez, responderá solidariamente pelo dano gerado a terceiro isso se o dano for comunicado extrajudicialmente acerca do conteúdo danoso, e ter deixado de promover a suspensão preventiva do conteúdo danoso, decidindo mantê-lo no ar, 24 (vinte e quatro) horas a partir da notificação.

Não se pode, todavia, perder o foco do princípio da finalidade social da rede, qual seja integrar as pessoas, transmitir a informação de forma coesa e limpa, estando em desconformidade com qualquer tipo de maledicência, difamação ou divulgação de imagens não autorizadas na rede, ofendendo os direitos inerentes às personalidades dos próprios cidadãos.

3.3.1 A proteção do consumidor no âmbito da *internet*

Outra vertente da tutela dos direitos dos usuários pelo Marco Civil da *Internet* a ser analisada se encontra na especial proteção aos direitos consumeristas dos cidadãos, pois muitos são os riscos e os possíveis danos para o consumidor, especialmente pelo crescente aumento do comércio eletrônico.

Com isso, o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 12.965/2014 definiu como fundamento do uso da *internet* no Brasil, a defesa do consumidor, ao passo que o artigo 7º da mesma lei, em seu inciso XIII assegura aos usuários a aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na *internet*.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima. **Finalidade Social da rede como fundamento do Marco Civil in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119.

¹⁶¹ REsp 1193764/SP – Terceira Turma, j. 14.12.2010. AgRg no REsp nº 1.402.104/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 27.5.2014.

As relações consumeristas, especialmente, no ambiente virtual, se tornaram cada vez mais complexas, especialmente, após o surgimento e a rápida propagação do comércio eletrônico (*e-commerce*), o qual se consolidou pela eficiência nas vendas de produtos e serviços, ao passo que facilita e, muito, a vida dos consumidores de que pouco dispõe para comparecer às lojas para adquirir os produtos que lhes são necessários, sem contar com a economia na realização de tais práticas pelos fornecedores, os quais costumam revertê-la em descontos para os consumidores virtuais. Diante disso, surgiu a figura do consumidor virtual ou consumidor internauta.

Newton De Lucca, de maneira simples e objetiva, define que o comércio eletrônico nada mais é do que o conjunto das relações jurídicas celebradas, no âmbito do espaço virtual e que tem por objeto a produção ou circulação de bens ou de serviços¹⁶². Com efeito, os contratos celebrados via *internet* costumam ser essencialmente por adesão, não dispondo o consumidor de nenhuma condição negociável, que o torna vulnerável em relação ao poderio de seu respectivo fornecedor. Explica De Lucca:

Os grandes conglomerados empresariais e suas visíveis e invisíveis interligações com o poder político, os mecanismos de controle de preços mefistofelicamente exercidos pelos oligopólios, a sedução exercida pela publicidade e pelo *marketing* agressivo etc. etc. tudo revela a extrema fragilidade do consumidor diante de tais circunstâncias¹⁶³.

Há de se ressaltar que o *marketing* realizado através da *internet* é totalmente invasivo a começar pelas redes sociais, as quais consideram seus usuários como meros produtos e não como clientes, como fora explicado acima.

Ressalta-se que a vulnerabilidade do consumidor tem aumentado em relação ao comércio eletrônico, especialmente quando foram introduzidas às práticas do *e-commerce*, os *sites* intermediários de compra e venda, os quais expressamente se eximem de qualquer responsabilidade por aquilo que anunciam ou vendem.

Muitas vezes, a vulnerabilidade do consumidor se encontra na falta de informações a respeito daquela determinada transação eletrônica, deixando o consumidor muitas vezes desconfiado quanto à idoneidade daquela operação, porém, muito atraído pelo preço ou pela qualidade do produto anunciado.

Ao contrário daquilo que garante o princípio da neutralidade da rede, notoriamente tutelado pelo Marco Civil da *Internet* (artigos 3º, inciso IV e 9º, ambos da Lei nº 12.965/2014),

¹⁶² DE LUCCA, Newton. **Comércio Eletrônico na perspectiva de atualização do CDC** in **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo** – Volume II, número 3, Setembro 2012. Curitiba: Editora Bonijuris Ltda. e J.M. Editora e Livraria Ltda. p.117.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 119/120.

Têmis Limberger afirma que a *internet* não pode ser vista como um território neutro, considerando a atuação constante de *hackers*, *spams*, pedofilia, violação de dados pessoais, a exclusão digital e, recentemente claras violações aos direitos humanos, declarando ainda que “a *internet* é uma experiência tecnológica, mas o uso que dela é feito, opera-se pela mão humana, por isto, não é boa nem ruim, depende da sua utilização”¹⁶⁴.

Em se tratando de uma relação de consumo, o comércio eletrônico passou a ser regulamentado pelo Decreto Presidencial nº 7.692, de 15 de março de 2013, que tratou de complementar a Lei nº 8.078/1990, traçando parâmetros a serem seguidos para a contratação no comércio eletrônico (artigo 1º do aludido decreto), a partir da prestação de informações claras e precisas a respeito do produto a ser comercializado ou sobre determinada prestação de serviços, sobre seus respectivos fornecedores (inciso I), atendimento facilitado ao consumidor (inciso II), bem como sobre o direito de arrependimento (inciso III).

O referido decreto procurou estabelecer um tratamento mais rigoroso para *sites* eletrônicos e demais meios eletrônicos destinados à realização de oferta de compras coletivas e outras formas similares de contratação.

Aproveitando o ensejo, uma rápida menção sobre o direito de arrependimento (assegurado pelo artigo 49 da Lei nº 8.078/90) e sobre o direito ao esquecimento (reconhecido a partir da necessidade de se tutelar o direito à intimidade, defendido pelo inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal).

O direito de arrependimento consiste no direito do consumidor a se arrepender em relação a determinado contrato ou cláusula contratual, considerando a efetivação da compra por telefone ou em domicílio. Apesar de opiniões controvertidas sobre a incidência do direito de arrependimento nas relações do comércio virtual, destaca-se a opinião de Newton De Lucca, a qual parece ser coesa quanto à realidade atual do *e-commerce*:

Diante do exposto reafirmo a minha posição no sentido da aplicabilidade do artigo 49 do CDC ao comércio eletrônico, pois não se trata somente de inibir a compra por impulso, incentivada pela publicidade convincente ou pelo *marketing* agressivo, mas sim, da não correspondência do produto adquirido por meio do monitor do computador – vale dizer, sem o contato com o bem no mundo real -, com as expectativas que dele fazia o consumidor adquirente¹⁶⁵.

Quanto o direito ao esquecimento, por sua vez, será abordado apenas sua conceituação básica para não se estender em assunto que não é o objeto principal do presente estudo, bastando

¹⁶⁴ LIMBERGER, Têmis. **A vulnerabilidade do consumir pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet** in Revista de Direito do consumidor, ano 24. vol. 97 – jan/fev/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 258.

¹⁶⁵ DE LUCCA, *Op. cit.* p. 128.

saber que ele representa o direito de determinada pessoa garantir que os atos por ela praticados não se perpetuem no tempo, podendo tais informações, nesse caso, serem apagadas, deletadas ou esquecidas, estando em consonância com o princípio da proteção à privacidade e aos dados pessoais dos usuários da *internet*, nos termos dos incisos II e III, do artigo 3º e artigo 7º, inciso X, todos da Lei nº 12.965/2014. Registre-se que o artigo 15 do Marco Civil da *Internet* traduz aquilo que o direito ao esquecimento assegura no ambiente virtual, qual seja a manutenção dos registros de acesso a aplicações de *internet*, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do referido regulamento.

Cumprе elucidar que a *internet* se popularizou a partir da criação do correio eletrônico, surgindo como um novo instrumento natural e universal de comunicação, que passou a ser mundialmente utilizado tanto pelas pessoas como pelas empresas, consolidando-se assim como uma plataforma universal de comunicação.

Logo, tais relações virtuais evoluíram à medida que os usuários sentiram uma necessidade maior de se inter-relacionarem, entre si, pelos meios digitais, dando origem àquilo que se chama de rede social.

E aqui caberá uma especial reflexão sobre seu conceito, sobre suas finalidades e eventuais problemáticas relacionadas à sua utilização. Aproveitando as palavras de Danilo Doneda, é possível conceituar rede social da seguinte forma:

A interação direta e uma efetiva transposição da ideia de rede social para a Internet foi efetivamente realizada pelos *sites* de redes sociais *online*, que começaram a surgir na Internet a partir de 1997. Estes *sites* procuram captar usuários que, após inscreverem-se e elaborarem a se relacionar com os demais usuários. Agora, o mencionado perfil era formado por informações pessoais verdadeiras do próprio usuário. O fato de que o modelo de redes sociais *online* pressupõe o tratamento de dados pessoais dos seus usuários, aliado à grande penetração e volume de usuários que tais redes apresentam, faz com que o tema seja, hoje, de extrema relevância para a proteção de dados pessoais na internet¹⁶⁶.

Com isso, a sociedade digital se depara com a importante participação das redes sociais na Sociedade Digital, propiciando assim a globalização em todas as suas vertentes, incluindo a esfera pessoal e comercial. Em outras palavras, as atividades das redes sociais estão dedicadas, em sua maioria, à atividade social de *networking*, cujo principal atrativo para os respectivos usuários é a possibilidade de formação de perfis pessoais e a interação com os demais usuários através da rede social escolhida, destacando-se entre elas o *Facebook*, *Linkedin*, *My Space*, *Hi5*, *Zing*, mais recentemente *whatsapps* e *snapchat*.

¹⁶⁶ BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia/ Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda.** Brasília: SDE/DPDC, 2010. p. 76.

Danilo Doneda, ainda na obra referenciada anteriormente¹⁶⁷, contribui com a explicação a respeito da dinâmica de funcionamento da rede social *online*, pontuando que os respectivos usuários se apresentam perante os demais, por meio de suas informações pessoais, gostos, opiniões, mensagens, fotografias, vídeos, constituindo assim seu perfil, que estará à disposição para consulta no banco de dados de determinada rede social.

É salutar que o usuário da rede social, mesmo não sendo cliente neste modelo de negócios seja considerado um consumidor e que possua todos os direitos como tal, a partir do momento que se utilizar de um determinado serviço de interatividade naquela rede, de modo a estar totalmente vulnerável e desprotegido. Doneda também explica este fenômeno:

Como o modelo de negócios de uma rede social condiciona o valor de uma rede à quantidade de informações pessoais que ela administra e a forma com que este volume de informações possa ser utilizado de forma rentável, é natural que elas incentivem seus usuários a alimentá-las com seus próprios dados¹⁶⁸.

Enfim, com o aumento da quantidade e da complexidade das relações de consumo, especialmente, aqueles provenientes do universo virtual, será inevitável o acúmulo de novos conflitos, exigindo novas soluções e alternativas para que possam ser solucionados.

3.4 OS PRINCIPAIS DESAFIOS DA INCLUSÃO DIGITAL NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Há muito se discute a respeito da inclusão digital, ao passo que sua conceituação passou por diversas alterações, no início do século XXI, em razão da constante evolução no campo tecnológico e científico dos meios de comunicação social, que passaram a ser utilizados como ferramentas de trabalho muito eficazes.

Augusto Dutra Galery¹⁶⁹ ensina que, há quase duas décadas atrás, a conceituação de inclusão digital era tão simplista que os estudiosos a definiam como a necessidade de se “prover o acesso dos segmentos mais pobres da população às tecnologias da informação”.

Nesse sentido, os cientistas consideravam a inclusão digital como uma nova face da luta contra a exclusão social, tendo em vista a limitação da população mais pobre em relação ao acesso aos meios digitais, especialmente, aos computadores conectados à *internet*.

Cumprе salientar que, a partir do momento em que as relações digitais ou virtuais

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 79.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 80.

¹⁶⁹ GALERY, *op. cit.*, pp. 118.

começaram a se consolidar no cotidiano das pessoas, a exclusão social passou a ser vista como uma das causas responsáveis pela diminuição da possibilidade de empregos, da capacidade de comunicação relacionada à possibilidade de acesso e questionamento aos produtores da informação e conhecimento.

Em se tratando de questões relacionadas à exclusão digital, presume-se que os respectivos excluídos estarão privados do acesso a um computador; à rede mundial de computadores (seja ela discada, transmitida por cabos de fibra ótica, por satélite, ou, via rádio), bem como estarão privados do acesso aos respectivos provedores de acesso à *internet*. Assim, comenta Augusto Galery:

A exclusão digital ocorre ao se privar as pessoas de três instrumentos básicos: o computador, a linha telefônica e o provedor de acesso. O resultado disso é o analfabetismo digital, a pobreza e a lentidão comunicativa, o isolamento e o impedimento do exercício da inteligência coletiva¹⁷⁰.

Existe uma pressão econômica que justifica a inclusão digital, por se entender que se trata de uma necessidade não somente da sociedade, mas, sobretudo do comércio.

Não se pode negar, todavia, que a *internet* enquanto espaço democrático tem permitido às pessoas expressarem suas opiniões livremente para qualquer indivíduo que esteja conectado a um terminal interligado na rede.

Com isso, a sociedade informacional se tornou nociva aos direitos fundamentais dos cidadãos, devido à sua natureza invasiva, pondo crianças, jovens e adultos, em posição de desvantagem, pois o amplo e irrestrito acesso à informação pode influenciar negativamente na formação de caráter e personalidade, na autodeterminação enquanto cidadão independente de qualquer condição seja ela raça, cor, idade, religião, etc.

Nos dias atuais, é muito comum que as relações sociais se enfraqueçam, tornando superficiais, pois em razão da facilidade de ser comunicar pelos meios digitais, o contato físico e pessoal se torna praticamente nulo, ficando as mensagens armazenadas nos respectivos bancos de dados dos aplicativos de comunicação, as quais estão privadas de sentimento, emoção e transparência.

Deve ser ressaltado que as relações virtuais poderão causar aos respectivos usuários da *internet* uma falsa sensação de proteção e inatingibilidade e conforto, podendo gerar o isolamento das pessoas que, no intuito de evitar dissabores na vida real, passam a ser expressar somente pelos meios digitais.

Em razão desta nova realidade social decorrente da sociedade informacional, será

¹⁷⁰ Idem.

preciso romper os obstáculos tais como a insuficiência de recursos financeiros para que todos os cidadãos que assim desejarem tenha acesso não somente aos equipamentos, mas também a rede mundial de computadores com capacidade adequada.

Não basta, pois, ampliar o acesso das pessoas aos microcomputadores, *tablets*, *smartphones* e outros terminais conectados à *internet*, mas, sobretudo propiciar o uso qualificado da rede, visando à diminuição da desigualdade intelectual. Cumpre, portanto, destacar que a inclusão digital se depara com um grande problema que está relacionado à educação, pois será impossível dissociar o processo inclusivo do processo educacional.

Logicamente, o fator econômico tem grande responsabilidade pela exclusão digital, visto que um considerável número de pessoas ainda não possui acesso à *internet* e aos demais recursos da TCI.

Há de se ressaltar que, em 2010, foi expedido o Decreto Presidencial nº 7.175, o qual instituiu o Programa Nacional de Banda Larga no Brasil que, nos termos de seu artigo 1º, cujos objetivos principais são fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação.

Existe ainda uma visão social a respeito da inclusão digital que considera a *internet* como um repositório do conhecimento humano, de modo que o acesso à informação somente será possível a partir do acesso ao mundo digital.

Outra discussão que merece todo respeito é aquela relacionada com o armazenamento das informações prestadas aos bancos de dados da rede e as relações de poder. Não precisa ser especialista para saber que o detentor de informações privilegiadas possui melhores condições para desenvolver qualquer atividade que envolva lucro ou poder. Diante da magnitude e do grande fluxo de informações na rede, surge uma grande preocupação quanto à destinação e a titularidade dessas informações armazenadas nos provedores de *internet*.

Para uma melhor exemplificação do tema, cita-se o caso Snowden, no qual este ex-técnico da Agência Nacional de Segurança Americana (NSA) deixou vaziar informações a respeito de documentos sigilosos que contavam detalhes de diversos programas de espionagem do governo americano, revelando ao mundo a fragilidade da segurança das informações pessoais dos brasileiros, necessitando assim uma maior proteção dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão dos cidadãos.

Está mais do que comprovado que as redes sociais estão cada vez mais desempenhando um papel central na vida política e social das pessoas, a exposição de *blogueiros*, *twiteiros*, comunicadores, jornalistas e ativistas passaram se tornar cada vez mais frequentes e intensas.

Existe, portanto, uma maior preocupação com a transparência, na rede mundial de computadores, incluindo a divulgação de campanhas publicitárias a respeito das violações à liberdade de expressão, esperando-se que os perpetradores sejam punidos e responsabilizados. Em contrapartida, que os usuários sejam mais prudentes e precavidos, tornando a *internet* um espaço mais seguro e democrático.

Outra face da vulnerabilidade dos usuários da rede está associada à crescente influência das empresas de *internet* e telecomunicação na vida política e privada da população. Sendo assim, se faz necessário haver transparência e responsabilidade na prestação dos serviços oferecidos por tais empresas, sobretudo, naquilo que se refere aos pedidos de censura, vigilância e monitoramento feitos pelo governo, bem como pelas formas de coleta e proteção dos dados pessoais dos usuários.

Deve ser ressaltada, desde logo, a importância da regulamentação de alguns pontos relevantes trazidos pela Lei nº 12.965/2014, tais como a discriminação de pacotes de dados na *internet* e de *degradação de tráfego*, a partir da indicação de procedimentos de conexão e de aplicações, apontando medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública, estabelecendo inclusive parâmetros para a fiscalização e apuração de infrações.

Para isso, o Governo Federal sancionou, no dia 11 de maio de 2016, o Decreto Presidencial nº 8.771/2016, visando complementar e regulamentar, de forma clara e precisa, o Marco Civil da *Internet*. Assim, destaca-se o artigo 3º do referido Decreto Presidencial que, em razão do artigo 9º da Lei 12.965/2014, cuidou de garantir a preservação do caráter público e irrestrito do acesso à *internet* e os fundamentos, princípios e objetivos do uso da *internet* no país, detalhando, inclusive, a responsabilidade da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) em fiscalizar e apurar as infrações cometidas em contradição às diretrizes estabelecidas pelo Comitê Gestor da *Internet* (CGIbr), nos termos do art. 5º, §2º do Decreto nº 8.771/2016.

Espera-se, portanto, que uma vez consolidados os princípios trazidos pelo Marco Civil da *Internet* e uma vez regulamentada a referida lei através do Decreto Presidencial supracitado, sejam tuteladas tanto a privacidade quanto a liberdade expressão dos usuários da rede, havendo punições rigorosas para os desertores virtuais, havendo, inclusive, a possibilidade de responsabilização civil dos provedores por eventuais danos causados a terceiros.

Conclui-se a presente reflexão, de modo a considerar que a *internet* atua como agente fomentador da promoção da democracia, cidadania, inclusão social, na sociedade contemporânea, bem como promotora do acesso à justiça de inúmeros usuários da rede.

4 A INSERÇÃO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO AMBIENTE VIRTUAL

Após do levantamento das questões jurídicas e sociais relacionadas ao tema central da presente dissertação, alguns pontos merecerão ser reforçados, como por exemplo, a dificuldade do Poder Judiciário em promover a distribuição da justiça de forma adequada, rápida e eficaz a seus jurisdicionados, sobretudo, frente ao acúmulo de demandas judiciais e a falta de estrutura jurisdicional para o tratamento dos mais diversos tipos de conflitos.

Ao se resgatar os métodos alternativos de resolução de conflitos contribuiu, o número de demandas judiciais foi reduzido significativamente, aliviando assim o excesso de processos nos tribunais brasileiros.

Além da redução do volume de serviço, foi dado início a uma profunda mudança cultural, fazendo com que os juristas e os próprios cidadãos abandonassem a cultura do litígio para a adoção das práticas alternativas de resolução de conflitos e de uma mentalidade de cooperação entre as partes conflitantes.

Falta muito para que a cultura conciliativa se consolide nas sociedades contemporâneas, mas com a propagação dos métodos de resolução de conflitos pelos meios digitais, as pessoas poderão conhecer melhor e futuramente desenvolver práticas conciliativas em ambiente virtual, sem a intervenção estatal, tornando-se elas próprias as principais responsáveis pela resolução de seus conflitos.

Não se pode negar que foi a partir da globalização e das diversas inovações tecnológicas, que as relações inter-humanas começaram a sofrer alterações, exigindo uma nova postura das pessoas em relação às exigências da atual Sociedade da Informação. Adolfo Braga Neto ressalta que:

[...] num ambiente globalizado, em que as economias nacionais e locais estão mais interdependentes, exigindo a integração de mercados, produtos, homens de negócios e, claro, pessoas. Aliando-se a todos esses elementos, a tecnologia da informação tem demonstrado um mundo cada vez mais virtual, onde o acesso a informação é em tempo real. Tudo isso leva à existência de conexões cada vez mais inéditas e de complexidades ímpares, que geram conflitos de diversas ordens e mais complexos. Todos exigem tratamento e adequação ao dinamismo de suas características. A mediação de conflitos como instrumento da pós-modernidade parece ser um método adequado para responder de maneira dinâmica a essas demandas por força de sua flexibilidade e muitas outras características [...]¹⁷¹.

¹⁷¹ BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 140-141.

Frente à nova realidade trazida pela Sociedade da Informação, a jurisdição estatal não é mais suficiente para lidar com a grande quantidade de conflitos e com a alta complexidade das demandas judiciais. Tanto, é verdade, que a propagação da utilização dos métodos *online* de resolução de conflitos se deu a partir do aumento e da consolidação das relações virtuais, sejam elas comerciais (*e-commerce*) ou pessoais (redes sociais).

Atualmente, grande parte da população, costumam efetuar diversas transações comerciais pela *internet*, ou, pelos menos, criaram algum perfil virtual nas redes sociais (*facebook, whatsapps, snapchat, messenger, skype*, etc) para se comunicar com amigos, familiares e parceiros comerciais.

Sandra Untrojb considera que o futuro da mediação se apoia em dois pilares principais, os jovens e o uso das novas tecnologias, especialmente, os avanços científicos na área das comunicações.

Therefore, I consider it very important that we, who are the ones dedicated to spreading the field of mediation, can approach these teens / young through education in high schools and universities so that they internalize the use of mediation as the first form to solve a conflict. That is, when face with a dispute over any subject, do not think as a first choice "I will sue the other party" but have as a first reaction the thought "I will go to mediation." To achieve this goal they should have all the knowledge necessary about mediation procedures, advantages not only in terms of costs but also those benefits arising from the possibility of improving personal relationships and communication with the other party of the dispute¹⁷².

Devido a alta complexidade das relações empresariais e comerciais, a mediação abordará questões tais como recebimento de créditos, pagamento dos débitos, transações comerciais, operações com seguro, relação de consumo, prestadores de serviços, usuários, sejam elas contratuais ou extracontratuais.

Foi a partir da intensa virtualização das relações pessoais e comerciais que surgiram os métodos ODR como alternativa rápida, eficaz e menos custosa para os usuários da rede mundial de computador.

Ressalta-se que os usuários de *internet* geralmente estão mais vulneráveis em relação ao desenvolvimento das atividades *online*, seja pela localização geográfica ou pela má fé da parte com quem se interage virtualmente.

Levando-se em consideração o rápido crescimento do comércio eletrônico, incentivaram-se a criação e a propagação de novas formas de resolução de conflitos,

¹⁷² UNTROJB, Sandra. **The Future of Mediation: Teens and Technology in OnlineDisputeResolution.com – The world's ODR Tecnology & Information Center**. March 2015. Disponível em: <<http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=UntrojbFutures.cfm>>. Acesso em: 08.02.2016.

especialmente para aqueles originários do ambiente virtual.

We argue that if a transaction occurs online, then disputants are likely to accept online techniques to resolve their disputes. Thus the development of e-commerce requires new ways of resolving conflicts. New ways of dispute resolution are hence appearing, so that the disputant parties neither need to travel nor to meet in courtrooms of in front of arbitrators or mediators.¹⁷³

Estudiosos sobre o assunto afirmam que os métodos ODR contribuíram para a evolução da lei no ciberespaço, tanto que tais técnicas passaram a ser admitidas durante a realização dos procedimentos conciliativos presenciais, ou, *off line*.

Mediation and arbitration in the physical world are considered to be 'alternative dispute resolution' (ADR), alternatives to litigation. When used for disputes arising out of online activities, online dispute resolution is not likely to be considered to be an alternative to law since there is normally no litigation option for disputes arising out of online activities¹⁷⁴.

Nos últimos dez anos, muitas foram as evoluções nas formas de se resolver conflitos, ao passo que os tribunais passaram a adotar novas técnicas, viabilizando uma melhor distribuição da justiça para seus jurisdicionados. Alguns países, como por exemplo, a Alemanha e a Itália, já inseriram em seus ordenamentos jurídicos a resolução *online* de conflitos, especialmente para a obtenção de solução adequada àquelas disputas originadas a partir do comércio eletrônico, permitindo-lhes assim, a utilização do próprio meio eletrônico para a realização dos procedimentos conciliatórios¹⁷⁵.

Na realidade, os métodos de *Online Dispute Resolution* representam os métodos alternativos de solução de conflitos tais como a negociação, a arbitragem e a mediação, praticados em ambiente virtual. Assim, como ocorre com os métodos ADR, as práticas conciliativas virtuais deverão respeitar o caráter voluntário do procedimento e a confidencialidade, assim como deverão permitir que as partes desistam do procedimento, a qualquer tempo e, sem a necessidade de expor suas razões. No mais, deverão ser observadas outras condutas que são próprias do bom uso da *internet* e das legislações a ela pertinentes.

¹⁷³ CARNEIRO, *Op. cit.* p. 214

¹⁷⁴ KATSH, Ethan. *Online dispute resolution: some implications for the emergence of law in cyberspace*. (Special Issue: Online Dispute Resolution and Data Protection). *International Review of Law, Computers & Technology*, July, 2007, Vol.21(2), p. 101.

¹⁷⁵ BRAGA NETO, *Op. cit.*, pp. 140-141.

4.1 A REALIDADE BRASILEIRA E A ADOÇÃO DAS PRÁTICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM AMBIENTE VIRTUAL (*ONLINE DISPUTE RESOLUTION - ODR*)

Destaca-se que os métodos ODR representam uma das modalidades dos meios alternativos à jurisdição para se resolver conflitos (métodos ADR), valendo-se, portanto, da tecnologia para facilitar a comunicação entre as partes digitalmente incluídas.

Em se tratando da prática conciliativa virtual, as partes costumam contar com a presença de um terceiro facilitador que poderá ser uma pessoa, ou, até mesmo, um programa de computador específico para interpretar e integrar as informações prestadas pelas partes em eventual disputa.

É salutar que as pessoas estejam atentas para a esta nova realidade, sobretudo, os governos, para que seus respectivos ordenamentos jurídicos possam acolher as práticas de resolução *online* de conflitos, como alternativa à jurisdição oferecida pelo Estado.

No artigo *Online dispute resolution: in a artificial intelligence perspective*, os autores consideram que a demanda judicial geralmente é considerada como um procedimento ineficiente, pois nem sempre se obtém o que se quer – isso porque, na maioria das vezes, as partes visam obter o maior número de vantagens uma sobre as outras, assim como os custos são elevados e o tempo para a efetiva solução do litígio costuma ser longo.

Litigation is generally seen as an inefficient process, in which the most important characteristic is that court rooms are generally highly competitive milieus, in which parties and their representatives will blindly pursue the maximization of their own personal profit, without any regards for the other party's interests. This constitutes the main obstacle for the achievement of a mutually satisfactory outcome, increasing the dissatisfaction of the parties and consequently the number of appeals, contributing to slower and more inefficient judicial system¹⁷⁶.

Por ser uma prática derivada dos métodos ADR, cuja origem se deu a partir da releitura do princípio do contraditório e do acesso à justiça, os métodos ODR também deverão se preocupar com o respeito ao devido processo legal, com a boa fé e, principalmente, com a dignidade da pessoa humana, existindo assim, várias formas de materialização de tais métodos, seja por videoconferência, *chats*, julgamentos *online*, bem como pela troca de informações pelos sites responsáveis pelos procedimentos.

Considerando que os métodos ODR decorrem da junção dos métodos ADR com a Tecnologia da Comunicação e Informação (TCI) ou *Information Communication Technology* (ICT), verifica-se que o gerenciamento das informações prestadas pelas partes em conflito, será

¹⁷⁶ CARNEIRO. *Op. cit.* p. 212.

realizado por um terceiro facilitador que poderá ser uma pessoa com conhecimentos específicos em informática e técnicas conciliativas, ou, até mesmo, por um software de computador programado através de algoritmos computacionais específicos que efetuará a análise e a posterior classificação dos dados informados.

Zanferdini considera que as plataformas de *Online Dispute Resolution* podem melhorar o acesso à justiça para os litigantes, pois seriam capazes de resolver pequenos litígios de forma diversa da tradicional, afirmando que a vantagem de se utilizar a *internet* está na inexistência de fronteiras geográficas e políticas, considerando a conexão e a proximidade das pessoas no ambiente virtual.

ODR platforms may improve access to justice for those litigants who would otherwise be unable to settle small causes. In the online world there are no geographic and political boundaries. People are now connected globally through the internet. Now people around the world are together every day. ODR improves access to dispute resolution by making it cheaper, easier and quicker¹⁷⁷.

Acredita-se que os mecanismos ODR são muito eficientes na resolução *online* de conflitos, de modo a causar um impacto positivo para o desenvolvimento das relações digitais por ser considerada uma prática democrática, focada no respeito da cidadania e na dignidade da pessoa humana, inclusive, para o desenvolvimento do comércio eletrônico. Logo, eles se apresentam como métodos capazes de promover a distribuição da justiça de forma adequada na atual Sociedade da Informação.

As resoluções *online* de conflitos representam a melhor alternativa para a pacificação de conflitos decorrentes de transações virtuais de consumo, pois se valem do próprio meio (*internet*) para a realização das atividades conciliatórias, presumindo estarem presentes todos os requisitos para ambas as práticas, quais sejam o conhecimento básico de informática e as principais operações para o uso consciente e adequado da rede mundial de computadores.

Há de se ressaltar que, inicialmente, as plataformas de negociação automatizadas começaram a partir da iniciativa do *website E-bay* em parceria com o domínio *SquareTrade.com*, considerando que o primeiro recebeu milhões de reclamações e queixas referentes às transações que eram por ele intermediadas. Por esta razão, o *site SquareTrade.com* ficou incumbido de resolver virtualmente tais pendências, considerando que a distância geográfica entre os usuários do *E-bay* era muito grande.

¹⁷⁷ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Online Dispute Resolution in Brazil: Are we ready for this cultural turn?* in *Revista Paradigma* [recurso eletrônico]. a.XX, n° 24, jan/dez 2015. Ribeirão Preto: UNAERP. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/589>>. Acesso em: 17.02.2016. p. 73.

In the event that a dispute cannot be resolved through the assisted negotiation process, the Square Trade model used by eBay offers assistance for a nominal fee through online mediation. Because of the relatively small amount of money involved and parties' geographical distance from each other, traditional face-to-face mediations were not an option. Instead, the mediation takes place through individual email communications between the mediator and the parties in a "shuttle diplomacy" format¹⁷⁸.

Ressalta-se que a iniciativa do eBay ao criar um sistema de *feedback* para fins de avaliação da qualidade dos negócios por ele intermediados, resultou num resultado animador, pois foram mais de 200 (duzentas) reclamações feitas pelos usuários, as quais foram integralmente solucionadas no prazo máximo de 2 (duas semanas)¹⁷⁹.

Alguns estudiosos passaram a classificar os sistemas de *online dispute resolution* em duas gerações distintas. A primeira delas está representada por ferramentas computacionais que passaram a ser utilizadas pelas pessoas visando de resolver seus problemas, contando com auxílio da tecnologia das comunicações virtuais, como por exemplo, *chats*, *e-mails*, *instant messaging*, *fóruns*, vídeos e chamadas de telefone, videoconferência, dentre outros instrumentos, os quais foram inicialmente operados por uma pessoa que atuaria como sendo um terceiro facilitador. Já a segunda geração passou a ser representada pela forte influência dos sistemas automatizados de resolução de conflitos, os quais foram programados com base na experiência multidisciplinar da ciência, envolvendo assim, matemática, filosofia e inteligência artificial¹⁸⁰.

Assim, os mesmos autores ousaram afirmar que o computador passou a ser considerado como a "quarta parte" nos respectivos procedimentos de resolução consensual de conflitos, tendo afirmado que "*an important element of this 'fourth party' will obviously be the emergence of expert systems and inteligente software agents empowered to help the parties and the mediator/arbitrator in reaching a fair solution*"¹⁸¹.

Levando em consideração que a tecnologia, por si mesma, representa a quarta parte nos procedimentos de *online dispute resolution*, ressalta-se que seu objetivo central será o de promover uma comunicação estruturada, em um ambiente informativo, entre as partes conflitantes, afim de que se obtenha uma efetiva resolução daquele determinado conflito.

Douglas Walton e David M. Godden atestam a existência de seis tipos de linguagens a serem aplicadas nos diálogos de *online dispute resolution*, os quais derivaram dos próprios

¹⁷⁸ BREAU, Paul W. *Online Dispute Resolution: A Modern alternative dispute Resolution Approach. The Computer & Internet Lawyer*, 2015, Vol. 32, p.1.

¹⁷⁹ KATSH, *Op. Cit.* p. 100.

¹⁸⁰ CARNEIRO. *Op. cit.* p. 215.

¹⁸¹ *Ibidem.* p. 214.

métodos de *alternative dispute resolution*. São eles: o discurso persuasivo, o investigativo, o negociativo, o informativo, o deliberativo e o erístico¹⁸².

O diálogo persuasivo se inicia a partir do conflito de opiniões, cujo objetivo das partes é simplesmente convencer a outra de que suas pretensões são legítimas, valendo-se de argumentos plausíveis, terminado assim com a efetiva resolução ou com pelo menos o esclarecimento daquela situação conflituosa, propiciando uma nova discussão num futuro próximo. No diálogo investigativo, o que se busca é a produção de provas que venham a justificar as posições das partes até que ambas estejam satisfeitas. A negociação, por sua vez, consiste num discurso em que se busca resolver um conflito de interesses, pautadas em ofertas e contraofertas, até que seja encontrada uma solução razoável para ambas as partes. Num diálogo informativo, preocupam-se as partes apenas com a coleta de informações a respeito de eventual litígio visando o conhecimento mútuo sobre as particularidades de eventual disputa. O diálogo deliberativo começa a partir de um dilema ou de uma escolha prática em que os participantes deverão coordenar seus objetivos e ações para que num ambiente colaborativo as partes decidam o melhor caminho para as decisões que serão tomadas. Por fim, apresenta-se o diálogo erístico, o qual representa um conflito pessoal, cujos participantes costumam criticar verbal e fundamentadamente a posição assumida por seu adversário até que as bases reais do conflito sejam reveladas¹⁸³.

Stepahnie Bol em seu estudo sobre a obra dos percussores dos estudos dos métodos ODR, Ethan Katsh e Janet Rifkin, afirmou que a tecnologia tem a habilidade de regulamentar e estruturar alguns aspectos do processo de resolução de conflitos, como por exemplo, o gerenciamento de queixas e reclamações dos usuários da *internet*; a criação de uma agenda de atividades dentro do processo conciliativo, a partir da vontade das partes; a promoção da comunicação entre as partes através de *e-mails* ou *chats*¹⁸⁴.

Os mecanismos de *Online Dispute Resolution* podem ser considerados como um conjunto de ferramentas e técnicas conciliativas, apoiadas pela tecnologia com o objetivo de facilitar a resolução dos mais diversos conflitos. Basicamente os sistemas de *Online Dispute Resolution* serão aplicados para resolver as disputas decorrentes de relações virtuais (disputas *online* ou *e-disputes*), como também para resolver os conflitos tradicionais (gerados *off-line*), nos quais as partes, muitas vezes, se encontram impedidas de resolver diretamente seus

¹⁸² WALTON, Douglas; GODDEN, David. **Persuasion Dialogue in Online Dispute Resolution** - Artificial Intelligence and Law, 2005, Vol.13(2), p. 277.

¹⁸³ *Ibidem*. p. 278.

¹⁸⁴ BOL, Stephanie H. Book Review: **Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace** - Ethan Katsh and Janet Rifkin. Artificial Intelligence and Law, 2003, Vol.11(1), pp.69-70.

conflitos, em razão da distância, da disponibilidade de tempo, da falta de recursos financeiros, bem como por questões de segurança pessoal.

Inspirados na preocupação dos métodos ADR com o sigilo e com a confidencialidade nas respectivas sessões, deve ser elucidado que métodos ODR também se atentarão para a segurança dos dados pessoais disponibilizados na *internet*, especialmente durante a realização dos respectivos procedimentos virtuais.

O surgimento das novas técnicas consensuais de resolução de conflitos representa uma alternativa que devolve novamente ao cidadão o poder de decisão sobre seus conflitos, diminuindo assim, os riscos de se ter maior prejuízo em decorrência de uma decisão imposta por terceiros.

Com isso, não se pode afirmar que a resolução eletrônica de conflitos se refere ao tipo de conflito, mas, sim, ao meio em que a disputa poderá ser resolvida, ou seja, no ambiente virtual. Há de se ressaltar, entretanto, que tais métodos poderão ser realizados total ou parcialmente pelos meios eletrônicos, havendo assim, a possibilidade da realização de atos presenciais.

Além disso, muitos consumidores se encontram fisicamente distantes de seus fornecedores, fator que torna qualquer demanda judicial demorada e consideravelmente onerosa para as partes, sem contar a alta complexidade das operações informáticas e da fragilidade das relações virtuais de consumo. Assim, os métodos alternativos convencionais para a resolução de conflitos nem sempre serão os meios mais adequados para se mediar um conflito decorrente de relações pessoais, comerciais ou empresariais geradas no ambiente virtual

Todavia, ao se definir as diretrizes da aplicação das técnicas *online* de resolução de conflitos, não se poderá esquecer de que as próprias partes deverão exercer o total controle sobre o respectivo procedimento, bem como serão elas próprias que se responsabilizarão pelo resultado a ser alcançado, gozando assim de liberdade de negociação, confiança no procedimento adotado, boa-fé, respeito e intervenção de um terceiro facilitador, seja ele um software especializado ou a presença física de um mediador ou conciliador capacitado para o desempenho de tais funções.

Logo, a sociedade contemporânea está marcada pela virtualização das relações pessoais, tal como foi ressaltado no capítulo destinado à inclusão digital como reflexo da cidadania.

Muitas vezes, a realização da mediação e da conciliação *online* necessitará da interferência de um terceiro imparcial e desinteressado que deverá utilizar as técnicas conciliativas, visando estabelecer uma comunicação adequada entre as partes e os respectivos mediadores, de modo a se preservar sempre a integridade da parte mais vulnerável.

Citando ainda Walton e Godden¹⁸⁵, foram elencadas dez regras para que o intermediador as utilize, seja ele uma pessoa ou um *software* inteligente: 1) o argumentador não poderá impedir que o outro prossiga com sua argumentação; 2) o argumentador deverá defender seus argumentos se for solicitado e não imotivadamente; 3) não se poderá atacar ou criticar a pessoa do argumentador adversário, mas somente os respectivos argumentos; 4) deverão ser utilizados somente argumentos relevantes para a resolução daquele determinado conflito; 5) o argumentador deverá se comprometer com as premissas implícitas em seus argumentos; 6) deverão ser estabelecidas regras comuns pelos próprios argumentadores; 7) os argumentos deverão ser conclusivos; 8) os argumentos deverão obedecer aos critérios do esquema de argumentação adotados pelos participantes antes de se iniciar o processo argumentativo; 9) a argumentação deve ser corretamente estruturada, ou ser capaz de fazer a adição de valores implícitos; 10) a formulação da argumentação não deverá ser vaga ou ambígua.

Com o estabelecimento de tais regras, criou-se uma cartilha que servirá para orientar tanto o trabalho dos intermediadores de ODR (seres humanos) como o trabalho dos desenvolvedores dos *softwares* de inteligência artificial utilizados nos métodos ODR.

A grande contribuição do estudo dos diversos tipo de linguagem a serem utilizadas nos métodos conciliativos está justamente, na possibilidade de se aprimorar as técnicas de abordagem das partes conflituosas, de modo a otimizar os resultados da *online dispute resolution*. Walton e Godden acreditam que a inclusão do discurso persuasivo, por exemplo, poderá ser introduzido num processo de negociação em dois momentos específicos, no momento em que se faz a oferta e no momento em que se a rejeita, pois uma boa argumentação no momento oportuno poderá alterar todos os resultados a serem obtidos ao final daquele procedimento¹⁸⁶.

4.1.1 Vantagens e desvantagens das práticas ODR

Considerando a quantidade dos benefícios trazidos pela utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, na sua modalidade presencial (métodos ADR), pode-se dizer, também, muitas são as desvantagens presentes em tais procedimentos. No entanto, o saldo entre vantagens e desvantagens costuma ser mais positivo do que negativo, pois a atividade conciliatória, por si só, representa o caminho mais curto para se obter justiça.

Para os métodos ODR não será diferente.

¹⁸⁵ WALTON; GODDEN, *Op. Cit.* p. 282.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 288.

Assim, dentre as vantagens dos mecanismos ODR destaca-se a possibilidade da realização dos respectivos procedimentos, total ou parcialmente, pelos meios digitais, considerando que poderão ser dispensados determinados atos processuais, como por exemplo, as audiências presenciais. O próprio fato de a informação ser veiculada diretamente, na *internet*, também pode ser considerado uma vantagem, pois a comunicação será ampla, mais rápida e menos onerosa.

Já um ponto considerado como sendo negativo em relação à consolidação dos métodos ODR no Brasil, está relacionado à exclusão social e digital das pessoas, representado pelas diversas formas de discriminação existentes e abordadas no primeiro capítulo desta dissertação, bem como a falta de recursos financeiros, a falta de assessoramento técnico, os quais poderão impedir o respectivo acesso à distribuição da justiça pelas plataformas virtuais de conciliação.

Alberto Elisavestky, por sua vez, faz referência a um projeto implantado por ele, em parceria com o governo da Argentina, que consistiu na criação de oficinas de mediação virtual em algumas de suas províncias do país (Salta e Córdoba), a partir da utilização de uma tecnologia simples e acessível, contando sempre com a presença de um profissional devidamente habilitados em práticas de mediação e informática¹⁸⁷. Talvez este exemplo sirva de alternativa se popularizar as práticas conciliativas, realizadas na *internet*, propiciando a criação de oficinas virtuais de mediação nos bairros das cidades brasileiras, especialmente, naquelas regiões mais carentes, incentivando assim, a criação de uma cultura conciliativa, de modo a capacitar, gratuitamente, novos mediadores e conciliadores provinciais.

Outro fator que merece um especial destaque se refere à exigibilidade das decisões (força executiva).

Considerando o exemplo da plataforma UDRP do ICANN, citado no início deste capítulo, verifica-se que o próprio sistema virtual proporciona a auto execução de suas próprias decisões, tendo sido disponibilizado o respectivo termo de adesão às partes, antes de se iniciar as tratativas, o que representa que elas estavam de acordo com todos os termos da respectiva prática ODR.

Para Marcelo Hobaika, tornar exequível o resultado de um procedimento ODR, originado a partir do comércio eletrônico, na modalidade B2B, será preciso que tal imposição esteja de acordo com as práticas negociais estabelecidas pela comunidade daquele setor

¹⁸⁷ ELISAVETSKY, Alberto. **La Mediación a Distancia como Puente de Inclusión Social in OnlineDisputeResolution.com – The world’s ODR Tecnology & Information Center**. April 2016. Disponível em: <<http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=ElisavetskyA7.cfm>>. Acesso em: 25.04.2016.

específico¹⁸⁸. Logo, a prestação de ODR não retira do consumidor o direito de buscar a defesa de seus direitos perante o Poder Judiciário, porém, diminui consideravelmente tal procura pela jurisdição.

Em se tratando da negociação automatizada, cumpre salientar que um dos benefícios que ela traz é a transferência da responsabilidade para ambas as partes conflitantes no momento da tomada da respectiva decisão de composição, de modo que magistrado ou árbitro não tenham que interferir, tornando-se assim desnecessários eventuais procedimentos executivos em caso de descumprimento, isso porque, se foram as próprias partes que assumiram o controle de todo o procedimento, presume-se que o resultado da disputa tenha sido o melhor possível e com maior probabilidade de cumprimento das obrigações ali pactuadas¹⁸⁹.

No entanto, deve ser elucidado que não existe legislação específica para a regulamentação dos métodos ODR, o que poderia ser considerado como o principal obstáculo à consolidação de tal prática, pois não se sabe bem ao certo qual legislação aplicar, uma vez que boa parte dos conflitos gerados no ambiente virtual envolvem sujeitos de diferentes nacionalidades, etnias, culturas, estando inclusive muito distantes fisicamente.

Considerando que os sistemas normativos decorrem, em sua maioria, da cultura e do desenvolvimento intelectual de cada região do mundo, se torna, portanto, vulnerável a qualquer tipo de mudança social, especialmente, àquelas geradas pelos avanços científicos e tecnológicos.

Estudiosos em resolução *online* de conflitos entendem que deverão ser homologados sistemas normativos próprios para cada organização responsável pelo fornecimento dos serviços ODR, a partir de acordos e tratados internacionais a serem firmados por seus membros e devidamente aprovados pelo Poder Legislativo de cada país. Nesse sentido, Alberto Elisavetsky pondera o seguinte:

Los sistemas normativos regularmente van a la zaga de las transformaciones sociales y de los cambios tecnológicos. La homologación de sistemas normativos para atender la gestión y el crecimiento de organizaciones de redes en América Latina requeriría de múltiples convenios y tratados multinacionales, que a su vez requerirían la autorización de los órganos legislativos de cada país. De manera que, mientras tanto, una posibilidad sería acordar códigos éticos de comportamiento, y no propiamente sistemas normativos formales¹⁹⁰.

¹⁸⁸ HOBAlKA, *op. cit.*

¹⁸⁹ GABUTHY, *Op. cit.*, p. 355.

¹⁹⁰ ELISAVETSKY, Alberto. *Tercer artículo colectivo producto del debate em el foro Cyberweek 2014 sobre sistemas normativos y ODR in OnlineDisputeResolution.com – The world's ODR Tecnology & Information Center. December 2014*. Disponível em: <<http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=ElisavetskyAb120141226.cfm>>. Acesso em: 08.02.2016.

Na ausência de normas específicas, deverão predominar: a ética, a moral e a boa fé, nas operações realizadas pelas plataformas ODR.

A grande vantagem para a adoção de tais práticas no Brasil está no embasamento legislativo para o desempenho das atividades conciliativas, bem como para a utilização da *internet*, representadas pelo Novo Código de Processo Civil, pela Resolução 125/2010 do CNJ e suas respectivas Emendas, pela Lei da Mediação e os regulamentos internos de cada Tribunal, bem como pelo Marco Civil da *Internet*.

Antes de mencionar algumas desvantagens para a utilização dos métodos ODR, não se pode olvidar da chamada consciência ambiental.

Noam Ebner e Colleen Getz trazem um estudo específico sobre os possíveis impactos ambientais positivos que a prática ODR poderá trazer para o meio ambiente¹⁹¹. Com a adoção de sessões e audiências, por vídeo conferência, as partes residentes em locais distintos e distantes entre si não precisarão se deslocar e por isso não haverá a necessidade da utilização de meios de transporte, os quais costumam ser abastecidos por combustíveis cuja queima costuma emitir grande quantidade gases nocivos ao meio ambiente. Evitando o deslocamento das partes fisicamente conseqüentemente resultará na ausência de emissão de carbono no meio ambiente. Assim, os ambientalistas têm se mostrado muito otimistas com a substituição da “cultura do carro” por práticas sustentáveis.

Além disso, a junção do processo eletrônico com as práticas virtuais de conciliação, mediação e arbitragem, propiciará uma considerável redução na utilização de papel, implicando em uma economia não somente financeira, mas também no consumo e na atividade extrativista da respectiva matéria prima (cortes de árvores).

Os autores referenciados acima, mencionaram ainda a existência e a possibilidade da concessão de um selo verde para os *sites* provedores dos serviços de *Online Dispute Resolution*, considerando todo impacto positivo na utilização daqueles métodos, situação esta que incentivará as práticas *online*, contribuindo assim para a busca de um desenvolvimento sustentável, conforme se poderá verificar a partir da tradução do trecho a seguir transcrito:

*A seal on na ODR servisse provider's site signifies that the servisse is environmentally friendly. Additionally, enviromental seal programs migth choose to include commitment to green ODR processes for resolving consumer disputes as one of the standards set for eligibility to use the seal on a website. In the future we migth see specifc ODR/enviromental seals develop.*¹⁹²

¹⁹¹ EBNER, Noam; GETZ, Colleen. **ODR: The next green giant**. Conflict Resolution Quarterly, 2012, Vol.29(3), pp.283-307

¹⁹² *Ibidem*. p. 299.

Paul Breaux apontou que apesar das vantagens oferecidas pelos métodos ODR (conveniência de tempo, espaço físico, o acesso a profissionais com vasta experiência em mediação de conflitos e a utilização de linguagem específica), existem algumas desvantagens como por exemplo, a potencial perda da confidencialidade devido a comunicação realizada na forma escrita e a vulnerabilidade dos sistemas de *internet*, a falta de contato físico entre as partes e a ausência da impressão visual que se tem da parte contrária.

There are many advantages to this approach, including convenience (differences in time zones, geographic locations, and conflicting work schedules can be accommodated); access to mediators with expertise that may allow for more deliberate application of mediator techniques; and that text communication may result in the balancing of power if one of the parties is more articulate or persuasive in face-to-face discussions. The disadvantages include the potential loss of confidentiality due to all of the communications occurring in a written format; the “lack of warmth, immediacy, rapport and other attitudes and affects that make face-to-face mediation what it is”; and that “messages conveyed online... are prone to misinterpretation ... and to causing deterioration of trust”¹⁹³

Apesar dos benefícios trazidos pela utilização das técnicas de ODR, Alberto Elisavetsky aponta outros fatores como sendo os principais entraves encontrados para a consolidação das práticas ODR, quais sejam a exclusão digital (falta de equipamentos conectados à *internet* e a falta de conhecimentos em informática), bem como a possibilidade de contaminação dos computadores por vírus, as dificuldades da comunicação à distância¹⁹⁴.

Ao se considerar os avanços da sociedade brasileira em relação à inclusão digital da população, especialmente, após a popularização do uso dos *smartphones* e *tablets*, a prática de resolução *online* de conflitos tem se tornado cada vez mais viável no Brasil.

Infelizmente a população ainda não se encontra familiarizada com as práticas dos métodos ODR, desconfiando da idoneidade e da eficácia de tal atividade. Logo, são poucas as empresas que investem em plataformas virtuais de conciliação no Brasil, havendo a necessidade de uma maior divulgação de tais métodos, os quais poderão resolver conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário.

Segundo os estudos elaborados por Zanferdini, o futuro parece ser promissor para o campo dos métodos ODR no Brasil. Porém, existem poucas plataformas digitais especializadas para a resolução de conflitos *online*, sobretudo, para os inúmeros conflitos gerados pelo *e-commerce*. Para a autora a falta de interesse dos pesquisadores sobre o tema tem se tornado um

¹⁹³ BREAU, Paul. *Op. Cit.* p.1.

¹⁹⁴ ELISAVETSKY, 2016. *Op. Cit.*.

problema para o desenvolvimento e adoção de tais práticas no país seja no âmbito particular ou público.

*The future seems to be full of promising opportunities to the ODR field in Brazil, but the lack of digital platforms for solving e-commerce and lack of research is a problem. It seems that our judicial system is still not ready for the disputes that will arise*¹⁹⁵.

Para que se tenha acesso a tais métodos, as partes deverão possuir o mínimo de condições de acesso aos meios digitais, quais sejam três fatores essenciais à inclusão digital: o acesso ao equipamento, o acesso à *internet*, o mínimo de conhecimento técnico em informática, ao passo que tanto a hipossuficiência econômica quanto à hipossuficiência técnica (analfabetismo digital) dos usuários da rede, são tidas como barreiras para o desenvolvimento das práticas *online* de mediação. Talvez seja o momento oportuno para que governo e governados discutam a inclusão dos métodos ODR no âmbito da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos como alternativa à incessante busca pela proteção jurisdicional do Estado.

Não se pode, todavia, olvidar que existe uma notória preocupação dos juristas com o respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, preocupando-se ainda, com os princípios inerentes aos tradicionais métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente com a livre manifestação de vontade das partes, a confidencialidade, a informalidade e a oralidade.

Zanferdini defende que será preciso que haja uma urgente virada cultural no âmbito da resolução de conflitos para que a cultura do litígio seja substituída pela cultura da paz, substituindo-se os ultrapassados métodos adversariais pelos métodos não adversariais, de modo que as próprias partes dividam igualmente entre si a responsabilidade por uma resolução pacífica de suas próprias disputas¹⁹⁶. Nesse sentido, tornou-se indispensável o diálogo entre as diversas áreas do conhecimento para que se tenha um mundo globalizado e sustentável.

Com isso, será preciso que os pesquisadores, principalmente os brasileiros, estejam dispostos a pesquisar mais sobre a temática ODR, atuando cada qual dentro de sua área de atuação, uma vez que a interação digital das pessoas é inevitável e a necessidade de se tutelar direitos e exigir posturas diferenciadas, tanto das pessoas como das empresas, serão vitais para se obter um planeta plenamente sustentável, pautados sempre na boa fé das pessoas e no diálogo intercultural dos povos.

¹⁹⁵ ZANFERDINI, 2015, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 78.

4.2 DIFERENTES MODALIDADES DE RESOLUÇÃO VIRTUAL DE CONFLITOS

Tendo sido abordado nos tópicos anteriores a possível origem dos métodos de resolução *online* de conflitos, cumpre salientar como tais práticas foram apresentadas para Alberto Elisavetsky, que iniciou seus estudos sobre o tema desde o ano de 2006, apesar de tais práticas terem sido criadas, em 1996, a partir da reunião de um grupo de acadêmicos liderados pelo Professor Ethan Katsh – considerado o precursor e criador do Centro Nacional de Novas Tecnologias aplicada à Resolução de Conflitos da Universidade de Massachussetts Amherst, nos Estados Unidos. Em 2009, Elisavetsky foi convidado para integrar o grupo de pesquisadores responsáveis pelo desenvolvimento dos métodos, durante a realização do 9º Fórum Mundial de ODR, realizado em setembro de 2009, na Universidade de Haifa em Israel. Inspirado e orientado por esta experiência, o autor foi convidado para organizar o 10º Fórum Mundial de ODR, no ano de 2010, em Buenos Aires, na Argentina. Referido evento foi o primeiro e único evento acadêmico realizado na América Latina, até a presente data, que abordou o tema resolução *online* de conflitos¹⁹⁷. O especial destaque para a atuação do referido pesquisador se deve ao fato dele ter sido um dos maiores incentivadores das práticas conciliativas na América Latina.

Dessa forma, a resolução *online* de conflitos representa uma novidade prestes a se consolidar no mundo globalizado, especialmente porque os custos para a implantação e a manutenção das respectivas plataformas profissionais são baratas, compactuando com a ideia de popularização e abertura do uso da *internet*.

Merecerá destaque especial, a possibilidade de se conciliar através da *internet*, especialmente quando as relações empresariais se derem no âmbito da construção civil, que representa setor em constante expansão e extremamente sensível às oscilações econômicas, sendo forçado a buscar sempre por novas tecnologias para atender as exigências de um mercado cada vez mais exigente e competitivo.

Nesse contexto, acirram-se, portanto, as disputas sobre custos, preços, atrasos em obras, eventuais vícios de material ou da própria mão de obra, inadimplemento de contratos, interpretação de cláusulas contratuais, performances, garantias e, também oneração e desequilíbrio econômico dos contratos.

Dessa forma, a mediação procurará resolver, no âmbito empresarial, todas as disputas

¹⁹⁷ ELISAVETSKY, 2016. *Op. Cit.*.

objetivas e subjetivas, não no sentido de separá-las da negociação para facilitar o acordo, mas para identificá-las, acolhê-las e oferecer um encaminhamento se as partes assim o desejarem.

É importante destacar que a utilização da tecnologia representada pela inteligência artificial, pode auxiliar as partes conflitantes direta ou indiretamente. Indiretamente, quando servir apenas como plataforma para que as partes entre em contato e sejam colocados em ambiente virtual para a resolução de seus conflitos, sendo intermediada por uma pessoa capacitada para tanto. Já na intervenção direta da inteligência artificial, o próprio *software* de computador poderá conduzir automaticamente as tratativas entre as partes, representando um novo caminho autônomo para se resolver conflitos, conforme se verificou a partir do trecho abaixo transcrito.

In order to develop inteligente and eficiente techniques to support Online Dispute Resolution, one needs to integrate Artificial Intelligence based problem solving techniques with Online dispute Resolution ones. This information can be considered from two differrent with Online Dispute Resolution ones. This information can be considered from two diferente perspectives: on the one hand, as a tool to helpd the parties and the decision makers to obtain the best possible results in solving comercial disputes and, on the ohter hand, considering a new way of autonomous dispute resolution through the use of autonomous and inteligente software, supported by a knowledge base and decision capabilities¹⁹⁸.

As práticas ODR costumam ser aplicadas, com a finalidade de se resolver uma série de conflitos, variando entre conflitos interpessoais, conflitos envolvendo direitos do consumidor, separação conjugal, disputas judiciais, conflitos interestaduais, dentre outros.

Os métodos ODR poderão envolver práticas conciliativas, tais como a negociação, a mediação, a arbitragem e, até mesmo, a combinação dos três procedimentos, os quais serão realizados, inteira ou parcialmente, no ambiente virtual, estando disponibilizados em *sites* específicos, conhecidos tecnicamente como “plataformas ODR”.

Outra área que sofreu forte influência em razão dos efeitos da globalização e da tecnologia foi a das relações familiares e, sobretudo, a área da mediação familiar, destacando-se a maciça utilização da *internet* para se estreitar vínculos entre pais e filhos, especialmente, quando os eventuais cônjuges ou companheiros estão separados seja pela distância, seja pelo trabalho ou pelo término de um relacionamento conjugal e amoroso.

Quando se diz realizado total ou parcialmente no ambiente virtual, significa que os procedimentos ODR se desenvolverão através de um *site* específico, no qual será efetuada uma apresentação inicial do sistema e dos métodos a serem empregados, se fará a escolha e a definição dos procedimentos específicos para o desenvolvimento das atividades, bem como será

¹⁹⁸ CARNEIRO. *Op. cit.*p.214.

efetuada a escolha de um terceiro facilitador que presidirá as respectivas sessões de conciliação e mediação (audiências preferencialmente orais), oportunidade em que serão traçadas discussões produtivas, visando à resolução consensual daquele determinado conflito.

Destaca-se que a maioria dos conflitos levados para as plataformas virtuais de conciliação e mediação decorrem da celebração de contratos virtuais ou físicos, os quais podem ser conhecidos pelas expressões *Business to Business (B2B)*, *Consumer to Consumer (C2C)*. Para esses tipos de atividades comerciais, os métodos ODR poderão resolver rápida e efetivamente os conflitos, pois, muitas vezes, tais questões de discordância entre as partes são objetivas e pontuais e não requerem maiores esclarecimentos na esfera psicológica ou social. Dentre as referidas questões conflituosas poderão ser destacadas as disputas referentes ao registro de nomes de domínio (marcas e patentes), direitos autorais, *e-commerce*, *e-banking*, *e-marketing*, *e-learning*, dentre outras práticas virtuais.

Nos métodos B2B, por exemplo, se presume que as partes envolvidas tenham um prévio relacionamento de negócios antes da instalação do conflito, de modo que o terceiro facilitador deverá se preocupar, num primeiro momento, com o reestabelecimento da confiança recíproca e da boa-fé contratual, as quais são imprescindíveis para se mantenha a respectiva relação comercial/empresarial preexistente. Em outras palavras Nikola Šimková confirma que “*the mechanisms of online dispute resolution (ODR) could be useful to build trust with the participants because it allows eficiente and effective law enforcement within the online business network or supply chain*¹⁹⁹”.

Diferentemente do que ocorre nas práticas relacionadas às atividades empresariais B2B, nas relações *Business to Consumer (B2C)*, as partes costumeiramente não se conhecem, inexistindo qualquer vínculo ou relacionamento comercial contínuo, facilitando assim, as tratativas do conflito de forma clara, objetiva e pontual.

Cumpram aqui destacar a atuação da *Internet Corporation for Assigned and Numbers (ICANN)*, plataforma de caráter privado e internacional, a qual possui autorização do Departamento de Comércio dos Estados Unidos para alterar o mercado de registro de domínios, prática esta concentrada num ambiente de livre concorrência, sendo-lhe permitido credenciar e descredenciar empresas. Na realidade, o ICANN consiste numa plataforma criada para alocar o espaço de endereços de *internet protocol (IP)*, atribuir parâmetros de protocolo, e gerenciar o

¹⁹⁹ ŠIMKOVÁ, Nikola. **A Literature Review on Online Dispute Resolution and Application to B2B E-commerce.** Conference: 23rd Interdisciplinary Information Management Talks (IDIMT), At Poděbrady. September 2015. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/298069898_A_Literature_Review_on_Online_Dispute_Resolution_and_Application_to_B2B_E-commerce>. Acesso: 07.06.2016.

sistema de nomes de domínio, desempenhando assim as mais diversas funções gerenciais em relação ao sistema de servidores-raiz, os quais deverão respeitar os respectivos contratos firmados com o governo dos Estados Unidos.

A plataforma ICANN possui o respaldo de três organizações, uma para cada sistema de identificação virtual: a) o Sistema de Nomes de Domínio ou *Domain Names Systems* (DNS), utilizado para apoiar as questões relativas ao registro de Nomes de Domínio; b) a Organização de Endereços de IP ou *Address Supporting Organization* (ASO), responsável para a resolução dos conflitos referentes aos endereços de protocolo de *internet*; c) a Organização de Apoio ao Protocolo ou *Protocol Supporting Organization* (PSO) para a atribuição de número de portas e parâmetros de protocolo.

Devido à importância da ICANN, destaca-se que existe um método próprio para a resolução de disputas de nomes de domínios de primeiro nível, conhecido como *Generic Top-Level domain* (gTLD), que é mundialmente conhecido como plataforma *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (UDRP). Assim, os titulares dos domínios (.com, .net, .org) estão sujeitos a esse tipo de procedimento, por força de disposição contratual existente no momento do registro. O UDRP é um procedimento administrativo compulsório (*Mandatory Proceeding*) que poderá ser imposto quando o nome de domínio for idêntico ou suscetível de se gerar confusão com marca de produto ou de serviço sobre a qual o reclamante tenha direito; ou, quando o proprietário do domínio não detém qualquer direito ou interesse legítimo sobre o domínio; ou, quando o domínio registrado está sendo utilizado de má-fé. Eventual reclamante deverá provar a ocorrência de, ao menos, uma das hipóteses anteriormente mencionadas²⁰⁰.

Analisando outros tipos de plataformas de conciliação virtual, destacamos a existência de quatro sistemas ODR: a) o sistema *online* automatizado de reivindicações financeiras, com a utilização de algoritmos técnicos que atuam de forma similar a uma perícia contábil que analisam todas as questões numéricas para, então, fornecer a melhor solução ao caso; b) o sistema de arbitragem *online*, que pode se apresentar sob duas formas a *binding* (obrigatória ou vinculativa) e a *non binding* (não obrigatória ou não vinculativa); c) o sistema de serviços *online* de *Ombudsman*, os quais consistiram nos serviços prestados por um órgão, instituição ou empresa, no sentido de receber críticas, sugestões e reclamações de usuários e consumidores de eventual produto ou serviço, devendo agir de forma imparcial no sentido de mediar conflitos

²⁰⁰ HOBAlKA, Marcelo Bechara de Souza. **O uso da arbitragem como solução para os conflitos da tecnologia da informação e os métodos ODR (Online Dispute Resolution) como alternativas não adversariais para a resolução de controvérsias por meio eletrônico.** in Instituto Brasileiro de Direito da Informática - IBDI. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/artigos.php?id=102>>. Acesso em: 04.02.2016.

entre as partes envolvidas que, neste caso, seria a própria empresa para que presta serviços e seus respectivos consumidores; d) o sistema de mediação *online* que se apresenta, em duas espécies, a automatizada e a assistida, sendo que na primeira hipótese, as partes são submetidas a uma atividade computacional que servirá para o ajuste de propostas em valor monetário (realiza-se automaticamente cálculos aritméticos proporcionais às duas propostas, se chegando a um denominador comum e vantajoso para ambos), não havendo a necessidade de se reestabelecer vínculos pessoais ou profissionais entre as partes, enquanto na mediação assistida, as partes receberam uma ajuda especial de terceiro imparcial e dotado de conhecimentos técnicos específicos em mediação e informática, visando o reestabelecimento da comunicação entre as partes.

Considerando a complexidade do sistema de resolução automatizada de conflitos *online*, será dada especial atenção para os respectivos procedimentos, a começar pela arbitragem *non binding*, a qual se pode dizer que implicará em decisões que não são auto executáveis, tais como ocorrem no procedimento UDRP utilizado pelo o ICANN, de modo que os resultados poderão ser contestados ou rediscutidos em juízo. Esse tipo de arbitragem é conhecido pelo uso de mecanismos técnicos que servirão para gerenciar os conflitos em relação aos registros de nomes de domínio, por exemplo, bem como o depósito prévio de dinheiro em disputa e, também, em acordos com empresas de cartão de crédito, financeiras e seguradoras. Já a arbitragem *binding* é plenamente executável, não lhe sendo permitido ser rediscutido o resultado em juízo, a qual será utilizada em casos menos complexos e mais objetivos para se resolver.

Ressalta-se que a negociação consensual automatizada constitui a maioria dos serviços ODR espalhados pelo mundo, também conhecidos como negociação “*blind-bidding*”, em português, serviços de lances fechados. Trata-se, na verdade, de uma espécie de leilão/pregão virtual em que as partes ofertam seus lances para resolver seus conflitos quando estes forem práticos e objetivos, não requerendo qualquer esforço para reestabelecer vínculos parentais, de confiança ou amizade. Tais métodos são muito utilizados para resolver questões envolvendo restituição de seguros e atividades comerciais. Não se pode desprezar o fato de que a negociação automatizada é muito valiosa para os advogados que atuam no ramo empresarial e securitário, pois ela permite que eles não revelem a proposta que, de fato, eles pretendem aceitar. Yannick Gabuthy considera o processo de negociação automatizada como uma poderosa forma de se resolver fora da apreciação do poder judiciário, especialmente, daquelas disputas decorrentes das transações virtuais, tendo afirmado o seguinte:

The emergence of the internet as a comercial phenomenon has resulted in na explosion of interest in online dispute resolution. Online dispute resolution consists

*of a variety of methods such as arbitration and automated negotiation that utilizes the internet as a means to more efficiently engage parties in no litigious dispute resolution*²⁰¹.

Existem, no entanto, duas formas de negociação automatizada, a *Double Blind Bidding* (DBB) e a *Visual Blind Bidding* (VBB). O método DBB consiste numa tratativa direta entre as partes, sem qualquer tipo de contato ou ciência das reais ofertas de acordo. Inicialmente, uma das partes convida virtualmente a outra parte para negociar. Em caso de aceitação do convite pela outra parte, será dado início a um processo semelhante a um pregão de lances secretos, os quais somente serão divulgados se ambas as propostas de acordo forem correspondentes entre si. Dessa forma, as partes poderão enviar até três propostas e se entre elas houver uma pequena diferença de valor (que poderá variar de 5% a 30%), o software responsável pela negociação instalará automaticamente um ponto médio entre as ofertas, para que assim as partes cheguem a um denominador comum. Ressalta-se que este método costuma encorajar as partes a revelarem suas ofertas, fazendo com que o sistema divida a diferença entre elas. O procedimento *Visual Blind Bidding*, implica na ocultação das partes, porém, com a visibilidade dos lances. A negociação automatizada é comumente utilizada por empresas de construção civil, seguradoras e municípios, pois estão convencidos que este método de resolução *online* de conflitos economiza tempo e dinheiro.

Como se pode verificar anteriormente, alguns tipos de negociação ODR serão automatizados e não necessitarão da presença de uma pessoa para intermediar as tratativas das partes conflitantes. Neste caso, basta o fornecimento das informações necessárias para que o próprio sistema *online* filtre e classifique as informações de modo a integrá-las. Esse tipo de procedimento além de economizar tempo, reduz significativamente os respectivos custos.

Para se verificar se um sistema é especializado em práticas conciliativas virtuais automatizados deverão estar presentes quatro requisitos indispensáveis: i) o módulo de aquisição de conhecimento (coleta de informações); ii) a base do conhecimento adquirido (origem das informações em termos científicos e culturais); iii) o sistema de dedução das informações; iv) o sistema de identificação e interação dos usuários²⁰².

Não sendo o caso de negociação direta entre as partes, destaca-se a realização da negociação assistida, em que o próprio sistema automatizado (software) ou pessoa capacitada para resolver conflitos, atuará como terceiro facilitador. Assim, em determinadas situações, o programa de computador poderá ser mais útil que um ser humano, pois ele será mais objetivo

²⁰¹ GABUTHY, Yannick. **Online Dispute Resolution and Bargaining**. European Journal of Law and Economics, 2004, Vol.17(3), pp. 353.

²⁰² CARNEIRO. *Op. cit.*p. 220.

e específico quanto à resolução de certos conflitos, pois ao se valer de algoritmos matemáticos, o resultado poderá ser mais rápido e preciso.

Ressalta-se que, tanto o computador quanto o mediador (pessoa física) terão a incumbência de gerenciar as informações trazidas pelas partes, a começar pelo uso da recontextualização e pela organização das questões, técnica esta que permite ao terceiro facilitador esclarecer os pontos controvertidos dos conflitos, a partir do uso de uma linguagem neutra e imparcial.

Nesse contexto, destaca-se a atuação do provedor de serviços ODR chamado *Square Trade*, criado para resolver conflitos entre usuários dos *sites* de intermediação de negócios virtuais, tais como *E-Bay* e *Pay Pal*. Foram mais de 2 milhões de conflitos resolvidos através da plataforma *SquareTrade.Com*, no período de 2000 a 2007, estimando-se ainda a resolução e encerramento de mais de 20 milhões de disputas geradas no ciberespaço do *eBay*²⁰³.

Assim, eventuais litígios entre vendedores e compradores dos referidos *sites* poderão resolver seus conflitos numa plataforma virtual de conciliação. Salienta-se que o *Square Trade* se vale da negociação assistida, tendo resolvido milhões de disputas *online* por todo o mundo. Esse tipo de resolução alternativa talvez seja a única opção de as partes resolverem eventuais conflitos, pois elas nunca tiveram qualquer tipo de contato pessoal, talvez nem residam no mesmo país. O interessante é que para participarem das sessões virtuais de mediação, as partes receberão um convite específico visando à resolução amigável do conflito. Nem sempre o computador será capaz de resolver determinados conflitos gerados pelo *e-commerce*, diante da alta complexidade de tais operações informáticas, necessitando assim da presença de uma pessoa altamente especializada em resolução de conflitos e com conhecimentos específicos em informática, que avaliará fatos e provas de forma imparcial.

Outra opção de resolução *online* de conflitos é a *crowdjustice*, traduzida para o português como Justiça Coletiva ou Justiça das Multidões. Nesse método as partes se valerão da plataforma virtual Ujud (“*you judge*”) disponibilizada no *site* www.ujud.org, onde os usuários cadastrados poderão opinar e votar na melhor solução dos conflitos ali informados²⁰⁴.

Assim, existem outras formas de resolução *online* de conflitos, como por exemplo, a Arbitragem Virtual (*Online Arbitration*), que contará com a presença de um árbitro que analisará o caso a partir das informações prestadas virtualmente pelas partes, devendo decidir o caso, via *internet*. Exemplo disso cite-se a atividade desenvolvida pela Política de Resolução

²⁰³ KATSH. *Op. cit.* p. 100.

²⁰⁴ ONLINE DISPUTE RESOLUTION. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Online_dispute_resolution>. Acesso em: 26.04.2009.

Uniforme de Conflitos de Marcas e Patentes (UDRP) utilizadas para resolver problemas relacionados à disputa das partes conflitantes por registros de marcas e patentes. A UDRP consiste num serviço incumbido de fiscalizar e resolver os conflitos relacionados às disputas por nomes de marcas e patentes, exigindo das partes três requisitos essenciais: semelhança entre os nomes das marcas ou patentes; a falta de interesse ou direito legítimo na marca registrada; a utilização de má fé no registro e uso da marca ou patente.

Outro método muito utilizado e bem mais antigo que as práticas *online* acima mencionadas são os *chargebacks* (estornos), realizados virtualmente pelas empresas que disponibilizam serviços de *e-commerce* e de seguro. Afinal, basta um simples estorno de lançamento de valores pagos indevidamente ou cancelamento de entrega de produtos, sem que se tenha que acionar o Poder Judiciário para tutelar os direitos do consumidor e das próprias empresas fornecedoras de produtos e serviços.

Zanferdini considera que o comércio eletrônico se tornou uma prática comercial já consolidada no mundo globalizado, pois oferece ao consumidor um maior número de opções para a realização de compras²⁰⁵. Em contrapartida, o consumidor se tornou mais vulnerável frente a eventual inadimplência em relação às obrigações contratuais assumidas no ambiente virtual.

A partir desta realidade, os métodos ODR surgem como alternativa adequada para se solucionar conflitos gerados a partir do *e-commerce*, o qual tem crescido muitos nos últimos anos. Yannick Gabuthy afirma que o rápido crescimento do comércio eletrônico e as transações internacionais, tanto consumidores como companhias têm encontrado cada vez mais dificuldades em atender as inúmeras reclamações e queixas decorrentes das transações *online*²⁰⁶.

Destaca-se, portanto, que a utilização dos métodos ODR pode ser mais vantajosa do que a utilização das técnicas ADR, devido à informalidade, simplicidade, facilidade de acesso, desconsideração do distanciamento físico entre as partes.

Parafraseando Zanferdini²⁰⁷, independente do ambiente da realização das práticas conciliativas, sejam elas físicas ou virtuais, o fato é de que nem todas as relações humanas são adversariais, pois, na maioria das vezes, elas se apresentam como benignas e altruístas.

Ressalta-se, que nos casos de mediação familiar muitos fatores deverão ser abordados com a máxima cautela, como por exemplo, situações de guarda de filhos menores, pensão

²⁰⁵ ZANFERDINI, 2015, *op. cit.*, pp. 70-72.

²⁰⁶ GABUTHY, Yannick. *Op. cit.* p. 354.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 73.

alimentícia, regulamentação de visitas, partilha de bens, dentre outras questões que juntas poderão causar diversos problemas quando a comunicação entre as partes tiver sido rompida por questões pessoais, as quais inviabilizam e dificultam qualquer tipo de bom relacionamento entre os envolvidos no conflito.

Para se resolver conflitos dessa natureza, num ambiente virtual, o mediador familiar deverá dominar além das técnicas de mediação, as técnicas de utilização da *internet*, assim como deverão ser fornecidos às partes plenas condições de se manifestarem de forma segura, confidencial e confortável, a ponto de que elas possam ficar à vontade para expor seus problemas, sobretudo, os detalhes de suas vidas pessoais.

Paralelamente a isso, seria interessante que os provedores desse tipo de serviço virtual de conciliação oferecessem um espaço para discussões abertas (fora da sessão virtual de conciliação) envolvendo questões familiares, para que seus usuários pudessem trocar experiências e, juntamente, com a presença de um mediador familiar pudessem chegar a soluções menos traumatizantes para aquele determinado conflito familiar.

Nesse contexto, o mediador familiar assumirá o papel de facilitador do diálogo a ponto de cuidar não somente do reestabelecimento dos vínculos, mas também deverão abordar e tentar controlar os abusos de poder e desequilíbrio comportamental das partes envolvidas no conflito, atentando-se para comentários, *posts* nas redes sociais, *e-mails* ofensivos à parte contrária, enfim, tudo aquilo que poderá ficar registrado na rede mundial dos computadores, considerando o poder desta última em tornar público e eternizar determinadas manifestações digitais.

Sherri Donovan considera indispensável à presença de um especialista em informática forense para cuidar dos assuntos correlatos a mediação em processos ou procedimentos extrajudiciais de divórcios, separações, pedidos de modificação de guarda, pensão alimentícia, regulamentação de visitas, dentre outros.

Para a realização das práticas ODR, os mediadores deverão treinar suas habilidades técnicas necessárias para gerenciar os conflitos dentro de uma sala virtual de mediação, seja ela por vídeo conferência ou pela forma escrita através de *chats*, *e-mails*, *whatsapps*, dentre outros. Além disso, os mediadores deverão desenvolver habilidades para saber interpretar as emoções das partes, mesmo sem ter o contato físico com elas, praticando assim a escuta ativa e a leitura ativa na comunicação a ser desenvolvida de forma verbal ou não verbal. Assim, o *e-mediador* deverá estar familiarizado e treinado para o uso dos recursos tecnológicos no processo de mediação, devendo se certificar se todos os envolvidos naquela sessão possuem os conhecimentos básicos de informática.

Via de regra, esses procedimentos são compostos por cinco fases distintas: a) o preenchimento de um formulário confidencial pelo querelante, no qual ele informará a natureza da controvérsia, bem como definirá aquilo que poderá ser revelado ao árbitro e a parte adversa; b) efetuada a reclamação, a instituição mediadora entrará em contato com a parte contrária e a indagará sobre a possibilidade da realização de um procedimento virtual para a resolução do conflito, estabelecendo ainda qual método ODR será mais adequado para a realização dos trabalhos (mediação, negociação ou arbitragem), viabilizando, ainda, o preenchimento de outro formulário pela outra parte, no caso de aceitação do procedimento por esta última; c) após a adesão das partes, um terceiro facilitador será designado para a condução dos trabalhos, o qual deverá entrar em contato com ambas as partes, dando assim início a eventual negociação de interesses; d) levantadas as hipóteses de resolução consensual de determinado conflitos, será escolhida a melhor proposta e, posteriormente, será elaborado um termo de acordo, de modo a tornar aquelas disposições executáveis; e) por fim, as partes serão convidadas a preencher um novo formulário demonstrando seu nível de satisfação com a solução escolhida, promovendo, inclusive, uma avaliação da atividade desempenhada pelo terceiro facilitador.

Assim, para saber se uma plataforma ODR é confiável ou não, os pretensos usuários deverão observar se o respectivo site apresenta os requisitos mínimos de segurança informática, bem como as respectivas sessões ou reuniões virtuais sejam sincronizadas e sigilosas.

Importante deixar claro que assim como os métodos alternativos foram considerados como solução para a crescente litigância nos tribunais, os métodos ODR representam uma alternativa não somente para a redução da carga de processos de poder judiciário, mas para a formação de uma consciência global conciliativa, uma vez que a abrangência da *internet* na atual conjuntura de uma sociedade digital e globalizada é impressionante. Cumpre aqui destacar o trecho original do artigo de Ethan Katsh que inspirou a reflexão antecedente:

While alternative dispute resolution in the physical world is considered an alternative to litigation and the legal process, ODR may be seen differently online and have a broader role online. ODR is a network application whose value derives from meeting needs of users, not from comparison to less efficient legal processes. ODR is also an application that illustrates how, as data is generated by interactions between humans and machines, boundaries between dispute prevention and dispute resolution, or between dispute resolution and standard setting, may become less clear.²⁰⁸

Isso mostra também que o futuro da humanidade e do planeta será marcado pela interação entre humanos e máquinas, os quais deverão atuar conjuntamente para a busca incessante pelo bem comum.

²⁰⁸ KATSH, *Op. Cit.*, p. 105.

4.3 A REALIDADE BRASILEIRA E A ADOÇÃO DAS PRÁTICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM AMBIENTE VIRTUAL (*ONLINE DISPUTE RESOLUTION - ODR*)

Partindo da premissa que a litigiosidade um fenômeno social que tem crescido, vertiginosamente, nas últimas décadas, ainda com a adoção das práticas *online* de resolução de conflitos não será possível resolver todos os problemas do Poder Judiciário brasileiro, quais sejam a crise estrutural e ausência de mecanismos eficientes para se alcançar a tão sonhada pacificação social.

As práticas *online* de resolução de conflitos anteriormente exemplificadas representam uma nova forma de se resolver conflitos, especialmente, aqueles originados a partir das relações virtuais.

Os métodos ODR surgem, portanto, como resultado da fusão dos métodos ADR com as novas tecnologias empregadas às áreas da Informática e da Comunicação Social.

Muitas empresas de iniciativa privada têm se valido das práticas ODR para resolver seus conflitos de forma rápida, objetiva e menos onerosa para suas finanças, ficando claro que as práticas virtuais de mediação e conciliação não se restringem à esfera judicial e tão pouco às relações pessoais, de modo que os conflitos poderão ser resolvidos extrajudicialmente e, também, abranger disputas de natureza consumerista e empresarial. Em se tratando de grandes empresas com grande comercialização e divulgação pela *internet*, os métodos ODR se apresentam como o meio mais adequado para se solucionar tais conflitos de forma instantânea e objetiva.

Outra característica presente nos mecanismos ODR que poderá atuar em favor da consolidação de tais práticas no Brasil, é a interdisciplinaridade da resolução *online* de conflitos, podendo se apresentar de diversas formas no ambiente virtual, podendo resolver até mesmo conflitos fora da área comercial ou empresarial, como ocorre, por exemplo, na mediação familiar.

Nesse passo, quando as relações conflituosas envolverem Direito e Informática serão analisados, num primeiro momento todas as garantias e direitos fundamentais relacionados ao cidadão e, num segundo plano, todos os princípios relacionados à utilização da *internet*.

No caso da realidade brasileira, o Marco Civil da *Internet* contribuiu muito para o estabelecimento de princípios e diretrizes básicas para o desenvolvimento das atividades virtuais, como fora bem elucidado no capítulo antecedente, principalmente pela consistente previsão legal que tutela a privacidade dos usuários da *internet*. Nesse aspecto, deve ser elucidado que as partes, antes de participar de qualquer procedimento de *online dispute*

resolution, deverão se certificar da presença desses requisitos de proteção de privacidade, política de uso e armazenagem de dados pelo prestador de ODR, bem como a preservação do sigilo na realização dos negócios, inclusive, a tutela do direito do consumidor. Apesar da divisão de opiniões sobre o tema, há quem entenda ser necessária a autorização formal das partes, aprovando a realização das atividades por determinadas prestadoras de serviços ODR, pelas autoridades governamentais, como garantia de qualidade e confiabilidade na prestação de tais serviços.

Assim, não poderá o Brasil deixar de introduzir os métodos ODR em seu ordenamento jurídico, por ser esta uma tendência mundial e essencial para continuar atuante numa sociedade globalizada e interligada pela rede mundial de computadores. No Brasil essa prática ainda não é muito difundida, ao passo que muitos brasileiros desconhecem inclusive o significado da sigla ODR, qual seja *Online Dispute Resolution*.

4.3.1 O Poder Judiciário e sua contribuição para a propagação das práticas ODR no Brasil

Demorou, mas com o advento da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) e da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), finalmente, o Brasil passou a reconhecer o instituto processual da mediação e das demais práticas de resolução consensual de conflitos (métodos ADR), tendo inclusive admitido tais práticas no âmbito do Poder Judiciário.

Assim, é indispensável que a adoção de tais práticas seja reconhecida pelo Poder Judiciário, para que se aumente a confiança da população em relação à utilização dos métodos ODR no contexto brasileiro.

Flávia Zanferdini considera essencial a introdução dos mecanismos de resolução *online* de conflitos no sistema convencional da justiça brasileira, para que essas práticas sejam desenvolvidas no Brasil, tendo afirmado o seguinte:

The lack of legal framework for the enforcement of the e-resolutions can be a problem, and also if there is a fee for this service, because this burden of cost may scare consumers so they probably will prefer to seek redress in the traditional way, going to the Courts. ODR, like ADR, should be introduced in the mainstream justice system. A legal framework is very important to develop ODR in Brazil. These legislative instruments would be able to facilitate the trust in e-commerce activities, but we have to preserve the traditional judicial redress²⁰⁹.

²⁰⁹ ZANFERDINI, 2015, *passim*.

Nesse sentido, o CNJ através da Emenda nº 2 à Resolução nº 125/2010, que define as diretrizes da política pública para a adoção de práticas voltadas para a solução adequada de conflitos, houve por bem introduzir na referida resolução o inciso X, em seu respectivo artigo 6º, o qual prevê a criação do Sistema de Mediação Digital tanto para resolução pré processual de conflitos como para as demandas judiciais em andamento, respeitadas as diretrizes do instituto processual da mediação prevista no regimento interno de cada Tribunal Estadual ou Tribunal Regional Federal. Ao inserir o inciso X, nas hipóteses previstas no artigo 6º da Resolução 125/2010, o CNJ simplesmente legitimou às novas tendências previstas e admitidas em nosso novo sistema processual civil, respeitando o disposto no §7º, do artigo 334 da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), bem como o disposto no artigo 46 da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação).

Importante ressaltar que assim como ocorre com os métodos ADR, os procedimentos ODR poderão ser desempenhados extrajudicialmente e antes do início do processo (procedimento pré processual), sem que se retire das partes a possibilidade de buscar a jurisdição para uma melhor solução para seus conflitos.

Em que pese à complexidade das relações virtuais e a necessidade de domínio técnico para uma boa utilização da *internet*, será preciso que os tribunais brasileiros disponibilizem um setor técnico que seja responsável pela manutenção do sistema de resolução virtual de conflitos, visando resolver eventuais problemas de comunicação virtual, atentando-se, inclusive, pelos princípios legais, éticos e morais, tais como o amplo acesso à justiça, a neutralidade da rede, a valorização da pessoa humana, os direitos humanos, a cidadania e, sobretudo, a democracia, cujas peculiaridades foram abordadas nos capítulos anteriores.

Surge, portanto, a figura do perito em informática forense, que deverá passar a integrar a equipe mediação disponibilizada pelo Poder Judiciário para auxiliar as partes na resolução consensual de seus conflitos.

Sherri Donovan considera as partes, os mediadores, profissionais de saúde mental, contadores, contabilistas, economistas e, mais recentemente e o perito em informática forense, como partes integrantes da equipe de mediação, sobretudo, no âmbito das relações familiares e, assim, defende:

The divorce mediation process has become most effective as a team approach. The original members of the team included the mediator and the family members. Thereafter, mental health professionals, divorce coaches, accountants/financial planners, and/or vocational experts were added as needed to help address

*psychological, tax, retirement and employment issues. The forensic computer expert may be the newest member of the team*²¹⁰.

Deve ser esclarecido que o serviço de informática forense representa um ramo da informática que se preocupa com o armazenamento e gerenciamento dos documentos e das informações prestadas nas plataformas digitais do Poder Judiciário, cujas técnicas específicas envolvem a recuperação e a preservação de dados, respeitando os princípios básicos da mediação, tais como ética, confidencialidade, respeito à privacidade e voluntariedade das partes, dentre outros.

A partir da Emenda nº 2/2016 à Resolução 125/2010 do CNJ, criou o Sistema de Mediação digital, conforme fora dito anteriormente, no entanto, deve ser elucidado que essa prática conciliativa virtual, já existe em determinadas regiões do país como alternativa à jurisdição, tendo sido verificada a obtenção de êxito em muitos dos casos submetidos aos respectivos procedimentos virtuais de conciliação e mediação.

A título de exemplificação desta informatização do Judiciário e da adoção das práticas virtuais de conciliação, destaca-se a atuação do Fórum de Conciliação Virtual da Justiça Federal da Seção Judiciária da 4ª Região, mais especificamente a atuação no Estado do Rio Grande do Sul, que passou a admitir e regulamentar tal prática a partir da Resolução nº 73, de 15 de maio de 2014 e, posteriormente, atualizado pela Resolução nº 111, de 21 de outubro de 2015 do mesmo tribunal. A referida iniciativa do Tribunal Regional Federal do Rio Grande do Sul pode ser encarada como um claro incentivo à introdução das práticas conciliatórias *online* no Brasil, de modo a consolidar os procedimentos relacionados ao processo eletrônico, alertando inclusive para a realização dos atos processuais de forma conjunta e integrada. Analisando a Resolução anteriormente citada, alguns pontos merecerão destaque, qual seja o artigo 1º que institui a possibilidade de conciliação para alguns procedimentos específicos, tais como execuções fiscais (inciso I), execuções de títulos extrajudiciais (inciso II), ações monitórias (inciso III), procedimentos dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Previdenciários (inciso IV) e nos procedimentos de cumprimento de sentença (inciso V). Tais procedimentos passaram a ser chamados de Fórum de Conciliação, os quais funcionariam no âmbito do processo eletrônico (artigo 2º), possuindo regulamento e instruções próprias de utilização (artigo 3º).

Levando-se em consideração a criação do Fórum Virtual de Conciliação, o desenvolvimento das atividades conciliatórias passou a ser desenvolvidas sem a intervenção

²¹⁰ DONOVAN, Sherri Donovan. **Family Mediation In The Digital Age in *OnlineDisputeResolution.com* – The world's ODR Technology & Information Center**. Disponível em: < <http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=DonovanS2.cfm>>. Acesso em: 08.02.2016.

judicial, num ambiente *online privativo*, para a troca de mensagens entre as partes no respectivo Sistema Eletrônico de Conciliação (SISTCON), conforme o disposto no artigo 5º da Resolução nº 73/2014. A respectiva abertura do Fórum Virtual de Conciliação somente será possível se ambas as partes aceitarem os termos e condições específicas daquele Sistema, assinando, para tanto, um termo de adesão, que será arquivado digitalmente. Após o cumprimento de tais formalidades, delimitou-se o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a realização dos trabalhos, sendo permitida a confecção automática de um termo de acordo que seria assinado e posteriormente anexado digitalmente aos autos (art. 6º, §2º). Deve ser esclarecido que o Fórum Virtual de Conciliação consiste numa ferramenta *online* similar ao um *chat* de *internet*, de caráter privativo e seguro. Apesar de a referida Resolução ter sido publicada oficialmente em maio de 2014, as práticas virtuais de conciliação iniciaram, a título de experimentação desde janeiro 2013, completando em 2016, 3 (três) anos de existência, tendo alcançado bons resultados, que se estima em 836 (oitocentos e trinta e seis) acordos processuais realizados somente no Tribunal pertencente ao Estado do Rio Grande do Sul, representado assim, 32% (trinta e dois por cento) do total dos processos remetidos ao aludido Fórum Virtual²¹¹.

No Estado de São Paulo, por exemplo, foi disponibilizado a seus magistrados a íntegra do Provimento do Conselho Superior da Magistratura nº 2289/2015, o qual incentiva a criação e a promoção das práticas conciliativas, no ambiente virtual, como novo instrumento de promoção de acesso à justiça e cidadania. O referido provimento autoriza e norteia a utilização dos métodos *online* para a resolução de conflitos, uma vez que o processo eletrônico se tornou uma realidade no ordenamento jurídico nacional, sendo, portanto, admitida a resolução alternativa de conflitos pelo mesmo meio digital, especialmente, para a resolução dos conflitos decorrentes do comércio eletrônico, o qual passou a ser disciplinado pelo Decreto nº 7.692, de 15 de março de 2013. O artigo 1º do aludido provimento do Conselho Superior da Magistratura considera viável a homologação das composições celebradas em procedimentos de conciliação e mediação, pelos meios digitais, desde que tais entidades estejam cadastradas perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Já o artigo 2º prevê a atuação de um respectivo provedor do serviço virtual de práticas conciliatórias, a partir da presença de negociadores devidamente qualificados e cadastrados perante o Tribunal, os quais deverão possuir, inicialmente, noções básicas de informática e, especialmente, conhecimentos específicos sobre gerenciamento de conflitos, de modo a observar o respeito aos princípios norteadores das

²¹¹ MARTINS, Jomar. **Em três anos, conciliação virtual renda 836 acordos na Justiça Federal Gaúcha. Consultor Jurídico – 29 de dezembro de 2015, 7h02min.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/conciliacao-virtual-rende-836-acordos-justica-federal-rs>>. Acesso em: 18.02.2016.

atividades conciliatórias, tais como autonomia da vontade, não obrigatoriedade de resultados, sigilo, imparcialidade, dentre outros. Destaca-se, ainda, o disposto no artigo 7º do Provimento 2289/2015, o qual define a obrigatoriedade do provedor da conciliação virtual em gravar o conteúdo da reclamação ou do litígio, das tratativas das partes e a respectiva conclusão dos trabalhos, em mídia própria, valendo-se da respectiva plataforma de ODR utilizada, seja ela, por videoconferência, por *e-mail*, *chat*, ou, outra mídia idônea de registro. Formalizada a composição, o respectivo será lavrado e as partes deverão assinar o respectivo termo de acordo, que será posteriormente arquivado por meio eletrônico (art. 9º).

No entanto, tal iniciativa ainda é muito tímida, merecendo uma maior atenção para essa tendência mundial, a qual tem despertado o interesse de muitas empresas públicas e privadas, inclusive, das autoridades governamentais.

Propôs-se ainda a Centros Virtuais de Solução de Conflitos e Cidadania (CEVISCs) nas Comarcas, sugerindo que tais instalações fossem disponibilizadas nos próprios CEJUSCs já instalados, disponibilizando mediadores, conciliadores e um perito em informática forense para a realização das atividades conciliativas, dentro de uma plataforma virtual abrigada pelo próprio site do respectivo Tribunal de Justiça, que estaria à disposição das pessoas digitalmente instruídas para ali resolverem seus próprios conflitos, seguindo as seguintes instruções, aqui sugeridas: a) a disponibilização de uma plataforma digital para que os usuários da rede (incluídos digitalmente e com certificação digital) possam usufruir dos serviços *online* prestados, assim como deverão ser criados ponto de acesso, nos próprios CEJUSC, para que a população carente e sem condições financeiras ou técnicas possam participar da atividade virtual conciliatória proposta; b) a citação e a intimação via caixa postal eletrônica (*e-mail*), com o envio de um link específico para que a parte convidada ao diálogo *online* possa aceitar o convite para a participação da respectiva sessão virtual de conciliação/mediação, com data e horário previamente definidos, assinando, inclusive, um termo de responsabilidade e aceitação com os princípios inerentes à atividade conciliativa, tais como o sigilo, a boa fé, a utilização de linguagem não agressiva; c) juntamente com a opção de aceitação, a respectiva plataforma digital deverá oferecer a opção de recusa injustificada, de modo que a voluntariedade da parte em participar da sessão virtual seja respeitada, sem qualquer tipo de prejuízo para uma futura decisão judicial; d) deve ser disponibilizado às partes um formulário digital específico, no qual deverão ser preenchidos os dados necessários para identificação das partes e do litígio ou da reclamação pré-processual; e) possibilidade de escolha conjunta dos mediadores ou conciliadores previamente cadastrados no respectivo núcleo responsável pelas desenvolvimento das atividades de conciliação de cada tribunal, respeitando-se os limites

regionais de atuação de cada conciliador e mediador, evitando-se eventuais problemas de competência; f) deverá ser igualmente disponibilizada a opção da forma de realização da respectiva sessão de conciliação ou mediação, seja por *e-mail*, *chat*, videoconferência, tais como *skype*, *messenger*, *facetime*, *whatsapps*, etc.; g) exigência da presença e assinatura de advogados e Defensores Públicos para a formalização da representação das partes e validação do termo; h) o termo inclusive poderá ser assinado digitalmente, através de certificação digital da própria parte ou de ser representante legal, desde que todos os atos praticados fisicamente nos respectivos pontos de acesso instalados no CEJUSCs estejam devidamente digitalizados por profissional devidamente habilitado para tal função.

Logicamente, não se poderão prever todas as situações relacionadas às atividades conciliativas, cabendo sempre ao juiz responsável pelos respectivos Centros Virtuais de Conciliação decidir questões administrativas e burocráticas que possam a vir inviabilizar, anular ou retirar a legitimidade do respectivo termo de sessão de mediação ou conciliação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Efetuada as abordagens pretendidas pela presente pesquisa, acredita-se que as práticas de *online dispute resolution* servirão como importantes ferramentas de inclusão social no âmbito da Sociedade Digital, representando, portanto, uma alternativa moderna e eficaz de distribuição de justiça.

Verificou-se que a adoção dos métodos ODR possui respaldo nos referenciais éticos e teóricos do constitucionalismo contemporâneo e dos direitos humanos, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, foram abordados os principais tópicos relacionados às diretrizes do Estado Democrático de Direito e qual a repercussão dessas últimas na vida das pessoas, especialmente na vida dos sujeitos socialmente excluídos.

Constatou-se que as práticas de inclusão social, no Estado Democrático de Direito, costumam ser fomentadas, tanto pelos governantes como pelos próprios governados, de modo a se respeitar os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, sem qualquer distinção, enquanto prática de efetivação da cidadania e da construção de uma cultura inclusiva. Para isso, será preciso haver uma maior promoção das políticas públicas voltadas para a inclusão social dos miseráveis, sobretudo, dos analfabetos digitais, uma vez que a maioria das relações sociais e empresariais tendem à virtualização.

Há dificuldade ao se definir o termo cidadania, levando-se em consideração de que não se trata de um conceito rígido, mas sim de um fenômeno resultante de um processo histórico que está em constante evolução. Em outras palavras, o conceito de cidadania deverá ser observado a partir do respectivo cenário social, uma vez que a qualidade de cidadão se define a partir das características relacionadas ao tempo, lugar e às condições socioeconômicas circundantes ao sujeito.

Não se pode olvidar que surgiram novas formas de exclusão social, as quais tem ganhado força ao longo do tempo, ao passo que as ações afirmativas têm se tornado constantes, de modo a contribuir para a redução na desigualdade social. Assim, o acesso da população aos métodos alternativos de solução de conflitos se tornou uma forma de inclusão social, oportunidade em que as próprias partes poderão decidir democraticamente a melhor solução para seus conflitos.

No mais, foram efetuadas algumas considerações em relação ao princípio do acesso à justiça, à eficácia do sistema processual civil brasileiro, abordando alguns tópicos do Código de 1973 e do recente Código de 2015.

Ficou evidente que com o advento da Lei nº 13.105/2015, as práticas alternativas à

jurisdição passaram a ser mais respeitadas pelos profissionais do direito e pela própria sociedade brasileira, tornando-se uma prática efetiva e, portanto, já consolidada no Brasil, restando claro que não se pode mais confundir acesso à justiça com o acesso à jurisdição.

Paralelamente a isso, constatou-se que a inclusão digital se tornou requisito indispensável para a autoafirmação do cidadão na atual Sociedade da Informação.

Os meios de comunicação de massa, por sua vez, passaram a exercer uma grande influência na sociedade contemporânea, especialmente a *internet* que assumiu um importante papel nas relações pessoais, sociais, comerciais e até judiciais, tendo rompido barreiras territoriais, culturais, políticas, religiosas e econômicas.

A Lei 12.965/2014 estabeleceu as diretrizes para a regulamentação do uso da *internet*, indicando e afirmando a existência de novos direitos, tais como o direito à informação, à privacidade, ao estímulo e ao uso de boas práticas na *internet*, à natureza participativa e à neutralidade da rede, os quais serão essenciais para a propagação e consolidação dos métodos de *Online Dispute Resolution*.

Com o crescimento das transações e relações virtuais, constatou-se que os principais métodos de *Online Dispute Resolution (ODR)* surgiram a partir da fusão dos métodos de *Alternative Dispute Resolution (ADR)* com a Tecnologia da Comunicação e Informação (TCI), representando assim uma inovadora releitura do princípio do contraditório e do acesso à justiça.

Dessa forma, deverão os *sites* provedores dos métodos ODR estarem atentos para o respeito ao devido processo legal, ao princípio da boa-fé e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando a rede mundial de computadores, um ambiente seguro e confiável para a realização da pretensa resolução de conflitos.

Foi sancionada a Lei 13.140/2015, que ficou nacionalmente conhecida como “Marco Legal da Mediação no Brasil”, pois se definiram quais seriam as diretrizes básicas para a realização das atividades conciliatórias e os demais procedimentos alternativos à jurisdição, em todo o território nacional, tendo o legislador elencado nove princípios norteadores da mediação: a imparcialidade, a isonomia, a oralidade, a informalidade, a autonomia de vontade das partes, a busca pelo consenso das partes, a confidencialidade, a boa-fé e a obrigatoriedade de comparecimento das partes na primeira reunião de mediação. O artigo 46 da referida lei previu a criação e o incentivo das práticas da mediação *online*, ou, por outro meio de comunicação à distância, tendo sido reforçada pelo Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 337, § 7º.

A presente pesquisa sugere a inclusão de *lege ferenda* em legislação, visando a criação de Centros Virtuais de Solução de Conflitos e Cidadania - CEVISCs, dentro das próprias instalações dos CEJUSCs já existentes na Comarcas, sugerindo assim, as seguintes diretrizes

para a realização dos respectivos procedimentos de resolução virtual de conflitos: a) a disponibilização de uma plataforma digital para que os usuários da rede possam usufruir dos serviços *online* prestados, podendo ser criados pontos de acesso, nos próprios CEJUSC, visando atender a população carente e sem condições financeiras ou técnicas para acessar a atividade virtual conciliatória proposta; b) a citação e a intimação via e-mail, com o envio de um link específico para que a parte convidada ao diálogo *online* possa aceitar o convite para a participação da respectiva sessão virtual de conciliação/mediação, com data e horário previamente definidos, assinando, inclusive, um termo de responsabilidade e aceitação com os princípios inerentes à atividade conciliativa, tais como o sigilo, a boa-fé, a utilização de linguagem não agressiva; c) juntamente com a opção de aceitação, a respectiva plataforma digital deverá oferecer a opção de recusa injustificada, de modo que a voluntariedade da parte em participar da sessão virtual seja respeitada, sem qualquer tipo de prejuízo para uma futura decisão judicial; d) deve ser disponibilizado às partes um formulário digital específico, no qual deverão ser preenchidos os dados necessários para identificação das partes e do litígio ou da reclamação pré-processual; e) possibilidade de escolha conjunta dos mediadores ou conciliadores previamente cadastrados no respectivo núcleo responsável pelas desenvolvimento das atividades de conciliação de cada Tribunal, respeitando-se os limites regionais de atuação de cada conciliador e mediador, evitando-se eventuais problemas de competência; f) deverá ser igualmente disponibilizada a opção da forma de realização da respectiva sessão de conciliação ou mediação, seja por *e-mail*, *chat*, videoconferência, tais como *skype*, *messenger*, *facetime*, *whatsapp*s, etc.; g) exigência da presença e assinatura de advogados e Defensores Públicos para a formalização da representação das partes e validação do termo; h) o termo inclusive poderá ser assinado digitalmente, através de certificação digital da própria parte ou de ser representante legal, desde que todos os atos praticados fisicamente nos respectivos pontos de acesso instalados no CEJUSCs estejam devidamente digitalizados por profissional devidamente habilitado para tal função.

Acredita-se que o futuro dos métodos ODR no Brasil será muito promissor, considerando a intensa virtualização nas relações comerciais e sociais. No entanto, poucas são as plataformas digitais especializadas em resolução *online* de conflitos, pouco o interesse dos pesquisadores brasileiros sobre a temática.

Tornou-se, portanto, indispensável o diálogo científico multidisciplinar para que se obtenha um mundo globalizado e sustentável, sobretudo, para que se tenha êxito no desenvolvimento e aplicação das técnicas ODR.

Posto isto, foram analisadas as eventuais vantagens e desvantagens na implantação dos mecanismos ODR no Brasil.

Considera-se, portanto, vantagem, a possibilidade da realização dos referidos procedimentos, total ou parcialmente, pelos meios digitais, podendo ser dispensados determinados atos processuais, como por exemplo, as audiências presenciais. Outra vantagem se deve ao fato da informação ser veiculada diretamente na *internet*, ou seja, num ambiente em que a comunicação será ampla, rápida e menos onerosa para as partes conflitantes. Em paralelo, foram trazidas algumas questões voltadas para os benefícios que a adoção das práticas ODR poderão trazer para o meio ambiente, como por exemplo, a redução do consumo de papel e de combustível, responsáveis pelo desmatamento e pela emissão de gases nocivos à atmosfera, respectivamente.

Como desvantagens foram apontadas: a exclusão digital, representada pela falta de equipamentos conectados à *internet* e pela falta de conhecimentos em informática; a possibilidade de contaminação dos computadores por vírus, as dificuldades da comunicação à distância; a ausência de legislação específica, frente à supranacionalidade das relações virtuais; assim como a falta de interesse dos pesquisadores brasileiros sobre o tema.

Por fim, verificou-se que o saldo entre vantagens e desvantagens é positivo, valendo a pena investir no estudo, na divulgação e na propagação dos métodos de *Online Dispute Resolution* no Brasil, ao passo que será necessário começar, desde já, o incentivo para uma profunda mudança cultural, abandonando, de uma vez por todas, a cultura do litígio, adotando, por conseguinte, uma cultura de paz.

REFERÊNCIAS

- ABELO; Fabiana Cristina Machado; Menezes, Roberto Carlos. **Dimensão e intensidade do controle judicial na concretização dos direitos sociais.** *in Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos/ Juvêncio Borges Silva, Lucas de Souza Lehfeld, coordenadores.* Curitiba: Juruá, 2015. pp. 153-164.
- ABIKAIR Neto, Jorge. **A identidade das minorias na Constituição do Sujeito Constitucional no Brasil** *in Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, RT, Ano 22, v. 88, p. 161-175, jul.-set. 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais – tradução por Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte*, 2006.** São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 4ª tiragem, 2015.
- ALLEMAND, Luiz Cláudio. **O relatório da Justiça em números 2015 – por uma gestão profissional do Poder Judiciário** *in Revista do Advogado – Ano XXXV nº 128, Dezembro de 2015.* São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 55-62.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Mediação e reconhecimento da pessoa** *in Revista do Advogado*, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 19-23.
- ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental.** / Fernando de Brito Alves./ Curitiba: Juruá, 2013. 362p.
- AMCHAM BRASIL – **Arbitragem e Mediação.** Disponível em: <<http://www.amcham.com.br/centro-de-arbitragem-e-mediacao/arquivos/pacto-de-mediacao>>. Acesso em 28.03.2016.
- ANDRADE, Adriano. **Interesses difusos e coletivos esquematizado** / Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- ARAÚJO, Cintia Rejane Möller de; ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **Direito (Fundamental) à Internet e Exercício da Cidadania** *in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores).* São Paulo: Atlas, 2014. pp. 365-374.
- ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Reflexões sobre o Marco Civil da internet.** Publicado em 04.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>, acesso em: 20.07.2014.
- ARCURI, Daniela Marocolo. **Nos bastidores do Conselho Nacional de Justiça** *in Revista do Advogado – Ano XXXV nº 128, Dezembro de 2015.* São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 13-20.
- BAIONI, Aline Viviane Alvarenga Silva; TAVARES NETO, José Querino. **A Justiça Cultural como mecanismo de acesso à cidadania** *in Constituição, cidadania e a*

concretização dos direitos coletivos/ Juvêncio Borges Silva, Lucas de Souza Lehfeld, coordenadores. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 15-29.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Vigilância líquida;** Lyon, David. *Liquid Surveillance: A conversation.* Cambridge: Polity Press, 2012. 152p.

BARBOSA, Alexandre F. Barbosa. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no Brasil: TIC Domicílios e TIC Empresas 2011 = Survey on the use of information and communication technologies in Brazil: ICT Households and Enterprises 2011** / [coordenação executiva e editorial / executive and editorial coordination, Alexandre F. Barbosa; tradução Karen Brito Sexton (org.)]. São Paulo : Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas.** Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 240: 83-103. abr/jun, 2005.

_____. **Constitucionalização, das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado – RDE. Ano 1 n° 3. pp. 17-54; jul/set, 2006.

BARROS, José Márcio. **A inclusão da cultura e a cultura da inclusão in Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva.** Rosa Maria Correa, organizadora. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. pp. 49-55.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRETO, Irineu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada – 3. ed.** – Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BEATRIZ, Celina. **Os direitos humanos e o exercício cidadania em meios digitais in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores).** São Paulo: Atlas, 2014. pp. 66-78.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo influência do direito material sobre o processo.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade – Pensamento Político – Trad.** Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1969, pp. 226-272.

BOBBIO, Norberto, 1909 - **A Era dos Direitos/ Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer.** – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 20ª tiragem.

_____. **Igualdade e Liberdade/ Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho.** – Rio de Janeiro: Ediouro, 1996. pp. 48/96.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo** / Norberto Bobbio; tradução de Marco Aurélio Nogueira. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOL, Stephanie H. Book Review: **Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace** - Ethan Katsh and Janet Rifkin. *Artificial Intelligence and Law*, 2003, Vol.11(1), pp.69-75.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571-572.

BORCAT, Juliana Cristina; SEVERINO, Luis Fernando. **Negociação Coletiva e Lide Simulada in Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores** - 1. ed. Birigui,SP: Boreal Editora, 2014. p. 305-321.

BORGES, Ricardo Capucio. **O fomento à cultura digital e a promoção da internet segundo o Marco Civil in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)**. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 939-951.

BRAGA NETO, Adolfo. **Marco legal da mediação – Lei 13.140/2015. Comentários iniciais à luz da prática brasileira**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 47, ano 12, pp. 259-275. São Paulo: Ed. RT, out-dez.2015.

_____. **A mediação de conflitos no contexto empresarial in Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 139-145.

_____. **Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colaboradores**. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 63-70.

BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia/ Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda**. Brasília: SDE/DPDC, 2010. 122p.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE**. Disponível em:<<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/20122002censo.shtm>>. Acesso em 05 de julho de 2.015.

_____. **Instituto Centro de Ensino Tecnológico – CENTEC**. Disponível em: <<http://www.centec.org.br/index.php/quem-somos/o-instituto>>. Acesso em: 04.04.2016.

_____. **Ministério das Comunicações - Programa Governo Eletrônico - Serviço de Atendimento ao Cidadão (GESAC)**. Disponível em: < <http://www.mc.gov.br/gesac>>. Acesso em: 04.04.2016.

_____. **Ministério das Comunicações – Programa Cidades Digitais**. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/cidades-digitais>>. Acesso em 04.04.2016.

_____. **Ministério das Comunicações - Centros de Recondicionamento de Computadores (CRCs)**. Disponível em: <<http://www.mc.gov.br/centros-de-recondicionamento-de-computadores-crcs>>. Acesso em: 04.04.2016.

_____. **Portal Brasil, no dia 06/02/2012, às 19h43min, cuja última modificação se deu em 28/07/2014, às 16h30min**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cultura/2012/02/identidade-e-diversidade>>. Acesso em 10.02.2016.

_____. **Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República. Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. Brasília: Secom, 2014. 153 p.

_____. **Secretaria da Juventude da Presidência da República – Programa de Inclusão Digital da Juventude Rural**. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/inclusao-digital/inclusao-digital-da-juventude-rural>>. Acesso em: 04.04.2016.

_____. **Software Livre no governo do Brasil**. Disponível em: <http://www.softwarelivre.gov.br/>>. Acesso em: 04.04.2016.

BREAUX, Paul W. *Online Dispute Resolution: A Modern alternative dispute Resolution Approach*. *The Computer & Internet Lawer*, 2015, Vol. 32, p.1-4.

BRITO; Auriney Uchôa de; LONGHI, João Victor Rozatti. **Diversidade e Pluralidade como fundamentos do Marco Civil da Internet no Brasil e as bases axiológicas da Democracia contemporânea in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)**. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 78-92.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Crise da Democracia Representativa e relativização dos partidos políticos no Brasil**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, Ano 103, v. 949, p. 39-67, nov. 2014.

CAMPELO, José Norberto Lopes. **Racionalização de procedimentos e acesso à Justiça: o interesse geral como instrumento de afirmação da competência do Conselho Nacional de Justiça in Revista do Advogado – Ano XXXV nº 128, Dezembro de 2015**. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 50-54.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição - 7ª ed.** Coimbra: Amedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça – trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 – Reimpresso 2002. 168p.

CARNEIRO, Davide; NOVAIS, Paulo; ANDRADE, Francisco; ZELEZNIKOW, John; NEVES, José. **Online dispute resolution: an artificial intelligence perspective**. *Artificial Intelligence Review*, 2014, Vol. 41(2), pp. 211-240.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Conhecimento e direito digital: acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos na Lei do Marco Civil da Internet** in *Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 259-273.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 236p.

CASEY, Tristan; WILSON-EVERED, Elisabeth. **Predicting uptake of technology innovations in online family dispute resolution services: An application and extension of the UTAUT**. *Computers in Human Behavior*, November 2012, Vol.28(6), pp. 2034-2045.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

COELHO, Fábio Alexandre. 1970 - **Teoria geral do processo/ Fábio Alexandre Coelho** – 2ª ed. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007. 720p.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2015: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015**. Disponível para download em: <<http://cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 11.06.2016.

_____. **Resolução nº 125/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 29.03.2016.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira?** in *Revista do Advogado - O novo código de Processo Civil*, ano XXXV, maio/2015, nº 126. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, pp. 76-82.

CORREA, Rosa Maria. **Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva. Rosa Maria Correa, organizadora**. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008.

CUNHA, Maurício Ferreira. **A defesa dos interesses e dos direitos dos usuários de internet em Juízo** in *Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 1002-1013.

CURIONI, Rossana Teresa. **Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa Portadora de Deficiência: uma tarefa a se competada**. Bauru: EDITE, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado de Direito e Cidadania** in *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides* – Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (org.). São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 194/200.

DE LUCCA, Newton. **Comércio Eletrônico na perspectiva de atualização do CDC** in *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo* – Volume II, número 3, Setembro 2012. Curitiba: Editora Bonijuris Ltda. e J.M. Editora e Livraria Ltda. 320p.

DE PRETTO, Leonardo Siqueira. **O completo acesso à Justiça em defesa dos direitos transindividuais** *in* **Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores - 1. ed.** Birigui, SP: Boreal Editora, 2014. p. 323-354.

DEMARCHI, Juliana. **Técnicas de Conciliação e Mediação** *in* **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colaboradores.** São Paulo: Atlas, 2007. pp. 49-62.

DONOVAN, Sherri Donovan. **Family Mediation In The Digital Age** *in* **OnlineDisputeResolution.com – The world’s ODR Technology & Information Center.** Disponível em: < <http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=DonovanS2.cfm>>. Acesso em: 08.02.2016.

EBNER, Noam; GETZ, Colleen. **ODR: The next green giant.** Conflict Resolution Quarterly, 2012, Vol.29(3), pp.283-307.

ELISAVETSKY, Alberto. **Tercer artículo colectivo producto del debate em el foro Cyberweek 2014 sobre sistemas normativos y ODR** *in* **OnlineDisputeResolution.com – The world’s ODR Technology & Information Center. December 2014.** Disponível em: < <http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=ElisavetskyAb120141226.cfm>>. Acesso em: 08.02.2016.

_____. **La Mediación a Distancia como Puente de Inclusión Social** *in* **OnlineDisputeResolution.com – The world’s ODR Technology & Information Center.** April 2016. Disponível em: <<http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=ElisavetskyA7.cfm>>. Acesso em: 25.04.2016.

EUROPEAN COMMISSION – Consumers. **Alternative and Online Dispute Resolution (ADR/ODR).** Disponível em: <http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/adr-odr/index_en.htm>. Acesso em: 08.02.2016.

FABRETTI, Daniel. **Conciliação e Mediação em Juízo** *in* **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / vários colaboradores.** São Paulo: Atlas, 2007, pp. 71-82.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça: a função social do judiciário.** São Paulo: Editora Ática, 1997, p. 208.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a. p. 13-56.

FERRÃO, Rúbia Maria. **A remoção de conteúdo da internet após a edição do novo Marco Civil.** Publicado em 10.07.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/rubia-araujo-remocao-conteudo-internet-marco-civil>>, acesso em 20.07.2014.

FERREIRA, Flávia Elaine Soares. **Construindo uma sociedade justa: Em busca de efetividade do Acesso à justiça aos hipossuficientes** in: **Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores** - 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014. p. 168-186.

FIGUEIRAS, Cássio. **A resistência pacífica dos métodos de solução de conflito** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 70-74.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Mediação Comunitária para a emancipação social** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 83-89.

FREITAS Jr., Antonio Rodrigues de. **Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 19-23.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Índice de Percepção do Cumprimento da Lei - IPCL Brasil**. Disponível em: <
http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14133/Relatorio-IPCLBrasil_1o_Sem_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28.03.2016.

GABUTHY, Yannick. **Online Dispute Resolution and Bargaining**. European Journal of Law and Economics, 2004, Vol.17(3), pp. 353-371.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral/ Fernando da Fonseca Gajardoni**. – São Paulo: Forense, 2015.

_____; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **O gerenciamento do processo in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colabores**. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 18-34.

GALLERY, Augusto Dutra. **Os desafios da inclusão digital: acesso, capacitação e atitude in Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva. Rosa Maria Correa, organizadora**. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. pp. 117-128.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia – Coleção Direito e Direitos do Homem - Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

GOMES, Alexandre Travessoni. **Inclusão, Direito e Direitos Fundamentais: conceito e formas jurídicas de inclusão in Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva. Rosa Maria Correa, organizadora**. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. pp. 22-34.

GOUVEIA, Mariana França. **A acção Especial de Litigância de Massas – Associação Jurídica do Porto (AJP) in Novas Exigências do Processo Civil – Organização, Celeridade e Eficácia**. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 2007. pp. 137-152.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides – Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (org.)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da Justiça Conciliativa in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colaboradores**. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 1-5.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Direito das minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Editora Amijai, 2008.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexos interno in Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações/ org. Ingo Wolfgang Sarlet; Frank I. Michelman**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 11-28.

_____. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição** – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Reimpressão, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die normativa Kraft der Verfassung)** – Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBAlKA, Marcelo Bechara de Souza. **O uso da arbitragem como solução para os conflitos da tecnologia da informação e os métodos ODR (Online Dispute Resolution) como alternativas não adversariais para a resolução de controvérsias por meio eletrônico. in Instituto Brasileiro de Direito da Informática - IBDI**. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/artigos.php?id=102>>. Acesso em: 04.02.2016.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco Civil da Internet : comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 / Damásio de Jesus, José Antonio Milagre** – São Paulo: Saraiva, 2014.

KATSH, Ethan. **Online dispute resolution: some implications for the emergence of law in cyberspace. (Special Issue: Online Dispute Resolution and Data Protection)**. International Review of Law, Computers & Technology, July, 2007, Vol.21(2), p. 97-107.

KELSEN, Hans. 1881-1973. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito/ Hans Kelsen**; tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. – 3. ed. rev. da tradução. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, Adalto Barbosa; MIGLIORINI, Adalto Barbosa, Válder Bocalon. **A influência da colonização e a educação como forma de minimizar a desigualdade social in Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos/ Juvêncio Borges Silva, Lucas de Souza Lehfeld, coordenadores**. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 165-180.

LEITE, George Salomão. **Promoção do direito de acesso à Internet a todos os cidadãos in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores)**. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 251-258.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **A vulnerabilidade do consumir pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet** in Revista de Direito do consumidor, ano 24. vol. 97 – jan/fev/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. pp. 255-270.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. **Formação de mediadores e conciliadores – Resolução nº 125 do CNJ e a proposta da ENAM** in Revista do Advogado, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 48-55.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1994.

MARSHALL, T. H.. **Cidadania, Classe Social e Status – T.H. Marshall, tradução de Meton Porto Gadelha**. Rio de Janeiro: Editores Zahan, pp. 57/114.

MARTINS, Jomar. **Em três anos, conciliação virtual rende 836 acordos na Justiça Federal Gaúcha. Consultor Jurídico – 29 de dezembro de 2015, 7h02min**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/conciliacao-virtual-rende-836-acordos-justica-federal-rs>>. Acesso em: 18.02.2016.

MAZZILLI, Hugro Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses** – 25. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais, Estado Social, Sociedade Inclusiva in Avanços e desafios na construção de uma sociedade inclusiva. Rosa Maria Correa, organizadora**. Belo Horizonte: Sociedade Inclusiva / PUC – MG, 2008. pp. 22-34.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional** / Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; apresentação à 1ª ed., Luiz Guilherme Marinoni; prefácio à 1ª ed., José Carlos Barbosa Moreira. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2012. – (Temas atuais de direito processual civil; v. 4).

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 316-320.

MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Direitos Fundamentais, Democracia e Surveillance: as insuficiências do modelo estatal na sociedade em rede. 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Edição 2013. Realizado na Universidade Federal de Santa

Maria/RS, nos dias 04, 05 e 06 de junho de 2013, disponível em:
<<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-11.pdf>>, acesso em 05.05.2014.

MOMBELLI, Elisa. **Uso do big data na segurança pública é bem-vindo. Publicado em 01.07.2014, no site Consultor Jurídico.** Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2014-jul-01/elisa-mombelli-uso-big-data-seguranca-publica-bem-vindo>>, acesso em: 22.07.2014.

MORAIS, José Luís Bolzan; MENEZES NETO, Elias Jacob de. **Relatório final da CPI da Espionagem sofre de miopia.** Texto publicado em 13.05.2014, no site “Consultor Jurídico”, disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-13/relatorio-cpi-espionagem-miope-dois-pontos-objeto-solucoes>>, acesso em 16.05.2014.

MORAIS, Jucemar da Silva. **Estado, Democracia e Informação in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores).** São Paulo: Atlas, 2014. pp. 952-982.

NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **A aprovação da Lei 12.965/2014 e sua especial contribuição para a coletividade em relação ao uso da Internet.** Anais do I Seminário do Fórum Paulista de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Disponível:<http://www9.unaerp.br/direito/media/media/images/anais/I_forum_paulista.pdf>. Acesso em: 19.08.2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.** 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima. **Finalidade Social da rede como fundamento do Marco Civil in Marco Civil da Internet/ George Salomão Leite, Ronaldo Lemos (coordenadores).** São Paulo: Atlas, 2014. pp. 110-123.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION. *In*: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Online_dispute_resolution>. Acesso em: 26.04.2009.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil / Liliana Minardi Paesani.** 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Thomaz H. Junqueira de A. **Quais funções um tribunal Constitucional deve desempenhar? 22.nov.2014. Consultor Jurídico.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-22/observatorio-constitucional- quais- funcoes-tribunal-constitucional-desempenhar?imprimir=1>>. Acesso em: 22.11.2014.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.** 5.ed. Madrid: Tecnos. 550 p.

PICIRILLO, Miguel Blinati; FARACO NETO, Pedro. **O conhecimento da filosofia como elemento imprescindível para o efetivo acesso à Justiça in Acesso à Justiça e**

concretização de direitos – vários autores - 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014. p. 440-454.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional / Flávia Piovesan**. – 14 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 181/313.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional – Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. – 3. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: SARAIVA, 2012. pp. 37/68.

QUERINO, Ana Célia; SILVA, Juvêncio Borges; TAVARES NETO, José Querino. **A era informacional instituída pela sociedade global: uma forma de exclusão ou promoção da cidadania na contemporaneidade? In Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos/ Juvêncio Borges Silva, Lucas de Souza Lehfeld, coordenadores**. Curitiba: Juruá, 2015. pp. 255-279.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **O processo civil coletivo e sua efetividade**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

RODRIGUES Jr, Otávio Luiz Rodrigues. **Primeiras Considerações sobre o Marco Civil da Internet**. Publicado em 23.04.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-23/direito-comparado-primeiras-consideracoes-marco-civil-internet>>, acesso em: 20.07.2014.

_____. **Liberdades comunicativas no Marco Civil**. Publicado em 07.05.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-07/direito-comparado-liberdades-comunicativa-vida-privada-marco-civil>>, acesso em: 20.07.2014.

_____. **Marco Civil e opção do legislador pelas liberdades comunicativas**. Publicado em 14.05.2014, no site Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-14/direito-comparado-marco-civil-opcao-pelas-liberdades-comunicativas>>, acesso em: 20.07.2014.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional. Trad. Menelick de Carvalho Netto**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSSO, Paulo Sérgio; ALVES, Fernando de Brito. **Igualdade formal e desigualdade utilitária: Os discursos de legitimação da exclusão em Aristóteles e Rawls in Argumenta: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, nº 7 – Jacarezinho, 2007. pp. 69-86.**

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 493 p.

_____. **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações / org. Ingo Wolfgang Sarlet; Frank I. Michelman ... [et al.]** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SCHNEIDER, Caroline. **Decisões Judiciais e a Insegurança Jurídica in Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores**. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014. pp. 1-26.

SILVA, Bruno Freire e. **O art. 3º do Novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho - Os meios alternativos de solução de conflitos se aplicam nessa seara processual?** in *Revista do Advogado - O novo código de Processo Civil*, ano XXXV, maio/2015, nº 126. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 16-26.

SILVA, Juvêncio Borges; LEHFELD, Lucas de Souza. **Constituição, cidadania e a concretização dos direitos coletivos/ Juvêncio Borges Silva, Lucas de Souza Lehfeld, coordenadores**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Mediação e conciliação, produtividade e qualidade** in *Revista do Advogado*, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 40-47.

SIMÃO FILHO, Adalberto; BARRETO JR., Ireineu Francisco; LISBOA, Roberto Senise; ANDRADE, Ronaldo Alves de (Coord. E Org). **Direito da Sociedade da Informação: Temas Jurídicos Relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ŠIMKOVÁ, Nikola. **A Literature Review on Online Dispute Resolution and Application to B2B E-commerce**. Conference: 23rd Interdisciplinary Information Management Talks (IDIMT), At Poděbrady. September 2015. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/298069898_A_Literature_Review_on_Online_Dispute_Resolution_and_Application_to_B2B_E-commerce>. Acesso: 07.06.2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de. **Substancialismo, Democracia e Cidadania: uma leitura sob o viés da inclusão social** in *Acesso à Justiça e concretização de direitos – vários autores* - 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2014. p. 105-126.

SOLE, Maria Eugenia. **E-Mediacion: ¿Un Nuevo Escenario Deontológico?** In *Online Dispute Resolution.com – The world's ODR Tecnology & Information Center*. Disponível em: < <http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=SoleME5.cfm>>. Acesso em: 08.02.2016.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira e LUCA, Guilherme Domingos de. **Lei 12.965/2014: Democratização da internet e efeitos do Marco Civil na sociedade da informação**. Revista Paradigma [recurso eletrônico] / Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, a. XIX, n.23, jan./dez.2014. Ribeirão Preto 2014. Disponível em: < <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/466>>. Acesso em: 19.08.2015.

SOUZA, Whashington Peluso Albino de. **Democracia e exclusão social in Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides – Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho (org.)**. São Paulo: Malheiros, 2001. pp. 485/504.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAKASHI, Bruno. **Dilemas éticos de um conciliador** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 62-69.

TARTUCE, Fernanda. **Normas e projetos de lei sobre mediação no Brasil** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 24-34.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

UNTROJB, Sandra. **The Future of Mediation: Teens and Technology** in **OnlineDisputeResolution.com – The world’s ODR Tecnology & Information Center**. March 2015. Disponível em: <<http://www.onlinedisputeresolution.com/article.cfm?zfn=UntrojbFutures.cfm>>. Acesso em: 08.02.2016.

VEZZULA, Juan Carlos. **Mediação responsável e emancipadora** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 56-61.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública** in **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 48, nº 4, 2005, pp.777-843.

WALTON, Douglas; GODDEN, David. **Persuasion Dialogue in Online Dispute Resolution** - Artificial Intelligence and Law, 2005, Vol.13(2), pp. 273-295.

WATANABE, Kazuo. **Mediação como política pública social e judiciária** in **Revista do Advogado**, ano XXXIV, agosto/2014, nº 123. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 35-39.

_____. **A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil** in **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação / Vários colabores**. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 6-10.

WEBER, Thadeu. **Ética, direitos fundamentais e obediência à Constituição** in **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações/ org. Ingo Wolfgang Sarlet; Frank I. Michelman**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 11-28.

YARSHELL, Fábio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual no Novo CPC** in **Revista do Advogado - O novo código de Processo Civil**, ano XXXV, maio/2015, nº 126. São Paulo: Associação do Advogado de São Paulo – AASP, pp. 89-94.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Online Dispute Resolution in Brazil: Are we ready for this cultural turn?** in **Revista Paradigma** [recurso eletrônico]. a.XX, nº 24, jan/dez 2015. Ribeirão Preto: UNAERP. Disponível em: <

<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/589>>. Acesso em: 17.02.2016. pp. 68-80.

_____. **Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça.** *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 17, p. 237-253, 2012. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>>. Acesso em 23.02.2016.

_____. **Os Meios Alternativos de Solução dos Conflitos e a Democratização da Justiça.** *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 5, p. 105-125, 2012. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/158>>. Acesso em 23.02.2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos** / Teori Albino Zavascki. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.