



Direito, Ambiente & Tecnologia

*Estudos em homenagem ao professor
Carlos Alberto Molinaro*

Ingo Wolfgang Sarlet
Regina Linden Ruaro
Augusto Antônio Fontanive Leal
(Orgs.)

“Carlos Alberto, seja do ponto de vista pessoal e moral, seja como Docente, Pesquisador e Jurista, marcou de modo indelével a sua trajetória na PUCRS e a sua presença amiga e serena iluminou e segue iluminando todos os que tiveram e têm o privilégio de privar de seu convívio. Dotado de invulgar cultura geral, ademais de expressivo conhecimento jurídico, o nosso homenageado sempre se mostrou professor dedicado e afável, orientador exemplarmente comprometido com os seus orientandos e pesquisador marcado por invejável capacidade de investigação, perspicácia, saudável curiosidade, juízo crítico e invulgar e permanente atualização.”



Editora Fundação Fênix



**Direito, Ambiente e Tecnologia:
estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Molinaro**

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro

Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Lucía Carlini – UNIP

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,

Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC

Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP

Patryck de Araújo Ayala – UFMT

Paulo Ricardo Schier - Unibrasil

Phillip Gil França - UNIVEL – PR

Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porras Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
V́ctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontifícia Universidad Católica del Peru

**Direito, Ambiente e Tecnologia:
estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Molinaro**

(Organizadores)

Ingo Wolfgang Sarlet

Regina Linden Ruaro

Augusto Antônio Fontanive Leal



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2021

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix
Arte: Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Direito – 14

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang; RUARO, Regina Linden; LEAL, Augusto Antônio Fontanive. (Orgs).

Direito, Ambiente e Tecnologia: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Molinaro. SARLET, Ingo Wolfgang; RUARO, Regina Linden; LEAL, Augusto Antônio Fontanive. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

928p.

ISBN – 978-65-87424-62-0



<https://doi.org/10.36592/9786587424620>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD – 340

1. Direiros Humanos. 2. Direitos Fundamentais. 3. Meio ambiente. 4. Tecnologia.
Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

27. *ONLINE DISPUTE RESOLUTION* E “COMPANHIA COMO TRIBUNAL” – BREVES CONSIDERAÇÕES ¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424620.651-662>

Gustavo Osna²

1 Introdução

Ao longo de sua trajetória acadêmica, um dos elementos que caracteriza constantemente as construções formuladas por Carlos Alberto Molinaro é a preocupação com compatibilizar o sistema jurídico e as exigências do mundo real; com garantir que as modificações sociais não sejam desacompanhadas de um olhar atento, também, do operador do Direito. O presente ensaio, voltado a homenageá-lo, insere-se em uma quadra que parece dialogar com essa premissa, e que recebeu atenção detida do teórico: a relação entre a esfera jurídica e a tecnologia.

Afinal, de que modo o processo civil tem se mostrado permeável (e permeado) pelos avanços tecnológicos experimentados no ambiente social? Que tipo de impacto tem sido experimentado pela resolução de disputas a partir dessas modificações sucessivas em seu pano de fundo? Como esses aspectos podem entrar em diálogo, propondo-se a aprimorar a tutela de direitos em nossa comunidade?

Para enfrentar essas indagações, o presente estudo coloca em perspectiva dois aspectos que demonstram esse dinamismo, de maneira circular. Nesse sentido, é destacada, primeiramente, a noção de *online dispute resolution* – demonstrando-se como, por meio dela, procura-se atribuir atualmente um papel relevante à tecnologia no contexto da resolução de disputas. Após, é exposto como essa ferramenta tem conferido um importante papel a sociedades empresárias no palco da resolução de disputas, originando um dado real que não pode ser desconsiderado pelo estudioso.

¹ O presente ensaio corresponde a uma versão reduzida de OSNA, Gustavo. Os "Meios Alternativos" Não São Tão "Alternativos" ? Garantias Processuais, "Companhia Como Tribunal" e o Caso do Mercado Livre. In. *Revista de Direito Empresarial – RDEMP*. v.17. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.137-156.

² Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da PUC/RS. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado. gustavo@mosadvocacia.com.br.

2 O PROCESSO CIVIL E A TECNOLOGIA: ODR E “COMPANHIA COMO TRIBUNAL”

2.1 Online Dispute Resolution: a “Nova Cara” do Processo

Para iniciar essa apresentação, é interessante notar que, ao longo dos últimos anos, tem sido cada vez mais corriqueira a atenção aos denominados “*meios alternativos de resolução de disputas*” (ADR). O conceito é visivelmente amplo, procurando englobar, de um modo geral, qualquer espécie de acerto de conflito que não coincida com o exercício jurisdicional. Mais que isso, há, atualmente, contundentes críticas à própria ideia de “*alternatividade*” utilizada para adjetivar essa via resolutiva, dado o grau semântico que referida noção poderia ocasionar.

A respeito desse ponto, é elucidativa a lição de Ian Macneil. Em seus dizeres, “*the word alternative means alternative to dispute resolution processes of the State – the judges, juries, administrative dispute resolvers, and the like of the State legal system. Thus the term ADR presupposes that the primary, fundamental dispute resolution system is that provided by the State, alternative methods being secondary, supplemental, and probably suspect. This statist view of dispute resolution simply turns the world upside down, whether we look to history or to present socioeconomic behavior. Historically the truly alternative dispute resolution methods are those of State law. State law is the Johnny-come-lately on the scene, because the State itself is a relatively recent development*”³.

De qualquer modo, o que aqui nos interessa notar é que, partindo dessa amplitude atribuída aos *meios alternativos*, vem se formando uma nova *face* típica da sociedade contemporânea que, gradualmente, tem se inserido nesse campo. Em resumo, em um mundo cada vez mais *digital*, é consequência lógica que também o acerto de litígios se veja influenciado por esse aspecto. Emolduram-se aqui as técnicas de *online dispute resolution* (ODR)⁴.

Procurando avaliar esse aspecto, há autores que buscam sintetizar o avanço recente desses modais em algumas fases – iniciadas com plataformas embrionárias de

³ MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law – Reformation, Nationalization, Internationalization*. New York: Oxford University Press, 1992. p.03-04.

⁴ Em relação a esse aspecto, OSNA, Gustavo. Acesso à Justiça, Cultura e Online Dispute Resolution. In. *Revista Derecho PUCP*. v.83. Lima: Peru, 2019.

utilização da *internet* para acerto de casos e sucedidas pelo uso (primeiramente por companhias e, na sequência, até mesmo pelo setor público⁵) de sistemas *virtuais* de pacificação⁶.

De toda sorte, o elemento mais pertinente a ser extraído desse caldo é que (tomando como parâmetro, especialmente, o seu uso fora da estrutura jurisdicional) o *online dispute resolution* pode surgir como uma importante peça no contexto do sistema de *ADR*; como um modal criativo, capaz de fazer com que as portas resolutivas diversas da jurisdição aumentem sua contribuição para a sociedade, aprimorando de uma forma holística o tratamento da litigiosidade⁷.

⁵ Sobre esse último ponto, vale menção ao sistema VICTOR, em desenvolvimento no Brasil no âmbito do Supremo Tribunal Federal e voltado a estabelecer parâmetros de informatização na atividade do órgão. Ver <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>.

⁶ Conforme Mania “the first, which ran from 1990 to 1996, was an amateur stage in which electronic solutions were in a test period. In the ensuing years (1997-1998), ODR developed dynamically and the first commercial web portals that offered services in this area were established. The next phase (business) ran from 1999 to 2000. Given the favourable period of economic development, especially in IT services, many companies initiated projects based on electronic dispute resolution, but a large number no longer operate in the market. The year 2001 marked the beginning of an institutional phase, during which ODR techniques were introduced into institutions such as the courts and administration authorities”. Adotando igual divisão, Cortés indica que, “looking back at the short history of ODR, it is possible to divide the emergence of ODR into four different phases: (i) Hobbyist phase: It is understood that this phase was from the creation of the internet until 1995, when ODR did not exist. During this time the first disputes arose from the internet and informal ODR mechanisms were used. Ideas started appearing in the different methods as to how these disputes could be solved in an effective manner. (ii) Experimental phase: from 1995 to 1998, when more disputes started to appear and the first ODR initiatives were used by not-for-profit organisations, eg VM. (iii) Entrepreneurial phase: from 1998 to 2002, when the ODR industry started to emerge and commercial enterprises had successful initiatives, eg SquareTrade and CyberSettle. (iv) Institutional phase: This phase was initiated in 2002 and continues to the present. It refers to the adoption of ODR programmes by public bodies, eg Online Money Claim in England and Wales and the Online Small Claims in Ireland”. Ver, MANIA, Karolina. *Online Dispute Resolution: The Future of Justice*. In. *International Comparative Jurisprudence*. n.1. Amsterdam: Elsevier, 2015. p.77. CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. London: Routledge, 2011. p.55-56.

⁷ Veja-se que, em sentido parcialmente diverso, Rule afirma que “the main difference between ODR and ADR was the role of technology in mediating the communication between the parties. In a face-to-face interaction there is a very familiar interface through which people can communicate, and the mediator or arbitrator has very little control over it. The parties look into each other’s faces and read their expressions”. No sentido aqui atribuído à ideia de *meios alternativos*, porém, a diferença citada não parece fazer com que os ODR escapem do seu conteúdo. Por outro lado, percebendo que não há absoluta justaposição entre os conceitos – já que, como posto, os meios *online* podem servir ao próprio Judiciário –, Poblet lembra que, “However, there are at least two reasons to refrain from an exact correspondence between the two. On the one hand, ODR procedures might not necessarily satisfy the “alternative” aspect of ADR, since they may form part of the judicial process (i.e. online mediation to assist divorcing couples in drafting parenting plans). On the other hand, the technical aspects of ODR pave the way to specific procedures that vary from those applicable in ADR (i.e. automated, blind-bidding negotiation) and facilitate the setting of hybrid forms of mediation and arbitration (Med-Arb). In this line, the emergence of a vast range of both new terminologies and typologies to systematize current ODR practices proves that the domain is becoming a branch of dispute resolution in its own right”. RULE, Colin. *Online Dispute Resolution for Business*. San Francisco: Jossey-Bass, 2002. p.35. POBLET, Marta (ed.). *Mobiles Technologies for Conflict Management*. New York: Springer, 2011. p.6.

Aproximando-se de uma definição suficientemente didática desses modelos, Poblet sustenta que “*ODR may be broadly defined as the domain of dispute resolution which uses Internet technologies to facilitate the resolution of disputes between parties. Therefore, ODR encompasses not only disputes that originate from online transactions, but also off-line disputes handled online. Similarly, the “online” component may be extended to include the use of electronic applications such as mobile telephony, video-conferencing, voIP, etc.*”. Há, então, abertura tanto na origem do conflito quanto na forma estabelecida para o seu acerto. O ponto comum, porém, parece-nos claro: a incorporação do componente *virtual* com o propósito de, por meio dele, trazer um novo conteúdo facilitador para o acerto do caso; mais do que um mero processo *físico* eventualmente *digitalizado*, trata-se de aproveitar o dinamismo e a mobilidade de contato e de conexão, oferecidos na rede virtual, como uma peça proeminente na resolução de disputas. Em outros termos, a *tecnologia* não é um componente periférico, mas um elemento essencial desse jogo.

Nesse sentido, é pertinente a exposição formulada por Ricardo Dalmaso Marques. Em seus dizeres, “*foi no conceito da tecnologia como “quarta parte” (já que o conciliador, mediador, árbitro, ou assessor das partes, quando existentes, seriam a “terceira”) que se notou os maiores ganhos: no papel da tecnologia da gestão do procedimento e de estabelecimento da agenda, efetivamente guiando os litigantes a uma solução consensual, quanto possível. A escolha dos meios de comunicação de forma estratégica, dessa feita, trouxe a possibilidade de se desenhar novos ambientes (...) que melhor se adaptem às circunstâncias do conflito e melhor auxiliem a dinâmica entre as partes com vistas, principalmente, a uma composição, algo que surgiu primordialmente no e-commerce*”⁸.

Também analisando esse ponto, Faye Wang constata que “*ODR uses the internet as a more efficient medium for parties to resolve both contractual disputes, such as B2B and B2C transactions, and non-contractual disputes, such as those about copyright, data protection, the right of free expression, competition law and domain names*”. Dessa maneira, seja na pacificação de disputas entre companhias (B2B), seja na resolução de conflitos ocorridos entre elas e o consumidor final (B2C), seria então

⁸ MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas On-Line (ODR): do Comércio Eletrônico (e seus Meios de Pagamento) ao seu Efeito Transformador sobre o Conceito e a Prática do Acesso à Justiça. In. ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. (Orgs.). *Novos Estudos de Direito Bancário*. Curitiba: Editora Íthala, 2019. p.125

possível enxergar na tecnologia um facilitador capaz de trazer maior dinamismo para o debate.

Enfim, sob esse viés, a oferta de mecanismos efetivos, seguros e participativos inseridos nessa seara pode representar um ganho substancial à credibilidade das próprias sociedades empresárias. Afinal, ao ter ciência de que possui à sua disposição um sistema resolutivo célere e eficaz, o consumidor possuirá maior confiança em tomar parte nas atividades da instituição. E isso, no atual contexto, certamente não é pouco ⁹.

Além disso, a percepção de que as plataformas *online* também se prestam à pacificação de disputas ou à resolução de conflitos reforça algumas indagações: considerando a fluidez inerente a esse meio, há como minimizar seu papel em nosso atual sistema de justiça? Há possibilidade de que, verdadeiramente, seja lhes reconhecida uma posição de subsidiariedade ou de menor importância em nosso arranjo social?

As respostas a cada uma dessas dúvidas nos parecem decisivamente negativas. Em resumo, consideramos que a conciliação entre o discurso do processo e essas novas vias não é apenas *possível*, mas *necessária* ¹⁰. Trata-se de consequência da própria feição *cultural* e *contextual* do direito processual civil – exigindo maleabilidade e atenção à realidade material para a compreensão dos seus institutos ¹¹.

2.2 “Companhia como Tribunal” e ODR: do Processo dos Livros ao Processo da Realidade

Se no tópico anterior foi salientado que a ascensão teórica dos meios *online* de resolução de disputas é sensível, no atual momento deve-se demonstrar outro fator. É que, *materialmente*, esse avanço tem *ocorrido de modo ainda mais evidente*. A constatação é corroborada pelo fato de determinadas *sociedades empresárias*,

⁹ Nas palavras de Wang, “for e-commerce entrepreneurs, ODR is attractive as it is something that can be incorporated into their new ventures as part of an overall strategy to build trust among users. Reliable dispute resolution systems bolster their confidence in e-commerce and stimulate transaction volume. Developing trust and confidence worldwide is highly culture related”. WANG, Faye Fangfei. *Online Dispute Resolution*. Oxford: ChandosPublishing, 2009. p.23.

¹⁰ Cita-se, uma vez mais, OSNA, Gustavo. Acesso à Justiça, Cultura e Online Dispute Resolution.

¹¹ Ver nesse sentido, *passim*, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017. Também, CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

concretamente, virem agindo como verdadeiras *instâncias de resolução* – conforme percebido com clareza por Rory Van Loo ao construir sua célebre visão das *corporações como Tribunais*¹².

Para expor brevemente esse aspecto é pertinente partir de algumas indagações: quantos conflitos, diariamente, podem ocorrer no âmbito de grandes *marketplaces online*, como eBay ou Netshoes? Em corporações que atuam no âmbito B2C em larga escala, como Apple ou Samsung, qual a quantidade semanal de reclamações resolvidas? Em termos mercadológicos, qual o impacto trazido pela maior ou pela menor aptidão dessa espécie de companhia para lidar com o problema? Que tipo de papel questões como a credibilidade pública ou o custo de transação inerente ao litígio podem desempenhar nesse jogo?

Identificando esse tipo de interrogação, Van Loo percebe que, por mais que o debate a respeito de temas como a legalidade de cláusula arbitral em relações consumeristas ocupe um espaço doutrinário intenso, é comum que se deixe de lado o verdadeiro palco em que a maior parte dos conflitos dessa natureza parece encontrar seu fim: a própria *companhia*¹³. Como exemplo, o autor pontua que a plataforma eBay resolve anualmente cerca de sessenta milhões de disputas, e que o serviço de atendimento ao consumidor do sistema ComCast, por dia, lida com cerca de um milhão de contatos¹⁴. Os números não deixam dúvidas de que estaria aí, na própria corporação, um objeto rico de análise; seria valioso investigar de que maneira esse tipo de situação é absorvido e direcionado, assim como o seu papel no contexto do sistema jurídico.

Direcionando o seu recorte, o teórico salienta, primeiramente, que em inúmeras circunstâncias esse tipo de abordagem interna da companhia acaba sendo não apenas *uma* das vias cabíveis ao consumidor – mas, na realidade, a *única*. E isso porque, em circunstâncias ligadas à *small claim*, seria pouco provável que o sujeito prejudicado,

¹² VAN LOO, Rory. The Corporation as Courthouse. In. *Yale Journal on Regulation*. n.33. New Haven: Yale University Press, 2016.

¹³ “Although legal scholars have written thousands of pages about arbitration in recent years, they have largely ignored businesses' internal processes for resolving consumer disputes. Yet these unexamined processes are pushing the bounds of dispute resolution beyond anything seen in courts or arbitration. The result sometimes conflicts with traditional notions of justice”. Idem. p.549.

¹⁴ “By way of illustration, the American Arbitration Association-the leading non-profit provider of arbitration-adjudicates fewer than 1,500 consumer cases annually. In contrast, the online marketplace eBay alone internally handles 60 million disputes each year between buyers and sellers. Comcast's customer service department has over a million customer touch points each day”. Idem. ibidem.

efetivamente, viesse a ingressar em juízo procurando eventual reparação ¹⁵. De maneira análoga, sustentamos em outras ocasiões que, nessas hipóteses, o uso de mecanismos de *ação coletiva* constituiria um verdadeiro impositivo para que o interesse lesado pudesse ser de algum modo conduzido à apreciação jurisdicional ¹⁶. Sendo assim, quando inexistente *afinidade* suficiente para justificar a coletivização, a porta do Judiciário não seria de qualquer maneira viável – em verdadeira negativa de tutela ¹⁷.

Além de perceber que a construção de mecanismos de resposta pelas companhias poderia corrigir esse ponto-cego, Van Loo dá ainda um passo além e sustenta que, para elas, esse engajamento poderia se mostrar até mesmo *rentável*. A opção por esse caminho tenderia a reforçar a credibilidade da sociedade e a ampliar a possibilidade de que a sua relação com o consumidor viesse a ser mantida. Obviamente, o enfoque decorre de uma visão do valor do consumidor a *longo prazo*,

¹⁵ “Corporate processes have the potential to provide effective substantive outcomes for many consumers. At a broad level, because of the cost savings and removal of lawyers’ fees, it is theoretically possible that corporations could pay less overall for dispute resolution while paying consumers more in settlements. The data do not exist to draw firm conclusions on this matter. However, corporations do probably provide more substantive redress for those who actually complain. Corporations arguably provide more substantive redress simply by providing greater access to redress. Most consumers for small-value transaction-based disputes would never bring a case in court or in arbitration, but do complain to corporations and obtain redress. While the substantive results will vary, even legal scholars highly critical of corporations’ complaint

handling acknowledge that when consumers push, they often get what they want”. Idem. p.573.

¹⁶ Assim, OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos; pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2020. A questão é bem posta por Coffee Jr., que segmenta as *class actions* em três grupos, adotando o potencial de mercado dos direitos individuais tutelados coletivamente como pedra de toque para a classificação. Em suas palavras, “Type A class actions are those in which each claim would be independently marketable even in the absence of the class action device. By “marketable” I mean either that the client could convince an attorney to take the case on a contingent fee basis or that the client would herself pay the attorney on some other basis (...) Type B class actions are those in which no claim would be independently marketable (...) Type C class actions are those in which there are both marketable and unmarketable claims”. Como consequência, nessas medidas de menor monta a coletivização poderia desempenhar um papel fundamental para a própria viabilidade de intervenção judicial. COFFEE JR., John. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. *University of Chicago Law Review*. n. 54. p. 877-906. Chicago: The University of Chicago Press, 1987. Sobre o tema, veja-se ainda o pensamento de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, mencionando que “os danos (...) são frequentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e as deficiências em relação ao acesso à Justiça (...) com a cumulação de demandas, a situação tende a ser alterada (...) as ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça (...)”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 28-29.

¹⁷ “For small-value contractual disputes, consumers and corporations rarely bargain in the shadow of the law in the first place. Instead, they largely bargain in the shadow of norms”. VAN LOO, Rory. Ob. cit. p.553.

não havendo atenção apenas à própria transação em exame ¹⁸. Até por isso, não surpreende que nessas hipóteses se procure fomentar a autocomposição e transformar o debate em um espaço menos adversarial e mais cooperativo ¹⁹.

Ao identificar as distintas circunstâncias em que esse tipo de atuação tem assumido maior protagonismo, o teórico propõe uma tipologia marcada por três diferentes (embora não excludentes) linhas de enfrentamento. Primeiramente, haveria uma feição relativamente clara, por meio da qual a empresa receberia e solucionaria conflitos ligados à aquisição de seus próprios produtos ou serviços ²⁰; nesse caso, por mais que houvesse pertinência na manutenção de uma aparência de neutralidade, ela poderia vir a atuar tanto como *parte* quanto como *juizadora*. Por outro lado, uma segunda esfera em que a *companhia* poderia vir a agir como *Tribunal* seria dada pelas hipóteses em que a sua própria atuação empresarial é relativamente *imparcial*, agindo como operadora da transação ou como um *marketplace* em seu desenho mais puro ²¹;

¹⁸ “While the costs associated with dispute resolution—such as for employee salaries, information technologies, and consumer refunds—are immediate budget line items, the revenues from customer retention and avoiding negative word-of-mouth are blended into general revenues over a longer time horizon. The benefits of dispute resolution are thus less salient than the costs. This complicates internal advocacy efforts by customer service professionals—who are only one of many internal-to-the-firm interest groups—to obtain the necessary leadership buy-in”. Idem. p.557.

¹⁹ “As in business-to-business private legal systems, few consumer disputes are ever litigated or ever involve lawyers. Corporations instead handle disputes through settlement. Settlement is preferable to formal adjudication—such as arbitration or litigation—because it leads to higher satisfaction and costs less. Companies promote settlement both substantively and procedurally”. Idem. p.559. Nesse ponto, a dinâmica de continuidade de relações e de rede interacional formada pela plataforma se mostra, ainda, um importante elemento para fomentar a obtenção do acordo. É que, como posto por Auerbach, “entender as comunidades por meio de suas formas de resolução de disputas pode parecer idiossincrático. Mas essa perspectiva nos dá acesso a um complexo e recorrente diálogo cultural: entre os indivíduos e a comunidade; entre a aspiração de harmonia e a concretude do conflito; entre as instituições jurídicas formais e suas alternativas. Toda sociedade experimenta essa tensão. É importante compreender que preferências por modos de resolução de conflitos não são escolhas finais, mas sim compromissos em transformação. Até mesmo na sociedade mais profundamente legalista, é provável que haja um movimento constante ao longo do tempo: entre as restrições do sistema jurídico formal e o chamariz das alternativas informais. Na verdade, uma vez em declínio a antiga ordem consuetudinária (baseada na visão moral comum de um grupo), a mudança principal é em direção a regras jurídicas explícitas e procedimentos “que esclarecem o que a desintegração da comunidade tornou obscuro e incerto”. AUERBACH, Jerold S. *Justiça sem Direito*. In. DE AZEVEDO, André Gomma. BARBOSA, Ivan Machado (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Universidade de Brasília, Grupos de Pesquisa, 2007. p.46.

²⁰ “The first is the customer services department handling disputes about its own products. The literature has not only failed to grasp the scale of this institution, but has yet to identify important design features. For example, corporations are increasingly finding ways to associate their customer service departments with components of procedural justice that legal scholars have long identified as important for legitimacy

elsewhere, such as for law enforcement. These include ensuring people feel like they have a voice, are treated with respect, and have their disputes handled by a trustworthy decision maker”. Idem. p.551.

²¹ “The second main dispute resolution role is largely absent from the literature: when the corporation serves as a judge for disputes between its own consumers and independent, third-party sellers. These *network trials* have exploded in recent years due to both financial and online intermediation. In the

nesse modelo de negócio, a sociedade não comercializa produtos ou serviços, mas age como intermediária para que *terceiros* realizem transações com o público consumidor. Por fim, haveria uma terceira ponta em que uma corporação, mesmo sem estar envolvida diretamente no litígio ou servir como palco para a sua pacificação, poderia servir decisivamente para a sua resolução. Trata-se da sua utilização como mecanismo de *rating*²²; da possibilidade de que a corporação sirva como plataforma para a avaliação de determinado prestador, colocando em xeque sua credibilidade e minorando eventuais conflitos.

Como é evidente, esse caldo é fortemente amparado e escorado pelo avanço dos meios *online* de resolução de disputas. Em poucas palavras, se tem sido usual que *corporações* atuem como instâncias de acerto de conflitos, também é corriqueiro que o façam por meio de plataformas de *ODR*. Isso, conferindo maior economicidade a atividade, aprimorando o seu acesso pelos envolvidos e permitindo uma *não-judicialização* compatível com as atuais necessidades da sociedade.

É certo que o campo ainda enseja dilemas de diferentes ordens, ligados a aspectos como o acesso às plataformas e a observância do contraditório em sua esfera. Ainda assim, a realidade brasileira já tem oferecido casos bastante prolíficos ligados ao tema. Um deles, aqui brevemente pontuado, é dado pela lógica de resolução e de minoração de conflitos utilizados pela plataforma *Mercado Livre*. Ali, por meio de uma dinâmica de *ODR*, a plataforma de *marketplace* parece ter criado um cenário bastante efetivo para minorar a judicialização de transações realizadas sob sua égide²³.

financial context, between fifty million and one hundred million times each year credit card companies such as American Express adjudicate disputes between a consumer and the merchant who sold the product, such as Home Depot or Walmart”. VAN LOO, Rory. Ob. cit. p.551.

²² “The corporation plays a third key dispute resolution role as a reputation based enforcement mechanism. Legal scholars have in a number of contexts, such as among diamond merchants or Shasta County cattle ranchers, documented how reputation sanctions enable the establishment of private orders. In those contexts, any party who violates a norm suffers such harmful reputational damage from gossip networks or other social ties that transgressions rarely occur, and more formal enforcement mechanisms are seldom used”. VAN LOO, Rory. Ob. cit. p.552.

²³ Conforme exposto por Kazuo Watanabe, em parecer lavrado à sociedade Mercado Livre, “a plataforma mercadolive.com conta com um programa de proteção ao consumidor onde aquele que pagou sua compra e não recebeu o produto terá direito de receber no todo ou em parte o dinheiro pago, a depender da verificação de determinados critérios, a exemplo do preço do produto e do cumprimento a determinadas condições estabelecidas pelo próprio programa de proteção ao consumidor. Há também um sistema de reputação aplicado aos usuários da plataforma virtual, sejam compradores ou vendedores (...) no momento das transações os usuários podem verificar o nível de reputação de seus compradores e vendedores (...) o usuário deve registrar uma reclamação no aplicativo ou no site do Mercado Livre no prazo de 10 dias, em caso de recebimento do produto defeituoso ou diverso do anunciado, ou em 28 dias, em caso de não recebimento do produto. Esse prazo de 10 dias pode ser estendido para até 30 dias a depender do nível do comprador na fidelização “Mercado Pontos”. A partir desse registro, o Mercado Livre disponibiliza ferramenta tecnológica por meio da qual o usuário

De fato, na linha do até aqui exposto, a procura por essas respostas não deve necessariamente passar por um exame comparativo entre o *número de processos* propostos em face da plataforma *antes* ou *depois* do estímulo ao ODR. E isso porque já foi pontuado que há um elemento típico dessa seara: grande parte dos conflitos acertados no âmbito da companhia *sequer chegaria* à esfera jurisdicional. Isso, devido à desproporção entre os *ganhos* do processo e os *custos* ligados à capacidade jurídica pessoal ²⁴; devido à sua natureza de *small claim*.

De qualquer modo, porém, afirma-se atualmente que a engrenagem conduziu ao equivalente a 98,9% (noventa e oito vírgula nove por cento) de não-judicialização ²⁵. Mostrou-se, então, efetiva para a maior parcela dos litígios de algum modo levados ao conhecimento da companhia - formando um importante ponto de apoio para a realidade brasileira e demonstrando a potencialidade que o *online dispute resolution* é capaz de gerar.

Considerações Finais

Em um ambiente social marcado cada vez mais pelo uso da tecnologia, o processo civil, também, sofreu impactos decorrentes desse diálogo. Nesse sentido, ganha importância a noção de *online dispute resolution*, viabilizando que esse

comprador entra em contato com o usuário vendedor para que eles tentem resolver o problema diretamente. Muitas vezes, este é o primeiro momento em que o usuário vendedor fica sabendo do problema relatado pelo usuário comprador, tendo a oportunidade de resolvê-lo de imediato. Se o problema não for resolvido, passa-se à segunda etapa, em que o usuário comprador solicita ajuda ao Mercado Livre (selecionando a opção “Pedir ajuda do Mercado Livre”) para que enderece a reclamação, oportunidade em que o Mercado Livre analisa tanto a reclamação do usuário comprador como a resposta do usuário vendedor, e, após, apresenta resolução (...) de acordo com o Mercado Livre, 80% das reclamações registradas em sua plataforma são resolvidas amigavelmente”. Parecer lavrado pelo Professor Kazuo Watanabe, conjuntamente com Ricardo Quass Duarte e Caroline Visentini Ferreira Gonçalves, em 05 de abril de 2019 em resposta a consultas formuladas pela empresa Mercado Livre. Texto citado em MARQUES, Ricardo Dalmaso. Ob. cit. p. 140.

²⁴ O conceito engloba as “inúmeras barreiras que precisam ser *pessoalmente* superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário”. Esclarecendo, afirmam que “num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos (...) mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção”. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988. p. 22-23.

²⁵ A afirmação pode ser conferida em <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/64894/mercado-livre-odr-resolucao-conflito>.

elemento passe a exercer um papel pertinente na resolução de disputas. Mais do que a mera digitalização de um processo físico, percebe-se, com isso, que a tecnologia pode exercer um relevante papel para a própria composição dos modais de acerto de casos.

O presente ensaio partiu dessa premissa para, na sequência, demonstrar que seu uso tem fomentado uma realidade patente e indelével em nosso atual momento. É que, em uma sociedade dinâmica e provida de parâmetros cada vez mais inovadores de trocas e de comunicação, não é demais afirmar que há sociedades empresárias que *diariamente acertam conflitos*. Esse ambiente já é real, e é fomentado pelo avanço das técnicas de ODR – justificando olhares atentos por parte do operador do processo.

Como esse desenho se harmonizaria, porém, com as instituições tradicionais da resolução de disputas? Mais precisamente, de que modo seria possível compatibilizá-lo com as garantias inerentes à atividade processual, zelando pela legitimidade da resposta oferecida?

Consideramos que essa adequação é imprescindível, mostrando-se um desafio ao jurista. E isso porque negar o fenômeno pode representar, em *ultima ratio*, uma inócua tentativa de rejeitar a própria realidade. Mais que isso, considerando que a qualidade dessa forma de atuação pode favorecer a própria entidade (impactando o seu *“reputational capital”* e facilitando a reiteração da relação), constata-se que ela própria possuirá interesse em desenvolver mecanismos legítimos e aceitáveis. Trata-se de uma relação na qual, caso bem compreendida, todos tem a ganhar; de uma importante tentativa de aproximação entre *justiça* e *comunidade*, fortalecendo essa ligação.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2019.

AUERBACH, Jerold S. Justiça sem Direito. In. DE AZEVEDO, André Gomma. BARBOSA, Ivan Machado (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Universidade de Brasília, Grupos de Pesquisa, 2007.

BARRETT, Jerome T. BARRETT, Joseph P. *A History of Alternative Dispute Resolution The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.

COFFEE JR., John. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. *University of Chicago Law Review*. n. 54. p. 877-906. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. London: Routledge, 2011.

MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law – Reformation, Nationalization, Internationalization*. New York: Oxford University Press, 1992.

MANIA, Karolina. Online Dispute Resolution: The Future of Justice. In. *International Comparative Jurisprudence*. n.1. Amsterdam: Elsevier, 2015.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. A Resolução de Disputas On-Line (ODR): do Comércio Eletrônico (e seus Meios de Pagamento) ao seu Efeito Transformador sobre o Conceito e a Prática do Acesso à Justiça. In. ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de. (Orgs.). *Novos Estudos de Direito Bancário*. Curitiba: Editora Íthala, 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

OSNA, Gustavo. Acesso à Justiça, Cultura e Online Dispute Resolution. In. *Revista Derecho PUCP*. v.83. Lima: Peru, no prelo.

OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos; pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

POBLET, Marta (ed.). *Mobiles Technologies for Conflict Management*. New York: Springer, 2011.

RULE, Colin. *Online Dispute Resolution for Business*. San Francisco: Jossey-Bass, 2002.

VAN LOO, Rory. The Corporation as Courthouse. In. *Yale Journal on Regulation*. n.33. New Haven: Yale University Press, 2016.

WANG, Faye Fangfei. *Online Dispute Resolution*. Oxford: Chandos Publishing, 2009.