

coordenação

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON ■ ERIK NAVARRO WOLKART ■
FRANCISCO DE MESQUITA LAUX ■ GIOVANI DOS SANTOS RAVAGNANI ■

COLEÇÃO DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS

DIREITO, PROCESSO E TECNOLOGIA

APRESENTAÇÃO

MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA



CONTEÚDO EM INGLÊS

- Access to justice and Consumidor.gov case
- Procedural law and artificial intelligence

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
FUTURE LAW TRIBUNAIS™

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiários: Alan H. S. Moreira e Bárbara Baraldi Sabino

Produção Editorial

Coordenação

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Laís Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

Analistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Ana Carolina de Souza, Camilla Sampaio, Caroline Vieira, Cristiane Teixeira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

Designer Editorial: Lucas Kfourri

Estagiárias: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Linotec

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Direito, processo e tecnologia / coordenação Erik Navarro Wolkart ... [et al.].
-- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Outros coordenadores: Francisco de Mesquita Laux, Giovanni dos Santos Ravagnani, Paulo Henrique dos Santos Lucon

Vários autores.

Bibliografia

ISBN 978-85-5065-132-9

1. Direito constitucional 2. Direito processual 3. Internet - Leis e legislação 4. Tecnologia e direito I. Wolkart, Erik Navarro. II. Laux, Francisco de Mesquita. III. Ravagnani, Giovanni dos Santos. IV. Lucon, Paulo Henrique dos Santos.

20-33591

CDU-34:004

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito digital 34:004

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

Custos de transação do processo e *Online Dispute Resolution*: um sistema multiportas 4.0 economicamente eficiente

RONALDO VASCONCELOS

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Brasileiro - IBDP. Advogado em São Paulo.

CÉSAR AUGUSTO MARTINS CARNAÚBA

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo.

Sumário: 1. Generalidades; 2. *Online Dispute Resolution* (ODR); 2.1. Meio e técnica de solução de conflitos; 2.2. ODR x ADR: um paralelo necessário; 3. Custos de transação do processo e a busca por sua redução; 3.1. Abordagem econômica do processo: o “mercado” de jurisdição; 3.2. Variáveis do procedimento e redução dos custos de transação pela ODR; 3.3. Argumentos de qualidade; 4. ODR na recuperação judicial; 5. Conclusão.

1. GENERALIDADES

A noção de *sistema multiportas* como forma de proporcionar o acesso à justiça já conta com boas décadas de existência,¹ e mesmo na doutrina brasileira já não pode ser considerada novidade.² O que existe, a bem da verdade, é um recente movimento legislativo voltado à construção de um *microssistema* de meios alternativos (mormente, consensuais) – como a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e a Resolução nº 125/2010 do CNJ.³

Paralelamente, sobreleva também a importância em sede acadêmica conferida à convergência de produção industrial, informação e tecnologias de comunicação – a Indústria 4.0, como tem sido chamada. De forma inédita, observa-se o desenvolvimento de uma revolução industrial *a priori*, e não em retrospectiva. Abrem-se, portanto, novas portas para verdadeiramente moldar o futuro dos temas que aí possam ser inseridos.⁴

Não é de se espantar, portanto, que os dois temas tenham sido reunidos e, recentemente, tornou-se essencial estudar a *Online Dispute Resolution* (ODR), assim considerada como a aplicação da tecnologia da informação e da comunicação na prevenção, no gerenciamento e na solução de controvérsias.⁵

1. SANDER, Frank. Varieties of Dispute Processing, in BURGER, Warren; LEVIN, Leo; WHEELER, Russell (coord.) *The Pound Conference, perspectives on justice in the future: proceedings of the National Conference on the causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice*, 1979.
2. “Iniciativas em prol de um sistema multiportas integrado com o Poder Judiciário são mais recentes. No Estado de São Paulo, vale mencionar o Setor de Conciliação ou Mediação em Primeiro Grau de Jurisdição, instalado a partir do Provimento 893/2004, do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça daquele estado, assim como o Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição, instalado em virtude dos Provimentos 783/2002 e 843/2004. Esses programas [...] são iniciativas que dão destaque aos meios autocompositivos e sempre representaram o gérmen para um sistema multiportas integrado ao tribunal” (LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. “Sistema multiportas”: opções para tratamento de conflitos de forma adequada, in SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduarda Alves da (coord.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias*, p. 65-66).
3. GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo CPC, in GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coord.). *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*, passim.
4. HERMANN, Mario; PENTEK, Tobias; OTTO, Boris. Design principles for industrie 4.0 scenarios, in IEEE COMPUTER SOCIETY. 49th Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS); SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*.
5. KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *South Carolina Law Review*, vol. 67, p. 329-344, 2016.

Dentro da busca por um meio adequado de solução da controvérsia, variáveis como o tempo, os dispêndios de recursos e outros menos comumente lembrados (como a necessidade de manter uma determinada imagem, enquanto figura pública) devem ser consideradas.⁶ É necessário buscar *qualidade* na prestação jurisdicional por qualquer que seja o meio de solução do conflito⁷ e, com isso em vista, a proposta do presente estudo é examinar a ODR, a partir de uma *análise econômica do processo*, cuja busca por *eficiência* passa pela diminuição dos *custos de transação* do meio escolhido para resolver a controvérsia.⁸

A parte 2 visa a apresentar, em poucas linhas, a ODR, em especial traçando paralelo com a noção já mais conhecida de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), significante dos meios alternativos de solução de conflitos.

A parte 3, por sua vez, expõe a proposta de análise do sistema multiportas sob um viés de eficiência econômica, com a exposição de algumas variáveis – meramente exemplificativas! – que devem receber atenção, a fim de reduzir os custos de transação na solução da controvérsia.

A parte 4 abre relevante parêntese, a fim de inserir a exposição precedente no cenário da recuperação judicial, em que a análise econômica desponta com indiscutível relevância.

2. *ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)*

2.1. Meio e técnica de solução de conflitos

As técnicas *online* de solução de conflitos surgiram na década de 1990, voltadas, principalmente, a resolver disputas relacionar ao comércio eletrônico.⁹

6. FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos, p. 28.

7. GALANTER, Marc. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, Denver, vol. 66, n. 3, p. 11-14, 1989 (Trad. Marcos Paulo Veríssimo).

8. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Em oportunidade anterior já adotamos uma perspectiva econômica para estudar tema semelhante, cf. VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thaís D'Angelo da Silva. Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 36-62, jan./mar. 2019.

9. KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *South Carolina Law Review*, vol. 67, p. 329-344, 2016.

Contudo, a rápida evolução da matéria caminhou *pari passu* com os aumentos na quantidade e na variedade das disputas *online*, que hoje também podem envolver assuntos diversos, inclusive em relação com órgãos governamentais.¹⁰

A consequência do desenvolvimento desse ambiente conflitivo virtual levou à quebra da divisão estanque entre *online* e *offline*.¹¹ As ferramentas *online*, hoje, servem à solução de conflitos *offline* e vice-versa, e os próprios meios tradicionais vêm sendo modificados com a paulatina inclusão de tecnologias em seu bojo. É dizer: os avanços tecnológicos põem em xeque os conceitos e contornos clássicos dos métodos de solução de conflitos.¹²

Mas nem é preciso ir tão longe para vislumbrar o potencial da ODR. Ferramentas simples e conhecidas de todos podem ser úteis à solução de conflitos, desde que aplicadas com esse objetivo.¹³ É o caso do aplicativo *Whatsapp*, como

-
10. "Growth of ODR was evidenced in the development and adoption of ODR in new settings such as government agencies, the EU regulatory framework and international bodies, extending beyond the more predictable milieu of private online entities" (RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Digital Justice: reshaping boundaries in an online dispute resolution environment. *International Journal of Online Dispute Resolution*, vol. 1, n. 1, p. 5-36, 2014).
 11. "The distinction that used to be made between the 'virtual world' and the 'real world' is losing meaning – and not just because it is increasingly necessary to have internet access in order to participate in all kinds of personal and business activities" (KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. Digital Justice: introduction. *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 3, n. 2, p. 102-124, 2016).
 12. "The introduction of digital technology and the rise of ODR are undermining boundaries that support the different forms of dispute resolution. This development reflects the deeper changes that have rendered such boundaries less necessary. Automation and the efficiencies of digitalization have relaxed, and in some cases obliterated, the institutional and human constraints that have made dispute selection necessary. The shorter time frames, lower costs and efficiencies associated with occupying a digital space have increased both the capacity of dispute resolution providers to handle disputes and of humans to render decisions or help resolve disputes. In other cases, dispute volumes are so high that automated processes have handled with great success numbers of cases that in the past were unfathomable" (RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Digital Justice: reshaping boundaries in an online dispute resolution environment. *International Journal of Online Dispute Resolution*, vol. 1, n. 1, p. 5-36, 2014).
 13. "Whenever I get a chance to present to an audience of dispute resolvers, I like to ask this question: 'Do any of you have experience with online dispute resolution?' Invariably, only a couple of hands go up. But then I ask: 'Have any of you used email with your parties?' More hands go up. 'Have any of you done a teleconference with your parties?' More hands. 'Have you sent out calendar invitations to your parties? Have you sent Word documents with tracked changes? Have you done a videoconference,

forma de comunicação processual, ou da rede social *Twitter* como mecanismos de prevenção de disputas.¹⁴ Nessa linha, a imbricação entre *Online Dispute Resolution* e a lógica do sistema multiportas é inevitável, uma vez que a evolução nas tecnologias de comunicação implica diretamente o aumento nas alternativas de resolver as disputas, pelas mais variadas formas.¹⁵

O que resta, no momento, é *implementar a ODR* na prática do direito brasileiro, verdadeiramente abraçar as novas tecnologias e aprender a trabalhar com elas.¹⁶ Ela deve ser compreendida como algo tão natural à prática da profissão quanto hoje já se tornaram o processo digital, a videoconferência nas audiências judiciais¹⁷ e, mais recentemente, a legitimidade de intimações por aplicativos de celular.¹⁸

E os exemplos citados acima servem para comprovar aquela que é a noção fundamental ao incremento da ODR no Brasil. Ela pode ser *meio* de solução de conflitos, mas é, principalmente, um conjunto de *técnicas* que podem ser

like Skype or Facetime?’ Almost all the hands in the room are then up. ‘Congratulations,’ I say, ‘you have experience with online dispute resolution’” (RULE, Colin. Is ODR ADR? A response to Carrie Menkel-Meadow. *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 3, n. 1, p. 8-11, 2016).

14. LOWNDES, Benjamin. “Join the conversation”: why Twitter should market itself as a technology mediated dispute resolution tool. *International Journal of Online Dispute Resolution*, vol. 2, n. 2, p. 128-139, 2015.
15. “Professor Frank Sander’s oft-cited concept of the multi-door court-house is an apt model for ODR systems designers, because online processes can offer a nearly infinite range of ‘doors’ customized for nearly every kind of dispute” (KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *South Carolina Law Review*, vol. 67, p. 329-344, 2016).
16. “ODR needs to break through into a recognized and credible independent, self-regulated professional service in order for it to gain the respect and trust of its user base, which is huge, diverse and global. Every educator and serious player in the market will soon have a golden opportunity to play their part in forging the development of ODR” (GONÇALVES, Ana; VANENKOVA, Irena. From practice to profession: the ODR community’s next vital step. *International Journal of Online Dispute Resolution*, vol. 3, n. 2, p. 146-150, 2016).
17. CPC: “Art. 236. [...] § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”.
18. O CNJ já ratificou o uso do aplicativo Whatsapp como ferramenta para realização de intimações. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI261130,-31047-CNJ+libera+Whatsapp+em+Juizados+Especiais+para+intimacao+de+partes>>, acesso em 25 Abr. 2019.

utilizadas em quaisquer meios, desde o processo judicial até uma negociação direta entre as partes.

2.2. ODR x ADR: um paralelo necessário

A exposição do item precedente dá azo à abertura de um parêntese relevante, que consiste no cotejo da *Online Dispute Resolution* (ODR) com a *Alternative Dispute Resolution* (ADR), esta última já bem conhecida no direito brasileiro por meio da tradução “meios alternativos de solução de conflitos” (MASC). Afinal, ODR é espécie do gênero ADR, é um *tertium genus*, é apenas um conjunto de técnicas?¹⁹

Há que se notar que os meios alternativos de solução de controvérsias visam, simultaneamente, a proporcionar melhoras quantitativas (voltadas à eficiência do procedimento) e qualitativas na solução de disputas, bem como ampliar a participação das partes em conflito. Já a ODR, contudo, parece ser mais voltada ao primeiro e ao terceiro objetivos, prescindindo em parte das melhoras qualitativas no processo.²⁰ Falhando no escopo de buscar melhoras qualitativas no procedimento, a ODR falharia no objetivo máximo de toda a lógica do sistema multiportas, que é a busca pelo acesso à justiça – entendido, como leciona KAZUO WATANABE, como acesso à ordem jurídica justa.

Os argumentos acima serviriam, teoricamente, para afastar a ODR da lógica do sistema multiportas e do desenvolvimento dos meios alternativos. Contudo, a tese não pode prosperar.

A uma, o aparente distanciamento do acesso à ordem jurídica justa é problema comum a todos os meios de solução de conflitos – inclusive o judicial.²¹ Principalmente no que tange aos meios consensuais, já houve severas críticas nesse sentido, porquanto a solução não adjudicatória privaria a sociedade da oportunidade que o Poder Judiciário tem de conferir racionalidade ao direito.²²

19. O debate já foi travado em doutrina internacional, em dois artigos cujas linhas de raciocínio são aqui seguidas: MENKEL-MEADOW, Carrie. Is ODR ADR? Reflections of na ADR Founder from the 15th ODR Conference, The Hague, The Netherlands, 22-23 May 2016. *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 3, n. 1, p. 4-7, 2016; RULE, Colin. Is ODR ADR? A response to Carrie Menkel-Meadow. *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 3, n. 1, p. 8-11, 2016).

20. MENKEL-MEADOW, Carrie. Is ODR ADR? Reflections of na ADR Founder from the 15th ODR Conference, The Hague, The Netherlands, 22-23 May 2016. *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 3, n. 1, p. 4-7, 2016.

21. CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, Bryant. Acesso à justiça, *passim*.

22. “A adjudicação utiliza recursos públicos e não emprega estranhos escolhidos pelas partes, mas agentes públicos escolhidos por um processo do qual o público participa.

A duas, a afirmação de que ODR não se volta ao aprimoramento da *qualidade* na solução dos conflitos pode (e deve) ser questionada quando fundada tão somente em experiências pessoais. Pode haver alguém que atue na mesma área e tenha impressões diversas.²³

A três, e principalmente, a ODR surge para *complementar* os meios alternativos, proporcionando *técnicas e ferramentas* que podem (ou não) ser usadas pelas partes e pelos terceiros neutros. Afinal, o processo eletrônico não mudou a natureza do processo; a aula por *Skype* não mudou a natureza do serviço prestado; o aplicativo que entrega refeições não mudou a natureza ou o sabor da comida antes retirada no *drive-thru* do estabelecimento.²⁴

ODR abrange duplicatas *online* dos meios alternativos clássicos, como a mediação *online*. Ela abrange, também, pequenas técnicas e ferramentas derivadas da tecnologia da informação, como uma simples videoconferência ou uma intimação por *Whatsapp*. E ela pode abranger um conjunto de técnicas inéditas, destinadas à resolução de um conflito determinado e específico, e que podem se assemelhar pouco ou quase nada com a dinâmica de um procedimento de mediação ou conciliação tradicional.²⁵

Esses agentes, como os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, possuem um poder que foi definido e conferido pelo direito público e não por ajuste privado. Seu trabalho não é maximizar os objetivos de particulares, nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande autoridade, como a Constituição e as leis: para interpretá-los e deles aproximar a realidade. Essa tarefa não é desempenhada quando as partes celebram um acordo” (Fiss, Owen. *Contra o acordo*, p. 139).

23. “Well, I cannot speak for everyone in the ODR field, but I have observed a broad-based commitment to improving the quality of resolutions achieved within the community of ODR practitioners” (RULE, Colin. *Is ODR ADR? A response to Carrie Menkel-Meadow*. *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 3, n. 1, p. 8-11, 2016).
24. “ODR and ADR are fundamentally the same thing. Doctors practice medicine. When they introduce technology into their work, they do not consider that a new field – it is still medicine. When psychologists provide counselling over a Skype videoconference they do not consider that a wholly new discipline – it is still psychology. I believe that dispute resolution processes administered through technology are a similar extension: adding tools to the dispute resolver’s toolbox, but not creating a fundamentally new activity. ODR does open new opportunities for dispute resolution, but essentially it is the same activity as ADR, just using different tools” (RULE, Colin. *Is ODR ADR? A response to Carrie Menkel-Meadow*. *International Journal on Online Dispute Resolution*, vol. 3, n. 1, p. 8-11, 2016).
25. Que é exatamente o objeto de estudo do design de sistemas de disputas: “os mecanismos de ODR fornecem uma nova porta, com o uso de tecnologias persuasivas, capaz

3. CUSTOS DE TRANSAÇÃO DO PROCESSO E A BUSCA POR SUA REDUÇÃO

3.1. Abordagem econômica do processo: o "mercado" de jurisdição

A análise econômica do direito (*Law & Economics*) trata da aplicação de princípios econômicos, como a racionalidade e a escassez, na intenção de explicar a conduta humana.²⁶ Sua justificativa reside na necessidade de prever, em certa medida, os efeitos de normas legais sobre os particulares, explicar essas normas legais ou, ainda, decidir quais normas legais devem existir.²⁷

Não há espaço, aqui, para legitimar a existência do *Law & Economics*, ou porque "mesmo com premissas conceituais tão distintas (*justiça como equidade* em confronto com a *justiça como eficiência*), há mais semelhanças entre Direito e Economia que divergências".²⁸ Basta, por ora, tomá-la como premissa e vislumbrar sua utilidade em "saber como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios e incentivos postos pelo sistema jurídico".²⁹ E, de forma um pouco mais específica, vislumbrar como o processo pode se beneficiar da análise de temas estudados pela análise econômica do direito.

No estudo do sistema multiportas, tem-se que um particular é (deveria ser) apresentado a várias alternativas teoricamente aptas a resolver seu conflito – cada uma dessas alternativas é uma *porta* que leva à solução da controvérsia.³⁰ Da mesma forma, após optar por determinada *porta*, a parte pode ser levada a uma antessala que, por sua vez, apresenta um outro conjunto de *portas*, cada

de gerar novas experiências para os consumidores e resolver problemas que os demais métodos consensuais não conseguem resolver" (FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos, p. 179).

26. VASCONCELOS, Ronaldo. Direito processual falimentar, p. 114.

27. FRIEDMAN, David. Law's order: what Economics has to do with Law and why it matters, p. 15.

28. VASCONCELOS, Ronaldo. Direito processual falimentar, p. 114.

29. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. Revista Direito GV, São Paulo, vol. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008.

30. LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. "Sistema multiportas": opções para tratamento de conflitos de forma adequada, in SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduarda Alves da (coord.). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias, p. 59.

uma levando a um meio diverso de solução da disputa.³¹ Vê-se, portanto, que a parte é obrigada a *fazer uma escolha racional* sobre qual meio será utilizado para resolver seu conflito, uma vez que são várias as alternativas.³² Vale dizer: a *demand* desse particular, além da acepção jurídica, comporta também a acepção econômica, porque encontra várias *ofertas* de meios de resolver a demanda (jurídica).³³

Assumindo que esse particular que tem um conflito intersubjetivo é um sujeito racional, ele escolherá a oferta de menor preço, o que corresponde aos *menores custos de transação incorridos para a resolução da disputa*.³⁴ Ao assumir, também, que o mercado da jurisdição *deve* ser competitivo – porque, independente do meio escolhido, a prestação jurisdicional (estatal ou privada, adjudicatória ou consensual) deverá ser *tão adequada quanto possível* – surge a conclusão de que qualquer dessas meios de solução de conflitos, dessas *ofertas*, buscarão todas as formas de *reduzir seus custos de transação* e oferecer, em razão disso, a tutela jurisdicional mais adequada e eficiente possível para o caso em apreço.³⁵

Nesse tocante, é essencial apontar que *custos de transação* são uma noção mais abrangente do que *custos do processo*. Enquanto estes consistem na “designação generalizada de todos os itens entre os quais se distribuem os recursos

31. *Idem*, p. 60.

32. “The fundamental assumption of the economic approach, to law and everything else, is that people are rational. A mugger is a mugger for the same reason I am an economist: Given his tastes, opportunities, and abilities, it is the most attractive profession open to him. What laws are passed, how they are interpreted and enforced, ultimately depend on what behavior is in the rational interest of legislators, judges, and police” (FRIEDMAN, David. *Law's order: what Economics has to do with Law and why it matters*, p. 8).

33. “A dinâmica da relação de oferta e procura pela prestação jurisdicional tem contornos semelhantes à da oferta e procura por produtos e serviços no mercado. A teoria microeconômica (e diversos casos práticos) indica que, nos mercados, a competição geralmente induz à redução dos preços” (PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. *A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor*. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 4, n. 1, p. 15-28, jan./jun. 2008, p. 21).

34. *Idem*, p. 22.

35. “Custos de transação (ARROW, 1969) são os custos para realização de intercâmbios econômicos. Todos os custos que o indivíduo incorre, em função dos relacionamentos que deve manter com os demais integrantes do sistema produtivo, podem ser chamados de custos de transação. Assim, os custos de transação compreendem todos os custos associados a procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidades)” (*Idem*, p. 19).

financeiros a serem despendidos no processo”,³⁶ aqueles são designação de *todos* os custos na relação intersubjetiva. É preciso considerar, também, o *tempo* da resolução do conflito enquanto custo de transação que influencia a escolha racional do método apto a resolvê-lo.³⁷ Um processo que se prolonga indefinidamente é atentatório ao acesso à Justiça, inclusive e principalmente se considerados os efeitos econômicos daí advindos.³⁸

Mas não apenas em “tempo” e “dinheiro” se resumem as preocupações da prestação jurisdicional. No caso concreto, muitos podem ser os fatores que fazem a parte pender para um ou outro método de solução de controvérsia: a especialização do julgador;³⁹ a necessidade de manutenção da comunicação e do relacionamento entre as partes;⁴⁰ a relevância de manter certas informações sob sigilo ou o interesse em tornar público o conflito,⁴¹ entre outros.

36. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. 2. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 633. No mesmo sentido: “Como não há condenação ao ressarcimento das despesas que não sejam decorrência direta e imediata da prática de um ato processual (custo do processo no sentido amplo), importa à disciplina do processo o sentido estrito do conceito, dividido em despesas processuais, e os honorários advocatícios” (VASCONCELOS, Ronaldo. Direito processual falimentar, p. 212).

37. “Il valore, que il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa” (CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo, p. 354).

38. “Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça, p. 20).

39. “Ao predicado da competência associa-se o da especialização do árbitro, da qual se espera que decorra sua maior capacidade de bem sentir e entender o litígio, as razões da controvérsia, os valores econômicos em jogo, as praxes vigentes no meio social ou empresarial em que o litígio se insere etc.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo, p. 30).

40. “A retomada da comunicação é a finalidade maior da mediação. Como abordado alhures, uma mediação bem-sucedida é aquela em que, promovida eficientemente a facilitação do diálogo pelo mediador e aparadas as arestas, as partes podem retomar a comunicação de forma adequada, passando a conduzir suas relações de forma consensual” (TARTUCE, Fernanda. Técnicas de mediação, in SILVA, Luciana Aboim M. G. (coord.). Mediação de conflitos, p. 44).

41. Cf. VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Arbitragem, insolvência e o dilema da publicidade. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 292, jun. 2019, no prelo.

Mas essa ou aquela vantagem não são aferíveis *a priori* na lógica do sistema multiportas, marcada, também, pela crescente flexibilização procedimental. Não é porque os meios extrajudiciais são frequentemente sigilosos que não se pode dar ampla publicidade a uma mediação ou ao resultado de uma arbitragem.⁴² Não é porque o processo judicial demanda um número muito maior de expedientes burocráticos (juntada de certidões, intimações etc.) que não podem as partes celebrar convenção processual para prescindir de parte deles.⁴³ Em qualquer porta do sistema multiportas, há espaço para o autorregramento da vontade, concretizado no grau de flexibilidade procedimental que a porta admita.⁴⁴ Sempre, como é certo, buscando lograr o acesso à ordem jurídica justa e a tutela jurisdicional mais adequada possível.

Em apertada conclusão, é essencial perceber que a utilização da ODR, entendida como *técnica* de resolução de conflitos, é útil a *todas* as portas do sistema multiportas: processo judicial, arbitragem, mediação, conciliação, *jury trials*, *ombudsmen* etc. E isso, justamente, porque *todos* os meios de solução de controvérsias devem objetivar a consecução da tutela jurisdicional mais adequada possível, que só será alcançada se houver algum grau de flexibilidade procedimental que permita sua adaptabilidade ao conflito que pretende resolver.

Cabe então, apontar – de forma apenas exemplificativa – algumas variáveis dos métodos de solução de conflitos cujos custos de transação podem diminuir ao se beneficiarem de mecanismos *online* e tecnologia da informação.

42. “A nosso ver, a confidencialidade não é inerente à arbitragem, pois não se pode falar, em abstrato, em imposição da confidencialidade ou seu afastamento, sem considerar as circunstâncias concretas de cada caso, que modulam a aplicação da boa-fé objetiva (arts. 113 c/c 111 do CC/2002) e, de resto, do direito civil, inclusive nas relações contratuais. Nada impede, portanto, que, diante de determinado caso concreto, o intérprete jurídico – como, por exemplo, o intérprete autêntico, o árbitro – analise se determinada arbitragem deve ser mantida sob o manto da confidencialidade, e conclua por fim, por afastá-la ou mesmo impô-la, ainda que à míngua de previsão contratual vigente e expressa ou, ainda, de disposição legal específica” (BASILIO, Ana Tereza; LINS, Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem; companhias abertas. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 49, p. 157-172, abr./jun. 2016).

43. CPC, art. 190: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

44. Inclusive na seara judicial: DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, in CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais, p. 19-26.

3.2. Variáveis do procedimento e redução dos custos de transação pela ODR

Uma disputa, na clássica formulação carneluttiana de “lide”,⁴⁵ consiste no conflito de interesses entre duas partes, A e B, qualificado por uma pretensão resistida. A elas, ainda com base em formulações clássicas, soma-se o terceiro julgador, que adjudicará a solução do caso.⁴⁶

Fato é que, na resolução do conflito, é comum que outras pessoas além das partes estejam envolvidas. Por certo, a figura do juiz e do árbitro são facilmente vislumbráveis, assim como o terceiro neutro dos meios consensuais (mediador e conciliador). Mas, além deles, são diversos os sujeitos processuais secundários, auxiliares da prestação jurisdicional: peritos, serventuários da justiça, tradutores, administradores etc. Esses sujeitos processuais, ao menos em alguma medida, devem ser remunerados por seu trabalho na solução da disputa.

Nesse contexto, é natural que a ODR apresente extrema relevância no que toca a diminuir os custos com sujeitos secundários. Exceção feita ao processo judicial (que requer tradução juramentada na hipótese de juntada de documento redigido em língua estrangeira),⁴⁷ os demais meios de solução de conflitos podem se beneficiar de tecnologias que permitam traduções fidedignas de documentos, de sítios eletrônicos, ou mesmo de conversações em tempo real.⁴⁸ A dinamicidade da comunicação *online* permite que as partes prescindam também dos sujeitos processuais que perfectibilizam os atos de comunicação processual, como o oficial de justiça no cumprimento do mandado ou o serventuário da justiça que junta aos autos as respectivas certidões.

45. “La litis, por tanto, puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal” (CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil, vol. 1, p. 28).

46. Como aponta o brocardo latino: “Iudicium est actum trium personarum, iudicis, actoris et rei”.

47. CPC: “Art. 192. Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa. Parágrafo único. O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser juntado aos autos quando acompanhado de versão para a língua portuguesa tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado”.

48. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/tecnologia/noticias/redacao/2019/01/08/sonho-virando-realidade-google-ira-traduzir-conversas-em-tempo-real.htm>>, acesso em 29 Abr. 2019.

De forma mais ousada, as partes podem prescindir até mesmo do *terceiro neutro* no processo de solução consensual da controvérsia. Ao menos em casos mais simples, é possível substituir o terceiro (mediador ou conciliador) pela própria inteligência artificial, que auxiliará as partes a identificar zonas de acordo possível.⁴⁹

Conforme visto, as partes podem abrir mão do auxílio dos sujeitos do processo que perfectibilizam atos de comunicação processual. Mas, mais do que isso, elas podem prescindir dos próprios atos de comunicação individualmente considerados.

Prescindir de intimações é algo perfeitamente admissível no processo judicial, a partir da cláusula geral de convenções processuais atípicas.⁵⁰ Nos meios extrajudiciais, mais informais, com ainda mais razão as partes podem deixar de lado essa exigência.

A utilidade das tecnologias de informação – que são, em si, ODR – é reconhecida pelo próprio CPC em seu art. 236, § 3º, segundo o qual “admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”. A experiência aponta que é grande o tempo gasto com a tramitação processual puramente burocrática – da juntada de petição até a conclusão dos autos, a expedição de cartas precatórias e rogatórias, as tentativas infrutíferas de citação e intimação – e qualquer medida que se proponha a remediar esse quadro é bem-vinda.

Veja-se, contudo, que esses pontos tratam do processo judicial, justamente por ser ele o mais burocrático e, por consequência, moroso. A ODR pode ser utilizada para dinamizar e acelerar (mais ainda) os meios extrajudiciais – em linha com os esforços iniciais da *online dispute resolution*, aliás.⁵¹

49. “As ODR has grown in use, the ADR model in which a human mediator alone manages the flow of information between the parties has gradually been supplanted by a model in which technology is looked at as a ‘Fourth Party’, something that can be of value in both online and offline disputes. The Fourth Party may, in less complex disputes (such as many eCommerce disputes), replace the human third party by helping the parties identify common interests and mutually acceptable outcomes” (KATSH, Ethan; RULE, Colin. What we know and need to know about online dispute resolution. *South Carolina Law Review*, vol. 67, p. 329-344, 2016).

50. CPC: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

51. “The earliest ODR efforts tried to bring the techniques and models of offline mediation and arbitration online, to allow human mediators and arbitrators to operate at a

Pensando mais à frente, a ODR pode diminuir os custos de transação com a comunicação porque permite prescindir do encontro presencial entre partes e terceiro neutro.⁵² Diminuem-se os custos de transação não apenas com a intimação das partes para uma audiência, mas com a própria realização da audiência, que não precisará ocupar um lugar físico, e para o qual as partes não precisarão se deslocar.

3.3. Argumentos de qualidade

Adiantou-se, na introdução do trabalho, que não apenas fatores como tempo e dinheiro são essenciais às partes na escolha do método mais adequado à solução da controvérsia. Por vezes, a motivação pode vir de uma circunstância muito específica do caso concretamente analisado, não necessariamente relacionada com os custos (financeiros ou temporais) do processo – ou seja, não necessariamente relacionada com os custos de transação da prestação jurisdicional. São, portanto, *argumentos de qualidade* na fundamentação da escolha por um meio ou outro.⁵³

É cediço que a jurisdição consensual preza pela *satisfação* das partes e pela *manutenção do relacionamento*, entre outros temas não mensuráveis economicamente.

distance. This took advantage of the network and the ability to communicate online cheaply and easily as well as, more recently, through video. The growth of the field can be expected to accelerate in the near future as more is built into the information-processing capabilities of machines” (KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. Digital Justice: introduction. International Journal on Online Dispute Resolution, vol. 3, n. 2, p. 102-124, 2016).

52. “The introduction of technology has served to lower many of the barriers associated with dispute resolution taking place at a physical location – costs, access, time and hassle. The elimination of a physical ‘place’ in which dispute resolution efforts take place also impacts the degree to which confidentiality can be attained, a development which in the short term could be viewed as a drawback that restricts the applicability and scope of ODR, but in the long term will, in all likelihood, prove to be less significant than some may think” (RABINOVICH-EINY, Orna; KATSH, Ethan. Digital Justice: reshaping boundaries in an online dispute resolution environment. International Journal of Online Dispute Resolution, vol. 1, n. 1, p. 5-36, 2014).
53. “No tocante àqueles argumentos, chamados de produção, considera-se qual mecanismo decisório produz um determinado resultado com menor dispêndio de recursos. [...] O segundo grupo, aqueles dos argumentos de qualidade, coloca a questão dos benefícios gerados por um dado mecanismo processual tendo em vista uma situação concreta. Nesse caso, é preciso investigar a superioridade dos variados resultados que um determinado mecanismo decisório produz” (SALLES, Carlos Alberto de. Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social, p. 50).

Uma análise pautada exclusivamente em custos de transação, portanto, pode se revelar bastante incompleta na prática, que deve levar em conta também os argumentos de qualidade.⁵⁴ Mas esses argumentos de qualidade são dados que integram a avaliação de um meio de solução de disputas, e essa avaliação é uma técnica que auxilia a compreensão da operação e dos efeitos de um sistema de resolução de disputas – inclusive os efeitos economicamente considerados, e aí inclusos os custos de transação.⁵⁵

Exemplarmente, a coleta de dados qualitativos serve para aferir o grau de satisfação das partes e, conseqüentemente, o risco de o conflito renascer e demandar uma nova solução. Certamente, a recalcitrância do conflito implica novos custos a serem suportados por ambas as partes, de forma que, nesse exemplo, a preocupação com a *satisfação das partes* é uma preocupação que, ainda que demande o dispêndio de alguns recursos, revela-se *economicamente eficiente*, porquanto previne as partes dos custos de um processo ulterior.⁵⁶

4. ODR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A busca por meios adequados de solução de controvérsias é comum aos mais diversos contextos, mas o presente tema da *online dispute resolution*, ora temperado pela análise econômica, ganha renovada importância quando se passa a relacioná-lo com o direito das empresas em crise e, mais especificamente, a recuperação judicial.

54. "Existem diferentes molduras e critérios para a avaliação de como uma disputa é resolvida. Ury, Brett e Goldberg (1993) propõem: (i) custos de transação; (ii) satisfação com resultados; (iii) efeitos no relacionamento e; (iv) reincidência da disputa. Constantino e Sickles-Merchant (1996) propõem: (i) eficiência (custo e tempo); (ii) efetividade (no resultado, relativa à durabilidade da resolução e ao impacto no ambiente); (iii) satisfação (com o processo, relacionamento e resultado). Susskind (1993), sugere: (i) justiça (percepção de legitimidade em substância e processo); (ii) eficiência, com relação ao processo, em termos de custo e tempo; com relação à substância, integração e captura de todo o valor possível pelas partes; (iv) estabilidade; (v) sabedoria, no sentido de se a decisão foi sábia, levando-se em conta o grau de informação que se tinha à época da resolução da disputa" (FALECK, Diego. Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos, p. 152).

55. *Idem*, p. 149-157.

56. A temática dos custos de qualidade não é nova no campo das ciências econômicas: BAUM, Marcos Sebastião; GRIESANG, Liliane. Começando a mensurar os custos da qualidade. XI Congresso Brasileiro de Custos, Porto Seguro, out. 2004.

O uso de meios alternativos na recuperação judicial não é tema propriamente novo – já foi, inclusive, tratado em oportunidades anteriores⁵⁷ –, mas sua real implementação ainda carece de soluções práticas e de uma mudança de cultura nos atores desse processo. Da mesma forma, também já se apontou a proximidade entre o direito falimentar e a análise econômica do direito⁵⁸ e, para fechar esse ciclo, torna-se oportuna a análise econômica da ODR aplicada à lógica da recuperação judicial.

Nesse sentido, a utilização das tecnologias mais recentes só tem a contribuir com a consecução daquele que é o objetivo esperado da recuperação judicial, qual seja, a aprovação do plano da devedora. Na fase de negociação do plano – que é, por excelência, um momento *consensual* no bojo do processo judicial – cabem diversas técnicas já existentes no universo da ODR: (i) a utilização da inteligência artificial para identificar zonas de interesse comum (o “Fourth Party” do meio consensual);⁵⁹ (ii) o uso de *mediation rooms* para viabilizar a participação de credores de localidades distantes;⁶⁰ (iii) o mapeamento prévio das partes através de ferramentas de *blind bidding*, possibilitando à devedora a elaboração de um plano mais consentâneo com as

57. Cf. VASCONCELOS, Ronaldo. A mediação na recuperação judicial: compatibilidade entre as Leis n. 11.101/05, 13.105/15 e 13.140/15, in CEREZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). Dez anos da Lei n. 11.101/2005: estudos sobre a Lei de Recuperação e Falência. São Paulo: Almedina, 2015, p. 453-469. VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Consensualidade no processo concursal. A insolvência, São Paulo: IBAJUD, v. 1, p. 78-79, 2018. VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins; HANESAKA, Thaís D'Angelo da Silva. Financiamento de terceiros e arbitragem no processo concursal. Revista Brasileira de Arbitragem, São Paulo, v. 16, n. 61, p. 36-62, jan./mar. 2019. LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações gerais sobre a arbitragem na recuperação judicial. Revista de arbitragem e mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 61, p. 141-164, abr./jun. 2019.

58. “A denominada ‘nova disciplina jurídica das empresas em crise’ tem tudo a ver com a evolução da teoria de ‘Law & Economics’, principalmente quando se questiona a validade ou não da determinação no sentido da necessidade de eliminação de um denominado ramo seco da economia” (VASCONCELOS, Ronaldo. Direito processual falimentar, p. 114-115).

59. A plataforma Zeyo, por exemplo, oferece um serviço semelhante ao aqui imaginado. Disponível em: <<https://knowledge.zeyo.co/online-dispute-resolution-the-ideal-fourth-party>>, acesso em 29 Abr. 2019.

60. No Brasil, a MOL – Mediação Online já presta esse serviço. Disponível em: <<https://www.mediacaoonline.com/>>, acesso em 29 Abr. 2019.

expectativas dos credores;⁶¹ (iv) a negociação *online* com titulares de créditos menores,⁶² entre outras.

5. CONCLUSÃO

A resolução de conflitos para o Direito, hoje, passa pela noção de sistema multiportas, que consiste no dever de fornecer ao jurisdicionado diversas alternativas aptas a prover uma solução para sua controvérsia – várias “portas de saída” do conflito. Nesse quadro, é essencial que todos os meios de solução de conflitos – o processo judicial, a arbitragem, os meios consensuais – estejam comprometidos com a busca por uma tutela jurisdicional adequada e eficiente.

A partir disso, é possível analisar a eficiência do processo e da prestação jurisdicional por uma análise econômica, a partir do objetivo de diminuir os custos de transação do processo como forma de aumentar a eficiência do sistema multiportas. Dentro dessa lógica se insere a *online dispute resolution*, conjunto de técnicas de tecnologia da informação voltadas a aprimorar os meios tradicionais de solução de controvérsias (ou mesmo criar novos meios).

A ODR é extremamente relevante sob a perspectiva econômica do processo, visto que contribui largamente para a redução dos custos de transação – o que, em grande medida, torna o meio escolhido pelas partes (ainda) mais adequado à solução de sua controvérsia.

Por fim, em que pese a utilização principal da ODR ocorrer em causas menores e relativas ao comércio eletrônico, é possível vislumbrar sua utilidade, também, em conflitos vultosos e multifacetados, como o da recuperação judicial, que também pode, adequadamente, receber uma análise econômica e reduzir os custos de transação por meio de tecnologias *online* de solução de disputas.

61. Por esse mecanismo, as partes informam, confidencialmente, as condições que estão dispostas a aceitar para chegar a um acordo, como percentuais de deságio, formas de parcelamento, divisão de unidades produtivas e outras possibilidades. Entre outros, disponível em: <<http://www.cybersettle.com/>>, acesso em 29 Abr. 2019.

62. Na recuperação judicial da empresa de telefonia Oi, abriu-se um sítio eletrônico destinado à composição entre credores e devedoras para a definição do valor dos créditos detidos pelos que ingressaram com habilitações e impugnações de crédito. Disponível em: <<https://www.credor.oi.com.br/>>, acesso em 29 Abr. 2019.