

realizada entre ausentes, mas alicerçada em uma comunidade online ativa,³⁶³ aponta para uma possível superação de casos difíceis por mecanismos de ODR,³⁶⁴ ainda que não ancorados na jurisdição estatal e impossibilitados de emitir decisões vinculantes.

3.2.3. Recursos e respostas

Os estudos de caso dos mecanismos patrocinados pela cidade de Nova York, eBay e Wikipedia retratam bem a expansão da ODR: seu uso por empresas privadas, órgãos governamentais e ONGs tende a criar alternativas para disputas que ficariam represadas e a desonerar mecanismos tradicionais de resolução de controvérsias em relação a contendas repetitivas e de baixa complexidade.

Além disso, tais experiências demonstram que, ao gerar valor para as partes e para as instituições relacionadas com seus conflitos, os mecanismos de ODR podem ser efetivos ainda que seus resultados não constituam decisões vinculantes. Simplicidade e celeridade podem tomar o lugar de togas e vestes talaes em cenários muito diversos,³⁶⁵ pacificando controvérsias, mas também as prevenindo e debelando crises amplas. Ilustram esta possibilidade tanto mecanismos de ODR imersos na Internet, como os voltados a disputas sobre nomes de domínio,³⁶⁶ quanto os planejados para contendas tradicionais, a exemplo dos atritos entre acidentados e seguradoras.³⁶⁷

Um dos maiores trunfos da ODR é sua flexibilidade, ilustrada pelas acentuadas mudanças institucionais na composição de conflitos da cidade de Nova York, eBay e Wikipedia, bem como pelos constantes experimentos das duas últimas.³⁶⁸ Quando expressivos

³⁶³ Ao descrever a comunidade do jogo Second Life, Lessig (2006:284-285) esclareceu a relação entre tecnologia e comunidades online: “*The code thus doesn’t simply make all problems go away. It doesn’t remove the need for neighbors to work stuff out. And in this way, the code helps build community*”.

³⁶⁴ “*Perhaps computers will be able to say whether a particular normative principle fits well with the normative commitments of most people in the relevant community.*” (Sunstein, 2001:8).

³⁶⁵ “*Online dispute resolution, as for example offered by eBay, supplements traditional dispute resolution through State courts, and these ADRs are not second-best, but for all intents and purposes often the only realistic, cost-effective solution in consumer disputes.*” (Kohl, 2007:267).

³⁶⁶ Cf. item 2.2.1. acima.

³⁶⁷ E.g. CyberSettle; Injuries Board – cf. Anexo I.

³⁶⁸ “[F]rom the results of the various experiences among professionals, virtual platforms and public initiatives, in addition to the significant advances in artificial intelligence and information technology, it is abundantly clear that many of these [ADR and ODR] mechanisms [...] will continue to evolve and permeate into society.” (Vilalta, 2010:103).

ganhos de eficiência incidem sobre controvérsias de alto valor, por exemplo, mecanismos de ODR adjudicatórios podem cumprir os requisitos para que suas decisões sejam vinculantes, como na resolução de disputas entre multinacionais e seus fornecedores.³⁶⁹ Porém, a adaptação para lidar com contendas complexas pode ocorrer sem amarras ou moldes, com correções de *design* simultâneas ao funcionamento regular dos mecanismos a serem substituídos ou aperfeiçoados.

Empresas que não possuem mecanismos de ODR vêm testando tecnologias de prevenção de conflitos progressivamente mais elaboradas. Esta preocupação, saliente em *marketplaces* e em plataformas de conteúdo online, reflete a necessidade de haver critérios tidos como legítimos por todos os usuários de tais plataformas. A dificuldade de enunciar políticas de forma clara e não arbitrária é exacerbada quando tais empresas aplicam-nas a casos complexos, especialmente diante de conflitos que seriam resolvidos de modos muito diferentes conforme a jurisdição.³⁷⁰

Diagnosticar com precisão os fatores de conflito pode solucionar este problema. A empresa AirBNB, que aproxima proprietários de imóveis residenciais e interessados em locações de curto prazo, por exemplo, tem em seu formulário de reclamações uma pergunta sobre “como você se sente neste momento?”, com respostas predefinidas abrangendo uma gama de emoções diferentes.³⁷¹ A captura automatizada do estado emocional possibilita a filtragem de demandas e seu encaminhamento aos canais de comunicação mais adequados.³⁷²

Neste sentido, o potencial revolucionário da ODR reside na absorção de tecnologias persuasivas,³⁷³ em especial aquelas voltadas a prevenir conflitos, a derrubar barreiras para a

³⁶⁹ E.g. AAA International Center for Dispute Resolution – Manufacturer/Supplier Online Dispute Resolution Protocol – cf. Anexo I. Galanter (1974:110-114) anteviu que interações entre litigantes habituais conduziriam à privatização e à descentralização da resolução de controvérsias, com redução de seu encaminhamento a mecanismos públicos.

³⁷⁰ Os périplos enfrentados pelo YouTube para lidar com questionamentos sobre o *trailer* do filme satírico “The Innocence of Muslims”, principalmente em países islâmicos, ilustram bem esta dificuldade. Cf. discussão do caso e uma proposta de decisões por júris comunitários em The New Republic, Tim Wu, “When Censorship Makes Sense: How YouTube Should Police Hate Speech”, 18 de setembro de 2012

<<http://www.newrepublic.com/article/107404/when-censorship-makes-sense-how-youtube-should-police-hate-speech>> Acesso em 05.04.2014.

³⁷¹ Cf. reprodução de imagem do menu de emoções da plataforma de locações AirBNB no Anexo II.

³⁷² A Microsoft requereu uma patente, nos EUA (pedido n. 20120143693, de dezembro de 2010), para a identificação de emoções de usuários da Internet, voltada à publicação de anúncios correspondentes a seu estado emocional. Nada impede que esta tecnologia seja empregada para dirimir conflitos.

³⁷³ Cf. item 2.3.2. acima.

resolução de controvérsias³⁷⁴ – informacionais, estratégicas, psicológicas ou institucionais³⁷⁵ – e a garantir a efetividade dos resultados obtidos.³⁷⁶

Barreiras informacionais, ubíquas, são paradoxalmente as mais simples de dissolver nos ambientes parametrizados, com registros de dados precisos e abundantes, gestados por mecanismos de ODR (Katsh e Rainey 2011:91).³⁷⁷

Desmantelar barreiras estratégicas é um objetivo declarado de mecanismos de ODR que estreitam o fluxo de comunicações das partes (por exemplo, com lances às cegas). A contenção de comportamentos estratégicos daninhos ao bem-estar agregado das partes,³⁷⁸ esperados pela teoria dos jogos, pode voltar-se a antecipar movimentos oportunistas das partes em conflito, impedindo-os ou suprimindo as informações que os motivariam (Lodder e Zeleznikow, 2010:146-160).

Sem intervenções cirúrgicas e tempestivas, decisões inconsistentes e incoerentes são inevitáveis³⁷⁹ e podem dificultar a resolução de conflitos com aspectos humanos.³⁸⁰ Barreiras psicológicas podem ser gradualmente corroídas, contanto que os mecanismos de ODR sejam bem planejados e que se ajustem aos vieses e heurísticas relevantes conforme as controvérsias. O provimento de informações, lembretes e advertências pode ser feito de diversas formas (por exemplo, com recursos multimídia, comparação de alternativas e automatização de cálculos) e aliar-se à inteligência artificial, ao controle pleno dos fluxos de informações e ao *design* de ambientes e de procedimentos propícios à resolução de disputas.

³⁷⁴ Tecnologias de informação e comunicação em geral, e tecnologias persuasivas em particular, podem ser determinantes para o aumento de acessibilidade de mecanismos de resolução de controvérsias. Cf. Larson, 2010:155-156).

³⁷⁵ Cf., sobre esta categorização de barreiras à resolução de controvérsias, Arrow et al (1995). Cf. item 1.3.1. acima sobre valores e falhas cognitivas.

³⁷⁶ “*Low-cost online dispute resolution mechanisms ensure that the access to a remedy is effective, while self-enforcement mechanisms ensure that the remedy itself is effective.*” (Schultz, 2008:830).

³⁷⁷ Exemplos cristalinos desta possibilidade são as intervenções para resolver conflitos sistêmicos acerca de serviços de telecomunicações na Austrália – cf. Telecommunications Industry Ombudsman no Anexo I e <http://www.tio.com.au/__data/assets/pdf_file/0005/162662/TIO-2014-Annual-Report-WEB.pdf> Acesso em 20.07.2014.

³⁷⁸ Cf., a respeito de comportamento estratégico e teoria dos jogos, Baird, Gertner e Picker (1994); Kaplow e Shavell (2004); Dixit e Nalebuff (1991).

³⁷⁹ Ariely (2010:321) compara vieses e heurísticas a ilusões de óptica: mesmo sabendo que nossos cérebros processam informação de maneira equivocada, continuamos iludidos por elas.

³⁸⁰ Cf., sobre a dificuldade de “corrigir” vieses e heurísticas, Brest e Krieger (2010:523-525). Os autores ressaltam a importância da apresentação de diagramas de alternativas, questionamentos e perspectivas externas no momento da decisão, além de indicarem que previsões intuitivas e riscos estimados na forma de probabilidades são menos persuasivos do que estatísticas e riscos estimados por frequência.

O quadro abaixo ilustra algumas respostas de mecanismos de ODR a barreiras informacionais, estratégicas e psicológicas:

Quadro V: ODR e barreiras para a resolução de controvérsias

Barreiras psicológicas que afetam a avaliação do mérito de uma disputa		
Barreira psicológica	Efeito nas partes em conflito	Possível resposta da ODR
Percepção seletiva (negativa)	“Dissonância cognitiva”, i.e., ignorar dados que contrariem um ponto de vista	Exposição visual dos fatos; “mapeamento” de opções de forma visual (gráficos, árvores de decisão etc.)
Vieses cognitivos ou motivacionais (positivos)	Tendência a “ver”, buscar, interpretar ou lembrar informações de forma a confirmar as próprias crenças ou hipóteses	Idem
Efeito da dotação (<i>Endowment Effect</i>)	Mais valor é posto no que se tem no presente do que em ganhos futuros	Descrever as questões como problemas comuns; oferecer auxílio analítico
Excesso de confiança otimista	Excesso de otimismo em situações de incerteza, agravado pelo investimento pessoal no resultado	Mostrar estatísticas para casos similares; avaliar probabilidades com recurso a fatos e padrões ou normas com autoridade
Viés dos custos irrecuperáveis	Resistência a considerar irrecuperáveis determinados custos já incorridos (<i>sunk costs</i>)	Demonstrar que custos irrecuperáveis permanecem estáveis, qualquer que seja o resultado da disputa
Barreiras psicológicas que afetam decisões em uma barganha		
Barreira psicológica	Efeito nas partes em conflito	Possível resposta da ODR
Desvalorização reativa (<i>Reactive Devaluation</i>)	Desconfiança ou diminuição do valor de ofertas feitas pela outra parte	Obter dados sobre possíveis acordos antes da troca de ofertas reais; evitar ambiguidades na formulação de ofertas; desvincular as ofertas de seus autores
Aversão à perda (<i>Loss Aversion</i>) (entre outros vieses relativos ao <i>status quo</i>)	Ancoragem no resultado “certo”, i.e., referenciados em custos irrecuperáveis, ofuscando bons resultados da perspectiva	Descrever as questões com linguagem neutra; apresentar itens para acordos em cores diferentes e com contrastes, para

	racional	evitar que o ponto de referência sejam as “perdas”
Vieses de contraste (Contrast Bias) e efeitos de apresentação (Gain/loss Framing Effect)	Alternativas são avaliadas como mais ou menos favoráveis conforme o contexto (presença de mais opções) e a forma como foi apresentada	Incentivar ofertas alternativas; manter registro de todas as opções e contraofertas (para ambas as partes); desvincular itens individuais das ofertas; reescrever opções de acordo
Viés da inconsistência temporal (Time-inconsistent Bias)	Benefícios atuais são superestimados em comparação a benefícios futuros	Avaliar o valor presente das alternativas sob comparação
Desejo de justiça	Ofertas não razoáveis (conforme percebidas pela outra parte “racional”, ao menos no curto prazo)	Sugerir outros mecanismos para resolver a disputa, com indicação de suas vantagens e desvantagens (notando que há conflitos insolúveis e que para preservar um relacionamento as partes pode ser forçadas a aceitar termos ruins)

Elaboração própria com base em Arrow et al (1995); Kelman et al (1996); Korobkin e Guthrie (1997); Jolls et al (1998A); Korobkin (1998); Sunstein (2000); Guthrie (2003); Korobkin (2003); Jolls e Sunstein (2006); Sell (2006); Brest e Krieger (2010).

Por fim, barreiras institucionais podem ser resolvidas por pressões da própria comunidade afetada, no caso de ferramentas como a Wikipedia; por escolhas de consumidores, se as empresas envolvidas não oferecerem mecanismos satisfatórios para a solução das disputas a que deram causa ou que germinaram em suas plataformas; e por soluções jurídicas e políticas, no caso de instituições públicas que deixarem de adotar ou de aperfeiçoar estas tecnologias.

A efetivação dos acordos ou das decisões resultantes de mecanismos de ODR pode depender de *código*, normas sociais e hierarquias, ou de normas jurídicas, amparadas pelo controle judicial (Callies, 2011:242). *Design* impregnado de conhecimentos jurídicos; medidas assecuratórias próprias ou decorrentes de parcerias com terceiros;³⁸¹ diálogos comunitários e manuseio competente de sinais reputacionais³⁸² podem, assim, ser decisivos para as partes se conformarem com aqueles resultados ou deles se beneficiarem.

As explicações para o sucesso da ODR, portanto, repousam nos seguintes fatores:

³⁸¹ Cf. item 2.3.1. acima.

³⁸² Cf. item 2.3.3. acima.

- 1) Amplificação do acesso à justiça da perspectiva das partes em conflito, por meio de redução de custos e maior eficiência em comparação a outros mecanismos de resolução de controvérsias³⁸³ e de atenção às percepções de justiça procedimental e de resultados;
- 2) Controle de comportamentos estratégicos, por meio de tecnologias persuasivas;
- 3) Correção de assimetrias informacionais e reajuste cognitivo contrário a vieses e heurísticas, novamente por meio de tecnologias persuasivas;
- 4) Exposição a induções positivas provenientes de sistemas de reputação; e
- 5) Flexibilidade para a realização de testes A/B e ajustes, como a reformulação dos mecanismos de ODR e sua combinação com outros mecanismos.³⁸⁴

Ainda que a ODR possa prestar-se à resolução civilizada de conflitos emocionalmente carregados,³⁸⁵ contornar a jurisdição estatal não é viável em inúmeros casos sobre direitos indisponíveis, como disputas contenciosas pela guarda de menores, ou em situações que requerem o exercício da coerção estatal ou de atos de império,³⁸⁶ a exemplo de sanções criminais, cooperação judiciária internacional, extradição e transferência de pessoas.³⁸⁷

3.2.3.1. Iniciativas recentes

³⁸³ Alerte-se que alguns mecanismos de ODR podem ser mais custosos para as partes do que mecanismos tradicionais, como juizados especiais cíveis no Brasil ou *small claims courts* nos EUA. Uma agenda de pesquisa futura, no campo do Direito e Economia, inclui a metrificação dos custos para a resolução de conflitos por mecanismos de ODR e sua utilização em modelos econômicos das decisões a respeito de mecanismos de resolução de controvérsias em geral. Pesquisas com esse perfil não foram encontradas em busca por artigos acadêmicos por meio das ferramentas Lexis, SSRN e WestLaw.

³⁸⁴ Como discutido no caso da Wikipedia, em diversas situações a experimentação pelas partes envolvidas nas disputas pode resultar em mecanismos otimizados (Shariff, 2003:153).

³⁸⁵ E.g. Gripevine, PeopleClaim, SideTaker – cf. Anexo I.

³⁸⁶ E.g. Human Rights Council, Twenty-seventh session, Agenda items 2 and 3. “The right to privacy in the digital age: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights”. A/HRC/27/37. Item 38: “*judicial involvement in oversight should not be viewed as a panacea; in several countries, judicial warranting or review of the digital surveillance activities of intelligence and/or law enforcement agencies have amounted effectively to an exercise in rubber-stamping. Attention is therefore turning increasingly towards mixed models of administrative, judicial and parliamentary oversight*”

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A.HRC.27.37_en.pdf>
Acesso em 22.10.2014.

³⁸⁷ Cf. item 2.3.2. acima.