

**RELAÇÕES ENTRE A ARQUITETURA DE ESCOLHAS DAS PLATAFORMAS
DE RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS *ONLINE* E A VULNERABILIDADE DAS
PARTES AUTORREPRESENTADAS¹⁻²**

***RELATION BETWEEN THE CHOICE ARCHITECTURE OF ONLINE DISPUTE
RESOLUTION PLATFORMS AND THE VULNERABILITY IN SELF-
REPRESENTED LITIGATION***

Paula Ferreira Bovo

Graduada na Universidade Estadual de Londrina (UEL),
especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo
Instituto de Direito Constitucional e Cidadania
(IDCC/Londrina), pós-graduanda — especialização — em
Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais (PUC-MG) e mestre em Direito Processual pela
Universidade de Coimbra/Portugal. Advogada, juíza leiga no
1º Juizado da Fazenda Pública de Londrina/PR. Londrina/PR.
E-mail: paulabovo@hotmail.com

RESUMO: O estudo aborda as plataformas *online* de resolução de litígios e sua tendência em permitir a litigância autorrepresentada, trazendo preocupações concernentes à vulnerabilidade das partes. Para tanto, anota pontos em casos de *jus postulandi* já permitidos, bem como indica consequências negativas, inclusive sociais, na ode à celebração de acordos fundada unicamente na baixa de acervo do Poder Judiciário. Por último, relaciona a arquitetura de escolhas — modo de apresentação das informações em ambientes decisoriais — com os sistemas cerebrais de tomadas de decisões, retratando a importância para atenuar ou potencializar a vulnerabilidade inerente à autorrepresentação.

PALAVRAS-CHAVE: *Nudge*. Advogado. Acordo. Tecnologia. *Jus Postulandi*.

¹ Artigo recebido em 26/02/2021 e aprovado em 12/04/2021.

² Artigo elaborado e aprovado no âmbito do Grupo de Estudos Avançados em Processo – GEAP – da Fundação Arcadas, ano de 2020, com adaptações posteriores para adequação às diretrizes autorais da REDP.

ABSTRACT: This research approaches the online dispute resolution platforms and their tendency to allow self-represented litigation, and it brings some concerns about vulnerability of the parties involved in this kind of processes. For doing this, the paper presents points of parties' vulnerability in *jus postulandi* cases that are already permitted, and it also indicates negative consequences (including social consequences) of the idolatry of agreements culture only based on decreasing the quantity of processes at Judicial System. At the end, it relates the choice architecture (the design of different ways in which choices can be presented) with cerebral human systems of decision-making, showing its power to reduce or emphasize the vulnerability inherent in self-represented litigation.

KEYWORDS: Nudge. Lawyer. Agreement. Technology. *Jus Postulandi*.

Introdução

Vivenciamos uma revolução tecnológica, isso é um fato. Essa circunstância repercute e traz mudanças em todas as searas da vida, abarcando também o Direito, já que é uma ciência social aplicada. Em termos de processo, fala-se em verdadeira virada tecnológica, pois a forma e a velocidade com que os conflitos eclodem nos exigem alteração no modo de pensar, não bastando somente transpor conceitos do mundo *offline* para o *online*.

Na tentativa de lidar com esses conflitos relacionados à era da tecnologia, surgem e se replicam os meios *online* para resolução, os *Online Dispute Resolution* — ODR, que se utilizam de plataformas para solucionar as demandas. A relação dessas plataformas com a parte leiga autorrepresentada — aquela sem auxílio de um profissional técnico (o advogado) — é justamente o objeto do presente estudo, já que averigua se a interação desse litigante com os ODR pode levantar questões sobre sua vulnerabilidade.

Para tanto, após traçarmos algumas notas sobre os sistemas *online* para resolução dos litígios, verificaremos as situações de vulnerabilidade já encontradas pela doutrina em casos de autorrepresentação nos processos “comuns” (aqui referindo-se àqueles que não fazem uso dos ODR), procurando demonstrar as consequências da litigância nessas condições, fazendo

também uma investigação sobre a qualidade dos acordos e os efeitos para a parte leiga envolvida e para a própria sociedade.

Por último, partiremos para o campo específico (os processos que usam dos ODR para resolução de conflito), verificando possíveis potencializadores da vulnerabilidade inerente ao leigo, isto é, checando se a maneira como são desenhadas as plataformas de resolução de conflitos *online*, sobretudo na sua arquitetura de escolhas (o modo como as opções são expostas em ambientes de tomada de decisões), pode tornar um vulnerável ainda mais vulnerável, especialmente considerando os vieses e heurísticas do pensamento.

Em síntese, buscaremos demonstrar a vulnerabilidade inerente à autorrepresentação, expor as consequências de acordos firmados nessa condição e responder se a arquitetura de escolhas das plataformas de ODR tem o condão de aumentar o déficit informacional da parte autorrepresentada ou mesmo de reduzir a autonomia para tomada de decisões.

1. Notas sobre os sistemas *online* para resolução dos litígios e a tendência em permitir a litigância autorrepresentada

É imperioso iniciarmos o estudo discorrendo de forma breve sobre os meios de resolução de disputas *online*, os *Online Dispute Resolution*, doravante ODR, sem, todavia, termos a pretensão de conceituá-los, pois, além de não ser o objetivo do trabalho, entendemos que qualquer conceituação do instituto é provisória, já que os ODR estão relacionados aos impactos das tecnologias nos métodos de resolução de conflitos, de forma que sempre que a tecnologia se aprimora há influência na concepção de ODR³, tornando-a dinâmica.

Richard Susskind, que é uma das grandes referências quando o tema é Corte *Online*, explica que o termo ODR tem sido mencionado tanto de uma maneira ampla — abrangendo todas as formas de resolução de conflitos *online*, inclusive as cortes públicas —, quanto de uma maneira mais reduzida — limitando-se aos meios “alternativos” de resolução de conflitos ocorridos virtualmente, deixando aos meios públicos a nomenclatura Cortes

³ NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. O uso da tecnologia na prevenção efetiva dos conflitos: possibilidades de interação entre *online dispute resolution*, *dispute system design* e sistema público de justiça. In: *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Org. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart. 2ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 125.

Online. O autor prefere que os termos sejam considerados separadamente, havendo nome próprio para a justiça pública e para os meios de resolução em que não há obrigatoriedade (no sentido de imposição) da decisão.⁴

Apesar da respeitável opinião do professor, como o foco do presente trabalho não é trazer uma delimitação criteriosa e classificatória de como os conflitos podem ser tratados digitalmente, optamos por considerar ODR de uma forma mais ampla, como adotado por alguns estudiosos no Brasil, por exemplo, Dierle Nunes, que discorre que “a resolução de disputas *online* é o uso da tecnologia da informação e comunicação para resolver disputas⁵, acrescentando que nela está abrangida uma série de ferramentas e mecanismos diferentes dos processos *offline*, além de incluídos pontos como arquivamento eletrônico e gerenciamento de fluxo de casos, negociação automatizada e assistida, meios alternativos de resolução de litígios (mas *online*) e processos judiciais e tomada de decisão assistida utilizando algoritmos.

Partindo dessa abordagem ampla, trataremos ODR como “a aplicação da tecnologia da informação e das comunicações à prevenção, gerenciamento e resolução de disputas”⁶, e destacamos que seu estudo deve ser sempre realizado sem uma abordagem simplista, isto é, sem tentar resumir a tecnologia no processo como unicamente a transposição do que já há em meio físico para o meio virtual; pelo contrário, a compreensão de ODR deve vir acompanhada do fato de que há uma verdadeira virada ou revolução tecnológica, o que demanda a releitura de institutos e técnicas processuais.⁷

Não tentaremos, então, enquadrar ODR em alguma moldura já existente e conhecida de qualquer meio de resolução de disputas (como mediação, arbitragem ou conciliação, por exemplo), não obstante o fato de que, a depender do caso concreto e da plataforma utilizada, é possível o uso nos ODR de técnicas já aplicadas e usadas nesses meios hoje denominados. Por conseguinte, ressaltamos que o que não queremos aqui é limitar ODR a um parâmetro pré-formulado em épocas em que nem os modos de conflitos nem as tecnologias eram os

⁴ SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of the justice*. Oxford University Press, 2019, pp. 61-62.

⁵ NULES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? *In: Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Org. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart. 2ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 19.

⁶ NUNES, *Virada...* op. cit., p. 36.

⁷ *Ibid.*, p. 19.

mesmos de agora, e que há uma potencialidade de variações que precisam ser consideradas, obviamente dentro dos limites constitucionais e basilares do processo civil.

Deste modo, em se tratando de resolução da disputa em si, para o presente trabalho consideraremos ODR a situação resolvida (ou a situação que se tenta resolver) com uso de tecnologia, tanto pela justiça pública quanto por sistemas privados.

Sendo ODR os meios digitais para resolução ou contenção de conflitos, há um fator sobre o instituto que é bastante relevante e que precisa ser destacado, já que diretamente ligado ao objetivo deste estudo, que é a tendência de permitir e incentivar que as partes resolvam seus litígios de forma autorrepresentada, ou seja, sem necessidade de advogados, até mesmo nas cortes públicas.

Na proposta de Susskind para as cortes públicas *online*, sugere-se que elas tenham três etapas ou camadas. A primeira delas facilita à parte autoassistida a avaliação de seu caso a partir de uma perspectiva jurídica, e o sistema da corte auxilia a pessoa a transformar sua queixa em um problema juridicamente analisável, o que pode ser feito por meio do uso de linguagem simples e *design* apropriado — essa etapa seria uma espécie de prevenção de disputa, já que permitiria que casos não “judiciáveis” tivessem esse diagnóstico anteriormente à eclosão do conflito (pois eventualmente partes que saibam que têm pouca chance de sucesso podem ser persuadidas a não continuarem no litígio).⁸ A segunda delas envolve a participação de um terceiro, o “oficial do caso”, que não é um juiz, e cuja função é primordialmente ajudar em um acordo entre as partes, fase essa que seria uma contenção da disputa, também passível de uso por pessoa sem advogado. A terceira é o julgamento *online*, feito por um juiz, quando o caso tenha passado das demais fases sem uma solução.⁹

Assim, temos que até as cortes públicas propriamente ditas, quando *online*, vêm sendo muito estudadas e projetadas para permitir que o usuário se autorrepresente. A tendência fica bastante clara ao observarmos países que já têm órgãos jurisdicionais no molde ODR. A estrutura proposta por Susskind, com a possibilidade de autorrepresentação e fases iniciais de tratativas, é justamente a existente em algumas das *Online Civil Court*

⁸ Há discussão sobre essa fase poder violar questões constitucionais ou ultrapassar o limite de atuação do Judiciário, já que traz um diagnóstico prévio (uma espécie de consulta orientada pelo Judiciário), conforme: SUSSKIND, *Online courts...* op. cit., pp. 127-133.

⁹ SUSSKIND, *Online courts...* op. cit., pp.121-152.

(OSC) na Inglaterra e no País de Gales (por exemplo, a *Money Claim Online* - MCOL)¹⁰, na Corte *Online* de British Columbia, no Canadá¹¹ (em que a parte pode se autorrepresentar e a comunicação assíncrona entre as partes para a tentativa de acordo acontece antes da opção da facilitação por um terceiro), e também na plataforma Matterhorn¹² (usada em Michigan, Ohio, Arkansas e Utah).

Em termos privados, considerando que as plataformas são um meio não público que normalmente não se submetem à regulamentação processual, elas se assemelham mais a mecanismos de negociações, como o caso clássico do sistema interno do *Ebay*, que resolve mais de 60 disputas por ano¹³ e que permite aos usuários sua própria representação, ou mesmo o do Mercado Livre, que também o autoriza, e que recebeu o prêmio “Conciliar é Legal” do Conselho Nacional de Justiça em 2017.

Quanto ao Brasil, em termos públicos, podemos citar a plataforma Consumidor.gov.br, que não é exatamente uma corte *online*, todavia também não é uma plataforma privada. É um local digital, em que consumidores e fornecedores podem tentar solucionar um problema, com possibilidade de autorrepresentação. Além disso, em 2 de dezembro de 2020, o CNJ editou a Resolução nº 358/2020, estabelecendo que os tribunais terão prazo de 18 meses para disponibilizar sistema informatizado para resolução de conflitos por meio de conciliação e mediação, o que permitirá o cadastro também de casos extrajudiciais, sendo que a Resolução recomenda ainda que seja permitida negociação com troca de mensagens entre as partes, de forma assíncrona ou síncrona. Ou seja, a previsão é que o Sistema Público também permita uma autorrepresentação em parte dos casos.

Essas medidas, além de ligadas ao próprio desenvolvimento da tecnologia, vêm muitas vezes mencionadas como uma “nova onda” do acesso à justiça¹⁴, especialmente com três argumentos. O primeiro deles aduz que o número de processos em trâmite, bem como o tempo para julgamento das demandas, aponta que o Poder Judiciário está sem condições —

¹⁰<https://www.moneyclaim.gov.uk/web/mcol/welcome#:~:text=The%20Money%20Claim%20Online%20Helppdesk,%40justice.gov.uk>. Acesso em 05/04/2021.

¹¹ <https://justice.gov.bc.ca/cso/index.do>. Acesso em 05/04/2021.

¹² <https://getmatterhorn.com/>. Acesso em 05/04/2021.

¹³ CORTÉS, Pablo. *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. In: *Routledge Research in IT and E-commerce Law*, Routledge, Taylor & Francis Group, Londres, 2011, p. 295.

¹⁴ BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno. Acesso à justiça para além de Cappelletti e Garth: a resolução de disputas na era digital e o papel dos métodos *online* de resolução de conflito (ODR) na mitigação da crise da justiça no Brasil. In: *Direito, Processo e Tecnologia*. Coord. Erik Navarro Wolkart et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 205-219.

financeiras, técnicas e de pessoal — de julgar com qualidade tudo o que lhe é levado¹⁵, e mais, de efetivar a decisão proferida, de forma que o seu desafogamento colabora para que as lides que cheguem sejam resolvidas com efetividade, logo concretizando o acesso à justiça das partes que optam pelo Poder Judiciário. O segundo deles relaciona-se com o fato de o acesso à justiça não mais ser entendido como acesso ao Poder Judiciário, mas sim como acesso a uma tutela jurídica justa, que pode advir de qualquer meio, até mesmo de ODR não jurisdicional.¹⁶ O último pontua que os ODR são meios teoricamente mais adequados para resolverem conflitos que — em uma era digital — surgem em números maiores e de maneira mais rápida.

Vimos, então, que há uma tendência em permitir que os usuários dos ODR se autorrepresentem, mesmo nas cortes públicas, mas também que há menção de relações entre os ODR e o acesso à justiça, o que nos faz questionar se essas premissas se coadunam, ou seja, se o incentivo à autorrepresentação sempre concretizará o acesso a uma tutela justa, ou se não pode acabar sendo (mais) um modo de potencializar a vulnerabilidade da parte com déficit informacional e técnico.

Assim, para tentar buscar resposta ao nosso questionamento, faremos primeiro algumas notas sobre pontos já observados pela doutrina processual acerca da vulnerabilidade das partes autorrepresentadas em processos *offline* (aqui no sentido de processos não totalmente digitais), para posteriormente verificarmos como, em termos de *design* de plataforma ODR, essa vulnerabilidade poderia ser potencializada ou reduzida.

2. Considerações sobre a vulnerabilidade da parte autorrepresentada e os acordos por ela celebrados

Como explicitado acima, há entusiasmo com a possibilidade de autorrepresentação das partes nos ODR, além de haver destaque ao seu potencial de alto número de celebração

¹⁵ Em razão do abarrotamento do Poder Judiciário, Erik Navarro Wolkart usou o termo “tragédia da Justiça” para definir a conjectura em que nos encontramos, em analogia à parábola da microeconomia que ilustra como os recursos comuns tendem a serem explorados mais do que o nível desejado do ponto de vista social, ocasionando uma tendência de esgotamento (o que configura a tragédia). WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 87.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, pp. 19-30.

de acordos, motivo pelo qual são necessárias algumas notas sobre eles, notadamente aqueles realizados sem advogado.

Nosso sistema jurisdicional já permite que as partes litiguem sem advogado — que exerçam o *jus postulandi* — em algumas situações, como nos Juizados Especiais Cíveis em causas de até 20 salários mínimos¹⁷, em causas trabalhistas¹⁸ e em ação de alimentos¹⁹, permissão que não é vista sem preocupações pela doutrina, já que contamos com um sistema jurídico de alta complexidade para o leigo (no mais das vezes nem mesmo é dominado pelos próprios operadores do direito) e com linguajar bastante técnico.

As preocupações não são desprovidas de sentidos e ultrapassam o campo da mera conjectura, já que há pesquisas jurimétricas sobre a situação das partes sem advogado, entre as quais citamos aqui a realizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, através da subseção do Paraná.²⁰ No estudo foram investigadas ações da mesma espécie, 1.050 delas (51,29%) em *jus postulandi* e 997 (48,71%) com representação por advogado, em que os resultados nos despertam atenção: a) a maioria dos consumidores autorrepresentados e que foram sujeitos a cobranças abusivas fizeram pedidos abrangendo menos direitos do que a legislação lhes dá, por exemplo, pedidos de repetição simples do indébito (enquanto nos casos semelhantes os representados por advogado fizeram pedido de repetição em dobro), mostrando que, em regra, o consumidor desconhece o artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor; b) consumidores em *jus postulandi* deixaram muitas vezes de pedir a declaração de inexigibilidade da dívida e a baixa da inscrição indevida no SPC; c) as condenações em processos sem advogado são menores, podendo denotar eventual falha técnica de adequação do pedido à extensão do dano; d) os acordos firmados com a presença de advogado resultaram em valores até 78% maiores do que os acordos firmados diretamente pela parte; e) há empresas que só realizam acordos em processos patrocinados por advogados.

Todos esses dados nos levam a crer que o consumidor sem assistência jurídica, quando comparado ao consumidor assistido, é muito menos informado sobre a extensão de

¹⁷ Art. 9º da Lei nº 9.099/1995.

¹⁸ Art. 791 do Decreto-Lei nº 5.452/1953 — Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁹ Art. 2º da Lei nº 5.478/1968.

²⁰ Ordem Dos Advogados Do Brasil – Paraná. *Acesso à justiça e defesa do consumidor: a importância do advogado nos Juizados Especiais*. Org. Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira, Fábio Vieira da Silva, João Alberto Nieckares e Luciana Pedroso Xavier. Curitiba: OAB/PR, 2015 (Coleção Comissões, v. 21).

seus direitos e sua margem de negociação com a outra parte, isto é, na maioria das vezes, não detém conhecimento do que o ordenamento jurídico lhe garante, ficando sem um real poder de barganha com a empresa. Por esta razão, devemos estar atentos às situações de *jus postulandi*, e apesar da pesquisa citada ser somente relativa aos litígios de consumo, a atenção ao jurisdicionado autorrepresentado deve permanecer em todas as vezes que o sistema permitir esse modo de litigância.

Serau Júnior nos apresenta informações bastante preciosas sobre os acordos prejudiciais em um ramo diverso de consumo: o previdenciário. No direito previdenciário, igualmente se vislumbra uma assimetria entre os envolvidos, também em relação à defesa técnica, já que de um lado há autarquias com grande acervo de processo no Judiciário (os chamados *repeat players*) e com corpo jurídico especializado, enquanto do outro lado há o segurado, que na maior parte dos casos nunca litigou perante o Poder Judiciário e não necessariamente contará com representação processual de advogado especializado. O autor coloca que a autarquia previdenciária federal somente formula acordo quando é cristalino o direito estampado na pretensão, ou seja, quando já existe inequívoco entendimento de que a demanda será procedente, de forma que não há nesses casos uma concessão recíproca, o que é pressuposto de uma conciliação, mas sim soluções em que o risco marginal (o prejuízo) recai unilateralmente sobre o lado do segurado, em que o INSS nada perde, usando o autor da expressão “mercado de descontos de direitos cancelado pelo Poder Judiciário”.²¹

Temos que a parte autorrepresentada está na situação mencionada de déficit informacional, o que pode levar a um “mau” acordo. Somando-se ao déficit informacional, muitas vezes a parte mais vulnerável pode ter urgência — por não gozar do privilégio de manter-se financeiramente confortável em anos de processo — e acabar aceitando acordo prejudicial²².

3. Os desdobramentos de um “mau” acordo

²¹ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Conciliação nas ações previdenciárias. *In: Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 123, ago./2014, pp. 129-133, pp. 130-131.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, pp. 20-21.

A falta de condições financeiras para aguardar o fim do processo pode afetar também partes representadas por advogado, todavia acreditamos que na autorrepresentação a condição é potencializada, já que ausente profissional com conhecimento técnico acerca de tutelas provisórias, de *astreintes*, de meios coercitivos para execução etc.

Relacionando-se com a autorrepresentação, mas indo além dela, há uma nota que deve ser feita, que é a necessidade de verificar se a cultura do “acordo por acordo” ou do “acordo unicamente para desafogar o Judiciário” é realmente benéfica em termos de justiça, tanto para a própria parte envolvida quanto para a sociedade.

A inquietude surge porque o Judiciário exerce um papel além do caso concreto, e por isso fala-se inclusive em ações socialmente desejáveis²³, isto é, situações em que a sociedade ganharia se os lesados buscassem o Poder Judiciário, pois os causadores de danos reiterados, se reiteradamente condenados em valor considerável, sentir-se-iam compelidos a corrigir as falhas antes de elas gerarem danos.²⁴

Nesse sentido da importância das decisões do Judiciário transcender o caso concreto, podemos exemplificar com o estudo feito por Cassio Mondenessi Barbosa e Daniel Nagao Menezes, com apoio da Mackpesquisa – Fundo Mackenzie de Pesquisa²⁵, em que os autores analisaram processos da 3ª Vara do Foro Regional de Vila Mimososa, Comarca de Campinas, durante certo período, relativos a casos em que houve cadastro fraudulento de consumidores em empresas de telefonia e contratações de serviços (o verdadeiro consumidor teve seu nome usado por terceiro), com posterior inscrição indevida em órgãos de restrição ao crédito. A pesquisa percebeu que em todos os casos a defesa não trazia prova da abertura da conta/cadastro pelo consumidor (até porque não havia), limitando-se a alegar fato de terceiro e tentar eximir-se da responsabilidade. O estudo notou ainda que as condenações não lograram êxito em seu sentido pedagógico punitivo: as empresas continuaram praticando a conduta, o que fez crer que os valores indenizatórios eram demasiado baixos para ensejarem alguma mudança de postura. Desta forma, o estudo concluiu que as indenizações de baixo valor têm caráter meramente simbólico, sem quaisquer reflexos sancionatórios, não trazendo consequências socioeconômicas relevantes, de modo que a decisão judicial assume um papel

²³ WOLKART, *Análise... op. cit.*, pp. 317-319.

²⁴ Com isso não queremos dizer que o Judiciário ou o juiz (no papel de representante de parcela deste Poder estatal) tem o poder de combater as mencionadas falhas, até porque essa não é a função do Estado Juiz, mas sim expor que as decisões oriundas do Judiciário têm reflexos muito além do caso concreto.

²⁵ MONDENESI BARBOSA, Cássio. NAGAO MENEZES, Daniel. Jurimetria - Análise da Ineficácia do Poder Judiciário na Proteção do Consumidor. *In: Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 08, nº 27, pp. 64-79, abr./jun. 2014.

formal de caráter lógico-retórico, e enxerga algo que é abstrato como sendo concreto, restando alienada da realidade sobre a qual deveria atuar de maneira eficaz.²⁶

O Judiciário, ante suas características, acaba sendo um balizador das condutas de *repeat players*, já que, ao menos por enquanto, é o único órgão dotado de poder de coisa julgada (também em relação aos acordos homologados). Ou seja, é dele que pode advir quantidade massiva de julgados (ou de acordos homologados) que seja suficientemente forte para alterar condutas danosas rotineiramente repetidas e praticadas por esses *players*, e é dele que, mediante estudos jurimétricos, podemos obter informações sobre partes da legislação que estão com pouca ou nenhuma eficácia social (o que poderia influenciar condutas do Legislativo para reforçar a eficácia ou para repensar o texto legal).

Um exemplo bastante relevante sobre como a ausência de demandas ou de acordos justos direciona a conduta de uma empresa é o famoso caso do Ford Pinto, ocorrido durante os anos 1970, em que o tanque do combustível tinha chances grandes de explodir caso houvesse colisão traseira. Mais de quinhentas pessoas faleceram quando seus automóveis Ford Pinto explodiram, além de outras várias terem sofrido queimadura. Em processo judicial, veio a conhecimento público que os engenheiros da Ford sabiam que o tanque de gasolina, da maneira como era, representava um perigo, mas os executivos da empresa fizeram estudos e perceberam que o benefício de consertar todas as unidades (traduzidos em vidas salvas e ferimentos evitados) não compensavam o custo de 11 dólares por carro para tornar os veículos mais seguros. Assim, a Ford fez estimativa de que, em um ano, 180 mortes poderiam ocorrer, bem como 180 queimaduras poderiam existir, sem que nenhuma mudança fosse feita: atribuiu um valor monetário de 200 mil dólares por vida perdida e de 67 mil dólares por queimadura, somou tal número ao preço dos carros queimados, notando que o “benefício” de melhorar os carros seria de 49,5 milhões de dólares, enquanto equipar de forma mais segura todos os veículos custaria 137,5 milhões de dólares, tendo optado assim por manter a falha.²⁷ Ou seja, para avaliar se mudaria sua conduta danosa e se tomaria medida para impedir mortes e/ou queimaduras, a empresa levou em conta unicamente o prejuízo financeiro para *reparar* o dano, o que nos faz questionar se, caso as condenações relativas

²⁶ *Ibid.*, p. 71.

²⁷ *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 174 Cal. Reporter 348 (Cal. Ct., App. 1981), citado em: SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 30ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 58.

aos danos superassem o custo de prevenção, será que a opção não teria sido por esta última? Isso é uma amostra de como a maneira e a qualidade (também em termos de valores) da resolução dos litígios podem trazer impactos estrondosos na sociedade, bastante além do caso concreto envolvido.

4. A necessidade de “bons” acordos, o respeito à autonomia e os acordos em ODR

Conjugando os tópicos anteriores, podemos dizer que, não obstante um acordo ser celebrável no sentido de ter uma situação sido resolvida, devemos questionar se a parte realmente sabia dos direitos que tinha e, ainda, se o acordo foi realmente desejável em termos de estrutura social ou se não alimentou um ciclo e uma cultura de não prevenção de danos (já que não há obrigatoriedade, nem mediante acordo, da devida — no sentido de realmente adequada à extensão desse dano — reparação posterior).

Não estamos aqui sendo contra a cultura de acordos, o que se deseja é que eles sejam celebrados com autonomia e com justiça.

Quanto à justiça, seu conceito é mais abstrato e deixamos aqui, apenas por recorte metodológico, limitada à ideia de os acordos não produzirem uma cultura de reparação ínfima de danos e não serem cessão unilateral de direitos (geralmente do vulnerável).

Já quanto à autonomia, ligando-se ao tópico anterior, ela só será real se a parte dispuser de informação, o que é mais preocupante quando falamos da parte autorrepresentada: se soubesse que seu direito é muito maior do que está sendo ofertado, será que aceitaria o acordo da mesma maneira? Por exemplo, a parte tem como dimensionar o dano advindo de uma inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito? Tem como entender, em um caso em que foi empregada²⁸ sem registro, as repercussões de um acordo trabalhista em que há mero pagamento de verba a título indenizatório, sem reconhecimento do vínculo empregatício? Consegue avaliar e comparar modalidades de aposentadoria e os reflexos dessa escolha? Se for a parte mais vulnerável de um relacionamento conjugal e a que dele precise sair com mais urgência, averiguar as consequências de renunciar a grande parte de seus bens na partilha? De compreender se praticou realmente um fato gerador de

²⁸ Ou seja, foi empregada por ter os pressupostos da relação de emprego satisfeitos: pessoalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade.

um tributo e assumir a obrigação tributária, com todos os privilégios existentes na cobrança desse crédito? De analisar se foi de fato causador de um acidente e todas as eventuais consequências da assunção da responsabilidade, inclusive noutros processos que não o que está em *jus postulandi*? Dos danos a longo prazo pelo consumo de produto nocivo? Se para quaisquer dessas indagações a resposta for um “sim bem informado”, e se com real discernimento a parte aceita um acordo, então a autonomia pode estar satisfeita.

Desse modo, conjugamos aqui dois problemas. O primeiro deles é que um acordo só para colaborar com a “baixa” do acervo do Judiciário não necessariamente será uma saída justa. O segundo aponta que, em se tratando de autorrepresentação, é maior a chance de pseudo acordos, isto é, aqueles em que não há consentimento genuíno e informado²⁹, e devemos sempre agir para atenuar essa possibilidade.

Apesar das inquietações, nos casos autorizados de autorrepresentação da parte perante o Poder Judiciário há um fator “amenizador” de vulnerabilidades, a figura do magistrado, que ao menos em tese atua como concretizador dos ideais de justa composição, e que conta com entendimentos favoráveis para se recusar a homologar acordos demasiadamente prejudiciais a uma das partes envolvidas.³⁰ Também em termos de Judiciário, em se tratando de *jus postulandi* nos Juizados Especiais, há como vislumbrar um dever do magistrado de atuar para mitigar os prejuízos acarretados pela vulnerabilidade

²⁹ TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista do advogado*, v. 35, n. 127, pp. 47–58, ago., 2015, p. 57.

Destaque-se que a desinformação tem chances enormes de existir, já que, além de a parte envolvida não dispor de linguajar técnico nem de dados jurimétricos sobre decisões anteriores, o Brasil conta com 29% de analfabetos funcionais — aqueles que sabem ler e escrever, mas têm ampla dificuldade em fazer uso da leitura e da escrita em situações cotidianas da vida, como perceber informações em cartazes ou folhetos — e com somente 12% da população sendo considerada “proficiente” — que elabora texto de maior complexidade com base em elementos de um contexto, que sabe interpretar gráficos e tabelas envolvendo mais de duas variáveis, que resolve situações-problema relativas a tarefas de contextos diversos e que envolvem diversas etapas de planejamento, controle e elaboração, conforme dados do Indicador de Analfabetismo Funcional 2018, estudo realizado pelo Ação Educativa e pelo Instituto Paulo Montenegro. Disponível em <<https://drive.google.com/open?id=1ez-6jrlrRRUm9JJ3MkwxEUffltjCTEI6>>. Acesso em 05/04/2021.

³⁰ Em matéria de família, há julgado de 05/11/2013, da Terceira Turma do STJ, informando que o juiz está legalmente habilitado a recusar homologação de partilha de bens de um casal quando houver manifesta desvantagem. O número dos autos não é disponibilizado por se tratar de segredo de justiça, mas há reportagem acessível no *sítio* do Instituto Brasileiro de Direito de Família sobre o julgado disponível em <<https://www.ibdfam.org.br/noticias/5181/STJ+nega+recurso+de+homologa%C3%A7%C3%A3o+de+acordo+de+partilha+de+bens>> . Acesso em 08/12/2020.

Em matéria trabalhista, podemos citar julgado do TST em 24/03/2009, através da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2), no julgamento do ROAG-700/2008-000-15-40.2, em que restou reconhecido que não há obrigatoriedade de o juiz homologar acordo prejudicial. Após a Lei nº 13.467/2017 (chamada Reforma Trabalhista) também já há julgados nesse sentido, como o da 4ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC), em 15/12/2017, no processo 0001189-64.2016.5.12.0043.

técnica entre as partes³¹, sendo que nesse sistema a assimetria informacional e técnica é reconhecida pela legislação, e a lei faculta ao autor em *jus postulandi*, ao litigar contra pessoa jurídica ou firma individual, a assistência judiciária prestada por órgão instituído junto aos Juizados.³²

Em se tratando de acordos perante o Poder Judiciário, a vulnerabilidade e o risco da injustiça existem, mas há um terceiro imparcial, que, ao menos pela lei, deve estar comprometido em atenuar esses efeitos.

As nossas inquietações partem agora para as plataformas em que não há a figura do terceiro, em que a pessoa leiga “entende” seu caso, busca a solução e negocia com a outra parte. O que podemos pensar sobre os acordos advindos nessas condições? Como os firmados no Judiciário, será que serão realmente sempre benéficos? Será que as reflexões trazidas sobre a parte autorrepresentada também não merecem ser levadas para os ODR, até com mais profundidade? A nós, parece que a autorrepresentação nos ODR precisa ser analisada de forma ainda mais cautelosa, ante as sintetizadas razões que passaremos a expor.

Em termos de ODR privada, temos que, em regra, o pacto celebrado sequer será verificado por terceiro imparcial, além de, em grande parte dos casos, ser a plataforma própria de um dos litigantes a usada na resolução do litígio. Dessa forma, todas as considerações sobre os impactos sociais de um acordo que oferece à parte menos do que ela efetivamente tem direito estão aqui potencializados, já que a resolução se dá alheia à intervenção do Poder Público e por vezes em ambiente criado por um dos litigantes.

Em termos de cortes públicas, caso seja construído no Brasil algo como o proposto por Susskind, não sabemos ainda se haverá homologação pelo Poder Judiciário dos acordos celebrados na primeira etapa, mas acreditamos, pelos modelos estrangeiros citados, que não necessariamente existirá homologação ou “controle”.

Em ambos os casos, ODR públicas privadas, existem os riscos da autorrepresentação aqui citados, porém, além deles, há outros específicos nessa modalidade de resolução dos conflitos. Por exemplo, tomamos decisões de forma mais desatenta em telas³³, e a maneira como as informações são apresentadas pode ativar no cérebro alguns mecanismos de tomada

³¹ TARTUCE, *Reflexões...* op. cit., p. 53.

³² Art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.099/1995.

³³ SELA, Ayelet, E-Nudging Justice: *The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts*. In: *Journal of Dispute Resolution*, 2019, pp. 144-145.

de decisões, diminuindo nossa autonomia. É sobre esse último fator mencionado que traçaremos alguns comentários no próximo tópico.

5. As limitações cerebrais na tomada de decisões e a arquitetura de escolhas como instrumento para amenizar ou potencializar vulnerabilidades

Como visto, a parte autorrepresentada pode ser levada a fazer acordos que não lhe são tão benéficos, e esses acordos “ruins” assim o serão não somente para a parte, mas também para a sociedade. A partir de agora falaremos sobre a capacidade do *design* da plataforma ODR de potencializar ou amenizar a vulnerabilidade dos litigantes, especialmente os leigos autorrepresentados. Antes, porém, precisamos discorrer sobre a maneira como decidimos.

Para a tomada de decisões, teorias da psicologia explicam que nosso cérebro conta com dois sistemas cognitivos, um Sistema Automático (Sistema 1) e um Sistema Reflexivo (Sistema 2).³⁴ O primeiro é mais rápido (já que automático) e demanda menos esforços, além de suportar mais carga emocional. É usado para decisões que geralmente chamamos de intuitivas, como quando: (i) precisamos decidir rapidamente; (ii) estamos sobrecarregados por emoções; (iii) não temos informações ou experiência suficientes sobre algo. O segundo, por sua vez, é baseado na razão, demanda mais esforço, é mais devagar, calculista e controlado, e suas operações reflexivas usam maiores recursos cognitivos. Por necessidades evolutivas, nossas decisões diárias são normalmente governadas pelo Sistema 1³⁵, sendo que Thaler e Sustein entendem que somente seres imaginários — que os autores chamaram de *econos*, neologismo para se referir ao *Homo economicus* — sempre tomam decisões importantes de forma “correta”, consultando o Sistema 2, enquanto os humanos, pessoas reais, muitas vezes baseiam suas decisões unicamente em “consultas” ao Sistema 1.³⁶

Somos humanos. Essa premissa é então essencial para o desenrolar do estudo.

Nossas decisões, especialmente as tomadas pelo Sistema 1, são influenciadas pelas chamadas heurísticas do pensamento, espécies de atalhos cognitivos ou mesmo

³⁴ THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*. Penguin Books, 2009, pp. 19-22.

³⁵ SELA, *E-Nudging*...op. cit., p. 139.

³⁶ *Ibid.*, pp. 06-07.

simplificações dos quais nosso cérebro se socorre quando está diante de informações complexas e de tomada de decisões. Aqui não há uma carga valorativa, não se diz que esse sistema é ruim, mas sim que é uma característica dos seres humanos, e não podemos negar a realidade, que é a de que nossas decisões se pautam muitas vezes, mesmo que de forma inconsciente, em simplificações, preconceitos, propensões, tendenciosidades.³⁷

Assim, os seres humanos têm limitações cognitivas e pegam certos atalhos nas tomadas de decisões, e os efeitos dos vieses e heurísticas não podem ser ignorados pela disciplina processual, até porque o direito como um todo não pode ser indiferente às conclusões e dados obtidos por outros ramos da ciência, sob o risco de se tornar um universo hermético e utópico.

Especificamente falando de ODR, temos que é um ambiente de escolhas digitais³⁸, e há necessidade de que a plataforma seja estudada e projetada para não ativar mecanismos psicológicos que possam potencializar a vulnerabilidade das partes, devendo ter um *design* que intensifique ao máximo a racionalidade na tomada de decisão do usuário, isto é, que fortaleça sua autonomia. A arquitetura de escolhas pode ser um instrumento para tanto, e é sobre ela que passaremos a deliberar.

Nosso cérebro encara as mesmas informações de formas distintas se a apresentação delas se der com enquadramentos distintos, isto é, nossas decisões dependem, em parte, da maneira como os problemas nos são apresentados³⁹, o que acontece tanto nos ambientes *offline* quanto nos *online*. Portanto, não é porque transpusemos o local de decisão para a tela de um dispositivo conectado que as influências exercidas pelo enquadramento sobre os atores envolvidos desapareceram — aliás, pelo contrário, a tomada de decisões em telas é em regra feita de modo mais rápido e automático, em condições de escassez de atenção, sendo particularmente mais suscetível à influência dos vieses e heurísticas, o que pode ser pior ao leigo do que ao que tem conhecimento jurídico.⁴⁰

Nessa seara de decisões serem afetadas pela disposição das informações é que podemos falar da ideia de arquitetura de escolhas, em que o arquiteto é o responsável por

³⁷ NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; LUD, Natanael. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020, pp. 50-52.

³⁸ SELA, *E-Nudging*... op. cit., p. 135.

³⁹ THALER; SUSTEIN. *Nudge*... op. cit., 19-22.

⁴⁰ SELA. *E-Nudging*... op. cit. 144-145.

organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões.⁴¹ Na arquitetura de escolhas existem os chamados *nudges*⁴², que são aspectos aptos a mudarem o comportamento das pessoas de forma previsível, sem que lhes proibam opções (ou seja, sem vetarem uma escolha) e sem mudanças significativas nos incentivos econômicos⁴³ — é como se fossem um “empurrãozinho”, um estímulo, um encorajamento.

Os *nudges* são possíveis devido à existência no cérebro de um efeito de pré-ativação, em que influências sutis podem aumentar a facilidade com que determinada informação chega à mente, ou seja, elas são “fatores canalizadores”: pensemos em um “canal”, como o caminho que um rio faz a partir de sua nascente, e esse caminho pode ser alterado por mudanças aparentemente mínimas na paisagem. Assim, fatores ilusoriamente insignificantes podem criar inibidores ou estimuladores bastante fortes no comportamento que as pessoas adotarão.⁴⁴

Apresentaremos alguns exemplos de vieses decorrentes das heurísticas, de *nudges* e seus efeitos na arquitetura de escolhas, e como esses efeitos poderiam se fazer presentes em ODR, mas salientamos desde já que os estudos foram feitos, em sua maioria, fora de ambientes decisoriais jurídicos, e que há carência de mais testes em ODR.

O viés da ancoragem e ajustamento faz com que o valor conhecido pelo cérebro tenda a ser o balizador das decisões: com base nesse valor previamente conhecido, as pessoas fazem ajustes nas direções que consideram apropriadas, mas esses ajustes nem sempre são suficientes.⁴⁵ Assim, pessoas que são apresentadas a diferentes pontos de partida tendem a desenvolver de formas distintas os valores estimados como “corretos”, já que são baseados nos pontos que lhes foram apresentados. Estudos indicam que, em negociações, a parte que promove a primeira oferta de acordo tem vantagens em termos de ancoragem⁴⁶, pois as pessoas tendem a considerar o valor inicial (ou seja, o número conhecido pelo cérebro) como balizador para os ajustes.

Em ambientes digitais, já potencializados pela escassez de atenção, pode haver ativação desse efeito quando o sistema (através de inteligência artificial ou da outra parte)

⁴¹ THALER; SUSTEIN. *Nudge*... op. cit., pp. 03-04.

⁴² Não há uma tradução ideal em português, motivo pelo qual optamos por continuar usando o vocábulo estrangeiro.

⁴³ THALER; SUSTEIN. *Nudge*... op. cit., p. 06.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 70-73.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 23-24.

⁴⁶ NUNES; PEDRON; LUD. *Desconfiando*... op. cit., pp. 103-104.

apresenta ao leigo um valor estimado sobre o valor de seu dano, por exemplo. Se esse valor (que pode inclusive ser aviltante) for apresentado por um negociador experiente a um “navegador de primeira viagem”, unicamente com fito de ancorar o valor que a parte vai aceitar, sem qualquer comprometimento com um real ressarcimento, há claro *nudge* potencializador de vulnerabilidade. Precisamos pensar em mecanismos que, a despeito da oferta do *repeat player* envolvido, informe ao autorrepresentado acerca de números relacionados à sua verdadeira margem de acordo, o que pensamos que, ao menos no momento, só seria possível com dados jurimétricos sérios e consistentes.

O viés do *status quo* faz com que as pessoas tendam a manter o cenário como já está, seja por enxergarem as desvantagens de deixar o estado atual das coisas muito maiores do que as vantagens associadas com uma mudança, seja pelo esforço demandado para alteração. Por exemplo, ao nos depararmos com situações que nos pedem análise e decisões, tendemos a manter uma posição já consolidada, pois significa diminuição do trabalho para averiguar a questão, uma vez que não há necessidade de novo raciocínio. Assim, se há uma opção existente e outra inexistente, a tendência é que prefiramos a que representa o *status quo*.⁴⁷

Uma comum aplicação do viés de *status quo* é apresentar decisões com uma opção pré-definida⁴⁸, por exemplo, aplicativos em que a sugestão de “dar gorjeta” já vem pré-selecionada (em que é necessário que o usuário deselectione e clique em outra opção) trazem certo apelo ao *status quo* por um *nudge* leve para aumentar o número de gorjetas dadas.⁴⁹ Essa aplicação é facilmente imaginável de ser usada nos ODR, públicos ou privados, quando existirem opções já selecionadas pelo sistema, como “aceito o acordo”, “não quero a facilitação por terceiro”, “não quero audiência”, “encerrar causa” etc., além de fazer com que percebamos a necessidade de reflexão ética e profunda antes de inserirmos opções pré-selecionadas nas plataformas digitais de escolhas.

O viés de aversão à perda nos faz valorizar mais o que se perde do que os ganhos⁵⁰, de modo que tendenciamos a rejeitar uma opção que nos poderia ser mais benéfica, já que primeiramente teríamos de renunciar a algo que já temos e já conhecemos⁵¹. Pensando em um ODR, é possível imaginar a ativação desse viés, entre outros meios, com imagens que

⁴⁷ Ibid., pp. 114-120.

⁴⁸ SELA. *E-Nudging...* op. cit., p. 140.

⁴⁹ Ibid., p. 142.

⁵⁰ NUNES; PEDRON; *Desconfiando...* op. cit., p. 120.

⁵¹ THALER; SUSTEIN. *Nudge...* op. cit., pp. 33-34.

expressem a quantia (se for caso de quantia) que a parte já tem “garantida”, desenhando de forma pequena uma eventual vantagem de um acordo diferente do atual e expressando em letras maiores as possíveis desvantagens advindas. Ou, ainda, situações em que a plataforma deixa mais destacado os prejuízos de levar a lide a um terceiro (seja ele o juiz ou não) do que a aceitação do acordo que a contraparte está oferecendo.

O efeito isca ou de dominância assimétrica (*decoy effect*) diz que as pessoas tendem a uma mudança na sua escolha quando uma alternativa desvantajosa ou desarrazoada é incluída na sua gama de opções. Por exemplo, realizou-se estudo em um contexto de cofinanciamento de projetos, em que várias pessoas contribuem com valores não pré-fixados para concretização de algo. No caso, primeiro apresentou-se somente duas opções aos financiadores, quais sejam, contribuir com 10 dólares e receber um *e-book* ou contribuir com 20 dólares e receber um *e-book* e um livro de capa dura: aqui, a maioria dos financiadores (69%) optou por contribuir com 10 dólares. Todavia, quando uma terceira opção, “o *decoy nudge*”, foi inserida, dando à pessoa a escolha de contribuir com 20 dólares e receber só um livro de capa dura, a configuração dos resultados se alterou completamente: somente 31% optaram por contribuir com 10 dólares e receber um *e-book*, enquanto, agora, 68% optaram pelo que anteriormente tinha sido mais rejeitado (receber um *e-book* e um livro de capa dura por 20 dólares), tendo a *decoy option* recebido 1% de votos.⁵²

Em termos de ODR, podemos pensar em uma situação que, propositalmente, a plataforma traga apresentação de opções de forma a incluir uma isca bastante desvantajosa como uma das possibilidades, ativando o efeito cerebral de tender para a outra opção, que é em verdade a que os criadores do ODR desejam que seja a escolhida.

Temos ainda o chamado efeito de escassez. As pessoas projetam-se a entender itens escassos como mais atrativos ou desejáveis. Em pesquisas, viu-se que, limitando a quantidade disponível de certas recompensas aos financiadores de projetos coletivos, essas recompensas eram mais escolhidas. Por exemplo, as alternativas em um projeto de financiamento de um filme eram 10 dólares para ter seu nome incluído na lista de créditos ou 50 dólares para receber o DVD/*Blu-ray*. A configuração das respostas alterou-se totalmente ao serem inseridas limitações nas escolhas, usando-se da frase “*only five left*”:

⁵² SCHNEIDER, Christoph; WEINMANN, Markus; BROCKE, Jan Vom. (2018). *Digital Nudging: Guiding Online User Choices through Interface Design. Communications of the ACM*. 61. 67-73. 10.1145/3213765.

quando a primeira opção — a de ter o nome incluído nos créditos — era apresentada com a expressão *only five left*, ela foi escolhida em 69% das vezes (em detrimento da outra, que foi escolhida em 31% das vezes); quando a expressão *only five left* migrou da opção “um” para a opção “dois” — de receber o DVD em casa —, a opção “um” passou a representar somente 30% das escolhas, enquanto a segunda contou com 70%.⁵³

Aqui também é fácil pensarmos em uma situação em que o negociador não vulnerável usa do mecanismo e informa que é “agora ou nunca” porque a possibilidade não existirá mais, ainda que saiba que ela existirá e que não é tão vantajosa assim.

Há também o efeito da disponibilidade: os eventos presenciados por uma pessoa e suas experiências recentes influenciam o comportamento e a análise de riscos (que não necessariamente condizem com a realidade). Com base em uma ativação do Sistema 1, quando passamos por certos eventos recentes e eles estão “disponíveis” para consulta rápida no cérebro, os riscos associados são mais facilmente lembrados, ainda que as estatísticas apontem para o fato de eles não serem tão altos assim. Por exemplo, após um terremoto, há grande número de contratação de apólices de seguro, ainda que as pessoas só tenham tido contato com a situação por meio das notícias, e mesmo que o risco ao qual aquelas pessoas se submetem seja extremamente baixo. Isto é, fazemos avaliações de risco tendenciosas com base nos nossos “medos” recentes, o que pode ser bastante explorado em uma plataforma digital.⁵⁴

O viés ou efeito da “opção do meio”, por sua vez, consiste em uma tendência de selecionarmos a opção que aparece no meio da tela. Fez-se estudo com grupo de pessoas, e elas deveriam escolher guloseimas em uma tela sob pressão temporal, e os sujeitos assim tenderam a escolher a opção do meio, mesmo que não fosse sua preferência, sendo que um objeto foi escolhido 91% das vezes quando ele foi colocado no centro da tela, a despeito da preferência real dos usuários.⁵⁵

Em termos de ODR, se as opções forem pré-criadas, é preciso investigar as razões éticas e morais para que uma opção seja apresentada em posição mediana comparada às demais, evitando que alternativas sejam ali colocadas com interesses escusos dos entes privados envolvidos no desenvolvimento da plataforma.

⁵³ Ibid, p. 68.

⁵⁴ THALER; SUSTEIN. *Nudge...* op. cit., pp. 24-26.

⁵⁵ SELA, *E-Nudging...* op. cit., p. 148.

Se nosso cérebro funciona dessa maneira e tende a ser impactado pela forma de apresentação das decisões, não há razão para crermos que esses efeitos inexistiriam nos ODR. Os procedimentos iniciais, que vêm com a ideia de empoderamento do usuário autorrepresentado sobre seu caso, são altamente pensados e desenhados, e são ambientes em que a parte tomará decisões que para ela são difíceis e raras — às vezes de transacionar, de desistir, de buscar um terceiro —, enquanto do outro lado é provável que exista um litigante habitual que conhece bem os trâmites processuais e o funcionamento da plataforma.

A plataforma de ODR é tão poderosa que há quem se refira a ela como uma influente quarta parte, um ator no processo tão quanto as partes e o terceiro imparcial⁵⁶, exatamente porque há um risco manipulativo. Por exemplo, quando a parte é chamada a escolher algo, como as opções lhe serão apresentadas? Sendo as opções pré-determinadas na plataforma, quais considerações foram levadas à efeito quando elaboradas? A opção que consta no meio da tela foi colocada onde está, desprovida de intenção? Há um valor “sugerido” de indenização (ancoragem)? Há a ideia de que o acordo deve ser fechado “agora ou nunca” (efeito de escassez)? Todos os detalhes na maneira como a informação é apresentada alteram como o litigante interage com o ODR, como ele diagnostica o próprio problema, como entende suas opções legais, como faz a escolha, como aceita acordos e como desiste ou não do seu caso.⁵⁷

Assim, precisamos partir do ponto de que absolutamente tudo importa no modo de apresentação das opções, e que a relação entre a imagem apresentada e a informação a ser passada raramente é desprovida de intenção, ou seja, nunca é neutra⁵⁸, o que pode ser amplamente explorado na implantação dos ODR.

Alguns estudos ainda em fases muito prematuras apresentaram sugestões para, além de evitar os *nudges* que reduzem a autonomia, dotar as plataformas de mecanismos que ajudem no empoderamento do usuário, no sentido de aumentar a atenção e a racionalidade na escolha.

Por exemplo, podemos pensar equivocadamente que o excesso de opções é libertador, todavia não o é necessariamente, pois quando há muitas alternativas apresentadas

⁵⁶ KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts In Cyberspace*. Jossey-Bass, 2001, pp. 93-94.

⁵⁷ SELA, *E-Nudging...* op. cit., p. 137.

⁵⁸ PIVA, Sílvia Gomes; SILVEIRA, Guaracy Carlos. Fundamentos do Legal Design. In: *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 8, jul./set. 2020, DTR\2020\11435, pp. 08-09.

simultaneamente as pessoas podem escolher mal, bem ou simplesmente desistir. Como soluções, Sela sugere a categorização das opções por seus atributos, em blocos com no máximo 5 alternativas, a fim de manter a atenção do usuário e de ajudá-lo a localizar uma ideia que seja efetivamente do seu interesse.⁵⁹ A maneira como fazemos a divisão e a organização desses blocos de opções vai impactar a decisão do usuário, e por isso deve ser pautada e pensada de forma íntegra e não leviana.

Sobre a disposição das informações, Sela apontou estudo sobre o impacto da apresentação destas, mas de forma vertical ou horizontal. As opções eram modelos de computadores e contavam com descrição de diversos atributos relevantes para a decisão (tipo do processador, tamanho da tela, preço). O estudo percebeu que a organização da tela (horizontal ou vertical) influenciou o que as pessoas olhavam, sendo que o *layout* horizontal induziu os usuários a compararem mais os atributos das opções do que a vertical.⁶⁰ Se pensarmos em ODR, podemos visualizar esse efeito na apresentação dos remédios ao problema do autorrepresentado, induzindo a crer que quando apresentados na horizontal serão melhores analisados.

Com o exposto, não tivemos aqui o objetivo de esgotar o tema dos vieses cognitivos, mas sim de demonstrar que há possibilidade de que eles sejam ativados ao nos depararmos com ambientes decisoriais, o que pode aumentar uma vulnerabilidade já existente do usuário leigo autorrepresentado.⁶¹ Tudo isso para denotar que, se o ambiente de escolha nunca é neutro, ainda que não tenha sido deliberadamente programado para influenciar de uma maneira ou de outra, é melhor que o que se ative no cérebro sejam mecanismos de tomada de decisões deliberadas, a fim de permitir que o sujeito reflita sobre a decisão, e que inibam influências de interesses escusos, bem como a celebração de acordos injustos e desinformados, o que chama o direito processual a incluir nos seus temas de importância a arquitetura de escolhas dos ODR. Também, se os ODR vêm muitas vezes associados a uma ideia de acesso à justiça, é preciso que realmente o façam, e é crucial que existam estudos de como o *design* afeta a tomada de decisões jurídicas, para que não seja castrador da

⁵⁹ SELA, *E-Nudging...* op. cit., p. 147. O poder de impacto na categorização e na criação de blocos é alto, e há a sugestão de que a inteligência artificial possa “customizar” os blocos de alternativas a depender do perfil pré-traçado do litigante, o que pode causar sérios debates sobre temas caros ao processo, como a imparcialidade.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 150.

⁶¹ Lembrando que muitos dos ODR são desenhados por entes privados, às vezes pela própria empresa que está envolvida no litígio, causando dúvidas sobre as metas para as quais tais ODR são programados.

autonomia e da autodeterminação das partes, questões tão caras ao direito, inclusive processual.

Conclusões

Com o estudo, vimos que os ODR vêm em grande parte sendo estudados e projetados para permitirem ao usuário a autorrepresentação, além de muitas vezes estarem associados ao acesso à justiça, ante o potencial desafogamento do Judiciário e o fato de que esse acesso não se restringe à jurisdição estatal, abrangendo, em verdade, todas as formas de tutela justa às controvérsias.

Os ODR, então, apresentam-se como palco para grande número de acordos, muitos deles envolvendo partes sem advogados, razão pela qual estudamos alguns aspectos das lides que hoje desembocam no Poder Judiciário em situação de *jus postulandi*, elencando alguns fatores que apontam para a vulnerabilidade dessas partes autorrepresentadas. Para somar a esse fator, demonstramos que os acordos nem sempre são benéficos para a parte (que está em déficit informacional e que por vezes não pode contar com a demora do processo) e que têm reflexos extra lide — também com potencial de balizar as condutas dos litigantes habituais fora do mundo processual, ou seja, de influenciar na sua adoção ou não de políticas de redução de danos.

Para a continuidade do raciocínio, comentamos sobre os sistemas cerebrais de tomada de decisões, denotando que há um deles que opera de forma intuitiva, decorrente de uma série de efeitos que impactam o modo como escolhemos, efeitos estes que podem ser ativados por pequenos detalhes na maneira como as informações nos são apresentadas, ou seja, na arquitetura de escolhas. Nessa seara, destacamos que os ODR são um desses ambientes de escolhas, de forma que todo o seu *design* pode afetar a maneira como se decide, podendo trazer vulnerabilidades além das já inerentes à autorrepresentação.

Acontece que não queremos acordos “ruins”, já que não seriam verdadeiro acesso à justiça pela parte e já que trazem consequências para a sociedade. Assim, sempre que falarmos em resoluções consensuais, devemos estar atentos às maneiras de aumentar a autonomia e diminuir a assimetria informacional entre os envolvidos. Em termos de ODR, o ideal é que não haja ativação — proposital ou não — dos vieses cerebrais, através da

arquitetura de escolhas, que possam potencializar a vulnerabilidade já existente, o que torna emergente que a doutrina processual traga ao debate a questão, especialmente em momento que a tecnologia ganha tanta força e poder e que há considerável incentivo à autorrepresentação.

Portanto, urge a necessidade de o processo considerar estudos interdisciplinares no desenvolvimento dos ODR, na tentativa de criação de plataformas que incentivem a racionalidade e a autonomia do usuário, e não que ajam (deliberadamente ou não) para miná-las. É o que Thaler e Sustain falam quando explicam o paternalismo libertário, doutrina que considera os seres humanos errantes, pessoas reais que não tomam decisões sempre atentas e tampouco bem informadas, influenciados pelos vieses e pelas heurísticas, defendendo que a arquitetura de escolhas aja no sentido de realmente proporcionar a liberdade de decisão em sua amplitude, minimizando os impactos dos vieses cognitivos e das falhas de processamento do nosso cérebro.⁶²

Dierle Nunes cita a necessidade de que forjemos uma tecnologia de interesse público, ou seja, que seja estudada e aplicada para promover interesses e bens públicos, gerando benefícios também públicos, “uma tecnologia que não se limite aos seus aspectos privados, mas que se preocupe com uma governança lastreada na análise do impacto social e público com um *design* centrado no cidadão e no ordenamento jurídico”⁶³. É nessa seara que o trabalho se situa, pois, já que a tecnologia atua, em tese, para benefício de todos, o ideal é que a prática alcance a teoria, e que as benesses sejam realmente para todos, evitando assim o aumento das desigualdades ou de estar, a tecnologia, à disposição de interesses somente de certa classe privilegiada. Por essa razão, a maneira com que programamos e desenhamos os ODR não está alheia ao interesse público, o que demandará estudos interdisciplinares entre processo, tecnologia e psicologia.

Para finalizar, vale ressaltar que no Brasil ainda há escasso estudo sobre o tema, mas a tendência é que a preocupação aumente. A mencionada Resolução nº 358/2020 do CNJ traz a previsão de um API – *Application Programming Interface*, de integração e disponibilização de serviços modulares para os tribunais e para as empresas, cuja titularidade deverá ser obrigatoriamente dos tribunais, e estes poderão oferecê-los de forma onerosa aos

⁶² THALER; SUSTEIN. *Nudge...* op. cit., pp. 04-08.

⁶³ NUNES, *Virada...* op. cit., pp. 20-21.

litigantes. Ainda, o artigo 2º da Resolução diz que esse sistema de resolução de conflitos *online*, o “SIREC”, deverá atender à arquitetura, a requisitos e a padrões de desenvolvimento da PDPJ — Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro, mantida pelo CNJ, nos termos da Resolução nº 335/2020. A instituição PDPJ, nos termos da Resolução nº CNJ 335/2020, tem entre seus objetivos estabelecer padrões de desenvolvimento, arquitetura, experiência do usuário (User Experience - UX) e operação de *software*, obedecendo às melhores práticas de mercado e disciplinado em Portaria da Presidência do CNJ — e é ato da Presidência que disciplinará a política de governança e gestão PDPJ, que deverá estabelecer também os requisitos de arquitetura de desenvolvimento e de infraestrutura dos sistemas.

REFERÊNCIAS

- BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno. Acesso à justiça para além de Cappelletti e Garth: a resolução de disputas na era digital e o papel dos métodos online de resolução de conflito (ODR) na mitigação da crise da justiça no Brasil. In *Direito, Processo e Tecnologia*. Coord. Erik Navarro Wolkart et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 205-219.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CORTÉS, Pablo. Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union. *Routledge Research in IT and E-commerce Law*, Routledge, Taylor & Francis Group, Londres, 2011.
- DIDIER JR., FREDIE. Curso de Direito Processual Civil. *Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Juspodvim, 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, pp. 19-30.
- INSTITUTO PAULO MONTENEGRO. *Indicador de Analfabetismo Funcional – INAF Brasil 2018*. Disponível em <<https://drive.google.com/open?id=1ez-6jrlrRRUm9JJ3MkwxEUffltjCTEI6>>.
- KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts In Cyberspace*. Jossey-Bass, 2001.

- MESQUITA, Miguel. Princípio da Gestão Processual: o “Santo Graal” do Novo Processo Civil? *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 145. Número 3995. Nov/dez de 2015. Coimbra Editora.
- MONDENESI BARBOSA, Cássio. NAGAO MENEZES, Daniel. Jurimetria -Análise da Ineficácia do Poder Judiciário na Proteção do Consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 08, nº 27, pp. 64-79, abr/jun 2014.
- NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual e etapas do emprego da tecnologia no direito processual: seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Org. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart. 2ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, pp. 17-54.
- NUNES, Dierle; MALONE, Hugo. O uso da tecnologia na prevenção efetiva dos conflitos: possibilidades de interação entre online dispute resolution, dispute system design e sistema público de justiça. In: *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Org. Dierle Nunes, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Erik Navarro Wolkart. 2ª ed. Salvador: Juspodvim, 2020, pp. 123-145.
- NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, N.L.S. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. 2ª ed. São Paulo: Editora Juspodvim, 2020.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, PARANÁ. *Acesso à justiça e defesa do consumidor: a importância do advogado nos Juizados Especiais*. Organizado por Andressa Jarletti Gonçalves de Oliveira, Fábio Vieira da Silva, João Alberto Nieckars e Luciana Pedroso Xavier – Curitiba: OABPR, 2015. (Coleção Comissões; v; 21).
- PIVA, Sílvia Gomes; SILVEIRA, Guaracy Carlos. Fundamentos do Legal Design. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. v. 8, jul./set. 2020, DTR\2020\11435, pp. 08-09
- SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Conciliação nas ações previdenciárias. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 123, ago./2014, pp. 129-133, pp. 130-131.
- SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 30ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.
- SELA, Ayelet, E-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts. *Journal of Dispute Resolution*, 127:2019.

- SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of the justice*. Oxford University Press, 2019.
- SCHNEIDER, Christoph; WEINMANN, Markus; BROCKE, Jan vom. (2018). Digital Nudging: Guiding Online User Choices through Interface Design. *Communications of the ACM*. 61. 67-73. 10.1145/3213765.
- THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*. Penguin Books, 2009.
- TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista do advogado*, v. 35, n. 127, pp. 47–58, ago., 2015.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.